
DISPOSISJON FOR PROSEDYRE

BORGARTING LAGMANNSRETTS SAK 24-036660ASD-BORG/01

**ADVOKATENE ASLE BJELLAND
OG AMUND NOSS**

1.	INNLEDNING.....	2
2.	KRAVET TIL RETTSLIG INTERESSE ER OPPFYLT	2
3.	UTGANGSPUNKTER PARTENE ER ENIGE OM	7
4.	VANNFORSKRIFTEN § 12 MÅ TOLKES I SAMSVAR MED VANNDIREKTIVET ART. 4 (7).....	7
5.	EFTA-DOMSTOLENS UTTALELSE SKAL LEGGES TIL GRUNN FOR TOLKNINGEN AV VANNDIREKTIVET ARTIKKEL 4 (7)	11
6.	TILLATELSEN KAN IKKE BEGRUNNES MED DE HENSYNENE SOM ER VEKTLAGT I TILLATELSEN.....	13
7.	TILLATELSEN KAN IKKE OPPRETHOLDES MED NYE ETTERFØLGENDE BEGRUNNELSER	17
8.	UTSLIPPSTILLATELSEN KAN IKKE RATIHABERES	29
9.	DET ER UANSETT IKKE DOKUMENTERT AT BEHOVET FOR MINERALER OG FORSYNINGSSIKKERHET OPPFYLLER VILKÅRET I VANNFORSKRIFTEN § 12	32
10.	SAKSKOSTNADER.....	33
11.	PÅSTAND	38

1. INNLEDNING

2. KRAVET TIL RETTSLIG INTERESSE ER OPPFYLT

2.1 Innledning

- Tvisteloven § 1-3

JUR 93

- * «rettskrav»
- * «kravets aktualitet»
- * «partenes tilknytning»

- Klart at miljøorganisasjonene har tilstrekkelig *tilknytning*, jf. tvisteloven § 1-4 (1)

Foreninger og stiftelser kan reise søksmål i eget navn om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, når vilkårene ellers i § 1-3 er oppfylt.

- Klart at saken gjelder et *rettskrav*
- Spørsmålet er om kravet til *aktualitet* ikke lenger er oppfylt
 - * Det er et sikkert og uomtvistet utgangspunkt at kravet til rettslig interesse var oppfylt pr. 22. mai 2025
 - * Uenigheten gjelder betydningen av beslutningen truffet i statsråd 23. mai 2025, tre dager etter avsluttet saksforberedelse

2.2 Statens uriktige slutninger fra Rt. 2013 s. 1101

2.2.1 Sammenfatning av dommen

JUR 743

- Spørsmålet var om en utlending hadde krav på opphold på humanitært grunnlag
- Mens saken sto for lagmannsretten, vurderte Utlendingsnemnda omgjøring i lys av at det var fremlagt nye helseopplysninger

- På utlendingsrettens område har myndighetene en plikt til å gjøre en ny realitetsvurdering når det påberopes nye forhold (rettsfakta)
- Spørsmålet var om utlendingen fortsatt hadde rettslig interesse i å få prøvd de opprinnelige vedtakene, eller om den rettslige interessen var begrenset til å prøve det nye vedtaket
- Ankeutvalget uttaler i avsnitt 24:
 - * Den siste vurderingen er et «vedtak»
 - * Dette nye vedtaket «regulerer nå partenes rettsstilling»
 - * De tidligere vedtakene er derfor «erstattet av det nye»
 - * Utlendingen har ikke et «reelt behov» for overprøving av de tidligere vedtakene

JUR 745

2.2.2 Omgjøringsvurderingen i Rt. 2013 s. 1101

- Utlendingssaken gjaldt et topartsforhold
- Forvaltningen hadde en konvensjonsfestet plikt til å foreta en realitetsvurdering av nye opplysninger
- En eventuell omgjøring ville være *til gunst* for utlendingen
- Forvaltningen sto derfor *helt fritt* til å omgjøre tidligere vedtak dersom de nye helseopplysningene skulle tilsi det
- Utlendingens interesse i saken gjaldt egne rettigheter og plikter, nemlig rett til opphold i Norge på humanitært grunnlag
- Skoghøys bemerkninger til denne dommen må forstås i lys av dette, altså at det her lå til rette for å foreta en realitetsvurdering, at en slik realitetsvurdering faktisk ble foretatt, og at de tidligere vedtakene ikke hadde noen prinsipiell interesse

2.2.3 Omgjøringsvurderingen i vår sak

- Vår sak gjelder et trepartsforhold, ikke et topartsforhold som i Rt. 2013 s. 1101
- En omgjøring vil være «til skade» for gruveselskapet, jf. forvaltningsloven § 35 (1) a
- Forvaltningen har ingen adgang til omgjøring med mindre vedtakene «må anses ugyldig», jf. § 35 (1) c
- Miljøorganisasjonenes interesse i saken gjelder *ikke* organisasjonenes individuelle rettigheter og plikter
- Miljøorganisasjonenes har en sterk *prinsipiell* interesse i å få dom for at vedtakene er ugyldige

(JUR 26)

2.3 Miljøorganisasjonenes prinsipielle interesse

- Ankesaken er spisset for å avklare det nærmere innholdet i en viktig miljøbestemmelse, nemlig forbudet mot å forringe vannressurser
- Miljøorganisasjonene har fått gjennomslag for sitt syn i EFTA-domstolen, men uttalelsen er begrenset til å gjelde den generelle tolkning av vanndirektivet
- Lagmannsretten vil også måtte ta stilling til subsumsjonen, altså om de hensynene som er vektlagt i tillatelsene kvalifiserer som tvingende allmenne hensyn. En slik konkret vurdering vil gi en ytterligere avklaring av rettstilstanden
- En dom for ugyldighet vil utløse en plikt til å foreta en ny omgjøringsvurdering. Denne vurderingen må bygge på et premiss om at vedtakene er *ugyldige*
- Denne nye vurderingen vil derfor være av en helt annen karakter enn vurderingen av 24. mai 2025. Forvaltningen vil ha plikt og kompetanse til å foreta en realitetsvurdering, og avveiningen av eventuelle tvingende allmenne hensyn og miljøkonsekvensene må skje basert dagens situasjon
- En dom for ugyldighet vil også måtte lede til at vannforskriften og KLDs veileder til forskriften blir korrigert. Dette vil, sammen med dommen, kunne få stor betydning for fremtidig vannforvaltning

- Beslutningen av 24. mai 2025 påvirker ikke miljøorganisasjonenes prinsipielle interesse i å få dom for rettskravet
- Beslutningen av 23. mai 2025 innebærer heller *ingen eliminering* av EØS-bruddet. Det gis bare en ny begrunnelse for et påstått gyldig vedtak

2.4 Det stilles lempelige krav til aktualitet når spørsmålet om rettslig interesse aktualiseres i ankeinstansen

- Skoghøy, *Tvisteløsning* (2022) s. 424

JUR 5415

«Såfremt saken har stor prinsipiell interesse, og det først er etter at saken blir brakt inn for overordnet instans at den rettslige interesse blir svekket, kan det endog tenkes at søksmålet må tillates fremmet selv om det konkrete krav som er fremmet, overhodet ikke har noen aktualitet lenger. [...]»

- HR-2022-533 (Utvisningsvedtak som var utløpt)

JUR 1020

«Anken er henvist til handsaming i Høgsterett for å avklare terskelen for utvising etter utlendingslova § 122 fyrste ledd.

Ut frå tvistetemaets art og samfunnets behov for rettsavklaring er etter mitt syn vilkåra i tvistelova § 1-3 andre ledd framleis oppfylte.»

2.5 Kravet til rettslig interesse må anvendes i lys av det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet og Århuskonvensjon

- Solli, *Rammer for domstolskontroll ved brudd på EØS-rettslige forpliktelser på miljøforvaltningsrettens område*, Lov og Rett 2021/4 s. 225 flg.

JUR 5429, 5434

«På miljørettens område har EU-domstolen gått lenger i å stille krav til nasjonal domstolskontroll, ut fra en målsetting om at lovgivningen skal bidra til bevaring, beskyttelse og forbedring av miljøkvaliteten og beskyttelse av menneskers helse. Særlig omfattende skal domstolskontrollen være der direktiver stiller spesifikke krav til fremgangsmåter, som i luftkvalitetsdirektiv, tiltaksdirektivet og vanndirektivet. EU-domstolen har vektlagt Århuskonvensjonen om tilgang til miljøinformasjon, allmenn deltakelse i beslutningsprosesser og tilgang til rettsmidler i saker vedrørende miljø, som grunnlag for en mer intensiv domstolskontroll på miljøområdet; [...]»

- Innst. O. nr. 110 (2004-2005) s. 31

JUR 190

2.6 Påstandens punkt 3, som gjelder driftskonsesjonen, kan uansett ikke avvises

- Beslutningen av 24. mai 2024 gjelder bare utslippstillatelsen, ikke driftskonsesjonen
- Ikke omtvistet at mineralmyndighetene hadde en selvstendig plikt til å vurdere vilkårene i vannforskriften § 12 før det ble gitt driftskonsesjon
 - * KLDs veileder (2015) pkt. 2.2 og 2.3 (JUR 1542)
 - * KLDs veileder (2021) pkt. 2.1 og 2.2 (JUR 1551)
 - * Mineraldirektoratets vedtak (U1 2411)
«[...] DMF er også pålagt å vurdere tiltakets påvirkning på vannforekomster i henhold til vannforskriften § 12.»
- Søknaden om driftskonsesjon beskrev et nedskalert prosjekt med mindre samfunnsnytte
 - * Miljødirektoratets omgjøringsvurdering 26.06.20 (U1 2423)
[...] aspekter knyttet til samfunnsnytte ser ut til å være redusert, [...]
 - * NFDs klagevedtak vedr. driftskonsesjon 06.05.22 (U1 3060)
«Det forventes at mineralutvinningen vil sysselsette 106 personer direkte i driften. [...] Sintefs analyse er riktignok basert på et tidligere driftskonsept hvor det bl.a. var forutsatt en direkte sysselsetting på 170 personer direkte i NRUs drift. Departementet legger likevel til grunn at prosjektet vil bidra til næringsutvikling lokalt og regionalt, spesielt i den lokale regionen rundt Engebøfjellet.»
- Mineralmyndighetene kunne basere seg på oppdaterte miljøfaglige vurderinger fra Miljødirektoratet, men de måtte selv foreta avveiningen etter § 12
- Da søknaden om driftskonsesjon ble behandlet, er det uomtvistet at § 12 skulle tolkes i samsvar med vanndirektivet. Statens nye prinsipale anførsel er ikke relevant for spørsmålet om driftskonsesjonen er gyldig

3. UTGANGSPUNKTER PARTENE ER ENIGE OM

- Deponeringen vil innebære en forringelse av Førdefjorden som krever at unntaksvilkårene i vannforskriften § 12 er oppfylt
 - * Vannforekomstens økologiske tilstand vil endres fra «god» til «dårlig»
 - * Dette er i strid med forringelsesforbudet i vannforskriften § 4
- Unntaksvilkårene i vannforskriften § 12 må da være oppfylt
 - * For at forurensningstillatelse etter forurensningsloven § 11 skal kunne gis
 - * For at driftskonsesjon etter mineralloven § 43 skal kunne gis
 - * Lagt til grunn i vedtakene
- Hvis vilkårene i vannforskriften § 12 ikke er oppfylt, har ikke forvaltningen materiell kompetanse til å gi tillatelsene
- Domstolen har *full prøvingsrett* i spørsmålet om vilkårene i vannforskriften § 12 er oppfylt – både tolkning og subsumsjon

4. VANNFORSKRIFTEN § 12 MÅ TOLKES I SAMSVAR MED VANDIREKTIVET ART. 4 (7)

4.1 Innledning

- Partene er enige om at vannforskriften § 12, til tross for den upresise ordlyden, *kan* tolkes i samsvar med vanndirektivet art. 4 (7)
- Partene er også enige om at vannforskriften i dag *skal* tolkes i samsvar med vanndirektivet art. 4 (7)
- Staten anfører imidlertid at forvaltningen i en «mellomperiode» kunne operere med et mer lempelig unntak, uten at det ville være i strid med EØS-avtalen

4.2 Bakgrunnen for anførselen – «mellomperioden»

(JUR 2025)

- Vanndirektivet art. 13 (6):
Vannforvaltningsplaner skal publiseres senest ni år etter at vanndirektivet trer i kraft
- En «mellomperiode» på inntil 9 år hvor direktivet var i kraft, men uten at det måtte foreligge vannforvaltningsplan
- «Mellomperioden i Norge, Island og Lichtenstein
 - * Direktivets trådte i kraft 1. mai 2009
 - * Første plan som omfattet «Førdefjorden Ytre» ble godkjent 4. juli 2016
 - * Fristen var 1. mai 2018
 - * noen måneder etter at kongen i statsråd hadde behandlet klagen på utslippstillatelsen

4.3 Utformingen av vanndirektivets artikkel 4

- Art. 4 er tilsynelatende utformet slik at den bare er operativ dersom det foreligger en vannforvaltningsplan
- Direktivet er utformet slik at både forringelsesforbudet og unntakene fra forringelsesforbudet er inntatt i art. 4
- Dermed oppsto det uklarhet om rettstilstanden i «mellomperioden»
 - * Om det gjaldt det et forringelsesforbud i «mellomperioden»
 - * Og hvis det gjaldt et forringelsestilbud: Om det kunne gjøres unntak, og i så fall på hvilke vilkår

4.4 De to EU-dommene som avklarte rettstilstanden

- Statens skriftlige innlegg til ESA 21. mai 2010 (U1 613, 616)
i sak C-43/10 *Nomarchiaki*, avsnitt 11 til 13
- EU-domstolens avgjørelse 11.09.2012 (JUR 2604, 2625)
i sak C-43/10 *Nomarchiaki*, avsnitt 65 og 69
- KLDs veileder til vannforskriften § 12 (2015), (JUR 1542)
side 2, note 4

«Det følger av EU-domstolens avgjørelse i prejudisiell sak C-43/10 (avsnitt 65) at artikkel 4.7 kan anvendes ved analogi i tilfeller hvor det ikke er vedtatt vannforvaltningsplan, dvs. at § 12 kan brukes på tilsvarende måte som om vannforvaltningsplan var vedtatt.»

– Læren om forvirkninger

- * Fredriksen og Mathisen, EØS-rett (2018) s. 375 TJUR 280
- * Mens frister for gjennomføring løper, skal medlemsstatene avholde seg fra tiltak som kan sette formålet med et direktiv «i alvorlig fare»
- * Dansk: «i alvorlig fare»
- * Engelsk: «liable seriously to compromise the attainment of the result prescribed by that directive», se. f.eks. C-346/14 avsnitt 50
- * Læren gjelder også i EØS, jf. lojalitetsplikten i EØS-avtalen art. 3
- Ikke tvilsomt at det planlagte sjødeponiet er «liable to seriously compromise the attainment of the objective provided for by Article 4”
- * 170 millioner tonn gruveavfall over ca. 40 år
- * Et sjødeponi vil innebære at målet god økologisk tilstand ikke vil kunne oppnås i overskuelig fremtid
- * Vannforvaltningsplanen ble gitt 4-5 måneder etter utslippstillatelsen
- Engelsk versjon av (JUR 2700, 2709)
EU-domstolens avgjørelse 04.05.2016
i sak C-346/14 *Schwarze Sulm*, avsnitt 51-52

- Dansk versjon av
EU-domstolens avgjørelse 04.05.2016
i sak C-346/14 *Schwarze Sulm*, avsnitt 51-52

TJUR 159, 167

- * I avsnitt 51 slås det fast at læren om forvirkninger kommer til anvendelse i «mellomperioden»

51. Selv om det anfægtede projekt følgerig ikke på tidspunktet for vedtagelsen af afgørelsen af 2007 henhørte under artikel 4 i direktiv 2000/60, var Republikken Østria ikke mindre forpligtet til inden datoen for udløbet af den frist, som medlemsstaterne var pålagt i henhold til dette direktivs artikel 13, stk. 6, med henblik på offentliggørelse af vandområdeplaner, at afholde sig fra at vedtage foranstaltninger, der kunne bringe virkeliggørelsen af det i den nævnte artikel 4 fastsatte mål i alvorlig fare (jf. i denne retning dom af 11.9.2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias m.fl., C-43/10, EU:C:2012:560, præmis 60).

- * I avsnitt 52 oppstilles det, på grunnlag av læren om forvirkninger, et forringelsesforbud med mulighet til å gjøre unntak dersom vilkårene i art. 4 nr. 7 er oppfylt

52. Med henblik på undersøgelse af nærværende sag skal det undersøges, om det anfægtede projekt kan medføre en forringelse af Schwarze Sulms overfladevandtilstand, og i bekræftende fald skal det vurderes, om en sådan forringelse kan være omfattet af undtagelsen til forbuddet mod forringelse i artikel 4, stk. 7, i direktiv 2000/60.

4.5 Sammenfatning så langt

- Det finnes bare én norm, nemlig kravet om «overriding public interest» i art. 4 nr. 7
- Sak C-346/14 *Schwarze Sulm* avklarer at terskelen for å gjøre unntak er den samme i «mellomperioden»
- KLD inntok et riktig standpunkt i veilederen fra 2015 og det er en unødvendig komplisering at spørsmålet reises på nytt

4.6 En enklere tilnærming

- Spørsmålet kan også løses uten å gå via læren om forvirkninger
- Vannforskriften er strukturert på en annen måte enn direktivet
- Forbudet mot forringelse er plassert i § 4 og er *ikke* knyttet til eksistensen av vannforvaltningsplaner
- Unntaket fra forringelsesforbudet er plassert i § 12. Dette unntaket er heller *ikke* knyttet til eksistensen av vannforvaltningsplaner. (I så fall ville vi hatt et ubetinget forringelsesforbud i «mellomperioden»)
- Forskriften inneholder bare ett unntak fra forringelsesforbudet basert på samfunnsmessige hensyn, nemlig § 12 annet ledd bokstav b
- Formålet med vannforskriften var å gjennomføre vanndirektivet. Det må derfor ha vært meningen at unntaket i § 12 annet ledd bokstav b skulle ha samme innhold som i direktivet art. 4 nr. 7
- Hvis ikke, hadde vært nødvendig å ta et forbehold i utfyllingen av skjemaet som ble sendt til ESA

5. EFTA-DOMSTOLENS UTTAELSE SKAL LEGGES TIL GRUNN FOR TOLKNINGEN AV VANNDIREKTIVET ARTIKKEL 4 (7)

5.1 Formålet, lojalitetsplikten

- Formålet med ordningen er å sikre rettsenhet
- Rt. 2000 s. 1811

TJUR 108, 114

«Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt. Dette følger etter min mening allerede av den omstendighet at EFTA-statene i samsvar med EØS-avtalen artikkel 108 nr. 2 ved inngåelsen av ODA-avtalen har funnet grunn til å opprette denne domstolen, blant annet for å nå frem til og å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen. Også reelle grunner taler for dette. Rettskildebruken innen EØS-retten kan avvike fra den nasjonale. Dette gjør at EFTA-domstolen med sin særlige kunnskap bør kunne uttale seg med betydelig autoritet. I denne sammenheng finner jeg grunn til å nevne at EFTA-domstolen gjennomfører en saks-

behandling som blant annet gir andre medlemsland og organer innen EFTA og EF anledning til å uttale seg om de spørsmål som reises, jf. artikkel 20 i protokoll 5 til ODA-avtalen. At EFTA-domstolens rådgivende uttalelse skal tillegges vesentlig vekt, er også forutsatt fra Stortingets side. Jeg viser til St.prp.nr.100 (1991–1992) om samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen, hvor det på side 330 uttales at man i praksis må «regne med at den nasjonale domstol legger EFTA-domstolens uttalelse til grunn, når den anvender norske rettsregler på rettsforhold som er dekket av EØS-avtalens bestemmelser».

5.2 Det er ingen «gode og tungtveiende grunner» til å fravike uttalelsen

- Det kreves «gode og tungtveiende grunner» for å fravike EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten, jf. bl.a. HR-2016-2254-P avsnitt 77 og HR-2025-490-S avsnitt 65
- Staten har ikke anført at EFTA-domstolens tolkningsuttalelse skal fravikes og det er heller angitt noen aktuelle grunner
- Det foreligger ikke ny rettspraksis fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen som strider mot uttalelsen
- Tvert imot: I sak E-18/24 *Greenpeace* avsnitt 118 viser EFTA-domstolen til uttalelsen i vår sak

JUR 3192

«[...] I denne sammenhengen minner EFTA-domstolen om at rent økonomiske hensyn ikke kan anses som tvingende allmenne hensyn (se dom 5. mars 2025 i Norges Naturvernforbund m.fl., E-13/24, avsnitt 40 til 43).»

5.3 Statenes skjønnsmargin gjelder ikke den generelle tolkningen av direktiver

- EFTA-domstolen har uttalt seg om den generelle tolkningen
- Staten har derfor ingen skjønnsmargin ved anvendelsen av tolkningsuttalelsen
- Staten har en skjønnsmargin i subsumsjonen, men partene er enige om at den nasjonale domstolen kan prøve forvaltningens subsumsjon fullt ut

6. TILLATELSEN KAN IKKE BEGRUNNES MED DE HENSYNENE SOM ER VEKTLAGT I TILLATELSEN

6.1 Generelt om vurderingstemaet – EFTA-domstolens tolkningsuttalelse

EFTA-domstolens svar på spørsmål 1

(U2 1927)

Det sentrale er avsnitt 35 til 37

– Sammenfatning

- * Trinn 1: De allmenne hensynene må være tilstrekkelig «*tungtveiende*» til å kunne kvalifiseres som «*tvingende*», jf. avsnitt 36
- * Trinn 2: Bare kvalifiserte allmenne hensyn kan inngå i avveiningen mot skadevirkningene på vannforekomsten

– Den konkrete vurderingen må:

«[...] sikre at det identifiserte tvingende allmenne hensynet som begrunner endringene av en overflatevannforekomsts fysiske egenskaper, veier tyngre enn målet om å forebygge forringelse av tilstanden til forekomster av overflatevann» [Avsnitt 37]

Statens «kumulasjonssynspunkt» er ikke holdbart:

- EFTA-domstolens avsnitt 37 om relevante «faktorer»
- EFTA-domstolens avsnitt 41 og 42 om «medvirkende faktorer» - inntektshensynet
- EFTA-domstolens avsnitt 45 om «medvirkende faktorer» - sysselsetting og bosetting
- De «medvirkende faktorer» er kvalifikasjonskravet til det allmenne hensyn, ikke en regel om kumulasjon av hensyn uten noen kvalifikasjonsfaktor
- Statens tilsynelatende tolkning resulterer (på nytt) i en ren kost-nytte vurdering

FU2 1923

FU2 1924

FU2 1945

6.2 Forventede inntekter fra gruveprosjektet er ikke et tvingende allment hensyn

6.2.1 EFTA-domstolens tolkningsuttalelse

EFTA-domstolens svar på spørsmål nr. 2:

(U2 1927)

Inntekt som genereres som følge av en økonomisk aktivitet, herunder for ansatte, aksjonærer eller den aktuelle EØS-staten gjennom skatter, kan ikke anses å utgjøre et tvingende allment hensyn etter direktiv 2000/60 artikkel 4 nr. 7.

EU-kommisjonen

(U2 1854)

6.2.2 Begrunnelsen i utslippstillatelsen

Klagevedtak fattet av Kongen i statsråd, Kongelig resolusjon av 19.02.2016:

(U 1762, 1772)

«Departementet vurderer at de framtidige inntektene fra gruvevirksomheten er den dominerende nytteeffekten for det norske samfunnet som helhet. Inntektene fordeles mellom lønnstakere og aksjonærer, og som skatteinntekter til kommuner og staten [...]

6.2.3 Konklusjon

Hensynet i tillatelsen er ikke et tvingende allment hensyn, og oppfyller ikke kravet i vannforskriften § 12

6.3 Tillatelsen kan ikke begrunnes med hensynet til sysselsetting og lokal bosetning

6.3.1 EFTA-domstolens tolkningsuttalelse

EFTA-domstolens avsnitt 45

(U2 1924)

På dette grunnlag kan det ikke utelukkes at et prosjekt kan godkjennes etter direktiv 2000/60 artikkel 4 nr. 7 basert på behovet for å oppnå sysselsettingsvirkninger og dermed sikre bosetting i regioner som opplever betydelig fraflytting og sosial nød. Slike omstendigheter vil imidlertid uansett være underlagt testen i artikkel 4 nr. 7, inkludert kravet om et tvingende allment hensyn. Et enkelt ønske om å skape eller øke sysselsettingen, uten andre faktorer, vil ikke oppfylle dette kriteriet.

Formuleringen «betydelig fraflytting og sosial nød» viser hva terskelen er - hva som skal til for at hensynet skal kunne kvalifisere (i «vektskålen»)

6.3.2 EFTA-domstolens grunnlag i rettskilder

C- 182/10 *Solvay* avsnitt 76 (Habitatdirektivet)

(JU 2637, 2652)

Works intended for the location or expansion of an undertaking satisfying those conditions in exceptional circumstances

– Som et ledd i besvarelsen av spørsmål 6

(JU 2646)

In the event of a negatively reply to Question 5, must Article 6(4) of [Habitats] Directive be interpreted as permitting the creation of infrastructure designed to accommodate the management centre of a private company and a large number of employees to be regarded as an imperative reason of overriding public interest?

Vurderingstemaet «exceptional circumstances» er ikke noe nytt:

– de Sadeleer (2005)

JU 4517, 4552

In any case, it is evident from the wording of Article 6(4) that economic requirements cannot be directly equated with “imperative reason of overriding public interest”. This means that the enlargement of a harbour or the construction of a road network cannot be authorized for the simple reason that it satisfies particular economic requirements (for example, job creation or local economic development), but rather because it is intended to satisfy an overriding public interest (for example, the opening up of a particularly isolated region, the necessity of substantially raising the standard of living of the local population

– Samme forfatter har fulgt opp uttalelsen i 2015, men nå også med henvisning til C-182/10 *Solvay*

(JU 4477, 5469)

This interpretation has been endorsed in Solvay

6.3.3 Begrunnelsen i tillatelsen

Klagevedtak fattet av Kongen i statsråd, Kongelig
resolusjon av 19.02.2016:

(U 1762, 1772)

Sysselsetting:

«Gruvevirksomheten vil også medføre sysselsetting. Prisene på rutil vil variere over tid, men dette er forhold virksomheten vil ta i betraktning ved vurdering av tiltakets lønnsomhet. Uttak fra forekomsten i Engebøfjellet vil kunne dekke etterspørselen etter rutil på verdensmarkedet i mange år, da rutilforekomsten i Engebøfjellet representerer en av de største kjente forekomstene i fast fjell. Denne virksomheten vil derfor kunne sikre økt sysselsetting i et langsiktig perspektiv. [...]»

Lokal bosetting:

«[...] Lokalt vil en økning i skatteinntekter og sysselsetting kunne ha vesentlig betydning. Alt i alt forventes tiltaket å ha en stor positiv effekt for bosettingen lokalt, ikke minst i Naustdal som er en relativt liten kommune som lenge har vært inne i en svakt fallende befolkningsutvikling.»

Disse hensynene kvalifiserer åpenbart ikke, jf. terskelen «betydelig fraflytting og sosial nød» og bakgrunnskildenes kvalifisering «exceptional circumstances»

6.3.4 Konklusjon

Hensynet i tillatelsen er ikke et tvingende allment hensyn, og oppfyller ikke kravet i vannforskriften § 12

6.4 Tillatelsene er etter sin egen begrunnelse ugyldige

Tillatelsene mangler hjemmel fordi de er begrunnet i hensyn som ikke oppfyller kravet til tvingende allmenne hensyn i vannforskriften § 12

Leder uten videre til ugyldighet etter tradisjonell norsk forvaltningsrett

- Spørsmålet om et innvirkningskrav har bare teoretisk interesse – åpenbar innvirkning

Leder også til ugyldighet etter EØS-retten – domstolens reparasjonsplikt (jf. nedenfor).

Tillatelsene er etter sin egen begrunnelse ugyldige

7. TILLATELSEN KAN IKKE OPPRETTHOLDES MED NYE ETTERFØLGENDE BEGRUNNELSER

7.1 Innledning

7.1.1 Hva er statens nye begrunnelse og hvor fremgår den?

Den nye begrunnelsen er «behovet for forsynings-sikkerhet»

Første gang nevnt i statens tilsvarende til tingretten:

(U2 176)

Staten er således ikke enig med saksøkerne i at hensynet til verdiskapning, lokale arbeidsplasser og sikring av tilgang på mineraler innad i EU ikke kan være en «overriding public interest»

Staten har videreutviklet argumentet, og det fremstår nå som den nye bærebjelken i statens argumentasjon for at vedtakene skal kunne opprettholdes også etter EFTA-domstolens tolkningsuttalelse, jf. beslutningen av 23. mai 2025

Den nye begrunnelsen fremgår dels av statens prosesskriv for tingrett og lagmannsrett, dels av beslutningen 23. mai 2025

Det er ikke grunnlag for å lese noen slik begrunnelse inn i vedtakene eller saksdokumentene i vedtakssaken

- Kommentarer til statens øvelse i innledningsforedraget, jf. disposisjonen punkt 7

7.1.2 Statens anførsel om at domstolen skal opprettholde tillatelsene med nye etterfølgende begrunnelser

Statens sluttinnlegg:

(U2 2246)

Domstolene har full prøvingskompetanse når det gjelder vilkåret i vannforskriften § 12, tolket i lys av vanndirektivet art. 4 nr. 7. I en slik situasjon er domstolskontrollen av vedtaket en resultatkontroll og prøvingen er ikke begrenset til forhold/hensyn som er eksplisitt omtalt i vedtakets begrunnelse.

7.2 Tillatelsene kan ikke opprettholdes med den nye begrunnelsen fordi det ikke dreier seg om strengt lovbundne vedtak med «resultatkontroll»

7.2.1 Domstolen skal ikke prøve nye begrunnelser

Enighet om at domstolen har full prøvelsesrett i vurderingen av om vilkårene i vannforskriften § 12 er oppfylt

- Vannforskriften § 12 gir ikke hjemmel til å gi tillatelse
- Vannforskriften § 12 begrenser forvaltningens kompetanse til å gi slike tillatelser, men griper ikke inn i forvaltningens kompetanse til å avgjøre om tillatelse skal gis der vannforskriften § 12 er oppfylt
- Hjelpedokument

Hjelpedok. 3

Forurensningsloven § 11 og mineralloven § 43 gir forvaltningen en diskresjonær kompetanse til å avgjøre om det skal gis tillatelse og hvordan tillatelsen eventuelt skal utformes.

Skjønnnet er ikke strengt lovbundet. Det dreier derfor ikke om en ren resultatkontroll.

- Nerheim: «Ugyldighetsregler ved domstolsprøving av strengt lovbundne enkeltvedtak»

JUR 5109, 5142

HR-2017-331-A (skipsvrak)

JUR 889, 903

Domstolen skal forholde seg til begrunnelsen i vedtaket og kan ikke opprettholde vedtaket med nye etterfølgende begrunnelser

7.2.2 Forholdene på vedtakstidspunktet er avgjørende for prøvingen

Rt. 2015 s. 1388

(JUR 850, 874)

Jeg er også enig med førstvoterende i at forholdene på vedtakstidspunktet må være avgjørende ved prøvingen [...]

Eckhoff og Smith «Forvaltningsrett» (2022) s 545

(TJUR 274)

I den neste store høyesterettssaken på utlendingsområdet var det full enighet om at kontrollen med om et forvaltningsvedtak er gyldig, må ta utgangspunkt i de rettsregler, fakta mv. som forelå da vedtaket ble truffet [...]

... ville det ha vært en fordel om Høyesterett i Rt. 2012 s. 1985 ikke hadde nøydt seg med å vise til noen eldre, nokså uklare rettsavgjørelser, men snarere hadde gitt en prinsipiell begrunnelse for standpunktet. En slik begrunnelse kunne ha tatt utgangspunkt i hovedregelen om kontroll med forvaltningens legalitet, sett i lys av maktfordelingen mellom utøvende og dømmende makt

7.3 Lagmannsretten bør uansett ikke ta stilling til den nye begrunnelsen

Lagmannsretten har uansett ingen plikt til å ta stilling til den nye begrunnelsen

– Lagmannsrettens foreleggelsesbeslutning

(U2 1584, 1586)

Etter forberedende dommer syn følger det klart av EU-domstolens dom i sak C-529/15 Folk avsnitt 38–39 at de nasjonale domstolene ikke har en EØS-rettslig plikt til å vurdere en annen begrunnelse for at unntaksvilkårene i vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 er oppfylt, enn den som framgår av tillatelsen.

– C-529/15 Folk (2017) avsnitt 39

JUR 2737

Spørsmålet om Engebøprosjektets betydning for forsyningssikkerheten bør ikke behandles i domstolen uten en forutgående utredning og behandling i forvaltningen

De nasjonale domstolenes oppgave er å kontrollere vedtakene, ikke å reparere dem.

7.4 Tillatelsene kan ikke opprettholdes med nye begrunnelser fordi det vil stride mot vannforskriften og EØS-retten

7.4.1 Vannforskriften § 12 oppstiller en plikt til å vurdere og begrunne de tvingende allmenne hensyn i tillatelsen

EFTA-domstolens tolkningsuttalelse

EFTA-domstolens tolkningsuttalelse avsnitt 34:

(U2 1923)

[...] I denne sammenheng påhviler det de nasjonale myndighetene å godtgjøre at de ikke bare viser til et teoretisk tvingende allment hensyn, men snarere har basert seg på en detaljert, konkret analyse av prosjektet før de har konkludert med at vilkårene for unntak fra forringelsesforbudet var oppfylt (jf. dommen i Kommisjonen mot Østerrike, C-346/14, som sitert over, avsnitt 80).

7.4.2 ESAs syn

ESAs skriftlige innlegg til EFTA-domstolen avsnitt 58 og 59 og 83: **U2 1809, 1830, 1838**

58. *[...] These reasons must therefore be considered, and justification given, in advance.*

59. *Consequently, ESA considers that an EEA State is prevented from invoking ex post facto justifications for applying Article 4(7) to derogate from its obligations under the WFD.*

83. *[...] Justifications for derogations to Article 4(1) WFD cannot be made ex post facto.*

ESAs brev av 16. juli 2021 s. 10-11 **U1 2981, 2990-91**

Where an EEA State invokes and relies on the Article 4(7) WFD derogation, it must clearly and transparently document the reliance and state the reasons at the time the decision is made taking into account the specific facts of the case.

7.4.3 Praksis fra EU-domstolen

C-43/10 Nomarchiaki (2012) **JUR 2604, 2626**

Consequently, consent was capable of being given [...] at the very least if:

- *[...]*
- *the reasons why that project had to be carried out were specifically set out and explained; [...]*

C-346/14 Schwarze Sulm (2016) **JUR 2700, 2711, 2713**

— Avsnitt 66:

In the present case, in order to determine whether the 2007 decision was adopted in compliance with the requirements of Article 4(7) of Directive 2000/60, it must be ascertained, first, [...] second, whether the reasons behind the project were specifically set out and explained; [...]

– Avsnitt 68:

It should be noted at the outset that, contrary to the Commission's assertions, the second of the conditions referred to in paragraph 66 above is clearly satisfied in the present case, as the 2007 decision sets out in a detailed manner the reasons for the contested project, its impact on the environment and the alleged advantages of the project.

– Avsnitt 80:

Thus, contrary to the Commission's assertion, he did not merely refer in the abstract to the overriding public interest in the production of renewable energy, but rather based himself on a detailed and specific scientific analysis of the contested project, before going on to conclude that the conditions for a derogation from the prohibition of deterioration were met.

C-529/15 Folk (2017) avsnitt 39

(JUR 2737)

Without prejudice to a possible judicial review, the national authorities which are competent to authorise a project are required to review whether the conditions set out in Article 4(7)(a) to (d) of Directive 2000/60 are satisfied before granting such an authorisation. In contrast, EU law in no way obliges the national courts to take the place of the competent authority by itself examining those conditions when that authority has granted the authorisation without having carried out that examination.

C-535/18 IL and others (2019) avsnitt 90

(JUR 2885)

[...] Article 4 of Directive 2000/60 must be interpreted as precluding a situation in which it is only after a project has been approved that the competent authority carries out the checks to establish whether the requirements laid down in that framework have been met, including the requirement to prevent deterioration of the status of bodies of water, both surface water and groundwater, which are affected by the project [...]

7.4.4 Veiledere

Kommisjonen (2017), Guidance Doc. No. 36

U1 2019

Klima- og miljødepartementet (2021), Veiledning til vannforskriften § 12

U1 2952

7.4.5 *Formålet bak regelen om at en tillatelse ikke kan baseres på etterfølgende begrunnelser*

Vern av vannforekomster – føre var-prinsippet

- GA C-535/18, avsnitt 45

(TJUR 220)

47. [...] The precautionary principle which underlies the WFD thus necessarily implies that the obligation of prior assessment which follows from Article 4(7) of the directive — in order to benefit from a derogation — also applies to the main obligation set out in paragraph 1 of that article.

- Vanndirektivet, recital 11

(JUR 2010)

- Sml. EIA-direktivet, recital 2

(JUR 3169)

- Samme regel lagt til grunn for Habitatdirektivet

- * C-404/09 (2011) Kommisjonen mot Spania

(JUR 2594)

Sikre offentlig innsyn og medvirkning før beslutning fattes:

- Vannforskriften § 27:

(JUR 127)

Vannregionmyndigheten skal i samarbeid med vannregionutvalget tilrettelegge for at alle interesserte gis anledning til å delta aktivt i gjennomføringen av denne forskriften [...]

- Vanndirektivet artikkel 14

(JUR 2025)

Public information and consultation

1. Member States shall encourage the active involvement of all interested parties in the implementation of this Directive [...]

- Sml. EIA-direktivet, recital 16

(JUR 3169)

7.4.6 *Sammenfatning*

Vannforskriften § 12 krever:

- En detaljert og spesifikk analyse av de tvingende allmenne hensyn
- Analysen må gjøres før tillatelsen til forringelse gis
- Begrunnelsen må fremgå av tillatelsen

Formålet med regelen:

- Vern av vannforekomster – føre var-prinsippet
- Sikre offentlig innsyn og medvirkning før beslutning fattes

7.5 Statens etterfølgende begrunnelse oppfyller ikke kravene i vannforskriften § 12 jf. vanndirektivet artikkel 4

De sentrale momenter i subsumsjonen:

Tidspunkt for introduksjonen av hensynet til forsyningssikkerhet

- Mange år etter at tillatelsen er gitt (« ex post facto»)
- Introdusert i en rettsprosess
- Ytterligere forsterket som følge av EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i samme rettsprosess

Det faktiske kunnskapsgrunnlaget for vurderingene er åpenbart ikke fullstendig og kan fremstå som selektivt og ensidig

- Vedtakssaken inneholder ikke noe faktisk grunnlag innhentet for å vurdere Engebøprosjektets rolle for forsyningssikkerheten i Norge/Europa
- Statens dokumentfremleggelse på dagen for avslutning av saksforberedelsen:
 - * Dokumenter av svært ulik art (artikler fra media, pressemeldinger, faktaark, generell informasjon om CRMA, titanium mv.)
 - * Dokumenter fra en lang tidsperiode; 2009 – mai 2025
 - * Ingen analyse, redegjørelse el. for hvilken rolle rutil fra Engebø kan spille for forsyningssikkerheten i Norge/EØS
- Vitneforklaringen fra Harald Sørbø

Ingen spesifikk vurdering for hvilken rolle rutil fra Engebø konkret kan spille for forsyningssikkerheten i Norge/EØS

U2 2210-2211

Ingen offentlig deltakelse i verken kunnskapsgrunnlag eller innspill til vurderingene

Konklusjon: Statens etterfølgende begrunnelse oppfyller ikke kravene i vannforskriften § 12 jf. vanndirektivet artikkel 4

7.6 Virkning av pliktbrudd – domstolens reparasjonsplikt

7.6.1 EØS-avtalen artikkel 3

Ved EØS-strid skal nasjonale domstoler eliminere virkningene av bruddet så langt kompetansen etter intern rett tillater det.

EØS-avtalen artikkel 3:

(JUR 62)

Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale.

De skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare.

De skal videre lette samarbeidet innen rammen av denne avtale.

Spørsmålet om domstolens reparasjonsplikt i miljø-saker har særlig oppstått ved mangelfulle konsekvens-utredninger forut for tillatelser

- EFTA-domstolens tolkningsuttalelse 21. mai 2025 («Klimasøksmål II, forføyningssaken») gir sammenfatning og avklaring

JUR 3166, 3189

* Avsnitt 104

* Avsnitt 106

* Avsnitt 107

- HR-2025-677-A (Klimasøksmål II, forføyningssaken), avsnitt 44-46

TJUR 51, 57

- E-11/22 (RS) avsnitt 44:

(TJUR 140)

In accordance with Article 3 EEA, it is the responsibility of the national courts, in particular, to provide the legal protection individuals derive from the EEA Agreement and to ensure that those rules are fully effective (see Case E-14/20 Liti-Link AG, judgment of 15 July 2021, paragraph 74 and case law cited)

– C-201/02 Wells

(TJUR 264)

* Avsnitt 65:

Such particular measures include, subject to the limits laid down by the principle of procedural autonomy of the Member States, the revocation or suspension of a consent already granted, in order to carry out an assessment of the environmental effects of the project in question as provided for by Directive 85/337

* Avsnitt 67:

[...] and that they do not render impossible in practice or excessively difficult the exercise of rights conferred by the Community legal order (principle of effectiveness) (see to this effect, inter alia, Case C-312/93 Peterbroeck [1995] ECR I-4599, paragraph 12, and Case C-78/98 Preston and Others [2000] ECR I-3201, paragraph 31

– E-3/15 Liechtensteinische Gesellschaft für
Umweltschutz, avsnitt 74-75:

(TJUR 155)

[...] However, it follows from EEA law that when interpreting national rules the national court is bound to apply, as far as possible, the methods of interpretation recognised by national law in order to achieve the result sought by the Directive. [...]

Det fins en lang rekke øvrige dommer som fastslår statens (herunder domstolens) reparasjonsplikt, for eksempel:

– C-378/07 og C-380/07, avsnitt 203

– E-1/07, Liechtenstein mot A, avsnitt 39

– E-11/12 Koch avsnitt 117 og 121

– Rt-2005-597 Allseas avsnitt 38

– C-432/05 Unibet avsnitt 82

7.6.2 Ingen innvirkningsvurdering (jf. forvaltningsloven § 41)

Statens sluttinnlegg:

U2 2248

Statens syn er uansett at eventuelle feil ikke leder til ugyldighet fordi feilen ikke kan ha virket inn på avgjørelsen

Materiell kompetansemangel eller saksbehandlingsfeil?

- Miljøorganisasjonen mener vannforskriften § 12 er en materiell kompetanseregulering som uten videre leder til ugyldighet – når det ikke foreligger tvingende allmenne hensyn har ikke forvaltningen kompetanse til å gi tillatelse
- Kommer ikke på spissen: Heller ikke for saksbehandlingsfeil gjelder noe innvirkningskrav ved brudd på EØS-retten

EFTA-domstolens tolkningsuttalelse 21. mai 2025 («Klimasaken») har forkastet anførselen i tilknytning til EIA-direktivet artikkel 3

- Avsnitt 112 – statens anførsel **JUR 3190**
- Avsnitt 116 – EFTA-domstolens syn: **JUR 3191**
- Avsnitt 122 – EFTA-domstolens svar på spørsmålet: **JUR 3192**

Svaret på det tredje spørsmålet må bli at en nasjonal domstol ikke kan gjøre unntak med tilbakevirkende kraft fra plikten til å vurdere virkningene etter EIA-direktivet artikkel 3 nr. 1.

Høyesteretts mindretall har forkastet anførselen i

s2020-2472-P («Klimadom I») **U 934**

- Med sitt resultat behøvde ikke flertallet å vurdere spørsmålet. Mindretallets (fire dommere) uttalelser må derfor ha betydelig vekt

Mindretallets vurdering av innvirkningskravet **JUR 971-973**

7.6.3 Gruveselskapets innrettelse er uten betydning

Statens sluttinnlegg pkt. 2.5.

Tiltakshaver har i ti år innrettet seg i god tro til tillatelsen som ble gitt i 2015 og har investert betydelige beløp.

Ikke et EØS-rettslig vern av berettigede forventninger eller innrettelse

- EU-domstolens utgangspunkt er at en part ikke kan påberope berettigede forventninger bl.a. der myndighetene har anvendt EU-retten feil, jf. f.eks.

* C-236/18 avsnitt 50: **(TJUR 205)**

Moreover, according to the Court's case-law, the principle of the protection of legitimate expectations cannot be relied upon against an unambiguous provision of EU law; nor can the conduct of a national authority responsible for applying EU law, which acts in breach of that law, give rise to a legitimate expectation on the part of a person of beneficial treatment contrary to EU law (judgment of 7 August 2018, Ministru kabinet, C-120/17, EU:C:2018:638, paragraph 52 and the case-law cited).

- Venemyr, *EØS-rettens krav til forvaltningsrettslige følger av feil* (2024), pkt. 9.4 om «Reparasjon av vedtak utenfor klagesak»:

TJUR 703

For at retten til en effektiv domstolsbehandling skal være ivarettatt, må domstolen ha mulighet til å endre og eventuelt reversere vedtaket selv om dette er til skade for parter som har innrettet seg etter vedtaket. Det betyr samtidig at det EØS-rettslige utgangspunktet er at frem til vedtaket er «endelig», foreligger det ikke en EØS-rettslig vernet forventning om at vedtak ikke vil bli endret. Utgangspunktet må derfor være at i de tilfellene hvor vedtaket uansett kan angripes for domstolene, og domstolene må ha mulighet til å endre vedtaket til skade, også med virkning bakover i tid, kan ikke forvaltningen la være å endre vedtaket av hensyn til en parts innrettelse. Så lenge domstolsadgangen fortsatt står åpen, har den parten som velger å effektivere vedtaket, tatt en bevisst risiko fordi vedkommende må regne med at vedtaket kan bli endret. I disse tilfellene kan ikke en part høres med at han eller hun har en berettiget forventning om at vedtaket skal bestå. Hvis hensynet til en parts innrettelse skal stenge for at vedtaket endres i disse tilfellene, innebærer det at en part kan stenge for at en tredjepart oppnår en effektiv beskyttelse av sine EØS-rettigheter ved å sørge for å effektivere vedtaket straks.

- * Hva som skal regnes som «endelige» vedtak:

TJUR 628-629

Oppsummeringsvis kan rettstilstanden sammenfattes slik: I fravær av en særskilt søksmålsfrist må forvaltningen ha en EØS-rettslig plikt til å foreta en fornyet vurdering av vedtaket, og eventuelt omgjøre dette, dersom det anmodes om dette av en part eller tredjepart som uansett har mulighet til å angripe vedtaket for domstolene. Hensynet til at individer og markedsaktører skal sikres en effektiv rettsbeskyttelse, tilsier at forvaltningen ikke kan påberope seg vedtakets «endelighet» som en begrunnelse for ikke å foreta en fornyet vurdering av det. Forvaltningen har imidlertid som utgangspunkt ikke en omgjøringsplikt av eget tiltak. Der vedtaket ikke (lenger) kan angripes for domstolene, må vedtaket regnes som «endelig» i EØS-rettslig forstand både for forvaltningen og for domstolene.

I vår sak er ikke utslippstillatelsen «endelig»

- først endelig når det ikke kan angripes for domstolene
- Løper ingen søksmålsfrist etter norsk rett
- Søksmålsvarsel 15. mai 2022
- En forurensingstillatelse kan dessuten omgjøres etter 10 år, jf forurensningsloven § 18 siste ledd

(U1 3071)

Gruveselskapets innrettelse er heller ikke beskyttelsesverdig:

- Investeringene er i hovedsak gjort med kunnskap om at tillatelsen var påklaget, begjært omgjort eller bragt inn for domstolen
- Investeringer og oppstart på egen risiko

7.6.4 *Betydning for denne saken*

Løsningen må bli den samme ved brudd på vann-direktivet artikkel 4 som ved mangelfulle konsekvens-utredninger etter plandirektivet, prosjektdirektivet og EIA-direktivet:

- Også her gjelder det en helt grunnleggende vurdering som ikke er gjennomført i tråd med direktivet – om de nye hensynene kvalifiserer som tvingende allmenne hensyn med en slik vekt at forringelsen av Førdefjorden må aksepteres
- Også her ville et innvirkningskrav undergrave hele formålet med direktivet – i motsatt fall blir kravet i vannforskriften § 12 en ren prosedyreregulering uten faktisk betydning for beslutningsprosessen

Støttes av grunnleggende hensyn om maktfordelingen mellom forvaltning og domstol – domstolen skal kontrollere, ikke reparere:

- Reglene skal sikre at forvaltningens materielle vurderinger bygger på riktig grunnlag og faktisk blir gjort, og at de deretter kan kontrolleres av nasjonale domstoler.
- ikke fungere som en «høringsinstans» for de hensyn staten til enhver tid måtte gjøre gjeldende

- målet vil være i konstant bevegelse – som denne saken illustrerer
- statens syn bidrar til at etterlevelse av regler om naturbeskyttelse blir ineffektive – «det kan alltid gis en ny begrunnelse i ettertid»

Om domstolen skulle hensynta slike etterfølgende begrunnelser vil det innebære et brudd på EØS-avtalen artikkel 3

- Tillatelsene kan ikke opprettholdes med de nye begrunnelsene staten har lansert i rettsprosessen.
- En dom på ugyldighet er nødvendig for å sikre et effektivt rettsmiddel som oppfyller vanndirektivets formål

8. UTSLIPPSTILLATELSEN KAN IKKE RATIHABERES

8.1 Innledning

Statens anførsel i sluttinnlegget

U2 2248

Dersom tvistegjenstanden mot formodning fortsatt skulle være vedtakene omfattet av påstanden i anken, vil staten anføre at eventuelle feil må anses ratihabert ved den kongelige resolusjonen 23. mai 2025.

Statens innledningsforedrag punkt 6.5:

Ratihabisjon av evt. feil ved 2016-vedtaket

Hva er ratihabisjon?

- Eckhoff og Smith «Fovaltningsrett» (2022) s. 504

(JUR 4638)

Vedtak som lider av en ugyldighetsgrunn, kan forvaltningen i visse tilfeller godkjenne i etterhånd, med den virkning at vedtaket blir opprettholdt til tross for feilen.

Forutsetningen for statens anførsel må være at utslippstillatelsen er ugyldig

8.2 Beslutningen 23. mai 2025 eliminerer ikke bruddet på vannforskriften § 12

Eckhoff og Smith «Forvaltningsrett» side 505

JUR 4639

Hvis betingelsene for å ratihabere et angripelig vedtak ikke foreligger, eller hvis forvaltningen ikke ønsker å gjøre det, må den som hovedregel anses forpliktet til å omgjøre vedtaket når feilen blir oppdaget, slik at det blir klart hva parten har å innrette seg etter. Brudd på EØS-retten kan gi plikt til å sette vedtaket til side uten hensyn til hva forvaltningen selv måtte mene, se f.eks. de uttalelser av EU-domstolen sak C-24/19 (A mfl.) som gjengis i HR-2020-2472-P (klimasaken) avsn. 282 jf. 286 (dissensen), jf. Eriksen og Fredriksen, Norges europeiske forvaltningsrett (2019) kap. 6.10).

Som gjennomgått: Plikten til å eliminere EØS-bruddet påligger staten, dvs. både forvaltningen og domstolen, for eksempel:

– C-24/19 A and others

JUR 2910

Under the principle of sincere cooperation provided for in Article 4(3) TEU, Member States are required to eliminate the unlawful consequences of such a breach of EU law. It follows that the competent national authorities, including national courts hearing an action against an instrument of national law adopted in breach of EU law, are therefore under an obligation to take all the necessary measures, within the sphere of their competence, to remedy the failure to carry out an environmental assessment. That may, for a 'plan' or 'programme' adopted in breach of the obligation to carry out an environmental assessment, consist, for example, in adopting measures to suspend or annul that plan or programme (see, to that effect, judgment of 28 July 2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, EU:C:2016:603, paragraphs 31 and 32), or in revoking or suspending consent already granted, in order to carry out such an assessment (see to that effect, judgment of 12 November 2019, Commission v Ireland (Derrybrien Wind Farm), C-261/18, EU:C:2019:955, paragraph 75 and the case-law cited).

Beslutningen 23. mai 2025 innebærer ingen eliminering av EØS-bruddet:

(U2 2224)

- Beslutningen drøfter og konkludere med at tillatelsen er gyldig, og vurderer omgjøring under den forutsetningen
- Er i realiteten bare en etterfølgende formalisering av de nye hensynene som har blitt introdusert i løpet av rettsprosessen
- Oppfyller ikke kravene til en detaljert og spesifikk analyse av de tvingende allmenne hensyn i vannforskriften § 12

- * Uklart hvilket kunnskapsgrunnlag vurderingen er basert på
- * Ingen detaljert og spesifikk analyse av om de nye hensynene det vises til faktisk er tvingende allmenne hensyn i denne konkrete saken
 - Formalisering av ny begrunnelse der EFTA-domstolen har underkjent vedtakets begrunnelse og etter avslutning av saksforberedelsen i ankesaken
- * Ingen oppdatert vurdering av alle hensyn som inngår *på begge sider* i avveiningen
- * Sier selv at det ikke er et enkeltvedtak, at det ikke er krav til begrunnelse og at ikke «funnet grunn» til å forhåndsvarsle «tiltakshaver eller øvrige interessenter»

Statens reparasjonsplikt er derimot:

- Legge til grunn at tillatelsene er ugyldige og vurdere omgjøring (jf. forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c) etter en ny saksbehandling og et nytt begrunnet vedtak som ligger innenfor kompetansebegrensningen i vannforskriftens § 12, og der det også foretas en helhetlig oppdatert vurdering etter forurensingsloven § 11
- Lagmannsrettens dom og EFTA-domstolens tolkningsuttalelse vil danne rammen for forvaltningens saksbehandling og det nye vedtaket
- Hva utfallet av omgjøringsvurderingen blir kan først vurderes når saksbehandlingen er gjennomført, og er ikke et tema for lagmannsretten

Når staten ikke erkjenner at tillatelsene er ugyldige, må lagmannsretten avsi ugyldighetsdom slik at EØS-bruddet kan elimineres

Konklusjon: staten har plikt til å sette vedtakene til side og kan ikke ratihabere vedtakene ved beslutningen 23. mai 2025

**9. DET ER UANSETT IKKE DOKUMENTERT AT BEHOVET
FOR MINERALER OG FORSYNINGSSIKKERHET
OPPFYLLER VILKÅRET I VANNFORSKRIFTEN § 12**

9.1 EFTA-domstolens tolkningsuttalelse

Avsnitt 47 i tolkningsuttalelsen

(U2 1925)

«[...] Som ESA og Kommisjonen har påpekt er kvaliteten og den tilgjengelige mengden av det aktuelle mineralet av særlig relevans, i likhet med bruksområdene for slike mineraler og hva de faktisk vil bli brukt til. Dette innebærer, for det første, at hensynet til forsynings-sikkerhet for slike mineraler kun kan være tvingende når det aktuelle mineralet er av en slik art at det rettferdiggjør særlige tiltak og, for det andre, at mineralet faktisk vil bli brukt til slike formål i den aktuelle EØS-staten eller i EØS mer generelt. [...]»

Avsnitt 48 i tolkningsuttalelsen

I denne sammenheng er det videre klart at selv om det å etablere forsyningsikkerhet innen EØS under slike omstendigheter kan utgjøre et tvingende allment hensyn etter direktiv 2000/60 artikkel 4 nr. 7 bokstav c), vil det å sikre global forsyning av et slikt kritisk mineral – eller noe annet materiale – ikke oppfylle dette kriteriet ettersom det mangler den nødvendige tilknytningen til det indre markedet.

Særlig om statens syn på «globale verdikjeder»

**9.2 Vurderingen på tidspunktet for utslippstillatelsen
(2016)**

Ingen særskilt forsyningsrisiko i EU

– EUs tredje liste over kritiske råmaterialer (2017) **(U1 1940)**

* Listen angir 27 kritiske råmaterialer **(U1 1944)**

* Verken titanmineraler eller titanmetall er oppført på listen

* Faktaark om titan, **(U1 2075, 2080 til 2086)**
«Non-critical raw materials Factsheets»

Ingen særskilt forsyningsrisiko i Norge

– Titania AS (Tellnes) **(U2 2159)**

- Norge Mineraler AS (Bjerkreim)

(U2 2262)

9.3 Vurderingen i dag

Heller ikke etter en «nåtidsvurdering» er det dokumentert at hensynet til forsyningssikkerhet utgjør et tvingende allment hensyn og at det veier tilstrekkelig tungt til å begrunne en tillatelse

- Begge vektskåler må vurderes basert på forholdene på samme tidspunkt
- Hvis det er forsyningssikkerhet som er den dominerende begrunnelsen, må prosjektets innretning og drift vurderes i lys av det formålet
- Staten har ikke kunnet vise til noen slik vurdering – bevisførselen tyder på at den ikke er gjort

9.4 Konklusjon

EFTA-domstolens kriterier er klare

Det er ikke dokumentert at behovet for mineraler fra Engebø var et tvingende allment hensyn på vedtakstidspunktet i 2016

Det er ikke dokumentert at behovet for mineraler fra Engebø er et tvingende allment hensyn i dag

10. SAKSKOSTNADER

10.1 Dersom ett eller flere vedtak er ugyldige

10.1.1 Utgangspunkter

Twisteloven § 20-5 (1)

(TJUR 2)

«Full erstatning for sakskostnader skal dekke alle partens nødvendige kostnader ved saken som ikke særlige regler gir grunnlag for å unnta. Ved vurderingen av om kostnadene har vært nødvendige, legges det vekt på om de ut fra betydningen av saken har vært rimelige å pådra dem. [...]»

Miljøorganisasjonenes kan kreve erstattet både det som er betalt og pro bono-elementene

– HR-2022-1119-A

TJUR 72, 79

– Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 215

(JU 689, 730)

Jeg er ikke enig med staten. Formålet med å påta seg et prosessoppdrag pro bono er å tilgodese den part man tar oppdraget for, ikke motparten. Utgangspunktet må derfor være at der søksmålet eller anken fører frem og det skal tilkjennes sakskostnader, så vil prosessfullmektigen – så langt dette danner grunnlag for et sakskostnadsansvar for den tapende part – kunne beregne vanlig salær

– Konklusjon: Det kan beregnes «vanlig salær» i pro bono-tilfellene

10.1.2 *Miljøorganisasjonenes avtale med prosessfullmektigene inneholder to betydelige pro bono-elementer*

To avtaler – én for hver instans

(U1 3085)

Avtalt «tak» på samlet salær – taket er passert for begge instanser

– Tingretten: 2 100 000,-

– Lagmannsretten: 700 000,- / 900 000,-

10.1.3 *Sakskostnadene for tingretten har vært «nødvendige»*

U2 1241, 1242

Omfattende og komplekst faktum

Omfattende og kompleks jus

En sak av stor betydning å få prøvd,
jf. tvisteloven § 20-5 (1) annet pkt.

Prinsipielle EØS-rettslige spørsmål

10.1.4 Sakskostnadene for lagmannsretten har vært «nødvendige»

Saken ble begrenset til mest prinsipielle spørsmålet

ESAs skriftlige innlegg

(U2 1809, 1811)

The case concerns the interpretation of this “overriding public interest” exception. It provides an important opportunity for the EFTA Court to give an advisory opinion on the interpretation of fundamental principles of EEA environmental law, and their application in the field of water policy. Water being essential to life on earth, and its protection and good management being imperative to human health and prosperity, the EFTA Surveillance Authority (“ESA”) welcomes this opportunity for the EFTA Court to clarify EEA law requirements in this field.

Statens holdning har vært prosess- og kostnadsdrivende

- Anførsel om ankenektelse **U2 1515, 1531**
- Svarene på spørsmålene: **U2 1540 og 1544**
 - * «ikke spesielt tvilsomme»
 - * Foreligger «solid rettskildemessig grunnlag for at gruve driftens inntektsvirkninger kan utgjøre en ‘overriding public interest’»
- Ønsket ikke å bidra til utforming av spørsmål **U2 1574**
- Noe overraskende at staten ville endre hele spørsmålsstillingen etter at beslutningen om foreleggelse var tatt
- Beslutning om foreleggelse **U2 1584, 1586**

10.1.5 Særlig om timepris og timetall

Timepris

- Under veiledende priser
- Ligger godt under det som er akseptert
- * HR-2025-921-A avsnitt 75 og 77 **(JU 1072, 1081)**
- * LB-2020-92571-2 **(JU 1160, 1288)**

Antall timer

10.2 Dersom staten frifinnes

10.2.1 Rettslige utgangspunkter

Twisteloven § 20-2 tredje ledd (JU 94)

Bred vurdering av flere momenter kan tas i betraktning,
jf. bl.a. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 278 (JU 445)

*Domstolen vil kunne trekke inn en rekke tungtveiende
hensyn og oppnå rettferdige nyanserte løsninger ut fra
kryssende hensyn*

Regelen i tvisteloven må tolkes i lys av
Århuskonvensjonen, jf. bl.a. LF-2021-1119 (JU 1386)

«prohibitively expensive», jf. Århuskonvensjonen art. 9
nr. 4 (JU 4306, 4315)

C260/11 *Edwards* avsnitt 39 flg. (JU 2655, 2662)

- Det skal foretas en objektiv vurdering av beløpets størrelse
- Kostnadskravet skal ikke fremstå objektivt urimelig når søksmål fremmes av sammenslutninger som oppfordres til en aktiv rolle innenfor miljøspørsmål
- Sakskostnadene må ikke overstige den berørtes økonomiske evne
- Andre momenter som inngår i vurderingen
 - * Om det var rimelig utsikt til å få medhold
 - * Sakens betydning for saksøker og miljøsaken
 - * Partenes situasjon, sakens kompleksitet både med hensyn til rettslige og faktiske spørsmål
- Skal foretas en lik vurdering for både første- og ankeinstans
- Ikke anledning til å foreta en vurdering «solely on the basis of the financial situation of the person concerned», jf. C-252/22 avsnitt 74 (JU 2952, 2965)

10.2.2 Organisasjonene skal fritas fra erstatningsansvar for begge instanser

Tingrettens dom punkt 6 er i strid med
Århuskonvensjonen

- Isolert vurdering av regnskapet uten kontradiksjon

(U2 1499)

Naturvernforbundet er Norges største og eldste miljøorganisasjon. Organisasjonens ressursituasjon ble ikke særlig opplyst under hovedforhandlingen, men regnskapet for 2022 opplyser at [...] [b]egge Miljøorganisasjoner er således både solide og likvide

- Partsforklaringene viser at realiteten er en annen enn det tingretten har lagt til grunn

Konklusjon: det foreligger tungtveiende grunner for som gjør det rimelig å frita organisasjonene for erstatningsansvar for begge instanser, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd

10.3 Dersom saken heves

Tvisteloven § 20-4

JU 94

- Beslutning i Kongen i statsråd av 23. mai 2025 kom helt uventet, etter at sakforberedelsen var avsluttet
- EFTA-domstolens tolkningsuttalelse viser at miljøorganisasjonene hadde fått medhold
 - * Regjeringens nye begrunnelse underbygger at organisasjonene ellers hadde vunnet
- Tingrettens sakskostnadsavgjørelse kan overprøves, jf. tvisteloven § 20-9 (1)
 - * Rt-2009-966 avsnitt 15
 - * Rt-2013-1052 avsnitt 19
 - * Skoghøy, *Tvisteløsning* (2022), s. 1384-1385
 - * Schei mfl., *Lovkommentar til tvisteloven § 20-9*, pkt. 4.2.

11. PÅSTAND

På vegne av ankende parter nedlegges slik påstand:

1. Kongelig resolusjon av 19. februar 2016 er ugyldig.
2. Klima- og Miljødepartementets vedtak av 23. november 2021 er ugyldig.
3. Nærings- og fiskeridepartementets vedtak av 6. mai 2022 er ugyldig.
4. Miljødirektoratets vedtak av 23. juni 2023 er ugyldig.
5. Norges Naturvernforbund og Natur og Ungdom tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.