

Direkt effekt och processuell autonomi — omigen om Bunge-domen och EU-rättens genomslag

Av professor JAN DARPÖ

Under rubriken HD och EU-euforin — vart är vi på väg? (SuJT 2014 s. 487) ger Rolf Strömberg — tidigare generaldirektör vid Koncessionsnämnden för miljöskydd och sedan slutet av 1990-talet knuten till Mannheim & Swartling Advokatbyrå — uttryck för några funderingar kring Högsta domstolens avgörande i det s.k. Bunge-målet (NJA 2013 s. 613). Strömberg diskuterar EU-rättens inverkan på den svenska prövningsordningen i miljömål, särskilt med inriktning på frågan om rättskraft. I denna artikel kommenterar Jan Darpo, professor i miljö rätt vid Uppsala universitet, Strömbergs funderingar och ger en annan syn på saken.

Bunge-målet i domstolarna

Strömbergs artikel är alltså skriven som en kommentar kring HD:s avgörande förra sommaren i det kontroversiella Bunge-målet.¹ Bakgrunden är i korthet att företaget Nordkalk 2005 och 2006 ansökte om tillstånd enligt miljöbalken (MB) till bergtäkt i Bunge på Gotland. Täktområdet gränsar till två Natura 2000-områden som är skyddade enligt art- och habitatdirektivet (92/43/EEG). Miljödomstolen avlog ansökan i december 2008, väsentligen med hänvisning till risken för skada på de skyddsvärda områdena. Bolaget överklagade till Miljööverdomstolen (MÖD) som meddelade dom i oktober 2009. MÖD ansåg att de föreskrivna villkoren *borde leda till* att skadliga effekter inte uppstod på de skyddsvärda intressena. Man gjorde därför en ”tillåtlighetsförklaring” och återförvisade målet till miljödomstolen för bestämning av tillstånd och villkor. Avgörandet vann laga kraft när HD beslutade att inte meddela prövningstillstånd. I miljödomstolen ogillades emellertid ansökan återigen i november 2011. Domstolen menade att det inte var klarlagt att verksamheten inte kan påverka de skyddsvärda intressena i Natura 2000-områdena. MÖD:s tillåtlighetsförklaring ansågs heller inte vara bindande, då den var för allmänt hållen och inte angav några villkor för verksamheten. Miljödomstolens dom överklagades av Nordkalk. MÖD:s andra avgörande kom

¹ Jag har kommenterat målet i ett antal artiklar genom åren, främst *Bunge-täkten och EU-rätten* som är publicerad dels i fulltext på min hemsida (2012-10-16), dels i kortversion i nättidningen JPMiljönet 2012-10-15 (www.jpinfo.net/se). HD:s avgörande kommenterade jag i *Bungetäkten i Högsta domstolen*, Miljöaktuellt 2013-06-20. Samtliga dessa artiklar och de som nämns i det följande finns tillgängliga på min hemsida ([www.jandarpo.se/Artiklar & rapporter](http://www.jandarpo.se/Artiklar%20&%20rapporter)).

sommaren 2012 och innebar att företaget fick de tillstånd man sökt, förenat med verkställighetsförordnande. MÖD ansåg att frågan om företagets tillåtlighet var avgjord genom den lagakraftvunna domen från 2009 och att prövningsordningen förutsätter att underinstanserna lojalt följer processuella anvisningar från överrätten vid återförvisning. Sedan upprepade man 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 därför, förenat med utsläppsvillkor för avledning och återfiltrering av täktvattnet. Naturvårdsverket, flera miljöorganisationer och enskilda överklagade domen till HD och begärde inhibition av verkställighetsförordnandet. HD meddelade ganska omgående prövningstillstånd i frågan om vilken betydelse MÖD:s lagakraftvunna tillåtlighetsdom från 2009 har för den efterföljande tillståndsprövningen. I mitten av oktober förordnade HD att tillståndet inte fick tas i anspråk tills vidare (NJA 2012 s. 623). Avgörandet i målet kom i juni 2013 och innebar ett underkännande av MÖD:s resonemang om tillåtlighetsförklaringens bindande verkan (NJA 2013 s. 613). HD pekade 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 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. När detta synsätt tillämpades på Bunge-målet konstaterade HD att någon fullständig tillståndsprövning inte hade skett i MÖD 2009, varför en samlad bedömning måste ske senare i processen. 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 var enligt HD inte förenlig med art- och habitatdirektivets krav på en samlad bedömning och målet återförvisade därför till miljödomstolen för en fullständig tillståndsprövning.

Målet återförvisades alltså till mark- och miljödomstolen i Nacka som i juni 2014 meddelade tillstånd till kalktäkten.² Efter överklagande från Naturvårdsverket, miljöorganisationerna m.fl. meddelade MÖD i början av september prövningstillstånd.³ I denna tredje omgång gäller saken enbart den naturvetenskapliga bedömningen av risken för skada på de skyddsvärda intressena.

² MMD Nacka TR 2014-06-02 i mål nr M 3666-13.

³ MÖD:s beslut 2014-09-04 i mål nr M 5431-14.

Allmän kommentar

Jag vill inleda med en kommentar om Strömbergs reaktion på HD:s dom i Bunge-målet. Avgörandet framstod enligt honom som överraskande för många, ”både genom dess resonemang och dess slutsatser”. Som jag skrev i min kommentar till domen i Miljöaktuellt redan för drygt år sedan, graden av förvåning beror nog på vem man frågar. Bestörtningen blev stor bland dem som tidigare bara pratat om tillåtlighetsdomens rättskraft och hur rättssäkerhetsprincipen är överordnad alla unionsrättsliga och nationella miljöregler. Den inställningen är nog ganska vanlig inom den särskilda rättskultur som präglar den traditionella vattenrätten. Från EU-rättslig synpunkt finns däremot knappast någon anledning att förvånas över att HD underkände uppdelningen 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).⁴ Då var kritiken mot uppdelningen inriktad på dels dess effekter på den materiella prövningen, dels att den blockerade allmänhetens tillgång till effektiva rättsmedel.⁵ 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. Diskussionen aktualiserades återigen efter MÖD:s 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 kravet på en fullständig prövning, utan behandlar frågan som en nationell och domstolsdisciplinär angelägenhet. På så vis illustrerade man svagheten i konstruktionen och närmast bjöd in

⁴ Se bl.a. Michanek & Zetterberg: Den svenska miljörätten. Iustus förlag, 3:e uppl. 2011, avsnitt 20.2.2. Se även följande av mina artiklar: *Många turer kring Botniabanan* (Nättidningen JPMiljönet 2005-06-29), *Regeringen bestämmer över Botniabanan* (Nättidningen JPMiljönet 2006-07-03), *Natura 2000 i Sverige*. Del 1 och 2 (JT 2007-08 s. 3 respektive 295), *Botniabanan; slutpunkten som blev frågetecken* (Nättidningen JPMiljönet 2008-12-22).

⁵ När de närboende till järnvägen begärde rättsprövning av regeringens tillåtlighetsbeslut blev de avvisade av HFD:s majoritet som ansåg att det inte gick att avgöra om de var sakägare i ett sådant tidigt skede av processen (RÅ 2004 ref. 108). När de sedan begärde rättsprövning av regeringens beslut om järnvägsplanen kunde de grundläggande ställningstagandena om lokalisering och tillåtlighet inte ifrågasättas eftersom de redan var bestämda genom regeringens första beslut (RÅ 2008 ref. 89). Det hela blev alltså till ett Moment 22 för de enskilda som motsatte sig projektet, vilket också påpekades av den ledamot som var skiljaktig vid båda tillfällena. De närboende vände sig därför till Europadomstolen, vars dom kom i slutet av september i år (ECtHR 2014-09-25 *Karin Andersson and other v. Sweden*). Inte särskilt förvånande ansåg Europadomstolen att den svenska ordningen stred mot artikel 6 EKMR. Sedan dess har emellertid rättsprövningslagen (2006:304) reformerats och HFD har utvecklat ett vidare synsätt där de enskilda vars civila rättigheter och skyldigheter kan påverkas ges klagorätt (HFD 2011 not. 26).

HD till att reagera. Mot den bakgrunden var HD:s ställningstagande mot uppdelningen av tillståndsprövningen klagande och anslöt mycket nära till den kritik som uttalats genom åren.

Sedan vill jag säga några ord om hänvisningen till min artikel i Nordisk Miljörättslig Tidskrift (NMT).⁶ Artikeln — som alltså skrevs i slutet av 2012, efter MÖD:s andra dom i Bunge-målet men före HD:s avgörande — adresserar samtliga frågor som Strömberg diskuterar i sin kommentar. Här går jag genom tillåtlighetsförklaringar i svensk miljö rätt, tillstånd enligt Natura 2000-reglerna och mötet mellan EU-rätten och medlemsstaternas processuella autonomi. Frågan om EU-rättens företräde och respekten för nationella uppfattningar om rättskraft analyseras också utifrån ett flertal rättsfall från EU-domstolen och tillgänglig litteratur. Denna analys nämns emellertid inte av Strömberg, utan hänvisningen till artikeln görs enbart för att där ingår en upplysning om EU-kommissionens agerande i målet.

Därtill kommenterar han att jag varit ”varit mycket aktiv på motståndarsidan till tåktverksamheten”. Det påståendet skulle kunna avfärdas utan kommentar, om det inte också vore för tystnaden om vad som faktiskt står i NMT-artikeln. Som redan nämnts har jag kritiserat den av domstolarna självpåtaga uppfattningen om ”tillåtlighetsförklaringarnas bindande effekt” alltsedan målet om Botnia-banan i början av 2000-talet. Kritiken har framförts i ett antal artiklar och rapporter, men också vid många undervisnings- och föreläsningstillfällen med deltagare från alla läger inom miljö rätten, både före och efter MÖD:s första avgörande i Bunge-målet. Som rättsvetare har jag också stått till förfogande för frågor om målet från både allmänheten, myndigheter och domstolar, lika väl som från miljöorganisationerna och advokater som är aktiva inom miljö rätten. Därutöver har jag inte deltagit på någondera sidan i Bunge-målet. Det återspeglar min allmänna inställning till att skriva sakkunnighetsutlåtanden eller delta i miljömål, då sådana aktiviteter är svåra att förena med rollen som oberoende rättsvetare. Dessutom är huvudfrågan i Bunge-målet biologisk — nämligen den om påverkan av grundvattnet och risken för skada på de skyddsvärda naturtyperna och arterna i Natura 2000-områdena — om vilken jag inte har någon uppfattning, särskilt som jag varken har tagit del av miljökonsekvensbeskrivningen eller har deltagit i förhandlingarna. Det är också skälet till att jag inte har kommenterat miljödomstolens senaste dom i målet, som ju enbart avsåg skadebedömningen. Min uppfattning att huvudfrågan är biologisk och att jag enbart diskuterar de rättsfrågor som aktualiserats genom målet är något som varit tydligt i mina skrivelser, vilket Strömberg som en av författarna till Norstedts miljöbalkskommentar givetvis känner till. Mot den här bakgrunden är det svårt att förstå dels varför han väljer att sätta etiketten Bunge-motståndare på mig, dels varför

⁶ *EU-rätten och den processuella autonomin på miljöområdet. Om svenska tillåtlighetsförklaringar och mötet med europarätten.* Nordisk Miljörättslig Tidskrift 2012:2, s. 3.

han över huvud taget nämner artikeln. Det kan ju knappast vara för att upplysa om något som länge varit allom bekant, nämligen att EU-kommissionen intresserat sig för målet. Då ligger det närmare till hands att tro att Strömberg anser sig inte behöva förhålla sig till min analys av EU-rätten och dess inverkan på de svenska tillåtlighetsförklaringarna då jag ju tillhör ”motståndarsidan”. Förutom att påståendet inte stämmer, är det i så fall ett märkligt sätt att argumentera juridiskt. De som är aktiva inom den svenska miljörätten är inte särskilt många och vi måste kunna diskutera rättsfrågor utan försök att förringa argumenten hos dem som tycker annorlunda genom att hänföra dem till det ena eller det andra lägret. Till den juridiska metoden hör att vi förhåller oss till de uppfattningar i rättsfrågan som framförs i debatten, oavsett vem som framför dem. Jag utgår från att denna uppfattning delas av Strömberg.

Jag tycker även att Strömbergs kommentar om att kommissionens inblandning skulle vara otillbörlig och att HD har vikt ned sig av politiska skäl är väldigt löst grundad. För det första har kommissionen inte inlett ett överträdelseärende mot Sverige. Det man har gjort är att i två omgångar — i februari och juni 2012 — ställa frågor till den svenska regeringen genom EU Pilot. EU Pilot är ett kommunikationsverktyg mellan kommissionen och medlemsstaternas regeringar och medför inte ens en formell skyldighet att svara på frågorna. Dessa skrivelser gavs in till MÖD av Nordkalk, vilket knappast kommissionen kan lastas för. Därutöver begärde kommissionen ut handlingarna i målet när det låg i HD, vilket jag har uppfattat skapade irritation i domstolen. Det lämpliga i det senare kan givetvis diskuteras, men det är knappast det vi menar med grundlagsstridigt inblandning. Det verkar heller inte särskilt troligt att HD skulle ha påverkats i sitt dömande av denna begäran. Efter HD:s avgörande i Bunge-målet 2013, avslutades ärendet i EU Pilot.

Vidare beskriver Strömbergs EU-rätten som ”luddig”. Här pekar han på ett mycket intressant förhållande, nämligen att genom det unionsrättsliga systemet förskjuts rättsbildningen på vissa områden från riksdag och regering till de nationella myndigheter som är satta att bevaka EU-rättens implementering i landet. Detta fenomen är något som behöver tydliggöras i vår diskussion om den parlamentariska demokratin och förhållandet mellan EU och medlemsstaterna.⁷ Bunge-målet är emellertid alls inte något exempel på sådana oklarheter eller maktförskjutning. Här är det istället fråga om en unionsrättslig bestämmelse — artikel 6.3 i art- och habitatdirektivet — som är så ovillkorlig och precis att den har ”direkt effekt”. Det innebär att den ska ges företräde framför motstridiga nationella regler. Om den nation-

⁷ För en intressant studie om detta på skatte- respektive livsmedelslagstiftningens område, se Edwardsson, E & Wockelberg, H: European Legal Method in Denmark and Sweden — Using Social Science Theory and Methodology to Describe the Implementation of EU Law. *European Law Journal* 2013 s. 364.

ella rättsordningen står hindrande i vägen för en sådan regel är alltså de tillämpande myndigheterna och domstolen skyldiga att sätta den åt sidan ("set aside", disapply). Den här ordningen tycker numera de flesta jurister är självklar på områden som gäller den fria rörligheten eller sociala rättigheter, oavsett om det rör sig om vinförsäljning i Ica-butiker, bloggande konfirmationsledare eller vattenskotrar.⁸ Den har emellertid haft svårt att tränga igenom på miljöområdet, där det traditionellt inte finns några tydliga bärare av de rättigheter som EU-rätten för med sig. Ett illustrerande exempel utgörs av den svenska rovdjurspolitiken (läs varg!), där vi nu i sommar har dragit på oss ett andra överträdelseärende.⁹ Här har domstolarna varit drivande för att ge miljöorganisationerna den klagorätt som tillkommer dem som representanter för det allmänna miljöintresset enligt unionsrätten.¹⁰ Situationen när det gäller tillåtlighetsförklaringar är liknande på så sätt att den gäller en nationell processordning som omöjliggör den bedömning som krävs enligt EU-rätten. I Bunge-målet blev detta extra tydligt genom att MÖD:s tillåtlighetsförklaring 2009 tveklöst inte levde upp till kraven i artikel 6.3 i art- och habitatdirektivet i två avseenden, dels genom osäkerheten i skadebedömningen, dels genom att prövningen inte samordnades med andra projekt som kan påverka Natura 2000-områdena. Det är mot den bakgrunden som frågan om rättskraft bör diskuteras.

Tillåtlighetsförklaringar

Strömberg menar att HD misstagit sig angående den rättsliga grunden för MÖD:s tillåtlighetsförklaring, då det inte var fråga om en tillämpning av den uttryckliga regeln i 22:26 MB, utan ett utflöde av instansordningsprincipen enligt rättegångsbalken (RB). Detta anser han framgår genom att förklaringen inte var yrkad av sökanden. Han menar vidare att skillnaden är principiell, då en förklaring med stöd av instansordningsprincipen inte är processekonomiskt motiverad utan utgår från ett fullständigt prövningsunderlag.

Invändningen är intressant, men också förvirrande. Av domen framgår nämligen att Nordkalk yrkade att MÖD i första hand skulle meddela tillstånd, i andra hand förklara verksamheten tillätlig och återförvisa till miljödomstolen för fastställande av villkor. Menar alltså Strömberg att domstolen har refererat yrkandena felaktigt? Hur det än är med den saken, är den knappast avgörande för frågan om tillåtlighetsförklaringens bindande verkan. Som jag redogjorde för i min NMT-artikel, har nämligen MÖD fastslagit att prövningen i ett mål

⁸ C-189/95 *Franzén*, C-101/01 *Bodil* respektive C-142/05 *Mickelsson & Roos*.

⁹ Den här gången gäller det inte licensjakten i sig, utan det faktum att de regionala jaktbesluten inte kan bedömas av domstol på talan av de motstående intressena, se European Commission, Infringement case No. 2014/2178, se http://ec.europa.eu/eu_law/eulaw/decisions/dec_20140710.htm.

¹⁰ Se Darpö: Rätten att klaga på miljöbeslut i EU-rättslig belysning, del 1 och 2. Europarättslig tidskrift 2013 s. 217 respektive 482.

enligt 22:26 MB måste utgå från ett fullständigt prövningsunderlag, bl.a. för att möta kraven från EU-rätten. Det är alltså inte någon principiell skillnad mellan den ena tillåtlighetsförklaringen och den andra. Dessutom är det ju anmärkningsvärt att det skulle ha uppstått en ny form av tillåtlighetsförklaring — vid sidan av de uttryckliga reglerna i 22:26 och 17 kap. MB — genom att miljöprövningen hamnade i allmän domstol. Det vore i så fall ett tydligt exempel på en förändring av reglerna genom "civilprocessualiseringen" av det svenska tillståndssystemet. Till skillnad mot vad Strömberg påstår är ju miljöprövningen i sin grund förvaltningsprocessuell, såväl i vårt land som inom EU i stort. Mötet mellan de två systemen behöver i så fall analyseras mera ingående. När det gäller den tillåtlighetsmodell som Strömberg hänvisar till, kan jag inte påminna mig om att dess förenlighet med miljöprövningssystemet har diskuterats i den miljörättsliga litteraturen. I Norstedts kommentar under 22:26 MB står det visserligen att tillåtlighetsförklaringar även kan förekomma i andra fall än de som anges i paragrafen, nämligen i samband med återförvisning. Mig veterligt gjordes emellertid det tillägget i våras som en reaktion från författargruppen på Bunge- domen. Det är också belysande att den hänvisning till rättspraxis som görs i stycket är till två av de fall som jag diskuterar i min artikel, dvs. till tillåtlighetsförklaringar enligt 22:26 MB. Jag återkommer till frågan i mitt slutord, men vill här bara tillägga att jag i övrigt är helt överens med såväl Strömberg som Norstedts-kommentaren i slutsatsen att HD:s avgörande i Bunge-målet har betydelse för all slags uppdelning av tillståndsprocessen, oavsett vilken rättslig grund som används. Det bör också noteras att domstolen inte heller skrev fast sig vid att en tillåtlighetsförklaring ska ses som en mellandom enligt reglerna i 17 kap. RB. Man konstaterade bara att en sådan förklaring inte får hindra en fullständig prövning enligt Natura 2000-reglerna.

Rättskraft och EU-rätt

HD:s slutsats i frågan om rättskraft var alltså att det faktum att prövningen är uppdelad i två etapper — en tillåtlighetsdel och en villkorsdel — inte får leda till att tillståndet meddelas utan att samtliga frågor har blivit prövade. Tolkningen av 22:26 MB måste därför anpassas till kraven enligt unionsrätten. Strömberg ifrågasätter denna slutsats och menar istället att frågan om tillåtlighet var rättskraftigt avgjord genom 2009 års dom av MÖD och HD:s beslut därefter att inte meddela prövningstillstånd. I den här delen ansluter han alltså till Nordkalks inställning, dvs. att 2009 års avgörande var bindande för den efterföljande tillståndsprövningen även om avgörandet inte skulle leva upp till kraven i artikel 6.3 i art- och habitatdirektivet.¹¹ Strömberg kan inte finna stöd för en annan uppfattning i de rättsfall eller den EU-rättsliga litteratur som HD kortfattat hänvisar till. Däre-

¹¹ Inläga från Nordkalk 2012-03-23 till MÖD i mål M 10582-11 (ab 39), s. 5.

mot anser han att föredragande justitiesekreteraren — vars promemoria innehåller en utförlig utredning av de nationella och EU-rättsliga utgångspunkterna i frågan — ansluter till synsättet om tillåtlighetsförklaringens bindande verkan genom skrivningen om att EU-rätten kan medföra avsteg från rättskraftsprincipen bara när de nationella reglerna gör det möjligt.

Jag menar att Strömberg gör ett grundläggande fel i det att han betraktar rättskraft som en absolut och oföränderlig storhet. Ett studium av såväl inhemsk som EU-rättslig praxis visar istället att frågan måste bedömas konkret utifrån omständigheterna i fallet.¹² Särskilt gäller detta i mötet med EU-rätten och dess krav på företräde. Det senare är den slutsats som jag drog i min NMT-artikel där frågan diskuteras ur två synvinklar, dels allmänt om unionsrättens genomslag gentemot lagkraftvunna domar och beslut, dels om olika domstolsinstansers bundenhet sinsemellan.

När det först gäller unionsrättens genomslag, menade jag att det vid en läsning av litteraturen på området och EU-domstolens rättspraxis blir 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 domstolen strävar efter jämvikt mellan rättsäkerhet och unionslaglighet i en konkret bedömning utifrån omständigheterna och de berörda intressena i det enskilda fallet. Det är fråga om en balansgång, där rättssäkerhetsaspekter vägs mot betydelsen av att unionsrätten genomförs på ett effektivt sätt. EU-domstolen har också varit försiktigare med att underkänna lagkraftvunna domstolsavgöranden, jämfört med att kräva omprövning av myndigheter. 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 *Lucchini*.¹³

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 (...).

När det sedan gäller inbördes bundenhet, har EU-domstolen tagit avstånd från synsättet att en underrätt är bunden av överrättens besked i en fråga då det kan uppstå en konflikt med EU-rätten. I dessa situationer bör den förra som huvudregel begära förhandsavgörande. Det

¹² Se Darpö: Rätt tillstånd till miljön (publicerad 2010-11-15 på www.jandarpo.se), avsnitt 1.2.

¹³ C-119/05 *Lucchini* (2007-07-18), para 61. Fallet är lite apart, eftersom utgången (underkännande i den italienska civillagen om en återopandefrist) också berodde på en behörighetsfråga mellan medlemsstaterna och unionen.

finns också författare som menar att underrätten alltid — som i *Küçükdeveci*¹⁴ — 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 oföljsamhet alltid finns, så länge som EU-rätten inte sätter gränser i enlighet med rättsfallen *Eco Swiss*,¹⁵ *Kapferer*¹⁶ och *Kühne & Heitz*.¹⁷ Man kan också peka på att företrädesprincipen fått en starkare roll genom Lissabonfördraget, där den framgår av förklaring nr. 17.¹⁸ Även om utvecklingen inom EU-rätten alltså kan sägas gå mot det hållet, hittade jag emellertid inte något tydligt stöd för ett sådant synsätt i EU-domstolens 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*.¹⁹

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.

I min NMT-artikel drog jag emellertid slutsatsen att diskussionen om underrättens möjlighet att bortse från en överrätts avgörande i en delfråga i prövningen inte är avgörande för hur man skulle se på bundenheten i den situation som uppkommer genom de svenska tillåtlig-hetsförklaringarna. Här finns redan tillräckligt många tolkningsdata som ger ett tydligt svar utifrån ett unionsrättsligt perspektiv: Bundenheten framgår inte av en lagregel, utan är en självpåtagen begränsning från domstolarna sida. Den har också växt fram utan någon diskussion om de unionsrättsliga konsekvenserna, fränsett resonemang kring utredningens (MKB) och prövningens omfång. Rättspraxis kan heller inte sägas ha en sådan omfattning eller stabilitet att den grundar några berättigade förväntningar om att en tillåtlig-hetsförklaring ger en ovillkorlig rätt att få tillstånd. När man jämför de situationer där EU-domstolen faktiskt godtagit att en nationell regel utgjort hinder för unionsrättens krav på genomslag inser man också 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

¹⁴ C-555/07 *Küçükdeveci* [2010].

¹⁵ C-126/97 *Eco Swiss* [1999].

¹⁶ C-234/04 *Kapferer* [2006].

¹⁷ C-453/00 *Kühne & Heitz* [2004].

¹⁸ 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.

¹⁹ C-396/09 *Interedil Sri* (2011-10-20), para 39, se även para 38.

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, men här har domstolen gett företrädesprincipen ännu större tyngd. I det här sammanhanget bör man också notera att EU-rättsligt agerar våra miljödomstolar i dessa mål som tillståndsmyndigheter, eller som EU-domstolen — med viss förvåning kan man tro — noterade i *DLV-målet*, ”med utövande av befogenheter av förvaltningskaraktär”.²⁰ 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. Sammanfattningsvis menade jag därför i NMT-artikeln att varken de svenska reglerna eller EU-rätten medför att en lagakraftvunnen tillåtlighetsförklaring ska anses ha bindande verkan i den efterföljande tillståndsprövningen i 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.

Strömberg väljer alltså att förbigå den här analysen med tystnad. Istället hänvisar han med gillande till föredragande justitiesekreterarens promemoria i Bunge-målet. Problemet är att han misstolkar vad hon skriver. Hon tar visserligen ansats från RB då hon anser att en tillåtlighetsförklaring bör ses som en mellandom som är bindande i de frågor som har prövats. När hon därefter går in på EU-domstolens rättspraxis, konstaterar hon emellertid att unionsrätten utgör hinder mot att en nationell domstol blir bunden av en högre instans avgörande om det är oförenligt med de EU-rättsliga kraven, såsom de har uttolkats i ett förhandsavgörande eller annars är uppenbart (”*acte clair*”). I dessa fall är rättskraften begränsad av EU-rättens direkta effekt och företräde. När hon sedan går vidare och redogör för EU-domstolens praxis kring principerna om rättssäkerhet och berättigade förväntningar, konstaterar hon att hur långt den nationella domstolens skyldighet går för att säkerställa unionsrättens genomslag är en bedömningsfråga. Någon generell skyldighet att bortse från rättskraftsprincipen kan inte utläsas, men så bör ske om det är möjligt enligt nationella regler. Sammanfattningsvis menar hon att rättskraften av en dom om tillåtlighet enligt 22:26 MB är begränsad i de fall som den inte är förenlig med unionsrätten.

Justitiesekreterarens slutsats är alltså i stort sett densamma som jag drog i min NMT-artikel. Hon går t.o.m. längre när hon skriver att underrätten knappast kan vara skyldig att begära förhandsavgörande om

²⁰ C-263/08 *DLV* (2009-10-15), para 37.

det är klart att överrättens dom är oförenlig med de unionsrättsliga reglerna. Jag delar denna uppfattning, då det ju inte kan vara avgörande om EU-domstolens uttolkning är gjord i det egna målet, i andra mål eller om det annars är klart att så är fallet. Jag uppfattar också att HD ansluter till dessa slutsatser genom sina kortfattade skrivningar i frågan om rättskraft. Det som skiljer i justitiesekreterarens och domstolens bedömning gäller istället om MÖD gjorde en fullständig skadebedömning i sin dom 2012 eller begränsade sin prövning pga. av rättskraften i 2009 års avgörande. Justitiesekreteraren ansåg att MÖD fullgjorde sina skyldigheter enligt artikel 6.3 art och habitatdirektivet, medan domstolens fem justitieråd fann att det inte var klart. Men som sagt, i rättskraftsfrågan var man överens och därmed bekräftades den kritik som länge uttalats mot tillåtlighetsförklaringarna från rättsvetenskapligt håll. Mot denna bakgrund blir Strömbergs allmänna uttalande om att han inte kan finna stöd i EU-rättslig praxis svårförståeligt. Vill han diskutera frågan om rättskraft och förhållandet mellan medlemstaternas processuella autonomi och EU-rättens krav på företräde bör han åtminstone förhålla sig och rätt återge vad som är skrivet i frågan.

Slutord

Jag håller alltså inte med Strömberg i hans kritik av HD:s avgörande i NJA 2013 s. 613. Vidare tycker jag att hans negativa beskrivning av EU-rättens inverkan på den svenska miljörätten är svår att förhålla sig till, då den är väldigt allmän hållen. Den utgår heller inte från den situation som rådde i Bunge-målet, dvs. mötet mellan en traditionell uppfattning om rättskraft och det unionsrättsliga kravet på företräde för en regel med direkt effekt.

Med det sagt vill jag ändå avsluta med att lyfta fram ett par frågor i hans artikel som jag menar är intressanta att diskutera vidare. Den första gäller återförvisningar inom ramen för tillståndsprövningar. Grundscenariot är alltså att en miljödomstol/myndighet har ogillat en ansökan om tillstånd och nästa instans gör en motsatt bedömning. Självklart måste man då kunna återförvisa målet med instruktioner för bedömningen av tillståndsfrågan. En sådan möjlighet förekommer i alla tänkbara sammanhang. Så gjorde redan Koncessionsnämnden för miljöskydd i förhållande till länsstyrelserna på miljöskyddslagens tid före 1999. Det förekommer också allmänt inom övrig förvaltningsprocess i alla länder inom Unionen. För att kunna diskutera frågan i förhållande till EU-rätten bör man därför lyfta blicken från den vattenrättsliga och inhemska diskursen och jämföra med lösningar inom andra rättsområden och i andra länder. Det senare försvåras visserligen av att den förhärskande ordningen i övriga medlemsstater är att tillståndsgivningen sköts av myndigheterna och departementen, medan domstolskontrollen sker genom rättsprövning. Men det principiella problemet är ofta detsamma i dessa länder och en komparation

är därför givande. Jag vet t.ex. att i Nederländerna har man som en del i effektiviseringsarbetet infört ett förbud mot att Raad van State (HFD) återförvisar tillståndsmål till lägre instans.²¹ Man bör heller inte överdriva skillnaderna mellan de olika rättsordningarna och det finns många exempel från andra länder på att domstolsprövningen i tillståndsmål är reformatorisk. Finland är ett näraliggande exempel,²² men också Frankrike har en sådan ordning när det gäller tillstånd till större s.k. IPPC-verksamheter.²³ Mötet mellan den processuella autonomin och EU-rättens krav på företräde i tillståndsmål är därför en diskussion som kan föras med exempel från många medlemsstater.

En annan fråga som är intressant gäller regeringsprövningar inom miljörätten. Också denna konstruktion förekommer i många medlemsstater, oftast i samband med större miljöfarliga verksamheter eller samhällsviktiga infrastrukturprojekt. Strömberg inser att Bunge- domen har betydelse även vid regeringsprövningar enligt 17 kap. MB, men förespråkar ändå att möjligheten ska finnas kvar. Jag är mera tveksam. Idén med att regeringen tar beslut som är bindande i miljöprövningar är inte bara svår att förena med EU-rätten, utan också rent allmänt med en modern miljöprövning. Gruvnäringen med dess speciella myndighetskultur inom Bergstaten och överklaganden till regeringen är ett belysande exempel på detta. Jag tror att vi bör gå mot en ordning där de politiska instanserna anger principer, budgetramar och planeringsunderlag för samhällsviktiga projekt, medan rättstillämpningen sköts av myndigheter och domstolar utan inblandning av företrädarna för de politiska intressena. Vad som ska beslutas av vem är emellertid inte självklart och som en konsekvens av Bunge- domen måste denna diskussion föras vidare.

Svaren på dessa frågor är alltså inte givna och vi bör som sagt diskutera dem öppet och gärna i en komparation med andra länder och lösningar. I en sådan diskussion kommer självklart även miljörättsvetarna att delta.

²¹ Artikel 8.113 I i Algemene wet Bestuursrecht (General Administrative Law Act).

²² Se Darpö, J & Kuusiniemi, K & Vihervuori, P: *Miljöprövningen i vågskålen*. Förvaltningsrättslig Tidskrift 2009 s. 323.

²³ Se Makowiak, J: *Study on factual aspects of access to justice in relation to EU environmental law* — France; http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm