

---

**JAN DARPÖ**

**Natura 2000 i Sverige. Del II: Om processuella  
problem i tillämpningen av EG-reglerna**

**2007-08 NR 2**



**SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT**

---



# Natura 2000 i Sverige

## Del II: Om processuella problem i tillämpningen av EG-reglerna\*

JAN DARPÖ\*\*

I första delen av artikeln (JT 2007–08 s. 3) redogjorde jag för regelverket kring Natura 2000, några viktigare avgöranden av Miljööverdomstolen (MÖD) och EG-domstolens rättspraxis på området (del I, avsnitt 1–4). I denna andra del av artikeln diskuterar jag några rättsfrågor kring den svenska implementeringen av art. 6 i art- och habitatdirektivet. Frågorna gäller *förhållandet mellan utredningskrav och tillståndsplikt* (5), *förutsättningarna för tillstånd* (6), *kravet på samordnad bedömning* (7) och *möjligheten till domstolsprövning* (8). I samband med detta belyser jag även andra, mindre frågor som har aktualiserats i rättspraxis. Min ambition är inte att ge en heltäckande bild av problematiken kring Natura 2000, bara att lyfta vissa frågeställningar. När det gäller själva skadebedömningen – som ju är den mest centrala kring skyddet av dessa områden – berör jag den helt kort i avsnitt 6. Den avancerade diskussionen i den frågan får föras av biologer och andra naturvetare och på annan plats. Min diskussion kretsar främst kring processuella problem kring det svenska genomförandet av EG-regleringen. Den sker mot bakgrund av hela den rättspraxis som utvecklats på området av såväl EG-domstolen som Regeringsrätten och Miljööverdomstolen (MÖD).

## 5. Utredningskrav och tillståndsplikt

### 5.1 De två nivåerna

Som nämndes i avsnitt 2.1, innehåller art. 6.3 i art- och habitatdirektivet två meningar som utgör var sitt led i Natura 2000-skyddet. Det första ledet innebär att projekt/planer som kan påverka ett Natura 2000-område på ett betydande sätt

\* Stort tack till Jörgen Hettne, Kari Kuusiniemi, Malin Larsson, Gabriel Michanck, Stefan Nilsson, Jan Terstad och Agneta Ödegaard Herlin för kritiska synpunkter.

\*\*Docent i miljö rätt vid Uppsala universitet.

ska bedömas med avseende på deras konsekvenser. Skrivningen uttrycker ett krav om att dessa projekt får tillåtas endast om prövningsmyndigheten har försäkrat sig om att området inte kommer att skadas. Den nationella ordningen måste följaktligen fånga upp *samtliga* dessa åtgärder för bedömning. Det duger inte med ett system där bara vissa projekt/planer omfattas, t.ex. därför att den som avser att genomföra åtgärderna anser att påverkan inte blir så stor att kravet på Natura 2000-bedömning utlöses. Systemet måste på det viset vara heltäckande.<sup>1</sup> I denna del menar jag att det svenska Natura 2000-skyddet är olyckligt konstruerat.

Miljöbalkens regler om Natura 2000 kan istället sägas vara uppbyggda i två nivåer. Den första utgörs av en utredningsplikt som utlöses redan av det faktum att en verksamhet/åtgärd ”*kan antas påverka miljön*” i ett förtecknat naturområde (6 kap. 7 § 4 st.). Förutsättningen för att denna utredningsplikt ska utlösas är emellertid att verksamheten/åtgärden omfattas av någon *annan tillståndsplikt* enligt balken och därmed skyldigheten att upprätta en miljökonsekvensbeskrivning (MKB) enligt 6 kap. 1 §. I dessa fall måste MKBn innehålla den utredning som behövs för prövningen enligt 7 kap. 28 b §, dvs. de biologiska data som krävs för bedöma påverkan på naturtyperna, arterna och deras livsmiljö i området. Av förarbetesuttalandena framgår att uttrycken ”*kan antas*” och ”*miljön*” har valts medvetet för att utredningskravet ska utlösas på ett tidigt stadium (kunskapsläge) och med avseende på den vidare miljön i hela Natura 2000-området.<sup>2</sup> Om en verksamhet/åtgärd alltså kan befaras påverka områdets miljö i något avseende av betydelse, ska MKBn belysa projektets eventuella konsekvenser på de skyddade intressena. I uttrycket ”*betydelse*” ligger dock ett krav på relevans; om det är klart att ett projekt – t.ex. ett järnvägsbygge – endast påverkar landskapsbilden i ett Natura 2000-område som ska skyddas p.g.a. av dess biologiska värden, kan detta knappast utlösa ett krav på att MKBn ska belysa påverkan på naturtyperna och arterna/livsmiljöerna.<sup>3</sup> Man får inte glömma att reglerna ytterst syftar till att uppnå målsättningen med områdesskyddet.<sup>4</sup>

Den andra nivån är den som utlöser den separata tillståndsplikten enligt 7 kap. 28 a §. Den uttrycks som att åtgärden/verksamheten ”*på ett betydande sätt kan påverka miljön*” i ett förtecknat område. Detta är en mindre lyckad översättning från den engelska direktivtexten. Den engelska versionen talar om ”*significant effect on the site*”, vilket snarast motsvaras av ”*påverkan av betydelse*” på svenska. Uttrycket ”*på ett betydande sätt kan påverka miljön*” ger snarast intryck av att tillståndsplikten bara gäller för riktigt stora verksamheter eller sådana som ger upphov till omfattande skador.

<sup>1</sup> För ett motsvarande resonemang, se Kokotts yttrande i Waddensee (C-127/02), p. 70.

<sup>2</sup> Prop. 2000/01:111 s. 54.

<sup>3</sup> EG-kommissionens tolkningsguide ”Skötsel och förvaltning av Natura 2000-områden. Artikel 6 i art- och habitatdirektivet 92/43/EEG; EK 2000 (”Tolkningsguiden 2000”), s. 39.

<sup>4</sup> Murgia Alta (C-179/06), pp. 33–35.

## 5.2 Otillräckliga utredningar

Det har också visat sig att verksamhetsutövarna och prövningsmyndigheterna haft stora problem med förhållandet mellan utredningskrav och tillståndsplikt. Påfallande ofta har man funnit att en planerad verksamhet inte varit så påverkande att tillståndsplikt förelåg. När reglerna var nya hände det också att miljödomstolarna använde sig av ett slags ”in-och-ut”-teknik; först konstaterade man att verksamheten/åtgärden kunde påverka miljön i ett Natura 2000-område, därefter föreskrevs villkor för att undvika skada på naturtyperna och arterna/livsmiljöerna, varpå domstolen uttalade att med dessa villkor förelåg ingen tillståndsplikt. Man kan säga att domstolarna på så vis gjorde en tillståndsprövning enligt Natura 2000-reglerna för att i slutändan konstatera att verksamheten/åtgärderna inte var tillståndspliktig! Vad som är än mer förvånande är att i sådana lägen har man också accepterat att MKBn inte innehållit någon biologisk utredning.<sup>5</sup> Ofta har sökanden upprättat en traditionell MKB med teknisk beskrivning samt en bedömning av vattenpåverkan och immissioner. Utifrån denna har man bedömt tillståndsplikten och påstått att betydande påverkan inte kan uppstå, varför det heller inte behövs någon biologisk utredning.

MÖD har varit tydlig med att en sådan genväg inte kan godtas. När en verksamhet som ska tillståndsprövas enligt miljöbalken kan påverka miljön i ett Natura 2000-område – inte nödvändigtvis på ett betydande sätt – måste MKBn innehålla uppgifter som möjliggör en bedömning av konsekvenserna för naturtyperna och arterna. Avgörandet om Lervik (avsnitt 3.4) är en bra illustration på detta, liksom de senare domarna om Böckern och Ljungå Kraftverk. I de två senare målen hade miljödomstolen gått direkt till frågan om projekten kunde medföra betydande påverkan på miljön i Natura 2000-området. När domstolarna fann att detta inte kunde befaras, godtog man MKBn trots att den inte innehöll uppgifter om naturtyperna och arterna. MÖD höll inte med om detta, utan ansåg att när en tillståndsansökan berör ett Natura 2000-område, ska MKBn alltid ge ett fullständigt underlag för en bedömning enligt 7 kap. 28 b §. I Böckern avslog MÖD ansökan direkt med hänvisning till lokaliseringsregeln i 2 kap. 4 § MB.<sup>6</sup> I Ljungå Kraftverk hade miljödomstolen enbart bedömt kraftverksutbyggnadens påverkan på de geologiska intressena i området. MÖD ansåg emellertid att Naturvårdsverkets utpekande av området som ett riksintresse enligt 3 kap. 6 § MB utgjorde en presumtion om att där förekom höga naturvärden, vilka måste belysas i MKB.n. Till detta kom brister i redovisning av påverkan på de

<sup>5</sup> Påfallande ofta har också den MKB som sökanden presenterat haft brister av närmast ”barnsjukdomskaraktär”. Så menade sökanden i såväl Hägerums Kvarn I och Ljungå Kraftverk (nedan) att 0-alternativet (6 kap. 7 § 2 st. 4 p. sista meningen) inte var det som faktiskt existerade, utan en situation som eventuellt hade varit tidigare eller som kunde uppstå om ett gammalt tillstånd utnyttjades fullt ut. Av givna skäl accepterade MÖD inte detta synsätt.

<sup>6</sup> MÖD 2004:29.

skyddsvärda naturtyperna och arterna, varför målet återförvisades till miljödomstolen.<sup>7</sup>

Även Regeringsrätten har därefter i ett rättsprövningsmål pekat på vikten av att MKBn är så vid att en fullständig bedömning av ett projekts miljöpåverkan blir möjlig. Avgörandet gällde ett regeringsbeslut om en detaljplan enligt plan- och bygglagen (1987:10, PBL) för ett bygge i Kullavik.<sup>8</sup> I området förekom den rara ödlan vattensalamander, något som MKBn helt missade. Arten är skyddad av art- och habitatdirektivet, men regeringen menade att frågan om projektets påverkan på ödlans livsmiljö fick bedömas genom en efterföljande dispensprövning enligt artskyddsförordningen (2007:845, ArtF<sup>9</sup>). Detta synsätt godtog inte av Regeringsrätten som ansåg att även om det inte finns något formellt krav på att sådan dispens ska ha inhämtats innan detaljplanebeslut, förutsätter ett effektivt genomförande av art- och habitatdirektivet att artens skyddsbehov är klarlagda och kan beaktas i planprocessen och efterföljande beslut enligt PBL.<sup>10</sup> Risken är annars uppenbar att någon verklig prövning av förutsättningarna för dispens inte kommer att ske. Regeringsrätten ansåg också att såväl exploatören som allmänheten har ett berättigat intresse av att få information om detta. Domstolen uttryckte det som så, att regelsystemet förutsätter att denna information finns tillgänglig redan i ärendet om detaljplan. För att möjliggöra en samlad bedömning av byggets miljöpåverkan, måste därför MKBn behandla förekomsten av vattensalamandern, behovet av skydd för dess fortplantnings- och viloplats samt förutsättningarna för dispens enligt artskyddsförordningen. Då MKBn inte innehöll dessa uppgifter ansågs den strida emot 5 kap. 18 § PBL och regeringens beslut undanröjdes.

Dessa avgöranden av Regeringsrätten och MÖD kan sägas uttrycka samma systematiska synsätt på vad en MKB måste behandla. Den ska täcka all miljöpåverkan som är av betydelse i en vidare mening, oavsett vad prövningen i det

<sup>7</sup> MÖD 2004:17. Efter återförvisningen kompletterades MKBn, miljödomstolen godtog den och meddelade tillstånd enligt 7 kap. 28 a §. Naturvårdsverket och länsstyrelsen överklagade domen, vilken dock fastställdes med något skärpta villkor av MÖD (MÖDs dom 2006-10-23 i mål nr M 6581-05).

<sup>8</sup> RÅ 2005 ref. 44.

<sup>9</sup> Den nya artskyddsförordningen träder i kraft den 1 januari 2008. Den innehåller inga materiella nyheter av betydelse. Den viktigaste ändringen är att samtliga fridlysningar som tidigare var meddelade av länsstyrelser eller Naturvårdsverket, nu framgår av en särskild bilaga till förordningen.

<sup>10</sup> Det finns ett liknande mål i EG-domstolen om vattensalamanders livsmiljö (C-434/01). Här godtog domstolen att den engelska prövningen var uppdelad i två led; först ett lokalt planbeslut där art- och habitatdirektivets principer ska beaktas, därefter ett centralt beslut om dispens där direktivet tillämpas. EG-domstolen fann att kommissionen inte hade bevisat att Storbritannien genom denna praxis hade åsidosatt direktivets bestämmelser. Skillnaden mot det svenska målet var – förutom den speciella problematik som ligger i bevisbördeplaceringen i mål om fördragsbrott (se avsnitt 4.2) – att utredningen om arten och dess livsmiljö var komplett redan i den inledande fasen, dvs. när planbeslutet togs.

aktuella ärendet avser. *Prövningens omfattning får alltså inte vara styrande för innehållet i MKBn.*<sup>11</sup>

### 5.3 Bedömningen av tillståndsplikten

När det sedan gäller tillståndsplikten enligt 7 kap. 28 a § kan man säga att MÖD har betonat ”typiskheten” i bedömningen. Vad som på ett ”betydande sätt kan påverka miljön” ska avgöras utifrån verksamhetens/åtgärdens typiska påverkan på det aktuella området. Betoningen kan därmed sägas ligga på orden ”kan” och ”miljön”. Det senare uttrycket är alltså även i detta sammanhang vidare än bara naturtyperna och arterna/livsmiljöerna. I Naturvårdsverkets allmänna råd uttrycks detta på följande sätt.<sup>12</sup>

Med verksamheter eller åtgärder som på ett betydande sätt kan påverka miljön i ett naturområde som har förtecknats enligt 7 kap. 27 § miljöbalken bör avses varje aktivitet, tillfällig eller långvarig, i eller utanför området, som medför risk för en negativ påverkan av betydelse för naturmiljön i det förtecknade området. Risk för betydande påverkan på miljön kan föreligga genom verksamhetens omfattning, dess farlighet/påverkansgrad eller dess konsekvenser för miljön på sikt. Påverkan kan vara såväl direkt som indirekt.

Detta har också kommit till uttryck i MÖDs praxis, först i domen om Hallandsåsen (avsnitt 3.3). Synsättet har därefter bekräftats i ett flertal avgöranden. Det finns visserligen andra avgöranden som inte är tydliga i detta avseende, men de är ett fåtal. Något ligger i tiden före domen i målet om Hallandsåsen.<sup>13</sup> Andra måste nog dessutom betraktas som tveksamma mot bakgrund av den efterföl-

<sup>11</sup> Denna inställning kommer tydligast till uttryck i det omtalade beslutet om Citybanan i Stockholm (MÖDs beslut 2007-04-20 i mål nr M 8597-06). Där hade sökanden – Banverket – begränsat ansökan om tillstånd och den tillhörande MKBn till enbart en del av projektet (tunnel under Riddarfjärden). MÖD uttalade dock att all relevant miljöpåverkan ska ingå i tillståndsprövningen, oavsett om delar av den planerade verksamheten inte omfattas av tillståndsplikt. Det spelar alltså ingen roll för prövningens omfattning om sökanden valt att begränsa sin ansökan till just den tillståndspliktiga delen. Samma utgångspunkt gäller för den MKB som åtföljer tillståndsansökan. En samlad bedömning av verksamhetens miljöpåverkan måste kunna göras. Avgörandet var inte överraskande, utan ett i raden (se bl.a. MÖD 2004:10 (City-tunneln i Malmö) och MÖD 2006:6 (Boliden)) i den omsvängning av rättspraxis som skett efter de tidiga avgörandena kring Botniabanans dragning genom Kalldalsberget (MÖD 2000:17 och MÖD 2002:25).

<sup>12</sup> NV-handboken s. 42. Se även MB-kommentaren s. 7:75. I NV-handboken (s. 47) förs också ett resonemang om att det är verksamhetsutövaren som har bevisbördan för att en åtgärd inte kan påverka miljön i ett Natura 2000-område på ett betydande sätt, dvs. hon måste kunna visa att det *inte* föreligger tillståndsplikt. Det är en alltför kategorisk slutsats. Enligt min mening beror detta helt på i vilken situation som frågan uppstår. I en brottmålsprocess är en sådan rättstillämpning givetvis utesluten och paragrafens formulering gör att den över huvud taget är svårtillämpad i sådana sammanhang.

<sup>13</sup> Jag har redan nämnt Carlanders båtvarv, se Del I, not 51.

jande bedömning som Regeringsrätten gjort i dessa mål. Dess ställningstagande i målet om Broarna vid Ljusnan (avsnitt 3.5) var visserligen inriktad på att *utredningen*, som alltså bedömdes vara undermålig fram till länsstyrelsen kompletterande yttrande som inkom efter det att MÖD meddelat sin dom. Därefter konstaterade Regeringsrätten att det *numera* var klart att järnvägen inte skulle försvåra upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus hos de berörda arterna, dvs. man gjorde en skadebedömning i sak. Resonemanget är inte direkt överförbart till frågan om tillståndsplikten, men kan onekligen tas till intäkt för att brobygget var ett sådant projekt som typiskt sett kunde inverka på miljön i älven. Mot bakgrund av senare rättspraxis, vill jag nog påstå att projektet borde ha tillståndsprövats enligt 7 kap. 28 a §.<sup>14</sup>

Ett tydligare exempel är Regeringsrättens avgörande om Långforsen.<sup>15</sup> Målet gällde en kraftverksutbyggnad i en del av Lången som är ett Natura 2000-område. Älvsträckan är dessutom skyddad enligt 4 kap. 6 § MB mot varje sådan utbyggnad som orsakar mer än ”obetydlig miljöpåverkan”. Vattendomstolen hade på sin tid hänskjutit tillåtlighetsfrågan till regeringen som uttalat att ombyggnaden av kraftverket var just en sådan bagatell.<sup>16</sup> När sedan målet kom till MÖD, anslöt sig domstolen – utan att hålla vare sig syn eller huvudförhandling – till regeringens bedömning och uttalade att några omständigheter som kunde leda till annan slutsats inte hade framkommit.<sup>17</sup> Därmed ansåg man också att det var klart att någon tillståndsplikt enligt 7 kap. 28 a § inte förelåg, eftersom företaget inte på ett betydande sätt kunde påverka Natura 2000-området. Regeringens beslut gick emellertid till rättsprövning och avgörandet i det målet får nog betraktas som en kraftig sågning av både vattendomstolens och regeringens ställningstaganden. Regeringsrätten menade att utredningen i målet (däribland syn) visade att projektet var mer omfattande än vad som framgick av regeringens beskrivning. Man pekade på att omfattande ombyggnationer skulle utföras med bl.a. en ny väg och kanal. Vattenflödet skulle vidare reduceras avsevärt, närmare bestämt med en tredjedel sommartid och två tredjedelar övrig tid. Dessutom skulle grumling sannolikt uppstå, vilket kunde påverka det biologiska livet nedströms. Av detta drog domstolen slutsatsen att projektet skulle medföra mer än obetydlig miljöpåverkan, varför regeringens beslut upphävdes.<sup>18</sup> De uttalanden som gjordes i rättsprövningsmålet tog sikte på bedömningen enligt 4 kap.

<sup>14</sup> Man bör nog heller inte underskatta de processekonomiska faktorer som kan inverka på utgången i ett överprövningsmål. Om domstolen är övertygad om att verksamheten kan tillåtas med vissa villkor, kan det i vissa lägen ligga nära till hands att föreskriva sådana inom ramen för den ”vanliga” tillståndsprövningen istället för att återförvisa målet till miljödomstolen för tillståndsprövning enligt Natura 2000-reglerna.

<sup>15</sup> RÅ 2004 ref. 14.

<sup>16</sup> Hänskjutningen för tillåtlighetsbedömning gjordes genom s.k. underställningsprövning enligt 11 kap. 3 § i 1983 års vattenlag (1983:291), numera (ung.) 17 kap. 3 § MB.

<sup>17</sup> MÖDs beslut 2003-10-08 i mål nr M 3729-03.

<sup>18</sup> Regeringen beslutade därefter (2005-05-19, dnr M2004/266/F/M) att företaget inte var tillåtligt enligt 4 kap. 6 § MB.



6 § MB och har därför ingen direkt bäring på Natura 2000-frågan. Av domstolens beskrivning av projektet – särskilt när det gäller vattenflödet och grumlingen – menar jag emellertid att det är uppenbart att även detta projekt borde ha tillståndsprövats enligt 7 kap. 28 a §.<sup>19</sup>

Förutom att tillståndsplikten ska bedömas utifrån en verksamhets typiska påverkan på ett Natura 2000-område, kan även andra slutsatser dras av MÖDs praxis kring tillståndsfrågan. Så har det förekommit i ett par mål att sökanden hävdade att prövningsmyndigheten är förhindrad att tillståndspröva verksamheten enligt dessa regler, om inte ansökan uttryckligen har gjorts om detta.<sup>20</sup> Denna inställning brukar betecknas som att ”det är sökanden som styr processen” och den är inte särskilt träffande. Genom MÖDs praxis blir nämligen det motsatta tydligt; det är miljöbalkens materiella och processuella regler – tolkade i ljuset av EG-direktiven på området – som är styrande i dessa som i andra sammanhang.<sup>21</sup> Den som negligerar Natura 2000-prövningen löper alltså en avsevärd risk att få hela målet återförvisat efter överprövning, med avsevärd tidsfördröjning och merkostnader som följd. Orsaken är att tillståndet enligt Natura 2000-reglerna är en förutsättning för andra tillstånd enligt miljöbalken och andra lagar som hänvisar till 4 kap. 8 § MB. Detta har MÖD uttryckligen tagit ställning för i åtminstone två mål, dels i Lervik, dels i ett mål om tillstånd enligt reservatsföreskrifter till att uppföra en mast inom Kinnekulle naturreservat.<sup>22</sup> I dessa situationer utgör 4 kap. 8 § ett hinder, vilket innebär att ”det andra” tillståndet inte kan meddelas om det skulle visa sig att verksamheten/åtgärden är tillståndspliktig enligt 7 kap. 28 a § och något sådant tillstånd inte har meddelats.

Slutligen något om villkor och tillståndsplikt. En fråga som ofta aktualiseras är om den risk för påverkan som utlöser tillståndsplikten ska bedömas utifrån verksamheten med eller utan villkor om försiktighetsmått och skyddsåtgärder. Detta är i och för sig inte en frågeställning som enbart gäller i Natura 2000-sammanhang utan den är allmängiltig för alla typer av anmälnings- och tillståndsplikter. Problemet är dock inte så tydligt när det gäller dessa ”normala” tillstånd enligt andra kapitel i miljöbalken. Då är plikten oftast formulerad på ett annat sätt, genom angivandet av vissa tekniska förutsättningar (listade verksamheter under 9 kap.), vissa åtgärder i vatten (11 kap.), täkt av berg, sten, grus osv. (tidigare 12 kap., numera 9 kap.). Till detta kommer ofta en avgränsning utifrån storlek, geografisk utbredning eller produktionskapacitet, användningen av vissa processer eller ämnen m.m. Det behövs i dessa fall följaktligen inte någon utredning av en effekt i naturen för att bedöma om anmälnings- eller tillståndsplikt föreligger. Det finns givetvis formuleringar som innehåller biologiska bedöm-

<sup>19</sup> Någon möjlighet för MÖD att känna sig bunden av regeringens ställningstagande i Natura 2000-frågan fanns inte i målet. Regeringens tillåtighetsbeslut kom 2000-05-18 och Lången föreslogs som Natura 2000-område tre år senare (2003-04-24).

<sup>20</sup> Lervik och Farleden till Göteborg.

<sup>21</sup> Något som de senare årens rättspraxis från MÖD som nämndes i not 11 klart utvisar.

<sup>22</sup> MÖD 2006:43.

ningar av detta slag i andra kapitel i balken. De är emellertid som sagt inte så vanliga<sup>23</sup> och det finns inte någon egentlig ledning att hämta från rättspraxis i dessa sammanhang. Praxis är inte heller entydig när det gäller tillståndsplikten enligt 7 kap. 28 a §, men det finns ändå en tendens. Genom att Natura 2000-tillståndet oftast bedöms inom ramen för en annan tillståndsprövning, pekar också systemet i sig åt samma håll; tillståndsplikten enligt Natura 2000-reglerna ska bedömas utifrån verksamhetens typiska påverkan som den är med ”normala” villkor<sup>24</sup> eller normalt hänsynstagande.<sup>25</sup> Blir det emellertid fråga om att föreskriva särskilda Natura 2000-villkor, bör detta ske inom ramen för en tillståndsprövning enligt 7 kap. 28 b §.<sup>26</sup> Man kan nog i själva verket påstå att utan denna inställning, vore den separata tillståndsplikten meningslös.

#### 5.4 Förhållandet mellan utredning och tillståndsplikt

Jag har ovan pekat på att sökandena och miljödomstolarna i flera fall blandat ihop utredningskravet och tillståndsplikten på så vis att man utifrån en undermålig biologisk utredning godtagit att tillståndsplikt inte förelägg. När det gäller *vilka konsekvenser* detta har fört med sig vid överprövning, kan huvuddragen i MÖDs reaktion beskrivas som följande. Om domstolen har ansett att åtgärderna varit tillståndspliktiga enligt 7 kap. 28 a §, har man undanröjt miljödomstolens dom och återförvisat ärendet.<sup>27</sup> Om MÖD däremot – eventuellt efter att MKBn kompletterats under handläggningens gång – funnit att tillståndsplikt *inte* föreligger, har man nöjt sig med detta och övergått till tillståndsprövningen enligt miljöbalkens övriga regler.<sup>28</sup> En undermålig MKB kan följaktligen läkas vid

<sup>23</sup> Se t.ex. undantaget från den allmängiltiga tillståndsplikten för vattenverksamhet i 11 kap. 12 §. Skrivningen om att det måste vara ”uppenbart att varken enskilda eller allmänna intressen skadas” har emellertid tolkats mycket strängt i rättspraxis (se Högsta domstolens dom i brottmålet om Hallandsåsen, NJA 2005 s. 109). Ett annat exempel är den tidigare utformningen av pp. 90.007-1 och 90.007-2 i bilagan till förordningen (1998:899) om miljöfarlig verksamhet och hälsoskydd (FMH). Enligt dessa skulle tillstånds- eller anmälningsplikten avgöras utifrån om föroreningsrisken var ringa eller inte. Bestämmelsen förekom relativt ofta i brottmål och ställde där till stora bekymmer.

<sup>24</sup> Broarna över Ljusnan, Farleden till Göteborg.

<sup>25</sup> I målet om Kinnekulle ansåg MÖD att tillståndsplikt inte förelåg, men man förutsatte ”att anläggningsarbetena kommer att utföras med hänsyn till de särskilda skyddsbehov som finns i området”.

<sup>26</sup> NV-handboken s. 59.

<sup>27</sup> Hägerums kvarn I, Lervik, Böckern, Ljungå Kraftverk. Se även det uppmärksammade målet om Scanraff (MÖD 2003:95).

<sup>28</sup> Carlanders Båtvarv, Broarna över Ljusnan, MÖD 2004:47 (Stripavan), se även MÖD 2003:139 (Torsvik). Stefan Nilsson – rådmän vid miljödomstolen i Vänersborg – har i artiklar 2004-06-14, 2004-10-06 och 2004-11-10 i nättidningen JPMiljönet ([www.jpmljonet.se](http://www.jpmljonet.se)) kommenterat avgörandena om Böckern, Stripavan och Ljungå Kraftverk. Som jag uppfattar det, delar han min bedömning om förhållandet mellan MKB-kravet och tillståndsplikten.

överprövning, men bara om tillståndsplikt enligt 7 kap. 28 a § *inte föreligger*. Detta är i och för sig inte något konstigt, utan följer av tvåinstansprincipen. Men från sökandesynpunkt är det alltså bättre att från början vara utrustad med en MKB med fullgod biologisk utredning med avseende på naturtyperna, arterna och deras livsmiljöer inom det berörda Natura 2000-området. Att gå fram med en undermålig utredning och samtidigt hävda att verksamheten/åtgärden inte är tillståndspliktig, måste betraktas som en chansning. Om däremot MKBn är fullgod, spelar inställningen till tillståndsplikten mindre roll. MÖDs avgörande om småsvaltingen vid Sandudden<sup>29</sup> är belysande i detta avseende.

Ansökan avsåg att utföra schaktningar i en strand som ett led i en exploatering på Ekerö. Området låg nära Natura 2000-området Asknäsvisken i Mälaren. Sökanden ansåg – åtminstone inledningsvis – att åtgärderna inte var tillståndspliktiga. Man presenterade likväl en fullgod MKB med utredning av risken för påverkan av naturtyperna/arterna, främst den prioriterade vattenväxten småsvalting. Miljödomstolen ansåg att vattenverksamheten var tillståndspliktig enligt 7 kap. 28 a §. Vid denna prövning fann man att arbetena skulle medföra en påtaglig risk för skada på växten, varför tillstånd inte meddelades. MÖD gjorde emellertid en annan bedömning och ansåg att kanalen och båttrafiken inte innebar någon beaktansvärd risk för arten och dess livsmiljö, varför tillståndet medgavs. Rättsfallet är illustrativt när det gäller såväl den ”typiskhet” som ligger till grund för att avgöra om tillståndsplikt föreligger, som den konkreta skadebedömning som görs i tillståndsprövningen.<sup>30</sup>

Sammanfattningsvis menar jag alltså att när Natura 2000-prövningen görs inom ramen för en annan tillståndsprövning, blir utredningskravet i 6 kap. 7 § styrande. Tillståndsplikten enligt 7 kap. 28 a § får självständig betydelse enbart under två förutsättningar. Den första är att MÖD vid överprövning finner att verksamheten/åtgärden *ska tillståndsprövas* och den andra är att *Natura 2000-frågan alls inte har bedömts* i miljödomstolen. Om den senare domstolen emellertid har varit inne på frågan, spelar det knappast någon roll om man har rubricerat detta som en bedömning av tillståndsplikten enligt 7 kap. 28 a § eller skadebedömning enligt 7 kap. 28 b §. Tvåinstansprincipen hindrar inte MÖD från att meddela tillstånd, även om miljödomstolen bedömt att verksamheten/åtgärden inte var tillståndspliktig. Detta förutsätter dock som sagt att utredningen är komplett.

<sup>29</sup> MÖDs dom 2005-01-13 i mål nr M 4878-04.

<sup>30</sup> Den naturvetenskapliga skadebedömningen är också intressant, då det rörde sig om landets största bestånd av vår enda prioriterade växtart.

## 5.5 Diskussion om en framtida modell

De svenska Natura 2000-reglerna är omständliga och konstruktionen i övrigt inte heller särskilt lyckad. För det första råder oklarhet om vilken funktion en separat tillståndsplikt har inom ramen för en annan. Denna oklarhet kan hanteras inom systemet men medför svåröversäglighet. För det andra gäller den lägsta nivån för utredningsskyldigheten – ”kan antas påverka miljön” – enbart för sådana verksamheter som är tillståndspliktiga enligt andra regler i balken. Det är visserligen de största och mest miljöpåverkande verksamheterna som omfattas av dessa andra regler, och det kan därför vara miljömässigt motiverat att de är förenade med en extra skyldighet att utföra en biologisk utredning. Frågan är emellertid om den ordning som gäller för övriga verksamheter som kan påverka Natura 2000-områdena är tillräcklig. För dem utlöses utredningskravet först av att verksamheten är tillståndspliktig enligt 7 kap. 28 a §.<sup>31</sup> En verksamhet som enbart är anmälningspliktig enligt balken eller annan lagstiftning – vilket ju är en starkt ökande skara<sup>32</sup> – kan alltså passera utan biologisk utredning, varför det inte heller blir klarlagt om den kräver tillstånd enligt 7 kap. 28 a § MB. Jag tror att alla inser att detta är ologiskt och erfarenheterna visar också att det lätt blir fel. Ordningen är vidare svår att förena med art. 6.3 art- och habitatdirektivet, som ju kräver att *alla* planer och projekt som *kan* medföra påverkan av betydelse ska skadebedömas enligt Natura 2000-reglerna. Kravet omfattar även *relativt obetydliga projekt* vars påverkan ska bedömas i kombination med andra planer och projekt.<sup>33</sup> För att tillståndsplikten ska fånga in *alla* sådana åtgärder/verksamheter som *typiskt sett* kan medföra påverkan av betydelse i ett angränsande Natura 2000-område, måste den formuleras så att den täcker även dessa företeelser.<sup>34</sup>

Problemet kan i och för sig lösas på två sätt. Det ena är att göra tillståndsplikten så vidsträckt att den omfattar alla åtgärder/verksamheter som kan medföra påverkan av betydelse i ett Natura 2000-område. Med denna regleringsmodell tvingas man emellertid att fånga in en mängd olika företeelser i det tillståndspliktiga området för att undvika att osäkerheten om deras påverkan medför att de utförs utan prövning av Natura 2000-frågan. En sådan ordning skulle gene-

<sup>31</sup> Visserligen finns även i dessa sammanhang en lägre tröskel för utredningsplikten angiven i 23 § 3 st. OF, men den saknar betydelse eftersom den aktualiseras först när tillståndsplikten utlöses.

<sup>32</sup> Den kommande FMH-reformen som träder i kraft den 1 januari 2008 medför ju en omfattande avlösnings av tillståndsplikten enligt 9 kap. MB.

<sup>33</sup> Mot denna bakgrund har jag svårt att förstå hur Miljöbalkskommittén – egentligen utan närmare motivering – kunde föreslå att det särskilda utredningskravet i 6 kap. 7 § skulle tas bort för de verksamheter som var tillståndspliktiga enligt balkens övriga regler (SOU 2003:124). Som jag har förstått bakgrunden, kom förslaget ursprungligen från Naturvårdsverket som ansåg att regleringen var ”oklar” (NV-handboken s. 47). I det efterföljande lagstiftningsärendet tog emellertid regeringen ställning för ”de två nivåerna” och menade att skrivningen i 6 kap. 7 § 4 st. behövs för att avgöra om tillståndsplikt föreligger eller ej (prop. 2004/05:129 s. 52 f.). Den ”oklarhet” som Naturvårdsverket hänvisar till är därmed undanröjd.

<sup>34</sup> Se Kokotts resonemang i yttrandet i Waddenzee-målet (C-127/02) pp. 72, 102 och 108.

lera överdriven byråkrati utan motsvarande miljövinster. Frågan är också om det verkligen är i formuleringen av *tillståndsplikten* som osäkerheter i beslutsunderlaget ska fångas upp.

Den andra lösningen är att låta utredningskravet enligt 6 kap. 7 § gälla för alla slags verksamheter och åtgärder, utan koppling till annan prövningsplikt enligt balken. Utredningskravet bör träffa varje aktivitet – plan eller projekt enligt direktivet – enligt balken eller anslutna lagar som *kan* medföra påverkan av betydelse för *miljön* i ett Natura 2000-område. Jag kan inte se att en sådan ordning skulle strida emot EG-rätten.<sup>35</sup> Det är tydligt hur EG-domstolen i Waddensee-målet behandlar art- och habitatdirektivet som en separat bedömningsplikt med egna förutsättningar. Med hänvisning till försiktighetsprincipen och till direktivets målsättning ansåg man att plikten utlöses redan av det faktum att det på grundlag av *objektiva kriterier* inte kan *uteslutas* att en plan eller ett projekt har betydande påverkan på ett Natura 2000-område, enskilt eller i kombination med andra planer eller projekt.<sup>36</sup> Frågan om när kravet på MKB utlöses var också uppe i ett rättsprövningsmål om detaljplan i Falkenberg.<sup>37</sup> Regeringsrätten menade att MKB-kravet ska bedömas mot bakgrund av habitatdirektivet och hänvisade till EG-domstolens uttalanden i frågan.<sup>38</sup> Man drog därefter slutsatsen att det måste stå helt klart att en betydande påverkan inte kan uppkomma för att en MKB ska kunna underlåtas. Då underlaget i det aktuella målet inte var tillräckligt för att uppnå en sådan klarhet, undanröjdes regeringens beslut.

En ordning som bygger på att en myndighet utifrån ett preliminärt underlag gör en bedömning av behovet av ett mera fullständig utredning och prövning av Natura 2000-intressena är vanligt förekommande i andra medlemsländer i EU. Ett sådant exempel är det danska systemet med anmälningsplikt för vissa åtgärder inom Natura 2000-områden.<sup>39</sup>

Om man emellertid kopplar loss utredningskravet – oavsett om det fullgörs inom ramen för en MKB eller inte – från förprövningskravet, måste utredningen bedömas av någon. Denna någon bör av givna skäl vara den överordnat ansvariga myndigheten för Natura 2000-frågorna i länet, nämligen länsstyrelsen. Det blir därefter länsstyrelsens uppgift att fatta beslut om behovet av en skadebedömning enligt 7 kap. 28 b § och på vilket sätt och sammanhang en sådan ska

<sup>35</sup> Förslaget har f.ö. så här långt likheter med det som Bertil Bengtsson lade Ds 2000:129. Det som skiljer är fortsättningen, dvs. att de påverkande planerna/projekten måste tillståndsprövas.

<sup>36</sup> Waddensee C-127/02 pp. 44–45.

<sup>37</sup> RÅ 2006 ref. 88, ”Bobergsålet”.

<sup>38</sup> Hänvisningarna gjordes till målen C-6/04 och C-98/03, men dessa återger bara de skrivningar som formulerades i Waddensee (C-127/02).

<sup>39</sup> Backes & Freriks & Nejmeijer: Article 6 Habitats Directive. A comparative study on the implementation of art. 6 Habitats Directive in some member states (Universiteit Utrecht 2006), avsnitt 6.5.c. Ang. den danska anmälningsplikten, se Lov om naturbeskyttelse (Lbk nr 749 af 21/6/2007), 19 b § med hänvisning till bilaga 2. Åtgärder som listas i bilagan är t.ex. avverkning, uppodling, upphörande av bete, större förändring av gödslingspridningen i ett område.

genomförs. En sådan ordning kan låta apart för miljöbalkssystemet, men har utvecklats inom skogsvårdsorganisationen. Tillsynen av skogsnäringen utövas av Skogsstyrelsen. Tillsynsansvaret omfattar alla skogliga åtgärder inom och utom Natura 2000-områden.<sup>40</sup> Slutavverkningar på skogsmark är anmälningspliktiga enligt 14 § skogsvårdslagen (1979:429). Andra skogliga åtgärder som kan påverka Natura 2000-områden är normalt samrådspliktiga enligt 12 kap. 6 § MB. Båda slagen av underrättelser görs till Skogsstyrelsen. Enligt 19 § OF har myndigheten ett ansvar för att särskilt bevaka att en gynnsam bevarandestatus upprätthålls för naturtyperna/arterna i Natura 2000-områden. Om åtgärden kan medföra påverkan av betydelse i ett sådant område och följaktligen bedöms vara tillståndspliktig, ska Skogsstyrelsen meddela ett råd enligt miljöbalken där detta klargörs. Myndigheten kan även förbjuda en pågående åtgärd enligt 26 kap. 9 § om man anser att tillstånd behövs.<sup>41</sup>

Jag menar att denna konstruktion medför klara fördelar jämfört med dagens regler. Att arbeta med *en kravnivå* som kopplas till en *utredningsskyldighet* innebär dels att systemet blir lättare att hantera för verksamhetsutövarna, dels att alla slags åtgärder kan täckas in.<sup>42</sup> Det senare är inte minst viktigt med tanke på att systemet ska omfatta även verksamheter/åtgärder som utförs utanför Natura 2000-områden. Dessutom flyttas ansvaret för att det utförs en riskvärdering till den myndighet som har det övergripande ansvaret för och kontrollen av dessa områden. Det blir alltså länsstyrelsens uppgift att bedöma om det behövs en tillståndsprövning och i vilken ordning som denna ska göras. Ett sådant arbetssätt skulle även förhindra den tydliga tendens till ”dis-integration” som karakteriserar det svenska provningssystemet. Mer om detta i avsnitt 7.

## 6. Förutsättningarna för tillstånd

### 6.1 Allmänt om tillståndsprövningen

Den andra meningen i art. 6.3 art- och habitatdirektivet har följande, svenska lydelse (min kursiv):

<sup>40</sup> Om området har annat skydd enligt 7 kap. MB – exempelvis som naturreservat – är det emellertid länsstyrelsen som har tillsynsansvaret.

<sup>41</sup> Se Skogsstyrelsens Cirkulär (”policy”) 2002:D 4 (2002-12-09). Tillvägagångssättet att använda sig av förbud mot fortsatt verksamhet för att genomdriva myndighetens uppfattning att den omfattas av tillståndsplikt är etablerad inom miljöbalkssystemet. Praxisen – som har accepterats av Miljööverdomstolen – innebär att myndigheten utfärdar ett förbud enligt 26 kap. 9 § mot att verksamheten bedrivs utan tillstånd (se t.ex. MÖD 2003:19). Detta är alltså en allmängiltig möjlighet som tillsynsmyndigheten kan tillämpa, vid sidan av 9 kap. 6 § 2 st. och 11 kap. 9 a § 2 st. som ju avser speciella situationer.

<sup>42</sup> Det allmänt skrivna kravet på MKB kan också kompletteras med en lista över verksamheter där MKB är obligatorisk.

”Med ledning av slutsatserna från bedömningen av konsekvenserna för området och om inte annat följer av punkt 4, skall de behöriga nationella myndigheterna *godkänna* planen eller projektet först efter att ha *försäkrat sig* om att det berörda området inte kommer att ta *skada* (...).”

Skrivningen kan sägas vara riktad såväl mot verksamhetsutövarna, som mot myndigheterna. För de förra är det fråga om skyldigheten att söka tillstånd som diskuterades i avsnittet ovan.<sup>43</sup> Det kan nämnas att tillståndsplikten är straffsanktionerad. Enligt min uppfattning finns däremot inte någon ”rätt” att få ett Natura 2000-tillstånd om prövningsorganet anser att verksamheten inte är tillståndspliktig enligt 7 kap. 28 a §. S.k. ”frivilliga tillstånd” förutsätter uttryckligt lagstöd.<sup>44</sup>

För myndigheterna utgör det andra ledet snarast ett krav på kunskapsunderlaget vid tillståndsgivningen. Prövningsorganet måste nämligen *ha försäkrat sig om* att de berörda naturtyperna och arterna inte kommer att ta skada.<sup>45</sup> Absolut vetskap om biologiska konsekvenser är givetvis en omöjlighet, men beslutsunderlaget måste vara av så hög kvalitet att det inte finns några ”rimliga tvivel från vetenskapligt perspektiv” om att skada är utesluten.<sup>46</sup> De skrivningar som MÖD har använt sig av är att ”det måste stå klart” eller det inte finns någon ”beaktansvärd risk” för skada.

Skadebegreppet definieras närmare i 7 kap. 28 b §. Där framgår att förutsättningarna för att meddela tillstånd är att det planerade projektet inte kan skada de skyddsvärda naturtyperna eller leder till att arterna i området utsätts för störning som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet.<sup>47</sup>

När det gäller skyddet av naturtyperna, ger skrivningen intrycket att förbudet mot skada är absolut. Av regelverket i övrigt – främst 16 och 19 §§ OF – framgår

<sup>43</sup> Genom 29 kap. 4 § 1 st. 1 a p. MB.

<sup>44</sup> Jfr 9 kap. 6 § 3 st. och 11 kap. 9 § 2 st. MB.

<sup>45</sup> I förarbetena används uttrycket att ”myndigheten skall förvissa sig” (prop. 2000/01:111 s. 68). För EG-domstolens uppfattning, se Waddensee (C-127/02), pp. 55–61.

<sup>46</sup> EU-kommissionens kompletterande tolkningsguide ”Vägledning om artikel 6.4 i habitatdirektivet 92/43/EEC. EK januari 2007 (Tolkningsguiden 2007), s. 3 f. med hänvisning till EG-domstolens uttalande i C-239/04 p. 24.

<sup>47</sup> För en icke-biolog är det inte alldeles enkelt att orientera sig bland alla naturtyper, livsmiljöer och arter. Av Naturvårdsverkets rapport 5434 Uppföljning av Natura 2000 i Sverige (NV 2005) framgår följande. Begreppen *naturtyp*, *livsmiljötyp* och *habitat* är synonyma. Dessa listas i bilaga 3 till OF (där de prioriterade anges med P). I texten försöker jag att vara konsekvent och använda uttrycket ”naturtyp”. *Livsmiljö* är ett snävare begrepp då det är kopplat till en viss art. Observera att uttrycket *livsmiljö* emellanåt i lagtext (och domskäl) förväxlas med *naturtyp*, vilket är förvirrande (se t.ex. 7 kap. 28 b § MB, 16 och 19 §§ OF). *Skyddade arter* (inkl. *prioriterade arter*) är de som anges i bilaga 1 till ArtF (markerade med ett B resp. P). *Karaktärsarter* ges följande definition: ”Vanliga arter som utmärker habitatet. Det kan exempelvis röra sig om skvattram i trädbevuxen myr. Dessa arter reagerar som regel relativt långsamt på förändringar i habitatet och är ofta inte särskilt bra i uppföljningssammanhang. De skall däremot användas i basinventeringen då de är viktiga indikatorer på att vi är i rätt habitat.” *Typiska arter* är ”mindre allmänna, lätt igenkännbara och lätthittade arter som genom sin närvaro indikerar fördefinierade kvaliteter i sin livsmiljö”.

emellertid att det är fråga om ett relativt skadebegrepp på så vis att det är påverkan på områdets ”gynnsamma bevarandestatus” som ska bedömas.<sup>48</sup> Uttrycket står för att bedömningen ska vara långsiktig. Gynnsam bevarandestatus inbegriper tre aspekter eller faktorer; att naturtypen har tillräcklig utbredning och förekomst, viktiga strukturer (t.ex. död ved, olikåldriga träd) och funktioner (t.ex. regelbundna översvämningar, bete) ska bibehållas och de arter som är typiska för området ska vara livskraftiga.<sup>49</sup>

Även skadebedömningen med avseende på arterna ska göras utifrån gynnsam bevarandestatus. De tre faktorerna är då beståndsutveckling (antalet och reproduktionsmöjligheter), utbredningsområde och tillgång på livsmiljö.<sup>50</sup> Som exempel på det senare kan tas att en den större vattensalamandern har en damm att fortplanta sig i, och att det finns ett lövskogsområde nära intill där den kan övervintra.<sup>51</sup>

## 6.2 EG-domstolen om skadebegreppet

EG-domstolen har berört skadebegreppet på ett allmänt plan i några avgöranden, bl.a. Waddensee och Murgia Alta.<sup>52</sup> I det senare betonade man att vad som är betydande påverkan ska bedömas utifrån målsättningen med att bevara området, särskilt mot bakgrund av dess särart och miljömässiga förhållanden. En konkret skadebedömning har egentligen bara gjorts i ett avgörande av EG-domstolen, det om den österrikiska kornknarren.<sup>53</sup>

I målet hade EU-kommissionen stämt Österrike för fördragsbrott. Man påstod att landet hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt art. 6.3 och 6.4 art- och habitatdirektivet genom att godkänna utbyggnaden av en golfbana i Steiermark trots en negativ bedömning av konsekvenserna för kornknarrens livsmiljö i det särskilda skyddsområdet. Österrike menade dock att någon negativ inverkan inte skulle uppstå på livsmiljön. Man hänvisade bl.a. till att omfattande kompensationsåtgärder hade vidtagits, att den expert som uttalat sig inled-

<sup>48</sup> Den svenska översättningen av art. 6.3 art- och habitatdirektivet är även i detta avseende olycklig. Den engelska versionen är tydligare (min kursiv): ”(...) only after having ascertained that it will not adversely affect *the integrity of the site*”. I bestämmelsen sägs ju också att projektet/planen ska bedömas utifrån dess ”...implications for the site in view of the site’s conservation objectives.” (jfr 17 § OF). Att det är detta bredare skadebegrepp som ska användas framgår också av uttalandena i författningskommentaren till bestämmelsen (prop. 2000/01:111 s. 68 f.). För en närmare redogörelse för skadebedömningen, se Tolkningsguiden 2000, avsnitt 3.6 och NV-handboken, avsnitt 3.2.18 och allmänt råd till 7 kap. 28 b § (s. 57).

<sup>49</sup> 16 § 3 st. OF, jfr art. 1 e) art- och habitatdirektivet.

<sup>50</sup> 16 § 4 st. OF, jfr art. 1 i) art- och habitatdirektivet.

<sup>51</sup> Exemplet är hämtat från Naturvårdsverkets hemsida. Se även NV-handboken s. 15 och 25.

<sup>52</sup> Waddensee (C-127/02), pp. 46–48 och Murgia Alta (C-179/06), pp. 33–35.

<sup>53</sup> EG-domstolens dom 2004-01-29 i mål nr C-209/02. Observera att detta är ett annat mål än det tidigare nämnda C-209/04, som också handlade om österrikiska kornknarrar.



ningsvis i målet därefter hade mildrat sin bedömning och att efterföljande mätningar visat att påverkan inte hade skett. Man pekade också på att de två nya hålen fortfarande inte fick användas.

EU-domstolen lät sig inte imponeras. Domstolen pekade på expertutlåtanden som visade att det förekom en population av kornknarr i området och att utbyggnaden hade medfört att en del av dess revir hade försvunnit. I utlåtandena påpekades också att de funktionella förhållandena i området förstörts genom uppdelning och att livsmiljöns struktur försvunnit. Domstolen ansåg därför att anläggandet av de två hålen kunde äventyra populationen i det särskilda skyddsområdet, vilken var den enda som kunde föröka sig i Centralalperna. De kompensationsåtgärderna som vidtagits bedömdes vara otillräckliga, varför förutsättningar att meddela tillstånd enligt art. 6.4 art- och habitatdirektivet saknades. Österrike fälldes därför för fördragsbrott.

### 6.3 Närmare om skadebedömningen

Hur skadebedömning närmare kan hanteras har ännu inte aktualiserats i särskilt många mål i MÖD, närmare bestämt fyra; Hallandsåsen, Hägerums Kvarn II, Sandudden och Tännforsen.<sup>54</sup> Målet om Botniabanan gäller inte denna fråga, alla är ju överens om att skada/störning enligt 7 kap. 28 b § uppstår. Där är det ju istället fråga om tillämpningen av undantaget i 7 kap. 29 §.

Den prövning av förutsättningarna för tillstånd som gjordes i Hallandsåsen var ytterst kortfattad. MÖD uttalar bara att det ankommer på Banverket att vidta försiktighetsåtgärder för att begränsa risken för skada p.g.a. grundvattenbortledningen och att det i enlighet med remissinstansernas (Naturvårdsverket och SLU) uppfattning går att undvika eller minska skadan genom tillförsel av vatten till de områden som är känsliga för torka. I övrigt hänvisade MÖD till miljödomstolens bedömning att verksamheten kunde tillåtas enligt 7 kap. 28 b §. I ett avseende är uttalandet enligt min uppfattning inte alldeles klart; domstolen kan knappast mena att det är tillräckligt att Banverket genom försiktighetsåtgärderna lyckas ”minska” skadan, lagtexten är ju tydlig på den punkten. En annan sak är som sagt att skadebegreppet är relativt.

Det avgörande som klarast belyser skadebedömningen är istället Hägerum II. I sitt överklagande hade Naturskyddsföreningen bl.a. menat att det fanns en risk

<sup>54</sup> MÖD 2007-10-10 i mål nr M 723-07. Målet gällde tillstånd att bygga och driva en turistigloo vid Tännforsen (naturreservat och Natura 2000-område). I avgörandet förs ett resonemang om övergångsregeln som inte är helt tydligt. MÖD och miljödomstolen uttalar att verksamheten ska tillståndsprövas enligt 7 kap. 28 a § därför att så inte har skett tidigare. Uttalandet måste emellertid ses mot bakgrund av att de tillstånd (naturreservatsdispenser) som tidigare hade meddelats var tidsbegränsade. Att art- och habitatdirektivets skyddsmekanismer ska tillämpas vid förnyelser av tillstånd framgår klart av Waddensee-målet (C-127/02, pp. 25–29) som ju gällde årliga godkännanden av fisket efter musslor. Se även Backes & Freriks & Nejmeijer, avsnitt 5.6.

för att karaktärsarterna för området skulle komma att utsättas för en störning. Domstolen valde dock ett snävare angreppssätt vid skadebedömningen enligt 7 kap. 28 b §. Man uttalade inledningsvis att det var de *skyddade* naturtyperna och arterna i området som inte fick skadas eller störas på det sätt som anges i paragrafen. Bedömningen av dessa konsekvenser ska göras utifrån målsättningen för områdets bevarande och en försämring skulle relateras till vad som är en gynnsam bevarandestatus. Sedan förklarade domstolen (min kursiv):

”Härmed får förstås att de *livsmiljöer som avses skyddas* i området inte till omfattning och struktur får försämrats på ett sätt som riskerar att äventyra dess funktion som livsmiljö för de arter som typiskt sett förekommer i sådana livsmiljöer. Vidare måste de *särskilda arter som avses skyddas* inom området ha tillräckliga utbredningsområden, fortplantningsmöjligheter och andra förutsättningar för att förbli en livskraftig del av sin livsmiljö.”

I den konkreta skadebedömningen, delade sedan MÖD miljödomstolens bedömning att verksamheten inte skulle orsaka en störning som på ett betydande sätt skulle *försvåra bevarandet av arterna* inom området. Man höll även med om att de kompensationsåtgärder som sökanden hade åtagit sig skulle inverka positivt på åtminstone fiskarterna. Därefter konstaterade domstolen att huvudfåran vid det planerade kraftverket utgjorde en särskilt *skyddad naturtyp* inom Natura 2000-området (vattendrag med flytbladsvegetation eller akvatiska mossor). Naturtypen skulle påverkas av verksamheten genom att åfåran skulle minska något till yta och vattenflödets variationer skulle bli mindre. Därför föreskrevs ett villkor om minimivattenflöde som motsvarade medellågvattenföringen, vilket var vad naturtypen hade anpassat sig till. Detta villkor – tillsammans med det faktum att endast en begränsad del av den aktuella naturtypen berördes – ansågs säkerställa att den gynnsamma bevarandestatusen bibehölls.

Avgörandet illustrerar främst tillvägagångssättet för skadebedömningen. Det är den gynnsamma bevarandestatusen hos de *skyddade arterna* och *naturtyperna* som ska avgöras. Karaktärsarterna för ett Natura 2000-område kan bara användas som en av flera indikatorer för en naturtyps status.

Hägerum II belyser också något annat som kan verka självklart. Jag förespråkade i förra avsnittet att bedömningen av tillståndsplikten enligt 7 kap. 28 a § ska göras utifrån verksamheten med ”normala” villkor. När tillstånd sedan meddelas kan det givetvis vid behov förenas med särskilda ”Natura 2000-villkor”.<sup>55</sup> Det innebär att förutsättningarna för tillstånd kommer att avgöras utifrån hur verksamheten ska bedrivas med iakttagande med alla slags villkor. Förutsättningen för detta är emellertid att prövningsorganet har förvissat sig om (”reassured”) om att villkoren är tillräckliga för att skada enligt 7 kap. 28 b § inte ska uppkomma. Detta är också min tolkning av MÖD:s uttalanden om villkoren i Hallandsåsen. Jag menar däremot att det inte är förenligt med art- och habitatdirektivet att sätta grundläggande Natura 2000-villkor ”på provotid” (jfr 22 kap.

<sup>55</sup> Se även NV-handboken s. 53.

27 § MB). Detta har varit ganska vanligt i miljödomstolarnas praxis och det innebär att man tillåter verksamheten trots att det inte är säkert om villkoren är tillräckliga för att undvika skada/störning.<sup>56</sup> För att gardera sig, skjuter man då istället den exakta utformningen av villkoren på framtiden. En sådan ordning kan enligt min mening inte vara förenlig med kravet på visshet att skada/störning inte uppkommer. *När det väl är klart att relevant skada inte uppkommer*, finns emellertid knappast något som hindrar att villkor kan utvärderas och ändras.

#### 6.4 Olika Natura 2000-områden

Slutligen om skadebegreppet och dess tillämpning på olika förhållanden. Man bör komma ihåg att Natura 2000-områdena inte är enhetliga. Vissa områden täcker en stor del av t.ex. Ölands alvar och Västkusten och där finns naturtyper, arter och arters livsmiljöer som enligt de båda EG-direktiven kräver ett noggrant skydd.<sup>57</sup> Miljön i området runtomkring dessa naturtyper kan betraktas som ett slags utfyllnad.<sup>58</sup> Ett sådant exempel är Tanumskusten, som ju varit aktuellt i flera Natura 2000-prövningar. Det är ett område av gemenskapsintresse enligt art- och habitatdirektivet (blivande SBO) som delvis överlappar ett särskilt skyddsområde enligt fågeldirektivet (SSO). Här finns bl.a. ler- och sandbottnar som blottas vid lågvatten, en naturtyp som kräver särskilt skydd enligt art- och habitatdirektivet och som därför hade kunnat pekats ut särskilt.<sup>59</sup> Bland skyddsvärda arter kan nämnas fisktärna och vissa snäckor. Andra Natura 2000-områden utgör istället i sin helhet, eller åtminstone merparten, av en skyddsvärd naturtyp och/eller livsmiljö för Natura 2000-arter. Sådan var situationen i prövningen av Broarna vid Ljusnan. Natura 2000-området är ett blivande SBO och går under beteckningen Mellanljusnan Korskrogen-Edeforsen, vars vatten till 98 % utgör ett ”naturligt större vattendrag av fennoskandisk typ”. Inom området finns arterna stensimpa och ävjepilört, som båda kräver skydd enligt art- och habitatdirektivet.<sup>60</sup>

Det förhållande att Natura 2000-områdena är så olika kommer enligt min mening givetvis att påverka skadebedömningen enligt 7 kap. 28 b §. Det verkar

<sup>56</sup> Se t.ex. miljödomstolens dom i målet om Sandby-täkten, avsnitt 7.2.

<sup>57</sup> Att stora delar av Ölands alvar har pekats ut beror enligt Croneborg på att man därigenom ville få tillgång till pengar för restaureringar ur EU:s s.k. LIFE-fond (Natura 2000 i svensk naturvård. Flora & Fauna 2005:1 s. 15).

<sup>58</sup> Enligt Naturvårdsverkets Handbok (s. 12), utgörs omkring 50 % av de utsedda Natura 2000-områdena av arealer som inte är naturtyper eller livsmiljöer.

<sup>59</sup> Hade den berörda viken i Lerviks-målet (se avsnitt 3.4) varit utpekad särskilt, hade det tilltänkta projektet uttraderat 20 % av den skyddsvärda naturtypen.

<sup>60</sup> Croneborg (s. 13) pekar på olikheterna mellan Natura 2000-områdena genom att jämföra fläckvis förekommande växtsamhällen, t.ex. ”urkalkade permanenta sanddyner med kråkbär”, med ”västlig taiga”, som ju är en storhet på regional nivå, en hel s.k. biom.

ju rimligt att en enskilda brygga spelar mindre roll för den gynnsamma bevarandestatusen om den läggs i Mellanljusnan, jämfört med om den placeras i ett område med skyddsvärd sand- och lerbotten inom Tanumskusten. Man bör ha i åtanke att vad som kännetecknar reglerna och prövningen kring Natura 2000 är en mycket tydlig koppling till det biologiska innehållet i form av de naturtyper och arter/livsmiljöer som legat till grund för utpekandet av ett område. Vidare medför definitionerna av ”gynnsam bevarandestatus” att man måste göra biologiska/ekologiska bedömningar, vilka inbegriper ett visst mått av prognostisering av påverkan in i framtiden.

## 7. Samordnad bedömning?

### 7.1 ...enskilt eller i kombination...

Art- och habitatdirektivet bygger på ett integrerat synsätt när det gäller bedömningen av påverkan på ett Natura 2000-område. Detta uttrycks i inledningen till art. 6.3 vilken kommer till uttryck i 7 kap. 28 b § som stadgar att tillstånd enligt 28 a § får meddelas endast om verksamheten eller åtgärden ”*ensam eller tillsammans med andra pågående eller planerade verksamheter eller åtgärder*” inte kan orsaka skada av betydelse. Kravet kommenteras kort i förarbetena till 4 kap. 8 § MB.<sup>61</sup> Regeringen poängterar här att det redan i planeringsstadiet kan bli aktuellt att göra en bedömning av ett projekts samlade inverkan på ett Natura 2000-område. Om det är fråga om ett projekt som kan komma att utvecklas, måste den inledande konsekvensbedömningen avse helheten. Är projektet uppdelad i delar som kan bedrivas självständigt och utan olägenhet avbrytas, bör bedömningen kunna omfatta enbart dessa. Är det emellertid fråga om flera etapper som har sådant tekniskt, ekonomiskt eller annat samband att ett medgivande till den inledande fasen i praktiken innebär ett klartecken till en fortsättning, bör bedömningen redan från början avse utvecklingen och de försiktighetsmått som anses nödvändiga i det större sammanhanget. Enligt regeringen utgör en regelrätt tillståndsprövning enligt 7 kap. 28 a § den lämpligaste formen för en sådan bedömning.<sup>62</sup>

Uttalandena i förarbetena tar främst sikte på det tidsmässiga förhållandet mellan ett eller flera projekt i etapper. Det finns emellertid andra slags uppdelningar som är vanligt förekommande. De senaste åren har vi sett en klar tendens till sådan ”dis-integration” av större verksamheter/projekt i mindre delar. Det kan vara fråga om tekniskt eller geografiskt åtskiljbara delar av en verksamhet, men det kan också gälla en uppdelning av själva prövningen. Verksamhetsutövaren

<sup>61</sup> Prop. 2000/01:111 s. 66 f.

<sup>62</sup> Se även Allmänt råd till 7 kap. 28 b § MB (NV-handboken s. 57).

kan välja att söka om tillstånd för en del av en verksamhet eller för en viss störningsform. De bakomliggande skälen kan vara praktiska eller ekonomiska; att förenkla hanteringen och kostnaden för denna, att möjliggöra att vissa verksamhetsdelar bedrivs i egen juridisk person eller att minska rättegångskostnaderna.<sup>63</sup> Redan på ett allmänt plan kan denna uppdelning komma i konflikt med miljöbalkens integrerade synsätt.<sup>64</sup> Problemen blir än tydligare när det gäller art- och habitatdirektivets krav på samordnad bedömning. Den svenska prövningsordningen – som ju bygger på att verksamheter prövas en och en – bjuder nämligen inte bara stora möjligheter till uppdelning, utan även få spärrar av klart tvingande karaktär. Detta illustrerades i målet om Sandby-täkten i Lund.<sup>65</sup>

## 7.2 Täkten i Södra Sandby

Företaget NCC Roads bedriver sedan länge en bergtäkt i Södra Sandby, strax öster om Lund. Täktområdet ligger i anslutning till Natura 2000-området Måryd-Hällestad. Med anledning av att de äldre tillstånden till verksamheten upphörde, ansökte NCC i oktober 2001 om tillstånd till utökning och fördjupning av täkten. Då det var fråga om en täkt under grundvattennivån med kringverksamheter i form av asfaltsverk och bergkross, ville företaget för tids vinnande ha en samordnad prövning av hela verksamheten. Man begärde därför kumulation enligt 21 kap. 3 § MB av de tre ärendekategorierna i miljödomstolen, dvs. täkten (tillstånd enligt dåvarande 12 kap.), grundvattenbortledningen (tillstånd enligt 11 kap.) och kringverksamheterna (tillstånd enligt 9 kap.). Företaget hade också upprättat en gemensam MKB för verksamheten i sin helhet. Miljödomstolen avslag emellertid begäran om kumulation med följande motivering:<sup>66</sup>

”En förening av länsstyrelsens ärende om miljöfarlig verksamhet och miljödomstolens vattenmål skulle ofelbart leda till en fördröjning av den slutliga prövningen av de båda ansökningarna i miljödomstolen, något som skulle strida mot sökandens ytterst berättigade krav på en skyndsam handläggning. Miljödomstolen kan inte heller i övrigt se att en förening skulle innebära några övervägande fördelar.”

<sup>63</sup> Dessa är ju olika beroende på om det är fråga om en tillståndsprövning enligt t.ex. 9 eller 11 kap. MB, se 25 kap. 1 och 2 §§ och NJA 2004 s. 590 I och II.

<sup>64</sup> De återförvisningsbeslut från MÖD som angavs i not 11 (Citybanan i Stockholm och City-tunneln i Malmö) var ju domstolens reaktion på att ansökan var så begränsad så att den omöjliggjorde en prövning mot balkens allmänna hänsynsregler.

<sup>65</sup> Miljödomstolen i Växjö:s dom 2003-06-12 i mål nr M 375-01.

<sup>66</sup> Miljödomstolen i Växjö:s beslut 2002-01-10 i målet, aktbilaga 4. I rättelse i protokollet anges att beslutet även avser kumulation av länsstyrelsens täktärende. Det bör observeras att ett beslut som detta *inte är separat överklagbart* (20 kap. 3 § MB, jfr med 49 kap. 3 § 2 st. RB).

Därefter handlades följaktligen vattenverksamheten vid miljödomstolen, täkten av länsstyrelsen och kringverksamheterna av kommunens miljönämnd. I målet i miljödomstolen menade länsstyrelsen att det fanns en risk för att Natura 2000-området skulle skadas av verksamheten. Därför ansåg man att tillstånd enligt 7 kap. 28 b § inte kunde meddelas. I domen betonade miljödomstolen att prövningen inskränker sig till den ansökta vattenverksamheten. När det gällde påverkan på Natura 2000-området ansåg man att den ökade grundvattenbortledningen enbart skulle beröra en begränsad del av det skyddade området och inte i sådan grad att den gynnsamma bevarandestatusen skulle försämrans. Dessutom hade sökanden åtagit sig att utreda och vid behov utföra skyddsåtgärder för att säkerställa att negativ påverkan inte skulle ske. Sammantaget menade därför domstolen att vattenverksamheten inte var tillståndspliktig enligt 7 kap. 28 a §. Man delade dock sökandens uppfattning om att det behövdes ytterligare utredning om skadeförebyggande åtgärder i Natura 2000-området. Det slutliga avgörandet om sådana villkor uppsköts därför i fem år genom ett prövotidsförordnande.

Täktillstånd enligt 12 kap. MB meddelades av länsstyrelsen i oktober samma år.<sup>67</sup> Det var förenat med ett villkor om utredning av hur dräneringsvattnet från täkten påverkade vattenrecipienten. Detta sågs som en komplettering av det utredningskrav som miljödomstolen meddelade i vattenmålet.

Ett par grannar överklagade miljödomstolens dom i vattenmålet och menade bl.a. att verksamheten påverkade Måryd-Hällestad genom att hydrologin ändrades. I MÖD aktualiserades frågan om verksamheterna i täktområdet borde ha blivit föremål för en samordnad bedömning med avseende på dess påverkan på Natura 2000-området. I den frågan framförde Länsstyrelsen i Skåne skarp kritik av miljödomstolen.<sup>68</sup> Man menade att beslutet att avslå kumulation var djupt olyckligt eftersom det svårligen gick att hitta en situation där en samordnad prövning vore lämpligare. Täkten, grundvattenavledningen och kringverksamheterna var avhängiga av varandra och dess omgivningsstörningar samverkade. Det senare gällde exempelvis damningen, bullerstörningarna samt den samlade verkan av grundvattenbortledningen och vibrationerna. Genom avslagsbeslutet hade miljödomstolen betagit bolaget, remissmyndigheterna och sakägarna de fördelar som följde med en sådan prövning, ökade kostnader hade uppstått, liksom ett stort merarbete för länsstyrelsen.

Så långt hade målet kommit i MÖD när NCC meddelade att man hade köpt klagandenas fastighet och att vare sig bolaget eller klagandena hade för avsikt att fullfölja överklagandet. Därefter avskrevs målet och miljödomstolens tillstånd vann laga kraft.

<sup>67</sup> Länsstyrelsen i Skåne län, beslut 2003-10-02 i ärende 541-45751-01. Efter överklagande fastställde miljödomstolen beslutet i maj 2004 (Miljödomstolen i Växjö:s dom 2004-05-27 i mål nr M 3229-03).

<sup>68</sup> Miljööverdomstolens akt i mål nr M 5038-03, aktbilaga 14.

Prövningen av Sandby-täkten skedde alltså i tre olika instanser som meddelade tre separata beslut vid tre tidpunkter. Någon samlad bedömning av täktverksamheten, grundvattenbortledningen och kringverksamheterna och dess sammantagna påverkan på Natura 2000-området Måryd-Hällestad skedde aldrig. Nu är det inte sagt att området därmed led någon skada; MKBn var gemensam för hela verksamheten och det var ju främst grundvattenbortledningen som kunde påverka området. Hanteringen ger dock ett tydligt exempel på hur prövningen av en verksamhet kan delas upp i flera delar på ett sätt som kan omöjliggöra en samlad bedömning enligt kravet i art. 6.3 art- och habitatdirektivet och 7 kap. 28 b § MB. En sådan uppdelning är som sagt vanligt förekommande i den svenska prövningsordningen. I vissa situationer är det möjligt att förena en sådan prövning med en samordnad bedömning, i andra är det svårare. MÖDs praxis ger några exempel på sådana möjligheter, men också att domstolen i vissa situationer har accepterat en uppdelning.

### 7.3 Miljööverdomstolens praxis

I Broarna vid Ljusnan diskuterades flera projekt som hade ett mer eller mindre starkt samband med varandra. De närboende ville att järnvägsbroarna skulle samprövas med dels en projekteringstäkt, dels en timmerterminal. Här ansåg MÖD att *prövningsordningen i sig* medförde tillräckliga garantier för att Natura 2000-intresset skulle kunna beaktas. Täkten skulle ju bedömas i efterhand och tillstånd kunde vägras om den samlade påverkan på älven skulle bli för stor. Brobygget var ju knappast avhängigt av att gruset togs just därifrån, även om det var praktiskt. Då det gällde timmerterminalen, ansågs sambandet mellan den och broarna som så svagt att det inte krävde en samordnad prövning.

I vissa lägen har MÖD istället beaktat Natura 2000-intresset genom att *vidga ramen för prövningen* i det aktuella målet. Angreppssättet är detsamma som Regeringsrätten använde sig av i målet om vattensalamandern<sup>69</sup> och det användes av MÖD i målet om småsvaltingen vid Sandudden. Ansökan i det målet omfattade ju enbart kanalmyningen till Mälaren som tillståndsprövades enligt 11 kap. MB. Emellertid ansågs arbetena även kräva tillstånd enligt 7 kap. 28 a §. I den prövningen gjordes en helhetsbedömning genom att den samlade effekten av byggandet av kanalen och dammen, den ökande båttrafiken, utflödet av närsalter, trycket från allmänheten och övriga omständigheter beaktades. MÖD tog ett liknande grepp i ett mål om Hagöns naturreservat i Halmstad. Bakgrunden var att kommunen ville anlägga en cykelväg nära stranden genom reservatet och över en bro vid Fylleån som är ett Natura 2000-område. Vid stranden häckar fältpiplärkan, en art som är upptagen i bilaga 1 till fågeldirektivet. Kommunen ansökte om dispens från reservatsföreskrifterna och strandskyddsbestämmel-

<sup>69</sup> RÅ 2004 ref. 44, se avsnitt 5.2.

serna. Tillståndet för bron och dess fäste skulle prövas i ett efterföljande vattenmål. Länsstyrelsen medgav dispenserna men inte miljödomstolen. MÖD konstaterade att ansökan visserligen omfattade enbart dispensfrågorna. Vid prövningen av påverkan på fåtälrlärlkan och dess livsmiljö *beaktade* man dock projektet i sin helhet, dvs. även bron. Därvid konstaterade domstolen att vägen skulle medföra att tillgängligheten till området förbättrades och att det ökade antalet besökare skulle försämra livsmiljön för fåtälrlärlkan. Dispenserna skulle därför få negativ inverkan på bevarandevärdena i naturreservatet och försämra livsvillkoren för fågellivet i strandskyddsområdet.<sup>70</sup> Kommunens ansökan avslogs därför i alla delar.

Det finns också situationer då domstolarna har *kumulerat olika mål* för att åstadkomma en samordnad bedömning av ”flera” verksamheter eller projekt. Det bästa exemplet är målen om Botniabanans dragning vid Umeälvens delta (avsnitt 3.6). Redan miljödomstolen ställdes inför problemet med att järnvägsdragningen var uppdelad i olika prövningar. Dels var det tre olika vattenmål, varav det viktigaste gällde passagen över Umeälven. Dels var det ett tillståndsärende enligt 7 kap. 28 a § hos länsstyrelsen för de åtgärder som kunde påverka Natura 2000-området ”undantaget passage genom de områden som byggs i vatten och därför prövas av miljödomstolen”.<sup>71</sup> Efter överklagandet av länsstyrelsebeslutet kumulerades samtliga mål av miljödomstolen.<sup>72</sup> Miljödomstolen uttryckliga motiv för detta var just att uppnå en samlad prövning beträffande Botniabanans inverkan på Natura 2000-området. Den avslutande huvudförhandlingen i målen var gemensam och av domarna framgår att prövningen avsåg en samlad bedömning av de företag som då behandlats. I den fortsättningen handlade de fyra målen tillsammans, prövningen avsåg den samlade påverkan på Natura 2000-områdena och resultatet blev gemensamma avgöranden.

Som nämndes inledningsvis, finns också situationer då MÖD har accepterat en ganska långtgående uppdelning av prövningen av verksamheter som kan påverka Natura 2000-områden. Avgörandet om den gotländska Bunge-täkten är ett exempel.<sup>73</sup> Här sökte Nordkalk tillstånd till provbrytning av kalk i närheten av Natura 2000-områdena Bräntingsshaid och Båsteträsk, som innehåller flera prioriterade naturtyper. Miljödomstolen ansåg att själva provtäckten inte skulle påverka områdena på ett betydande sätt och meddelade tillståndet. Naturvårdsverket och flera naturvårdsorganisationer överklagade och argumenterade för att

<sup>70</sup> Detta ett av de få mål om strandskyddsdispens där en åtgärd anses förbjuden p.g.a. att den väsentligen försämrar livsvillkoren för djur- eller växtarter (7 kap. 16 § 4–5 pp. MB). I Michael Ajneståhls 20p-uppsats *Närhet till vatten* (Juridicum i Uppsala, vt-06) finns en heltäckande genomgång av denna frågeställning i mål om strandskyddsdispens vid miljödomstolarna i Vänersborg och Växjö mellan 2003 och 2005. Uppsatsen är publicerad på nätet, se [www.jan-darpo.se/Andras](http://www.jan-darpo.se/Andras).

<sup>71</sup> Länsstyrelsen i Västerbottens läns beslut 2004-10-14 i ärende 521-8392-2004.

<sup>72</sup> Kumulationen skede med stöd av 21 kap. 3 § MB och ”med beaktande av innehållet i 7 kap. 28 b §, 29 § och 29 b § MB” (miljödomstolen beslut i protokoll 2004-11-26 i mål nr M 3094-03).

<sup>73</sup> MÖD 2006:48.



provtäkten skulle bedömas tillsammans med den fullskaliga täkten. På så vis skulle samtliga störningar från verksamheten i sin helhet – damning, buller, kan-teffekter, hydrologiska samband och fragmentisering – kunna bedömas mot Natura 2000-intressena. De menade att det inte var rimligt att tillåta en prov-verksamhet innan tillåtligheten av huvudverksamheten hade bedömts, särskilt som ansökan om denna redan hade inkommit till miljödomstolen.<sup>74</sup> MÖD utta-lade inledningsvis att prövningens avgränsning är av central betydelse för en ändamålsenligt bedömning i enlighet med miljöbalken. Ytterst är det prövnings-myndigheten som avgör om en ansökan har den omfattning som behövs för att bedöma de miljömässiga konsekvenserna av verksamheten. I det konkreta fallet såg domstolen emellertid inget hinder mot att göra en självständig bedömning av enbart provbrytningen, utan koppling till den fullskaliga verksamheten. Att bolaget hade lämnat in en ansökan om verksamheten i sin helhet, ansåg man sakna betydelse. Därefter bedömde domstolen att provtäkten inte skulle påverka Natura 2000-områdena.

#### 7.4 Diskussion

De exempel som ges ovan illustrerar dels att MÖD accepterar en uppdelning av prövningen i vissa situationer, dels de olika grepp som domstolen använt sig av för att åstadkomma en samordnad bedömning av ”flera” projekts påverkan på ett Natura 2000-område. Det finns emellertid en mängd situationer där en samordnad bedömning inte är möjligt av processuella skäl. Förutsättningen för en samlad bedömning inom ramen för nuvarande bestämmelser är ju att projekten är någorlunda samtida, att de är kända vid prövningstillfället och att utredningen i varje mål avser helheten m.m. Förhållandet mellan de bedömningar som görs av olika prövningsorgan är dessutom oreglerat. Även om länsstyrelsen förlitar sig på att miljödomstolen ska göra en samordnad bedömning, finns det ingen-ting som tvingar domstolen att göra den. Vidare, om miljödomstolen gör en samordnad prövning finns det heller inte något som tvingar länsstyrelsen i en senare prövning att beakta domstolens ställningstagande. Som så ofta i miljö-balkssammanhang, får vi nog konstatera att de processuella problemen alls inte har uppmärksammats av lagstiftaren. Då återstår bara att laga efter läge och ha Per Henrik Lindbloms devis i åtanke: Syftet med de processuella reglerna är att ge de materiella reglerna maximalt genomslag.<sup>75</sup>

Ett sätt att inledningsvis hantera kravet på samordnad bedömning är att låta det vara styrande för utformningen av MKBn. Enligt lagtexten (6 kap. 7 § 4 st.

<sup>74</sup> Ansökan omfattar verksamheten i sin helhet, dvs. täktverksamheten, vattenverksamheten (grundvattenbortledning). För det fall miljödomstolen skulle bedömas att täkten är tillstånds-pliktig enligt 7 kap. 28 a § MB, omfattar ansökan även en sådan prövning (ansökan 2006-04-28, aktbil. 1 i miljödomstolen i Stockholms (Nacka TR) mål nr 1826-07).

<sup>75</sup> Lindblom, P H: Miljöprocess II. Iustus 2002, s. 735.

MB) ska ju beskrivningen innehålla de uppgifter som behövs för att möjliggöra en prövning enligt 7 kap. 28 b §, dvs. en samordnad bedömning. Det innebär att MKBn inte kan begränsas till bara det projekt som ansökan avser, utan måste omfatta även konsekvenserna av sådana verksamheter/projekt som har ett ekonomiskt, tekniskt eller annat samband med detta. Även i det avseendet blir det alltså tydligt att det inte är sökanden som styr processen, utan de materiella kraven i balken. Utifrån en sådan ”integrerad” MKB är det därefter möjligt för prövningsorganet eller prövningsorganen att göra en samlad bedömning av påverkan på Natura 2000-intresset. Hur långt detta krav kan föras är givetvis något som kan diskuteras. Helt klart bör detta synsätt åtminstone sätta stopp för en uppdelning av prövningen av en verksamhet efter olika störningsformer.

Sedan menar jag att den avgränsning som MÖD gjorde i Bunge-målet är tveksam. Som framgått ovan (avsnitt 7.1), verkar visserligen de svenska förarbetena vara öppna för en uppdelning av en verksamhet i flera mindre delar, så länge som detta är tekniskt möjligt. I denna del framstår uttalandena emellertid som närmast bagatelliserande av EU-kommissionens kritik, som ju föranledde 2001 års lagstiftningsarbete. Motsvarande tveksamhet återspeglas i andra skrivelser, t.ex. de om påverkan av verksamheter som bedrivs utanför ett Natura 2000-område. Mot bakgrund av att frånvaron av en samordnad bedömning var ett av huvudnumren i kommissionens kritik av det svenska systemet,<sup>76</sup> hade det varit välkommet om MÖD hade utvecklat sin syn på saken. Om det är den tekniska möjligheten som avgör om det ska göras en samordnad bedömning eller inte har ju lagstiftningsärendet knappast medfört något nytt. En jämförelse kan också göras med skrivningarna i Tolkningssguiden där det sägs att rena ”policyuttalanden” inte omfattas av kravet på samordnad bedömning, men väl sådana planer och projekt som *faktiskt föreslagits*.<sup>77</sup> I Murgia Alta uttalade EG-domstolen dessutom att en miljöbedömning krävs när planeringen för ett projekt är så preciserad att det passerat ”det inledande administrativa reflektionsstadiet”.<sup>78</sup> Till detta kan läggas att i den situation som var vid prövningen av Bunge-täkten, framstod skälen emot en samordning inte som särskilt tunga.<sup>79</sup>

Jag anser vidare att Natura 2000-reglerna inverkar på tolkningen av kumulationsregeln i 21 kap. 3 § MB. Om möjligheterna till kumulation i övrigt är uppfyllda – det måste ju exempelvis vara en och samma sökande till de olika projekten – bör regeln trots dess fakultativa ordalydelse betraktas som tvingande i situationer som omfattas av 7 kap. 28 b §. Är det exempelvis fråga om ”olika” projekt som i Södra Sandby och kan de inverka på Natura 2000-intresset, måste

<sup>76</sup> Se Ds 2000:29 s. 75 och prop. 2000/01:111 s. 40.

<sup>77</sup> Tolkningssguiden 2000 s. 33, jfr med s. 35. Se även EG-domstolens dom i det irländska ”Salami-målet” (C-392/97, pp. 76 och 82). Jämför också med skrivningarna i MB-kommentaren s. 7:75: ”varvid man också får beakta inverkan av andra verksamheter och åtgärder – inte bara sådana som pågår vid tillfället utan också sådana som planeras.”

<sup>78</sup> Murgia Alta (C-179/06), p. 41.

<sup>79</sup> Det skilde tre månader mellan miljödomstolens dom och ansökan om den fullskaliga täkten.

någon ta ansvar för att det görs en samordnad bedömning. Eftersom miljödomstolen med dagens regler inte kan hänskjuta denna bedömning till länsstyrelsen, måste den själv ta ansvaret för detta genom att förordna att målen/ärendena handläggs gemensamt. En sådan kumulation kan göras av domstolen ex officio utan yrkande från sökanden. Det bör dock knappast vara något problem för domstolen att övertyga sökanden om det riktiga i en sådan ordning, eftersom alternativet är att tillstånd enligt Natura 2000-reglerna inte kan meddelas (och därför inte heller något annat tillstånd).

Det finns flera exempel på hur de materiella reglerna kan uppnås genom processuell fantasi.<sup>80</sup> Jag menar emellertid att det är tveksamt om detta räcker. Det är som sagt en mängd situationer där prövningsordningen omöjliggör en samordnad bedömning och det är heller inte vare sig möjligt eller rimligt att lägga detta ansvar på domstolarna. Målet om Södra Sandby illustrerar ju också en annan och mera allmän tveksamhet i systemet. Om Natura 2000-intresset bevakas av enskilda, kan sökanden stänga processen genom att köpa ut dessa. Avslutningsvis vill jag därför återigen flagga för den ordning de lege ferenda som jag diskuterade i avsnitt 5.5. Genom att frågan om ett projekts påverkan på ett Natura 2000-område överlämnas till länsstyrelsen, blir det den myndigheten som får bedöma hur den fortsatta tillståndsprövningen ska ske. Länsstyrelsen bör då inledningsvis kunna ta ställning till om MKBn är tillräcklig för att göra en Natura 2000-bedömning enligt 7 kap. 28 b §. Vidare bör prövningsordningen enligt 7 kap. 29 b § göras flexibel. Länsstyrelsen bör kunna bestämma i vilken utsträckning olika projekt kan bedömas var för sig eller om det krävs en samordnad prövning. Om det senare blir fallet, bör också länsstyrelsen kunna bestämma vilken myndighet/domstol som meddela tillståndet. En sådan ordning skulle inte bara möta kraven från art- och habitatdirektivet, utan även förenkla hanteringen för de inblandade.

## 8. Möjligheten till domstolsprövning

### 8.1 Inledning

De projekt och planer som kan påverka Natura 2000-områdena kan vara både små och stora. Tillståndsprövningar enligt 7 kap. 28 a § kan anhängiggöras i såväl länsstyrelse som miljödomstol. De största av projekten kan även tillåtlighetsprövas av regeringen enligt 17 kap. MB. Som framgått av diskussionen ovan

<sup>80</sup> Ett tydligt sådant exempel, som inte har med Natura 2000 att göra, var när MÖD definierade två vindkraftverk som en tillståndspliktig ”grupstation” eftersom de låg inom samma störningsområde för grannarna. De två verken hade anmälts till miljönämnden i Skurup som hade accepterat lokaliseringen. MÖD förbjöd dock uppförandet med mindre att tillstånd hade meddelats (MÖD 2003:58).

är reglerna komplicerade och bygger i allt väsentligt på de EG-rättsliga direktiven. Frågan om att begära förhandsavgörande av EG-domstolen enligt art. 234 Romfördraget kan därför komma att aktualiseras i många av dessa mål. Hittills har den emellertid bara kommit upp i målet om Botniabanan. Där spelade den dock huvudrollen bland de juridiska knäckfrågorna.

## 8.2 Botniabanan

Förutsättningarna för tillstånd till ett projekt som skadar ett Natura 2000-område är stränga. Det ska vara fråga om en verksamhet som måste genomföras av tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse och det saknas alternativa lösningar för att uppnå syftet. Dessutom måste den skada som orsakas vara möjligt att kompensera så att syftet med att skydda Natura 2000-området ändå kan tillgodoses (art. 6.4 art- och habitatdirektivet och 7 kap. 29 § MB).<sup>81</sup> I 17 kap-ärendet om Botniabanan ansåg regeringen att de två första förutsättningarna gällde, något som också EU-kommissionen godtog. Denna utgångspunkt har emellertid varit kontroversiell genom hela målet. Sakägarna och miljöorganisationerna hävdade att tolkningen strider mot kommissionens egen tolkningsguide, där det anges att bedömningen av tillgängliga alternativ ska göras utifrån ekologiska kriterier och att andra, t.ex. ekonomiska, inte får gå före.<sup>82</sup> Mot denna bakgrund krävde klagandena i målet att förhandsavgörande skulle inhämtas från EG-domstolen om hur dessa skrivningar i art- och habitatdirektivet ska förstås. I MÖD avslogs yrkandet med följande motivering.<sup>83</sup>

”Mot bakgrund av prövningens omfattning saknas skäl att inhämta förhandsavgörande beträffande frågan om alternativa lösningar såvitt avser järnvägssträckningen. Inte heller i övrigt anser Miljööverdomstolen att det nu föreligger skäl att inhämta ett förhandsavgörande.”

Det intressanta i detta uttalande ligger i att avslaget inte är motiverat av att domstolen gjort någon egen bedömning av förutsättningarna för tillstånd enligt 7 kap. 29 §, utan av ”*prövningens omfattning*”. MÖD såg sig alltså förhindrad att överpröva regeringens ställningstagande i den delen.

<sup>81</sup> Länsstyrelsen i Dalarna (beslut 2006-10-20, dnr 521-6645-06) ansåg att samtliga dessa förutsättningar var uppfyllda för utbyggnaden av en skidanläggning på fjället Städjan i Älvdalen. Det var majoriteten i den politiska styrelsen som tog beslutet medan samtliga tjänstemän – däribland länsrådet – anmälde skiljaktig mening. Ärendet överlämnades därefter till regeringen för prövning enligt 7 kap. 29 § MB. Regeringens avslag kom ”med vändande post”; regeringen ansåg dels att det bör finnas alternativa sätt att främja en ”hållbar utveckling av glesbygden i norra Dalarna” som inte påverkade Natura 2000-områden, dels att projektet inte utgjorde ett sådant allmänintresse som kunde motivera undantag (2007-03-08, dnr M2006/5789/F/M).

<sup>82</sup> Tolkningsguiden 2000 s. 43.

<sup>83</sup> Beslutet s. 34.

Att tillståndsmyndigheten är bunden av regeringens beslut i en föregående 17 kap-prövning är inte något som framgår av lagtexten. Det finns visserligen en sådan bestämmelse i 11 kap. 23 § med innebörden att tillstånd ska meddelas, under förutsättning att väsentlig olägenhet enligt 2 kap. 9 § inte uppstår. Paragrafen gäller emellertid endast för vattenverksamheter. När det gäller övriga tillstånd enligt balken finns inte någon uttrycklig regel.<sup>84</sup> Med hänvisning till förarbetena och till Miljöbalkskommentaren,<sup>85</sup> ansåg MÖD emellertid att motsvarande gäller för alla slags tillstånd enligt miljöbalken; en tillåtlighetsprövning är ett led i den normala tillståndsprövningen som då blir begränsad till frågor som inte avgjorts av regeringen.

När det sedan gällde förhållandet mellan tillåtlighetsbeslutet om Botniabanan och tillståndsfrågan enligt Natura 2000-reglerna i det aktuella målet, uttalade domstolen att detta skulle bedömas utifrån tre faktorer; innehållet i regeringens beslut, prövningsordningen för Natura 2000-tillstånd och möjligheten till domstolsprövning. När det gällde innehållet i regeringens beslut, pekade man på att vid en tillåtlighetsprövning sker en bedömning enligt miljöbalkens samtliga regler. Den grundläggande frågan om verksamhetens lokalisering kan därför inte avgöras utan att man samtidigt tar ställning till Natura 2000-frågan, vilket tydliggjordes av handläggningen av ärendet om Botniabanan. Av regeringens beslutsskäl framgick att järnvägsdragningen ansågs tillåtlig enligt dessa regler, men också att villkor om kompensationsåtgärder skulle fastställas i den efterföljande tillståndsprövningen.

Angående prövningsordningen för Natura 2000-tillstånd pekade MÖD på att de svenska reglerna tillkom för att garantera genomförandet av art- och habitatdirektivet. Ingenting tydde emellertid på att syftet var att tillståndsmyndigheten skulle göra en från regeringen självständig bedömning. Däremot föreskrevs hinder mot att meddela tillstånd i den aktuella situationen om inte regeringen lämnat sin tillåtelse. Slutsatsen blev därför att den särskilda prövningsordningen för Natura 2000 inte utgjorde skäl att frånga principen om tillståndsmyndighetens bundenhet av regeringens tillåtlighetsbedömning.

Slutligen bedömde MÖD om rätten till domstolsprövning enligt Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR) och Århuskonventionen<sup>86</sup> kunde påverka frågan om bundenhet. Här var ju bakgrunden att Regeringsrätten hade nekat de enskilda klagandena domstolsprövning av regeringens tillåtlig-

<sup>84</sup> Vilket det däremot gjorde i föregångaren, 1969 års miljöskyddslag (1969:387, ML). I 2 § 2 st. ML stadgades att om regeringen enligt 4 kap. naturresurslagen (1987:12, föregångaren till 17 kap. MB) hade prövat frågan om tillstånd till en anläggning eller åtgärd, var beslutet bindande för ML-prövningen.

<sup>85</sup> Beslutet s. 27 med hänvisning till prop. 1997/98:45 del 1 s. 443 och MB-komentaren, del II s. 17:3.

<sup>86</sup> FN/ECE:s konvention om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor, UN Doc. ECE/CEP/43 (1998).

hetsbeslut med hänvisning till att det inte säkert gick att fastställa om de var berörda. Vidare hänvisade domstolen till att de som verkligen var sakägare kunde begära rättsprövning av regeringens beslut i det efterföljande ärendet om järnvägsplan. I denna del anslöt sig MÖD till Regeringsrättens uppfattning. Man hänvisade till att det i järnvägsplaneärendet sker en avvägning mellan allmänna och enskilda intressen och att en fördjupad MKB genomförs. Därför ansåg MÖD att de enskildas möjlighet att begära rättsprövning av detta beslut tillgodoser deras rätt till domstolsprövning.

Domstolens slutsats i frågan om tillståndsmyndigheternas bundenhet till regeringens beslut i tillåtlighetsprövningen blev därför:<sup>87</sup>

”Med anledning av Banverkets ansökan enligt 17 kap. miljöbalken har regeringen tagit ställning till tillåtligheten av järnvägsdragningen på aktuell sträcka. Vid denna prövning har regeringen haft att pröva förutsättningarna för att tillåtlighet enligt samtliga bestämmelser i miljöbalken. Sedan regeringen meddelat sitt beslut angående tillåtlighet är det tillståndsmyndighetens, dvs. länsstyrelsens eller miljödomstolens, uppgift att efter ansökan från verksamhetsutövaren meddela erforderliga tillstånd. Tillståndsmyndigheten kan då inte sätta ifråga regeringsbeslutet att ingreppet i och för sig är tillåtligt och förenligt med bestämmelserna för när tillstånd kan ges. Däremot skall tillståndsmyndigheten, i den mån regeringen inte har gjort det, pröva frågor om villkor m.m.”

Detta var alltså bakgrunden till att prövningen i MÖD blev begränsad till att fastställa de närmare kompensationsåtgärderna. I denna fråga hade ju regeringen inte slutligt tagit ställning.

### 8.3 Diskussion

Här är det två frågor som jag vill lyfta fram särskilt. Den första gäller förhållandet mellan bundenheten och rätten för enskilda och organisationer till domstolsprövning. Den andra gäller den svenska prövningsordningen och EG-rätten.

På ett allmänt plan delar jag MÖDs uppfattning att regeringens tillåtlighetsbeslut är bindande vid myndigheternas tillståndsprövning. Systematiska skäl talar för det, liksom uttalanden i förarbetena och det faktum att någon förändring av den ordning som föregick balken inte verkar vara avsedd. Frånvaron av en allmängiltig regel om bundenhet framstår som en lagteknisk lapsus. Mera problematiskt är att domstolen är så kategorisk i sina uttalanden. Miljöbalken innehåller ju stora möjligheter för regeringen att tillåtlighetspröva olika verksamheter. Förutom de obligatoriska fallen – däribland järnvägar – finns fortfarande omfattande möjligheter för regeringen att förbehålla sig sådan prövning. För Natura 2000-områdena utlöses detta redan av att en verksamhet ”kan antas mer än obetydligt skada naturvärdena inom området” (17 kap. 3 § 1 st. 2 p.). Dessutom kan kommunerna i en rad situationer begära att regeringen gör sådant förbehåll

<sup>87</sup> Beslutet s. 29.

(17 kap. 4 a §).<sup>88</sup> Vid 17 kap-prövningen kan regeringen välja att ”lyfta in” alla slags frågor enligt miljöbalken och därmed uppnå bundenhet i den efterföljande tillståndsprövningen. I den enda regel som finns om förhållandet mellan tillåtlighetsprövningen och tillstånd – den i 11 kap. 23 § MB – finns en gräns för bundenheten; den gäller inte om väsentlig olägenhet enligt 2 kap. 9 § MB kan uppstå. Motsvarande gräns finns inte för den allmängiltiga regel som MÖD nu har funnit. Hårdraget innebär det att oavsett vad regeringen hittar på i sitt beslut, kan en domstol inte överpröva detta. En sådan inställning är problematisk i förhållande till de förpliktelser som Sverige har enligt EG-rätten och internationella konventioner. De viktigaste förpliktelserna i detta sammanhang rör enskildas och organisationers processuella rättigheter, främst möjligheten till domstolsprövning. Det kan emellertid också uppstå en situation där regeringens rättstillämpning strider mot klar EG-rätt. Jag menar att då måste det nationella systemet bjuda på en möjlighet till överprövning.

När det gäller möjligheten till domstolsprövning – som fr.o.m. den 1 juli 2006 gäller för beslut som rör enskildas civila rättigheter och skyldigheter enligt EKMR samt miljöorganisationer med avseende på tillstånd enligt art. 9.2 Århuskonventionen<sup>89</sup> – är denna svår att förena med en kategorisk inställning till bundenhet. MÖDs resonemang måste ju rimligen innebära att motsvarande bundenhet gäller i förhållande till beslutet om järnvägsplan.<sup>90</sup> Och konsekvenserna av denna bundenhet har domstolen redovisat i sina domskäl då den uttalat att det – *mot bakgrund av prövningens omfattning* – saknas skäl att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen. Med andra ord, MÖD anser att enskilda och organisationerna får nöja sig med domstolsprövning i ett läge där prövningens omfattning är begränsad till sådana frågor som regeringen har lämnat kvar. Detta menar jag strider emot kravet en effektiv domstolsprövning som följer av såväl EKMR och Århuskonventionen som EG-rätten.<sup>91</sup> Att sedan denna inställning har varit i Regeringsrättens säck före den kom i MÖDs påse gör inte saken bättre. Redan när Regeringsrätten avvisade de enskildas begäran om rättsprövning av regeringens tillåtlighetsbeslut väckte det uppmärksamhet. Rätten enligt EKMR till en domstolsprövning som är något annat än en ren formalitet kan ju rimligen inte göras beroende av att domstolen kan säkert fastställa att sökanden är sakägare. Till detta kommer att MÖD nu har tagit ställning för en allomfattande bundenhet. Dessutom har Sverige efter Regeringsrättens beslut ratificerat Århuskonventionen. I konventionen förpliktas undertecknande länder att säker-

<sup>88</sup> Detta skedde t.ex. i ärendet om Stådjan (se not 81), där Länsstyrelsen i Dalarna begärde att regeringen skulle ge sin tillåtelse till projektet enligt 7 kap. 29 §. Dessutom begärde sökanden att regeringen skulle lyfta frågan för prövning enligt 17 kap. Som framgår ovan, tillmötesgick regeringen inte något av dessa krav.

<sup>89</sup> 2 § i lag (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.

<sup>90</sup> I JärnvL är tillåtlighetsprövningen en del i Banverkets handläggning av järnvägsplanen och regeringens beslut bindande för den efterföljande prövningen (prop. 1997/98:45 del 1 s. 443).

<sup>91</sup> Se t.ex. Wilson-målet (C-506/04).

ställa att de enskilda som *kan* beröras av tillståndsbeslut enligt art. 9.2 har en möjlighet till effektiv domstolsprövning.<sup>92</sup> Samma möjligheter ska miljöorganisationerna. Detta förhållande nämns bara i förbifarten i MÖDs beslut, vilket är anmärkningsvärt. Århuskonventionens inverkan på rättstillämpningen i det konkreta fallet borde åtminstone ha diskuterats.

Vidare tror jag att domstolens förståelse av den svenska prövningsordningen kan innebära problem med den materiella EG-rätten. Domstolen anser att bundenheten täcker varje fråga som är bedömd och gäller oavsett hur beslutet ser ut. Ett sådant synsätt utesluter att tillståndsmyndigheten inhämtar förhandsavgörande från EG-domstolen. Att det inte är någon idé att efterhöra EG-domstolens uppfattning i en fråga som är färdigtolkad illustreras ju i Botniabanan. Detta synsätt gäller dock även i situationer där det är tydligt att regeringens rättstillämpning strider mot klar EG-rätt. En sådan situation kan vara att regeringen uttalar att tillstånd enligt Natura 2000-reglerna inte behövs, trots att tillståndspflicht råder. Man kan vidare tänka sig en rad andra situationer då regeringen har att bedöma centrala delar av EU:s miljö rätt som IPPC-direktivet, MKB-direktivet m.fl. Nu finns det visserligen inte någon EG-rättslig regel – vare sig i art- och habitatdirektivet eller i det allmänna regelverket – som säger att varje fråga inom gemenskapen ska vara möjlig att lyfta till EG-domstolen. Fråga är emellertid om inte en nationell prövningsordning som konsekvent utesluter förhandsavgörande strider emot de allmänna förvaltningsrättsliga principer som utvecklats inom gemenskapen. Kravet på domstolskontroll av myndigheters beslut är ju en sådan princip, som ”bygger på författningstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna”.<sup>93</sup> I detta krav bör ju rimligen ligga att kontrollen ska vara effektiv på så vis att den avser samtliga delar av myndighetens beslut som har EG-rättslig relevans. Av denna möjlighet att överpröva beslutet i dess helhet, följer att vägen till förhandsavgörande måste vara öppen.

Nu kan man givetvis invända att just Natura 2000-reglerna bygger på att EU-kommissionens har lämnat sitt klartecken.<sup>94</sup> Det kan emellertid knappast vara tillräckligt eftersom EG-rätten bygger på att det är EG-domstolen och ingen annan som har sista ordet vid tolkning av gemenskapens regler. EU har också tillträtt Århuskonventionen, vilket innebär att det privilegium som kommissionen faktiskt har att agera på vissa områden – t.ex. att väcka talan om fördragsbrott enligt art. 226 i Romfördraget – nu har kompletterats av motsvarande möjligheter för miljöorganisationer.<sup>95</sup> Syftet är att ge miljöorganisationerna ett ökat

<sup>92</sup> Art. 9.2, jfr med art. 2.5 och art. 6.1 Århuskonventionen.

<sup>93</sup> Se EG-domstolens dom i Borelli-målet (C-97/91 p. 14).

<sup>94</sup> Denna argumentationslinje är tydlig i Banverkets talan. Miljööverdomstolen går på Banverkets linje ifråga om bundenheten, men lyfter inte fram kommissionens roll särskilt.

<sup>95</sup> Genom den s.k. Århusförordningen (32006R1367 parlamentets och rådets förordning (EG) nr 1367/2006 av den 6 september 2006 om tillämpning av bestämmelserna i Århuskonventionen om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor på gemenskapens institutioner och organ).



inflytande. Då kan bl.a. den situation som uppstått i Botniabanan undvikas, nämligen att de nationella regeringarna och kommissionen ”pratar ihop sig” om en uppfattning som inte är möjlig att ifrågasätta rättsligt.<sup>96</sup>

#### 8.4 Förhandsavgörande?

Vad som i sak kan motivera en begäran om förhandsavgörande från EG-domstolen i Botnia-målet är frågan om undantag enligt 7 kap. 29 §. Sådant undantag får som sagt göras om det saknas alternativ, om åtgärden/verksamheten måste genomföras av tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse och om skadan kan kompenseras. Den sista förutsättningen lämnar jag därhän. Utrymmet för en domstol eller annan myndighet att göra en överprövning av något som riksdagen eller regeringen har bedömt vara av tungt vägande allmänt intresse är begränsat. Jag är av den åsikten att så bör det också vara, oavsett om det är fråga om en järnvägsdragnings eller stängningen av ett kärnkraftverk.<sup>97</sup> Den återstående frågan om tillgängliga alternativ kan därmed bli avgörande.

I denna del argumenterade regeringen inför EU-kommissionen att det saknas *ekonomiskt bärkraftiga* alternativ, vilket kommissionen godtog. Frågan är emellertid i vilken utsträckning som ekonomin kan få vägas in i alternativbedömningen. Det är tämligen klart att ekonomin måste få vägas in på så vis att alternativen inte får vara ekonomiskt *orimliga*.<sup>98</sup> Det bör vara fråga om tekniskt och ekonomiskt genomförbara lösningar. Var gränsen går och hur dessa beräkningar ska göras är emellertid oklart. Regeringens tolkning möjliggör ju ytterst vittgå-

<sup>96</sup> Det kan emellertid diskuteras om det är tillräckligt med den nya EG-förordningen för att uppnå denna effekt, se EG-domstolens uppmärksammade avgörande i det s.k. Paraquat-målet (EGD 2005-11-28 i mål nr T-94/04).

<sup>97</sup> I rättsprövningen av regeringens beslut om Barsebäck 1 (RÅ 1999 ref 76) argumenterade Sydkraft m.fl. sökande att stängningen inte var motiverat av ett tungt vägande allmänt intresse. Regeringsrätten underkände argumentet, väsentligen med hänvisning till riksdagens uppfattning.

<sup>98</sup> Michanek & Zetterberg uttrycker det som så, att alternativen inte får vara ”i praktiken helt orealistiska” (Michanek, G & Zetterberg, C: Den svenska miljörätten. Iustus 2004, s. 222 f.). Se även de Sadeleer s. 248 och NV-handboken s. 63. I Tolkningssguiden 2007 (s. 6 f.) backar kommissionen något i skrivningarna och anger andra bedömningskriterier, t.ex. ekonomiska kriterier, *inte får väga tyngre än de ekologiska kriterierna*. Man pekar också på att GA Kokott i mål C-239/04 anser att det inte finns någon följordning mellan bedömningen av alternativ och allmänintressen. I Tolkningssguiderna förespråkas emellertid att bedömningen av det allmänna intresset ska göras efter det att tillgängliga alternativ har bestämts. I 2007 års version ges också en redogörelse för beslut av kommissionen där man ansett att undantagsregeln i art. 6.4 i art- och habitatdirektivet varit tillämplig (s. 8 f.); motorväg genom Peendalen (Ty), utvidgning av hamnen i Rotterdam (NL), utvidgning av Daimler Chrysler Aerospace Airbus flygindustri i Hamburg-Finkenwerder (Ty), höghastighetslinjen TGV Öst (Fr), översiktsplan för kolgruvan Prosper Haniel (Ty) och dammprojektet La Breña (Spa).

ende undantag från Natura 2000-bestämmelserna och detta är givetvis kontroversiellt.

Denna fråga är så pass central att förhandsavgörande borde ha inhämtats från EG-domstolen. Systematiska skäl talar för att detta borde ha skett senast i MÖD. Främst därför att det är här som kunskapen och erfarenheten om Natura 2000 finns. All rättspraxis i dessa frågor är formulerad av MÖD. Högsta domstolen har ännu inte bedömt något Natura 2000-mål och förutsättningarna för att man ska hamna rätt i dessa komplicerade frågor – utan tillgång till vare tekniker eller naturvetare – får nog sägas vara begränsad. Det andra är tidsaspekten. Om nu MÖD skulle anse att det finns skäl att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen i ett stort Natura 2000-mål, kommer man att möta den ständigt närvarande invändningen om det pressade tidsschemat. Detta är givetvis en viktig faktor att räkna med, även om jag har svårt att inse att den skulle enbart gälla i Sverige. I många fall kan man dock väga in att målet ändå har lång väg att gå, något som ju har illustrerats av Botnia-målet. Om miljödomstolen eller MÖD begär förhandsavgörande tidigt i sin handläggning av ett sådant mål, blir tidsförlusten mindre jämfört med om detta sker i ett betydligt senare skede av Högsta domstolen.

### 8.5 Förslag till lösning

Som framgått är jag tveksam till MÖDs resonemang om bundenheten och rätten till domstolsprövning. Jag ställer mig också frågande till om den svenska prövningsordningen i dess nya förståelse är förenlig med EG-rätten. Jag menar att man måste bestämma sig; antingen erbjuds en möjlighet för såväl enskilda som miljöorganisationer att begära rättsprövning av regeringens inledande tillåtlighetsbeslut, eller förser man bundenheten med en "EU-ventil". Innebörden av en sådan är att tillståndsmyndigheten kan inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen om regeringens beslut framstår som EG-rättsligt tveksamt. Risken är annars att vi hamnar i en situation med klar "Allard-faktor", dvs. att alla gör "rätt" men ändå hamnar vi fel.<sup>99</sup> Det enklaste sättet att komma till rätta med detta är troligen att lagstifta om en möjlighet att begära rättsprövning av regeringens tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. MB. En sådan lösning framstår också som den lämpligaste med tanke på att de EG-rättsliga aspekterna kan problematiseras i domstol redan i planeringsskedet. Om domstolsprövningen kommer in i ett senare skede är, det alltför lätt hänt att "rätten" hamnar i kläm mot tidsfaktorn.

<sup>99</sup> I målet Inga Allard /. Sverige i Europadomstolen fälldes Sverige för brott mot art. 1 i första tilläggsprotokollet till EKMR (Europadomstolens dom 2003-06-24 i mål nr 35179/97, se även Svensk Juristtidning 2003 s. 708 för kommentar av Danelius). Domstolen kritiserade särskilt det faktum att *den sammantagna effekten* av de åtgärder som Allard blivit utsatt för var oproportionerliga och därför utgjorde en konventionskränkning.

Tidsargumenten blir ju lätt framträdande vid prövningen av större projekt, som både Hallandsåsen och Botnia-banan illustrerar.

När det gäller miljöorganisationerna, fyller troligen den nya rättsprövningslagen detta ändamål. Visserligen har regeringen uttalat att 17 kap-besluten inte ska ses som art. 9.2-tillstånd i detta sammanhang.<sup>100</sup> Mot bakgrund av MÖDs resonemang om bundenhet, framstår en sådan inställning numera som ohållbar.<sup>101</sup> Det finns också EG-rättsliga exempel som visar att när ”ett” beslut är uppdelat i flera, tidpunkten för ”bundenhet” är avgörande för beslutets rättsföljder.<sup>102</sup> När det gäller de enskildas rätt till domstolsprövning är frågan mera problematisk. Mot bakgrund av Regeringsrättens svårigheter att bestämma vilka som var sakägare i beslutet om Botniabanan, kräver detta dock en särskild skrivning om vilka som kan begära rättsprövning i dessa situationer (”kan antas bli berörd” eller liknande).

Ett annat sätt vore att införa en allmängiltig regel om tillåtlighetsbeslutens bindande effekt, dock försedd med ventiler för väsentliga olägenheter enligt 2 kap. 9 § MB och möjligheten att inhämta förhandsavgörande av EG-domstolen i enlighet med art. 234 Romfördraget. Den bästa lösningen vore nog att göra både ock.

## 9. Slutord

I denna andra del av ”Natura 2000 i Sverige” har jag diskuterat några processuella problem vid tillämpningen av art- och habitatdirektivet i Sverige. Diskussionen har varit inriktad på frågor kring miljöbedömningar och MKB-krav, tillståndspliktens utformning och skadebegreppet, kravet på samordnad bedömning och domstolsprövning. Dessa frågor är givetvis inte bara svenska och vi har mycket att lära på att ta del av andra länders erfarenheter på området. I den internationella rättsvetenskapliga litteraturen förs en livlig diskussion och där bör även svenska författare delta. Regelverket kring Natura 2000 nödvändiggör också en tätare kontakt mellan rättsvetenskapen och naturvetenskapen, mellan jurister och biologer. Många av de frågor som berörs kan inte besvaras utan en sådan diskussion mellan disciplinerna. Så är fallet redan idag och det kommer att bli allt tydligare ju större förståelse vi får för de krav som Natura 2000-reglerna ställer på beslutsfattandet. Detta gäller inte minst då vi närmar oss den

<sup>100</sup> Prop. 2004/05:65 s. 81.

<sup>101</sup> Se t.ex. kommissionens skrivningar om planer och program i Tolkningsguiden 2000 s. 31.

<sup>102</sup> I målet om Ponta do Abano i Portugal godkändes ett exploateringsföretag (återigen en golfanläggning!) i ett Natura 2000-område, först genom ett centralt beslut, därefter genom ett kommunalt beslut. Då det centrala beslutet var bindande för det efterföljande och då det fattades innan implementeringsfristen för art- och habitatdirektivet hade gått ut (det kommunala togs efter), drog kommissionen tillbaka sin talan i den delen (C-117/02, p. 36 och 49).

andra sidan av Natura 2000-reglerna, den som omfattar det renodlade artskyddet i art. 12 och 16 i art- och habitatdirektivet.<sup>103</sup> Även den debatt som säkert kommer att föregå 2010 års översyn av reglerna på EU-nivå kommer att kräva grundläggande kunskaper om biologiska och ekologiska förhållanden. Min förhoppning är att dessa två artiklar kan ge ett rättsvetenskapligt bidrag till den debatten.

<sup>103</sup>I februari 2007 kom kommissionens ”Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/EEC” (EK 2007).