
Saksnummer:
22-165021TVI-TOSL/04

Oslo, 27.04.2023
2022-0922 HVA/HVA

Prosesskriv til Oslo tingrett

Saksøkere: Natur og Ungdom
Postboks 4783 Sofienberg
0506 OSLO

Norges Naturvernforbund
Mariboegate 8
0183 OSLO

Prosessfullmektiger: Advokat Asle Bjelland

Advokat Amund Noss

Rettslig medhjelpere: Advokat Ina Ytterstad Bjørnrå

Advokatfullmektig Sigurd Høines

Alle: CMS Kluge Advokatfirma AS, Postboks 1548 Vika, 0117 OSLO

Saksøkt: Staten v/Klima- og miljødepartementet og Nærings- og
fiskeridepartementet
Postboks 8013 Dep
0030 OSLO

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten v/advokat Henrik Vaaler

Rettslig medhjelper: Regjeringsadvokaten v/advokat Karen Mellingen

Begge: Regjeringsadvokaten, Postboks 8012 Dep, 0030 OSLO

1 INNLEDNING

Det vises til motpartens prosesskriv 17. mars 2023 med frist for merknader 28. april 2023.

Saksøkerne har i prosesskrivet valgt å kun imøtegå deler av tilsvaret. Delene av søksmålet som gjelder risikoen for partikkelspredning fra sjødeponiet og forvaltningsskjønnet er ikke omtalt (tilsvaret pkt. 3.5-3.7). Staten kommenterer derfor ikke de delene av saken her.

Staten har i tilsvaret punkt 1.3 omtalt reguleringsplanen. Denne er ikke angrepet i søksmålet. Staten legger likefullt frem gjeldende reguleringsbestemmelser for å gi et fullstendig bilde av de rammer som gjelder for driften av Engebø-forekomsten:

Bilag 1: Reguleringsbestemmelser til detaljregulering Engebø, 1. juli 2021

Staten ber i det følgende om en del avklaringer som særlig gjelder saksøkernes påstandsgrunnlag, og som det er behov for snarlig avklaring av. Det bes derfor om at det settes en frist så snart som mulig, og senest ved den allerede fastsatte fristen 26. mai 2023, for at saksøkerne besvarer forespørslene.

2 HVA SAKEN GJELDER OG IKKE GJELDER

Staten konstaterer at partene i all hovedsak er enige i de avgrensingene av saken som staten skisserte i tilsvaret punkt 1.3. Med saksøkernes presiseringer i prosesskrivet gjelder altså saken:

1. Tolkningen og anvendelsen av vannforskriften § 12, jf. vannrammedirektivet artikkel 4 (7) i tillatelsen til forurensende virksomhet (også kalt «utslippstillatelsen») og driftskonsesjonen.
2. Tolkningen og anvendelsen av reglene om avfallshåndteringsplan i avfallsforskriften kap. 17, jf. mineralavfallsdirektivet artikkel 7 i tillatelsen til forurensende virksomhet.
3. Utredningen av en driftsmetode med fullstendig tilbakefylling i gruveganger som en påstått alternativ, avfallsreducerende driftsform, jf. fvl. §§ 33 (5) jf. 17 og vannforskriften § 12 (2) bokstav c i tillatelsen til forurensende virksomhet og driftskonsesjonen.
4. Utredningen av risikoen for partikkelspredning utenfor sjødeponiområdet, jf. fvl. §§ 33 (5) jf. 17, og spørsmålet om prognosen for partikkelspredning som er lagt til grunn i tillatelsen til forurensende virksomhet er forsvarlig.
5. Om skjønnet etter forurensingsloven § 11 strider mot myndighetsmisbrukslæren.
6. Om skjønnet etter mineralloven § 43 strider mot myndighetsmisbrukslæren.

Staten er ikke uten videre enig i at et eventuelt brudd på vannrammedirektivet også medfører at driftskonsesjonen er ugyldig (punkt 1 over). I alle tilfeller oppfatter staten at partene er enige om at tillatelsen til forurensende virksomhet her er det sentrale.

Saksøkerne har både i stevningen og prosesskrivet fremholdt at vedtakene i saken «bygger på et uriktig faktum». Ut fra det som fremkom i planmøte oppfatter staten at anførselen om feil faktum knytter seg til prognosen i vedtaket om partikkelspredning fra sjødeponiet, og at partene er enige om at spørsmålet for domstolen er om prognosen som miljømyndighetene har foretatt er forsvarlige (punkt 4 over). Av hensyn til videre saksforberedelse og behovet for bevisføring, bes det om at saksøkerne i neste prosesskriv tydeliggjør:

- **(i)** hvilken del av prognosen de mener er uforsvarlig (med henvisning til hvor i vedtakene det fremgår).
- **(ii)** hva som anføres å være uforsvarlig.
- **(iii)** hva som anføres å være en forsvarlig prognose.

Denne side oppfatter at anførselen om mangelfull utredning etter fvl. § 17 knytter seg til utredningen av (a) en alternativ driftsform med ren underjordsdrift med tilbakefylling, og (b) risikoen for partikkelspredning (punkt 3 og 4 over). Saksøkerne bes spesifisere:

- **(iv)** hvilke faktiske forhold det anføres at ikke er utredet/ikke utredet godt nok, jf. fvl. § 17.
- **(v)** hvilke utredninger som skulle vært gjort.

I lys av saksøkernes siste prosesskriv og det som fremkom i planmøtet, oppfatter staten at det *ikke* anføres at vedtakene bygger på feil faktum hva gjelder andre miljøkonsekvenser enn risikoen for partikkelspredning fra sjødeponiet (punkt 4 over). Det anføres heller ikke at de øvrige miljøkonsekvensene er for dårlig utredet. Samtidig oppfatter staten at det anføres at de samlede miljøkonsekvensene er relevante for vurderingen av om vedtakene bygger på ugyldig skjønnsutøvelse (punkt 5 og 6 over).

- **(vi)** Staten ber for orden skyld om at dette bekreftes, slik at det er mulig å ta stilling til om det også er behov for bevisførsel rundt øvrige miljøkonsekvenser.

3 UTVIKLINGEN I ENGEBØ-PROSJEKTET

I både stevningen og prosesskrivet, har saksøkerne forsøkt å gjøre et poeng ut av at omfanget av Nordic Rutile ASs (NRU) prosjekt har blitt nedskalert mellom søknaden om reguleringsplan i 2008 og frem til i dag (f.eks. stevningen s. 34). Saksøkerne har imidlertid unnlatt å opplyse hva som er bakgrunnen for endringene i NRUs prosjekt. Det vises til avfallshåndteringsplanen NRU sendte inn 26. mars 2023 s. 19-20:

Som følge av JORC-klassifiseringa med strenge krav til geologisk kunnskap, blei mengda malm tilgjengeleg for utvinning, betydeleg redusert samanlikna med tidlegare estimat. I UDFS [Updated Definitive Feasibility Study] er det berre den JORC klassifiserte ressursen som kan danna grunnlag for drifta i Engebøfjellet. I UDFS dannar ressursgrunnlaget på 133 millionar tonn grunnlaget for ein planlagt drift på ca. 39 år. Dette vart anset som tilstrekkeleg for å imøtegå krav til økonomi og levetid frå investorar. Det totale ressurspotensialet er betrakteleg større dersom utleia ressursar inkluderast. I forbindelse med søknad om reguleringsplan og utsleppsløyve ble det totale ressursgrunnlaget

REGJERINGSADVOKATEN

(inkludert utleia ressursar) som kan gi lønnsam drift på Engebø estimert til 250 millionar tonn.

Disse tallene er ytterligere forklart i brev fra NRU til Miljødirektoratet 24. april 2023 med tilleggsinformasjon til avfallshåndteringsplanen. I brevet er det inntatt en oversikt over ressursene i forekomsten basert på den omtalte JORC-klassifiseringen. Ressursene deles her inn i målte, indikerte og utledede ressurser basert på graden av geologisk sikkerhet/kunnskap.

Bilag 2: NRU, Tilleggsinformasjon til avfallshåndteringsplan 24. april 2023

Kategori	Tonn (Mt)	TiO ₂ -innhold (%)	Granat-innhold (%)
Målte (measured)	29,2	3,60	44,5
Indikerte (indicated)	104	3,48	43,9
Totalt (målt og indikert)	133,2	3,51	44,0
Utledede (Inferred)	254,1	3,15	41,3

Estimatet for den totale ressursen er på ca. 380 Mt og er på linje med 2008. Ressursgrunnlaget er med andre ord ikke nedskalert. I henhold til JORC-standarden er det imidlertid kun den delen av ressursen som er identifisert som målt og indikert som kan danne grunnlag for detaljerte gruveplaner og økonomisk finansiering av et gruveprosjekt. NRU har derfor opplyst at bedriftens planer, slik de er beskrevet i driftsplanen og den innsendte avfallshåndteringsplanen, tar utgangspunkt i de målte og indikerte delene av forekomsten (133,2 Mt). Av dette er det ikke mulig å ta ut alt, og per i dag beregner NRU at de av dette vil ta ut ca. 57 Mt malm. NRU opplyser samtidig i brevet 24. april 2023 at det er sannsynlig at bedriften i tillegg vil utnytte de utledede ressursene (254,1 Mt). Av disse har NRU estimert et uttak på 140 Mt malm som igjen vil øke gruvens verdiskaping og levetid.

Forskjellen mellom målte, indikerte og utledede ressurser gir seg også utslag i det forventede deponibehovet. Om dette skriver NRU i brevet 24. april 2023 på s. 3:

I ein tidleg fase av prosjektet, ved utarbeiding av reguleringsplan i 2008, vart det totale deponibehovet estimert til om lag 250 millionar tonn. Dette var basert på uttak av heile ressursen på om lag 380 Mt, og vart anset som ei maksimalbetraktning. Nordic Rutile har gjort eit oppdatert estimat basert på dagens kunnskap. Tabell 3 viser malmuttak og produksjon av avgang basert på dagens planar samt oppdatert estimat ved uttak av utleia ressursar. Til saman utgjer dette eit totalt deponibehov på ca. 170 Mt for heile førekomsten.

Kategori	Malmressurs (Mt)	Malm uttak (Mt)	Produsert avgang (Mt)
Målte og indikerte ressurser (planlagt)	133,2	57	48,5
Utledede ressurser (estimert)	254,1	140	120

4 FORHOLDET TIL VANNRAMMEDIREKTIVET

Staten opprettholder at vilkårene for unntak etter vannforskriften § 12 er oppfylt og at vedtakene ikke er ugyldige, og viser til tilsvaret punkt 3.2.

Både tillatelsen til forurensende virksomhet og driftskonsesjonen gjelder tillatelser til nettopp et mineralprosjekt (som produserer rutil og granat). Etter statens syn ligger det som en forutsetning under alle vedtakene at tiltaket vil lede til mineralproduksjon, med dertilhørende positive ringvirkninger som arbeidsplasser, skatteinntekter, tilgang på mineraler i Norge og Europa m.m. At tilgangen på mineraler i Europa har blitt vektlagt som et relevant hensyn fremgår også uttrykkelig av Miljødirektoratets anbefaling til KLD 13. februar 2015 på s. 6 og 68 (U 3703 og 3765):

Stor og jevn etterspørsel etter rutil i verdensmarkedet. Uttak fra forekomsten vil kunne dekke deler av denne etterspørselen i mange år, da rutilforekomsten i Engebøfjellet representerer en av de største kjente forekomstene i fast fjell. Derfor vil denne virksomheten kunne sikre økt sysselsetting i et langsiktig perspektiv. ...

Med planlagt produksjonsnivå vil gruvedriften stå for rutilmengder tilsvarende 20% av verdens totale produksjon. Denne forekomsten anses derfor å være av internasjonal betydning, og vil bidra til å sikre tilgang på pigmentråstoff til det europeiske markedet hvor rutil og øvrige titanråstoffer i dag i stor grad blir importert fra land utenfor kontinentet (blant annet Sør-Afrika og Australia).

Det første avsnitte er gjentatt i KLDs førsteinstansvedtak om tillatelse til forurensende virksomhet 5. juni 2015 på s. 25 (U 1826) og den kongelige resolusjonen 19. februar 2016 på s. 11-12 (U 1887-1888).

Partene er enige om at spørsmålet om vilkårene i vannforskriften § 12 er oppfylt er rettsanvendelse som domstolene kan prøve fullt ut (U 5138). Hvilke hensyn som eksplitt er trukket frem i begrunnelsen i vedtaket setter derfor ikke nødvendigvis rammer for hvilke hensyn som kan vektlegges.

Denne side opprettholder at hensynet til verdiskapning, lokale arbeidsplasser og tilgang på mineraler i EU i denne saken oppfyller vilkåret i vannforskriften § 12 (2) bokstav b og utgjør en «overriding public interest», jf. vannrammedirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c. EU-kommisjonen presenterte 16. mars i år forslag til en «Critical Raw Materials Act» som inkluderer forslag om en ny forordning om kritiske råvarer («Regulation establishing a framework for ensuring a secure and sustainable supply of critical raw materials»). Titanmetal er i utkastet til forordning definert som et «strategic raw mineral» ([artikkel 3](#) jf. [anneks 1 del 1](#)). Rutil, som skal utvinnes på Engebø, er et titanråstoff. Det bemerkes at titan også tidligere har vært klassifisert som et «Critical Raw Material» i EU.

Bilag 3: EU-kommisjonen, Communication on Critical Raw Materials Resilience: Charting a Path towards greater Security and Sustainability (COM/2020/474), 30. september 2020

Forordningsutkastet oppstiller mål om at minst 10% av EUs årlige forbruk av «strategic raw minerals» skal utvinnes innenfor EU, jf. [artikkel 1 nr. 2 a](#)). For å bidra til å nå dette målet,

åpner forordningsutkastet for at prosjekter som bidrar til å sikre tilgangen på «strategic raw minerals» i EU, som titan, kan få status som «Strategic Project» av EU-kommisjonen, jf. artikkel 5. Å være et «Strategic Project» innebærer blant annet at det stilles krav om at saksbehandlingen av søknader om godkjenning av mineralprosjekter ferdigstilles i løpet av to år. Det følger videre av [artikkel 7 nr. 2](#):

With regard to the environmental impacts addressed in Articles 6(4) and 16(1)(c) of Directive 92/43/EEC, Article 4(7) of Directive 2000/60/EC and Article 9(1)(a) of Directive 2009/147/EC, Strategic Projects in the Union shall be considered as being of public interest or serving public health and safety, and may be considered as having an overriding public interest provided that all the conditions set out in those Directives are fulfilled.

Direktiv 2000/60/EC er vannrammedirektivet. Det følger altså at «Strategic Projects» skal anses å være av en offentlig interesse («public interest»), og at slike prosjekter etter en konkret vurdering kan («may») anses å utgjøre en «overriding public interest» iht. vannrammedirektivet artikkel 4 (7) (som er gjennomført i vannforskriften § 12), jf. også utkastet til fortalen pkt. 19:

Given their role in ensuring the Union's security of supply for strategic raw materials, and their contribution to the Union's open strategic autonomy and the green and digital transition, Strategic Projects should be considered by the responsible permitting authority as being in the public interest. Strategic Projects which have an adverse impact on the environment, to the extent it falls under the scope of Directive 2000/60/EC, Council Directive 92/43/EEC and Directive 2009/147/EC 39 may be authorised where the responsible permitting authority concludes, based on its case-by-case assessment, that the public interest served by the project overrides those impacts, provided that all relevant conditions set out in those Directives are met. Where relevant, the case-by-case assessment should take into account the geological specificity of extraction sites, which constrains decisions on location.

Engebø-prosjektet er allerede godkjent, og det er således neppe aktuelt å definere det som et «Strategic Project» skulle forordningen bli vedtatt. Utkastet til «Critical Raw Materials Act» viser imidlertid at de hensynene som ligger til grunn for godkjenningen av Engebø-prosjektet, nettopp er hensyn som EU-kommisjonen anerkjenner at utgjør en «public interest» og som vil kunne være en «overriding public interest». Statens syn er derfor også at ESA traff godt i sin beslutning om å lukke saken om Engebø-prosjektet 18. januar 2017 (U 3941), og staten deler derfor heller ikke saksøkernes tolkning av sakene for ESA i prosesskrivet punkt 4.3 eller at «staten har lagt vekt på ulovlige hensyn i sin vurdering» i vedtakene (prosesskrivet punkt 4.1 – U 5137).¹ Det er for øvrig ikke klart for staten hvilke hensyn det her henvises til, og ber saksøkerne opplyse om det.

¹ Staten er også uenig i at man har gitt en «misvisende fremstilling» av saken for ESA (saksøkernes prosesskriv s. 5). Det fremgår klart av tilsvaret s. 13 at ESA har opprettet sak om gjennomføringen av vannrammedirektivet i norsk rett på eget tiltak.

Staten mener det ikke er dekkende at «ESA ikke har vært fornøyd med den norske håndteringen av vanddirektivet i gruvesakene» (saksøkernes prosesskriv s. 5 – U 5138). Det er ikke holdepunkter for at ESA har vært kritisk til praktiseringen av vannrammedirektivet artikkel 4 nr. 7 bokstav c som sådan, men har hatt innvendinger mot hvordan denne er gjennomført i vannforskriften § 12 (2) bokstav b. Staten opprettholder at praktiseringen av bestemmelsen har vært korrekt, men har funnet grunn til å revidere ordlyden i forskriften slik at denne ligger tettere opp til ordlyden i direktivet. Dette arbeidet er pågående. Det er ikke riktig at ESA «i pakkemøtet [27.-28. oktober 2022 ba] om å få komme med innspill til statens vurderinger innen utløpet av januar 2023» (prosesskrivet s. 5 – U 5138). Det ESA ba om, var å få en oppdatering av status i saken innen utløpet av januar 2023 (U 5073-5074). I e-post til ESA 1. februar 2023 opplyste KLD at departementet har satt i gang en prosess med å vurdere om gjennomføringen av vannrammedirektivet artikkel 4.7 bokstav c i § 12 bør endres, og at man vil komme tilbake til ESA med en oppdatering. Det er fremdeles status i saken.

Bilag 4: E-post fra KLD til ESA om vannrammedirektivet 1. februar 2023

Hva gjelder vilkåret i vannforskriften § 12 (2) bokstav c, viser denne side til tilsvaret punkt 3.2.3 som igjen *henviser* til tilsvaret punkt 3.4 (U 3301). At «staten i tilsvaret ... i én setning bare [har] postulert at vilkårene er oppfylt og henvist til vedtakene» (U 5140), er med andre ord en heller snever lesning av tilsvaret.

5 UTREDNING AV EN DRIFTSFORM MED REN UNDERJORDSDRIFT OG FULL TILBAKEFYLLING

5.1 Innledning

Staten kan ikke se at det er grunnlag for å anføre at statens anførsler i tilsvaret punkt 3.4 er «uklar og selvmotsigende» (U 5140). Statens syn er prinsipalt at forvaltningen ikke plikter å utrede en alternativ driftsform med ren underjordsdrift og full tilbakefylling, jf. fvl. §§ 17 og 33 (5). Subsidiært, at alternativ driftsform uansett er tilstrekkelig utredet, og atter subsidiært at ev. mangelfull utredning ikke har virket inn på vedtakenes innhold, jf. fvl. § 41.

Staten har i prosesskriv 29. mars 2023 lagt frem avfallshåndteringsplanen som er innsendt av NRU. Avfallshåndteringsplanen bygger blant annet på en ny rapport fra Hatch som også fremlegges:

Bilag 5: Hatch, Underground-Only Mining: Backfill Evaluation, 20. april 2023

Saksøkerne bes opplyse om de bestrider vurderingene og beregningene som er gjort i avfallshåndteringsplanen eller NRUs brev 24. april 2023 (bilag 2 over). Hvis det bestrides, bes saksøkerne opplyse:

- (vii) hva som anføres å være feil (med henvisninger til hvor det fremgår).
- (viii) hva som anføres å være riktig, om nødvendig underbygget med bevis.

Til å forklare seg nærmere om avfallshåndteringsplanen, vil staten føre som vitne:

Vitne 1: Mona Schanche, Vice President Resource and Sustainability, NRU

Vitne 2: Kenneth Nakken Angedal, Operations Director, NRU

Saksøker har fremlagt «Vevring Garnet Project Pre-Feasibility Study, Rev. 002» fra AMR (U 5447). Staten vil legge til rette for at vitnene fra NRU også kan forklare seg nærmere om dette i sin forklaring for retten.

5.2 Om rekkevidden av utredningsplikten

Hva gjelder rekkevidden av utredningsplikten, konstaterer staten at partene nå er enige om at «mengden avgangsmasser ikke påvirkes av valget mellom dagbruddsdrift og ren underjordsdrift (med de forutsetninger staten nevner)» (U 5140).

Saksøkerne opprettholder likevel at «dagbruddsdriften som er rotårsaken til behovet for sjødeponi» og at årsaken til det er at «i motsetning til underjordsdrift som genererer bergrom til deponering av avgangsmasser, gjør et dagbrudd ikke det» (U 5140). Dette premisset er staten ikke enig i. Også dagbruddet på Engebø kan brukes til tilbakefylling, og vilkårene om tilbakefylling i tillatelsen til forurensende virksomhet og driftskonsesjonen skiller ikke mellom hulrommene som etterlates etter hhv. underjordsdrift og dagbrudd.² Det er heller ingen holdepunkter for at dagbruddsdrift fører til mindre hulrom for tilbakefylling enn ren underjordsdrift, tvert imot. Det vises til den innsendte avfallshåndteringsplanen s. 3:

Totalt sett gir kombinasjonsdrift [modellen NRU har valgt med kombinert dagbrudds- og underjordsdrift] mer malm enn rein underjordsdrift, ca. 3,5 millioner tonn. Kombinasjonsdrift gir også større mulighet for tilbakefylling av avgang total på 26,7 millioner tonn, sammenlikna med 23 millioner tonn ved rein underjordsdrift. Ved kombinasjonsdrift er tilbakefylling per tonn malm produsert høyere. Mengde avgang som må deponeres er derfor lavere ved kombinasjonsdrift enn ved rein underjordsdrift tross uttak av mer malm.

Med kombinasjonsdrift er det altså mulig å både ta ut mer malm til oppredning, og tilbakefylle en større andel av avgangsmassene enn ved ren underjordsdrift (50% mot 47% tilbakefylling). Andelen avgangsmasser som kan tilbakefylles er altså høyere med den driftsmodellen NRU har lagt opp til enn ved driftsmodellen saksøkerne mener at skulle vært utredet grundigere. Dagbruddet er med andre ord ikke «rotårsaken» til at det er behov for et sjødeponi.

Den innsendte avfallshåndteringsplanen underbygger at en driftsmodell med ren underjordsdrift ikke ville vært økonomisk bærekraftig med en diskonteringsrente på 8% (s. 41). Ren underjordsdrift med tilbakefylling medfører videre anslagsvis syv ganger høyere klimagassutslipp (s. 41). At en driftsmodell med ren underjordsdrift verken er drivverdig eller leder til reduksjon av avgangsmassen som går til deponering, viser etter statens syn hvorfor det ikke var relevant å pålegge NRU nærmere utredninger av en slik driftsmodell, jf. fvl. § 17.

² NRU pålegges å i størst mulig grad å tilbakefylle i de «hulrom som gruedriften etterlater»/«utdrevne områder», se tilsvaret s. 17 (U 3302).

I alle tilfeller kan eventuell mangelfull utredning her ikke ha virket inn på resultatet, jf. fvl. § 41.

NRU har i den innsendte avfallshåndteringsplanen s. 38-39 foretatt en differanseberegning som viser at en med kombinert dagbrudd- og underjordsdrift (slik NRUs driftsplan legger opp til) kan hente ut 3,5 millioner tonn mer malm sammenlignet ved ren underjordsdrift. Årsaken til dette fremgår blant annet av avfallshåndteringsplanen s. 22:

Noko av den rikaste malmen i Engebøfjellet ligg rett i overflata oppe på fjellet. Denne malmen kan berre takast ut ved dagbrotsdrift. Dette er malm med 5-7% TiO₂. Malmen i toppen i lilla farge har over 5% rutilinnhold ... Til samanlikning er innhaldet av rutil i malmen generelt på om lag 3,6%.

Det fremgår videre av den innsendte avfallshåndteringsplanen s. 25 at kostnadene ved underjordsdrift er seks ganger høyere enn ved dagbruddsdrift. «Cut-off graden», dvs. nedre grense for mye verdimineral det må være i malmen for at det skal lønne seg å utvinne malmen, er derfor lavere ved dagbruddsdrift. En større andel av ressursen vil derfor kunne la seg utnytte gjennom driftsmodellen NRU har valgt enn gjennom driftsmodellen saksøkerne mener burde vært utredet bedre.

Staten kan ikke se hvilken betydning manglende innsyn i Mineraldirektoratets høringsnotat (U 4047) har for saken, all den tid det nå er fremlagt av saksøkerne selv.

Saksøkerne anfører at vilkårene som er stilt til tillatelsen til forurensende virksomhet og driftskonsesjonen ikke kan «reparere» de regelbruddene saksøkerne hevder at har skjedd i saken (U 5144). Det er noe uklart for staten hva det her siktes til. Vilårene er det som avgjør hvilken aktivitet vedtakene tillater, og vilårene i tillatelsene er dermed relevante for de spørsmål saken reiser.

5.3 Arctic Mineral Resources (AMR) prosjekt

Staten vurderer fortsatt at AMRs prosjekt ikke utgjør et relevant sammenligningsgrunnlag for prosjektet til NRU, og at prosjektet derfor ikke er egnet til å si noe om det verken er «fysisk, teknisk eller økonomisk umulig for Nordic Mining å gjennomføre sitt prosjekt ved ren underjordsdrift» (U 5143). AMRs Pre-Feasibility Study viser tvert imot at AMRs prosjekt er i en tidlig planleggingsfase. Studien viser gjennomgående til behov for videre utredninger av mineralforekomstens beskaffenhet, gruedesign, bruksområder for avgangsmasser og gruverom ved avslutning, mv.³ Dette til forskjell fra NRUs prosjekt som er i en helt annen modningsfase.

Saksøkerne har i stevningen omtalt AMRs prosjekt som et prosjekt med «ren underjordsdrift» med «tilbakefylling av avgangsmasser i bergrom og gruveganger» der det skal produseres «vesentlig mindre gråberg» (U 37 og 41). Beskrivelsen er ikke dekkende. Det

³ Det er også uklart om rapporten som er fremlagt i seg selv er ferdigstilt. Det fremgår av forsiden at rapporten skal være revidert 20.09.2022. Samtidig virker faktum på flere punkter ikke å være oppdatert (det fremgår f.eks. ikke at søknaden om driftskonsesjon ble avslått av DMF 30.6.2021).

er korrekt at AMR iht. til egen driftsplan legger opp til en driftsmodell med ren underjordsdrift og kapasitet for fullstendig tilbakefylling av avgangsmassene fom. driftsår 5.⁴ En slik driftsmodell generer imidlertid ikke i seg selv nok gruveorm til å tilbakefylle alle avgangsmassene, bla. annet fordi massene ekspanderer ved oppknusing. AMR planlegger derfor å drive ut store mengder gråberg (omtalt som «ballaststein»/«armour stone») for å lage fjellhaller som avgangsmassene kan tilbakefylles i (se f.eks. AMRs Project Pre-Feasibility Study s. 141 – U 5587).⁵ AMRs prosjekt er mao. noe mer enn bare ren underjordsdrift. NRU har i den innsendte avfallshåndteringsplanen vurdert gjennomførbarheten av en slik driftsmodell for NRUs prosjekt (s. 42):

Som vist ... vil det ved rein underjordsdrift på Engebø dannast om lag 27 millionar tonn avgang som ikkje kan tilbakefyllast i gruva. For at denne avgangen skal kunne deponerast i fjellhallar, vil det i tillegg til uttaket av malm, måtte drives ut store mengda med gråberg. Sidan malmen ekspanderer med om lag 100% ved uttak, må det vere tilgjengeleg om lag 2 gangar så mykje fjellrom for tilbakefylling. Dette inneberer at det må takst ut om lag like mykje gråberg som malm for å gi plass til avgangen. Hatch (2023) har berekna at om lag 61 millionar tonn med gråberg må drives ut for kunne deponere dei resterande 27 millionar tonn med avgang frå underjordsdrifta.

Driftsmodellen saksøkerne mener at skulle være utredet nærmere innebærer altså at det må utdrives mer enn tre ganger mer gråberg enn det NRU planlegger for i dag, og medfører at det totalt produseres dobbelt så mye overskuddsmasser (avgangsmasser + gråberg) som det NRU planlegger å gjøre. Om dette gråberget ikke kan omsettes, må det deponeres. I det minste må det mellomlagres i nærheten av gruen i påvente av omsetning. NRU vurderer i den innsendte avfallshåndteringsplanen at det ikke er noen steder på land i nærheten av gruen som utpeker seg som et egnet området for et slikt utvidet gråbergsdeponi. En slik driftsmodell er heller ikke vurdert å være lønnsom. Det følger av den innsendte avfallshåndteringsplanen s. 43:

Økonomiberekningar av UGTMF løysninga [driftsmodellen saksøkerne anfører at skulle vært utredet nærmere], visar nært dobla kostnader for gruve drifta. I tillegg kommer auka investeringar for tilbakefyllingsanlegget. Berekinga viser ein prosjektøkonomi som ikkje på langt nær er økonomisk berekraftig. Løysninga gir ein negativ noverdi før skatt med ein diskonteringsrente på 8%.

Ut fra AMRs Pre-Feasibility Study er det ikke helt klart hvor AMR planlegger å anlegge fjellhallene for avgangsmasser, men staten oppfatter at fjellhallene skal anlegges i sammenheng med den planlagte gruen på Engebø. Det innebærer at gråberget som utdrives for å lage fjellhallene trolig vil være eklogitt under «cut-off grade». Hvilket

⁴ Ifølge AMRs egne tall skal kun anslagsvis 37% av avgangsmassene i driftsfase 1 og 2 tilbakefylles (U 5667). I driftsfase 2B legges det opp til økt bruk av tilbakefylling. Planene for denne driftsfasen fremstår imidlertid som særlig uklare (U 5587).

⁵ Det er ingen forskjell mellom «gråberg» i NRUs prosjekt og «ballaststein» i AMRs prosjekt – i begge tilfeller det tale om hovedsakelig eklogitt med verdimineral under «cut-off grade» (som trolig må være høyere i AMRs prosjekt). AMR opplyser i driftsplanen at 46% av massene som planlegges tatt ut er ballaststein (U 2698). Det er vesentlig høyere enn NRU som planlegger for at gråberg skal utgjøre ca. 26% av uttatte masser.

rutilinnhold dette gråberget vil ha er ikke klart. I alle tilfeller innebærer det at gråberg som i fremtiden kan bli malm pga. endret «cut-off grade» går til spille ved at denne blir omsatt som gråberg.

Oppsummert er det etter statens syn ikke klart at tilbakefylling, i det omfanget og med de forutsetninger som stevningen virker å legge opp til, er «teknisk» mulig (U 3311-3312). I lys av beregningene som er gjort i den innsendte avfallshåndteringsplanen, fremstår driftsmodellen saksøkerne legger opp til heller ikke som «økonomisk» mulig.

Hva gjelder saksøkernes konkrete merknader til statens innvendinger mot sammenlignbarheten av AMRs prosjekt i prosesskrivet på s. 9-10 (U 5143-5144), bemerker denne side:

- Til punkt (I), (III) og (IV): Staten konstaterer at partene er enige om at det er forskjeller mellom NRUs godkjente og AMRs planlagte prosjekt. Blant annet har ikke AMR utvinningsrettigheter i området der mineralet ligger i dagen og NRU skal utvinne i dagbrudd. Videre tolker staten AMRs Project Pre-Feasibility Study s. 221 (U 5667) dithen at AMR planlegger å ta ut til sammen 4 Mt malm i løpet av driftsfase 1 og 2. Dette sammenlignet med NRU som per nå planlegger å ta 57 Mt malm (målte + indikerte ressurser) dvs. over 14 ganger mer enn AMR. Staten mener disse forskjellene i høyeste grad er relevante.
- Til punkt (II): Saksøkerne bekrefter at AMR planlegger å utvinne et rutilprodukt med renhet «på minst 80%», dvs. et mindre rent produkt enn NRU. NRU opplyser i den innsendte avfallshåndteringsplanen s. 27 at det ikke er noe marked for produktet AMR vil produsere, i hvert fall ikke uten ytterligere oppredning annet sted:

Prosessering til ein reinheit på over 93% er avgjerande for å lage eit salbart rutilproduktet frå Engebø. Ved eit innhald under 93% er rutilen ueigna for produksjonsprosessar for titandioksid og metall..

AMR opplyser i Project Pre-Feasibility Study s. 202 (U 5647) at de ikke har inngått noen avtaksavtale for rutilproduktet. At AMR etter sigende kan realiseres sitt prosjekt selv om prisen på rutilproduktet settes til kr. 0, viser med tydelighet at AMR og NRUs prosjekter ikke er sammenlignbare.

- Til punkt (V): Av AMRs Project Pre-Feasibility Study s. 201 (U 5647) fremgår det at avgangsmassen i de første fem årene (fase 1) skal brukes til utfylling på Lutelandet. Disse skal altså ikke tilbakefylles.⁶ I fase 2 legger AMRs driftsplan opp til at alle avgangsmassene skal kunne tilbakefylles (U 5648). Saksøkerne opplyser at «Arctic Mineral har ... opplyst at det i masseberegninger mv. er hensyntatt ekspansjonsgrad mv.». Det fremgår imidlertid ikke av AMRs Project Pre-Feasibility Study, så langt staten kan se, hvilken ekspansjonsgrad som er lagt til grunn. NRU

⁶ Akkurat hvor de planlegges utfylt og hvordan massene planlegges håndtert fremgår ikke.

opplyser i den innsendte avfallshåndteringsplanen s. 33 at malmen på Engebø ekspanderer med ca. 100% ved oppknusing.⁷ Staten kan for øvrig ikke se at Project Pre-Feasibility Study gir svar på spørsmålene staten stilte i tilsvaret på s. 9 rundt omregningsfaktorer og vanninnhold (U 3294).

- Til punkt (VI): Staten oppfatter at ingen av de fire prosjektene det vises til i AMRs Project Pre-Feasibility Study er representative for det driftsopplegget AMR legger opp til ettersom ingen av disse går ut på å grave ut fjellhaller av gråberg for å lage rom for avgangsmasser. Tvert imot opplyser NRU i den innsendte avfallshåndteringsplanen s. 43:

Sjølvs om UGTMF [prosjektmodellen AMR vil benytte] løysningar har blitt foreslått ved andre prosjektfasilitetar, er det per i dag ingen operative gruver kor UGTMF erstattar konvensjonelle deponiløysningar av avgangsmassar frå gruve drift (Hatch, 2023). UGTMF har blitt vurdert for ein førekomst av uran som ligg i Saskatchewan i Canada i regi av selskapet NexGen Rook. Bakgrunnen for den skisserte løysningen er at avgangen innhald radioaktive stoffar som ikkje kan deponerast i landdeponi i overflaten.

Etter NRUs oppfatning foreligger det altså *ingen* operative gruver i verden som benytter den driftsmetoden saksøkerne mener at burde vært utredet.

- Til punkt (VII): Denne side konstaterer at motpartene ikke ønsker å svare på spørsmålene Promin stilte til AMRs prosjekt (U 3587), og legger derfor til grunn at det er enighet om at AMR ikke har svar på disse spørsmålene.
- Til punkt (VIII): Staten er enig i at vurdering i tråd med JORC e.l. ikke er et vilkår for driftskonsesjon eller tillatelse til forurensende virksomhet. Vurdering etter JORC-standarden gir imidlertid en uavhengig tredjepartsvurdering av prosjektet som er viktig for at prosjektet skal kunne innhente kapital. At AMRs prosjekt, i motsetning til NRUs prosjekt, ikke er vurdert etter JORC-standarden indikerer derfor at prosjektet er mindre modent enn NRUs prosjekt, noe som igjen underbygger at det ikke utgjør et relevant sammenligningsgrunnlag.

Saksøkerne har i prosesskrivet meldt to vitner fra AMR og ett vitne fra Multiconsult. Det bes spesifisert hvilke faktiske forhold av betydning for saken de skal forklare seg om.

5.4 Graden av ressursutnyttelse i NRUs prosjekt

Staten har i tilsvaret punkt 3.7 (U 3310) omtalt graden av ressursutnyttelse i NRUs prosjekt. NRU er en kommersiell aktør som har egeninteresse i å unytte så mye av ressursene som mulig. Staten mener det derfor har presumpsjonen for seg at selskapet har valgt den beste tilgjengelige samlede utnyttelsesgraden. Det fremgår bl.a. av den innsendte avfallshåndteringsplanen s. 25-29 hvordan selskapet har gått frem for å optimalisere

⁷ Ekspansjonsgraden på Engebø er derfor større enn det som fremgår av bilag 15 og 16 til tilsvaret (U 3293).

oppredningsprosessen for å hente ut mest mulig omsettelig verdimineral av malmen. Denne side kan ikke se at saksøkerne i prosesskrivet har fremlagt bevis som underbygger at oppredningsprosessen er uegnet og at utnyttelsesgraden derfor skulle vært høyere. Det fremgår av den innsendte avfallshåndteringsplanen s. 27:

Basert på ein årleg produksjon av 1,5 millionar tonn med malm produserast i gjennomsnitt om lag 34 000 tonn med rutilkonsentrat per år og 200 000 tonn med granatkonsentrat. Dette er basert på en gjennomsnittleg utvinningsprosent på ca. 56% for rutil og 30% for granat.

Det innebærer at ca. 15,6% av malmen blir til verdimineral. Det fremgår videre at det på sikt kan være mulig å omsette ca. 70 000 tonn mer finkornet granat i året pluss 8 000 tonn pyritt. Samlet ressursutnyttelse vil da stige til ca. 20,8%.

6 AVFALLSFORSKRIFTEN KAP. 17

Staten opprettholder at det ikke foreligger brudd på avfallsforskriften kap. 17 eller mineralavfallsdirektivet, og viser til tilsvaret pkt. 3.3 (U 3299). Saksøkernes anførsler i prosesskrivet er primært av rettslig karakter, og denne side ser ikke grunn til å gjenta poengene fra tilsvaret her.

Staten kan ikke se å ha anført at det er opp til «nasjonale myndigheters skjønn å avgjøre hva en tillatelse til å drive mineralavfallsanlegg skal inneholde» (U 5145). Tvert imot er det ingen uenighet om at et prosjekt som faller inn under mineralavfallsdirektivet må ha en godkjent avfallshåndteringsplan før avfallsanlegget settes i drift (med mindre det er grunnlag for unntak i medhold av direktivet artikkel 5 nr. 5, se tilsvaret pkt. 3.3.3), jf. avfallsforskriften §§ 17-4 og 17-6. Og dette har også vært statens syn under hele saken. Statens syn er imidlertid at det er opp til statene å fastsette de nærmere prosedyrene for godkjenning av en slik plan, jf. artikkel 5 nr. 5 og artikkel 7 nr. 1 annet ledd.

Statens prinsipale syn er at NRU ennå ikke har fått en komplett tillatelse til å drive et mineralavfallsanlegg etter avfallsforskriften kap. 17. Slik tillatelse vil først foreligge dersom avfallshåndteringsplanen blir godkjent. Saksbehandlingen av dette er pågående. Saksøkernes observasjoner om at «det er vanskelig å se hvilken betydning» en avfallshåndteringsplan har dersom staten får medhold (U 5144), er derfor premature. Det er for tidlig å si hvilken betydning den innsendte avfallshåndteringsplanen vil ha i denne saken.

Subsidiært, for det tilfellet retten skulle være av den oppfatning at endelig tillatelse til å drive mineralavfallsanlegg ble gitt gjennom tillatelsen til forurensende virksomhet i 2016, vil staten anføre at forvaltningen i alle tilfeller hadde tilstrekkelige opplysninger til å gi slik tillatelse, jf. mineralavfallsdirektivet artikkel 5 nr. 5. Et eventuelt brudd på mineralavfallsdirektivet leder uansett ikke til ugyldighet, jf. prinsippet i fvl. § 41.

KLD sendte brev til ESA 21. oktober 2022 vedr. oppfølging av saken om gjennomføring av mineralavfallsdirektivet. Vedlagt brevet var et foreløpig utkast til endret forskrift og foreløpig lovspeil. Som saksøker har vist til på side 12 i prosesskrivet (U 5146) var det enighet på pakkemøtet 27.-28. oktober 2022 om at KLD og ESA skal holde kontakt og at ESA skal komme med sine tilbakemeldinger på utkastet til forskrift (U 5068). KLD opplyser at ESA i

e-post 25. april 2023 orienterte om at de nå vil starte arbeidet med gjennomgang av utkastet til forskrift.

Bilag 6: Brev fra KLD til ESA vedr. mineralavfallsdirektivet 21. oktober 2022

Det bemerkes at bilag 14 i saksøkernes prosesskriv allerede er fremlagt som bilag 34 til tilsvaret.

7 BETYDNINGEN AV THE INITIATIVE FOR RESPONSIBLE MINING ASSURANCE (IRMA)

Staten er kjent med at IRMA er et av flere ulike sertifiseringssystemer/standarder for mineralutvinning globalt. Bransjeforeningen Norsk Bergindustri har tatt i bruk et annet system, «Towards Sustainable Mining» (TSM), som er utviklet i Canada. TSM har som formål å stimulere bransjemedlemmene til selv å arbeide for å utvikle bærekraften i de enkelte mineralprosjektene. Så langt staten er kjent med, er bruk av sjødeponi ikke i strid med TSM.

Denne side bemerker at verken sertifisering etter IRMA eller TSM er vilkår for tillatelse til forurensende virksomhet eller driftskonsesjon etter norsk rett, og staten er heller ikke enig i at IRMA-standarder har noen betydning for rekkevidden av statens utredningsplikt.

Det fremgår av den innsendte avfallshåndteringsplanen at NRU allerede har inngått salgavtaler som omfatter all rutil og granat som p.t. planlegges utvunnet (s. 27 og 29). Staten er også kjent med at NRUs prosjekt nå er fullfinansiert. Det er således ikke riktig at mineralindustrien og næringslivet har et «entydig» syn på bruk av sjødeponi slik saksøkerne anfører.

• • •

Oslo, 27. april 2023

REGJERINGSADVOKATEN

Henrik Vaaler
advokat