

MILJÖVÅRDSKRAVEN I TIDEN (II)

Av Jan Darpö

Inledning

Denna artikel är en fortsättning på den diskussion om retroaktivitet som jag påbörjade i föregående nummer av FT. I detta nummer övergår jag till inhemsk rätt, närmare bestämt miljöbalkens regler om ansvar för förorenade områden och frågan om miljökraven i tiden. Inriktningen är att diskutera hur de EG-rättsliga kriterierna om retroaktiv lagstiftning inverkar på den närmare avgränsningen av skyldigheten för lagens adressater att undersöka och efterbehandla dessa områden. Vad som därvid måste beaktas är vilka likheter och olikheter som finns mellan de situationer som behandlats i EG-rättslig praxis och de som är typiska för efterbehandlingsfallen.

Artikeln är uppdelad i tre delar. Först kommer en redogörelse för lagstiftningsarbetet med miljöbalken. Därefter följer en kortfattad genomgång av rättsläget när det gäller ansvar för förorenade områden i andra europeiska länder. I det sista avsnittet diskuteras frågan de nya reglerna i miljöbalken mot bakgrund av den europarättsliga uppfattningen om retroaktiv lagstiftning.

Miljöbalken

Inledning

Klippan-domen kom under departementsbehandlingen av förslaget till miljöbalk.¹ Domen fick stor uppmärksamhet och regeringen reagerade omedelbart för återställa rättsläget till vad man uppfattade hade gällt tidigare. Ett förslag framfördes om en särskild övergångsregel kopplad till det reparativa ansvaret enligt balken och den antogs av riksdagen trots invändningar från Lagrådet. Innan jag går in på de närmare resonemangen i lagstiftningsärendet, redogör jag för några förvaltningsbeslut som kom efter Klippan-domen

¹ SOU 1996:103.

och som gällde dessa frågor, samt beskriver de av miljöbalkens regler som är intressanta i sammanhanget.

Klippan-domens betydelse

Som redovisades i föregående artikel, innebar Regeringsrättens ställningstagande i Klippan- domen att 1969 års miljöskyddslag (ML) i dess lydelse före den 1 juli 1989 inte kunde anses medföra något efterbehandlingsansvar för den som hade avslutat eller överlåtit verksamheten före denna tidpunkt.² Detta uttalande av domstolen fick ett omedelbart och långtgående genomslag i myndighetspraxis när det gällde bedömningen de skyldigheter som följde av ML.

Så ansåg Länsstyrelsen i Stockholm att en miljöfarlig verksamhet, bestående av uppläggning av båtar i en båtklubbs regi, var avslutad eftersom platsen för uppläggningsen hade övergivits före det kritiska datumet.³ Detta beslut ändrades dock av Koncessionsnämnden (KN) som menade att man måste se till båtklubbens verksamhet i sin helhet och att denna var inte avslutad.⁴

I ett något senare beslut ansåg däremot nämnden att Klippan-avgörandet hade bäring i ett ärende som gällde samma företags verksamhet vid ett annat pappersbruk, Klippan i Böksholm.⁵ I ärendet hade tillsynsmyndigheten krävt att bolaget skulle utföra undersökningar av ett vattenområde som hade skadats av företagets olagliga utsläpp mellan åren 1954 och 1970. Utsläppen var inte bara i strid emot då gällande regler, verksamheten hade inte heller – till skillnad från Klippan i Nyboholms bruk – något tillstånd enligt dåvarande miljölagstiftningen. KN ansåg emellertid att Regeringsrättens avgörande i det första Klippan-målet innebar att krav över huvud taget inte kunde ställas på verksamheter som avslutats före 1989. Att tillsynsmyndighetens föreläggande hade avsett att företaget skulle göra rätt för sig efter ett lagstridigt agerande, inverkade inte på den bedömningen, menade KN. Detta ställningstagande från nämnden innebar att Regeringsrättens tolkning av ML:s kravregler kom att omfatta två ytterligare situationer där det tidigare hade bedömts att reparativa krav kunde ställas efter det att verksamheten

² RÅ 1996 ref. 57.

³ Länsstyrelsens i Stockholm beslut den 5 juli 1996 (dnr. 248-96-2907), Stockholms segelsällskap på Ekerö.

⁴ KN B 94/97 (SSS).

⁵ KN B 217/96 (Klippan i Böksholm). Ärendet är noggrannare redovisat i Darpö: Eftertanke och förutseende – en rättsvetenskaplig studie om ansvar och skyldigheter kring förorenade områden. Uppsala universitet 2001, avsnitt 1.2.1.

hade avslutats. Den ena situationen var att en verksamhet hade orsakat föroreningar på grund av överutsläpp eller annars olaglig hantering. B T Kemi-affären och dess rättsliga efterspel är det mest kända exemplet där detta bedömdes som möjligt.⁶ Den andra situationen rörde s.k. fria verksamheter, d.v.s. sådana utan tillstånd. Tidigare hade det ansetts gälla att reparativa krav kunde riktas emot dessa med stöd av förelägganden eller begäran om s.k. tillåtlighetsprövning.⁷ Enligt KN:s mening var följaktligen även denna möjlighet stängd genom Klippan-domen. Däremot har domen inte ansetts ha någon bärrighet på s.k. förvaringsfall (se nästa avsnitt).

Som ett sista exempel på rättsbildningen efter Klippan-domens tar jag Kammarrättens i Stockholm dom i ett rättsprövningsmål från 1998.⁸ Målet gällde ett av KN fastställt föreläggande enligt 7 § ML om att upphöra med utsläpp från en avloppsanläggning. I denna paragraf stadgades inledningsvis: ”*Avloppsvatten av följande slag får icke utsläppas i vattendrag, (...).*” Det var alltså fråga om en kravregel *för utsläpp*, som kompletterade de regler som gällde för *anläggningar* (4-6 §§). För de senare gällde att kravreglerna i och för sig var tillämpliga även på sådana verksamheter som var befintliga 1969, med undantag för de som då hade tillstånd enligt 1918 års vattenlag (ÄVL).⁹ Kravregeln för avloppsutsläpp gällde däremot direkt på så vis att vad som var tillåtet att släppa ut den sista juni 1969, blev otillåtet den 1 juli.¹⁰ KN:s beslut innehöll en redogörelse för detta rättsläge, vilket dock Kammarrätten i Stockholm inte riktigt verkade förstå. Med hänvisning till att själva avlopps-

⁶ Ett annat exempel är regeringens beslut om pappersbruket i Gästrik-Hammarby. Dessa ärenden är beskrivna Darpo: Ansvaret för efterbehandling av förorenade områden. Miljörättslig tidskrift, MRT 1996:2 s. 150, avsnitt 4.1.2-4.1.3 (på sid. 168-170). Det bör även nämnas att KN redan på den tiden när man avvisade Naturvårdsverkets reparativa krav på Ncb i Hörnefors, pekade på möjligheten att rikta sådana krav mot avslutade verksamheter (KN 34/87), se avsnitt 4.12.2 i ovan nämnda MRT-artikel (sid. 172-176).

⁷ 40 § 1 st. och 41 § ML. Eller som Lagrådet i 1989 års lagstiftningsärende uttrycker det: ”När det gäller icke tillståndsprövade verksamheter finns det möjlighet att meddela föreläggande enligt 40 eller 41 §. Paragrafernas ordalydelse medför att föreläggande kan meddelas, oavsett om den miljöfarliga verksamheten fortfarande pågår eller inte.” (prop. 1988/89:85 sid. 339f).

⁸ Kammarrättens i Stockholm dom av den 20 februari 1998 (mål nr. 10579-1995). Under KN:s sista år rättsprövades dess beslut enligt ML av denna domstol.

⁹ *Förprövningsplikten* gällde däremot endast vid nyanläggning. En annan sak var att vid tillämpningen av kravreglerna gentemot befintliga anläggningar skulle skälig hänsyn tas till företagets ekonomiska situation på så vis att de borde få längre tid på sig att uppfylla målen.

¹⁰ Se bl.a. Immissionsakkunniga (SOU 1966:65) sid. 87-88 och prop. 1969:28 sid. 214 ff och 301.

anläggningen var byggd före tillkomsten av ML, ansåg domstolen nämligen att det var oklart om det var fråga om tillämpning av retroaktiv lagstiftning och återförvisade därför ärendet till KN för klargörande motivering.¹¹ En sådan kom i juni samma år.¹² Nämnden inleder med att konstatera att ML trädde i kraft 1969 och att lagen är tillämplig på all användning av mark, byggnad eller anläggning som kan medföra förorening av miljön samt att verksamhetsutövaren är skyldig att vidta de skyddsåtgärder m.m. som skäligen kan fordras för att avhjälpa olägenhet. Man hänvisade vidare till lagens förarbeten där det uttalades att vattendomstolarnas tidigare praxis enligt ÄVL skulle vara vägledande för kravreglernas tillämpning gentemot befintliga anläggningar, och avslutar:¹³

”En miljöfarlig verksamhet faller således under lagens tillämpningsområde oavsett om den tillkom före eller efter miljöskyddslagens ikraftträdande. Enligt den praxis som hittills varit rådande, och vilken även har godtagits av förvaltningsdomstolarna, är det också på detta sätt som lagen har tillämpats under alla år den varit i kraft. Med stöd av vad som nu sagts finner KN att AS avloppsutsläpp är en miljöfarlig verksamhet, för vilken miljöskyddslagen är tillämplig. Att bygglov erhöles innan miljöskyddslagen trädde i kraft hindrar inte att ytterligare skyddsåtgärder eller förbud meddelas med stöd av lagen. KN vill med anledning av hänvisningen till rättsfallet RÅ 1996 ref 57 anmärka, att där förelåg en situation som inte har någon likhet med den förevarande; bl.a. hade den som förklarats skyldig att vidta åtgärder upphört med att driva verksamheten långt innan den lagändring som beslutet grundades sig på trätt i kraft.”

¹¹ Kammarrättens slutkläm i denna del löd (domen sid. 4): ”Det klandrade beslutet är bristfälligt genom att det inte ger uttryck för hur Koncessionsnämnden har resonerat när den inte godtagit AS invändning om otillåten retroaktiv tillämpning av lag”. Trots denna motivering, ligger det nära till hands att uppfatta Kammarrättens skäl för återförvisningen i denna del som att den syftade till ett *klargörande av rättsläget*, vilket nog får sägas vara en innovativ tillämpning av rättsprövningsinstitutet.

¹² KN B 119/98.

¹³ Beslutet på sid. 5f.

Preventiva och reparativa skyldigheter enligt miljöbalken

Miljöbalken (MB) trädde i kraft den 1 januari 1999.¹⁴ Ytligt betraktat kan regelverket karakteriseras som en sammansmältning av 16 miljölagar.¹⁵ Det faktum att balken har en mycket högt ställd målsättning och att de viktigaste miljörättsliga principerna är lagfästa, ger dock grund för att påstå att den svenska miljöretten nu har inträtt i ett nytt rättsläge. Till detta kommer flera andra nyheter av materiellt slag, varav reglerna om förorenade områden i balkens 10 kapitel här är av särskilt intresse. Dessa bestämmelser utgår från det efterbehandlingsansvar som ansågs gälla enligt ML, med vissa preciseringar och skärpningar. Samtidigt överfördes centrala regler i ML till balkens 9 kapitel, väsentligen oförändrade i de delar som är intressanta i detta sammanhang. På så vis kan man säga att det offentligrättsligt grundade miljöansvaret för förorenade områden bygger dels på de nya reglerna i 10 kap. MB, dels på samspelet mellan dessa regler och de i 9 kap. med traditioner från den äldre miljöretten.

ML grundade en allmän skyldighet för den som bedrev miljöfarlig verksamhet att vidta skäligen försiktighetsmått och skyddsåtgärder samt att avhjälpa sådan skada som uppkommit av verksamheten.¹⁶ Dessa övergripande plikter återfinns nu bland miljöbalkens allmänna hänsynsregler i 2 kapitlet (3, 7 och 8 §§). I den sistnämnda paragrafen framgår den internationellt vedertagna principen om att förorenaren ska betala ("PPP"). Den reparativa skyldighet som denna princip för med sig är vidareutvecklad i de särskilda ansvarsreglerna i 10 kapitlet. Ansvaret enligt dessa regler kan sägas vara uppdelat i två kretsar; i första hand ska den som bedrivit en verksamhet eller vidtagit en åtgärd som orsakat föroreningarna i ett område ("verksamhetsutövaren") svara för de åtgärder som behövs för att förebygga, hindra eller motverka att skada eller olägenhet uppstår för människor eller miljön (2 §). Omfattningen av ansvaret ska emellertid avgöras efter en skälighetsav-

¹⁴ Prop. 1997/98:45 (härefter MB-prop.). Allmänna lagkommentarer är Rubenson, S: Miljöbalken – den nya miljöretten. (Norstedts, 2:a uppl. 1999), Bengtsson, B: Speciell fastighetsrätt – miljöbalken. (Iustus, 7:e uppl. 1999), Westerlund, S: Spaltkommentar till miljöbalkens 1-17 samt 24 kapitel. (MRT 1999:1, Åmyra förlag 1999) och samme författare: Delkommentar till miljöbalken. Mbdk 1-8. (MRT 1999:2-3, Åmyra förlag 2000) samt Bengtsson, B & Bjällås, U & Rubenson, S & Strömberg, R: Miljöbalken. En kommentar. Del I; 1-15 kap. (Norstedts 2000, härefter NBB). I denna har Rubenson skrivit kommentaren till 1 kap. MB, Bengtsson till 2 kap. samt Bjällås till 9 och 10 kap.

¹⁵ Se uppräkningsen i 2 § lagen om införande av miljöbalken (MBP).

¹⁶ 5 § ML. Dessa skyldigheter – såväl den preventiva som den reparativa – var i sin tur inga nyheter 1969 utan var hämtade från äldre vattenlagstiftning, närmare bestämt 12 § i 1880 års vattenrättsförordning och 8 kap. 32 § i 1918 års vattenlag.

vägning enligt 4 §. Finns det flera som har bidragit till föroreningarna, svarar de solidariskt för den efterbehandling som anses skäligen (6 §). Om någon ansvarig ur denna första krets inte finns tillgänglig eller inte kan bekosta de nödvändiga åtgärderna, kan miljömyndigheten istället vända sig emot den som äger eller har ägt det förorenade området ifråga. Förutsättningen för detta är emellertid att han vid köpet av fastigheten visste – eller borde ha känt till – att den var förorenad (3 §).¹⁷ Även fastighetsägarens ansvar ska avgöras efter en skälighetsavvägning enligt 4 § och ansvaret inom denna krets är likaledes solidariskt (7 §). En annan nyhet är att fastighetsägaren – även i de fall då han inte kan göras ansvarig enligt ovan – kan åläggas att bidra med kostnader som motsvarar den värdeökning som området undergår genom efterbehandling (5 §). Efterbehandlingsansvaret enligt 10 kap MB preskriberas inte (4 § sista st.).

Definitionen av ”miljöfarlig verksamhet” i 9 kap 1 § MB överensstämmer i huvudsak med den som tidigare gavs i 1 § ML. Enkelt uttryckt talas det här om utsläpp och markanvändning som kan orsaka förorening av miljön. Definitionen är följaktligen mycket vid i det att såväl stora som små verksamheter inbegrips. Definitionen är emellertid vid även i ett annat avseende. Typiskt sett är miljöfarliga verksamheter fråga om pågående industriverksamheter eller aktiv markanvändning i form av jordbruk och liknande. I den rättspraxis som utvecklades under ML betraktades emellertid också viss ”passiv” markanvändning som miljöfarlig verksamhet. Så ansågs den markägare som förvarar avfall eller kemikalier på sin fastighet som verksamhetsutövare, även efter det att den aktiva verksamheten som genererade dessa rester avslutats och alldeles oavsett om han hade någon anknytning till denna verksamhet eller inte. Uttryckt i de termer som återfanns i 1 § ML använde han marken på ett sätt som medförde risk för förorening eller omgivningsstörning. I dessa fall fick markägaren stå för de skyddsåtgärder och försiktighetsmått som bedömdes som skäligen i sammanhanget. I den rättspraxis som utvecklades i KN kom sådana ”förvaringsfall” att omfatta avslutade avfallsdeponier och gruvhögar samt olika former av kemikalieförvaring i tankar, cisterner och brunnar.¹⁸ Var det däremot enbart fråga om skador efter en verksamhet som inte kunde anses vara förvaring, t.ex. förorenad mark eller sediment,

¹⁷ En ytterligare förutsättning är att köpet har skett efter miljöbalkens ikraftträdande, d.v.s. efter den 31/12-98.

¹⁸ Se exempelvis KN B 31/91, KN B 249/94 och KN B 24/97. Detta synsätt konfirmerades även vid rättsprövning i Regeringsrätten av det senare avgörandet (RÅ 1997 ref. 12:I). I ett senare avgörande använde sig också domstolen av uttrycket ”förvaringsfall” (RÅ 1998 ref. 26).

betraktades inte markägaren som verksamhetsutövare i lagens mening.¹⁹ På så vis uppträdde två kategorier av ansvariga redan enligt reglerna i ML; dels den aktive verksamhetsutövaren (förorenaren), dels den ”passive” markägaren i förvaringsfall. Markägarens ansvar betraktades emellertid i denna rättspraxis som subsidiärt verksamhetsutövarens, eftersom kraven i första hand skulle riktas mot den senare om han var tillgänglig.²⁰

Markägarens ansvar i förvaringsfall enligt ML är idag överfört till miljöbalken, närmare bestämt 9 kap. 1 § samt 2 kap. 3 och 7 §§. Att detta också var lagstiftarens avsikt framgår på flera ställen i förarbetena där regeringen uttryckligen använder uttrycket ”förvaringsfall”.²¹ Det bör dock observeras att markägarens ansvar enligt dessa bestämmelser är preventivt, d.v.s. det omfattar att utföra de skyddsåtgärder, iakta de begränsningar och vidta de försiktighetsmått i övrigt som behövs för att förebygga, hindra eller motverka att det förvarade avfallet skadar människor eller miljö. Så kan markägaren exempelvis åläggas att vidta skäligen åtgärder för att mäta eller förhindra spridning av föroreningar från avfallsdeponier, frakta bort kemikalier för slutligt omhändertagande m.m. Däremot kunde han inte åläggas ett rent reparativt ansvar, som t.ex. att återställa ett förorenat område till dess ursprungliga skick i de fall som det inte fanns någon risk för att föroreningarna spred sig i framtiden.

Övergångsregeln i 8 § MP

Klippan-domen kom under lagstiftningsarbetet med miljöbalken. Domen fick som sagt stor uppmärksamhet och uppfattades på många håll som att förorenarna nu fått fribrev för allt som skett före 1989. Lagstiftaren reagerade genom att försöka ”återställa rättsläget” genom en särskild regel i övergångsbestämmelserna till balken som fick följande lydelse:²²

¹⁹ För en utförligare beskrivning av rättspraxis under ML, se den ovan nämnda artikeln i MRT 1996:2, avsnitt 4.

²⁰ Se Bjällås, U - Rahmn, T: Miljöskyddslagen. Handbok i miljö rätt. Publica 2:a uppl 1996, sid. 206f med hänvisning till bl.a. beslutet KN B 31/91.

²¹ Se MB-prop. del 1, sid. 361 och del 2, sid. 107 och 118. Som en kommentar till denna fråga skriver Rubenson (Miljöbalken 1999, på sid. 70): ”Begreppet miljöfarlig verksamhet har också förtydligats i propositionen (del 2, s. 107) i det att de s.k. förvaringsfallen uttryckligen ska skall betraktas som användning av marken.” Även Darpö i SvJT 2000 s. 481, på sid. 493ff och Bjällås i NBB sid. 9:4, 10:4-5 och 10:10-12.

²² 8 § lagen om införande av miljöbalken (MP).

”Bestämmelserna i 2 kap. 8 § och 10 kap. 2 § miljöbalken skall tillämpas i fråga om miljöfarlig verksamhet vars faktiska drift har pågått efter den 30 juni 1969, om verkningarna av verksamheten alltså pågår vid tiden för miljöbalkens ikraftträdande enligt 1 §, och det föreligger behov av att avhjälpa skador eller olägenheter som orsakats av verksamheten.”

Motiveringen i förarbetena till övergångsregeln är utförlig, vilket får förstås mot bakgrund av såväl Klippan-målet, som att Lagrådet ställde sig avvisande i lagrådsremissen (se nedan). Först redogjorde regeringen för den historiska utvecklingen fram till miljöskyddslagen och 1988 års lagstiftningsärendet och gjorde följande sammanfattning:²³

”Såväl de betänkanden som lämnats till regeringen som de förslag som regeringen genom proposition förelagt riksdagen har sålunda ansetts innehålla ett krav på tidigare verksamhetsutövare att avhjälpa olägenheter av verksamheten, även sedan driften av verksamheten upphört. I 1988 års proposition bekräftade departementschefen vad som allmänt ansetts gälla i vart fall sedan 1940-talet. Departementschefen ansåg således i 1988 års proposition att ändringarna endast var ett förtydligande av vad som redan gällde. Att återställningsskyldigheten enligt miljöskyddslagen kvarstår även efter det den faktiska driften har upphört har vidare bekräftats i rättspraxis, bl.a. genom regeringens beslut angående Ncb i Hörnefors (Miljö- och energidepartementet 1988-03-24:4) och Dörrarps Krom (Miljö- och energidepartementets beslut 1988-11-10). Också i Koncessionsnämndens för miljöskydd praxis finns exempel (KN 12/74 och 263/84) på en liknande bedömning. Den ifrågavarande skyldigheten har alltså i princip ansetts gälla från miljöskyddslagens ikraftträdande, låt vara att en skälighetsavvägning har ansetts kunna leda till att kraven på efterbehandling kan jämkas eller helt falla bort. Bilden av gällande rättsläge som av både verksamhetsutövare och myndigheter ansågs entydig i övergripande frågor om kvarstående ansvar ändrades dock av Regeringsrättens den 31 maj 1996 meddelade dom i mål nr 3665-1994 nedan kallat Klippanmålet.”

²³ MB-prop. del 1, sid. 599f.

Efter en redogörelse för Klippan-målet följer sedan regeringens bedömning.²⁴ Som skäl för den föreslagna övergångsregeln anger man behovet av en entydig och begriplig reglering av efterbehandlingsansvaret och vikten av att de nya reglerna får ett snabbt genomslag. Regeringen pekar också på det faktum att Klippan- domen innebär att markägarna i många fall får bära det ansvar som rätteligen bör åvila förorenaren. Man för även ett resonemang om att uttrycket "miljöfarlig verksamhet" rent allmänt bör tolkas som så, att denna inte ska anses ha upphört förrän verkningarna av verksamheten har upphört. Enligt förarbetena kan föreningar ses som ett perdurerande förhållande och därför är det tveksamt om den föreslagna övergångsregeln över huvud taget är retroaktiv. Regeringen menar vidare att regeln, även om den skulle ses som retroaktiv lagstiftning, inte träffas av förbudet i 2 kap 10 § RF och uttalar:²⁵

"Mot bakgrund av vad en genomgång av rättsläget som det framträdde fram till Regeringsrättens dom visar kan inte en övergångsregel, som för framtiden tillskapar det rättsläge som allmänt ansågs gälla före 1996 års rättsfall, sägas gå emot vad som kan anses utgöra berättigade förväntningar hos berörda verksamhetsutövare i de fall som kan bli aktuella."

Avslutningsvis pekar regeringen på att övergångsregeln endast tar sikte på adressatfrågan när det gäller ansvar för förorenade områden. När sedan omfattningen av ansvaret ska bestämmas görs detta genom den skälighetsavvägning som följer av 10 kap. 4 § MB. Av regeln framgår att därvid ska vikt läggas vid bl.a. hur lång tid som förflutit sedan föroreningarna skedde.

Som nämndes ovan, avrådde Lagrådet från den föreslagna övergångsregeln. Man argumenterade emot regeringens resonemang om att en miljöfarlig verksamhet i tiden kan avgränsas utifrån dess verkningar och menade att slutsatserna i remissen var alltför allmänt hållna och saknade stöd i praxis. Man avvisade också regeringens skrivning om frånvaron av berättigade förväntningar med följande skrivning:²⁶ "Att rättsläget under längre tid före

²⁴ MB-prop. del 1, sid. 602ff.

²⁵ MB-prop. del 1, sid. 603.

²⁶ MB-prop. del 2, sid. 520f. Detta uttalande av Lagrådet ger onekligen en annan bild av rättsläget än den som samma instans gav i 1989 års lagstiftningsärende, då den kontroversiella ändringen av miljöskyddslagen genomfördes (se prop. 1987/88:85 sid. 339ff). Detta ger väl endast en påminnelse om att inte heller de högsta dömande instanserna alltid är konsekventa, vilket också kan illustreras med följande lilla domarsociologisk betraktelse: Å ena sidan har vi reger-

regeringsrättsdomen i olika sammanhang har uppfattats vara ett annat än vad Regeringsrätten kom fram till utgör inte tillräckligt skäl för att i stället hänföra sig till den tidigare uppfattningen.” Lagrådet ansåg istället att utgångspunkten för en reglering skulle vara det som framgick av Klippan-domen och att därför ansvarsreglerna borde gälla för verksamheter som pågått efter 1989, inte 1969. Man menade vidare att den föreslagna övergångsregeln hade en tydlig retroaktivt karaktär, att den skulle bli betungande för enskilda samt att den inte uppfyllde rimliga anspråk på förutsebarhet för dem som slutat med sin miljöfarliga verksamhet före den 1 juli 1989.

Utländska exempel

Inledning

Bland de europeiska lagstiftningsregimerna om förorenade områden finns två tydliga tendenser när det gäller frågan om miljökraven i tiden. I vissa länder är den förvaltningsrättsliga miljölagstiftningen kompletterade med ett skadeståndsrättsligt synsätt på förorenarens historiska ansvar gentemot miljön som allmänt intresse. Därmed blir de tidsregler som hör till det senare rättsområdet av betydelse. Ett sådant synsätt finns representerat i Nederländerna där den högsta domstolen (Hoge Raad) i viss utsträckning har accepterat retroaktiv lagstiftning. Ett annat exempel på ett liknande synsätt på miljöansvar och retroaktivitet finns i den lagstiftning som gäller för större, miljöfarliga verksamheter (s.k. listverksamheter) i Frankrike. Där har Conseil d'Etat fastslagit att reglerna om reparativt ansvar i 1976 års lag gäller även om verksamheten var avslutad före lagens ikraftträdande.²⁷ Även de danska miljömyndigheterna har ett slags valrätt mellan förvaltningsrättsliga och skadeståndsrättsliga instrument i sitt arbete för att återställa miljön. Där är interaktionen mellan rättsområdena emellertid inte ett resultat av lagstiftarens åtgärder, utan något som utvecklats i rättspraxis i Højesteret. Här är också inställningen till retroaktiva lagstiftningsåtgärder, liksom den lagtolkningsmetodik som utvecklats på miljöområdet, betydligt mer restriktiv.

ingsrådet Wadell som tillhörde minoriteten i Klippan-målet och som också tillhörde det Lagråd som accepterade 1988 års lagstiftning utan invändning. Regeringsrådet Rundquist å andra sidan, anslöt sig såväl till majoriteten i Klippan-målet med dess mer toleranta inställning till retroaktiv lagstiftning, som till det något snävare inställda Lagrådet i miljöbalksärendet.

²⁷ Van Lang (Frankrike) i *Comparative environmental law in Europe. An introduction to public environmental law in the EU member states* (Red. Seerden, R. & Heldeweg, M.), sid. 131 med hänvisning till ett avgörande i Conseil d'Etat från den 16 november 1998.

En motsatt inställning finns i de länder som har en förvaltningsrättslig, snarast politirättslig, reglering på detta område. Där utlöses ansvaret av att föroreningarna utgör en kvalificerad fara för människor och miljö, här och nu. Skadeståndsrättsliga tidsfaktorer som preskription och liknande är därför inte relevanta. Synsättet utgår från att efterkommande lagstiftning – som tvingar företagen att åtgärda skador som orsakats av verksamhet i historisk tid, *men där olägenheterna uppträder först idag* – över huvud taget inte är att betrakta som retroaktiv. Sådan är den principiella utgångspunkten i den engelska offentligrättsliga lagstiftningen på området. Även den tyska regleringen på området utgår från detta synsätt, såväl i den äldre politirätten, som i 1998 års lagstiftning om jordskydd.

Snävtast i synsättet på miljökraven i tiden kan sägas vara de lagstiftningsregimer om förorenade områden som vilar på förvaltningsrättslig grund, men ändå knyter ansvaret för dessa områden till den förorenande händelsen eller skadevällaren. Ett sådant system utgår från att kraven inte kan omfatta föroreningar som skett före ikraftträdandet av reglerna. Om miljön som allmänt intresse saknar skadeståndsrättsligt skydd i en sådan lagstiftningsregim uppstår därmed ett ”tomrum” i regleringen. Ett exempel på detta var det svenska rättsläget efter Klippan-domen.

Nederländerna

De äldsta traditionerna i Europa när det gäller miljörettslig reglering av förorenade områden finns i Nederländerna. Den tillfälliga lagen om marksanering (Interim Bodemsanering, Ibs) kom redan 1982. I denna kopplades ansvaret för historiska föroreningar till de allmänna skadeståndsreglerna. Därmed ville lagstiftaren åstadkomma att ansvaret för dessa föroreningar skulle bedömas utifrån det oaktsamhetsbegrepp som gällde vid tiden för den skadegörande handlingen. Meningen var att slå fast att varje handling som på så sätt bedömdes vara oaktsam och som hade resulterat i en allvarlig förorening, nu skulle anses utgöra en kränkning av statens intresse av ren miljö. På så vis var regeln avsedd att få effekt även på handlingar som hade begåtts före Ibs ikraftträdande. Tanken var att den tidsmässiga avgränsningen av kraven skulle enbart ske utifrån de skadeståndsrättsliga preskriptionsreglerna. De nederländska tidsfristerna är dock långa i dessa sammanhang (20 eller 30 år).

Denna inställning godtogs inte i alla delar av Hoge Raad. I domarna i målen Akzo Resins-Van Wijngaarden (1992)²⁸ och Shell-Solvay/Duphar-

²⁸ HR 24/4-92, NJ 1993:642-643, Tijdschrift voor milieuaansprakelijkheid (Koninklijke Vermande, Den Haag, NL), TMA 1992 s. 132.

Fasson-Van den Brink (1994)²⁹ godtog domstolen i och för sig att ansvaret enligt Ibs gjordes tillbakaverkande i den betydelsen att paragrafen omfattade även skadegörande handlingar som skett före lagens ikraftträdande. Hoge Raad ansåg emellertid att allmänna skadeståndsrättsliga principer skulle tillämpas, vilket innebär att det finns en gräns bakåt i tiden för ansvaret genom kravet på de miljörättsliga plikternas förutsebarhet (den s.k. relativitetsformeln).³⁰ En förutsättning för ansvaret för historiska skador ansågs följaktligen vara att förorenaren vid tidpunkten för den skadegörande handlingen inte bara var oaktsam i allmän mening, utan också att han – typiskt sett – borde ha insett att dessa handlingar skulle resultera i krav från statens sida på undersökning och efterbehandling av det förorenade området. Denna tidpunkt sattes till 1975, då staten ansågs ha manifesterat ett sådant intresse.

Efter Hoge Raads formulering av ”relativitetsformeln” reagerade den nederländske lagstiftaren med två motdrag. Till att börja med fastställdes förorenares och markägares skyldigheter med avseende på förorenade områden som en rad förvaltningsrättsliga plikter i den nya lagen om marksanering, 1994 års Wet Bodembescherming (Wbb). Dessa plikter hade enligt lagstiftaren ingenting med de skadeståndsrättsliga förutsättningarna för ansvar att göra, vare sig förutsebarhet eller preskription. Det andra motdraget var att de skadeståndsrättsliga reglerna om kostnadstäckning kompletterades i Wbb med en bestämmelse om ansvar för föroreningar som orsakats före 1975 genom särskilt angivna, grovt oaktsamma beteenden. Denna ”extraordinära” skadeståndsregel har hittills accepterats i underrättspraxis, men är än så länge oprövad i Hoge Raad. Frågan om de förvaltningsrättsliga plikterna är oberoende av relativitetskravet är likaså obesvarad av det högsta förvaltningsorganet, Raad van Staten.

Storbritannien

Även i Storbritannien är förutsebarhet en avgörande faktor när det gäller skadestånd för historiska miljöskador.³¹ De i sammanhanget viktigaste civilrättsliga aktionerna – nuisance och Rylands v. Fletcher – är över huvud taget inte föremål för preskription så länge som störningen fortgår (”on-going nuisance”). Det finns emellertid en avgörande skillnad mellan det engelska reso-

²⁹ HR 30/9-94, NJ 1994:196-198, TMA 1994 s. 163, 164 och 166.

³⁰ Den går även under benämningen ”Shell-formeln”.

³¹ Det var ju detta som var innebörden i den omtalade domen i rättsfallet Cambridge Water Company v. Eastern Counties Leather plc, [1994] All. E.R. 53.

nemanget kring förutsebarhet och det nederländska; där nederländsk ”relativitet” är direkt avgörande för miljömyndigheternas möjligheter att ställa krav på historiska förorenare, gäller engelsk förutsebarhet enbart förhållandet mellan enskilda. När miljömyndigheterna ställer krav på undersökning och efterbehandling av förorenade områden görs detta med stöd av den särskilda regleringen i Water Resources Act 1991 och Environment Protection Act 1990, Part IIA. Denna förvaltningsrättsligt grundade lagstiftning är inriktad på allvarligt förorenade områden som utgör en fara för människor och miljö. Eftersom denna omgivningsstörning betraktas som en kvalificerad fara idag och inför framtiden är det irrelevant att blanda in frågor om hur lång tid som gått sedan själva utsläppet skedde, eller om kraven var förutsebara vid denna historiska tidpunkt.³² Till bilden av detta stränga miljöansvar hör också att dessa regler inte representerar någon egentlig nyhet, utan har en lång tradition inom ramen för hälsoskyddslagstiftningen (”statutory nuisance”). Dessa bestämmelser har genom åren vilat på detta synsätt, d.v.s. att det är fråga om en störning som påverkar omgivningen idag och som någon – förorenaren eller markägaren – måste ta på sitt ansvar att avlägsna.³³

Tyskland

Den tyska regleringen av förorenade områden är med sin politirättsliga bakgrund likartad den engelska. I båda dessa länder är de offentligrättsliga reglerna åtskilda från de civilrättsliga och miljömyndigheterna har endast tillgång till de förra i sitt arbete. Även i Tyskland betraktas de förorenade områdena som en fortgående störning som någon – förorenare eller markägare – måste ta på sitt ansvar att åtgärda om den är över en viss nivå. Skadeståndsrättsliga tidsfaktorer har ingen betydelse för dessa skyldigheter.

Det stränga synsättet kan illustreras med ett avgörande från delstatens Mannheims högsta förvaltningsdomstol 1996.³⁴ I målet var det fråga om ansvar för undersökningar av förorenad mark enligt den delstatliga avfallslagstiftningen. Området var kontaminerat av avfall som hade grävts ned under perioden 1924 till 1931. Fastigheten hade fyra år senare sålts till ett företag

³² Se Eftertanke och förutseende, kapitel 4.

³³ Jones, B: The identification and remediation of contaminated sites: the U.K.'s Environmental Act 1995. TMA 1995 s. 159 och Tromans & Turall-Clarke: Contaminated land. Sweet & Maxwell 1994, sid. 30 och 83.

³⁴ Verwaltungsgerichtshof Mannheim den 3 mars 1996 (1996 – 10 S 2687/95), se Environmental Liability (Lawtext publishing, Oxon, UK), EL 1997, CS58; Germany (Martens). Avgörandet är även kommenterat i Tromans, S: The Environmental Acts 1990-1995. Sweet & Maxwell 1996, sid 125.

som byggt bostäder där. År 1993 upptäcktes hälsofarliga föroreningar på platsen och miljömyndigheten förelade företaget som hade grävt ned avfallet att undersöka spridningen av dessa. Efter överklagande konstaterade domstolen att kravet var lagligen grundat och att plikten var oberoende av de tillstånd som företaget hade eftersom det under hela tidsperioden hade varit möjligt för miljömyndigheterna att ingripa. Man uttalade vidare att plikten var oberoende av culpa och andra skadeståndsrättsliga förutsättningar för ansvar (bl.a. kunde miljömyndigheten inte påvisa skada) samt att beslutet slutligen var motiverat eftersom denna kostnad bör ligga på den som njutit fördelarna av en verksamhet – inte skattebetalarna.

Den principiella utgångspunkten för 1998 års Bundesbodenschutzgesetz (BbodSchG) är densamma som i den traditionella politirätten.³⁵ Lagens plikter utlöses av att en förorening i marken utgör en kvalificerad fara för människor eller miljö. När väl denna förutsättning är för handen, kan miljömyndigheten rikta krav på undersökningar och åtgärder mot den som en gång i tiden orsakade dessa föroreningar eller den som står närmast att ingripa (oftast markägaren). Lagens plikter är i princip oberoende av tidsfaktorer och gäller även för föroreningar som skett före dess ikraftträdande. Det finns dock en skillnad när det gäller miljöambitionen med åtgärderna; historiska föroreningar ska nedbringas till en nivå där de inte längre utgör någon hälsofara eller olägenhet för människor. Nya föroreningar, d.v.s. sådana som ”uppträtt” efter ikraftträdandet av BbodSchG, ska elimineras. Eftersom den förstnämnda nivån överensstämmer med den som gäller enligt den traditionella politirätten, torde det inte vara så att BbodSchG rent allmänt lägger på adressaterna ökade bördor ”retroaktivt”. Plikterna i den nya lagstiftningen är emellertid mer preciserade, vilket gör att den i vissa avseenden kan uppfattas som en skärpning.³⁶

Norge

I Norge har frågan om miljöskyddsreglerna och deras förhållande till retroaktivitetsförbudet i 97 § grunnloven diskuterats de senaste åren. Här har Høyesteret accepterat att utövare av miljöfarlig verksamhet kan drabbas av skärpta pålagor som även gäller företeelser som tidigare varit tillåtna. Vägledande är ett avgörande 1979.³⁷ Bakgrunden var följande: En kommun

³⁵ Se Eftertanke och förutseende, avsnitt 6.2.2.

³⁶ Eckhard Rehbinder menar att den tyska, offentlighetsrättsliga lagstiftningen accepterar retroaktivitet på detta område (se EL 2000 (nr. 3) s. 85, på sid. 86).

³⁷ Rt. 1979 s. 1279.

hade förelagt en markägare att frakta bort bilvrak, tomtunnor och annat skräp från sin fastighet med stöd av naturvernloven, som infördes 1970. Skrotupplaget var emellertid från 1960 och då fanns inga regler som förbjöd nedskräpning. Høyesteret menade dock att detta faktum inte kunde frita markägaren från ansvar enligt de nya reglerna:

”Utvalget finner det vidare klart at selv om skrapsamlingen bestod da naturvernloven ble gitt, gir ikke grunnlovens § 97 eierne krav på å ha den liggende på ubestemd tid.”

Inom den norska doktrinen anses detta avgörande vara vägledande för ansvaret för förorenade områden enligt forureningsloven (FL). Enligt Hans Christian Bugge innebär detta att förorenaren ska stå för de skäligen åtgärder som kan motiveras av miljövårdsbehovet idag, oavsett när föroreningarna skedde.³⁸ Han grundar sitt synsätt på att en uttrycklig regel med detta innehåll gäller för avfall, och att såväl harmonihänsyn som miljövårdshänsyn talar för en sådan tolkning; det är mycket svårt att skilja på vad som är ”avfall” och vad som är ”förorening” och regleringen skulle bli avsevärt försvagad vid en annan förståelse av reglerna.³⁹ Orimliga konsekvenser av detta synsätt kan enligt Bugges uppfattning undvikas med hjälp av skälighetsregeln i 7 § FL. Som allmän regel bör därför gälla (kursiv i original):⁴⁰

”Den riktige forståelsen er nok derfor at forurenset grund omfattas av uttrykket ”virksomhet” slik det er brukt i § 86, og at lovens regler derfor gjelder også når forurensningen skriver seg fra tilførsler fra tiden før loven trådte i kraft. Prinsippet som kom til uttrykk i Rt 1979 s. 1279 om at *en varig tilstand kan reguleres ved en ny lov uten hinder av § 97*, må ut fra dette i alminnelighet også gjelde ved forurenset grund.”

Danmark

Rättsläget i Danmark liknar till det yttre det nederländska. Även här har miljömyndigheterna en ”valrätt” mellan de förvaltningsrättsliga och de skadeståndsrättsliga instrumenten på så vis att de senare utgör ett slags ”lågsta bot-

³⁸ Bugge: Forurensningsansvaret. Tano Aschehoug 1999, sid. 647ff.

³⁹ 86 § 1 st. 2 p. FL lyder: ”...bestemmelsen i § 37 om plikt til å rydde og fjerne avfall o.l. gjelder også ved overtredelse av gjerningsbeskrivelsen i § 28 som har funnet sted før loven trer i kraft.”

⁴⁰ Bugge i Forurensningsansvaret, sid. 650.

ten” när de förra inte räcker till. Vid en närmare jämförelse av rättsläget mellan länderna blir ändå skillnaden påtaglig; där skadeståndsreglerna har setts som en möjlighet genom ett medvetet val av lagstiftaren i Nederländerna, är den i Danmark något som domstolarna i efterhand har tolkat in i det förvaltningsrättsliga systemet på jordföreningensområdet.

Det sammanlagda resultatet av denna rättspraxis har blivit att systemet är jämförelsevis mycket förlåtande mot förorenare och markägare. Så existerar inte någon form av ”objektivt” markägaransvar,⁴¹ vilket får sägas är ovanligt i den europeiska omgivningen. Till detta har kommit att Danmarks motsvarighet till miljöskyddslagen och miljöbalken, 1973 resp. 1991 års miljöbeskyttelseslov (MBL) har tolkats mycket restriktivt av domstolarna. De krav på undersökning och efterbehandling av förorenade områden som följer av lagstiftningen gäller endast framåt i tiden i en snäv bemärkelse. Systemet har också blivit vidöppet för ansvarsflykt, bl.a. genom att förorenaren inte kan nås av kraven efter det att området har överlåtits. Till detta kommer att denna domstolspraxis har medfört att det har uppstått oklarheter när det gäller den rättsliga grunden för ansvar. En vanlig uppfattning i doktrinen är emellertid att Højesterets praxis ska tolkas så att ansvaret enligt MBL förutsätter culpa i skadeståndsrättslig betydelse eftersom lagstiftaren inte uttryckligen bestämt annorlunda. Även detta är mycket ovanligt vid en europeisk jämförelse.⁴² Diskussionen har också gällt om de rättsliga krav som grundas direkt på MBL utsläcks genom preskription. Dessa frågor – grunden för ansvar och preskription enligt MBL – är dock fortfarande inte klarlagda i rättspraxis. Däremot är det klart att de civilrättsliga preskriptionsreglerna är tillämpliga när myndigheterna söker sina kostnader åter från en förorenare genom en skadeståndsrättsligt grundad talan vid allmän domstol. På så vis får alltså de skadeståndsrättsliga reglerna betydelse för miljöansvaret i situationer där föreningarna har skett före MBL:s ikraftträdande, eller när annars MBL:s bestämmelser inte räcker till.

Frågan om miljökraven i tiden har också vållat den danske lagstiftaren en viss vanda i arbetet med den nya jordföreningensloven (JFL). Detta gällde emellertid inte huvudnyheten i lagen; det ”ubetingede” (objektiva) ansvaret för förorenare gäller endast framåt i tiden, d.v.s. för sådan förening *som*

⁴¹ Detta konstaterades av Højesteret i den s.k. Rockwool-domen från 1991, UfR 1991 s. 674H.

⁴² I andra länder med ”dubbla system” gäller det skadeståndsrättsliga ansvaret för föreningar som skett *före* introduktionen av förvaltningsrättsliga regler på området, om inte kopplingen varit ett uttryckligt val av lagstiftaren (som i Nederländerna).

skett efter den 31 december 2000.⁴³ Ansvar enligt JFL är förvaltningsrättsligt grundat och inte föremål för civilrättslig preskription. Däremot gäller en särskild tidsregel som utesluter förelägganden med avseende på föroreningar som skett från en anläggning eller produktionsmetod som upphört för mer än 30 år sedan. Ett visst ”objektivt markägaransvar” har också introducerats för ägare av oljetankar. Ansvar gäller för förorening som *konstateras* efter den 1 mars 2000, men detta har motiveras med att här täcks ansvaret av en obligatorisk försäkring. När det gäller andra nyheter i JFL uppvisas en rad olika tidsgränser som har att göra med om verksamheten pågår eller är nedlagd, vad slags krav det är fråga om, när förorenaren hade rådighet över det förorenade området osv. Det är ingen överdrift att påstå att regelverket därmed har blivit svårt att överblicka för både verksamhetsutövare och tillsynsmyndigheter.

Diskussion om miljöbalken och retroaktivitet

Inledning

Tillbaka till svensk rätt och miljöbalken. Som nämdes i föregående artikel, förde Regeringsrätten i Klippan- domen ett principiellt resonemang om frågan om retroaktivitet. Härvid fann domstolens majoritet att retroaktiv lagstiftning endast är tillåtlig under vissa, europarättsligt bestämda förutsättningar. I artikeln redogjorde jag därför för EG-domstolens rättspraxis i denna fråga och jämförde den med Regeringsrättens uttalanden i Klippan- domen. Jag drog slutsatsen att den svenska domstolen i allt väsentligt anknöt till den europarättsliga uppfattningen i frågan om retroaktivitet, som vilar på en presumtion om ett förbud. Denna presumtion kan endast brytas om det är lagstiftarens avsikt att en regel ska vara tillbakaverkande. Avsikten ska kunna utläsas ur ordalydelsen, alternativt framgå av lagstiftningens syfte eller det sammanhang som regeln verkar i. För att retroaktiv lagstiftning ska vara tillåten krävs dessutom att detta är nödvändig för att tillgodose ett tungt vägande allmänt intresse. En ytterligare förutsättning är att de berörda enskildas berättigade förväntningar respekteras. Sådana förväntningar existerar främst om den genomsnittlige och medvetne aktören inte kunde förutse en sådan förändring av ett rättsläge som han på goda grunder uppfattade som klart.

⁴³ D.v.s. ett år efter JFL:s ikraftträdande.

Att återställa rättsläget

Som nämndes ovan, innebär övergångsregeln i 8 § MP att det reparativa ansvaret enligt 2 kap. 8 § och 10 kap. 2 § MB gäller för all verksamhet som inte är avslutad före 1969. Denna regel innebär, jämfört med Regeringsrättens tolkning av rättsläget före den 1 juli 1989, helt klart retroaktiv lagstiftning. Som regeringen uttryckte det i förarbetena, lagstiftningsåtgärden syftade till att återställa rättsläget till den situation som hade ansetts föreligga före Klippan-domen. Som en inledning till diskussionen om regeln och dess retroaktivitet, vill jag därför först göra en kommentar kring frågan om det riktiga i att på detta sätt ”återställa rättsläget”.

Denna fråga var aktuell i isoglukosmålen inför EG-domstolen (EGD). Där var det fråga om att återinföra en förordning som på formella grunder hade ogiltigförklarats av domstolen. Tydligen hade tillåtligheten i ett sådant återställande tidigare givit upphov till diskussion i flera av medlemsländerna, vilket generaladvokat Reischl pekade på i sitt yttrande.⁴⁴ Han hade emellertid inte något att invända mot en sådan lagstiftningsteknik. I denna del refererade han till ett tyskt rättsfall som gällde hundskatt som tagits ut i flera år, på olagliga grunder som det sedermera visade sig. När detta blev klart för den tyske lagstiftaren ”återinfördes” skattskyldigheten med retroaktiv effekt, vilket godtogs av den tyska författningsdomstolen med hänvisning till ”the principle of rule of law”. Reischl slutsats är intressant, inte minst med tanke på övergångsregeln i MBP.⁴⁵

”The principle of the rule of law may also give the legislature justification for adopting a retroactive provision if it finds that a situation which it considered to be governed by statutory provisions is, as a result of a decision of a court, not so governed or governed differently. Finally, since the State counted on receipt of the revenue in question it was proper that a legal basis of a different kind be provided. In such a case the utter limits imposed on retroactivity had not been reached because it was merely a question of clarifying a state of affairs which, through an error of law, had become unclear.”

Själva lagstiftningstekniken bör alltså inte vara kontroversiell i ett EG-rättsligt perspektiv. Det finns också en förtjänst med övergångsregeln till balken som jag tror att de flesta kan vara överens om, även de som är missnöjda i

⁴⁴ Mål 108/81 Amylum, ECR 1982 s. 3107, GA:s yttrande på sid. 3139ff.

⁴⁵ Amylum, GA:s yttrande på sid. 3166.

sak: Regleringens tillbakaverkande effekt är tydlig, vilket gör att den uppfyller den inledande förutsättningen för tillåtlig retroaktivitet enligt Klippandomen.⁴⁶

Tungt vägande skäl

När nu kravet på tydlighet är uppfyllt genom övergångsregeln i 8 § MBP, blir huvudfrågan om huruvida denna retroaktiva lagstiftning kan anses godtagbar. Regeringens motivering till bestämmelsen kan sägas följa två, inte alldeles förenliga linjer. Å ena sidan menade man att definitionen av miljöfarlig verksamhet enligt ML rent allmänt kunde göras utifrån tidpunkten för upphörandet av verkningarna av denna verksamhet, inte när den faktiska driften avslutades.⁴⁷ Detta påstående – som också kritiserades av Lagrådet – stämmer inte; i den praxis som utvecklats av KN har denna karakteristik endast ansetts gälla för förvaringsfall.

Å andra sidan var regeringens huvudargument för att balkens bestämmelser ska tillämpas på all verksamhet som pågått efter ML:s ikraftträdande att det i vart fall var fråga om godtagbar retroaktivitet. Som argument för detta anförde man behovet av entydig reglering och snabbt genomslag, att det fanns enskilda intressen som talade för en sådan tillämpning, samt att en lagstiftning som för framtiden tillskapar det rättsläge som allmänt ansågs gälla före Klippandomen inte kan anses kränka de berördas berättigade förväntningar. Dessutom menade regeringen att orimliga konsekvenser av denna tillämpning i det enskilda fallet kan undvikas genom den skälighetsavvägning enligt 10 kap. 4 § MB som alltid ska göras i dessa sammanhang.⁴⁸

Enligt min uppfattning håller denna del av regeringens argumentation. När det gäller kravet på tungt vägande skäl som talar för retroaktiv lagstiftning uppfylls det av de faktorer som lyfts fram i lagstiftningsärendet; vikten av en entydig reglering för att åstadkomma en likartad bedömning av olika förorenares ansvar för att efterbehandla sådana miljöer som förorenats av verksamhet som pågått efter införandet av den moderna miljölagstiftningen. En sådan tillämpning av ansvarsreglerna överensstämmer också med principen om att förorenaren ska betala som denna lagstiftning har utgått ifrån, om än tidigare indirekt som en allmän tolkningsprincip. Till detta kommer

⁴⁶ I denna del håller jag alltså inte med Bertil Bengtsson som menar att regeringen går emot såväl Regeringsrätt, som Lagråd (Speciell fastighetsrätt – miljöbalken, sid. 201). Istället gör lagstiftaren precis vad Regeringsrätten föreskriver i det att man uttryckligen gör lagstiftningen retroaktiv. Däremot beaktade den inte Lagrådets synpunkter.

⁴⁷ MB-prop. del 1, sid. 604.

⁴⁸ MB-prop. del 1, sid. 603.

även andra, tungt vägande skäl som talar för en sådan tillämpning. Här tänker jag på de enskilda intressen som står emot förorenarens, vilka är av två slag; dels markägares, dels enskilda skadelidandes. Om förorenarens reparativa plikter minskar drabbar detta markägaren direkt i förvaringsfallen. Enskilda skadelidande påverkas på liknande sätt; om förorenarens ansvar skulle anses vara utsläckt i de fall som verksamheten avslutats eller överlätits före 1989, gäller detta även gentemot grannar och andra berörda som vill väcka enskild talan mot verksamhetsutövaren om skyddsåtgärder och försiktighetsmått.⁴⁹

Berättigade förväntningar och betydelsen av dåtidens uppfattning av rättsläget

Så till de berättigade förväntningarna. Som framgått ovan, anges i den internationella EG-rättsliga doktrinen att sådana främst kan knytas till ett säkert rättsläge; de berörda ska ha goda skäl att tro att rättsläget är klart. Ett osäkert rättsläge ger i sig ingen grund för berättigade förväntningar på att lagen ska tolkas i en viss riktning. Redan detta gör det svårt att hävda denna typ av förväntningar på hur 5 § ML skulle tolkas med avseende på reparativt ansvar för tiden före 1989. Regeringsrätten har fått mycket kritik för sitt ställningstagande i Klippan-domen utifrån att domstolen gjorde en alltför snäv tolkning av lagregeln. Enligt kritikerna borde istället domstolen ha utgått ifrån ordalydelsen och därefter tolka bestämmelsen utifrån målsättning och systematiskt sammanhang. Jag menar att mycket av det som talade för en systematisk tolkning av 5 § ML i dess lydelse före den 1 juli 1989, återkommer i diskussionen om berättigade förväntningar. Dels som faktorer som illustrerar att rättsläget var oklart endast i vissa avseenden. (I andra situationer var det helt klart att reparativa krav kunde ställas även efter det att verksamhetens aktiva drift var avslutad.) Dels också som självständiga faktorer som visar att den tidsgräns som Regeringsrätten anvisade skulle göra systemet svårhanterligt och godtyckligt.

En självklar invändning som kan resas emot mitt resonemang är att Regeringsrätten i Klippan-målet genom sin tolkning av 5 § ML i dess lydelse före 1989 därmed avgjorde saken genom det prejudikatvärde som domen medför. Jag menar dock att denna inställning är giltig endast vid ett oförändrat rättsläge, d.v.s. om domen inför framtiden fick stå för den auktoritativa bestämningen av det miljörettsliga ansvaret före detta datum. Det faktum att lagstiftaren nu har ingripit förändrar dessa förutsättningar, då de bärande

⁴⁹ 32 kap. 12 § MB, tidigare 34 § ML.

argumenten för domens prejudicerande verkan inte längre gäller.⁵⁰ Av dess auktoritativa verkan kvarstår alltså endast argumenten i sak, och i denna del var Regeringsrätten inte särskilt talför.⁵¹ Jag menar t.o.m. att mycket talar för att domstolens bedömning av rättsläget var ”retroaktiv” i den bemärkelsen att domen återspeglade en förskjutning i värderingar på detta område som skedde mellan 1989 och 1996.⁵² Eller som en av åldermännen inom svensk miljö rätt – Lennart af Klintberg – beskrev sin reaktion på avgörandet (understrykning i original):⁵³

”Innebörden härav är att utövaren av en miljöfarlig verksamhet fram till den 1 juli 1989 *ensidigt* kunde göra sig av med en redan uppkommen skyldighet att avhjälpa olägenheter, nämligen genom att lägga ner verksamheten eller överlåta denna på annan. För mig framstår detta resonemang som helt orimligt. Skyldigheten enligt 5 § ML att *avhjälpa* en uppkommen olägenhet har samma karaktär som vattenlagens bestämmelser (ÄVL 2:24, VL 15:17) om skyldighet att ersätta

⁵⁰ Stig Strömholm anger att argumenten som talar för prejudikatverkan främst är praktiska. En sådan främjar en enhetlig rättsskipning och därmed ger bättre rättssäkerhet. Vidare har de högsta instanserna bättre förutsättningar och resurser än de lägre att finna samhällligt acceptabla lösningar på en viss fråga. Slutligen innebär en stark prejudikatverkan att onödiga processer undviks (Rätt, rättskällor och rättstillämpning. Norstedts 1996, sid. 388f).

⁵¹ Jag saknar anledning att här gå in på frågan om sparsamt eller dåligt motiverade domars prejudikatverkan i allmänhet, men lyfter ändå gärna fram en kommentar av Strömholm angående ett klassiskt uttalande av första lagutskottet i 1947 års riksdag (Strömholm, a.a. sid. 385): ”och riksdagens första lagutskott uttalade, att ”endast tyngden av de skäl, som av HD åberopas till motivering av domsluten bör vara avgörande för HD:s inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna”. Även om 1971 års fullföljdsreform inneburit en väsentlig förändring i rättsläget, torde det alltjämt vara anledning att klart särhålla prejudikat från lag i fråga om ”bindande kraft”.”

⁵² Det bör också nämnas att i den debatt som följde efter Klippan-domen har det egentligen bara har förts fram två argument emot kritiken i sak; för det första att det ”får förutsättas, att Regeringsrätten är mer skickad till kvalificerade juridiska bedömningar än både Koncessionsnämnden och regeringen.” (Wiweka Warnling-Nerep i FT 1998 s. 149, på sid. 154), och för det andra att domen togs i plenum efter en ingående analys av rättsläget (Göran Wahlgren i Miljörättslig tidskrift 1996:2, s. 245, på sid. 246). Det senare må vara fallet, men i domskälen lyste en sådan analys med sin frånvaro. Jag har även svårt att uppfatta Warnling-Nereps och Wahlgrens inlägg som argument i sak; de förefaller närmast inriktade på att rättfärdiga Regeringsrättens avgörande utifrån att det är domstolen som finner det rätta eftersom det är den som bestämmer.

⁵³ af Klintberg var vattendomare och en av KN:s första ordföranden. Han ledde åtskilliga tidiga utredningar på detta område, bl.a. 1976 års Miljöskyddsutredning. Citatet är ur ett brev från af Klintberg, daterat den 14 december 1996. Publicering efter tillåtelse av författaren.

eller genom åtgärder förebygga eller minska oförutsedda skador. Om denna skyldighet kan bringas att upphöra genom företagarens ensidiga handlande, öppnas oanade möjligheter för företagen att – exempelvis genom överlåtelse av företaget till en resurslös s.k. målvakt – komma ifrån redan uppkomna förpliktelser. Enligt Göran Wahlgrens svar på Er DN-artikel har regeringsrättens slutsats kommit till ”efter en genomgående analys” (s. 4 m). Tyvärr finns inget av denna analys i regeringsrättens dom!”.

Det är nu inte sagt att af Klintberg är något ”sanningsvittne” när det gäller dåtidens rättsuppfattning, en uppfattning som dessutom skulle sakna betydelse om Klippan-domen stod fast. Jag menar emellertid att i det rättsläge som nu råder – d.v.s. att domen är överspelad genom lagstiftning och det ”återställda” rättsläget ska bedömas mot de enskildas berättigade förväntningar – är hans betraktelser viktiga. Till skillnad från Lagrådet anser jag nämligen att bedömningen av dessa förväntningar måste ske just med utgångspunkt från dåtidens rättsuppfattning. Och den var som sagt allt annat än klar.⁵⁴

Därmed är vi framme vid den konkreta bedömningen av miljöbalkens regler och deras eventuella retroaktiva verkan. I de fall som reglerna medför ett retroaktivt ansvar ska detta bedömas mot de berättigade förväntningar som finns hos lagens adressater. Utgångspunkten när det gäller att bestämma *vems* förväntningar som ska beaktas bör vara de berörda som var aktiva i Sverige före den 1 juli 1989. Då denna bedömning går tillbaka på en allmän-europeisk rättsgrundsats, tror jag ändå att den i viss mån kommer att påverkas av hur man ser på dessa frågor i det övriga Europa.

Markägarens ansvar för rådande förhållanden

I de flesta – för att inte säga alla – europeiska länder finns det förvaltningsrättsliga konstruktioner som medför ett ansvar för rådande förhållanden på fastigheten. Som jag redovisade ovan, finns ett sådant synsätt i olika varianter i de flesta lagstiftningsregimer om förorenade områden. Man kan beskriva

⁵⁴ Det kan f.ö. nämnas frågan om retroaktivitet inte alls inverkat på diskussion om efterbehandlingsansvaret som föregick Klippan-domen. De som förespråkade att Klippan-bolaget hade ett sådant ansvar, menade att detta följde av 5 § ML redan i den lydelse som bestämmelsen hade i 1969 års utformning. Jag har inte stött på någon i debatten som hävdade att ansvaret skulle grundas på en retroaktiv tillämpning av de tillägg som gjordes i lagen 1989. Som jag uppfattade det, diskuterades frågorna om ansvaret enligt ML utifrån den gemensamma ståndpunkten att lagstiftningen på detta område vilade på en presumtion om icke-retroaktivitet.

det som att markägaren har vissa skyldigheter för fortgående förhållanden och en konsekvens av detta är att plikterna är oberoende av tidsgränser.

Denna princip finns också sedan gammalt i svensk miljö rätt, vilket kan illustreras av Regeringsrättens avgörande i RÅ 1993 ref. 41 som gällde nedskräpning vid ett äldre industriområde (Norrby skär utanför Umeå). Rättsfallet gällde dels nedskräpningsdefinitionen enligt dåvarande naturvårdslagen, dels frågan om den tidsmässiga avgränsningen av kraven. Domen är intressant ur båda dessa synvinklar; först tillämpar Regeringsrätten en analytisk och systematisk tolkningsmetod för att finna att nedskräpningsbegreppet är betydligt vidare än vad som direkt kan utläsas av lagtexten. Därefter uttalar domstolen angående kravens tidsmässighet (min kursiv):⁵⁵

”Av utredningen i målet framgår att sågverksanläggningen vid Norrby skär lades ned 1952. Det framgår emellertid inte vid vilken tidpunkt de rester av verksamheten som avses med miljö- och hälso-skydds-nämndens föreläggande inträtt i ett sådant tillstånd att den plats där de finns skulle kunna anses nedskräpad. Dessa rester har funnits på platsen så länge att en sådan tidpunkt inte heller torde gå att fastställa. *Den tidpunkten kan emellertid inte anses avgörande för frågan om NVL, som trädde i kraft den 1 januari 1965, över huvud kan tillämpas i målet.* Varken övergångsbestämmelserna till den lagen eller annan grund utgör stöd för att inte tillämpa 24 § NVL om nedskräpningen eller annat osnyggande skett före ikraftträdandet.”

Detta är ett tydligt exempel på hur Regeringsrätten har tillämpat en bestämmelse på fortgående förhållanden. Även om domen är meddelad före Klippan-domen, menar jag att den är helt förenligt med europarättens uppfattning om ”falsk retroaktivitet”. Att det skulle finnas berättigade förväntningar på att en nedskräpningsbestämmelse inte utan vidare skulle vara tillämpbar på förhållandena på marken *här och nu*, är inte troligt. Något stöd i europarätten för ett sådant synsätt finns definitivt inte.

För att övergå till miljöbalken, bygger också markägarens ansvar i förvaringsfall enligt 9 kap. 1 § på att kraven gäller fortgående förhållandena.⁵⁶ I

⁵⁵ RÅ 1993 ref. 41, på sid. 178.

⁵⁶ Det ovan nämnda beslutet om Tippen (KN B 24/97) är ett sådant exempel. Det gällde ett föreläggande mot Boliden AB om att undersöka föroreningarna i ett avfallsupplag vid en gruva. Upplaget avslutades 1935 och själva gruvan lades ned 1967. Upplaget läckte emellertid ut metallhaltigt lakvatten och KN ansåg att markägaren genom förvaringen var att betrakta som

enlighet med detta synsätt är markägarens ansvar i förvaringsfall enligt 9 kap. 1 § MB *preventivt* och därför i princip oberoende av formella tidsgränser.⁵⁷ Enligt min uppfattning är markägaren följaktligen adressat för kraven, oavsett när den aktiva verksamheten bedrevs eller när han köpte marken. Avgörande för hans del blir därför enbart utfallet i den ”rimlighetsbedömning” som ska göras enligt 2 kap. 7 §. Har den ”faktiska verksamheten” – t.ex. deponeringen av avfallet – upphört före den 1 juli 1969, bör skälighetsutrymmet vara mindre.⁵⁸ Tidsfaktorn ska emellertid vägas emot behovet av miljövårdsåtgärder. Är detta behov trängande, bör det alltid vara möjligt att kräva att markägaren vidtar lämpliga åtgärder för att minska faran för miljön. Ansvarets omfattning bör även vara beroende av vad slags åtgärder som krävs.

Innebörden av denna rättsliga konstruktion i balken är följaktligen att ansvaret i vissa förvaringsfall övergår från förorenaren till markägaren, nämligen då den förra är utesluten p.g.a. tidsregeln i 8 § MBP. Denna regel gäller ju bara för 2 kap. 8 § och 10 kap. 2 §. Detta förhållande kan illustreras med ett exempel, vars huvuddrag är lånade från Ulf Bjällås:⁵⁹ I en byggnad förvaras tunnor med giftiga ämnen och en del av dessa ämnen har läckt ut i den underliggande marken. Själva förvaringen utgör en pågående miljöfarlig verksamhet enligt 9 kap. MB. Gentemot verksamhetsutövaren kan krav på sanering av marken endast ställas under förutsättning att uppställningen av tunnorna har skett efter den 30 juni 1969, eller att den är ett led i en verksamhet som bedrivits efter detta datum. Däremot kan krav – i princip oberoende av alla tidsgränser – ställas på verksamhetsutövaren om att vidta åtgärder som syftar till att motverka skador på miljön, t.ex. att borttransportera tunnorna till behandlingsanläggning. Finns verksamhetsutövaren inte längre tillgänglig, övergår kravet att vidta preventiva åtgärder till markägaren. Det bör också observeras att detta senare krav gäller alldeles oavsett om förvaringen givit upphov till markförorening eller inte.

Förorenarens ansvar för avslutade och överlåtna verksamheter

Klippan- domen gällde det ansvar som åligger verksamhetsutövaren, alltså den som faktiskt har förorenat. När det gäller frågan om hans ansvar och

verksamhetsutövare enligt ML. Eftersom undersökningen av området ansågs nödvändig var det också skäligt att ålägga bolaget att utföra dessa.

⁵⁷ MB-prop. del 1, sid. 361, NBB sid. 10:34.

⁵⁸ MB-prop. del 1, sid. 605.

⁵⁹ NBB sid. 10:35.

tillämpningen av 8 § MP kan svaret enligt min uppfattning inte ges utifrån allmän formel om "betungande". Det måste istället bli fråga om en bedömning av de berättigade förväntningarna hos dessa aktörer i en viss situation.⁶⁰ Den övergripande frågan gäller om de verksamhetsutövare som överlät/avslutade den förorenande verksamheten före den 1 juli 1989 hade anledning att förvänta sig att lagens krav om att avhjälpa olägenheter efter denna upphörde i samma stund som de tog sin hand från företaget. Innan jag går in på den konkreta tillämpningen av reglerna, vill jag först göra ett par, allmänna kommentarer.

Vid en bedömning ansvarsreglerna i 10 kap. MB och dess förhållande till eventuella berättigade förväntningar bör man först se till vad som egentligen är "retroaktivt" i bestämmelserna. Det är helt klart att reparativa krav har kunnat ställas på pågående verksamheter som pågått efter ikraftträdandet av 1880 års vattenrättsförordning, 1942 års ändringar av 1918 års vattenlag (8 kap. ÄVL) och miljöskyddslagen 1969.⁶¹ Kravreglerna i de två första lagarna gällde vattenförorenande verksamheter och deponier, medan ML omfattade alla typer av miljöfarliga verksamheter och störningsformer. Dessa kravregler gällde samtliga i princip även för verksamheter som påbörjats före respektive lagstiftning trädde i kraft. Att reparativa krav på avhjälpan av olägenheter har kunnat riktas emot pågående verksamheter har inte ifrågasatts, vare sig i rättspraxis eller i den juridiska debatten. Vad som har diskuterats är istället om dessa krav har levt kvar även efter det att verksamheten är avslutad eller överlåtten. Regeringsrätten byggde sitt resonemang i Klippan-domen på att de plikter som åvilar en verksamhetsutövare släcks ut så fort som han avslutar

⁶⁰ Tankar om att de för den enskilde negativa verkningarna med retroaktiv lagstiftning skulle ha utslagsgivande betydelse har framkommit i diskussionen om det är möjligt för en kommun att återkalla ett beslut om färdtjänst (se bl.a. Thomas Bull i Färdtjänst för evigt. FT 2000 s. 121). Det skulle enligt Bull t.o.m. kunna vara så att den som en gång fått färdtjänst har förvärvat en evig "rätt" till detta, alldeles oavsett behovet – den berättigade kanske har tillfrisknat – och lagstiftarens åtgärder. Bull framhåller också att en sådan förståelse av retroaktivitetsförbudet skulle leda till en orimlig situation. Själv tycker jag att situationen med färdtjänst illustrerar det rimliga i den EG-rättsliga positionen, där det i slutändan blir avgörande om den tillfrisknade har berättigade förväntningar om fortsatt färdtjänst. Den frågan tror jag oftast är enkel att besvara. När det gäller denna typ av lagstiftning bör man också kunna acceptera att lagstiftningens retroaktiva karaktär framgår av det sammanhang som den verkar i ("general scheme"), eller som det hette i äldre förvaltningsrättslig doktrin, det ligger i "sakens natur". Det senare uppfattar jag att också Bull är öppen för. Se även Bo Malmqvists rättsfallskommentar i SvJT 2000 s. 731 som gäller det närbesläktade ämnet städhjälp, dock med inriktning på förvaltningsbesluts rättskraft.

⁶¹ Se Darpö: Vem har ansvaret. SNV Rapport 4354, avsnitt 1.1-1.4.

eller överlåter verksamheten. Denna slutsats var som sagt inte självklar och hade före Klippan-domen knappast någon allmän anslutning i samhället, vare sig bland företagen i gemen eller hos tillsynsmyndigheter och andra inblandade. Redan i 1989 års lagstiftningsärende ansågs en sådan inställning istället vara ”uppenbart orimlig”.⁶² Att regeringen hade stöd för ett sådant påstående kan också illustreras av det faktum att det efter lagstiftningsärendet inte existerade någon debatt i denna fråga,⁶³ förrän den aktualiserades som en av de många invändningar som Klippan-bolaget hade mot att delta i kostnaderna för att undersöka Järnsjön.

Betydelsen av tillstånd

Regeringsrätten lägger också vikt vid att Klippan hade tillstånd. Detta är något som upprepas av såväl Ulf Bernitz, som Wiweka Warnling-Nerep i deras rättsfallskommentarer. I denna del är det svårt att freda sig emot att dessa kommentarer är grundade på en missuppfattning angående det karakteristiska för tillstånd enligt miljöskyddslagstiftningen. Detta är särskilt tydligt hos den senare författaren; när Warnling-Nerep beskriver rättskraften av offentligrättsliga tillstånd gör hon det som vore det fråga om eviga och oföränderliga koncessioner att bedriva en verksamhet i enlighet med de villkor som framgår av tillståndet.⁶⁴ Hennes beskrivning av sådana koncessioner och deras förhållande till förvaltningsrättsliga grundsatser är säkert riktig på ett allmänt plan. När det gäller tillstånd enligt miljöskyddslagen glömmar hon emellertid att dessa i första hand ska bedömas utifrån de förutsättningar som angavs direkt i lagen.⁶⁵ Något annat skulle innebära att klar lagtext ersattes av allmänna rättsgrundsatser och det har jag svårt att få ihop med Warnling-Nereps inställning till lagtextens betydelse inom miljörätten.⁶⁶ Det är visserligen sant att tillstånd enligt ML och dess föregångare – som f.ö. fortfarande är giltiga – i princip var obegränsade i tiden. Denna tillståndens eviga verkan har emellertid alltsedan 1942 varit försedd med reservationen att villkoren kan omprövas. Detta kan ske, dels rent allmänt när tio år förflutit efter tillståndsbeslutet, dels i förtid under vissa förutsättningar. Den viktigaste av dessa i efterbehandlingsmanhang är att det uppstått en (betydande) olägenhet som inte förutsågs när beslutet eller domen meddelades. Att en sådan omprövning kan komma att innefatta krav på reparation efter redan bedri-

⁶² Proposition 1987/88:85 sid. 215.

⁶³ Jfr. Lars Delin i FT 1989 s. 1.

⁶⁴ Warnling-Nerep i FT 1998 s. 261, på sid. 265.

⁶⁵ 8 kap. 40 § ÄVL, 25 § 2 st. resp. 24 § 1 st. 4 p. ML och numera 24 kap. 1 och 5 §§ MB.

⁶⁶ Se Warnling-Nerep i FT 1998 s. 149.

ven verksamhet klargjordes redan i 1941 års lagstiftningsärende. En riktig beskrivning av tillstånden enligt ÄVL och ML är alltså att dessa inte är slutligt reglerade genom villkoren, utan kan ändras med hänsyn till miljön och motstående, enskilda intressen.⁶⁷

Inställning på näraliggande rättsområden

Till detta kommer ett förhållande som af Klintberg lyfter fram i det ovan nämnda uttalandet i det att han gör jämförelser med andra och närliggande rättsområden. Inom såväl det vattenrättsliga som det skadeståndsrättsliga området saknar överlåtelse och andra slags ensidiga dispositioner från verksamhetsutövaren självständig betydelse för ansvaret. Inom dessa områden finns visserligen särskilda regler om den tidsmässiga avgränsningen av ansvaret, men det är långt från säkert att dessa ger ett för verksamhetsutövaren gynnsammare resultat. Så talar man i skadeståndsrättslig teori om två olika principer när det gäller hur preskriptionsfristerna beräknas. Dels en som utgår från tidpunkten för den skadebringande handlingen (skadeorsaksprincipen), dels en som utgår från den tidpunkt som skadan till fullo kan konstateras (skadeverkningsprincipen).⁶⁸ Som visats ovan, är den senare principen väl företrädd i de europeiska rättsordningarna.

Verksamhetsbegreppet

Den svenske lagstiftaren har valt att avgränsa ansvaret i tiden till den 1 juli 1969. Detta är inte något som följer av det rättsläge som rådde dessförinnan, som exempelvis med avseende på vattenföroreningar var lika strängt som under miljöskyddslagen. Det är istället ett politiskt val utifrån en kompromiss mellan företagar- och miljöintresset och får enligt min uppfattning accepteras som en rimlig lösning. Innebörden av övergångsregeln är alltså att det är förorenaren som ska stå för skäligen undersökning och efterbehandling av de områden som skadats av hans åtgärder, under förutsättning att den *aktiva*

⁶⁷ Jfr. vad Hans Ragnemalm skriver om tillstånd med återkallelseförbehåll (Förvaltningsprocessrättens grunder. Juristförlaget, 7:e uppl. 1992, sid. 87). Det är f.ö. också detta faktum som gör att KN hamnar alldeles fel i ställningstagandet i Böksholms-målet. Nämnden ansåg att frågan om reparativa åtgärder till följd av Klippan-bolagets olagliga utsläpp under den perioden som verksamheten bedrevs utan tillstånd (d.v.s. mellan åren 1954 och 1970), slutligt blev avgjord i sak genom en vattendom 1979. Detta är emellertid inte riktigt; Naturvårdsverkets talan i den delen *avvisades*, vilket innebar att verket hänvisades till att få frågan om efterbehandling av de skadade vattenrecipienterna prövad i särskild ordning enligt 41 § ML. Tvärtom vad KN uttalade, tog alltså vattendomstolen inte ställning till den reparativa frågan i sak.

⁶⁸ Se Bugge i Grunnloven § 97: En oversikt over teori og nyere rettspraksis. Jussens venner 1999 s. 65, på sid. 92.

driften av verksamheten inte är avslutad före den 1 juli 1969. Det följer av lagtexten och av hur verksamhetsbegreppet har definierats i KN:s praxis att detta begrepp är vidsträckt. En rimlig utgångspunkt för bedömningen av verksamhetsbegreppet bör vara vilken aktivitet som omfattas av tillståndet.⁶⁹ Vidare bör gälla att verksamheten i sin helhet ska vara avslutad före det kritiska datumet, inte bara det förorenande utsläppet, upplägget eller processen.⁷⁰ Om ett företag alltså har deponerat avfall på olika ställen under sin verksamhetsperiod, varav en del av upplagen avslutades före den 1 juli 1969, omfattar hans ansvar även dessa tidiga upplag. Om däremot den ”aktiva driften” i sin helhet avslutad före det kritiska datumet, är ansvaret utsläckt. Förarbetena är något oklara på denna punkt, men jag menar att man bör förstå detta uttryck i dess normalspråkliga betydelse. Är alltså själva produktionen avslutad, bör verksamheten alltså anses ha upphört även om den har lämnat efter sig högar av avfall. Om detta upphörande har skett före det kritiska datumet, övergår som sagt ansvaret för det kvarblivna avfallet till markägaren.

Slutsatser om de berättigade förväntningarna hos verksamhetsutövarna

När det sedan gäller frågan om den valda regleringen medför otillåten retroaktivitet menar jag som sagt att detta är en konkret bedömning i de enskilda fallen. Det finns tillämpningar som helt klart är otillåtna mot bakgrund av det rättsläge som gällde före 1989 resp. 1999. Som jag tidigare har nämnt kan det solidariska ansvaret utkrävas även av verksamhetsutövare som överlät verksamheten före MB:s ikraftträdande, en tillämpning som knappast kan vara rimlig om vars och ens bidrag till föroreningarna kan urskiljas. Helt klart finns andra situationer där den valda regleringen inte medför några betänkligheter, vilket väl kan illustreras med den ovan nämnda domen om Klippan i Böksholm; gentemot verksamheter som orsakat förorening genom olagliga utsläpp bör de reparativa kraven kunna adresseras utan problem. När det istället gäller den situation som var aktuell i det mer berömda Klippan-domen, bör man skilja på om verksamheten är *avslutad* eller *överläten* före 1989. I det förra fallet menar jag att verksamhetsutövaren knappast kan ha haft några berättigade förväntningar att slippa från de miljörättsliga för-

⁶⁹ KN 138/94. I beslutet ansåg nämnden att efterbehandlingsskyldigheten enligt ett villkor omfattade hela det område som avsågs i tillståndet, oavsett om verksamheten i praktiken hade bedrivits där eller inte. Beslutet avsåg ett krav på efterbehandling av ett gruvområde där ingen aktiv verksamhet hade bedrivits sedan 1920-talet. Området omfattades dock av ett nytt tillstånd för mineralutvinning från 1979 med tillhörande efterbehandlingsvillkor.

⁷⁰ Se det ovan nämnda beslutet KN B 94/97 (SSS).

pliktelser, jfr. resonemanget ovan om närstående rättsområden. När det däremot gäller tillståndsgiven verksamhet som är överlåten tror jag att utgångspunkten kan vara en presumtion om det omvända, åtminstone om det är fråga om en och samma produktion som medför samma slags störningar. Utgångspunkten för dessa situationer bör alltså vara att verksamhetsutövarens förväntningar om att även efterbehandlingsansvaret gick över till förvärvaren bör respekteras. Men som sagt, det bör i alla situationer vara fråga om en konkret bedömning.

Slutligen gäller att frågan om tillåten retroaktivitet i sista hand är en rimlighetsbedömning. Förutom de situationer som jag har skissat ovan, kommer det också att finnas sådana där en strikt tillämpning av övergångsregeln inte är rimlig med tanke på tidsaspekten.⁷¹ Detta bör emellertid kunna lösas inom ramen för den skälighetsavvägning som ska göras när man fastställer ansvarets omfattning enligt 10 kap. 4 § MB.

Undersökningsansvaret de lege ferenda

Min uppfattning är följaktligen att den valda övergångsregeln i MP är retroaktiv på ett sätt som i många situationer är tillätlig i skenet av den svenska och europarättsliga uppfattningen i denna fråga. Årtalet 1969 kan nog också accepteras som en skiljelinje mellan förearnas och samhällets ansvar för de förorenade områdena. I ett avseende menar jag emellertid att denna gräns är för snäv. Det gäller verksamhetsutövarens ansvar för undersökningar av förorenade områden. Sådana kan syfta till dels utredning om ett område över huvud taget är förorenat, dels utredning om områdets närmare föroreningsstatus. Samtliga dessa situationer karakteriseras av osäkerhet om föroreningsgrad och art, deras härkomst samt spridning m.m. Med tanke på att det är svårt att över huvud taget fastställa vad slags föroreningar det är fråga om och vem som bär ansvaret härför samt även vid vilken tidpunkt detta skedde, *bör undersökningsplikten vara allmängiltig och gälla utan någon tidsgräns*. Förutsättningen för en sådan allmängiltig undersökningsplikt bör dock vara de som gäller för sådana "preliminära" krav enligt miljöbalken idag, d.v.s. att någon har bedrivit en verksamhet eller vidtagit en åtgärd som *kan befaras ha medfört en förorening*.⁷² Att plikten bör gälla utan tidsgräns är alltså en regel som kan motiveras av bevis tekniska skäl. Enligt min uppfattning är det också en rimlig fördelning av kostnaderna för att åtgärda histo-

⁷¹ Jfr. generaladvokat Reischls uttalande i rättsfallet (ECR 1982 s. 3107) om att bedömningen av de berördas berättigade förväntningar kan påverkas av tidsfaktorn.

⁷² 26 kap. 22 § MB.

riska föroreningar mellan det allmänna och förorenarna att de senare står för utredningen av de miljömässiga konsekvenserna av dessa försyndelser. Till detta kommer att dessa åtgärder i normalfallet representerar en mindre kostnad, jämfört med de miljonbelopp som ofta är förknippade med själva efterbehandlingen. Skulle kostnaden för undersökningen ändå anses orimlig i det enskilda fallet, kan den jämkas med stöd av skälighetsregeln. En alternativ lösning kunde också vara att undersökningskostnaderna bestreds av hela branschen genom särskilt uppbyggda fonder.

Uttryckliga tidsgränser

Slutligen några ord om preskription. Under miljöskyddslagen rådde osäkerhet om de offentligrättsligt grundade miljövårdsanspråken var föremål för preskription. I den diskussion som fördes menade civilrättsligt orienterade författare att så var fallet och jämförde bl.a. med reglerna för miljöskadestånd.⁷³ Den dominerande uppfattningen inom den förvaltningsrättsliga doktrinen var istället att offentligrättsliga plikter inte preskriberas så länge som de inte utformas som en fordring på ett förmögenhetsvärde.⁷⁴ I miljöbalksärendet tog regeringen det säkra före det osäkra i denna fråga och införde en uttrycklig regel om att efterbehandlingsansvaret enligt 10 kap. MB inte är föremål för preskription.⁷⁵

Detta med en uttrycklig tidsregel för ansvaret för förorenade områden är också en lösning som valt i andra länder, t.ex. i den danska JFL. Däremot har jag inte funnit något exempel på en lagstiftningsregim på detta område där de offentligrättsliga kraven har varit föremål för civilrättslig preskription. Detta var också den praktiska konsekvensen av den inställning som var förhärskande inom svensk förvaltningsrättslig litteratur före miljöbalken; offentligrättsliga anspråk är i och för sig föremål för preskription, men tidsfristen kan inte räknas förrän det finns ett krav uttryckt i ekonomiska termer. I efterbehandlingssammanhang innebär det att tidsfristen börja att löpa först när åtgärderna är utförda och följaktligen kravet på kostnadstäckning har uppstått. Enligt min uppfattning är detta en rimlig fördelning mellan de civilrättsliga och de förvaltningsrättsliga lagstiftningarna. Det är svårt att se

⁷³ Se Lindskog, S: Preskription. Om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid. Norstedts 1990, sid 79 och 379ff.

⁷⁴ Se avsnitt 2.2.5.1 i Eftertanke och förutseende.

⁷⁵ 10 kap. 4 § 2 st. MB. I förarbetena skriver regeringen att "Ansvaret för efterbehandling handlar inte som preskriptionslagen främst om pengar." (MB-prop. del 1, sid. 360). Denna motivering tycker Bengtsson är "ganska diskutabel", men som "(f)rån miljösynpunkt kan dock också detta framstå som en rimlig lösning.". (Speciell fastighetsrätt – miljöbalken, sid. 202).

att ett annat synsätt vore förenligt med den offentlighetslagstiftningen på området, som utgår från förhållanden såsom de ser ut här och nu. Den grundläggande utgångspunkten är – vilket bör ha framkommit av dessa två artiklar – vilka åtgärder som behövs till skydd för människa och miljö idag och inför framtiden. Detta system går att förena med absoluta tidsgränser bakåt i tiden som är knutna till själva verksamheten, parat med ett preventivt markägarens ansvar för nuvarande förhållanden. Att använda de civilrättsliga preskriptionsreglerna på detta område medför stora problem, vilket också har uppmärksammats i diskussionen om miljöskadestånd.⁷⁶ Det tar ofta lång tid innan föroreningar i naturen uppmärksammas, vilket i ett system med korta tidsfrister kan medföra att kraven redan är utsläckta när miljöskadan upptäcks.

Summering

Enligt min uppfattning är den av lagstiftaren valda lösningen i 8 § MP acceptabel ur europarättslig synvinkel. Den retroaktiva regeln är tydlig och den fyller en viktig funktion för att ansvaret ska bli lika för samtliga som bedrivit förorenande verksamheter i ordets normalspråkliga betydelse efter den 30 juni 1969.

När det sedan gäller frågan om den valda regleringen kränker de berörda företagens berättigade förväntningar bör denna bedömning göras konkret i de enskilda fallen. Det finns tillämpningar som helt klart är otillåtna mot bakgrund av det rättsläge som gällde tidigare. Ett exempel på detta vore att låta någon som avslutat verksamheten före miljöbalkens ikraftträdande stå för efterkommandes försyndelser. Det finns också exempel på tillämpningar som helt klart är tillåtna, t.ex. att låta den ansvariga som orsakat förorening genom olagliga utsläpp och därefter avslutat verksamheten före 1989. En liknande bedömning bör som huvudregel kunna gälla för samtliga verksamheter som avslutats efter 1969; verksamhetsutövaren kan knappast anses ha berättigade förväntningar om att de miljörättsliga förpliktelserna upphörde vid avslutandet. När det emellertid gäller verksamheter som har överlåtits före 1989, kan det vara så att sådana förväntningar faktiskt existerar som ska respekteras. Huvudregeln bör följaktligen i denna situation vara att ansvaret har gått över till den som förvärvade verksamheten, åtminstone om det är fråga om verksamhet som bedrivits med tillstånd. Gemensamt för samtliga de fall som här har diskuterats är att det slutligen blir fråga om en skälighetsbedömning i enlighet med 10 kap. 4 § MB.

⁷⁶ Se Darpö i Vem har ansvaret, sid. 146ff. för en redogörelse om preskriptionsreglerna och turerna kring lagstiftningen om produktansvar och miljöskadestånd.

