

Bunge-täkten i Högsta domstolen

Som alla känner till, undanröjde Högsta domstolen (HD) i tisdags det tillstånd som Mark- och miljödomstolen (MÖD) meddelade 2012 till täktverksamheten i Bunge på Gotland.¹ HD menade att MÖD hade begränsat sin prövning på ett sätt som inte var förenligt med artikel 6 i EUs art- och habitatdirektiv (92/43). Målet återförvisades därför till mark- och miljödomstolen i Nacka för en fullständig tillståndsprövning i enlighet med Natura 2000-reglerna. Beslutet är klargörande i flera avseenden, men medför också att målet kan komma att fortleva i domstolarna i ytterligare år. Det senare är givetvis olyckligt för samtliga parter.

Bakgrunden är alltså att företaget Nordkalk 2005 och 2006 ansökte om tillstånd till bergtäkt i Bunge på Gotland. Ansökan omfattade flera tillstånd enligt miljöbalken (1998:808, MB), däribland de s.k. Natura 2000-reglerna. Miljödomstolen avslog ansökan i december 2008, väsentligen med hänvisning till risken för skada på de skyddsvärda områdena. Bolaget överklagade till MÖD som meddelade dom i oktober 2009. Domstolen ansåg att de föreskrivna villkoren *borde leda till* att skadliga effekter inte uppstod på de skyddsvärda intressena. Man gjorde därför en ”tillåtlighetsförklaring” enligt 22 kap. 26 § miljöbalken (1998:808, MB) och återförvisade målet till miljödomstolen för bestämning av tillstånd och villkor.

Här ogillades emellertid ansökan om tillstånd i november 2011. Miljödomstolen menade att det *ska vara klarlagt* att verksamheten inte kan påverka de skyddsvärda intressena i Natura 2000-områdena och att man inte var bunden av MÖDs tillåtlighetsförklaring, eftersom den var för allmänt hållen och inte angav några villkor för verksamheten. Därmed kunde miljödomstolen göra en egen tillståndsbedömning och avslog återigen Nordkalks ansökan. Miljödomstolens dom överklagades av Nordkalk. MÖDs avgörande kom sommaren 2012 och innebar att företaget fick de tillstånd man sökt, förenat med verkställighetsförordnande. MÖD menade att frågan om företagets tillåtlighet var avgjord genom den lagkraftvunna domen från 2009 och att prövningsordningen förutsätter att underinstanserna lojalt följer processuella anvisningar från överrätten vid återförvisning. Sedan upprepade MÖD uttalandet från 2009, dvs. att de planerade skyddsåtgärderna *borde leda till* att effekterna på arterna och naturtyperna i områdena hölls på en godtagbar nivå. Tillstånd till verksamheten meddelades alltså, förenat med utsläppsvillkor för avledning och återfiltrering av täktvattnet. Flera aspekter lämnades dock på framtiden att beslutas av tillsynsmyndigheten.

Naturvårdsverket, flera miljöorganisationer och enskilda överklagade domen till HD och begärde inhibition av verkställighetsförordnandet. HD meddelade ganska omgående prövningstillstånd i frågan om *vilken betydelse MÖDs lagkraftvunna 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.

Nu har alltså HD underkänt MÖDs resonemang om tillåtlighetsförklaringens bindande verkan och återförvisat målet till miljödomstolen för en fullständig tillståndsprövning. HD pekar inledningsvis på att tillståndsprövningen enligt Natura 2000-reglerna utgår från att det någonstans i processen görs en samlad bedömning av verksamhetens påverkan på de skyddsvärda intressena. Bedömningen ska vara *fullständig, exakt och slutlig så att det är*

¹ Högsta domstolens beslut 2013-06-18 i mål nr T 3158-12.

*möjligt att skingra varje vetenskapligt tvivel i fråga om dessa effekter. Tillståndsmyndigheten ska med andra ord kunna väga in verksamhetens alla aspekter och samlat pröva återverkningarna på det skyddade områdena. I dessa delar hänvisar HD till såväl ”klassiska” avgörandena om Natura 2000 av EU-domstolen (C-127/02 *Waddenzee* och C-404/09 *Alto Sil*) som nyligen avdömda (C-258/11 *Sweetman*).*

Därefter ställer domstolen frågan om det är möjligt att göra en sådan samlad bedömning i ett system där prövningen är uppdelad i tillåtlighet och tillstånd/villkor. Här börjar man med att konstatera att när det gäller tillåtlighetsavgöranden – oavsett om det är fråga om en domstols dom enligt 22:26 MB eller det liknande beslutet av regeringen enligt 17 kap. MB – måste utgångspunkten vara att de har rättskraft på det viset att de kan läggas till grund för prövningen av en tillståndsansökan. Normalt medför tillåtlighetsförklaringen ett ställningstagande till lokaliseringen och att verksamheten är förenlig med de miljörättsliga reglerna. Om förklaringen är mera allmänt formulerad kan den dock inte anses bindande för den efterföljande tillståndsprövningen. Att prövningen är uppdelad i två etapper får heller inte leda till att tillståndet meddelas utan att samtliga frågor verkligen har blivit prövade. Tolkningen av 22:26 MB måste därför anpassas till kraven enligt unionsrätten. Därefter uttalar HD (p. 20): *”Vid tillståndsprövningen ska därför domstolen först ta ställning till om en bedömning som uppfyller unionsrättens krav har skett i tillåtlighetsdomen. Det torde mera sällan vara fallet, med hänsyn till att det närmare innehållet i tillståndet och villkoren för detta återstår att fastställa. Därmed ska den samlade bedömningen göras vid tillståndsprövningen. Tillåtlighetsdomens rättskraft hindrar inte detta.”*

När sedan HD gick över till att tillämpa detta synsätt på MÖDs Bunge-domar kunde man konstatera att någon fullständig tillståndsprövning inte hade skett 2009, varför en samlad bedömning måste ske vid tillståndsprövningen. Visserligen hade MÖD gjort en förhållandevis utförlig prövning 2012, men det var ändå klart att man ansett att tillåtlighetsfrågan var rättskraftigt avgjord redan 2009 och därför begränsat sin prövning till de återstående tillståndsfrågorna. *Den uppdelningen menade HD är inte förenlig med kravet på en samlad prövning enligt kraven i art- och habitatdirektivet.* Därmed undanröjdes det tillstånd som MÖD hade meddelat och målet återförvisades till miljödomstolen för en samlad prövning enligt Natura 2000-reglerna utan hinder av 2009 års tillåtlighetsdom. I prövningen ska även frågan om dispens enligt artskyddsförordningen (2008:845, AF) ingå, eftersom den frågan hade behandlats i MÖD. Slutligen förklarade HD att det inte fanns något behov av att begära förhandsavgörande av EU-domstolen, eftersom innehållet i EU-rätten i de aktuella frågorna är klar.

En fråga som ställts i massmedia är om HDs avgörande var oväntat. Svaret beror nog på vem man frågar. Jag utgår från att bestörtningen är stor bland dem som tidigare bara pratat om tillåtlighetsdomens rättskraft och hur rättssäkerhetsprincipen är överordnad alla unionsrättsliga och nationella miljöregler och deras genomförande. För egen del är jag alls inte förvånad över att HD underkände ordningen med en uppdelning av prövningen i en tillåtlighetsdel och en tillståndsdels. Under många års tid har kritik framförts i litteraturen om att den här ordningen är oförenlig med unionsrätten, inte minst i samband med alla domstolsturer kring Botnia-banan (MÖD 2006:44 och RÅ 2008 ref 89). Även i det uppmärksammade målet om vindkraftsparken i Sjisjka i Gällivare (MÖD 2009:38) aktualiserades frågan. Tillåtlighetsförklaringen har emellertid varit populär bland verksamhetsutövarna och blivit allt vanligare med åren som en genväg i tillståndsprocessen. Kritiken mot uppdelningen aktualiserades återigen efter MÖDs avgörande om Bunge 2009 och var en av huvudfrågorna i målet, särskilt som EU-kommissionen lyfte fram den i sina

kommunikationer med regeringen. Det är i själva verket svårt att förstå att MÖD 2012 helt förbigår med tystnad de EU-rättsliga problemen med bundenhet och förhållandet till bestämmelser om miljöskydd, utan behandlar frågan som en nationell och domstolsdisciplinär angelägenhet. På så vis illustrerade man svagheten i konstruktionen och närmast bjöd in till att HD skulle reagera. HDs ställningstagande mot uppdelningen av tillståndsprövningen är klargörande och ansluter mycket nära till den kritik som uttalats genom åren. *Med hänvisning till EU-rätten slår domstolen fast att det måste göras en samlad – fullständig, exakt och slutlig – bedömning av verksamhetens effekter på de skyddsvärda Natura 2000-intressena i något skede av tillståndsprocessen och att den svårligen låter sig göras redan vid tillåtligheidsförklaringen.*

Den här kritiken får konsekvenser som går långt utöver Bunge-målet. Från verksamhetsutövarens sida är det ju det preliminära beskedet om grönt ljus som gör tillåtligheidsförklaringen intressant, oavsett om den görs av en domstol enligt 22:26 MB eller av regeringen under 17 kap. MB. *När nu HD har sagt att den "bindande verkan" strider mot såväl grundtanken med tillståndsprövningen enligt miljöbalken som EU-rätten blir frågan vad som återstår.* Konsekvensen blir att antingen görs en fullständig prövning redan i det inledande skedet, och då kan man ju lika gärna meddela tillstånd. Eller får verksamheten leva med osäkerheten att domstolen i den efterföljande prövningen ogillar hela ansökan. I många situationer tror jag därför att fördelen för verksamhetsutövaren med uppdelningen försvinner och då blir ju frågan om det är någon vits med att behålla institutet "tillåtligheidsförklaringar". Jag tror att det tydligaste resultatet blir att "ping-pongandet" mellan domstolarna enligt 22:26 MB minskar betydligt. När det gäller tillåtligheidsbeslut av regeringen enligt 17 kap. MB är det kanske så att det ändå är intressant för verksamhetsutövaren att på ett tidigt stadium få ett preliminärbesked om lokaliseringen av projektet, t.ex. dragningen av en väg eller en järnväg. Den bedömningen kommer emellertid nu bara bli preliminär och domstolarna är fria att i den efterföljande tillståndsprövningen helt ompröva regeringens ställningstagande. På så vis innebär HDs ställningstagande också ett tydligt förstärkande av domstolarnas roll för att försvara miljöbalkssystemet och EU-rätten mot politisk rättstillämpning. Det kan också medföra att tillåtligheidsbesluten enligt 17 kap. MB blir mera övergripande och allmänt formulerade, något som de ju var från början. Att utvecklingen skulle gå åt andra hållet, dvs. att regeringsbesluten skulle bli än mer detaljerade och reglerna verksamhetens alla delar tror jag inte på. Flera skäl talar emot en sådan utveckling, bl.a. är regeringskansliet inte rustad med en sådan utredningsorganisation som krävs för en sådan prövning.

HDs avgörande är alltså främst ett tydligt ställningstagande emot den uppdelning av processen som MÖD har cementerat genom sin praxis. En annan styrka i avgörande är de uttalanden som görs när det gäller skadebedömningen i Natura 2000-mål. Även i dessa delar kan MÖD kritiseras för sin hantering av Bunge. I tillåtligheidsförklaringen 2009 undantog man uttryckligen vissa omgivande verksamheter med hänvisning till de nationella processreglerna. Dessutom var domstolen otydlig i sin skadebedömning. I 2012 års avgörande är det heller inte klart vad domstolen egentligen prövade. Det finns skrivningar som talar för att man faktiskt utförde en fullständig tillståndsprövning, medan andra resonemang tar fasta på "rättskraften" i 2009 års tillåtligheidsförklaring. Man kan i vilket fall som helst påstå att domen är otydlig i dessa delar. Inte heller ansluter MÖD till EU-rätten vid sin Natura 2000-bedömning, vilket man annars ofta har gjort i sina avgöranden (se t.ex. MÖD 2011:50 *Pukaviksbukten*). Det är också något som HD betonar när man ansluter till det s.k. Waddenzee-kriteriet, dvs. att utredningen måste så fullständig att det inte återstår några *vetenskapligt rimliga tvivel* om att verksamheten inte skadar de skyddsvärda intressena. Det var givetvis ett välkommet tydliggörande av EU-rättens betydelse på miljöområdet.

Min kritik mot HDs avgörande riktar sig istället mot slutet, dvs. att målet återförvisas till miljödomstolen för tillståndsprövning. Hanteringen är olycklig ur flera synvinklar. För det första blir det fortsatt osäkerhet i målet och ett tydligt problem med tidsaspekten. Målet inleddes i miljödomstolen för åtta års sedan (2005) och den första tillståndsdomen till huvudverksamheten kom i december 2008. När nu målet går tillbaka till miljödomstolen kommer tillståndsprocessen där att ta uppemot ett år. Den domen kommer i sin tur överklagas till MÖD, varvid processen tar ytterligare ett år om prövningstillstånd meddelas. Oavsett om HD därefter också skulle meddela prövningstillstånd – vilket inte är särskilt troligt – kommer vi att hamna i en situation där en lagakraftvunnen dom i saken finns på plats först våren-sommaren 2015, dvs. sex och ett halvt år efter miljödomstolens första dom. Ingen tjänar på en sådan förlängning av processen och den är orimlig för parterna. Om det slutliga beskedet blir att tillstånd inte ges till verksamheten kan Nordkalk dessutom komma att i Matti Euréns efterföljd stämma staten Sverige för brott mot kravet på rättvis rättegång enligt artikel 6 EKMR, något som jag har skrivit om i annat sammanhang.² Sedan förstår jag heller inte varför återförvisningen gick till miljödomstolen och inte till MÖD. Även om den miljödomstolen uttryckte osäkerhet inför den bindande verkan av 2009 års tillåtlighetsdom, utfördes ju en fullständig och utförlig prövning som slutade i att tillstånd nekades. Mot den bakgrunden borde återförvisningen ha skett till MÖD. Att frågan om dispens enligt artskyddsförordningen aktualiserades först i MÖD och att den domstolen – felaktigt menar jag – meddelade en sådan är inte ett skäl att återförvisa till miljödomstolen. Dispensfrågan kan hanteras inom ramen för tillståndsprövning enligt Natura 2000-reglerna i MÖD. Om domstolen då skulle finna att det krävs en sådan får frågan i vanlig ordning hanteras av länsstyrelsen som ett separat ärende. Det är visserligen en krånglig ordning som lagstiftaren borde titta på, men ändå betydligt enklare och snabbare än att återförvisa hela tillståndsprocessen till miljödomstolen.

Till detta kommer frågan om allmänhetens förtroende för rättssystemet. Bunge-täkten har nu hanterats två gånger om av miljödomstolarnas olika instanser. I MÖD har hovrättspresidenten, de två lagmännen och en majoritet av de vice ordförandena redan dömt i saken, likaså många av teknikerna. De är samtliga därmed ”förbrukade” och målet måste gå till en oprövad sits. Det är i och för sig ingen nackdel, men oavsett utgången kommer den att ifrågasättas från något håll med invändningar om otillbörlig påverkan osv. Och är det något som Bunge-målet inte behöver så är det flera sådana påståenden och rykten. Det hade också mot denna bakgrund varit bättre att den högsta domstolen prövat tillståndsfrågan själv efter ett par kommunikationsomgångar med parter och myndigheter. HD har visserligen inte tillgång till egna tekniker, men målet hade då varit fullständigt utrett. Waddensee-kriterierna är ju också utformade för just en situation som denna, dvs. en allmän domstol ska tillämpa försiktighetsprincipen på ett tekniskt underlag. Till detta kommer att det hade varit värdefullt om HD inte bara som nu hade uttalat sig allmänt om skadebedömningen, utan även tillämpat principerna i en konkret situation. Då hade vi fått reda på hur domstolen såg på förutsättningarna att meddela Natura 2000-tillstånd till en verksamhet som flera fackmyndigheter menar kommer att medföra skada på de skyddade värdena i Bunge.

Jan Darpö
Professor of Environmental Law

² Se Darpö: EU-rätten och den processuella autonomi på miljöområdet. Om det svenska systemet med tillåtlighetsförklaringar och mötet med europarätten. Nordisk Miljörättslig Tidskrift (NMT) 2012:2, s. 3 (www.jandarpo.se/Artiklar).

*Faculty of Law, Uppsala Universitet
PO Box 512, SE-751 20 UPPSALA
Telf: +46 18 471 22 47
E-mail: jan.darpo@jur.uu.se
Skype: [jan.darpo](#)
On the web: www.jandarpo.se*