

Jan Darpö

EU-rätten och den processuella autonomin på miljöområdet*

Om det svenska systemet med tillåtighetsförklaringar
och mötet med europarätten

In this article, I discuss some aspects of the general impact of European law on environmental proceedings in Sweden. These aspects have each, to some extent, been highlighted in a controversial case about a limestone quarry on the Baltic Sea island of Gotland in Sweden, the Bunge case. I use this case to analyze and discuss the encounter between the Habitats Directive and the ability of the Swedish government and the environmental courts, according to the Environmental Code, to declare a certain activity permissible prior to the commencement of that activity, with a binding effect on the subsequent permit procedure. Second, I discuss whether a system that allows early decisions on permissibility with binding effect might conflict with the basic requirement for access to justice for the public concerned according to EU law and the Aarhus Convention. Third and last, I use the Bunge case to discuss the requirement for timeliness in environmental proceedings. In this respect, the article also concerns international obligations according to the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Aarhus Convention.¹

* Nordisk Miljörättslig Tidskrift 2012:2, s. 3.

¹ Den forskning som legat till grund för artikeln har generöst finansierats av Ragnar Söderbergs Stiftelse. Jag vill också tacka Faculty of Law/University of New South Wales för möjligheten att forska i lugn och ro i den inspirerande miljön i Sidney under hösten 2012.

1. Inledning

1.1 Bakgrund och syftet med artikeln

En miljöhändelse som väckt stor massmedial uppmärksamhet i Sverige under det senaste året är det s.k. Bunge-målet. Det handlar om företaget Nordkalks ansökan om tillstånd till ett kalkbrott i Bunge på ön Gotland och målets handläggning i miljödomstolarna. Det är svårt att uttala sig om orsakerna till uppmärksamheten annat än i allmänna ordalag. Det är fråga om en verksamhet som kan orsaka skada i ett mycket skyddsvärt område, ett förhållande som engagerat stora delar av miljörörelsen. Även fackmyndigheterna på naturvårdsområdet – Naturvårdsverket och länsstyrelsen på Gotland – har hela tiden varit mycket kritiska till projektet och har drivit målet i domstolarna. Här finns vidare påståenden om påtryckningar från politiska och ekonomiska intressen på domstolarna och JO-kritik mot myndigheter för bristande förståelse av jävsproblematiken. Till detta kommer att domstolsinstanserna har bedömt frågan helt olika, delvis i polemik mot varandra. EU-kommissionen har också intresserat sig för tåkten under pågående mål.

För den svenska publiken har jag redan kommenterat Bunge-målet i artiklar som är publicerade i andra sammanhang, dit den som är intresserad av de närmare detaljerna i målet kan söka sig.² Denna artikel är istället ämnad för en bredare och nordisk läsekrets och här presenterar jag några miljöprocessuella funderingar kring mötet mellan den svenska miljöprövningen och våra EU-rättsliga och folkrättsliga förpliktelser. Förutom i Bunge-målet, har jag funnit inspiration till ämnet i mitt arbete med att samordna och sammanfatta en studie åt EU-kommissionen om implementeringen av artikel 9.3 i Århuskonventionen i 17 av unionens medlemsstater.³

EU-rätten bygger på att den vid regelkonflikter gäller framför medlemsstaternas lagstiftning och att den kan tillämpas direkt. Det unionsrättsliga kravet på företräde innebär att myndigheter och domstolarna i

² Det rör sig om två artiklar, båda med titeln Bunge-tåkten och EU-rätten. De återfinns båda i fulltext på min publiceringssida, <http://www.jandarpö.se/rapporter.asp>. Den kortare versionen är också publicerad i nättidningen JPMiljönet 2012-10-14.

³ Syntesrapporten har titeln Effective Justice? Synthesis report of the study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in Seventeen of the Member States of the European Union, 2012-11-11. Den finns – tillsammans med de nationella rapporterna från de 17 medlemsstaterna – på kommissionens hemsida, se <http://ec.europa.eu/environment/aarhus/studies.htm>.

vissa situationer ska bortse från motstridiga nationella regler. Samtidigt utgår systemet från att EU-rätten ska tillämpas i de 27 medlemsstaternas befintliga rättsordningar i enlighet med nationella regler, dvs. processuell autonomi. Autonomi innebär egentligen bara att det är upp till medlemsstaterna att bestämma hur EU-rätten ska iakttas på nationell nivå, varför man i litteraturen även använder uttrycken "procedural competence" eller "national procedural responsibility".⁴ I teorin kan det här framstå som en harmonisk ordning, men i konstruktionen ligger en motsättning som kommer fram i situationer där de nationella reglerna hindrar eller försvårar att unionsrätten får genomslag. Motsättningen mellan EU-rätten och den processuella autonomin kan givetvis utgöras av direkt motstridiga nationella regler eller undermålig implementering. Men den kan också vara indirekt genom den allmänna påverkan som EU-rätten har på de nationella besluts- och processordningarna. Ett exempel är att det numera i flera EU-rättsliga akter på miljöområdet ställs krav på viss tillsyn och rapportering, något som i sin tur får konsekvenser för den administrativa organisationen i medlemsstaterna. I dessa fall är det alltså fråga om ett mera systematiskt inflytande på så vis att de materiella reglerna inom unionsrätten förutsätter ett antal organisatoriska och processuella förhållanden för ett effektivt genomslag.

Avsikten med denna artikel är att mot bakgrund av det ovan sagda diskutera tre frågeställningar kring det inflytandet som Europarätten i vid mening utövar på den svenska miljöprocessen. Den första frågan gäller konstruktionen med s.k. tillåtighetsförklaringar, ett slags preliminärbeslut om att ett visst projekt kan utföras på en särskild plats. Jag menar att denna konstruktion kan medföra problem när det gäller genomförandet av materiella EU-rättsliga krav, i Bunge-målet illustrerat genom art- och habitatdirektivet. Den andra frågan gäller tillåtighetsförklaringarna och allmänhetens tillgång till rättslig prövning enligt EU-rätten och Århuskonventionen. Här finns anledning att diskutera om den domstolsprövning som erbjuds är effektiv. Den tredje och sista frågan gäller miljöprövningen i allmän domstol. Här gäller diskussionen främst tidsaspekten och de krav som ställs genom artikel 6 i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR). Jag avslutar med några ord kring domstolarnas roll som väktare av det EU-rättsliga systemet.

⁴ Craig, P & De Búrca, G: *EU Law – Text, Cases and Materials* Oxford University Press (5th ed. 2011), s. 220.

1.2 Allmänt om den svenska miljöprövningen

Miljölagstiftningen utgörs i Sverige främst av miljöbalken (1998:808, MB) och plan- och bygglagen (2010:900, PBL). Miljöbeslut tas i många fall av kommuner eller kommunala nämnder. En mängd beslut tas också av länsstyrelsen, t.ex. inom det ”gröna området” (artskydd och naturvård). Det finns också en mindre kategori beslut som fattas av centrala förvaltningsmyndigheter som Naturvårdsverket, Kemikalieinspektionen och Jordbruksverket. När det gäller tillstånd till olika verksamheter meddelas sådana i huvudsak av länsstyrelserna eller mark- och miljödomstolarna. Vissa tillstånd enligt sektorslagstiftning meddelas dock av fackmyndigheterna. Exempel på detta är järnvägsplan enligt lagen (1995:1649) om byggande av järnväg och vägplan enligt väglagen (1971:948) samt bearbetningskoncession enligt minerallagen (1991:45), vilka meddelas av Trafikverket respektive Bergmästaren.

Alla beslut enligt MB och PBL överklagas i samma linje. Kommunala beslut överklagas till länsstyrelsen, därefter till någon av de fem regionala mark- och miljödomstolarna och slutligen till Mark- och miljööverdomstolen (MÖD). För de mål som börjar i en myndighet är MÖD slutinstans. De mål som börjar i en mark- och miljödomstol – främst tillstånd till vattenverksamhet och miljöfarliga verksamheter av större omfattning – överklagas också till MÖD, men går sedan vidare till Högsta domstolen (HD). Krav på prövningstillstånd gäller i både MÖD och HD. Tillstånd enligt sektorslagstiftningen överklagas i regel till regeringen, vars beslut enbart kan angripas genom rättsprövning i Högsta förvaltningsdomstolen (HFD).

En del av själva beslutsfattandet i den svenska miljöprövningen ligger alltså i allmän domstol. Att en domstol agerar som tillståndsorgan är vi helt ensamma om inom EU. Till och med i vårt förvaltningsrättsliga syskonland Finland har man övergivit systemet med domstolar som tillståndsorgan och det finns få motsvarigheter i övriga världen.⁵ Vi skiljer oss också från många andra medlemsstater genom att vår överprövning i domstol är reformatorisk, dvs. den överprövande domstolen prövar hela målet om igen och avslutar med ett nytt avgörande i sak. Det gamla

⁵ Se Darpö & Kuusiniemi & Vihervuori: Miljöprövningen i vågskålen. Förvaltningsrättslig Tidskrift 2009 s. 323, på s. 330 ff. För en vidare utblick, se Pring, G & Pring, C: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals. The Access Initiative, World Resources Institute, Sturm College of Law/University of Denver 2009 – <http://www.law.du.edu/index.php/ect-study?>.

beslutet ersätts alltså med ett nytt, åtminstone som huvudregel. Som en konsekvens av den reformatoriska processen dömer våra miljödomstolar med tekniska experter som ledamöter, s.k. tekniska råd. Att processen är reformatorisk är dock inte unikt för den svenska miljöprocessen, inte heller att det ingår tekniska ledamöter. Detsamma gäller ju i Finland, där såväl Vasa förvaltningsdomstol som Högsta förvaltningsdomstolen i Helsingfors dömer med sådana ledamöter. I Danmark går de flesta överklaganden till Natur- og Miljøklagenævnet (NMK), ett domstolsliknande organ på nationell nivå. Andra sådana överprövningsorgan i EU:s medlemsstater är Umweltsenat i Österrike, An Bord Pleanála (Planning Appeals Board) i Irland och First-tier Tribunal/Upper Tribunal i Storbritannien. En del av dessa organ är tillräckligt opartiska och oberoende för att passera som "court or tribunal" enligt artikel 6 EKMR och enligt artikel 267 TFEU.⁶ Gemensamt är dock att de räknas som en del av den administrativa besvärssystemen och att det i samtliga fall finns en möjlighet att få deras beslut överprövade genom rättsprövning eller laglighetsprövning i domstol. Det här systemet ansluter också till den helt förhärskande ordningen för överklagande av miljöbeslut inom EU, nämligen att de – oavsett om det är fråga om tillståndsbeslut, tillsynsbeslut eller andra ställningstaganden – tas inom administrationen och att domstolarna kommer in i bilden först genom rättsprövning av beslutets formella och materiella laglighet.

1.3 Bunge-målet i korthet

Bunge-täkten är planerad till ett område med konkurrerande markanvändningsintressen. Naturvårdsverket har pekat ut det som riksintressant för naturvården, samtidigt som Sveriges Geologiska Undersökning (SGU) har angett området som riksintressant för brytning av kalkstensfyndigheter. Till detta kommer att täktområdet ligger i direkt anslutning till två Natura 2000-områden, Bästeträsk och Bräntings haid. I områdena finns flera skyddsvärda naturtyper som är upptagna i EU:s art- och habitatdirektiv, varav några är prioriterade. Täkten hotar dessutom flera arter utanför Natura 2000-områdena som omfattas av bilaga 4 till direktivet. En stor del av kontroversen i Bunge-målet gäller om det kan uppkomma skada på de skyddsvärda naturtyper och arter som finns i och omkring Natura 2000-områdena.

⁶ Se EU-domstolens avgörande i C-205/08 om Umweltsenat i Österrike.

Nordkalk – uppbackade av SGU och gruvnäringens branschorganisation – menar att påverkan på de motstående intressena är begränsad och att föreslagna skyddsåtgärder garanterar att det inte uppkommer påtaglig skada på de skyddsvärda arterna eller naturtyperna. Naturvårdsverket, Länsstyrelsen på Gotland, Artdatabanken/SLU och naturvårdsorganisationerna menar istället att tåkten är otillåten med hänsyn till de skyddsvärda arterna och omgivande Natura 2000-områdena. Gotlands kommun tillstyrker ansökan, men ifrågasätter – i likhet med övriga motparter – bolagets slutsatser om påverkan på grundvattnet i de skyddsvärda områdena. Vad som emellertid är ostridigt mellan parterna är att risken för påverkan består i förändrad avrinning och uttorkning eller förändrade tillflöden, både med avseende på fluktuationer och på vattenkvaliteten. Till riskbilden hör också att det finns två andra verksamheter planerade i området som kan påverka Natura 2000-intressena; dels ett vattentag i sjön Bästeträsk, dels en utökning av en pågående takt i området (SMA-takten i Stucks).

Domstolsbehandlingen av kalktakten började redan 2005 med att Nordkalk ansökte om tillstånd till två provbrott, vilket meddelades av miljödomstolen i Stockholm och fastställdes av MÖD i september 2006. Ansökan om tillstånd för huvudverksamheten inkom till miljödomstolen i Nacka i maj 2006, dvs. redan före MÖD:s dom om provtakten. Ansökan omfattade flera tillstånd enligt MB, däribland enligt de s.k. Natura 2000-reglerna. Miljödomstolen avslog ansökan i december 2008.⁷ Domstolen menade bl.a. att det verkade högst troligt att det skulle uppstå skada på de skyddsvärda arterna och naturtyperna och det inte framstod som sannolikt att det skulle gå att förhindra det genom den återföring av vatten som bolaget föreslagit.

Domen överklagades av Nordkalk som yrkade att MÖD i första hand skulle meddela tillstånd, i andra hand förklara verksamheten tillåtlig och återförvisa till miljödomstolen för fastställande av villkor. MÖD:s dom kom i oktober 2009.⁸ Domstolen ansåg att verksamheten var förenlig med de allmänna hänsynsreglerna i miljöbalken. När det gällde Natura 2000-intressena ansåg domstolen sig förhindrad att göra en samordnad prövning av vattentaget ur Bästeträsk och SMA-takten av processuella skäl. Sedan uttalade man att det fanns osäkerheter i bedömningen av de hydrologiska förhållandena i området, men att de planerade skydds- och

⁷ Miljödomstolen i Nackas dom 2008-12-19 i mål nr M 1826-07.

⁸ Miljööverdomstolens dom 2009-10-09 i mål nr M 350-09.

kontrollåtgärderna ”bör leda till att effekterna inte påverkar de skyddade livsmiljöerna i området som helhet eller medför att de skyddade arterna utsätts för en störning som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet av arterna i området”. Domstolen menade att verksamheten därmed var tillåtlig och målet återförvisades till miljödomstolen med uppdrag att meddela tillstånd för verksamheten och föreskriva nödvändiga villkor. Domen överklagades till HD, som dock inte meddelade prövningstillstånd.⁹

Målet gick därefter alltså tillbaka till miljödomstolen i Nacka som meddelade dom i november 2011.¹⁰ Domstolen gick igenom företagets förslag till villkor och reste en rad invändningar. När det gällde Natura 2000, uttalade man att det ska vara klarlagt att verksamheten inte kan påverka de skyddsvärda intressena på ett otillåtet sätt och att villkoren ska formuleras redan när tillståndet meddelas. Domstolen ansåg sig därför inte bunden av MÖD:s tillåtlighetsförklaring, eftersom där inte angavs några villkor för verksamheten och de uttalanden som överrätten hade gjort var för allmänt hållna. Därmed ansåg miljödomstolen att man kunde göra en egen bedömning i målet och avslag återigen Nordkalks ansökan om tillstånd.

Miljödomstolens dom överklagades av Nordkalk. MÖD:s avgörande kom sommaren 2012 och innebar att Nordkalk fick de tillstånd man sökt, förenat med verkställighetsförordnande. Domstolen började med att kommentera frågan om prövningens omfattning och där var man kritisk till miljödomstolen. MÖD menade att frågan om företagets tillåtlighet var avgjord genom den lagakraftvunna domen från 2009 och att prövningsordningen förutsätter att underinstanserna lojalt följer processuella anvisningar vid en återförvisning. Endast i undantagsfall kan det bli aktuellt att avslå en tillståndsansökan efter sådan återförvisning,

⁹ Det bör också nämnas att frågan om jäv aktualiserades efter MÖD:s dom 2009. Föreningen Bevara Ojnarens kogen (FBO) vände sig nämligen till JO och klagade på att 1:a statsgeologen Anders C vid SGU dels hade varit verksam som konsult åt Nordkalk i arbetet med ansökan om Bunge-takten, dels hade deltagit i myndighetens remissvar. JO var kritisk och menade att mycket talade för att det förelåg en jävssituation. Efter JOs beslut ansökte FBO resning av målet i HD (NJA 2011 s. 884). I det målet avgav MÖD ett yttrande där man menade att jävsfrågan hade beaktats vid prövningen i målet. HD konstaterade att föreningen hade talerätt, men fann att de omständigheter som föreningen hade åberopat inte utgjorde grund för resning. Därefter ålades FBO av domstolens majoritet att betala rättegångskostnader till Nordkalk på 20 000 kr i resningsmålet. Minoriteten menade emellertid att frågan om rättegångskostnader skulle bedömas i enlighet med de regler som gäller för miljömål i allmänhet och ogillade Nordkalks anspråk.

¹⁰ Miljödomstolen i Nacka, dom 2011-11-30 i mål nr M 5418-10.

t.ex. om sökanden inte följer kompletteringsförelägganden från domstolen och det därför inte går att fastställa villkor för verksamheten. Sedan upprepade man uttalandet från 2009, dvs. att verksamheten utlöser tillståndsplikt enligt Natura 2000-reglerna, men att de planerade skydds- och kontrollåtgärderna *borde* leda till att effekterna på arterna och naturtyperna i områdena hölls på en godtagbar nivå. Man bestämde därefter utsläppsvillkor för avledning och återfiltrering av täktvatten. Villkoret om efterbehandling av täkten sattes dock på framtiden.

Naturvårdsverket, flera miljöorganisationer och enskilda överklagade domen till HD och begärde inhibition av verkställighetsförordnandet. HD meddelade tämligen omgående prövningstillstånd i frågan om *vilken betydelse MÖD:s lagakraftvunna dom från 2009 om tillåtlighet har för den efterföljande tillståndsprövningen*. I övrigt förklarades målet vilande. I mitten av oktober förordnade HD att tillståndet inte fick tas i anspråk tills vidare. I beslutet pekade domstolen på att MÖD 2012 hade utgått från att 2009 års dom var bindande i fråga om verksamhetens tillåtlighet och därför begränsat omfattningen av sin prövning. Då nu prövningstillstånd hade meddelats i den frågan måste målet betraktas som helt öppet. Vidare har ett stort antal klagande framfört invändningar och verksamheten kan redan i det inledande skedet medföra stora skador på miljön. Mot den bakgrunden ansåg domstolen att sökandens intresse av omedelbar verkställighet av tillståndet inte vägde över intresset av att avvakta slutlig dom i saken. Det är i skrivande stund osäkert när slutlig dom i målet kan förväntas.

1.4 EU-kommissionens brev till regeringen

Under målets handläggning i MÖD 2012 påbörjade EU-kommissionen en kommunikation med svenska regeringen om Bungetäkten. Ärendet hade initierats genom en anmälan av tre miljöorganisationer där man argumenterade för att MÖD:s tillåtlighetsdom från 2009 inte var förenlig med EU-rätten. I februari 2012 skrev kommissionen till regeringen genom EU Pilot.¹¹ Inledningsvis konstaterar man att täktområdet är un-

¹¹ EU Pilot är ett verktyg för kommunikation mellan kommissionen och medlemsstaternas regeringarna för hantering av klagomål och synpunkter på implementering av EU-rätten. Verktyget är avsett för diskussion och förhandling i ett tidigt skede så att formella överträdelseärenden kan undvikas, se Hadroušek, D: Speeding up Infringement Procedures: Recent Developments Designed to Make Infringement Procedures More Effective

dantaget från skydd och undrar om utpekandet av områdena hade skett utifrån enbart vetenskapliga kriterier. Därefter frågade kommissionen om tillståndsgivningen hade skötts i enlighet med artikel 6.3 i art- och habitatdirektivet och den rättspraxis som utvecklats av EU-domstolen (C-127/02 *Waddenzee*). Här undrade man också om det fanns fall där svenska myndigheter eller domstolar har följt ett förfarande där beslutet att bevilja ett tillstånd för ett projekt eller en plan redan har fattats och innebär att myndigheten eller domstolen är bundet till att enbart föreskriva villkor för projektet.

I regeringens svar redogjordes för de svenska reglerna om MKB och tillståndsprövning av Natura 2000, därefter för turerna i miljödomstolarna. Regeringen konstaterade att domstolarna hade kommit till olika slutsatser i sina bedömningar, men också att målet fortfarande pågick. När det sedan gällde den andra av kommissionens frågor, löd svaret:¹²

Utöver de ärenden om det svenska genomförandet av bestämmelserna i art- och habitatdirektivet som rör Natura 2000, där den svenska regeringen och kommissionen tidigare haft informationsutbyte kring liknande frågeställningar, känner regeringen inte till några sådana fall.

I juni återkom kommissionen med ytterligare frågor. Nu riktade man in sig på de svenska domstolarnas begäran om förhandsavgöranden. Man frågade dels om domstolarna måste ange skäl vid avslag på ett yrkande om en sådan begäran, dels hur många gånger en begäran till EUD som gjorts i miljösmål. Dessutom skrev kommissionen:

Mot bakgrund av svenska domstolar rätts- och annan praxis och eftersom de två rättsinstanserna i fråga verkar ha motsatta åsikter om tillämpningen av relevant EU-lagstiftning, skulle denna omständighet kunna anses vara ett tillräckligt skäl för Mark- och miljööverdomstolen att be om ett förhandsavgörande när den kommer att behandla ärendet om kalkstenstakten för andra gången? Om svaret på föregående fråga är nekande, på vilka grunder skulle Mark- och miljööverdomstolen ensam tolka relevant EU-lagstiftning?

Regeringens svarade på de två första frågorna. När det gällde beslutsmotivering vid avslag på yrkanden om att begära förhandsavgörande, hänvisade man till lagen (2006:502) med vissa bestämmelser om förhands-

(Journal of European Environmental & Planning Law (JEEPL) 2012 s. 235. Författaren är tjänsteman vid tjeckiska UD.

¹² Miljödepartementet 2012-03-07, dnr M2012/366/R, s. 5.

avgörande från Europeiska unionens domstol, som ju tillkom efter tidigare kritik från kommissionen. Av den lagen framgår att domstolen ska ange skälen för sitt avslag. Antalet inhämtade förhandsavgöranden från EUD i miljömål angavs vara noll från miljödomstolarna, ett från MÖD och tre från Högsta domstolen. Frågorna i citatet närmast ovan avstod regeringen att svara på med hänvisning till att målet fortfarande pågick.

1.5 Tillåtlighetsförklaringar i svensk rätt

Den tillåtlighetsförklaring som MÖD meddelade 2009 grundades på 22 kap. 26 § miljöbalken (22:26 MB). Här framgår att sökanden kan yrka att miljödomstolen i särskild dom avgör frågan om verksamheten är tillåtlig. Om det är angeläget, får domstolen då också besluta om tillstånd till de byggnadsarbeten som måste utföras snarast. Bestämmelsen har en vattenrättslig historia, där motsvarande möjlighet fanns i 1983 års vattenlag (VL). Här bör man komma ihåg att VL byggde på att domstolen *först bedömde* verksamhetens tillåtlighet, *därefter satte* villkoren för verksamheten. Ordningen innebar att villkor om utförandet eller ”jämkning” endast kunde göras om det fanns utrymme inom ramen för tillåtligheten.¹³ Om alltså verksamheten nätt och jämnt klarade ribban i ”tillåtlighetsbedömningen”, minskade möjligheten att ställa krav på skyddsåtgärder. Kostbara sådana skulle nämligen medföra att det s.k. båtnadskravet inte uppfylldes, dvs. att fördelarna med företaget översteg nackdelarna. Den här uppdelningen i tillåtlighet och villkor för utförande blev tidigt föremål för kritik. Enligt Michanek var det missvisande att skilja begreppen åt, eftersom samtliga regler syftade till att klargöra vilka materiella krav som måste uppfyllas för att verksamheten skulle få tillstånd. Han menade också att det vore mera systematiskt att först fastställa villkoren och därefter göra en slutavvägning.¹⁴ Vattenlagens ordning skilde sig också från den som gällde enligt 1969 års miljöskyddslag (ML). Den lagen byggde på att beslutsorganet först fastställde villkoren för verksamheten, därefter gjorde en slutavvägning där man tog ställning till om det trots villkoren kunde uppkomma otillåtna olägenheter. Någon möjlighet till till-

¹³ Prop. 1981/82:130, s. 419.

¹⁴ Se Michanek, G: Den svenska miljörättens uppbyggnad (Iustus 1985), s. 78 f. och Svensk miljö rätt (Iustus, 2:a uppl. 1993), s. 208 f.

låtlighetsförklaringar fanns heller inte i ML, däremot ett mera begränsat "igångsättningsmedgivande" till vissa byggnadsarbeten.¹⁵

Miljöbalken bygger på samma systematik som ML, dvs. att man vid tillståndsprövningen först sätter villkor på verksamheten (2:3-7 MB), därefter gör en slutavvägning (2:9 MB). Samtidigt finns alltså möjligheten till att göra preliminära tillåtlighetsbedömningar enligt 22:26. Möjligheten utnyttjades inte särskilt mycket i balkens barndom och när det ändå skedde satte MÖD upp stränga villkor för sådana "preliminärbedömningar".¹⁶ I MÖD 2003:95 undanröjdes miljödomstolens tillåtlighetsbeslut om ett raffinaderi med hänvisning till brister i MKBn. Domstolen uttalade då att en tillåtlighetsprövning inte kan göras mindre omfattande när det gäller verksamhetens miljöpåverkan än vid en tillståndsprövning.¹⁷ Vägledande för tillåtlighetsprövningar är också MÖD 2006:54. Underlaget i det målet var en komplett ansökan om tillstånd med MKB, ansökan hade remissats till myndigheter och berörda och huvudförhandling hade hållits. Därmed menade MÖD att utredningen räckte för att fastställa de grundläggande villkoren för verksamheten och den kunde därför förklaras tillåtlig. Målet visades sedan åter till miljödomstolen för meddelande av tillstånd med närmare villkor. I MÖD 2008:40 uttalade domstolen att en tillåtlighetsförklaring innebär ett grundläggande ställningstagande för att lokaliseringen är godtagbar enligt miljöbalken. Ingenting hindrar emellertid att verksamheten begränsas i den efterföljande tillståndsprövningen eller ytterligare krav på utredning och försiktighetsmått ställs. Här betonade också domstolen något som sades redan i 2006 års avgörande, nämligen vikten av att precisera vilka anläggnings- och byggnadsåtgärder som omfattas av tillåtlighetsförklaringen. I MÖD 2009:40 uttalade domstolen att när en verksamhet förklarats tillåtlig, måste sökanden kunna förlita sig på att det efterföljande tillståndet i allt väsentligt överensstämmer med denna inledande bedömning. Det villkor om tidsbegränsning

¹⁵ I översättningsnyckeln till miljöbalken sägs visserligen 22:26 MB motsvara 21 a § ML, men då avses paragrafens andra stycke om byggnadstillstånd ("igångsättningsmedgivande"), dvs. att vissa arbeten kunde påbörjas "utan hinder av att tillståndsfrågan inte har blivit slutligt avgjord".

¹⁶ En sökning på Domstolsverket rättfallssamling (www.rattinfosok.dom.se/MÖD) på 22:26 MB ger tio träffar, varav några inte gäller tillåtlighetsbedömningar enligt lagrummet.

¹⁷ MÖD 2011:51 om LKAB i Svappavaara träffar en liknande situation, då sökanden avgränsat ansökan på ett otillåtet sätt och ansökan därför avvisades.

som hade satts upp av miljödomstolen i tillståndet godtogs därför inte då den inte framgått redan av tillåtighetsförklaringen.

Systemet utgår alltså från att man först anger ramen och lokaliseringen för en verksamhet genom en tillåtighetsförklaring, därefter meddelar tillstånd och villkor. Det bygger också på att underrätten vid återförvisning lojalt följer överrättens bedömning och instruktioner.

1.6 Regeringens tillåtighetsbeslut enligt 17 kap. MB

Det har inte varit särskilt vanligt med separata tillåtighetsprövningar i miljödomstol och när det gäller miljöfarliga verksamheter har möjligheten främst använts när det gäller mycket stora och långsiktiga industriinvesteringar.¹⁸ De är däremot vanliga i ett annat sammanhang, nämligen genom de ställningstaganden som regeringen gör med stöd av 17 kap. MB. Detta var givetvis något som regeringen borde ha informerat kommissionen om i sitt junisvar i Bunge-målet. Regeringens tillåtighetsprövningar syftar till att de politiskt ansvariga ska ha möjligheten att ta ställning till stora projekt där svåra avvägningar mellan olika samhällsintressen måste göras. Tillstånd till vissa större verksamheter enligt miljöbalken och en rad andra lagar – exempelvis till kärnteknisk verksamhet, mineralbrytning och byggande av vägar och järnvägar – kan föregås av ett sådant tillåtighetsbeslut av regeringen. Till en början täckte katalogen av projekt som alltid skulle bli föremål för dessa beslut alla slags större industrier, anläggningar för lagring av naturgas och farligt avfall, gruvor och liknande. Listan med obligatorisk regeringsprövning har emellertid med åren bantats och kvar idag enbart kärnteknisk verksamhet (17:1 MB). Regeringen kan emellertid fortfarande förbehålla sig en sådan prövning,

¹⁸ Se t.ex. MÖD 2010:53 om Norvikudden i Nynäshamn. Det bör också noteras att reglerna och rättspraxis skiljer sig på vattenrättens område, men det får utvecklas i ett annat sammanhang. Som ett belysande exempel kan dock nämnas att miljödomstolen i Nacka godtog – med hänvisning till MÖD 2009:40 – att en tillåtighetsförklaring från 1989 enligt VL (förlängd 1998) hade fortsatt verkan vid en tillståndsprövning enligt MB, trots att tillståndet inte var förenligt med ramvattendirektivets krav på icke-försämring eller miljökvalitetsnormen ”god ekologisk status”. Domstolen menade nämligen att ”(v)arken vattendirektiv eller miljökvalitetsnormer har sådan status att de kan föranleda miljödomstolen att, till förfång för enskild part, fränkänna en lagakraftvunnen dom den s.k. ”positiva funktion” som genom rättskraften tillkommer parten.” (MD/Nacka 2011-01-28; M 1427-07 *Eldforsen i Daläven*, s. 23). Domen överklagades av Kammarkollegiet, men varken MÖD eller HD meddelade prövningstillstånd.

vilket normalt sker efter anmälan av sektorsmyndigheterna (17:3 MB). Dessutom har också kommunerna numera en möjlighet att begära att regeringen tillåtighetsförklarar vissa verksamheter (17:4a MB). Visserligen kan regeringen i dessa senare fall neka att ta upp frågan, men systemet har ändå utvecklats av vindkraftvänliga kommuner till något av en gräddfil för prövningen av stora vindparken. Överprövning av regeringens beslut sker inte i miljödomstol, utan genom rättsprövning hos Högsta förvaltningsdomstolen (HFD).

Grundidén med tillåtighetsbesluten enligt 17 kap. MB är att lokaliseringen och de övriga frågor som bedömts av regeringen inte ska överprövas av den myndighet eller domstol som hanterar de efterföljande tillståndfrågorna. Dessa ska alltså inskränka sin prövning till det närmare innehållet i tillståndet och de villkor som inte redan är bestämda. Bundenheten framgår inte av lagtexten utan har utvecklats i rättspraxis. Frågan diskuterades i av olika instanserna i målen kring Botnia-banan, och såväl MÖD som Regeringsrätten menade – bl.a. med hänvisning till miljöbalkens förarbeten – att man var bunden av regeringens 17 kap.-beslut (MÖD 2006:44 och RÅ 2008 ref. 89).¹⁹ Efter Botnia-målen har regeringen vid flera tillfällen beslutat om tillåtlighet enligt 17 kap. och samtidigt uttryckt rent allmänt att förutsättningar finns för att meddela tillstånd enligt Natura 2000-reglerna. Som ett exempel kan nämnas vindparken i Sjisjka, Gällivare kommun. Placeringen var kontroversiell och motsades av såväl länsstyrelsen, Naturvårdsverket och Kammarkollegiet. Lokaliseringen godtogs dock av regeringen som också uttalade sig i Natura 2000-frågan, vilket såväl Regeringsrätten som MÖD fann var bindande i den efterföljande tillståndsprövningen (MÖD 2009:38 och RÅ 2010 not. 52).

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att en tillåtighetsbedömning enligt 22:26 MB i allt väsentligt är lik den som sker enligt 17 kap. MB. I båda fallen innebär beslutet ett ställningstagande för en viss lokalisering och vissa grundläggande villkor för verksamheten, vilket är bindande i den efterföljande tillståndsprövningen. Att det är en domstol som sätter ramarna i det ena fallet och regeringen i det andra utgör inte någon principiell skillnad i frågan om bundenhet, som ju i båda fallen följer av en samläsning av miljöbalkens regler och de allmänna förvaltnings-

¹⁹ Prop. 1997/98:45 del 1 s. 443, se Darpö: Regeringen bestämmer över Botnia-banan (JP Miljönet 2006-07-03) och Botniabanan – slutpunkten som blev frågetecken (JP Miljönet 2008-12-19).

rättsliga principerna för gynnande förvaltningsbeslut. I frågan om domstolsprövning är ju i det senare fallet rättsprövningsinstitutet avsett att garantera lagligheten av regeringens beslut och göra det möjligt att begära förhandsavgörande från EU-domstolen.

2. Diskussion 1: Tillåtlighetsförklaringarna och bundenheten

2.1 Den kontroversiella frågan

Kontroversen i Bunge gäller tillämpningen av Natura 2000-reglerna i miljöbalken, vilka grundas på artikel 6.3 i art- och habitatdirektivet. Av bestämmelserna framgår att tillstånd för projekt som kan påverka ett Natura 2000-område får lämnas endast om verksamheten eller åtgärden *ensam eller tillsammans* med andra pågående eller planerade verksamheter inte orsakar otillåten skada. Vid skadebedömningen måste tillståndsmyndigheten vara *säker* på att verksamheten inte kan skada de skyddsvärda livsmiljöerna i området eller medföra att arterna utsätts för en betydande störning.

I Bunge-målet ansåg MÖD 2009 att verksamheten var tillätlig. Samtidigt uttalade man att det *borde* vara möjligt att meddela sådana villkor att otillåten skada inte uppkommer och man underlät – på närmast formella grunder – att göra en samordnad skadebedömning med två andra pågående eller planerade verksamheter som kunde påverka Natura 2000-området. Viktiga villkor för verksamheten bestämdes inte, utan överläts till den efterföljande tillståndsprövningen. Domen vann laga kraft genom att HD inte meddelade prövningstillstånd.

Frågan är då vad som gäller om man vid den efterföljande tillståndsprövningen inte kan formulera sådana villkor att otillåten skada undviks, eller att man finner att den sammanlagda skadebilden Natura 2000-intressena blir alltför allvarlig eller oklar. Är då fortfarande tillåtlighetsförklaringen bindande? *Om svaret blir jakande, hamnar vi i en konflikt med direktivet.* Från Nordkalks sida hävdar man att tillåtlighetsförklaringen ger en obetingad rätt till tillstånd genom att den har vunnit laga kraft. I konsekvens härmed går företaget t.o.m. så långt så att man påstår att även om miljödomstolen ansåg att MÖD:s dom bröt mot art- och habitatdirektivet – och att det var en riktig bedömning – var man bunden av tillåtlighetsförklaringen. Stöd för det synsättet hämtar man i EU-dom-

stolens tolkning av rättssäkerhetsprincipen, som den kommit till uttryck i målet *Kapferer*. Bolaget menar att avgörandet visar på respekten för nationella regler om att slutliga domar är orubbliga (res judicata).

Det finns skrivningar i MÖD:s senaste dom som kan tolkas som stöd för Nordkalks uppfattning, t.ex. att de justeringar som företaget gjort sedan sist inte "påverkar rättskraften av" 2009 tillåtlighetsförklaringen och att verksamheten "således kan bedrivas" utan otillåten skada på Natura 2000-områdena. Som enda exempel på en undantagssituation där det skulle kunna bli aktuellt att ändå avslå en tillståndsansökan nämns att det brister på sökandesidan, t.ex. genom att företaget inte följer ett kompletteringsföreläggande från domstolen. Mot den här bakgrunden kan man i varje fall påstå att MÖD:s dom är oklar med avseende på bundenheten och frågeställningen har också utvecklats till en av de avgörande i Bunge-målet. Den är emellertid vidare än så genom tillåtlighetsförklaringarnas centrala roll i den svenska miljöprövningen av större verksamheter. En inledande fråga är hur EU-rätten ser på en nationell uppdelning av ett direktivgrundat tillståndsförfarande. En andra fråga är om det finns någon grundläggande europarättslig princip som kan medföra att en uppdelning måste accepteras i det enskilda fallet, trots att konstruktionen strider emot direktivkraven. Innan jag går vidare i diskussionen om mötet mellan tillåtlighetsförklaringar och tillståndskraven i art- och habitatdirektivet, kan det därför vara lämpligt att belysa hur EU-domstolen har sett på frågan om bundenhet och rättskraft i de nationella systemen i situationer när det uppstår hinder i genomslaget för unionsrättsliga bestämmelser.

2.2 EU-domstolen om rättskraft och bundenhet

Konflikten mellan unionsrättens krav på genomslag och den processuella autonomin var något som EU-domstolen tidigt fick ta ställning till. Med åren har det utvecklats en rik rättspraxis på området där riktningen har varit en allt starkare betoning av kravet på företräde.²⁰ Rättsfallen gäller frågor som nationella processregler om talefrister och preklusion av argument, omprövning av slutliga avgöranden och bundenhet mellan domstolsinstanser. Tidiga sådana avgöranden var *Van Schijndel*²¹ och

²⁰ I den här delen har jag haft nytta och glädje av Gustaf Walls projektbeskrivning "Rättskraft i ett svenskt och europarättsligt förvaltningsperspektiv", doktorandprojekt vid Juridiska fakulteten i Uppsala.

²¹ C-430-431/93 *Van Schijndel* (1995-12-14).

Petersbroeck,²² båda från 1990-talet. I det första fallet accepterades att nya EU-rättsliga grunder inte kunde åberopas i ett sent skede i den holländska civilprocessen i strid mot nationella regler. I det andra målet som gällde skatteprocess godtogs däremot inte en belgisk preklusionsregel, då den inte skäligen kunde motiveras av grundläggande rättsprinciper om förfarandet.²³ EUD gjorde här ett vägledande uttalande om mötet mellan de unionsrättsliga principerna om lojalt samarbete och direkt effekt och den processuella autonomin som är värt att lägga på minnet (min kursiv):

Vid tillämpningen av dessa principer måste varje fall, i vilket frågan gäller om en nationell förfarandebestämmelse gör det praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt att tillämpa gemenskapsrätten, *bedömas med beaktande av den ställning denna bestämmelse har inom förfarandet i dess helhet, dess förlopp och särdrag vid de olika nationella domstolarna*. Ur denna synvinkel finns det anledning att i förekommande fall beakta de principer som det nationella rättssystemet bygger på, som till exempel skyddet för rätten till försvar, principen om rättssäkerhet och principen om förfarandets riktiga förlopp.

Uttalandet utgår från den s.k. *Rewe-formeln* på så vis att det betonar kraven på likvärdighet och effektivitet, dvs. att EU-rättsliga fall ska behandlas lika som inhemska och att det nationella systemet inte får göra det omöjligt för unionsrättsliga bestämmelser att få genomslag i den nationella rättsordningen.²⁴ I vissa situationer är det givetvis så att domstolen accepterar att nationella regler begränsar unionsrättens genomslag. Ett sådant exempel är just *Kapferer* som är det enda rättsfall som Nordkalk åberopar. Det gällde rätt forum för en konsumenttvist, där en österrikisk kvinna ansåg att hon hade vunnit ett pris genom att besvara ett reklamutskick från ett tyskt postorderföretag. Frågan som ställdes till EUD gällde om Landesgericht Innsbruck hade möjlighet att överpröva en lagakraftvunnen dom om rätt forum i tvisten om det visade sig att avgörandet stred mot gemenskapsrätten. Här uttalade EUD att rättskraftsprincipen

²² C-312/93 *Petersbroeck* (1995-12-14), para 14. Observera att i para 20 saknas i den svenska översättningen ett INTE (jfr med engelska versionen), varför texten inte går ihop med slutet.

²³ Domen para 20 – observera dock att i den svenska översättningen saknar ett ”inte” (jfr med engelska versionen), varför texten inte går ihop med slutet.

²⁴ EUDs dom i målet kom 1976 (mål nr 33/6 *Rewe*; 1976-12-16) och var den första i en rad avgöranden som utgör grunden för det som ibland kallas *Rewe-formeln*, se Groussot, X & Minsser, T: Res judicata i EG-domstolens rättspraxis: En avvägning mellan rättssäkerhet och lagenlighet. Europarättslig tidskrift (ERT) 2007 s. 545, på s. 549 f.

är grundläggande och att EU-rättens idé om lojalt samarbete inte medför en skyldighet för de nationella domstolarna att åsidosätta lagakraftvunna domar i en situation som denna. EUD hänvisade också till C-126/97 *Eco Swiss*, där en nationell talerätsfrist på tre månader accepterades för invändningar mot en skiljedom som stred mot unionsrätten.²⁵ En annan bedömning gjordes dock i rättsfallet *Kühne & Heitz*,²⁶ som gällde en begäran om omprövning av en klassificering av exportvaror, där rättsläget hade klargjorts genom en senare dom i EUD. Här uttalade domstolen att visserligen gäller dess tolkning av en bestämmelse från den dag som bestämmelsen trädde i kraft, men att den nya förståelsen endast kan göras gällande inom ramen för myndigheternas behörighet. Det är en viktig rättssäkerhetsprincip att myndigheter och enskilda kan lita på att ett beslut är definitivt. I det här fallet kunde man ändå kräva att myndigheten skulle ändra den felaktiga klassificeringen, eftersom den var grundad på en felaktig dom av en domstol som inte hade begärt förhandsavgörande av EUD. En förutsättning för detta var emellertid att ändringen kunde ske utan skada för tredje man.

Ett fall där skador för tredje man faktiskt accepterades är det inom miljörätten så kända rättsfallet *Delena Wells*.²⁷ Här hade ett engelskt gruvbolag fått tillstånd till att återuppta en sedan länge nedlagd brytningsverksamhet utan att miljökonsekvenserna hade utretts i enlighet med MKB-direktivet (85/337, idag 2011/92). En av de frågor som ställdes till EUD var om täkttillståndet nu måste återkallas på talan från den närboende Ms Wells. Domstolen svarade att så var fallet och det faktum att tredje man – dvs. gruvbolaget – skulle drabbas genom förseningar och eventuellt indraget tillstånd inte innebar något hinder. Sådana negativa återverkningar skyddades inte av rättssäkerhetsprincipen och kunde heller inte anses utgöra en s.k. otillåten omvänd direkt effekt av direktivet. Principen om lojalt samarbete innebär att medlemsstaterna är skyldiga att se till att alla otillåtna följdverkningar av överträdelse av EU-rätten upphör. Det följer emellertid också av principen om processuell autonomi att det är den nationella domstolen som måste avgöra om det är möjligt för

²⁵ C-126/97 *Eco Swiss* (1999-06-01). Ett annat mål där en nationell tidsfrist för att framställa ett EU-rättsligt krav accepterades är C-2/06 *Kemper* (2008-02-12). I rättsfallet C-392/04 & C-422/04 *Arcor* (2006-09-19) utvecklar domstolen närmare när nationella tidsfrister inom förvaltningen kan accepteras resp. när de ska anses utgöra ett otillåtet hinder för unionsrättens effektiva genomförande.

²⁶ C-453/00 *Kühne and Heitz* (2004-01-13)

²⁷ C-201/02 *Delena Wells* (2004-01-07).

myndigheterna att återkalla tillståndet eller inhibera verksamheten för att säkerställa att en MKB upprättas i enlighet med direktivet. Ett alternativ kan också vara att den enskilda går med på ersättning för uppkommen skada.²⁸ En liknande situation bedömdes i *Brussels Hoofdstedelijk*, och där uttalade EUD att den MKB som inte tidigare hade upprättats i varje fall måste göras när drifttillstånden flygplatsen förnyades.²⁹

För att sammanfatta: Vid en läsning av rättsfallen som rör unionsrättens genomslag gentemot lagakraftvunna domar och beslut, blir det tydligt att det är fråga om ett möte mellan olika grundläggande principer. Rättssäkerhetsprincipen betraktas som en sådan, men den får ibland stå tillbaka för andra, lika grundläggande principer inom EU-rätten. Man kan säga att EUD strävar efter jämvikt mellan rättsäkerhet och unionslaglighet i en konkret bedömning utifrån omständigheterna och de berörda intressena i det enskilda fallet.³⁰ Det är fråga om en balansgång som får bedömas från fall till fall, där rättssäkerhetsaspekter vägs mot betydelsen av att unionsrätten genomförs på ett effektivt sätt.³¹ Det går också att märka att EUD är försiktigare med att underkänna lagakraftvunna domstolsavgöranden, jämfört med att kräva omprövning av myndigheter.³² Man får dock inte glömma domstolens allmänna inställning till fördragsenlig tolkning, unionsrättens krav på effektivt genomförande – vilket bl.a. innebär att domstolarna ska tillämpa den ex officio – samt skyldigheten att sätta åt sidan sådana nationella regler som strider mot EU-rätten, eller som det uttrycks i *Luccini* (para 61):³³

²⁸ Domen para 69. Det är inte glasklart vad EUD menade med den senare delen av uttalandet, men troligen avsågs möjligheten för Ms Wells att begära kompensation av den engelska staten. Det som skedde var istället att Ms Wells flyttade efter att ha köpts ut av gruvföretaget. Domen är också intressant genom att den illustrerar att vad som betraktas som "lagakraftvunnet" är ett nationellt koncept som kan variera i en medlemsstat jämfört med en annan. Ms Wells hade ju överklagat tillståndsbeslutet genom rättsprövning och i Sverige vore det inte något problem att vraka tillståndet i en liknande situation då det inte anses slutligt förrän domstolen sagt sitt.

²⁹ C-275/09 *Brussels Hoofdstedelijk Gewest et al* (2011-03-17), para 37.

³⁰ Groussot & Minsser på s. 545.

³¹ Craig & De Búrca, s. 231–234.

³² Groussot & Minsser, s. 552.

³³ C-119/05 *Lucchini* (2007-07-18). Fallet är lite apart, eftersom utgången (underkännande i den italienska civillagen om en återopandefrist) också berodde på en behörighetsfråga mellan medlemsstaterna och unionen.

Det framgår vidare av fast rättspraxis att en nationell domstol, som inom ramen för sin behörighet skall tillämpa gemenskapsrättsbestämmelserna, är skyldig att säkerställa att dessa regler ges full verkan, genom att med stöd av sin egen behörighet, om det behövs, underlåta att tillämpa varje motstridande bestämmelse i nationell lagstiftning (...).

2.3 Om bundenhet av överinstansens ställningstagande i samma mål

En annan näraliggande och för Bunge-målet intressant fråga gäller i vilken mån en underrätt är skyldig att följa ett lagakraftvunnet avgörande av en överrätt. Även här kan det givetvis uppstå en konflikt mellan de nationella processreglerna om bundenhet och EU-rättens krav på företräde och effektivitet. Det vägledande rättsfallet här är redan från 1974, *Reinmühlen*.³⁴ Det gällde en finansiell tvist där tyska Bundesfinanzhof hade upphävt en dom av Finanzgericht Hessen och visat målet åter till underrätten för vidare behandling. Nu undrade domstolen i Hessen om man måste följa den tyska processordningen som stadgade bundenhet i en situation som denna, eller om man kunde ifrågasätta avgörandet genom att begära förhandsavgörande i EU-domstolen. Svaret från EUD var tydligt och innebar att varje nationell domstol har en möjlighet – i vissa fall en skyldighet – att begära förhandsavgörande om den anser att det är nödvändigt för att kunna döma EU-rättsligt rätt i saken. EUD har upprepat denna inställning genom åren. Det relativt färskta avgörandet *Elchinov*³⁵ gällde en bulgarisk man som sökte behandling för en ögonsjukdom vid en klinik i Tyskland. När han sedan sökte bidrag för behandlingen från den egna sjukvårdsmyndigheten fick han avslag, vilket ändrades av förvaltningsdomstolen i Sofia. Myndigheten överklagade med framgång till Högsta förvaltningsdomstolen med återförvisning som följd. Då den bulgariska förvaltningsprocesslagen säger att HFD:s beslut är bindande för underrätten, begärde förvaltningsdomstolen förhandsavgörande av EUD. Man frågade om bundenheten även gällde om det fanns anledning att anta att det skulle bryta mot unionsrätten. EUD svarade att underrätten har möjlighet – men inte skyldighet – att begära förhandsavgörande. I de fall som underrätten begär förhandsavgörande, måste man sedan följa EUD:s tolkning av frågan och är skyldig att underlåta att till-

³⁴ Mål nr 166/73 *Rheinmühlen* (1974-01-16).

³⁵ C-173/09 *Elchinov* (2011-10-05).

lämpa nationella bestämmelser som bryter mot unionsrätten.³⁶ Generaladvokaten hade i sitt yttrande föreslagit att domstolen skulle ändra sin praxis i frågan, med hänvisning till att det numera finns andra effektiva instrument inom unionsrätten för dess effektiva genomslag. Domstolen gick alls inte på den linjen, eller med Backes & Eliantonos ord:³⁷

These arguments have completely ignored by the ECJ, which, by simply restating its settled case law, held that national procedural rules binding a national lower court (which is called upon to decide a case referred back to it by a higher court hearing an appeal) to the ruling of the higher court which the lower courts consider to be inconsistent with European Union law, are contrary to EU law.

Backes & Eliantono pekar också på att medan *Kapferer* avser omprövning av myndigheters beslut i en situation där EUD har ändrat sin praxis, har *Rheinmühlen*-doktrinen allmän tillämpbarhet, dvs. den täcker alla situationer där överrätten feltolkar unionsrätten.³⁸ Det bör också observeras att dessa mål inte är begränsade till bundenhet till nationell *rättspraxis*, utan istället gäller samma situation som den i Bunge-målet, dvs. ett lagkraftvunnet beslut av en högre rätt som utgör en del i prövningen i målet.³⁹

Återstår så frågan om underrätten kan underlåta att följa en nationell processregel som säger att överrättens avgörande är bindande *utan* att begära förhandsavgörande. De enda avgöranden jag kan hitta där EUD klart har tagit ställning för en sådan möjlighet rör situationer där ”olydnad” är nödvändigt för att skydda sådana rättigheter som följer av grundläggande rättsprinciper, vilket var fallet i *Küçükdeveci*.⁴⁰ Det rörde kvinna som hade blivit uppsagd i strid mot det EU-rättsliga diskrimineringsför-

³⁶ Domen para 27–30.

³⁷ Backes, C & Eliantonio, M: Taking Constitutionalization One Step Forward Too Far? The Need for Revision of the Rheinmühlen Case Law in the Light of the AG Opinion and the ECJ’s Ruling in Elchiniv (European Review of Public Law 2011 s. 839), på s. 842.

³⁸ Backes & Eliantonio på s. 849.

³⁹ Ett mål som ligger mitt emellan dessa situationer är C-2/08 *Olimpiclub* (2011-10-05), där EUD underkände en regel i den italienska regeln i civillagen som stadgar att ett avgörande i skattemål som rör samma skattesubjekt och fråga under ett tidigare år var prejudicerande för efterkommande prövningar. Detta kunde EUD inte godta eftersom det skulle hindra den nationella domstol från att göra EU-rättslig rätt vad tidigare hade dömts fel.

⁴⁰ C-555/07 *Küçükdeveci* (2010-01-19).

budet i direktiv 2000/7. EUD uttalade att förbudet väger så tungt att det dels kan göras gällande mellan enskilda (arbetsgivaren och den uppsagda), dels att underrätten kan sätta åt sidan en nationell bestämmelse om bundenhet om det behövs för att säkerställa EU-rättens genomslag, alldeles oavsett om man begärt förhandsavgörande eller inte.

Sammanfattningsvis gäller alltså att EUD har tagit avstånd från synsättet att underrätten är bunden av överrättens besked i en fråga då det kan uppstå en konflikt med EU-rätten. I dessa situationer bör den förre som huvudregel begära förhandsavgörande av EUD. Det finns också författare som menar att underrätten alltid – som i *Küçükdeveci* – kan bortse från en nationell processregel som försvårar unionsrättens genomslag utan att begära förhandsavgörande. Argumenteringen går ut på att lojalitetsprincipen i art. 4.3 i EU-fördraget är allmängiltig och att möjlighet till ofölsamhet alltid finns, så länge som EU-rätten inte sätter gränser i enlighet med *Eco Swiss*, *Kapferer* och *Kühne & Heitz*. Man kan också peka på att företrädesprincipen fått en starkare roll genom Lissabonsfördraget, där den framgår av förklaring nr. 17.⁴¹ Och även om utvecklingen inom EU-rätten nog kan sägas gå mot det hållet,⁴² har jag emellertid inte hittat något tydligt stöd för ett sådant synsätt i EUDs rättspraxis som rör mötet med den processuella autonomin. Vad som däremot finns är allmänna uttalanden som kan tolkas på det viset, t.ex. i målet om *Interedil Sri*.⁴³

Unionsrätten utgör hinder för att en nationell domstol ska vara bunden av en nationell processrättslig bestämmelse, enligt vilken den måste tillämpa den bedömning som gjorts av en högre nationell instans, när det framgår att den bedömning som denna högre instans har gjort inte är förenlig med unionsrätten, såsom denna uttolkats av EU-domstolen.

Jag menar emellertid att diskussionen om underrättens möjlighet att bortse från en överrätts avgörande i en delfråga i prövningen inte är avgörande för hur man ska se på bundenheten i den situation som uppkommer i och med de svenska tillåtighetsförklaringarna. Här finns redan tillräcklig många tolkningsdata som ger ett tydligt svar utifrån ett unionsrättsligt perspektiv.

⁴¹ Förklaringar som fogas till slutakten från den regeringskonferens som antagit Lissabonfördraget undertecknat den 13 december 2007 (30.3.2010 Europeiska unionens officiella tidning C 83/335). Förklaring till artikel 55.2 i fördraget om Europeiska unionen, nr 17.

⁴² Craig & De Búrca s. 241.

⁴³ C-396/09 *Interedil Sri* (2011-10-20), para 39, se även para 38.

2.4 Mötet mellan tillåtlighetsförklaringen och kraven för Natura 2000-tillstånd

I Natura 2000-reglerna ligger alltså att det kan uppstå en konflikt med bindande tillåtlighetsförklaringar som görs på ett tidigt stadium och kravet på säkerhet i skadebedömningen. När vi diskuterar lösningen på regelkonflikten kan det vara lämpligt att börja med de nationella reglerna, se dem i ljuset av EU-rätten och sedan diskutera om det uppnådda resultatet strider mot någon allmän EU-rättslig princip.

Jag menar inledningsvis att en utgångspunkt för bedömningen är att den nationella uppfattningen om att tillåtlighetsförklaringarnas bindande effekt – oavsett om de är grundade på 22:26 eller 17 kap. MB – får vika för EU-rättsliga krav. Bundenheten framgår inte av en lagregel, utan är en självpåtagen begränsning från domstolarna sida. Man kan givetvis argumentera för att i ordalydelsen ”frågan om verksamheten är tillåtlig” (22:26 MB) ligger att verksamheten måste tillåtas alldeles oavsett vilka konsekvenserna blir. Det är emellertid inte en så självklar tolkning att den kommer att tillåtas bryta igenom de EU-rättsliga kraven. När det sedan gäller de svenska domstolarnas rättspraxis i har frågan om bundenhet genomgående diskuterats utan att de unionsrättsliga konsekvenserna analyserats, fränsett resonemang kring utredningens (MKB) och prövningens omfång. Det är anmärkningsvärt mot bakgrund av att de EU-rättsliga invändningarna gjordes redan i och efter Botnia-målet. Rättspraxis kan dock inte sägas ha en sådan omfattning eller stabilitet att den grundar några berättigade förväntningar om att en tillåtlighetsförklaring ger en ovillkorlig rätt att få tillstånd. Jag menar också att Regeringsrätten i sin omtalade andra dom om Botnia-banan (RÅ 2008 ref. 89) tog avstånd från en alltför omfattande bundenhetsdoktrin. Domstolens majoritet öppnade för detta genom skrivningen att ”(tillstånd) kan dock (...) komma att vägras om sökanden inte lyckas prestera tillräckliga kompensationsåtgärder för de skador som projektet orsakar”. Kompensationsfrågan var diskuterad, men inte prövad i regeringens tillåtlighetsbeslut. Om man anlägger det synsättet på Bunge-målet kan alltså tillståndet vägras med hänvisning till de viktigare frågor som inte slutligt avgjordes och preciserades i MÖD:s tillåtlighetsförklaring 2009.

2.5 Rättskraftsprincipen inom EU-rätten

Då blir nästa fråga om det finns en rättssäkerhetsprincip inom unionsrätten som väger över och som gör att en lagakraftvunnen tillåtlighetsförklaring ändå ger en obetingad rätt till tillstånd. Jag kan emellertid inte hitta något stöd för det synsättet i de vägledande avgörandena som redogjorts för ovan. Utifrån EU-domstolens uttalanden blir det tydligt att det är fråga om en balansgång eller avvägning mellan medlemsstaternas processuella autonomi och unionsrättens krav på företräde. Den nationella bestämmelsen ska dessutom bedömas utifrån dess ställning inom förfarandet i dess helhet. När man sedan jämför de situationer där EU-domstolen godtagit att en nationell regel utgjort hinder för unionsrättens krav på genomslag inser man att de skiljer sig på avgörande sätt från den i Bunge. Det har oftast gällt klart avgränsade processfrågor som varit föremål för slutgiltiga beslut eller domar. I flera av fallen har det dessutom gällt interna regler om domstolsförfarandet. Det är svårt att jämföra dessa situationer med den svenska konstruktionen med tillåtlighetsförklaringar och tillstånd, där vi har valt att dela upp prövningen av ett materiellt EU-rättsligt krav i två delar. Då är det lättare att argumentera för att EU-domstolens praxis kring domstolsinstansernas inbördes bundenhet har bäring, och här har ju domstolen gett företrädesprincipen ännu större tyngd.

I det här sammanhanget bör man också notera att EU-rättsligt agerar våra miljödomstolar som tillståndsmyndigheter, eller som EU-domstolen – med viss förvåning kan man tro – noterade i *DLV-målet*, ”med utövande av befogenheter av förvaltningskaraktär”.⁴⁴ Det här tror jag har betydelse för frågan om rättskraft och bundenhet. Vi kan knappast räkna med att EU-domstolen i en avvägning mellan EU-rättslig effektivitet och processuell autonomi kommer att ha samma förståelse för vår uppdelning av tillståndsprocessen, jämfört med den som de nationella domstolarna kan komma i åtnjutande av i den vanliga dömande verksamheten i civil- eller brottmål eller vid rättsprövning.

⁴⁴ C-263/08 *DLV* (2009-10-15), para 37.

2.6 Slutsatser om mötet mellan tillåtlighetsförklaringar och EU-rätten

Sammanfattningsvis menar jag alltså att vare sig de svenska reglerna eller EU-rätten medför att en lagakraftvunnen tillåtlighetsförklaring ska anses ha bindande verkan i den efterföljande prövningen av målet. Vid mötet mellan den svenska konstruktionen och kraven i art- och habitatdirektivet blir det istället tydligt att det måste vara möjligt för underrätten att göra en slutlig bedömning av om villkoren säkert kan skydda Natura 2000-intressena.

Det innebär att HD idag bör känna sig oförhindrad att formulera en regel som begränsar verkan av en tillåtlighetsförklaring, ett slags EU-rättslig "ventil". En sådan ska kunna utlösas i de fall den tillståndsprövande myndigheten/domstolen finner att ett tillstånd skulle strida mot EU-rätten. Att det är möjligt att förena ett beslut enligt 17 kap. med en ventil framgår av 11:23 MB, där det stadgas att tillstånd ska lämnas till vissa vattenverksamheter som omfattas av en tillåtlighetsförklaring, "om inte något annat följer av 2 kap. 9 §". Inspiration till en EU-rättslig ventil kan vidare hämtas från den diskussion som har förts kring miljöbalkens regel om omprövning av tillstånd (24:5 MB). I dagens bestämmelse står att vid omprövning får inte meddelas så ingripande villkor att verksamheten inte längre kan bedrivas eller att den avsevärt försvåras. Lagstiftaren har genom åren försökt att bagatellisera bestämmelsens betydelse, men det har blivit alltmer uppenbart att den inte kan tillämpas i situationer där EU-rätten kräver mer. Därför föreslog den s.k. IED-utredningen ett tillägg med just det innehållet, dvs. att begränsningen gäller så länge som annat inte följer av EU-rätten. Förslaget försvann dock under lagstiftningsarbetet i regeringskansliet.⁴⁵

Slutligen i den här frågan ska sägas att HD är rätta instansen att uttala sig i så allmängiltiga termer att en EU-rättslig ventil även kommer att omfatta de tillståndsprövningar som följer efter regeringens tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. MB. Som framgår av nästa avsnitt, tillkommer ju där problematiken att domstolskontrollen av regeringsbesluten sker på ett så tidigt stadium av tillståndsprövsprocessen att det kan ifrågasättas om den är effektiv i förhållande till EU-rätten. Att därutöver formulera en ventil som är allmängiltig och alltså täcker samtliga aspekter på och skeden av

⁴⁵ SOU 2011:86 Bättre miljö – minskade utsläpp, jfr med prop. 2012/13:35 Nya regler för industriutsläpp.

tillståndsprocessen – vilket jag menar vore att föredra – är däremot en uppgift för lagstiftaren.

3. Diskussion 2: Tillgången till rättslig prövning och miljöprövning i allmän domstol

3.1 Klagorätten i miljö mål

Klagorätten för enskilda i miljö mål följer de gängse reglerna inom förvaltningsrätten, dvs. att beslutet är överklagbart, angår den klagande och har gått honom eller henne emot (16:12 MB). Avgränsningen av denna krets är väsentligen gjord i rättspraxis.⁴⁶ Därtill har miljöorganisationer klagorätt med avseende på beslut eller domar om tillstånd, godkännanden och dispenser samt en begränsad kategori av tillsynsbeslut under förutsättning att de möter vissa kriterier som är uppsatta i 16:13 MB. Dessa anger att det ska vara fråga om organisationer som enligt sina stadgar har till huvudsakligt ändamål att tillvarata naturskydds- eller miljöskyddsintressen, inte är vinstdrivande, har bedrivit verksamhet i Sverige under minst tre år, och har minst 100 medlemmar eller på annat sätt visar att verksamheten har allmänhetens stöd. När det gäller miljölagstiftning utanför miljöbalken – t.ex. med avseende på skogsvård och jakt – gäller förvaltningslagen och där saknar den berörda allmänheten klagorätt. Tillåtlighetsförklaringar i domstol enligt 22:26 MB i domstol

⁴⁶ Rättsutvecklingen när det gäller talerätten på miljöområdet är snabb i Sverige. Bara det senaste året har en rad avgöranden kommit från samtliga inblandade domstolar som inneburit ökade rättsliga möjligheter för den berörda allmänheten, se bl.a. HD:s beslut 2012-03-07; Ö 882-11 och Ö 5990-10 (om överklagbarhet av tillstånd av numera insomnade Finsk-svenska Gränsälvscommissionen), HFD:s beslut 2012-06-28; mål 7943-11 (om miljöorganisationers möjligheter att överklaga beslut om vargjakt) samt MÖD 2011:46 (om enskildas möjligheter att begära omprövning av tillstånd), MÖD 2012:47 och MÖD 2012:48 (om miljöorganisationers möjligheter att överklaga tillsynsbeslut resp. samrådsbeslut). Inom regeringskansliet behandlas just nu ett förslag att tidskriteriet och Sverige-kriteriet ska tas bort. Det förra anges försvåra miljödemokratins genom att det utestänger ad hoc-organisationer, det senare strider mot diskrimineringsförbudet i Artikel 3.9 Århuskonventionen. Det kan nämnas att förslaget – vars framtid nog får sägas vara osäker – är det enda initiativ om utökad klagorätt som kommit från regeringen under senare år, trots upprepade utredningsförslag. På så vis har lagstiftaren förvandlats till en statist som tittar på när rättsutvecklingen drivs framåt av domstolarna.

överprövas i enlighet med reglerna i MB. Som tidigare nämnts, överprövas regeringens tillåtlighetsbeslut emellertid inte i miljödomstol, utan genom rättsprövning hos Högsta förvaltningsdomstolen (HFD, tidigare Regeringsrätten).⁴⁷

Tidigare hade enbart enskilda som berördes av regeringens tillåtlighetsbeslut möjlighet att ansöka om rättsprövning. År 2006 vidgades dock kretsen genom ny lagstiftning, delvis som ett resultat av Sveriges tillträde av Århuskonventionen. Numera ges denna möjlighet till två kategorier av berörda, dels enskilda vars civila rättigheter eller skyldigheter enligt artikel 6 EKMR berörs, dels miljöorganisationer enligt 16:13 MB om det är fråga om sådana tillståndsbeslut som omfattas av artikel 9.2 i Århuskonventionen. I artikel 9.2 anges att den berörda allmänheten och deras organisationer ska ha rätt att få den materiella och formella giltigheten av ett beslut som omfattas av artikel 6 prövad i domstol eller annat opartiskt organ. De beslut som regleras i artikel 6 gäller till att börja med tillstånd till stora och miljöstörande verksamheter som listas i bilaga 1 till konventionen (artikel 6.1.a.). Bilagan motsvarar i stora drag de listor med verksamheter som ligger under Esbokonventionen och MKB-direktivet. Uppräkningen avslutas med en tjugonde punkt som inkluderar "all verksamhet (...) där allmänhetens deltagande är föreskrivet enligt ett förfarande för bedömning av miljöpåverkan" enligt den nationella lagstiftningen. Därutöver gäller enligt artikel 6.1.b att parterna ska tillämpa bestämmelserna "i enlighet med sin nationella rätt (...) på beslut om föreslagna verksamheter som inte anges i bilaga 1 och som kan ha betydande påverkan på miljön".

Rättsprövning enligt svensk rätt motsvarar i allt väsentligt det som gäller för kontinental överprövning i domstol av förvaltningsbeslut eller anglosaxisk "judicial review". Det är alltså fråga om en begränsad prövning av beslutets formella och materiella rättsenlighet. Den skrivning som HFD regelmässigt använder är att prövningen omfattar förfarande-frågor och lagtolkning, faktabedömning och bevisvärdering samt frågan om beslutet strider mot kraven på saklighet, opartiskhet och allas likhet inför lagen. Slutligen brukar domstolen tillägga att prövningen även omfattar om regeringen hållit sig innanför det handlingsutrymme som den

⁴⁷ För en vidare analys av klagorätten, se Darpö, J: Study on the Implementation of Article 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in 17 of the Member States of the European Union. National report from Sweden 2012-04-16, <http://ec.europa.eu/environment/aarhus/studies.htm>.

tillämpade rättsregeln erbjuder. En begränsning ligger dock i att den som söker rättsprövning direkt måste ange på vilket sätt som beslutet strider mot en rättsregel eller att det annars framgår klart av omständigheterna. En begäran om rättsprövning skjuter heller inte upp beslutet – vilket annars är den vanliga ordningen vid överklaganden i svensk rätt – om inte HFD beslutar om inhibition. Slutligen är processen kassatorisk, dvs. domstolen kan bara acceptera eller upphäva beslutet.

3.2 Möjligheten att rättsligt utmana tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. MB

Regeringens inställning vid implementeringen av Århuskonventionen 2005 var att tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. MB inte täcktes av artikel 6 i Århuskonventionen. Därmed behövdes inte någon möjlighet för allmänheten att kunna begära rättsprövning, vilket motiverades med att besluten ”endast utgör del i en prövning som leder fram till ett överklagbart beslut”.⁴⁸ Den internationella rättsutvecklingen har dock visat att en sådan inställning inte håller. Århuskonventionens efterlevnadskommitté (Compliance Committee) har i flera beslut genom åren gjort klart att preliminära ställningstaganden som dessa omfattas av artikel 6 i konventionen och därmed kravet på rättslig prövning enligt artikel 9.2. Tidigt uttalade kommittén att artikel 6 skulle tillämpas på det ställningstagande som var direkt relaterat till miljöfrågorna och att ”tillståndet” utgjordes av det beslut som i praktiken beredde vägen för aktiviteten (”effectively pave the way”).⁴⁹ Flera ärenden har gällt inledande planer för olika projekt. Kommittén har då uttalat att artikel 6 ska bedömas autonomt, alltså oberoende av vad beslutet kallas i de nationella rättsordningarna. I ett ärende som rörde Litauen klargjorde man att vissa planer kan omfattas av artikel 6 om det är fråga om avgörande beslut som tillåter att projektet utförs på en viss plats med angivande av de grundläggande kraven (”setting the basic parameters of the project”).⁵⁰ Samma slutsats drogs i ett ärende om ett större industrikomplex i nationalparken Vlora Bay i Albanien. Etableringen hade blivit möjlig genom en rad beslut på regeringsnivå. Ett av dessa avsåg enbart lokaliseringen, men ansågs ändå utgöra ett artikel 6-beslut, då det bestämde placeringen av verksamheten på en viss

⁴⁸ Prop. 2004/05:65 s. 92, se även s. 81 och 83.

⁴⁹ C/2004/8 (Armenia) para 28.

⁵⁰ C/2006/16 (Lithuania) para 58, se även C/2005/11 (Belgium).

plats efter ansökan av ett särskilt företag.⁵¹ Det ärende där kommittén tydligast uttalar sig om vad som ska gälla när ett projekt tillåts genom flera beslut är det som gällde EU:s finansiering av deponi i Litauen (min kursiv):⁵²

The Committee therefore considers that some kind of *significance test*, to be applied at the national level on a case-by-case basis, is the most appropriate way to understand the requirements of the Convention. The test should be: does the permitting decision, or range of permitting decisions, (...) *embrace all the basic parameters and main environmental implications of the proposed activity in question?* If (...) there are other environment-related permitting decisions with regard to the activity in question for which no full-fledged public participation process is foreseen *but which are capable of significantly changing the above basic parameters or which address significant environmental aspects of the activity* not already covered by the permitting decision(s) (...) this could not be said to meet the requirements of the Convention.

Samtliga beslut som har betydelse för projektet och dess miljöeffekter måste alltså omfattas av kraven på deltagande och tillgång till rättslig prövning. Frågan om beslutet omfattas av artikel 6 ska bedömas utifrån sammanhanget (on a contextual basis) och beslutets rättsliga effekter.⁵³

Det kan mot bakgrund av dessa beslut inte råda någon tvekan om att tillåtighetsförklaringar är sådana beslut som omfattas av artikel 6 och 9.2 Århuskonventionen. I lagstiftningsärendet om de nya reglerna om rättsprövning upprepade regeringen heller inte uttalandena om att tillåtighetsbesluten inte behövde vara överklagbara och genom Regeringsrättens/HFD:s rättspraxis är det numera klart att dessa beslut ska ses som tillstånd enligt artikel 9.2.⁵⁴

3.3 Hänvisningen till artikel 9.2 Århuskonventionen

Genom hänvisningen till ”tillståndsbeslut som omfattas av art. 9.2” i Århuskonventionen kommer rättsprövningens räckvidd att bestämmas av HFD, vilket innebär att domstolen fortlöpande tvingas ta ställning

⁵¹ C/2005/12 (Albania) para 67.

⁵² C/2006/17 (EU) para 43.

⁵³ C/2006/26 (Austria) para 50, se även C/2007/22 (France). Även EU-domstolen har i flera fall tagit avstånd från uppdelning av projekt för att undkomma olika miljökrav, s.k. ”salami tactics” (se bl.a. i C-392/97).

⁵⁴ RÅ 2008 ref. 89 som bekräftades i HFD 2010 not. 52 (*Sjjsjka*) och HFD 2011 not. 26.

till den internationella rättsutvecklingen på området. Förutom att följa Århuskonventionens Compliance Committee blir det fråga om renodlad EU-rätt, då artikel 9.2 har genomförts i unionsrätten genom bestämmelser som har direkt effekt i medlemsstaterna. Då konventionen dessutom är en s.k. ”mixed agreement”, dvs. både EU och medlemsstaterna är parter, får bestämmelserna i artikel 6 och 9.2 extra tyngd i de situationer som de inte fullt ut är implementerade i unionsrätten. Genom hänvisningen till artikel 9.2 har alltså den svenska lagstiftaren gjort det möjligt för HFD att fortlöpande anpassa sin rättspraxis till den snabba rättsutvecklingen på området, såväl med avseende på den materiella EU-rätten som tillgången till rättslig prövning. Bara i det senare avseendet har EU-domstolen meddelat ett antal viktiga avgöranden de senaste åren (C-237/07 *Janecek*, C-75/08 *Mellor*, C-263/09 *DLV*, C-115/09 *Trianel*, C-240/09 *Den slovakiska brunbjörnen* och C-128/09 *Boxus*) och flera är på gång.⁵⁵

Artikel 9.2 hänvisar alltså till beslut som omfattas av artikel 6. Som nämndes ovan, är det till att börja med fråga om dels sådana verksamheter som ingår i bilaga 1 till Århuskonventionen. Genom skrivningen i den tjugonde punkten inkluderas även sådana verksamheter där allmänhetens deltagande är föreskrivet enligt ett förfarande för bedömning av miljöpåverkan enligt den nationella lagstiftningen. Som nationell lagstiftning räknas i detta sammanhang både unionsrätten och den nationella rätten.⁵⁶ Det innebär att samtliga verksamheter som täcks av MKB-direktivet (2011/92) och MKB-reglerna i miljöbalken omfattas av artikel 6 och därmed tillgång till rättslig prövning enligt artikel 9.2. Såväl direktivet som balken arbetar med ”slutna listor” genom att de anger vad slags verksamheter som omfattas. För dessa verksamheter gäller antingen att det alltid ska upprättas en MKB eller att det ska ske i de fall som verksamheten kan medföra betydande miljöpåverkan. Därutöver finns skrivningen i artikel 6.1.b i Århuskonventionen som anger att bestämmelserna även ska tillämpas ”i enlighet med sin nationella rätt (...) på beslut om föreslagna verksamheter som inte anges i bilaga 1 och som kan ha betydande påverkan på miljön”. Bestämmelsen kan tolkas på

⁵⁵ Närmast C-416/10 *Križan* (begäran om förhandsbesked från SK: inhibition av miljöbeslut), C-260/11 *Edwards* (begäran om förhandsbesked från UK: kostnader), C-530/11 *Kommissionen mot UK* (överträdelseärenden: kostnader) och C-72/12 *Altrip* (begäran om förhandsbesked från DE: prövningens omfång).

⁵⁶ Se Efterlevnadskommitténs uttalande i C/2008/18 (Denmark), para 27. Uttalandet upprepas i rapporten 2008-05-22 till Tredje partsmötet i Riga (ECE/MP.PP/2008/5, para 65).

olika sätt. Den ena är att parterna själva kan bestämma vilka andra slags verksamheter som ska omfattas av kraven i artikel 6. Den andra – som stämmer bättre med ordalydelsen – är att varje verksamhet eller åtgärd med betydande miljöpåverkan ska omfattas av reglerna. Jag menar att den andra tolkningen också är rimligare av flera skäl.⁵⁷ För det första har parterna redan en möjlighet att ”lägga till” verksamheter till bilaga 1 genom tillägget i punkt 20, varför det vore ologiskt att söka uppnå samma effekt om igen i den efterföljande paragrafen. För det andra skulle den snävare tolkningen ge parterna ett helt fritt manöverutrymme, vilket rimmar illa med konventionens ambition att ge en internationell standard på området. Den nationella friheten är begränsad, vilket bl.a. betonades av EU-domstolen i *DLV-målet*. Sammantaget menar jag därför att artikel 6 omfattar dels listade verksamheter, dels alla andra slags verksamheter och åtgärder som kan medföra betydande miljöpåverkan.

Frågan om vilka verksamheter som omfattas av tillgången till rättslig prövning enligt artikel 9.2 har aktualiserats i HFD:s rättspraxis i två situationer. Den ena är att enskilda har ansökt om rättsprövning och argumenterat för att det borde ha upprättats en miljökonsekvensbeskrivning (MKB) i målet eftersom verksamheten kan medföra betydande miljöpåverkan. Som reglerna är upplagda, blir HFD:s bedömning här vägledande för frågan om miljöorganisationernas talerätt under rättsprövningslagen. Exempel på rättsfall där frågan har bedömts i sak på det viset är RÅ 2006 not. 35, RÅ 2008 not. 75 och HFD 2011 ref. 4. Den andra situationen då HFD fått bedöma om ett regeringsbeslut omfattas av artikel 9.2 Århuskonventionen är då enbart en miljöorganisation har begärt rättsprövning. Då blir istället frågan om verksamheten kan medföra betydande miljöpåverkan istället avgörande för om ansökan ska avvisas eller tas upp till prövning. Sådana exempel är HFD 2011 not. 17 och HFD beslut 2012-10-10 i mål 661-12. I dessa rättsfall har miljöorganisationerna avvisats, då domstolen ansett att det inte har behövts en regelrätt MKB för att bedöma den planerade verksamheten. I samtliga fall utom ett har HFD hänvisat till att artikel 9.2 och bilagan under artikel 6.1.a är genomförd i svensk lagstiftning genom reglerna i 6 kap. MB och tillämplig på lagar som hänvisar dit. Enbart i HFD 2011 not. 17 hänvisade domstolen till artikel 6.1.b genom uttalandet att ”av intresse (.) är också artikel 6 punkt 1 b, enligt vilken bestämmelserna (...), i enlighet med

⁵⁷ Se för liknande bedömning, se *The Aarhus Convention – An Implementation Guide. Economic Commission for Europe/UN 2013 (inte ännu publicerad)*, s. 137.

den nationella rätten, ska tillämpas även på beslut om föreslagna verksamheter som inte anges i bilaga 1 men som kan ha betydande påverkan på miljön.”. Då den planerade detaljplanen inte ansågs kunna medföra sådan påverkan, avvisades emellertid ansökningarna om rättsprövning.

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att HFD anser att tillåtlighetsbeslut är sådana som omfattas av reglerna om tillgång till rättslig prövning enligt rättsprövningslagen. Det innebär att de miljöorganisationer som möter kriterierna i 16:13 MB kan ansöka om rättsprövning av sådana beslut då de ju regelmässigt omfattas av obligatorisk MKB-plikt. I de fall ansökan avser en verksamhet där MKB-kravet inte är obligatoriskt, blir talerätten beroende av bedömningen om det kan uppstå betydande miljöpåverkan eller inte. Det är vidare anmärkningsvärt att HFD inte har diskuterat möjligheten att gå utanför de ramar som regeringen satt upp för miljöorganisationernas talerätt, dvs. att det är fråga om ett tillstånd enligt artikel 9.2 Århuskonventionen. Saken har ännu inte ställts på sin spets, men en sådan inställning försvårar unionsrättens genomslag. Exempelvis har ju EU-domstolen uttalat i *Den slovakiska brunbjörnen* att de nationella domstolarna är skyldiga att tillämpa den processuella rätten så att den står i överensstämmelse med artikel 9.3 Århuskonventionen så att miljöorganisationer ges möjlighet att överklaga miljöbeslut som kan strida mot unionsrätten.⁵⁸ Än så länge har den inställningen inte varit synlig i HFD:s rättspraxis i rättsprövningsmål.⁵⁹

3.4 Enskildas möjligheter att ansöka om rättsprövning

Förutsättningen för enskilda att kunna begära rättsprövning anslöt före 2006 års reform av rättsprövningslagen till förvaltningslagens talerättsregler och begreppet ”berörd”. Konstruktionen visade sig problematisk att tillämpa på tillåtlighetsbeslut, vilket illustrerades genom målen om Botnia-banan. Problemet är att regeringens beslut sker på ett så tidigt stadium av processen att det inte alltid går att bestämma vilka som berörs av verksamheten. När sedan tillståndet meddelas kan inte de grundläggande ställningstaganden om lokalisering och tillåtlighet ifrågasättas då de ju redan är bestämda av regeringens beslut.

⁵⁸ C-240/09 *Den slovakiska brunbjörnen*, para 51.

⁵⁹ Däremot var den avgörande för HFD:s beslut att meddela prövningstillstånd för frågan om miljöorganisationernas möjlighet att överklaga jaktbeslut på varg (HFD:s beslut 2012-06-28; mål 7943-11).

Målen i Regeringsrätten inleddes med att regeringen i juni 2003 fattade tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. MB om järnvägens dragning genom Umeådeltat. Ett antal närboende och Sveriges Ornitologiska Förening (SOF) begärde rättsprövning, men samtliga avvisades (RÅ 2004 ref. 108 *Botna I*). När det gällde de enskilda, uttalade Regeringsrättens majoritet att planläggningen av järnvägen inte hade kommit så långt att det gick att uttala sig om vilka som skulle beröras och om vilken hänsyn som skulle tas till deras intressen. Då de enskilda ansågs ha möjlighet till domstolsprövning i ett senare skede – genom rättsprövning av regeringens fastställande av järnvägsplanen – ville domstolens majoritet inte ta upp deras talan till prövning. En ledamot var skiljaktig och pekade bl.a. på att regeringens beslut i tillåtlighetsprövningen enligt 17 kap. MB var bindande för den efterkommande järnvägsplaneringen, varför det är särskilt viktigt för den enskilde att kunna påverka i detta tidiga skede.

Därefter fortsatte arbetet med järnvägsplanen som beslutades i juni 2005 och fastställdes av regeringen två år senare. Mot det beslutet ansökte återigen ett antal enskilda och miljöorganisationer rättsprövning i Regeringsrätten. De klagande hävdade att hela lokaliseringsfrågan måste prövas för att de enskilda skulle få sina rättigheter bedömda i domstol, något som följer av både EKMR och Århuskonventionen. Domstolens majoritet menade emellertid att lokaliseringen redan var avgjord genom regeringens tillåtlighetsbeslut (RÅ 2008 ref. 89 *Botnia II*). Man ansåg heller inte att det faktum att samtliga hade avvisats i det första skedet kunde medföra att prövningen nu skulle omfatta lokaliseringen. Det hade nämligen enbart ålegat regeringen att pröva om järnvägsplanen rymdes inom tillåtlighetsbeslutets ramar. Majoritetens slutsats var alltså att rättsprövningen av järnvägsplanen inte kunde omfatta lokaliseringsfrågan bara för att en rättsprövning av den frågan tidigare inte varit möjlig. Därmed kunde heller inte rättsprövningen omfatta Natura 2000-frågan, varför det blev meningslöst att begära förhandsbesked av EU-domstolen.

Den skiljaktiga ledamoten utvecklade ett motsatt synsätt. Hon menade inledningsvis att målet borde ha avgjorts i plenum eftersom majoritetens ställningstagande stred mot vad Regeringsrätten förutsatte när samtliga sökanden avvisades i det första målet, nämligen att en förutsättningslös prövning kunde ske i ett senare skede. Hon menade också att domstolen var oförhindrad att nu bedöma lokaliseringsfrågan och intrånget på Natura 2000-intressena. Vid en sådan prövning fann hon att regeringsbeslutet stred mot art- och habitatdirektivet, varför det skulle upphävas.

Med de nya reglerna är talerätten inte längre något problem för miljöorganisationerna, då de som sagt kan begära rättsprövning av det första tillåtlighetsbeslutet enligt 17 kap. MB. Frågan är om det har skett någon förändring av situationen för enskilda berörda. Den äldre rättspraxisen blev ju till ett slags Moment 22 för dem. I det skede när tillåtligheten bedömdes för verksamheten, fick de inte klaga på beslutet. När prövningen sedan resulterar i ett överklagbart beslut eller dom, kunde överprövningen inte omfatta lokaliseringsbedömningen och de viktigaste villkoren för verksamheten.

Det är möjligt att HFD blivit medveten om problemet och utvecklat ett annat synsätt under 2006 års rättsprövningslag.⁶⁰ I rättsprövningen av Förbifart Stockholm uttalade man att de enskilda som klagat måste släppas in därför att deras civila rättigheter eller skyldigheter *kan* beröras. Avgörandet är dock enbart rapporterat som ett notismål (HFD 2011 not. 26, se även RÅ 2008 not. 75). Mot bakgrund av de starkt skiljande åsikterna i domstolen i Botnia-målen, borde frågan ha behandlats i plenum och fått sin lösning i ett vägledande avgörande. Detta kunde också vara en viktig markering inför den prövning som Europadomstolen så småningom kommer att göra av frågan på talan av de enskilda kring Botnia-banan.⁶¹

3.5 Rättsprövningen som ett effektivt rättsmedel

Enligt artikel 9.4 Århuskonventionen ska de rättsmedel som erbjuds genom artikel 9.2 vara *tillräckliga och effektiva*, inbegripet möjligheten att inhibera besluten ("injunctive relief"). När det gäller det här kravet – som f.ö. förstärks av unionsrätten och den rättspraxis som utvecklats av EU-domstolen – kan man diskutera hur effektiv rättsprövning av tillåtlighetsförklaringar är. Konstruktionen innebär ju att Högsta förvaltningsdomstolen på ett tidigt stadium av tillståndsprocessen måste analysera de unionsrättsliga konsekvenserna av beslutet och vid behov begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Emellertid sker rättsprövningen på ett tidigt stadium då möjligheten att rätt bedöma effekterna av projektet kan vara begränsade. Typiskt sett rör besluten enbart de grundlägg-

⁶⁰ För en utförligare redogörelse i frågan, se Gustafson, L: Tillgången till rättsprövning av tillåtlighetsbeslut. Examensuppsats 30 hp, Uppsala Uppsala/Juridiska fakulteten ht-12 (<http://uu.diva-portal.org/smash/record.jsf?searchId=1&pid=diva2:555585>).

⁶¹ Case 29878/09 *Andersson and others v. Sweden*.

gande dragen i en plan för stora verksamheter, t.ex. korridorer för infrastrukturanläggningar eller områden för lokaliseringen av vindkraftparker. Vid rättsprövningen kan begäran om förhandsbesked hos EU-domstolen alltså bara avse dessa större frågor. I det efterföljande tillståndsskedet kan följaktligen enbart frågor ställas om de närmare villkoren eftersom lokaliseringen då ju är ”färdigtolkad” av regeringen med bindande effekt i den efterföljande prövningen. Det innebär att ingenstans i processen kan den samlade effekten av verksamheten, dess lokalisering och villkoren ifrågasättas, vilket i praktiken betyder att viktiga frågor kring unionsrätten inte kommer att nå EU-domstolen.

Vidare är det så att fackmyndigheterna – till skillnad från i många andra av EU:s medlemsstater – är helt avstängda från möjligheten att begära rättsprövning. Vare sig länsstyrelsen, Kammarkollegiet eller Naturvårdsverket kan utmana regeringsbesluten rättsligt i sådana mål där de har motsatt sig verksamheten. Om ärendet ändå når HFD genom att någon annan begär rättsprövning, är de fortfarande utestängda från processen genom att de inte blir hörda i saken.

Till det kommer också att domstolens prövning i dessa frågor är relativt inskränkt, mest inriktad på brister i formalia och andra tydliga felaktigheter i regeringens rättstillämpning. Det finns visserligen exempel där domstolen har ingående bedömt de unionsrättsliga aspekterna av ett tillåtighetsbeslut, men då har det gällt utredningen i målet. Jag menar därför att det finns skäl att ifrågasätta om rättsprövningen av tillåtighetsbesluten utgör ett effektivt medel för att ge EU-rätten genomslag i situationer som dessa. Även detta talar alltså för att det är nödvändigt att förse tillåtighetsförklaringarna med en ”slutventil”, vilken möjliggör att ärendet i slutänden kan prövas i sin helhet utifrån samtliga aspekterna.

4. Diskussion 3: Miljöprövning i allmän domstol och tidsaspekten

4.1 Inledning

Bunge-målet illustrerar ytterligare ett problem med den svenska miljöprocessen och dess möte med europarätten, nämligen tidsaspekten. Den är dock inte särskild för tillåtighetsförklaringar, utan utgör ett allmänt problem. Som framgått ovan, inleddes målen i miljödomstolen för mer än sju års sedan. I realiteten påbörjades givetvis ansökan och upprättan-

det av MKBn flera år tidigare. Långbänken är – åtminstone delvis – orsakad av systemet för miljöprövning i Sverige.

Vår miljöprocess är enkelspårig på så vis att alla slags beslut avgörs i en enda domstolslinje. Detta är en fördel då prövningsordningen därmed bidrar till enhetlig rättspraxis. Samtidigt finns det inslag som gör miljöprövningen internationellt sett långsam. En förklaring till detta ligger i den reformatoriska processen, dvs. att den överprövande domstolen i princip bedömer hela saken om igen i alla dess delar. Till detta kommer att processen ofta börjar i en myndighetslinje och slutar i upprepade överprövningar i allmän domstol. Antalet instanser är i många fall fyra, i vissa fall t.o.m. fem. Det hela kompliceras också av regeringens och HFD:s roll i prövningen, dels genom tillåtlighetsprövningarna enligt 17 kap. MB, dels genom att tillstånd enligt sektorslagstiftningen överklagas till den politiska nivån, dels genom rättsprövningen. Den svenska ”salen” för överprövning i miljömål kan därmed sägas vara både vid och lång. Av tradition har porten dit – dvs. talerätten – varit trång. Som ett resultat av Århuskonventionen och EU-rätten vidgas emellertid klagorätten snabbt, varför detta inte längre är en hållbar inställning. I det läget utsätts hela prövningssystemet för påfrestningar genom en ökad måltillströmning, åtminstone inledningsvis. Det kan i sin tur resultera i ytterligare fördröjningar. Därmed ökar också risken att vi får besök av den i vårt östra grannland så kända Matti Eurén och hans likar. Trots närheten mellan Sverige och Finland och trots att vi har samma förvaltningstraditioner, har han varit helt osynlig i den svenska miljöprövningsdebatten. Det är anmärkningsvärt med tanke på hur hans närvaro har påverkat den finska miljöprocessen och vi kan lugnt utgå från att Nordkalk är väl bekanta med honom. Det kan därför vara lämpligt med en närmare presentation.

4.2 Europadomstolens dom i Matti Eurén v. Finland

Matti och Ari-Pekka Eurén drev en servicestation i Nastola i södra Finland sedan 1965. Stationen låg i ett industriområde som samtidigt var ett vattenskyddsområde för en grundvattentäkt. År 1998 infördes nya förvaringsregler för kemikalier i området, vilka skulle vara uppfyllda senast vid utgången av 2002. Euréns ville därför bygga om och utöka anläggningen, vilket krävde tillstånd enligt den finska miljöskyddslagen. Man ansökte och fick ett sådant av miljönämnden i Nastola i mars 2001. Den regionala miljöcentralen överklagade dock tillståndet och menade att det inte var förenligt med grundvattenskyddet. Vasa förvaltningsdomstol

avslag överklagandet, men lade till ytterligare villkor för anläggningen. Miljöcentralen lät sig emellertid inte nöja utan gick vidare till Högsta förvaltningsdomstolen i Helsingfors. HFD ansåg att det behövdes ytterligare utredning i målet, undanröjde tillståndet och återförvisade målet till miljönämnden. En kompletterande ansökan om en något mindre anläggning inkom i april 2004 och godtogs genom beslut i december samma år. Miljöcentralen överklagade och förvaltningsdomstolen avslag, men HFD undanröjde även det nya tillståndet genom dom i december 2007, dvs. sju år efter att processen hade börjat.

Efter avslaget fick Euréns stänga sin verksamhet på platsen. Man stämde därför finska staten vid Europadomstolen och hävdade dels att man inte hade fått tillgång till rättvis "rättegång inom skälig tid" enligt artikel 6 EKMR, dels att deras äganderätt hade blivit inskränkt på ett otillåtet sätt, dels att man var diskriminerad jämfört med andra som drev servicestationer i andra län med andra miljöcentraler.⁶²

Den första frågan som Europadomstolen måste ta ställning till var om det hade varit en eller två processer. Euréns hävdade att det hade varit en och samma tillståndsprocess som hade pågått mellan 2000 och 2007, medan finska staten menade att det var två prövningar som varit särskilda från varandra. I den delen uttalade Europadomstolen att en förutsättning för att prövningen skulle ses som en rättegång var att de ingående processerna var oskiljaktiga och väsentligen avsåg samma sak ("proceedings are indissociable and concern essentially the same dispute").⁶³ I det konkreta fallet pekade Europadomstolen dels på att HFD återförvisade målet till miljönämnden för förnyad bedömning i sak, dels på att såväl ursprungsansökan som den kompletterande krävde samma slags tillstånd. Det var alltså fråga om samma sak som hade bedömts två gånger av tre instanser. Sedan angav domstolen att startpunkten för beräkningen av tiden var i juni 2001, då Euréns hade lämnat synpunkter på miljöcentralens första överklagande till Vasa förvaltningsdomstol. Sammanfattningsvis fann domstolen att prövningen skulle ses som en och samma rättegång, vilken hade pågått i över sex och ett halvt år.

Den andra frågan gällde tidskriteriet, dvs. kravet om att rättegången ska ske inom skälig tid. Här uttalade domstolen att bedömningen ska göras utifrån målets komplexitet, parternas agerande och beslutets betydelse för sökanden. Euréns pekade här på att man inte hade överklagat

⁶² ECtHR 2010-01-19 (case 26654/08) *Huoltoasema Matti Eurén and others v. Finland*.

⁶³ Domen para 25.

eller försvårat processen och att det nekade tillståndet hade medfört att de fick lägga ned verksamheten. Europadomstolen konstaterade bara kort att man i ett stort antal liknande situationer hade bedömt att det skett en kränkning av tidskriteriet och att finska staten inte hade angett några giltiga skäl för ett annat synsätt i det här fallet.

Finland fälldes alltså för brott mot artikel 6 EKMR. I de övriga delarna, dvs. de påstådda kränkningarna mot äganderätten och för diskriminering ogillades käromålet.⁶⁴ Avgörandet skapade en hel del diskussion om miljöprocessen i Finland. Från domstolarnas sida är irritationen påtaglig och det påstås ibland att man numera hellre avslår en ansökan direkt, istället för att återförvisa. Jag har emellertid inte sett några undersökningar om det, men om det är en riktig uppgift är det en praxis som knappast gynnar verksamhetsutövarna.

4.3 Tidsaspekten i Bunge-målet

Bunge-målet började som nämnts ovan med ansökan om provtåkt 2005. Ansökan om tillstånd till huvudverksamheten inkom till miljödomstolen i maj 2006 och avslogs i december 2008. Då ju miljödomstolen agerar som tillståndsorgan har alltså ”rättegången” enligt artikel 6 EKMR pågått sedan överklagandet gjordes i början av 2009. Räknat på det viset går målet snart in på sitt femte år. Som nämdes i inledningen, uttalade HD i sitt senaste beslut att prövningen i MÖD 2012 var begränsad, då domstolen ansåg sig bunden av ”rättskraften” i 2009 års tillåtlighetsförklaring. Om HD nu finner att en sådan bundenhet strider mot de unionsrättsliga bestämmelserna i målet ställs man inför valet att avgöra tillståndsfrågan själv eller att återförvisa till MÖD för en fullständig prövning.

Det senare alternativet framstår inte som särskilt attraktivt av flera skäl. Ett första sådant är trovärdigheten för rättssystemet, tidsaspekten är ett annat skäl. En tredje prövning i MÖD är knappast en lösning som kommer att vinna samtliga parter gillande. Dessutom tar en förnyad och fullständig tillståndsprövning med ett stort antal parter och myndigheter troligen mer än ett år att genomföra. Därefter kommer domen att överklagas till HD, som knappast kan meddela beslut i prövningstill-

⁶⁴ Här är avgörandet också intressant eftersom Europadomstolen bekräftar ställningstagandet i rättsfallet *Fredin v. Sweden* (ECtHR 1991-02-18; case 18928/91) om att nya miljökrav på gamla verksamheter är tillåtna inskränkningar i äganderätten eftersom de kan motiveras av tungt vägande allmänintressen.

ståndsfrågan på kortare tid än tre månader. I bästa fall har då processen pågått i drygt sex år, i värsta närmare sju år. Om den processen slutar med att Nordkalks ansökan ogillas, är det knappast förvånande om bolaget i Matti Euréns efterföljd stämmer svenska staten vid Europadomstolen för brott mot tidskriteriet i artikel 6 EKMR. Det är svårt att sia om utgången i en sådan process. Å ena sidan är utredningen mer komplex i Bunge-målet, jämfört med Euréns servicestation. Å andra sidan var det också där fråga om svåra bedömningar av påverkan på grundvatten som bedömdes olika av instanserna. Till det kommer de förväntningar som väcktes genom 2009 års tillåtlighetsförklaring och som Europadomstolen kan komma att väga in i frågan. Jag tror därför att utgången i ett sådant mål inte är alldeles given.

Alternativet är att HD meddelar prövningstillstånd i resten av målet och dömer av det i sak. Visserligen har man inte tillgång till egna tekniker, men det är möjligt att förordna om en eller flera sakkunniga. Dessutom kan tillståndsfrågan bedömas mot den rättspraxis som utvecklats av EU-domstolen i mål om Natura 2000. Här har ju domstolen formulerat hanteringsregler just med tanke på den situation som vi nu har i HD, dvs. att en nationell domstol ska bedöma ett tekniskt material utan att ha sakkunniga i sitsen. Mot bakgrund av den omfattande utredningen i målet från olika myndigheter bör MÖD:s ställningstagande kunna utvärderas mot de hållpunkter om vetenskapligt tvivel som finns i *Waddenzee-målet* och *Alto Sil*, dvs. att det ur ett vetenskapligt perspektiv inte föreligger något rimligt tvivel om att det inte förekommer någon skadlig inverkan på området.⁶⁵ Därutöver måste HD ta ställning till i vilken utsträckning man kan sätta villkor för en Natura 2000-påverkande verksamhet på framtiden.

4.4 Slutsatser om den svenska miljöprövningen

Frågan om miljöprövningen och tidsaspekten är emellertid betydligt större än Bunge-målet. Som nämnts ovan, utsätts den svenska miljöprocessen rent allmänt för påfrestningar bl.a. genom kraven på ökad tillgång till rättslig prövning. En förutsättningslös diskussion om detta har dock lyst med sin frånvaro i Sverige, trots de senaste årens utredningar. Den svenska debatten har istället svängt fram och tillbaka, vilket inte minst

⁶⁵ C-127/02 *Waddenzee* (2004-09-07), para 58–59, skrivningar som citeras i MÖD 2011:50 och C-404/09 *Alto Sil* (2011-11-24), para 100.

märks på näringslivets inställning. I ena stunden är det utmärkt att vi har fyra eller fem instanser som bedömer hela saken om och om igen ända upp till Högsta domstolen, i den andra kan vi inte ha individuell omprövning av IED-anläggningar för att den svenska domstolsprocessen är så lång och omfattande. Vi behöver en mer strategisk diskussion och en djupare analys av den svenska miljöprocessen i mötet med EU-rätten. Jag tänker inte försöka mig på en sådan här, men vill ändå göra några anmärkningar. En inledande sådan är att om Sverige har valt att lägga miljöprövningen i allmän domstol och det uppstår friktioner med EU-rätten kommer vi att behöva anpassa vårt system, rimligen genom förenklingar i miljöprocessen. Dessa förenklingar kan inte åstadkommas genom att försvara för den berörda allmänheten att överklaga beslut som rör deras intressen. Sådana förändringar måste alltså ske på andra sätt, varav jag kan se två huvudalternativ. Det ena är att förändra hela systemet för domstolskontroll i riktning mot rättsprövning. Det andra är att behålla den reformatoriska processen i ett mindre antal instanser. Den senare lösningen ansluter bättre till den svenska traditionen inom förvaltningsprocessen och är att föredra av flera skäl.

Den reformatoriska processen i domstol eller domstolsliknande organ har nämligen stora fördelar. Det är ett enkelt, billigt och snabbt sätt att få till en överprövning av administrativa beslut, samtidigt som systemet garanterar en rättvis rättegång enligt artikel 6 i EKMR. I Sverige görs på miljöområdet överprövningen av miljödomstolar som har teknisk expertis. Alla slags miljömål bedöms i samma linje, oavsett om det är fråga om tillstånd, tillsyn, vite, exekution och handräckning, sanktionsavgifter eller miljöskadestånd. Enbart miljöbrotten tas fortfarande i annan ordning, vilket får betecknas som en anomali. Jag menar att fördelarna är uppenbara vid en jämförelse med andra rättssystem. Det normala i andra rättssystem inom EU är en uppdelning av frågorna till flera olika domstolar och andra instanser. Miljöbeslut tas av en myndighet och överprövas av nästa nivå inom administrationen, i separata organ eller hos ansvarigt departement. Domstolarnas kontroll sker genom en begränsad laglighetsprövning som sker utanför det normala beslutsfattandet. Slutresultatet blir ofta bara att ärendet skjuts tillbaka till beslutsinstansen, som fattar ett nytt och likalydande beslut. Överklaganden är sällan suspensiva och om inhibition begärs kan det kosta en smärre förmögenhet i form av säkerhet och liknande. Rekvisiten för inhibition kan också vara svåra att möta. Därtill görs rättsprövningen ofta av instanser högt upp i domstolshierarkin och kan därför vara extremt långdragna, vilket gör att saken kan

vara överspelad när den avgörs.⁶⁶ Vanligast arbetar man med en mer eller mindre civilprocessuell ordning där den klagande måste bevisa sin sak. Advokatobligatorium är inte ovanligt, liksom att rättegångskostnaderna kan vara höga eller mycket höga.

På ett rättsområde som är så specialiserat som miljörätten menar jag att den reformatoriska processen i särskilda domstolar eller domstolsliknande organ med tekniska ledamöter är överlägsen. Med en så rik flora av regelverk från olika nivåer och krav på tekniska och naturvetenskapliga kunskaper är det en illusion att tro att den vanliga domargeneralisten kan behärska dessa mål. Däremot finns ingen anledning att ha så många instanser som vi har i Sverige. Jag behöver knappast påpeka att vår instanskedja är betydligt längre än i de flesta andra länder i Europa. Här kan vi återigen jämföra med Finland. Där överklagas alla myndigheters beslut direkt till förvaltningsdomstolarna – i miljömål till Förvaltningsdomstolen i Vasa med hela landet som domkrets – och sedan vidare till Högsta förvaltningsdomstolen i Helsingfors (utan krav på prövningstillstånd). Båda domstolsinstanserna har tekniska ledamöter.⁶⁷ Båda våra system är reformatoriska, men där Sverige alltså kan ha fem instanser, har finnarna tre. Dessutom skapas rättspraxis entydigt i finska HFD. I Sverige sker det i praktiken i MÖD, men vissa mål kan överklagas till Högsta domstolen. Samtidigt utgår det svenska regelverket från att ”den kvalificerade rättsbildningen” sker i den senare domstolen, en inställning som inte stämmer med vare sig verkligheten eller HDs egen inställning.⁶⁸

De närmare ingredienserna i en sådan reform får anstå till en senare diskussion. Vi kan hämta inspiration från såväl Finland som det danska systemet med en nationell Natur- og Miljøklagenævnet (NMK). Idéer som ventilerats de senaste åren är att alla myndighetsbeslut överklagas direkt till domstol, vilket gör att länsstyrelsens roll som överprövningsorgan för kommunala beslut avskaffas. Ett annat är att tillståndsprövning

⁶⁶ Det kända rättsfallet C-44/95 *Lappel Bank* slutade ju med en lysande seger i EU-domstolen för den klagande miljöorganisationen, samtidigt som den kontroversiella parkeringsplatsen byggdes i fågelskyddsområdet. Ett annat känt fall från EU-domstolen med liknande utgång är C-304/05 *Santa Caterina Valfurva*. Det finns en mängd andra sådana exempel, se Effective Justice, avsnitt 2.5.

⁶⁷ Se Kuusienimi & Vihervuori & Darpö i FT 2009, avsnitt 3.2 och 3.4.

⁶⁸ Prop. 2009/10:215, s. 180. I NJA 2011 s. 782 uttalar HD att ”(s)lutsatsen av det nu sagda är att Mark- och miljööverdomstolen har ett betydande ansvar för prejudikatbildningen inom miljörättens område både genom egna avgöranden och genom att möjliggöra en prövning i HD”.

på regional nivå ska ske i ett mindre antal koncessionsnämnder och att slutlig överprövning sker i en specialdomstol som är organisatoriskt självständig. Det finns givetvis för- och nackdelar med alla dessa förslag och det finns också andra idéer som borde diskuteras.⁶⁹ Då jag dessutom tror att det är en samstämmig uppfattning att den svenska miljöprocessen är för långsam, borde frågan utredas.

5. Avslutande om de svenska domstolarnas roll i implementeringen av EU-rätten

Bunge-målet är intressant ur många perspektiv, bl.a. därför att det har tydliggjort hur nationella rättsliga konstruktioner kan kollidera med EU-rätten. Jag tycker även att målet har illustrerat en underskattning av unionsrättens genomslagskraft och dynamik på miljöområdet. Möjligen kan man prata om en kulturkrock mellan EU:s institutioner och våra myndigheter och domstolar. Kommissionen inledde som sagt under våren en kommunikation med regeringen. Från svensk sida finns det tecken på irritation över att man anser att Bryssel lägger sig i ett pågående mål. Det kan också vara så att man från regeringens sida underskattar kommissionens beslutsamhet i frågan. Det vi ser kan vara ett utflöde av kommissionens nya strategi när det gäller överträdelse av unionsrätten. Lisabon har gett nya instrument åt myndigheten som kan utnyttjas genom förfaranden under artikel 260 EUF-fördraget, bl.a. begäran om viten och inhibition.⁷⁰ Att hotet om sådana ingripanden inte bara är tomma ord har inte minst märkts i den svenska vargdebatten. Det finns också andra exempel på att kommissionen har använt sig av dessa möjligheter för att faktiskt förhindra överträdelse, inte bara för att i efterhand sanktionera dem.⁷¹

⁶⁹ För en vidare diskussion om miljöprövningen i Sverige, se avsnitt 8.3 i Darpo: Rätt tillstånd till miljön – Om tillståndet som miljörättsligt instrument, rättskraften och mötet med nya miljökrav. Slutrapport 2010-11-15 inom forskningsprogrammet ENFORCE, publicerad på <http://www.jandarpö.se/rapporter.asp>.

⁷⁰ Se t.ex. de nyligen avdömda målen C-279/11 och C-374/11 (EUD 2012-12-19).

⁷¹ Se den i not 10 nämnda artikel av David Hadroušek i JEEPL 2012 s. 235 som ger en god bild av de nya tongångarna inom kommissionen.

En annan avslutande reflektion gäller domstolarna och EU-rätten. Det unionsrättsliga systemet utgår från att domstolarna har en viktig roll i värnandet av EU-rätten, eller som står i standardverket på området:⁷²

Most fundamentally, the national courts become enforcers of EU law in their own right. When the ECJ has decided an issue, national courts apply that ruling without further resort to the ECJ. The national courts are, in this sense 'enrolled' as part of a network of courts adjudicating on EU law, with the ECJ at the apex of that network. They become 'delegates' in the enforcement of EU law, and part of a broader EU judicial hierarchy.

I ett sådant sammanhang fungerar det inte bra om de nationella domstolarna sitter i en position där de inte kan överpröva den rättstillämpning som sker i politiska instanser, oavsett om det är i kommunala nämnder eller i regeringen. Jag menar att hela idén med att regeringen tar beslut som är bindande i miljöprövningar har spelat ut sin roll. De politiska instanserna bör ange principer, budgetramar och planeringsunderlag för samhällsviktiga projekt. Rättstillämpningen bör emellertid skötas av myndigheter och domstolar utan inblandning av företrädarna för de politiska intressena. Jag menar också att det har blivit tydligt att konstruktionen med preliminärbedömningar av stora projekt som omfattas av EU-rättsliga tillståndskrav kan komma i konflikt med unionsrätten. Som framgått, anser jag därför att tillåtighetsförklaringar – oavsett om de utförs enligt 17 kap. MB eller 22:26 MB – måste förses med en möjlighet att frånga dem om annat följer av unionsrätten. Det bör också rent allmänt vara möjligt för det tillståndsprövande organet att göra en slutavvägning i tillståndprocessen. Med en sådan "slutventil" försvinner en stor del av idén med tillåtighetsförklaringarna och frågan är därför om inte möjligheten bör skrotas.

⁷² Craig, P & De Búrca s. 476.