

Juridiska institutionen



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Tillåtlighetsbeslutets bindande effekt mot Natura 2000-skyddets asymmetri

- *En utredning av rättsläget kring förhållandet mellan regeringens tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. MB och tillståndsprövningen för Natura 2000-områden samt konsekvenserna därav.*

Programmet för juris kandidatexamen
Examensarbete, 30 högskolepoäng
HT 2009

Författare
Erica Reivell

Handledare
Lena Gipperth

Ämnesområde
Miljörätt

1	INLEDNING	1
1.1	Bakgrund	1
1.2	Syfte	3
1.3	Frågeställning	4
1.4	Metod och material	5
1.5	Arbetets disposition.....	5
2	INTRODUKTION	7
2.1	Tillståndsprövning	7
2.1.1	Prövning av miljöfarlig verksamhet	8
2.1.2	Prövning av vattenverksamhet	9
2.1.3	Prövning av projekt som kan inverka på Natura 2000-områden	9
2.1.4	Samordnad prövning	11
2.2	Tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken.....	11
2.2.1	Regeringens tillåtlighetsprövning – en historisk tillbakablick.....	12
2.2.1.1	136 a § byggnadslagen.....	12
2.2.1.2	Regeringsprövning enligt naturresurslagen och vattenlagen	13
2.2.1.3	Olika prövningsförfaranden	13
2.2.2	Regeringens tillåtlighetsprövning – nuvarande regler.....	14
2.2.2.1	Obligatorisk och fakultativ prövning.....	15
2.2.2.2	Vad skall regeringens prövning innefatta?	16
2.2.2.3	Det kommunala vetot.....	17
2.2.2.4	Förfarandet vid regeringens tillåtlighetsprövning	18
3	RÄTTVERKAN AV REGERINGENS TILLÅTLIGHETSPRÖVNING	21
3.1	Domstols bundenhet av regeringens tillåtlighetsbeslut	21
3.1.1	Uttrycklig reglering saknas	21
3.1.2	Förfaranden	22
3.1.3	Strukturen i ”stoppregeln”	23
3.1.4	Doktrin.....	23
3.2	Domstols bundenhet av regeringens tillåtlighetsbeslut <i>vid Natura 2000-prövning</i> .24	
3.2.1	Förhållandet mellan regeringens tillåtlighetsprövning och tillståndsprövningen för Natura 2000-områden.....	25
3.2.2	Vad går att utläsa av den rättsliga strukturen i miljöbalken?.....	26
3.2.2.1	Natura 2000-skyddets asymmetriska prövningsordning	27
3.2.2.2	Formuleringen i 7 kap. 29 b §	28
3.2.2.3	Vilken prövning skall ske först?.....	30
3.2.3	Ärendet Botniabanan – En omdebatterad järnvägssträckning genom ett Natura 2000-område.....	33
3.2.3.1	Bakgrund.....	33
3.2.3.2	Den bindande effekten av regeringens beslut – miljödomstolens resonemang.....	36
3.2.3.3	Den bindande effekten av regeringens beslut – miljööverdomstolens resonemang.....	37
3.2.3.4	De slutliga turerna i Botniafallet	39
3.3	Diskussion och slutsatser.....	40
3.3.1	Blir tillståndsmyndigheten bunden av regeringens tillåtlighetsbeslut?.....	40

3.3.2	Blir tillåtighetsbeslutet bindande för tillståndsmyndigheten vid en Natura 2000-prövning?.....	43
3.3.2.1	Natura 2000-prövningens eventuella företräde.....	44
3.3.2.2	Betydelsen av Natura 2000-skyddets asymmetriska prövningsordning.....	45
3.3.2.3	Regeringens tillåtighetsprövning – en övergripande bedömning.....	47
3.3.2.4	Otydligt rättsläge	48
4	KONSEKVENSER FÖR RÄTTEN TILL DOMSTOLSPRÖVNING	48
4.1	Rätten till domstolsprövning enligt Århuskonventionen	49
4.1.1	Århuskonventionens bakgrund och syfte.....	49
4.1.2	Tillgång till rättslig prövning	50
4.1.2.1	Artikel 9.2	51
4.1.2.2	Artikel 9.3	51
4.2	Att överklaga tillåtighetsbeslut	52
4.2.1	Rättsprövningslagen – med syfte att uppfylla internationella åtaganden	52
4.2.1.1	Förutsättningarna för rättsprövning	53
4.3	Rättsprövningsmålen i Botniaärendet	54
4.3.1	Det första rättsprövningsmålet - tillåtighetsbeslutet.....	55
4.3.2	Det andra rättsprövningsmålet – järnvägsplanen	56
4.3.2.1	Sökandens talan.....	56
4.3.2.2	Regeringsrättens avgörande	57
4.4	Diskussion och slutsatser.....	58
4.4.1	Konsekvenser för enskilda och miljöorganisationers rätt till överprövning ...	58
4.4.2	Konsekvenser för Sveriges åtaganden enligt Århuskonventionen.....	60
5	HUR KAN RÄTTSLÄGET TYDLIGGÖRAS?	62
5.1	Underlätta deltagande i rättsprövningsprocessen	62
5.2	EU-ventiler och ventiler för ”väsentlig olägenhet”	62
5.3	Ventil för Natura 2000?.....	63
6	SLUTORD.....	64

1 Inledning

1.1 Bakgrund

”Vid 17 kap-prövningen kan regeringen välja att ”lyfta in” alla slags frågor enligt miljöbalken och därmed uppnå bundenhet i den efterföljande tillståndsprövningen. [...] Hårdraget innebär det att oavsett vad regeringen hittar på i sitt beslut, kan en domstol inte överpröva detta.”¹

Jan Darpö, Docent i miljö rätt

Under hösten 1999 överlämnade Banverket fem järnvägsplaner rörande uppförandet av den planerade Botniabanan – en 19 mil lång järnvägsförbindelse längs norrlandskusten från Ångermanälven via Örnsköldsvik till Umeå – till regeringen för tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken. Trots det faktum att en del av järnvägssträckningen skulle komma att skära rakt igenom Umeälvens delta och slätter, ett område skyddat inom ramen för EU:s ekologiska nätverk Natura 2000, ansåg regeringen att dragningen var förenlig med kraven enligt livsmiljödirektivet, varpå tillåtlighetsbeslut för järnvägsbygget meddelades. När ärendet sedermera hamnade på miljödomstolens bord för avgörande i tillståndsfrågan, kom frågan om den bindande effekten av regeringens tillåtlighetsbeslut att ställas på sin spets. Regeringen hade bedömt förutsättningarna för att meddela undantag från Natura 2000-skyddet vara uppfyllda. Innebar detta att miljödomstolen i sin tillståndsprövning var bunden av regeringens beslut, och därmed förhindrad att göra en självständig prövning av järnvägsdragningens förenlighet med Natura 2000-reglerna i miljöbalken? Fallet Botniabanan som kom att bli ett komplicerat ärende med många turer i såväl miljödomstol som miljööverdomstol samt genom rättsprövning i regeringsrätten, kom således att uppmärksamma oklarheterna kring en viktig rättsfråga; nämligen den rörande rättsverkan av regeringens tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. miljöbalken.

I de fall där regeringsprövning enligt 17 kap. miljöbalken aktualiseras rör det sig i de flesta fall om prövning av större verksamheter som utgör viktiga samhällsintressen, samtidigt som de anses innebära typiskt sett stora risker för miljön. I dessa fall krävs således utöver tillstånd från de ordinarie prövningsmyndigheterna, även ett godkännande från regeringen till verksamheten som helhet. Vid prövningen skall regeringen tillämpa miljöbalkens regler samt

¹ Darpö, Regeringen bestämmer över Botniabanan, s 5.

beakta allmänna samhällsaspekter.² Miljöbalkens regler angående det rättsliga skyddet för så kallade Natura 2000-områden tydliggjordes och stärktes åtskilligt år 2001. Detta skedde dels genom att reglerna för erhållande av tillstånd förtydligades, dels genom att det processuella skyddet för Natura 2000-områden förstärktes genom införandet av en särskild prövningsordning i 7 kap. miljöbalken. Verksamheter eller åtgärder som på ett betydande sätt kan påverka miljön inom ett Natura 2000-område kräver därför numer enligt 7 kap. 28 § miljöbalken tillstånd från länsstyrelsen, alternativt miljödomstolen. Om prövningsmyndigheten vid tillståndsprövningen finner att verksamheten i fråga kan skada skyddade livsmiljöer eller arter inom området, skall tillståndsansökan avslås.³

Förhållandet mellan regeringens tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken och länsstyrelsens/miljödomstolens tillståndsprövning enligt miljöbalkens tillståndsregler, är inte klart reglerat i lagstiftningen. I doktrin synes den allmänt rådande meningen vara, att när regeringen beslutat att tillåta en verksamhet så är tillståndsmyndigheten bunden att rätta sig efter beslutet, och följaktligen förhindrad att förbjuda verksamheten eller upphäva uppställda villkor. Tillståndsmyndigheten skulle i regeringsprövningsfallen således vara begränsad till att besluta i frågor som regeringen inte redan avgjort. Detta förhållande är emellertid inte något som framgår av lagtexten och en allmängiltig regel om bundenhet till regeringens tillåtlighetsbeslut saknas. Än mer osäkert blir rättsläget om man lägger till den omständigheten att tillståndsärendet i fråga berör ett Natura 2000-område som därmed skall prövas inom ramen för den särskilt föreskrivna prövningsordningen i 7 kap. miljöbalken. Hur regeringens tillåtlighetsprövning skall stå i förhållande till den prövningsordning som sedan 2001 skall gälla för Natura 2000-ärenden är inte heller det rättsligt reglerat i miljöbalken.

I fallet Botniabanan var båda domstolsinstanserna överens om att bundenhet till regeringsbeslutet förelåg, varpå någon självständig prövning av miljöfrågorna kring järnvägsbygget aldrig gjordes. Av motsatt uppfattning var emellertid miljöorganisationerna och sakägarna vilka å sin sida hävdade att domstolen hade att göra en självständig bedömning av huruvida förutsättningarna för undantag från Natura 2000-reglerna var uppfyllda; en uppfattning som de således inte vann gehör för i domstolen. Efter ärendets avgörande i miljööverdomstolen har kritiska röster höjts som pekat på ett felaktigt domslut. Dessa har

² Prop. 1997/98:45 s 436 f. Del 1.

³ Prop. 2000/01:111 s 1.

hävdad att resonemanget om strikt bundenhet till regeringsbeslutet inneburit att sakägarnas och miljöorganisationernas möjlighet till överprövning av beslutet i princip har tillslutits.

De långdragna rättsprocesserna kring Botniabanans dragning i Umeådelat kan mot bakgrund av ovan sagda, sägas ha uppenbarat en rad juridiska knäckfrågor, för vilka det svenska rättsläget ännu synes vara förhållandevis oklart. Dessa frågor, som alla är kopplade till frågan om tillåtlighetsprövningens bindande effekt, skall behandlas närmare inom ramen för följande framställning.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att med utgångspunkt i lagstiftning, praxis och doktrin, utreda det till synes oklara rättsläget kring rättsverkan av regeringens tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken samt - mot bakgrund av resultatet - utreda vad den svenska prövningsordningen kan komma att få för konsekvenser för enskildas och organisationers rätt till domstolsprövning.

Fokus kommer inledningsvis att läggas på att utreda hur regeringens tillåtlighetsprövning skall stå i förhållande till länsstyrelsens/miljödomstolens tillståndsprövning, i de situationer dessa två prövningsförfaranden sammanfaller rörande samma verksamhet. Mer specifikt handlar det om att fastställa huruvida ett tillåtlighetsbeslut som fattats av regeringen i enlighet med 17 kap. miljöbalken blir bindande gentemot den myndighet som sedermera skall fatta beslut i tillståndsfrågan. Frågan belyses här så att säga ur ett rent generellt perspektiv vilket innebär att någon skillnad inte görs mellan vilken typ av tillståndsprövning som avses. Därefter specificeras emellertid frågeställningen varpå fokus läggs på att utreda vad som händer i de situationer när tillståndsprövningen i fråga, specifikt berör en verksamhet som skall prövas enligt Natura 2000-reglerna i 7 kap. miljöbalken.

Vidare belyses problematiken kring vad synen på tillåtlighetsbeslutets bindande effekt som den ser ut i dagens rättstillämpning, kan komma att få för konsekvenser för enskildas och miljöorganisationers rätt till överprövning av miljöbeslut. Därtill undersöks huruvida den svenska prövningsordningen i dessa fall kan anses vara förenlig med Sveriges förpliktelser enligt Århuskonventionen, i vilken undertecknade länder har förpliktats att tillse att enskilda

och organisationer som kan beröras av tillståndsbeslut på miljöområdet, ges möjlighet till effektiv domstolsprövning.

Slutligen resoneras kring möjliga rättsliga lösningar som kan vidtas för att klargöra rättsläget samt förhindra att den svenska prövningsordningen riskerar att stå i strid med de internationella kraven på rätten till en effektiv domstolsprövning.

1.3 Frågeställning

De frågor uppsatsen främst avser utreda är:

1. Blir ett regeringsbeslut att tillåta en verksamhet enligt 17 kap. miljöbalken bindande för den tillståndsmyndighet (länsstyrelse/domstol) som skall fatta beslut i tillståndsfrågan? Med andra ord, finns det något utrymme för prövande tillståndsmyndighet att ändra eller upphäva regeringens beslut att lämna tillåtelse till en verksamhet?
2. Med hänsyn till den särskilt föreskrivna prövningsordningen för Natura 2000-områden – Blir synen på tillåtighetsbeslutets bindande effekt densamma i de fall när en åtgärd/verksamhet vid sidan av regeringsprövningen även skall prövas i enlighet med Natura 2000-reglerna i 7 kap. miljöbalken?
3. För det fall regeringens tillåtighetsbeslut inte får ändras eller upphävas i en efterföljande tillståndsprövning, vad får bundenheten för konsekvenser för enskildas och miljöorganisationers rätt till domstolsprövning?
4. Vad får den svenska prövningsordningen för konsekvenser i förhållande till Sveriges förpliktelser enligt Århuskonventionen?
5. Hur skulle en möjlig rättslig konstruktion se ut för att tydliggöra rättsläget och i högre grad göra det förenligt med Århuskonventionens krav? Krävs ändringar i miljöbalken och i så fall vilka?

1.4 Metod och material

Uppsatsen är framarbetad efter traditionell juridisk metod där analysen har sin utgångspunkt i lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Lagtexten har tolkats utifrån språklig lydelse men framförallt utifrån den systematik som lagstiftningen som helhet uppvisar samt utifrån vad lagstiftaren kan tänkas ha åsyftat när lagen skrevs.

Under arbetets gång har jag funnit att problematiken kring tillåtighetsbeslutets bindande effekt – i synnerhet i förhållande till Natura 2000-lagstiftningen - kommenterats relativt sparsamt i rättskällorna. Jan Darpö har bidragit i stor utsträckning genom ett flertal artiklar där han belyser problematiken. Likaså har Jonas Ebbesson genom ett rättsutlåtande givit en bild av hur han anser att frågan bör tolkas. Givetvis har både Darpös och Ebbessons åsikter utgjort viktiga utgångspunkter för denna uppsats.

Även i praxis synes frågeställningen vara sparsamt utredd. Inte förrän i samband med fallet Botniabanan – där frågan i största grad kom att ställas på sin spets - synes frågorna kring tillåtighetsbeslutets bindande effekt ha givit upphov till meningsskiljaktigheter. Botniefallet kommer att följa som en röd tråd genom hela uppsatsen och relativt stort utrymme ges till att beskriva dess bakgrund samt de argument som båda sidor åberopade i rättsprocessen.

1.5 Arbetets disposition

För att få en djupare förståelse för problematiken kring vilken min frågeställning kretsar, krävs att läsaren delges viss bakgrundfakta i ämnet. I uppsatsens första del – introduktionsavsnittet – introduceras därför vissa grundläggande miljörättsliga begrepp och förfaranden som har betydelse för den kommande analysen. Inledningsvis följer en översiktlig redogörelse för innebörden av begreppet ”*tillståndsprövning*”. Dels förklaras syftet bakom detta miljörättsliga instrument, dels redogörs för tre verksamhetskategorier som samtliga omfattas av miljöbalkens tillståndsplikt och för hur prövningsförfarandet är uppbyggt i respektive verksamhetskategori.

Vidare följer en mer ingående genomgång av det prövningsförfarande som i 17 kap. miljöbalken refereras till som ”*regeringens tillåtighetsprövning*”, men som i många fall även kort och gott benämns som ”*regeringsprövning*”. Efter en kort inledande beskrivning av det

särskilda prövningsförfarandets innebörd och syfte, presenteras en historisk tillbakablick följt av en redogörelse för hur regeringens tillåtlighetsprövning är reglerad i miljöbalken idag. I avsnitt 2.2.2.2 följer en kort genomgång av vilka frågor som skall behandlas inom ramen för regeringens prövning samt vad som innehållsmässigt skiljer denna prövning från den ordinarie tillståndsprövningen. Slutligen avslutas introduktionsavsnittet med en redogörelse för hur prövningsförfarandet är uppbyggt vid regeringens tillåtlighetsprövning.

Efter den inledande avdelningen behandlas de två första frågorna i min frågeställning. Inledningsvis belyser jag frågan om tillståndsmyndigheternas eventuella bundenhet till regeringens beslut ur ett generellt perspektiv, varpå jag sedan går djupare in och tittar på vad som händer i den mer specifika situation, där en verksamhet som blir föremål för regeringsprövning även kommer att omfattas av den särskilda tillståndsprövning som gäller för verksamheter som inverkar på Natura 2000-områden. Avdelningen avslutas med att jag knyter ihop säcken i en diskussion kring dessa två frågor, där jag även redovisar de slutsatser jag kommit fram till.

I nästa avdelning behandlas de resterande frågorna i min frågeställning. I denna avdelning skiftas fokus från ”bundenhetsproblematiken” till att utreda eventuella *konsekvenser* som kan komma att följa i dess fotspår – konsekvenser för enskildas och organisationers rätt till domstolsprövning av miljöbeslut, samt konsekvenser för Sveriges åtaganden enligt Århuskonventionen. I avsnittet ges översiktlig bakgrundsfakta kring Århuskonventionen och dess förståelse av begreppet ”rätt till domstolsprövning”. Vidare ges en kort genomgång av nationell rätt och vilka möjligheter den ger enskilda och organisationer att överklaga ett tillåtlighetsbeslut av regeringen. En utförlig beskrivning av rättsprövningsmålen i Botniaärendet ges och med detta som bakgrund diskuteras närmare vad den slutsats som Regeringsrätten nådde i målet, kom att få för konsekvenser för enskildas och miljöorganisationers rätt till domstolsprövning. Slutligen resoneras kring huruvida rättsläget som det ser ut idag kan sägas tillgodose enskildas och organisationers rätt till domstolsprövning samt i vilken mån det svenska rättsläget kan sägas stå i överensstämmelse med Sveriges åtaganden enligt Århuskonventionen.

Uppsatsen avslutas med ett avsnitt där fokus läggs på att resonera kring möjliga rättsliga lösningar på den problematik som uppsatsen har behandlat.

2 Introduktion

I följande avsnitt förklaras innebörden av de miljörättsliga begreppen ”tillståndsprövning” och ”tillåtlighetsprövning” – två begrepp som är av väsentlig betydelse för förståelsen av problematiken kring vilken uppsatsens frågeställning kretsar.

2.1 Tillståndsprövning

I 1 kap. 1 § miljöbalken formuleras balkens övergripande målsättning:

”Bestämmelserna i denna balk syftar till att främja en hållbar utveckling som innebär att nuvarande och kommande generationer tillförsäkras en hälsosam och god miljö. En sådan utveckling bygger på insikten att naturen har ett skyddsvärde och att människans rätt att förändra och bruka naturen är förenad med ett ansvar för att förvalta naturen väl.”

Den övergripande målsättningen att främja en ”hållbar utveckling” skall genomföras rättsligt genom en tillämpning av miljöbalkens samtliga bestämmelser. De så kallade allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. av central betydelse då dessa i vid mening anger vad som krävs i sak för att skydda miljön. För att garantera miljökravens genomslag krävs emellertid även kompletterande bestämmelser som tillser att miljöbalkens krav genomförs i praktiken. I detta syfte har reglerna om prövning av *tillstånd* och *tillåtlighet* tillkommit.⁴

En tillståndsprövning innebär att miljödomstolen eller länsstyrelsen förprövar en verksamhet eller åtgärd som utan tillstånd skulle vara förbjuden. Detta innebär att verksamhetsutövaren i vissa fall måste ansöka om tillstånd innan en verksamhet påbörjas eller ändras. Tanken med tillståndsplikten är att myndigheten som beslutar om tillstånd skall kunna styra eller säga nej till en verksamhet innan projektet har påbörjats och därmed innan skador på hälsa och miljö hunnit uppstå. Tillståndsmyndigheten prövar om verksamheten eller åtgärden är förenlig med miljöbalkens kravregler och - om så bedöms vara fallet - formuleras villkor för verksamhetens utövande. Tillståndet med tillhörande villkor anger således vad miljölagstiftningens kravregler innebär för en viss verksamhet i praktiken.⁵

⁴ Michanek och Zetterberg, Den svenska miljöretten, 2 uppl., s 118.

⁵ A a s 61.

Miljöfarliga verksamheter och vattenverksamheter hör till de verksamhetstyper som i många fall omfattas av miljöbalkens tillståndsplikt. Som ovan konstaterats krävs sedan år 2001 även tillstånd för att bedriva verksamhet eller vidta åtgärder som på ett betydande sätt kan påverka miljön i ett särskilt skyddsområde eller särskilt bevarandeområde (så kallat Natura 2000-område). I det följande skall kortfattat redogöras för tillståndsprövningen rörande dessa tre verksamhetstyper. Extra betoning kommer att läggas på den sistnämnda då en god förståelse av den särskilda prövningsordning som miljöbalken uppställer för verksamheter med inverkan på Natura 2000-områden är av central betydelse för denna uppsats.

2.1.1 Prövning av miljöfarlig verksamhet

Miljöfarlig verksamhet definieras i 9 kap. 1 § miljöbalken som utsläpp av avloppsvatten, fasta ämnen eller gas från mark, byggnader eller anläggningar i mark, vattenområden eller grundvatten. Begreppet omfattar även användning av mark, byggnader eller anläggningar som genom andra former av utsläpp eller förorening av mark, luft, vattenområden eller grundvatten, kan medföra olägenhet för människors hälsa eller miljön. Likaså omfattas en användning av mark, byggnader eller anläggningar som genom buller, skakningar, ljus, joniserande eller icke-joniserande strålning, kan innebära olägenhet för omgivningen.

Vilka miljöfarliga verksamheter som omfattas av tillståndsplikt framgår av bilagan till förordning (1998:899) om miljöfarlig verksamhet och hälsoskydd. Verksamheter som faller in under beteckningen A eller B anses vara av mest ingripande karaktär och kräver alltid tillstånd medan C-verksamheter endast omfattas av anmälningsplikt. Så kallade U-verksamheter är varken tillståndspliktiga eller anmälningspliktiga men skall ändå bedrivas i enlighet med miljöbalkens kravregler. A-verksamheter anses generellt vara farligast och kräver tillstånd från miljödomstol medan tillstånd till B-verksamhet söks hos länsstyrelsen. C-verksamheter anmäls till en kommunal nämnd som ansvarar för miljöfrågor. Efter att beslut har meddelats i tillståndsfrågan får detta överklagas av sökanden, vissa myndigheter, vissa enskilda berörda och vissa organisationer.⁶

⁶ A a s 254 f.

2.1.2 Prövning av vattenverksamhet

Begreppet ”vattenverksamhet” innefattar en rad olika företeelser enligt definitionen i 11 kap. 2 § miljöbalken. Som vattenverksamhet räknas bland annat olika typer av åtgärder med anläggningar i vatten såsom dammar och pিরer samt andra åtgärder i vattenområden som syftar till att förändra vattnets djup eller läge, till exempel muddring. Vidare omfattas vissa åtgärder med grundvatten samt åtgärder för markavvattning. Till skillnad från reglerna kring miljöfarliga verksamheter framgår tillståndsplikten för vattenverksamheter direkt av miljöbalken och enligt huvudregeln i 11 kap. 9 § råder tillståndsplikt för all slags vattenverksamhet. Regeln har dock försetts med ett flertal undantag, dels för vissa typer av vattenverksamheter dels för situationer där det är uppenbart att varken allmänna eller enskilda intressen skadas genom vattenverksamhetens inverkan på vattenförhållandena. Vattenverksamheter prövas i de flesta fall av miljödomstolen.⁷

2.1.3 Prövning av projekt som kan inverka på Natura 2000-områden

Miljöbalkens regler kring särskilda skyddsområden och särskilda bevarandeområden, skyddade inom ramen för EU: s ekologiska nätverk Natura 2000, antogs och trädde i kraft i juli 2001. I och med detta förtydligades och förstärktes det rättsliga skyddet för denna typ av områden avsevärt.⁸ Syftet med ändringarna var att på ett mer effektivt sätt implementera 1979 års EU-direktiv om bevarande av vilda fåglar och 1992 års direktiv om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter i svensk rätt.⁹ I miljöbalkens 7 kap. 27 § stadgas numer att regeringen fortlöpande skall föra en förteckning över naturområden som bör beredas skydd eller har beretts skydd. De områden som tagits upp i förteckningen skall prioriteras i det fortsatta skyddsarbetet.¹⁰

I miljöbalken har även ett tillståndskrav införts som innebär att det är förbjudet att utan tillstånd vidta en åtgärd eller bedriva verksamhet som på ett betydande sätt kan påverka miljön inom ett förtecknat område. Tillståndsplikten stadgas i 7 kap. 28 a § miljöbalken och omfattar såväl verksamheter och åtgärder som i övrigt regleras enligt miljöbalken som de som

⁷ 11 kap. 9 b § miljöbalken.

⁸ Michanek och Zetterberg, Den nya miljöretten, 2 uppl., s 226.

⁹ Ebbeson Jonas, Rättsutlåtande om förhållandet mellan regeringens tillåtelseprövning enligt miljöbalken 17 kap. och tillståndsprövningen avseende Natura 2000-områden, s 2.

¹⁰ Michanek och Zetterberg, Den nya miljöretten, 2 uppl., s 226.

regleras i annan lag.¹¹ Frågor om tillstånd prövas av länsstyrelsen såvida inte verksamheten omfattas av tillståndsplikt enligt 9 kap. eller 11 – 15 kap. miljöbalken. I dessa fall prövas frågan om tillstånd enligt 28 a § av den myndighet som har att pröva verksamheten enligt dessa kapitel.¹² Tillstånd till en åtgärd eller verksamhet som på ett betydande sätt kan påverka miljön inom ett Natura 2000-område får lämnas endast om den planerade verksamheten eller åtgärden, inte kan skada den livsmiljö eller de livsmiljöer som avses skyddas. För att tillstånd skall beviljas får verksamheten eller åtgärden därutöver inte medföra att den eller de arter som skall skyddas utsätts för en störning som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet av arten eller arterna i området.¹³

Även om en åtgärd eller verksamhet anses kunna skada livsmiljön eller försvåra bevarandet av arter inom ett område som omfattas av Natura 2000-skyddet, kan tillstånd i undantagsfall lämnas, trots att förutsättningarna i 28 b § inte är för handen. Det skall då enligt 7 kap. 29 § miljöbalken vara fråga om ett läge där en åtgärd eller verksamhet måste genomföras på grund av tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse. För detta krävs att projektet anses nödvändigt för att skydda grundläggande intressen i människors liv, såsom hälsa, säkerhet och miljö. Likaså kan det röra sig om planer som är fundamentala för staten och samhället eller som rör särskilda förpliktelser i samband med offentliga tjänster.¹⁴ För att tillstånd skall kunna meddelas för en verksamhet som inte uppfyller kraven i 28 b §, får heller inga alternativa lösningar finnas att tillgå utan alla rimliga alternativ skall vara uttömda. Ytterligare ett krav är att nödvändiga åtgärder vidtas för att kompensera de förlorade miljövärden som verksamheten eller åtgärden kan komma att ge upphov till.¹⁵ Med anledning av de stränga förutsättningar som gäller för beviljande av tillstånd enligt undantagsregeln i 7 kap. 29 § miljöbalken, krävs regeringens tillåtelse för att tillstånd skall kunna meddelas.¹⁶ Innan regeringen avgör ärendet skall emellertid Europeiska kommissionen beredas tillfälle att yttra sig i frågan varpå regeringen fattar det slutliga beslutet.¹⁷

¹¹ Naturvårdsverket, Natura 2000 i Sverige – handbok med allmänna råd 2003:09, s 38.

¹² 7 kap 29 b § miljöbalken.

¹³ 7 kap 28 b § miljöbalken.

¹⁴ Prop. 2000/01:111 s 69.

¹⁵ Natura 2000 i Sverige – handbok med allmänna råd 2003:09, s 63.

¹⁶ Prop. 2000/01:111 s 70.

¹⁷ 20 § Förordning (1998:1252) om områdesskydd enligt miljöbalken

2.1.4 Samordnad prövning

Inte sällan händer det att en verksamhet är tillståndspliktig både som miljöfarlig verksamhet och vattenverksamhet. Så kan exempelvis vara fallet när tillstånd söks för en verksamhet som innebär bortledning av vatten från ett vattenområde (vattenverksamhet) till en industri som släpper ut avloppsvatten (miljöfarlig verksamhet). En miljöfarlig verksamhet eller vattenverksamhet kan även i vissa fall bedömas få betydande påverkan på ett område som skall skyddas inom ramen för det europeiska skydds nätverket av biologisk mångfald, varpå verksamheten även kräver tillstånd enligt Natura 2000-reglerna. Mål och ärenden kan i dessa situationer handläggas i samma prövning såvida de har samma sökande och avser samma verksamhet eller verksamheter som har samband med varandra.¹⁸ Även regeringens tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken kan samtidigt omfatta flera verksamhetstyper.¹⁹

2.2 Tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken

Före miljöbalkens ikraftträdande var det relativt vanligt att miljöärenden hamnade på regeringens bord då ärenden i många fall överklagades dit. Numer är regeringens roll inte fullt lika framträdande då det i första hand är domstolar och förvaltningsmyndigheter som bedömer ärenden enligt miljöbalken i samband med tillståndsprövning, anmälan eller tillsyn. Vad gäller prövning av vissa större och för samhällsplaneringen betydelsefulla anläggningar har emellertid regeringen fortfarande ett betydande inflytande. Huvudsakligen rör det sig i dessa fall om verksamheter som har betydelse på ett nationellt plan och som generellt bedöms medföra betydande risker för människors hälsa och miljön eller för hushållning med naturresurser eller energi. I dessa situationer krävs att verksamheten prövas av regeringen innan den får komma till stånd - en så kallad tillåtlighetsprövning i enlighet med 17 kap. miljöbalken.²⁰

Utgångspunkten är att en verksamhets tillåtlighet prövas av regeringen endast om det tilltänkta projektet till sin omfattning och natur är sådant att det kräver överväganden av politisk karaktär innan beslutet fattas. I vår tid är det framförallt de stora infrastrukturprojekten som blivit föremål för regeringens tillåtlighetsprövning samt

¹⁸ 21 kap. 3 § 1 st. miljöbalken.

¹⁹ Michanek och Zetterberg, Den svenska miljöretten, 2 uppl., s. 357.

²⁰ A a s. 387

verksamheter som rör de svenska kärnkraftverken samt uranbrytning. Projekten är i många fall ingripande, kostsamma och kontroversiella och tydliggör ofta politiskt motstridiga intressen. I Sverige har de många politiska turerna kring uppförandet av Öresundsbron samt Botniabanan utgjort tydliga exempel på detta.²¹

2.2.1 Regeringens tillåtlighetsprövning – en historisk tillbakablick

2.2.1.1 136 a § byggnadslagen

Även i gällande lagstiftning innan miljöbalkens ikraftträdande fanns bestämmelser som reglerade krav på att vissa verksamheter inte fick uppföras utan tillstånd från regeringen.²² Som en del i en reform med syfte att få till stånd en fungerande fysisk riksplanering, infördes år 1972 bestämmelser om regeringsprövning av viss industriell och liknande verksamhet i en ny paragraf, 136 a §, i byggnadslagen (1947:385). Avsikten var att staten skulle ges större möjlighet att påverka lokaliseringen av sådana industrier som krävde att knapphändiga naturresurser togs i anspråk, förändrade karaktären hos dessa eller kunde tänkas bli föremål för konkurrerande anspråk. Prövningen kopplades till tillståndsprövningen enligt den då gällande miljöskyddslagen (1969:387) på så vis att Koncessionsnämnden - som tidigare hade varit den instans som prövat anläggningarna fullt ut enligt miljöskyddslagen – inte kunde genomföra denna innan projektet hade prövats av regeringen.²³ Att prövningen lades på regeringen motiverades i propositionen med att regeringen skulle vara den instans som bäst skulle kunna åstadkomma en allsidig prövning där miljöskyddsmässiga, arbetsmarknadspolitiska och regionalpolitiska anspråk skulle sammanvägas inom ramen för samma prövning. Detta menade man skulle vara avgörande i prövningen av lokaliseringsfrågan för de största och mest miljöpåverkande industrierna. Det ansågs även viktigt att beslutet fattades av ett organ som det var möjligt att utkräva politiskt ansvar av.²⁴

²¹ Rubenson, Miljöbalken: den nya miljöretten, 4 uppl. s 145.

²² SOU 203:124 s 228.

²³ Bengtsson Bertil, Bjällås Ulf, Rubenson Stefan, Strömberg Rolf, Miljöbalken: En kommentar 16-33 kap. , s 17:3.

²⁴ Prop. 1972:11 bilaga 2 s 301 och 360 ff.

2.2.1.2 Regeringsprövning enligt naturresurslagen och vattenlagen

Byggnadslagens regler rörande regeringens tillåtlighetsprövning flyttades år 1987 till lagen (1987:12) om hushållning med naturresurser m.m. I lagens 4 kapitel med rubriken ”Tillåtlighetsprövning av industrianläggningar m.m.” uppräknades ett antal verksamheter vars uppförande var beroende av ett tillstånd från regeringen, bland dessa exempelvis järn- och stålverk, fabriker för petrokemisk produktion, större förbränningsanläggningar, gruppstationer för vridkraftverk etc. Utöver dessa hade regeringen möjlighet att förbehålla sig prövning av verksamheter som kunde antas bli av betydande omfattning eller av ingripande slag.²⁵

Även vissa vattenverksamheter har omfattats av regler om regeringsprövning. Redan i 1918 års vattenlag stadgades i 4 kap. 13 § krav på regeringsprövning av vissa större vattenregleringar. Prövningen kom under 1970-talet att utvidgas så att regeringen i enskilda fall fick möjlighet att förbehålla sig prövningen av andra vattenverksamheter än de obligatoriska prövningsfallen, under förutsättning att de kunde antas bli av betydande omfattning eller anses vara av ingripande karaktär.²⁶ Ordningen behölls i 1983 års vattenlag där reglerna kom att samlas i lagens 11 kap. under rubriken ’Särskilda bestämmelser om särskilda vattenföretag m.m.’.²⁷

2.2.1.3 Olika prövningsförfaranden

Prövningsförfarandena enligt vattenlagen respektive naturresurslagen var till viss del uppbyggda på olika sätt. Regeringens tillåtlighetsprövning av vattenverksamheter utgjorde en integrerad del i den ordinarie tillståndsprövningen vid vattendomstolen. Detta innebar att ansökan om tillstånd mottogs av vattendomstolen som efter vanlig handläggning underställde regeringen frågan om verksamhetens tillåtlighet. Några särskilda tillåtlighetsregler specifikt rörande regeringsprövning fanns inte, utan vid prövningen hade regeringen att utgå ifrån de för alla vattenverksamheter gällande tillåtlighetsreglerna. Samma förutsättningar skulle således gälla såväl för regeringsprövade vattenverksamheter som för övriga vattenverksamheter, om än med en möjlighet för regeringen att i tillåtlighetsfallen ställa särskilda villkor för att tillgodose allmänna intressen. I den fortsatta tillståndsprövningen var

²⁵ SOU 2003:124 s 230 f.

²⁶ SOU 2003:124 s 228.

²⁷ Prop. 1997/98:45 s 434 Del 1.

regeringens beslut bindande för vattendomstolen, vars främsta uppgift blev att fastställa de närmare villkoren för uppförandet av verksamheten.²⁸

Tillåtlighetsärenden enligt naturresurslagens 4 kap. följde en annorlunda handläggning än vattenärenden. Tillståndsansökan mottogs i dessa fall av regeringen som därefter ställde ärendet på remiss till skilda myndigheter, däribland Koncessionsnämnden för miljöskydd. Koncessionsnämnden svarade för ärendets beredning innan det återigen nådde regeringen för avgörande i lokaliseringsfrågan.²⁹ I sin bedömning skulle regeringen utöver de vanliga grunderna i miljöskyddslagen även beakta andra viktiga samhällsmål, såsom hushållning med knappa resurser, hög sysselsättningsgrad, regional balans och ekonomisk tillväxt. Efter att regeringen hade meddelat tillåtlighet hade Koncessionsnämnden att fastställa de villkor som skulle gälla för verksamheten.³⁰

2.2.2 Regeringens tillåtlighetsprövning – nuvarande regler

Naturresurslagens och vattenlagens bestämmelser om regeringsprövning kom så småningom att arbetas in i och samordnas i 17 kap. miljöbalken. I motiven till miljöbalken betonades vikten av att prövningen av större verksamheter med betydelse för samhällets utveckling, även fortsättningsvis lades på en instans som kunde bära det politiska ansvaret för verksamhetens tillkomst och lokalisering.³¹ I likhet med naturresurslagens och vattenlagens bestämmelser kom miljöbalkens tillåtlighetsprövning att omfatta de största och mest miljöpåverkande verksamheterna. Prövningen kom även att inkludera större miljöpåverkande trafikanläggningar samtidigt som antalet vattenverksamheter som tidigare varit obligatoriskt prövningspliktiga enligt vattenlagen minskade.³² Listan över prövningspliktiga verksamheter enligt 17 kap. 1 § miljöbalken upptog vid lagens ikraftträdande bland annat järn- och stålverk, metallverk, massafabriker, cementfabriker, vissa energianläggningar samt infrastrukturprojekt såsom till exempel vägar, järnvägar, allmänna farleder och flygplatser.³³ Genom lagändringar år 2005 beskars regeringens skyldighet till obligatorisk tillåtlighetsprövning avsevärt och numer är det endast anläggningar för kärnteknisk verksamhet och uranbrytning samt större

²⁸ SOU 2003:124 s 232.

²⁹ Prop 1997/98:45 s 442 Del 1.

³⁰ SOU 2003:124 s 231.

³¹ Prop 1997/98:45 s 436 Del 1.

³² SOU 2003:124 s 233.

³³ Michanek, Zetterberg 2004 s 364.

trafikanläggningar som måste tillåtighetsprövas. Utöver detta får regeringen under vissa förutsättningar förbehålla sig rätten att pröva vissa verksamheter.³⁴

Härnäst följer en redogörelse för hur reglerna för regeringens obligatoriska och fakultativa prövning ser ut idag enligt miljöbalkens lydelse. Vidare ges en närmare beskrivning av vad regeringens tillåtighetsprövning skall omfatta, samt om, och i så fall vad, som innehållsmässigt skiljer denna särskilda prövning från andra tillståndsprövningar enligt miljöbalken. Avsnittet avslutas med en redogörelse för de förfaranderegler som skall tillämpas när en åtgärd eller verksamhet kommer att omfattas av regeringens tillåtighetsprövning.

2.2.2.1 Obligatorisk och fakultativ prövning

I 17 kap. 1 § miljöbalken uppräknas 4 punkter med olika typer av anläggningar och verksamheter som omfattas av regeringens *obligatoriska tillåtighetsprövning*, d.v.s. de fall där regeringen alltid är skyldig att göra en tillåtighetsprövning. Regeringen skall tillåtighetspröva nya verksamheter som utgör:

- anläggningar för kärnteknisk verksamhet samt uranbrytning
- större trafikanläggningar såsom motorvägar och motortrafikleder
- järnvägar för fjärrtrafik samt anläggande av nytt spår på minst fem kilometer till en redan befintlig järnväg
- allmänna farleder.

De verksamheter som listats ovan kan alltså inte uppföras utan att regeringen tillåtit dem.³⁵ Regeringen får i ett enskilt fall avstå från att pröva en verksamhet som omfattas av den obligatoriska tillåtighetsprövningen. Det måste då föreligga *särskilda skäl*.³⁶ Så kan t.ex. vara fallet om tillstånd söks för en etablering inom ett redan befintligt industriområde, eller om en regeringsprövning anses onödig med hänvisning till att verksamheten antas få mindre omfattning eller bli av mindre ingripande natur.³⁷

³⁴ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s. 388.

³⁵ Rubenson, Miljöbalken: Den nya miljöretten s 144.

³⁶ 17 kap. 2 § miljöbalken.

³⁷ Karnov lagkommentar till 17 kap. 2 § miljöbalken (2008-11-01).

Vidare kan regeringen med stöd av 17 kap. 3 § miljöbalken, i ett enskilt fall, förbehålla sig rätten att göra en tillåtlighetsprövning av en verksamhet, trots att den inte faller in under något av de obligatoriska prövningsfallen ovan. Regeringen utnyttjar då sin *fakultativa* rätt att pröva tillåtligheten av planerade företag vilken kan tillämpas i fall där:

- verksamheten mot bakgrund av målregeln i 1 kap. 1 § miljöbalken kan antas bli av betydande omfattning eller inskränka de intressen som miljöbalken skall främja.³⁸ Det kan exempelvis handla om att en verksamhet medför försurande utsläpp inom särskilt föroreningskänsliga områden eller att ett järnvägsbygge skall lokaliseras vid ett fjällområde.³⁹
- verksamheten finns utanför ett område som enligt 7 kap. 27 § betecknas som ett särskilt skydds- eller bevarandeområde (ett så kallat Natura 2000-område) och kan antas mer än obetydligt skada naturvärdet inom området.
- verksamheten rör älvar och älvsträckor som inte omfattas av förbudet mot utbyggnad enligt 4 kap. miljöbalken.⁴⁰

2.2.2.2 Vad skall regeringens prövning innefatta?

Regeringens prövning gäller enbart *tillåtligheten*, med andra ord, huruvida verksamheten eller anläggningen som helhet över huvud taget skall tillåtas komma till stånd på den föreslagna platsen. På samma sätt som gäller för andra prövningsärenden enligt miljöbalken, måste regeringen vid tillåtlighetsprövningen utgå från miljöbalkens hänsynsregler och övriga tillståndsregler i sin bedömning. I tillåtlighetsfrågan ingår bland annat avgörande av verksamhetens lokalisering. Regeringen skall därmed pröva verksamheten utifrån lokaliseringsregeln i 2 kap. 6 § samt tillämpa 2 kap. 9 § (stoppregeln) och eventuellt 2 kap. 10 § (regeringsdispens) i miljöbalken. Likaså måste regeringen bedöma huruvida verksamhetens lokalisering är förenlig med hushållningsbestämmelserna i 3 och 4 kap. miljöbalken. Regeringen skall även i viss mån ta hänsyn till utsläpps begränsningar och andra försiktighetsmått genom att beakta försiktighetsprincipen i 2 kap. 3 § miljöbalken, samt överväga om kravet på nödvändig kunskap och god hushållning med råvaror och energi är uppfyllt i enlighet med kunskaps- och hushållningskravet i 2 kap. 2 och 5 §§ miljöbalken.⁴¹

³⁸ Rubenson, s 145 f.

³⁹ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s. 388 f.

⁴⁰ Rubenson, s 146.

⁴¹ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s. 390.

Utöver de särskilda stoppreglerna i 2 kap. 9-10 §§ miljöbalken finns inga bestämmelser som uttryckligen tillåter regeringen att göra andra överväganden i tillåtlighetsfrågan än vad de ordinarie tillståndsmyndigheterna har möjlighet att göra. Regeringen har dock en möjlighet att besluta om särskilda villkor för att tillgodose allmänna hänsyn.⁴² Dessa villkor kan till exempel bestå i en uppmaning till verksamhetsutövaren att lämna ekonomisk ersättning för att kompensera förlust för ett intresse - exempelvis genom att stötta fritidsfisket i en region för den händelse att en uppstartad vattenverksamhet orsakar skada på fisket i ett vattendrag i regionen. Likaså kan regeringen föreskriva villkor i form av ”tak” eller ”golv” för vilka utsläppsnivåer som får gälla för en viss typ av ämne.⁴³

En aspekt som skiljer tillåtlighetsprövningen från den vanliga tillståndsprövningen är att det politiska inflytandet i större mån spelar roll för utfallet i ärendet. Att prövningen utförs av regeringen innebär nämligen att ärendet i viss mån flyttas från en rättslig till en politisk instans, där beslutet fattas av politiker som har att tillgodose såväl miljöskyddsintressen som arbetsmarknadspolitiska och regionalpolitiska samhällsintressen. I förarbetena till lagstiftningen konstateras att: *”De bedömningar som skall göras omfattar ytterst politiska ställningstaganden. Ofta kan enskilda intressen ställas mot allmänna intressen eller olika allmänna intressen mot varandra.”* Den intresseavvägning som skall göras vid en prövning enligt miljöbalken blir därmed särskilt framträdande vid den typ av verksamheter som blir föremål för regeringsprövning.⁴⁴ Trots att regeringen i princip har att utföra samma slags prövning som tillståndsmyndigheterna utifrån allmänna hänsynsregler, hushållningsbestämmelser etc. så är det därmed svårt att bortse från att det politiska inslaget får konkret betydelse i ärenden som regeringsprövas, särskilt då man överväger att bestämmelserna i stor utsträckning öppnar upp för avvägningar och skönsmässiga bedömningar.⁴⁵

2.2.2.3 Det kommunala vetot

En viktig del i regeringens tillåtlighetsprövning är den kommunala vetorätten. Det kommunala vetot, som ytterligare bidrar till det politiska inslaget vid den här typen av

⁴² 17 kap. 7 § miljöbalken.

⁴³ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s. 392.

⁴⁴ Prop. 1997/98:45 s 437 Del 1.

⁴⁵ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s 387 f.

prövningar, aktualiseras vid regeringens obligatoriska såväl som fakultativa prövning (om den avser annat än vattenverksamheter eller trafikaneläggningar). Vetorätten som stadgas i 17 kap. 6 § miljöbalken, innebär att regeringen får tillåta en verksamhet endast om kommunfullmäktige i den kommun inom vars område en verksamhet är tänkt att placeras har tillstyrkt detta. Om kommunen förhåller sig passiv i frågan kan regeringen således inte besluta om tillåtlighet för verksamheten. Kommuner har i vissa fall utnyttjat vetorätten genom att villkora sitt tillstyrkande, t.ex. genom att ställa krav på buller- och föroreningsnivåer. Ur miljösynpunkt är vetorätten därmed av stor betydelse då den ger kommunen en möjlighet att avstyra sådana miljöstörande anläggningar som den inte önskar lokalisera inom kommunens gränser.⁴⁶

Regeringen kan endast i undantagsfall tillåta en verksamhet mot en kommuns vilja. I dessa fall krävs det att det från nationell synpunkt är synnerligen angeläget att verksamheten kommer till stånd.⁴⁷ Som exempel kan nämnas anläggningar för behandling av farligt avfall samt slutförvaring av kärnavfall, där en absolut vetorätt skulle kunna leda till att samtliga landets kommuner väljer att avböja att ställa upp på dylika projekt.⁴⁸ Kommunen har emellertid i detta läge fortfarande möjlighet att avböja etableringen. Förutsättningarna för detta är att en annan plats bedöms vara mer lämplig, ur bland annat teknisk och ekonomisk synvinkel, alternativt, att en lämplig plats har anvisats inom en annan kommun som kan antas acceptera en placering där.⁴⁹

2.2.2.4 Förfarandet vid regeringens tillåtlighetsprövning

I de ärenden där regeringsprövning enligt 17 kap. miljöbalken aktualiseras rör det sig i många fall om verksamheter som till följd av sin storlek och inriktning redan kräver tillstånd från länsstyrelse eller miljödomstol. Vanligen rör det sig om miljöfarliga verksamheter och vattenverksamheter som omfattas av tillståndsplikten i 9 respektive 11 kap. miljöbalken.⁵⁰

Kravet på tillåtlighetsprövning innebär i dessa fall att miljöprövningen kommer att omfattas av ytterligare ett moment jämfört med tillståndspliktiga verksamheter som inte behöver regeringens godkännande.⁵¹

⁴⁶ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s 390 f.

⁴⁷ 17 kap. 6 § 2 st.

⁴⁸ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s 391.

⁴⁹ 17 kap. 6 § 4 st.

⁵⁰ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s. 392.

⁵¹ SOU 2003:124 s 234.

I förarbetena till miljöbalken poängteras att tillåtlighetsprövningen ”*skall göras som ett led i den normala tillståndsprövningen där miljödomstolar eller andra prövningsmyndigheter ingår i prövningskedjan*”.⁵² Med detta menas att en ansökan om tillstånd i vanlig ordning bör överlämnas till den miljödomstol eller myndighet som har att besluta i tillståndsfrågan, varpå det åligger tillståndsmyndigheten att *underställa* regeringen frågan om tillåtlighet.⁵³ Underställningsförfarandet har tydliggjorts genom en bestämmelse i 18 kap. 2 § miljöbalken vilken stadgar att regeringens prövning av frågor som avses i 17 kap. 1 § miljöbalken, skall ske efter överlämnande om tillståndsplikt gäller för verksamheten. Likaså stadgas i 19 kap. 2 § och 21 kap. 7 § miljöbalken en skyldighet för förvaltningsmyndigheter och domstolar att överlämna frågan till regeringen för avgörande, om verksamheten bedöms falla in under regeringens prövningsplikt.

Prövningskedjan inleds emellertid alltid med att en miljökonsekvensbeskrivning utarbetas och att samråd genomförs hos länsstyrelsen. Tillståndsansökan lämnas därefter in till länsstyrelsen eller miljödomstolen (beroende på vilken myndighet som skall fatta beslut i tillståndsfrågan) som bereder ärendet inför regeringens prövning.⁵⁴ Tillåtlighetsärenden som omfattar vägar, järnvägar eller farleder bereds inom den myndighet som ansvarar för respektive verksamhetsområde, det vill säga Vägverket, Banverket och Sjöfartsverket.⁵⁵

I samband med ärendets beredning inhämtas synpunkter från kommuner, specialmyndigheter och andra berörda. Tillståndsmyndigheten gör sedan en egen bedömning i tillåtlighetsfrågan med hänsyn till 2-4 kap. miljöbalken och med beaktande av andra krav som balken uppställer. Istället för att meddela dom avger tillståndsmyndigheten ett eget yttrande i frågan som skall innehålla samtliga omständigheter som kan ha betydelse för tillåtlighetsfrågan. Ärendet överlämnas sedan till regeringen som fattar det slutgiltiga beslutet om verksamhetens tillåtlighet.⁵⁶ Efter genomförd tillåtlighetsprövning lämnas ärendet tillbaka till de ordinarie prövningsmyndigheterna; miljödomstol, länsstyrelse eller annan ansvarig myndighet, som avgör frågan om tillstånd och formulerar villkor för verksamheten.⁵⁷ En eventuell

⁵² Prop. 1997/98:45 s 441 Del 1.

⁵³ Prop. 1997/98:45 s 443 Del 1.

⁵⁴ SOU 2003:124 s 228.

⁵⁵ Karnov lagkommentar till 17 kap. 1 § miljöbalken (2008-11-01).

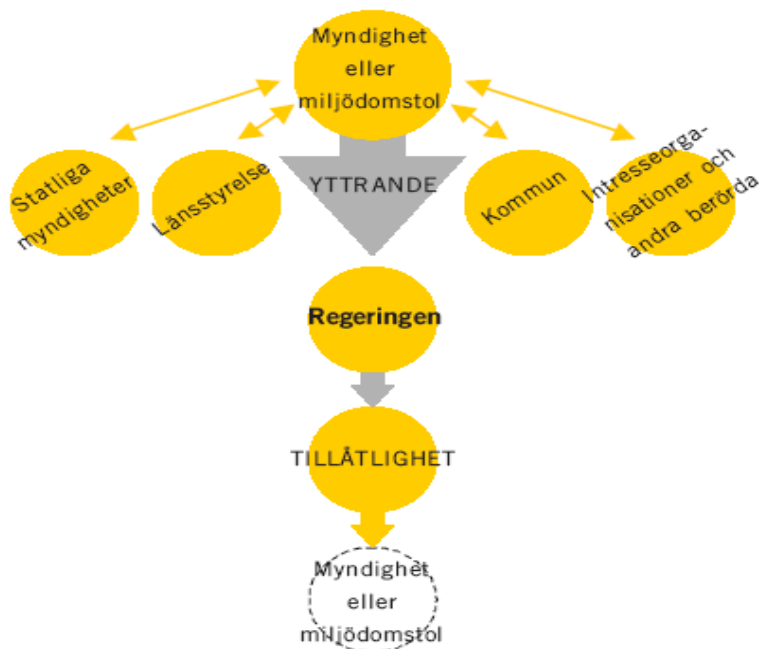
⁵⁶ Karnov lagkommentar till 21 kap. 7 § och 19 kap. 2 § miljöbalken (2009-03-05)

⁵⁷ Michanek och Zetterberg 2 uppl.,s. 392 f.

överprövning av regeringens beslut i tillåtlighetsfrågan sker genom ansökan om rättsprövning hos regeringsrätten medan miljödomstolens avgörande överklagas till miljööverdomstolen.

Kortfattat kan miljöprövningen sägas innefatta följande huvudmoment:

- En miljökonsekvensbeskrivning upprättas och samråd sker hos länsstyrelsen.
- Tillståndsansökan mottas av den myndighet som har att handlägga tillståndsärenden angående likartad verksamhet och ärendet bereds.
- Ärendet underställs regeringen som tillåtlighetsprövar verksamheten.
- Ansökan lämnas tillbaka till tillståndsmyndigheten som avgör tillståndsärendet och formulerar villkor för verksamheten.⁵⁸



Figur över tillåtlighetsprövningen

59

⁵⁸ SOU 2003:124 s 228

⁵⁹ Miljö- och samhällsbyggnadsdepartementet, Faktablad: Regeringens tillåtlighetsprövning av stora projekt, januari 2006.

3 Rättsverkan av regeringens tillåtlighetsprövning

I följande avsnitt skall de två första frågorna i uppsatsens frågeställning behandlas. I kap. 3. 1 belyses frågan om rättsverkan av regeringens tillåtlighetsbeslut ur ett rent generellt perspektiv. I kap. 3.2 skiftas fokus från det generella perspektivet mot den mer specifika frågan hur rättsläget skall tolkas i de situationer när en etablering som faller in under regeringens obligatoriska eller fakultativa prövning, även skall prövas i enlighet med Natura 2000-regleringen i 7 kap. 28 a -29 b §§. Diskussion och slutsatser rörande dessa två första frågor redovisas i kap. 3.3.

3.1 Domstols bundenhet av regeringens tillåtlighetsbeslut

3.1.1 Uttrycklig reglering saknas

I de fall som en verksamhet skall tillåtlighetsprövas av regeringen enligt 17 kap. miljöbalken är det, som ovan konstaterats, ofta fråga om åtgärder och verksamheter som till följd av sin storlek och inriktning redan kräver tillstånd från en tillståndsmyndighet. Det kan vara fråga om en åtgärd eller verksamhet som faller in under begreppet ”miljöfarlig verksamhet” av typ A och som därmed kräver tillstånd från en miljödomstol i enlighet med 9 kap. miljöbalken. Likaså kan det röra sig om en verksamhet eller åtgärd som till exempel innefattar uppförande av en damm, bortledning av grundvatten, markavvattning eller annan åtgärd som faller in under begreppet ”vattenverksamhet”. Verksamheten skall då genomgå en tillståndsprövning hos miljödomstol alternativt länsstyrelsen i enlighet med 11 kap. miljöbalken.⁶⁰

De olika prövningsförfarandena öppnar upp för frågor kring hur en tillåtlighets- respektive tillståndsprövning skall stå i förhållande till varandra. Som redogjorts för ovan är det regeringen som inledningsvis fattar beslut om verksamheten överhuvudtaget skall tillåtas, varpå tillståndsmyndigheterna tar vid för avgörande i tillståndsärendet. Huruvida ett regeringsbeslut att tillåta en verksamhet blir bindande för myndigheterna i den efterföljande tillståndsprövningen är emellertid inget som framgår klart av lagtexten i miljöbalken och frågan har heller inte prövats av Högsta domstolen. I balkens föregångare, 1969 års miljöskyddslag, fanns emellertid en uttrycklig bestämmelse rörande förhållandet mellan

⁶⁰ Se ovan kap. 2.1.

regeringens respektive tillståndsmyndigheternas prövning. Av 2 § 2 st. miljöskyddslagen framgick att: *”Har regeringen enligt 4 kap. lagen (1987:12) om hushållning med naturresurser m.m. prövat frågan om tillstånd till en viss anläggning eller åtgärd [...] är beslutet bindande vid prövning enligt denna lag.”*

I miljöbalken har endast förhållandet mellan tillåtlighetsprövningen och tillståndsprövningar av vattenverksamheter kommenterats.⁶¹ I 11 kap. 23 § miljöbalken stadgas att en vattenverksamhet som ingår som en del i en större verksamhet som prövats inom ramen för en tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken och där har tillåtits, *skall* erhålla tillstånd. Syftet med stadgandet har här varit att undvika dubbelprövning där olika tillståndsmyndigheter kommer fram till skilda resultat vid en bedömning på huvudsakligen samma grunder.⁶² Bestämmelsen i 11 kap. 23 § miljöbalken är den enda regeln som uttryckligen kommenterar förhållandet mellan tillåtlighetsprövningen och tillstånd. Dock är den endast tillämplig på vattenverksamheter och någon motsvarande bestämmelse vad gäller andra tillstånd enligt miljöbalken saknas.⁶³

3.1.2 Förarbeten

Hur lagstiftaren rent generellt har ställt sig till frågan kring hur förhållandet mellan tillstånds- och tillåtlighetsprövningar skall se ut, framgår i första hand av förarbetena till miljöbalken. I dessa anförs att: *”Regeringens beslut i tillåtlighetsfrågan bör vara bindande för den efterföljande prövningen på så sätt att om regeringen prövat tillåtligheten av en verksamhet kan domstolar och andra prövningsmyndigheter inte pröva den frågan.”*⁶⁴ Principen om tillståndsmyndigheternas bundenhet till regeringens beslut understryks vidare genom påpekandet att: *”När regeringen har beslutat att tillåta en verksamhet är frågan om tillåtlighet avgjord och skall inte ingå i en efterföljande tillståndsprövning enligt miljöbalken”*.⁶⁵ Enligt förarbetena blir tillståndsmyndigheternas uppgift att ta sig an de frågor som inte redan avgjorts av regeringen. I första hand rör det sig om att formulera de villkor som verksamheten i fråga har att rätta sig efter för att de allmänna hänsynsreglerna och övriga regler enligt balken skall efterlevas, bland annat gällande utsläppsnivåer och andra störningar.

⁶¹ Darpö, Regeringen bestämmer över Botniabanan, s. 3.

⁶² Karnov lagkommentar till 11 kap. 23 § miljöbalken.

⁶³ Darpö, Regeringen bestämmer över Botniabanan, s. 3.

⁶⁴ Prop. 1997/98:45 s 436 Del 1.

⁶⁵ Prop. 1997/98:45 s 443 Del 1.

Även i detta hänseende kan emellertid myndigheternas beslutsutrymme begränsas då regeringen redan i tillåtlighetsprövningen kan ha föreskrivit särskilda villkor för att tillgodose allmänna intressen som därmed blir bindande gentemot prövande myndighet.⁶⁶

3.1.3 Strukturen i ”stoppregeln”

Lagstiftarens inställning i bundenhetsfrågan framgår även indirekt av strukturen i 2 kap. 9 § miljöbalken. Den så kallade stoppregeln utgör en av miljöbalkens allmänna hänsynsregler som skall tillämpas vid tillståndsmyndigheternas miljöprövning, och innebär i korthet att en verksamhet som kan medföra betydande skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön skall stoppas. Stoppregeln sätts emellertid ur spel om regeringen har tillåtit verksamheten enligt 17 kap. miljöbalken.⁶⁷ Orsaken till detta är att bestämmelsen, liksom övriga hänsynsregler, skall beaktas av regeringen redan vid tillåtlighetsprövningen.⁶⁸ Att stoppregeln sätts ur spel när en verksamhet skall tillåtlighetsprövas innebär således att en situation där det föreligger risk för dubbelprövning undviks. Konsekvensen blir att när ärenden gällande anläggningar som regeringen prövat och tillåtit, i efterhand övertas av myndigheter som skall pröva dem enligt andra tillståndsregler i miljöbalken, så kan inte myndigheterna förbjuda verksamheten.⁶⁹ Detta uttrycks även klart i miljöbalkskommentaren: *”Om regeringen har tillåtit verksamheten enligt 17 kap. kan inte verksamheten förbjudas i efterkommande tillståndsprövning.”*⁷⁰

3.1.4 Doktrin

Trots avsaknad av tydlig reglering synes lagstiftarens avsikt följaktligen ha varit att ett tillåtlighetsbeslut från regeringens sida slutligt avgör frågan om verksamhetens vara eller inte vara, varpå tillståndsmyndigheterna blir förhindrade att behandla frågan i en efterföljande tillståndsprövning. Denna uppfattning synes även vara allmänt vedertagen i doktrin. Staffan Westerlund skrev redan i en kommentar till 4 kap. naturresurslagen att:

”Om lokaliseringsprövning sker enligt 4 kap naturresurslagen är beslutet dels bindande vad gäller lokaliseringen vid tillstånd enligt ML, dels bindande som

⁶⁶ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s 393.

⁶⁷ 2 kap. 9 § 3 st. miljöbalken.

⁶⁸ Prop. 1997/98:45 Del 1 s 238.

⁶⁹ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s 139 f.

⁷⁰ Karnov lagkommentar till 2 kap. 9 § 3 st. miljöbalken (2009-03-04).

minimikrav vad gäller försiktighetsmått. Tillståndsmyndigheten får inte tillåta något som regeringen på detta sätt har förbjudit eller vägrat tillstånd för.”⁷¹

I Bengtsson m. fl. ”Miljöbalken: En kommentar”, påpekas att eftersom regeringens prövning utgör ett led i den normala tillståndsprövningen och sker efter underställning, så får det utan särskild regel ändå anses klart att tillåtlighetsbeslutet blir bindande för tillståndsmyndigheten.⁷² Jan Darpö pekar på ett flertal faktorer som han anser talar för att tillståndsmyndigheten är bunden av regeringens beslut i de frågor som regeringen avgjort. Han menar att systematiska skäl, uttalanden i förarbeten samt det faktum att ingen förändring av den prövningsordning som föregick miljöbalken synes vara avsedd, talar för en tillämpning av bundenhetsprincipen.⁷³ Michanek och Zetterberg förordar även de en prövningsordning där regeringens beslut binder prövande tillståndsmyndighet. Värt att notera är emellertid att de efter Botniafallets avgörande väljer att lägga in en osäkerhetsmarkör i formuleringen: *”Det torde alltså vara så att ett regeringsbeslut enligt 17 kap. miljöbalken hindrar att verksamheten i en efterföljande prövning förbjuds eller att en annan lokalisering kan krävas.”⁷⁴*

3.2 Domstols bundenhet av regeringens tillåtlighetsbeslut vid *Natura 2000-prövning*

Med uttryckligt stöd i motiven och till synes stark förankring i doktrin, skulle det kunna antas att bundenhetsaspekten trots allt inte bör ge upphov till några större frågetecken vid tillämpningen av reglerna i 17 kap. miljöbalken. Ändå var det just den bindande effekten av regeringens tillåtlighetsbeslut som kom att bli knäckfrågan i den långdragna prövningsprocessen kring uppförandet av Botniabanan. Därmed har jag kommit fram till den andra frågan i min frågeställning: Blir synen på bundenheten till tillåtlighetsbeslutet densamma i de fall när verksamheten i fråga - vid sidan av regeringsprövningen - skall prövas i enlighet med Natura 2000-reglerna i 7 kap. miljöbalken?

⁷¹ Westerlund, Miljöskyddslagen – En analytisk kommentar, s 83.

⁷² Bengtsson, Bjällås m.fl., Miljöbalken: En kommentar 16-33 kap., s 17:3.

⁷³ Darpö, Regeringen bestämmer över Botniabanan, s 4.

⁷⁴ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s 393. I bokens 1:a upplaga löd formuleringen: *”Myndigheten är bunden av regeringens beslut och kan varken förbjuda verksamheten eller kräva en annan lokalisering.”* s 368.

3.2.1 Förhållandet mellan regeringens tillåtlighetsprövning och tillståndsprövningen för Natura 2000-områden

I ärendet Botniabanan som refererades till i uppsatsens inledning, kom frågan om tillståndsmyndigheternas bundenhet till regeringens tillåtlighetsbeslut att bli central. Då föremålet för ärendet var en järnvägssträckning kom den i enlighet med 17 kap. 1 § 3 p. att falla in under regeringens obligatoriska tillåtlighetsprövning. Vad som gav fallet ytterligare en dimension var det faktum att järnvägssträckningen skulle komma att skära rakt igenom ett Natura 2000-område, en åtgärd som enligt miljöbalkens Natura 2000-regler skulle kräva att verksamheten utöver tillåtlighetsprövningen blev föremål för en tillståndsprövning enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken. Hur dessa två prövningar skulle stå i förhållande till varandra hade domstolen respektive sakägarna och miljöorganisationerna olika uppfattning om, något som kom att resultera i ett långdraget ärende med många turer i såväl miljödomstol som miljööverdomstol.

I det följande skall ses närmare på förhållandet mellan regeringens tillåtlighetsprövning och efterföljande tillståndsprövningar rörande Natura 2000-områden. Med andra ord, jag kommer att utreda vad som händer i de situationer när en åtgärd eller verksamhet som bedöms innebära betydande påverkan på ett Natura 2000-skyddat område, samtidigt är av sådan karaktär att miljöbalken kräver att den prövas av regeringen enligt 17 kap.

Analysen inleds med att jag tittar närmare på vad som går att utläsa ur miljöbalkens *rättsliga struktur* och huruvida den kan ge vägledning i hur frågeställningen skall besvaras. Vad gäller domstolspraxis är ärendet med Botniabanans järnvägssträckning hittills det enda fall där frågan om rättsverkan av ett tillåtlighetsbeslut i förhållande till en efterföljande Natura 2000-bedömning, kommit att bli föremål för prövning. I avsnitt 3.2.3 följer en mer utförlig sammanfattning av turerna i Botniaärendet samt en redogörelse för hur miljödomstolen och sedermera miljööverdomstolen kom att resonera i bundenhetsfrågan, samt vilka faktorer de ansåg vara avgörande för fastställandet av domen. Slutligen presenterar jag en diskussion där jag redovisar de slutsatser jag kommit fram till rörande de två första frågorna i min frågeställning.

3.2.2 Vad går att utläsa av den rättsliga strukturen i miljöbalken?

I miljöbalken finns ingen generell bestämmelse som fastslår att regeringens beslut om tillåtlighet är bindande för en myndighet vid en efterföljande tillståndsprövning. Som kunde konstateras ovan visar emellertid förarbeten och doktrin på ett tydligt ställningstagande för en prövningsordning där den länsstyrelse eller miljödomstol som skall pröva en ansökan om tillstånd, blir bundna till regeringens beslut om tillåtlighet för samma verksamhet. Om situationen specificeras och man istället för tillståndsprövningar i allmänhet talar om en tillståndsprövning i enlighet med Natura 2000-reglerna i miljöbalken, ändras inte situationen nämnvärt lagstiftningsmässigt. Inte heller förhållandet mellan regeringens tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken och tillståndsprövningen avseende Natura 2000-områden har reglerats i lagtext och den specifika situationen har heller inte kommenterats i lagens förarbeten, så något klart svar på frågan finns inte.

Jonas Ebbesson, professor i miljö rätt vid Stockholms universitet, hävdar i ett rättsutlåtande att i brist på tydliga regler i miljöbalken bör slutsatsen huruvida regeringens beslut skall anses bindande för prövningen rörande Natura 2000-området, baseras på den rättsliga strukturen i miljöbalken. Jag kommer i det följande att redogöra för tre rättsliga konstruktioner i miljöbalken som kan kopplas till, och eventuellt ge vägledning i frågan om synen på bundenhet blir densamma som förarbeten och doktrin förespråkar, när tillståndsärendet omfattas av den särskilt föreskrivna prövningsordningen för Natura 2000-områden.

Ebbesson pekar i sitt rättsutlåtande på två konstruktioner i miljöbalken som han menar har betydelse för hur förhållandet mellan 17 kap- och Natura 2000-prövningen skall betraktas; *prövningsförfarandets asymmetri* samt *strukturen i undantagsbestämmelsen i 7 kap. 29 b § miljöbalken*.⁷⁵ I analysen nedan kommer jag att redogöra för dessa två konstruktioner, samt om, och i så fall på vilket sätt de kan få betydelse för slutsatsen om tillståndsmyndigheternas bundenhet till regeringens beslut. Utöver dessa två konstruktioner finns det ytterligare en faktor som jag anser vara av betydelse för slutsatsen om bundenhet. Det handlar om hur de två prövningsförfarandena skall förhålla sig till varandra rent ordningsföljdmässigt. En redogörelse för miljöbalkens reglering på området samt en diskussion om hur detta kan ha betydelse i bundenhetsfrågan avslutar således avsnittet om miljöbalkens rättsliga struktur.

⁷⁵ Ebbesson, rättsutlåtande om förhållandet mellan regeringens tillåtelseprövning enligt miljöbalken 17 kap. och tillståndsprövningen avseende Natura 2000 områden, s 1.

3.2.2.1 Natura 2000-skyddets asymmetriska prövningsordning

Till skillnad från miljöfarliga verksamheter och vattenverksamheter ges Natura 2000 ett förstärkt skydd genom en så kallad *asymmetrisk prövningsordning*. Med ”prövningsförfarandets asymmetri” menas det faktum att länsstyrelsen/miljödomstolen själv har möjlighet att avslå en ansökan för det fall den anser att förutsättningarna för tillstånd inte är uppfyllda, men däremot *inte* har behörighet att bevilja tillstånd om verksamheten bedöms kunna skada skyddade livsmiljöer eller arter i Natura 2000-området.⁷⁶ Länsstyrelsen/miljödomstolen skall i enlighet med 7 kap. 28 b § miljöbalken avslå en ansökan om tillstånd om de bedömer att verksamheten kommer att skada skyddade livsmiljöer eller arter inom det aktuella området. Skulle länsstyrelsen/domstolen göra bedömningen att verksamheten ensam eller tillsammans med andra verksamheter förvisso kan skada den skyddade livsmiljön eller arten, men att förutsättningarna för att tillämpa undantagsregeln i 7 kap. 29 § miljöbalken är uppfyllda, är det inte upp till länsstyrelsen eller miljödomstolen att själva besluta i frågan. Då, men bara då, måste de överlämna frågan till regeringen för avgörande. Detta framgår av lydelsen i 7 kap. 29 § sista stycket.⁷⁷

7:29 § Trots bestämmelserna i 28 b § får tillstånd enligt 28 a § lämnas, om

- 1. det saknas alternativa lösningar,*
- 2. verksamheten eller åtgärden måste genomföras av tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse och*
- 3. de åtgärder vidtas som behövs för att kompensera för förlorade miljövärden så att syftet med att skydda det berörda området ändå kan tillgodoses.*

Ett beslut om tillstånd med stöd av första stycket får lämnas endast efter regeringens tillåtelse.

Konstruktionen indikerar att frågan skall hamna hos regeringen för avgörande endast om länsstyrelsen/domstolen anser att verksamheten kan tillåtas. Väljer de att avslå ansökan skall frågan överhuvudtaget inte hamna på regeringens bord. Samma typ av asymmetri går att utläsa av bestämmelserna i 19 kap. 2 § miljöbalken och 21 kap. 7 § miljöbalken.

19:2 § Om en förvaltningsmyndighet eller kommun finner att en verksamhet eller åtgärd endast kan tillåtas enligt 2 kap. 9 § första stycket eller 10 § eller enligt 7 kap. 29 §, skall förvaltningsmyndigheten eller kommunen med eget yttrande överlämna frågan till regeringen för avgörande. Detsamma gäller

⁷⁶ Ebbesson s 2.

⁷⁷ Se ovan kap. 2.1.3.

om regeringen skall pröva tillåtligheten enligt 17 kap. 1 §. eller om regeringen har förbehållit sig prövningen av tillåtligheten enligt 17 kap 3 §.

21:7 § *Om miljödomstolen finner att en verksamhet eller åtgärd endast kan tillåtas enligt 2 kap. 9 § första stycket eller 10 § eller enligt 7 kap. 29 §, skall miljödomstolen med eget yttrande överlämna frågan till regeringen för avgörande. Detsamma gäller om regeringen skall pröva tillåtligheten enligt 17 kap. 1 § eller om regeringen har förbehållit sig prövningen av tillåtligheten enligt 17 kap 3 §.*

Även ”stoppregeln” i 2 kap. 9 § miljöbalken följer samma typ av mönster.

2:9 § *Kan en verksamhet eller åtgärd befaras föranleda skada eller olägenhet av väsentlig betydelse för människors hälsa eller miljön, även om sådana skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått vidtas som kan krävas enligt denna balk, får verksamheten bedrivas eller åtgärden vidtas endast om regeringen finner att det finns särskilda skäl.*

Den beskrivna asymmetrin, kan ses som ett uttryck för att såväl länsstyrelsens som miljödomstolens prövning står självständig i förhållande till regeringen ifråga om Natura 2000. Ebbesson hävdar i sitt rättsutlåtande att det sätt på vilket lagstiftaren har valt att strukturera Natura 2000-skyddets prövningsordning, ger en indikation på hur prövningsförfarandet skall stå i förhållande till regeringens tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. En ansökan om att vidta en åtgärd som kan påverka miljön i ett Natura 2000-område som länsstyrelsen/miljödomstolen väljer att avslå bör, enligt hans resonemang, inte ens nå regeringen för prövning. Länsstyrelsens och miljödomstolens uppgift blir att fatta beslut om ett eventuellt avslag, medan regeringens prövning rör en situation där en åtgärd/verksamhet kan komma att tillåtas trots skadliga effekter på miljön. Ebbessons slutsats är således att en länsstyrelse eller miljödomstol i en prövning om tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken, *inte* är bunden av regeringens beslut om tillåtlighet för samma verksamhet.⁷⁸

3.2.2.2 Formuleringen i 7 kap. 29 b §

Ytterligare en faktor som kan ge vägledning i frågan om huruvida regeringens beslut innebär bundenhet gentemot de myndigheter som skall besluta i tillståndsfrågan, är det sätt på vilket lagstiftaren valt att formulera bestämmelsen i 7 kap. 29 b § miljöbalken.

⁷⁸ Ebbesson s. 2 f.

En verksamhet eller åtgärd som kan komma att innebära betydande påverkan på ett område skyddat inom ramen för Natura 2000-nätverket, skall som framgått ovan, tillståndsprövas enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken. Huvudregeln är att prövningen utförs av länsstyrelsen.⁷⁹ Handlar det om en situation där ansökan kan bli föremål för dubbelprövning - exempelvis på grund av att verksamheten eller åtgärden faller in under begreppen ”miljöfarlig verksamhet” eller ”vattenverksamhet” - och därmed skall prövas enligt andra regler i miljöbalken, finns emellertid en bestämmelse i 7 kap. miljöbalken, som är avsedd att motverka att verksamheten/åtgärden prövas dubbelt av flera instanser. Bestämmelsen hittas i 7 kap. 29 b § 2 st. och av den framgår att:

7:29 b § 2 st. För att undvika dubbelprövning skall samma myndighet eller domstol som prövar ansökningar om tillstånd eller dispens enligt bestämmelserna i 9 kap. (miljöfarliga verksamheter) samt 11-15 kap (vattenverksamheter, jordbruk etc.) därtill även pröva ansökan rörande Natura 2000-frågan.

För att komma undan en situation där dubbelprövning riskeras, fastslår regeln alltså att den myndighet eller domstol som skall pröva vissa tillståndspliktiga verksamheter även får bära ansvaret för att Natura 2000-frågan prövas i enlighet med reglerna i 7 kap. Bland de undantagssituationer som uppräknas i bestämmelsen så hänvisas endast till miljöbalkens 9 kap. samt 11-15 kap. Värt att notera är att lagstiftaren inte har inkluderat regeringens tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken bland de situationer där Natura 2000-prövningen skall samordnas i prövningen.

Bestämmelsen i 7 kap. 29 § miljöbalken och dess frånvaro av en länk till 17 kap. miljöbalken skulle kunna ses som belägg för att tillståndsmyndigheternas Natura 2000-prövning *inte* skall ingå som en del i regeringens tillåtlighetsprövning, utan att den skall utgöra en självständig prövning. Med andra ord, myndigheternas prövning av åtgärdens/verksamhetens förenlighet med Natura 2000-reglerna skall inte påverkas av regeringens prövning om tillåtlighet för samma verksamhet.

Jonas Ebbesson menar i sitt rättsutlåtande att bestämmelsens formulering och det faktum att 17 kap. inte finns uppräknat bland undantagssituationerna, inte är slump utan ett medvetet

⁷⁹ 7 kap. 29 b § 1 st. miljöbalken

drag från lagstiftarens sida. Han hävdar att bestämmelsen visar på att det i ärenden där en verksamhet enligt miljöbalken skall prövas enligt såväl 17 som 7 kap., kan bli aktuellt med en dubbelprövning. Detta hävdar han, utgör i sin tur belägg för att regeringens tillåtlighetsprövning inte skall anses bindande för tillståndsprövningen angående Natura 2000.⁸⁰

3.2.2.3 Vilken prövning skall ske först?

Hittills har två rättsliga konstruktioner beskrivits, som båda kan tolkas i riktning mot att lagstiftarens intention varit att tillståndsmyndigheternas Natura 2000-prövning skall stå självständig i förhållande till regeringens tillåtlighetsprövning. Om nu så är fallet, torde det rimligtvis även vara av intresse för diskussionen att utreda i vilken *ordning* respektive prövning skall ske i dessa situationer. Om myndigheternas prövning skall föregå tillåtlighetsprövningen kan ju – som framgått av resonemanget ovan - ansökan avslås redan innan den når regeringen för avgörande i tillåtlighetsfrågan. Frågan om tillståndsmyndigheternas eventuella bundenhet till regeringens tillåtlighetsprövning skulle därmed bli irrelevant.

Ebbesson konstaterar i sitt rättsutlåtande att en tillståndsprövning enligt 7 kap. 28 § miljöbalken i normalfallet alltid skall föregå regeringens prövning enligt 17 kap. miljöbalken.⁸¹ Något uttryckligt lagstöd för denna uppfattning hittas dock inte i lagstiftningen. En bestämmelse som möjligen kan tala till stöd för att Natura 2000-prövningen skall föregå regeringens tillåtlighetsprövning hittas i 4 kap. 8 § miljöbalken. Innebörden av denna regel samt dess betydelse för tolkningen av regeringsprövningens eventuella bindande effekt skall redogöras för nedan. Först följer emellertid en kortfattad repetition av vad lagstiftningen säger om den prövningsordning som generellt skall gälla vid tillåtlighetsärenden.

Huvudregeln: underställningsförfarandet i 19 kap. 2 § och 21 kap. 7 § miljöbalken

I kap. 2.2.2.4 i introduktionsavsnittet redogjordes för tillåtlighetsförfarandets uppbyggnad. Enligt denna förfarandemodell som förespråkas i såväl förarbeten som doktrin framgår att regeringen har att avgöra tillåtlighetsärendet *innan* länsstyrelsen/domstolen fattar beslut om

⁸⁰ Ebbesson, s. 3.

⁸¹ A a s 3.

tillstånd och fastställer villkor för verksamheten. Ordningen framgår av det underställningsförfarande som stadgas i 19 kap. 2 § och 21 kap. 7 § miljöbalken.

19 kap. 2 §. Om förvaltningsmyndighet eller kommun finner att en verksamhet eller åtgärd endast kan tillåtas enligt 2 kap. 9 § första stycket eller 10 § eller enligt 7 kap 29 §, skall förvaltningsmyndigheten eller kommunen med eget yttrande lämna över frågan till regeringens avgörande. Detsamma gäller om regeringen skall pröva tillåtligheten enligt 17 kap. 1 § eller om regeringen har förbehållit sig prövningen av tillåtligheten enligt 17 kap. 3 §.⁸²

Så snart tillståndsmyndigheten finner att ett tilltänkt projekt kräver regeringens tillåtelse skall den alltså överlämna frågan till regeringen, utan att först besluta i ärendet.

4 kap. 8 § miljöbalken

I 4 kap. 8 § miljöbalken har en bestämmelse införts som reglerar hur Natura 2000-prövningen skall stå i förhållande till annan tillståndsprövning för samma verksamhet.

4 kap. 8 §. En användning av mark och vatten som kan påverka ett naturområde som har förtecknats enligt 7 kap. 27 § första stycket 1 eller 2 och som omfattar verksamheter eller åtgärder som kräver tillstånd enligt 7 kap. 28 a § får komma till stånd endast om sådant tillstånd har lämnats.

Bestämmelsen innebär i korthet att tillståndsprövningen enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken alltid skall föregå övriga prövningar enligt miljöbalken samt prövning enligt annan lagstiftning såsom exempelvis Plan- och Bygglagen (1987:10) eller Väglagen (1971:948).⁸³ Har sökanden exempelvis ansökt om tillstånd till miljöfarlig verksamhet eller vattenverksamhet, men inte om tillstånd enligt 7 kap. 28 a §, medför regeln i 4 kap 8 § ett hinder mot att beslut fattas om tillstånd enligt 9 och 11 kap. miljöbalken. Syftet med regeln har varit att förhindra att planer godkänns eller tillstånd meddelas enligt vissa regler i miljöbalken eller enligt andra lagar, utan att åtgärden/verksamheten först fastställts vara förenlig med Natura 2000-lagstiftningen.⁸⁴ På så vis främjas en enhetlig bedömning och onödig dubbelprövning kan undvikas. I miljöbalkens förarbeten konstateras:

⁸² 21 kap. 7 § miljöbalken är motsvarande bestämmelse för miljödomstolen.

⁸³ Karnov lagkommentar till 4 kap. 8 § miljöbalken (2009-10-01)

⁸⁴ Naturvårdsverket, Natura 2000 i Sverige, Handbok med allmänna råd, handbok 2003:9, s 53.

”Den prövning som avses i 7 kap 28 a - 29 §§ är mycket specifik och har samtidigt en central betydelse för möjligheterna att genomföra ett planerat projekt. I situationer som rör särskilda skydds- eller bevarandeområden torde det därför i allmänhet vara fördelaktigt och kostnadseffektivt att den specifika miljöbalksprövningen görs först. Utformningen av 4 kap. 8 § miljöbalken blir en signal till exploitören att skaffa sig det nödvändiga tillståndet innan en kostnadskrävande och omständlig planprocess sätts igång.”⁸⁵

Någon begränsning i omfattningen av Natura 2000-prövningens företräde gentemot övriga tillståndsprövningar enligt miljöbalken anger inte bestämmelsen, och inte heller görs någon närmare precisering av vilka typer av prövningar som avses. I förarbetena nämns endast att bestämmelsen skall beaktas av samtliga myndigheter som vid prövning enligt olika lagar har att tillämpa 4 kap. miljöbalken.⁸⁶ Utgångspunkten torde följaktligen vara att företrädesregeln i 4 kap. 8 § gäller i förhållande till samtliga prövningar där 4 kap. miljöbalken skall tillämpas. Lagstiftning och förarbeten ger emellertid liten vägledning beträffande hur 4 kap. 8 § miljöbalken skall förhålla sig till det sedan länge etablerade underställningsförfarandet vid regeringsprövningsärenden. Möjligen kan man härleda Natura 2000-prövningens företräde via 2 kap. 6 § miljöbalken (lokaliseringsprincipen) som konstaterar att vid en prövning enligt 17 kap. miljöbalken så skall bestämmelserna i 3 och 4 kap. miljöbalken (inkluderande 4 kap. 8 § som vidare hänvisar till 7 kap 27 – 28 §§ miljöbalken) beaktas.

I Naturvårdsverkets handbok med allmänna råd inkluderas regeringens tillåtlighetsprövning bland de prövningar som enligt 4 kap. 8 § miljöbalken skall lämna företräde för en eventuell Natura 2000-prövning. Där konstateras att: *”Bestämmelsen innebär att tillstånd inte kan meddelas enligt 9, 11, 12 eller **17 kap** miljöbalken om den mark- eller vattenanvändning som verksamheten eller åtgärden får tillstånd till på ett betydande sätt kan påverka miljön i ett förtecknat område.”*⁸⁷ Naturvårdsverket menar vidare att när väg- och järnvägsprojekt skall prövas av regeringen så bör – för det fall en Natura 2000-prövning krävs – denna prövning inledas innan ärendet överlämnas till regeringen. Länsstyrelsen beslutar sedan om tillstånd enligt 7 kap. 28 a § i samband med regeringens tillåtlighetsprövning. Kan verksamheten endast tillåtas med stöd av undantagsregeln i 7 kap. 29 § miljöbalken skall regeringen pröva frågan samtidigt som tillåtlighetsprövningen.⁸⁸ Av Naturvårdsverkets skrivelse att döma torde

⁸⁵ Prop. 2000/01:111 s 48.

⁸⁶ Prop. 2000/01:111 s 47.

⁸⁷ Naturvårdsverket, Natura 2000 i Sverige, Handbok med allmänna råd, handbok 2003:9, s 53

⁸⁸ A a s 77 f.

således myndigheternas prövning enligt 7 kap. 28 a – 29 §§ genomföras innan eller samtidigt som regeringens tillåtlighetsprövning. Detta borde sannolikt även kunna ses som belägg för att Natura 2000-prövningen är en självständig prövning och därmed *inte* skall ingå som en del i regeringens tillåtlighetsprövning.

3.2.3 Ärendet Botniabanan – En omdebatterad järnvägssträckning genom ett Natura 2000-område

Ovan har redogjorts för tre rättsliga konstruktioner i miljöbalken som alla utmanar den traditionella uppfattningen att regeringens tillåtlighetsbeslut alltid är bindande gentemot den myndighet som skall fatta beslut i tillståndsfrågan för samma verksamhet. I fallet Botniabanan kom domstolen emellertid att resonera i motsatt riktning med helt andra argument till stöd för sin slutsats. I avsnittet nedan följer en fördjupning i fallet med Botniabanans järnvägssträckning genom det Natura 2000-skyddade området Umeälvens delta och slätter. Avsnittet inleds med en sammanfattning av bakgrunden till fallet samt en redogörelse för hur turerna i ärendet kom att utvecklas. Fokus ligger sedan på en redogörelse och analys av hur miljödomstolen, och sedermera miljööverdomstolen kom att resonera angående frågan om bundenhet till regeringens tillåtlighetsbeslut.

3.2.3.1 Bakgrund⁸⁹

Regeringens tillåtlighetsbeslut

En första järnvägsutredning för den planerade Botniabanan presenterades redan 1988. Drygt tio år senare under hösten 1999 överlämnade Banverket fem olika järnvägsplaner rörande uppförandet av järnvägen, till regeringen för tillåtlighetsprövning i enlighet med 17 kap. miljöbalken. En av dessa gällde dragningen av den 3,5 mil långa sträckan Stöcke – centrala Umeå, en sträckning som skulle komma att skära rakt inom Umeälvens delta och slätter, ett av Norrlands viktigaste rastområden för flyttfåglar samt häckningsplats för ett stort antal fågelarter. Med en naturtyp av stort värde för flora och fauna hade området därtill föreslagits som ett särskilt bevarandeområde till nätverket Natura 2000 enligt art- och habitatdirektivet.

⁸⁹ Se MÖD M 5040/05 s 2 ff. Referat av rättsfallet finns även att hitta i Darpö ”Många turer kring Botniabanan” s. 1 ff.

I samband med att den nya Natura 2000-regleringen (7 kap. 28 a – 29 b §§) antogs och trädde i kraft i juli 2001, förklarades slutligen Umeälvens delta och slätter som en prioriterad livsmiljö. Området kom därmed att omfattas av Natura 2000-skyddet enligt rådets direktiv 79/409/EEG om bevarande av vilda fåglar. Detta innebar att den ansökan som ett par år tidigare hade lämnats in till regeringen för tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken, nu även skulle prövas i ljuset av Natura 2000-lagstiftningen.

Prövningen av järnvägssträckningens förenlighet med Natura 2000-reglerna kom i Botniamålet att falla inom ramen för regeringens prövning. Regeringen gjorde bedömningen att den aktuella järnvägsdragningen genom Umeälvens delta och slätter förvisso skulle komma att innebära en negativ inverkan på de prioriterade livsmiljöerna, men att andra ekonomiskt bärkraftiga alternativ till den föreslagna dragningen saknades. För att avgöra huruvida situationen eventuellt skulle kunna bli föremål för en tillämpning av undantagsregeln i 7 kap. 29 § miljöbalken, beslutade regeringen i mars 2002 att inhämta yttrande från den Europeiska kommissionen i enlighet med 20 § förordningen (1998:1252) om områdesskydd enligt miljöbalken, och artikel 6.4, andra stycket i art- och habitatdirektivet. Kommissionens godtog i huvudsak den föreslagna järnvägssträckningen, dock med vissa invändningar mot de föreslagna kompensationsåtgärderna som ansågs bristfälliga. Regeringens slutliga bedömning i ärendet blev att järnvägssträckningen var att anses som förenlig med kraven i miljöbalken, varpå tillåtlighet meddelades till projektet.⁹⁰

Regeringens tillåtlighetsbeslut ställdes på begäran av Sveriges Ornitologiska Förening (SOF) och ett flertal närboende inför rättsprövning hos Regeringsrätten i september 2003. Samtliga ansökningar avvisades dock med hänvisning till att det i detta tidiga läge inte gick att klarlägga vem som skulle komma att beröras av järnvägsbygget och vilka hänsyn som i så fall skulle tas till deras intressen. Man menade att de enskilda sakägarna skulle ha möjlighet att begära domstolsprövning i ett senare skede av processen (genom rättsprövning av regeringens beslut om fastställande av järnvägsplanen), varpå domstolens majoritet valde att inte ta upp talan till prövning.⁹¹ Rättsprövningsprocesserna i Botniamålet kommer att kommenteras mer ingående i kap. 4.3.

⁹⁰ Miljödepartementet, Regeringsbeslut M1999/4314/F/M (slutligt) M2001/4060/F/M.

⁹¹ RÅ 2004 ref 108 s 2.

Tillståndsärendet

Vid sidan av att arbetet med järnvägsplanen fortskred ansökte banverket om de tillstånd som enligt miljöbalken skulle krävas för järnvägsbyggets genomförande. Ansökningarna kom att omfatta dels tillstånd för vattenverksamhet enligt 11 kap. miljöbalken, dels tillstånd enligt Natura 2000-reglerna i 7 kap. 28-29 b §§. I det följande kommer endast tillståndsfrågan enligt Natura 2000-reglerna behandlas.

Vid huvudförhandlingen i tillståndsärendet anförde Banverket som sökande part att frågan om tillstånd enligt Natura 2000-reglerna var att betrakta som avgjord i och med regeringens tillåtlighetsbeslut och kommissionens yttrande i frågan. Man hänvisade till att regeringen redan i tillåtlighetsärendet hade gjort en bedömning av järnvägsdragningens förenlighet med Natura 2000-regleringen, och då funnit att förutsättningarna för att meddela tillstånd enligt 7 kap. 29 § miljöbalken var uppfyllda. Utrymmet för miljödomstolen att göra en självständig bedömning i ärendet hade genom regeringens beslut därmed begränsats.⁹²

Miljöorganisationernas och sakägarnas invändningar

Svenska Naturskyddsföreningen (SNF), SOF samt enskilda sakägare bestred talan och yrkade att ansökan skulle ogillas. Dessa ansåg att förutsättningarna för att bevilja undantag enligt 7 kap. 29 § miljöbalken inte var uppfyllda. Man menade att en dragning av Botniabanan genom Umeälvens delta och slätter inte kunde anses motiverad av tungt vägande allmänintressen. Vidare hävdade man att de föreslagna kompensationsåtgärderna var bristfälliga och att bättre alternativ till den föreslagna sträckningen fanns att tillgå.⁹³

Till skillnad från vad Banverket anført, poängterade motparten att det faktum att regeringen redan fattat beslut i tillåtlighetsärendet, saknade betydelse för frågan om tillstånd enligt Natura 2000-reglerna. Regeringens tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. miljöbalken, menade man, kunde *inte* liknas vid en tillståndsprövning enligt 7 kap. 28 a §, 28 b och 29 §§ miljöbalken. Man pekade på att en prövning av förutsättningarna för rätt till intrång i ett Natura 2000-område endast kunde genomföras av länsstyrelse eller miljödomstol i en självständig process,

⁹² MÖD M 5040/05 s. 32.

⁹³ MÖD M 5040/05 s. 85 f.

inte som en del av regeringens tillåtlighetsprövning. Regeringen skulle därmed vara skyldig att invänta ett tillstånd innan slutligt tillåtlighetsbeslut kunde meddelas.⁹⁴

3.2.3.2 Den bindande effekten av regeringens beslut – miljödomstolens resonemang

Knäckfrågan i målet kom i huvudsak att handla om att fastställa omfattningen av regeringens tillåtlighetsprövning samt avgöra huruvida domstolen var att anses som bunden av regeringens beslut i ärendet om järnvägsplanen. Dom meddelades i juni 2005, i vilken miljödomstolen efter godkännande av miljökonsekvensbeskrivning och kompensationsplan, gav tillstånd till den föreslagna järnvägsdragningen av Botniabanan genom det Natura 2000-klassade området. Någon formell prövning i Natura 2000-frågan vidtogs aldrig. Man konstaterade istället att regeringen redan fullt ut prövat och funnit att verksamheten var tillåtlig enligt reglerna om skydd för Natura 2000-områden i miljöbalken. På grund av detta ansåg sig miljödomstolen vara bunden att rätta sig efter regeringens beslut och därmed förhindrad att göra en självständig bedömning i frågan.

I domen konstaterades att proposition 2000/01:11 som föregått lagändringarna beträffande Natura 2000 i 7 kap. miljöbalken, gav föga ledning rörande prövningssystemets utformning.⁹⁵ Domstolen pekade dock på det osannolika i att lagstiftaren i strid med tidigare förarbeten skulle ha utformat ett prövningssystem som skulle innebära att frågan blev föremål för dubbla prövningar; alltså först i en tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. och sedan genom hänskjutning från tillståndsmyndigheten enligt 7 kap. 29 § 2 st. Detta menade domstolen, kunde sannolikt inte ha varit lagstiftarens avsikt och skulle därmed tala för den av banverket förordade tolkningen; att regeringsbeslutet blir bindande gentemot tillståndsmyndigheten.

Vidare pekade domstolen på att en prövning enligt 7 kap. 29 § av ett projekt av den stora omfattning som här var fråga om, skulle kräva omfattande sakkunnigresurser. Dessa resurser menade man, skulle enkelt kunna tillföras en prövning inom regeringskansliet men inte lika smidigt inom ramen för ett rättegångsförfarande.

⁹⁴ MÖD M 5040/05 s. 81.

⁹⁵ MÖD M 5040/05 s. 102.

Slutligen hänvisade domstolen som stöd för sin argumentation till paragraf 20 a § förordningen (1998:1252) om områdesskydd. Innebörden av nämnda bestämmelse är, att för det fall kompensationsåtgärder vidtagits med stöd av 7 kap. 29 § miljöbalken, så skall tillståndsmyndigheten underrätta EG-kommissionen om dessa. Domstolen påpekade att en ordning där domstolen - sedan den skiljt sig från ett mål - skulle ha till uppgift att övervaka genomförandet av föreskrivna kompensationsåtgärder och underrätta EG-kommissionen om detta, framstod som opraktisk och knappast avsedd av lagstiftaren. Formuleringen av nämnda bestämmelse, menade domstolen, talade snarare för att det i dessa situationer är regeringen som skall ses som tillståndsmyndighet varpå den ordinarie tillståndsmyndigheten blir bunden av regeringsbeslutet.⁹⁶

3.2.3.3 Den bindande effekten av regeringens beslut – miljööverdomstolens resonemang

Miljödomstolens dom överklagades av SOF, SNF samt av sakägare till miljööverdomstolen. I domen som föll i juni 2006 förklarade sig miljööverdomstolen i likhet med miljödomstolen vara bunden till regeringens föregående tillåtlighetsbeslut. Domstolens prövning, menade man, kunde endast begränsas till att omfatta de frågor som inte redan hade varit föremål för regeringens prövning. Med hänvisning till att de alternativ till kompensationsåtgärder som Banverket hade presenterat inte ansågs tillräckligt utredda, återförvisades målet till miljödomstolen för fortsatt handläggning. Frågan om kompensationsåtgärderna, menade man, skulle nämligen falla inom ramen för domstolens prövning då regeringen inte hade tagit slutlig ställning i dessa frågor. Frågan angående tillståndsmyndighetens rätt att göra en självständig bedömning i Natura 2000-ärendet ansågs emellertid alltjämt avgjord; domstolen var bunden av regeringens tillåtlighetsbedömning och utrymme att ifrågasätta regeringsbeslutet att ingreppet i sig var tillåtligt och förenlig med reglerna för när tillstånd kan ges, fanns inte.

Miljödomstolens slutsats – att skäl saknades att frånga principen om domstolens bundenhet till regeringens tillåtlighetsbedömning – baserade domstolen i huvudsak på en bedömning utifrån tre faktorer; domstolens bundenhet till regeringens beslut, prövningsordningen för Natura 2000-tillstånd samt enskildas rätt till domstolsprövning.

⁹⁶ MÖD M 5040/05 s. 103.

Domstols bundenhet av regeringens beslut

Domstolen påpekade i domskälen att regeringen vid en tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken har att göra en bedömning utifrån miljöbalkens *samtliga* regler, varav en av de mest grundläggande frågorna rör verksamhetens lokalisering. Eftersom motiven anger att samma miljökrav bör ställas på en verksamhet som prövas av regeringen som prövas av annan myndighet måste således förutsättningarna för tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken beaktas redan vid regeringsprövningen. I det här fallet, hävdade domstolen, hade regeringen vid sin prövning av ansökan enligt 17 kap. miljöbalken slutligt tagit ställning till att järnvägssträckningen var tillåtlig i enlighet med 7 kap. 29 § miljöbalken.

Domstolen anförde vidare att det förvisso inte finns någon generell bestämmelse i miljöbalken enligt vilken regeringens beslut om tillåtlighet är bindande för en myndighet vid en efterföljande tillståndsprövning. Dock hänvisade man till miljöbalkens förarbeten och pekade på att dessa tydligt uttrycker att frågan om tillåtlighet är avgjord i och med regeringens beslut och därmed inte skall ingå i en efterföljande tillståndsprövning enligt miljöbalken.

Prövningsordningen för Natura 2000-tillstånd

Miljööverdomstolen beaktade även huruvida det fanns skäl att på grund av den i 7 kap. 28 a – 29 §§ miljöbalken föreskrivna prövningsordningen, frångå principen om tillståndsmyndighetens bundenhet till regeringsbeslutet. Miljööverdomstolen pekade på att reglerna i 7 kap. 28 a – 29 b §§ hade införts i syfte att genomföra art- och habitatdirektivet samt fågeldirektivet. Man poängterade emellertid att direktivet inte uppställer något krav på vilket organ som skall genomföra tillståndsprövningen för verksamheter i Natura 2000-områden. I domskälen konstaterades:

”Miljööverdomstolen anser att det inte finns något som tyder på att syftet med införandet av prövningsordningen i 7 kap. 28 a- 29 b §§ har varit att åstadkomma en prövning av tillståndsmyndighet vilken är självständig i förhållande till regeringens tillåtlighetsprövning.”⁹⁷

Den föreskrivna prövningsordningen, menade domstolen, förhindrar enbart att tillståndsmyndigheten utan regeringens tillåtelse lämnar tillstånd till ett projekt som endast kan tillåtas enligt 7 kap. 29 § miljöbalken. I Botniaärendet hade regeringen redan genom

⁹⁷ MÖD M 5040/05 s 129.

tillåtlighetsbeslutet konstaterat att verksamheten var tillåtlig varpå tillståndsmyndigheten borde vara bunden till beslutet.

Enskildas och organisationers möjlighet till domstolsprövning

Slutligen övervägde domstolen om det med hänvisning till rätten till domstolsprövning (enligt Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna samt Århuskonventionen) fanns skäl att frångå bundenhetsprincipen. Denna aspekt kommer att diskuteras mer ingående i avsnitt 4 men här följer ändå en kort redogörelse för miljööverdomstolens tolkning i frågan.

Frågan beaktades mot bakgrund av att klaganden hade invänt att en prövningsordning där domstolen blir bunden av regeringens prövning, skulle innebära en inskränkning i rätten att få frågan prövad av domstol. Regeringsrätten hade i ett tidigare skede nekat sakägarna och miljöorganisationerna rättsprövning av regeringens tillåtlighetsbeslut med hänvisning till att det inte säkert gick att fastställa vilka som var att betrakta som sakägare i ärendet. Miljööverdomstolen hade således att ta ställning till om Europakonventionens krav på tillgång till domstolsprövning skulle innebära att de hade att göra en ny självständig bedömning av kriterierna i 7 kap. 28 a – 29 §§ miljöbalken. Miljödomstolen valde dock att ansluta sig till regeringsrättens uppfattning och menade att enskildas och organisationers rätt till domstolsprövning skulle kunna tillgodoses genom möjligheten att domstolspröva beslutet om fastställelse av järnvägsplan.⁹⁸

3.2.3.4 De slutliga turerna i Botniefallet

Miljööverdomstolens slutsats i frågan om tillståndsmyndigheternas bundenhet till regeringens beslut i tillåtlighetsprövningen enligt 17 kap. miljöbalken blev därmed:

”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 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

⁹⁸ MÖD M 5040/05 s 128 ff.

kan då inte sätta ifråga regeringsbeslutet att ingreppet i och för sig är tillåtligt och förenligt med bestämmelserna för när tillstånd kan ges.”⁹⁹

Som ovan påpekats återförvisades målet till miljödomstolen för ytterligare utredning kring och komplettering av kompensationsåtgärder. Handläggningen fortsatte därmed i miljödomstolen och under våren 2007 godtogs banverkets nya kompensationsåtgärder och klartecken för järnvägsbygget gavs. Åter överklagades beslutet av miljöorganisationer och sakägare till miljööverdomstolen vars dom den 6 december 2007 gick helt i linje med miljödomstolens. Tillstånd meddelades att på vissa villkor anlägga järnväg och bedriva trafik inom Natura 2000-området.¹⁰⁰ Efter ytterligare överklaganden beslutade slutligen Högsta domstolen i maj 2008 att inte lämna prövningstillstånd för vidare prövning i Högsta domstolen.¹⁰¹

3.3 Diskussion och slutsatser

En av de frågor jag önskat få klarhet i genom arbetet med denna uppsats och som legat till grund för dess första del, är huruvida ett tillåtlighetsbeslut som fattats av regeringen i enlighet med 17 kap. miljöbalken blir bindande gentemot den myndighet som skall fatta beslut i tillståndsfrågan. Jag har inledningsvis belyst frågan ur ett generellt perspektiv, varpå jag gått djupare in och tittat på vad som händer i den mer specifika situation där en verksamhet som blir föremål för regeringsprövning även kommer att omfattas av den särskilda tillståndsprövning som gäller för verksamheter som inverkar på Natura 2000-områden. Jag skall i det följande ”knyta ihop säcken” i denna del och redovisa de slutsatser jag kommit fram till rörande de två första frågorna i min frågeställning.

3.3.1 Blir tillståndsmyndigheten bunden av regeringens tillåtlighetsbeslut?

Huvudfrågan jag ställde mig i uppsatsens inledning löd alltså; Blir ett regeringsbeslut att tillåta en verksamhet enligt 17 kap. miljöbalken bindande för den myndighet som skall fatta beslut i tillståndsfrågan? Efter att ha analyserat frågan utifrån befintliga rättskällor på området anser jag att frågan ur ett generellt perspektiv kan besvaras med ett ja. Förvisso finns i

⁹⁹ MÖD M 5040/05 s 130.

¹⁰⁰ Se MÖD M 3789/07.

¹⁰¹ Se T 5028-07.

lagstiftningen ingen uttrycklig regel som visar på att så skulle vara fallet. Den enda bestämmelse som reglerar förhållandet mellan tillåtlighetsprövningen och tillstånd hittas i 11 kap. 23 § miljöbalken och berör då endast vattenverksamheter. I förarbetena har införandet av den nämnda regeln motiverats med att man vill motverka en dubbelprövning där olika prövningsinstanser kommer fram till olika resultat på samma grunder. Med detta i beaktande tycks det i mina ögon förvånande att en liknande reglering inte har införts vad gäller förhållandet mellan tillåtlighetsprövningen och tillstånd för andra typer av verksamheter såsom exempelvis miljöfarliga verksamheter. Lika stor risk för dubbelprövning borde rimligtvis föreligga i alla situationer där en verksamhet som skall regleras, samtidigt är av sådan art att den kräver tillstånd enligt miljöbalken från domstol eller annan tillståndsmyndighet.

Trots att lagstiftaren inte har reglerat förhållandet i lagtext synes dock ingen tvetydighet råda vad gäller bundenhetsfrågan i övriga rättskällor. Såväl förarbeten som doktrin går på samma enhetliga linje; tillåtlighetsprövningen enligt 17 kap. miljöbalken utgör ett led i den normala tillståndsprövningen, och denna blir i sin tur begränsad till de frågor som inte redan avgjorts av regeringen. Historiskt sett förefaller synen på förhållandet mellan regeringens tillåtlighetsprövning och myndigheternas tillståndsprövning ha sett likartad ut, med den skillnaden att bundenhetsaspekten innan miljöbalkens ikraftträdande faktiskt var rättsligt reglerad. Tillämpningen av tillåtlighetsreglerna enligt såväl naturresurslagen som den gamla vattenlagen gav inget utrymme för tillståndsmyndigheterna att ändra eller upphäva beslutet i den efterföljande tillståndsprövningen enligt vattenlagen eller miljöskyddslagen. Någon förändring av den ordning som föregick balken verkar heller inte ha varit avsedd. I miljöbalkens förarbeten uttrycks bundenhetsaspekten med uttalanden om att tillåtlighetsprövningen *bör vara bindande i en efterföljande tillståndsprövning* och att frågan om tillåtlighet *inte skall ingå i en efterföljande tillståndsprövning*.¹⁰² I doktrin finns det inget som pekar på att principen om tillståndsmyndigheternas bundenhet till regeringens tillåtlighetsbedömning överhuvudtaget skulle vara tvistig, utan prövningsordningen framstår snarare som allmänt etablerad och självklar. Ett undantag är Michanek och Zetterberg som sedan Botniefallets avgörande uttrycker viss osäkerhet rörande regeringsbeslutets bindande effekt men ändå påtalar att så *torde* vara fallet.

¹⁰² Prop. 1997/98:45 s 436 och 443.

På ett allmänt plan synes det därmed stå klart att regeringens tillåtlighetsbeslut blir bindande vid myndigheternas tillståndsprövning. Enligt min mening är det också den prövningsordning som rent lagtekniskt torde vara det förfarande som i sammanhanget framstår som mest logiskt. Det ursprungliga syftet med att lägga prövningen av större samhällsviktiga verksamheter på regeringen, var att den skulle utföras av en instans som kunde göra en tidig och övergripande bedömning av tillåtligheten, samtidigt som den genom sitt särskilda politiska ansvar skulle ha bäst förutsättningar att göra avvägningarna mellan allmänna och enskilda intressen. Det verkar knappast troligt att lagstiftaren skulle ha haft som avsikt att utforma ett prövningssystem där samma fråga prövas två gånger av två olika instanser, det vill säga regering *och* länsstyrelse/domstol. Den gamla miljöskyddslagen stadgade uttryckligen att ett regeringsbeslut att tillåta en verksamhet innebar bundenhet i förhållande till miljöskyddsprövningen, vilket även det är en tydlig indikation på att detta varit den ursprungliga tanken med konstruktionen. Att miljöbalken tar upp bundenhetsaspekten i samband med prövningsreglerna för vattenverksamheter men inte vad gäller andra tillståndspliktiga verksamheter, behöver nödvändigtvis inte vara ett tecken på att situationerna för den skull skall behandlas olika. Inget tyder på att avsaknaden av en allmängiltig regel om bundenhet har varit ett medvetet val från lagstiftarens sida utan sannolikt har det handlat om att en dylik reglering av systematiska skäl ansetts överflödigt. Eller som Jan Darpö uttrycker det: *"Frånvaron av en allmängiltig regel om bundenhet framstår som en lagteknisk lapsus."*¹⁰³

Trots att principen om bundenhet finner uttryckligt stöd i motiven, har stark förankring i doktrin och systematiska skäl som talar för sig, visar omständigheterna kring det kontroversiella fallet med Botniabanans järnvägssträckning genom Umeälvens delta och slätter, att rättsläget är långtifrån klart. Enligt min mening är det emellertid inte frågan om huruvida regeringens tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. miljöbalken blir bindande vid myndigheternas tillståndsprövning, som är oklar. Den oklara rättsfrågan, menar jag, ligger snarare i huruvida regeringens tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. miljöbalken blir bindande vid myndigheternas tillståndsprövning *enligt Natura 2000-regleringen*.

¹⁰³ Darpö, Regeringen bestämmer över Botniabanen, s 4.

3.3.2 Blir tillåtlighetsbeslutet bindande för tillståndsmyndigheten vid en Natura 2000-prövning?

Blir synen på bundenheten till tillåtlighetsbeslutet densamma i de fall när åtgärden/verksamheten i fråga, utöver regeringsprövningen, skall prövas i enlighet med Natura 2000-reglerna i 7 kap. miljöbalken? Denna specifika fråga anser jag till skillnad från den mer generella variant som diskuterades i avsnittet ovan, inte lika enkelt kan besvaras med ett klart ja eller nej. Som konstaterats i avsnittet ovan synes inga större oklarheter råda kring det faktum att regeringens tillåtlighetsbeslut i generell mening, är bindande för myndigheterna vid en efterföljande tillståndsprövning. Av förarbeten och doktrin synes detta snarare vara ett självklart faktum. Man kan sålunda dra slutsatsen att rättsläget blir oklart först när man lägger till den omständigheten att tillståndsärendet berör ett område som skall skyddas inom ramen för det europeiska skydds nätverket av biologisk mångfald.

Regeringens tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken respektive tillståndsprövningen avseende Natura 2000-områden i 7 kap. miljöbalken, utgör två olika processuella ordningar för prövning av tillstånd. Regeringsprövning aktualiseras i första hand vid uppförande av större samhällsviktiga hälso- och miljöpåverkande projekt vilka inte sällan kräver överväganden av politisk karaktär. En tillståndsprövning enligt reglerna i 7 kap. 28 a – 7 kap. 29 §§ miljöbalken blir aktuell så snart ett tilltänkt projekt på ett betydande sätt bedöms påverka miljön inom ett Natura 2000-område. För det fall ett enligt 17 kap. miljöbalken prövningspliktigt projekt bedöms kunna medföra skada på skyddade livsmiljöer eller arter i ett Natura 2000-område, uppstår således en situation där två olika prövningsförfaranden enligt miljöbalken aktualiseras. Hur de två prövningsordningarna skall stå i förhållande till varandra i de situationer när de kommer att omfatta *samma* åtgärd eller verksamhet, har emellertid inte uttryckligen reglerats i miljöbalken och några riktlinjer för hur den specifika situationen skall angripas finns heller inte angivna i lagstiftningens förarbeten. Frågan huruvida tillståndsmyndigheterna vid en prövning enligt Natura 2000-reglerna blir bundna av ett föregående regeringsbeslut att tillåta verksamheten, får således analyseras utifrån en sammanvägning av all relevant rättsinformation som i någon mån berör frågeställningen.

Trots att lagstiftningens förarbeten ger föga ledning beträffande hur den specifika situationen skall hanteras utgör förarbetsuttalandena ändå en viktig utgångspunkt i diskussionen. Att motiven så uttryckligt uttalar att de frågor som varit föremål för regeringsprövning inte skall

”ingå i en efterföljande tillståndsprövning”¹⁰⁴ och att den juridiska doktrinen följer samma linje, torde självfallet kunna ses som ett starkt argument för att den uttalade generella principen om bundenhet blir applicerbar, även i situationer där den efterföljande tillståndsprövningen utgör en Natura 2000-prövning. Detta särskilt med beaktande av att någon alternativ lösning inte har presenteras i de förarbeten som framlades i proposition 2000/01:111 med anledning av Natura 2000-reglernas ikraftträdande år 2001. I Botniaärendet kom förarbetsuttalandena att spela en avgörande roll för miljööverdomstolens ståndpunkt i frågan, vars uppfattning var att dessa utgjorde klart stöd för att myndigheterna blir bundna vid en efterföljande tillståndsprövning, oavsett om den särskilt föreskrivna prövningsordningen i 7 kap. 28 a – 29 §§ miljöbalken skall tillämpas eller ej.

Som tidigare anförts anser jag att en prövningsordning där regeringens tillåtlighetsbeslut blir bindande för myndigheterna vid en efterföljande tillståndsprövning, är den processordning som rent lagtekniskt framstår som mest logisk. Att det efterföljande tillståndsärendet berör ett Natura 2000-område ändrar inte heller min uppfattning i sak. Enligt förarbetena skall regeringen i tillåtlighetsprövningen ta hänsyn till samtliga tillståndsregler i miljöbalken, vilket även torde innefatta Natura 2000-regleringen. En prövningsordning där Natura 2000-frågan efter prövning hos regeringen blir föremål för ytterligare ett prövningsförfarande hos tillståndsmyndigheterna framstår som både ologiskt och onödigt komplicerat, särskilt med tanke på att ärendet efter myndigheternas prövning återigen skulle kunna komma att hamna på regeringens bord genom tillämpning av undantagsregeln i 7 kap. 29 § miljöbalken.

3.3.2.1 Natura 2000-prövningens eventuella företräde

Att regeringens tillåtlighetsbeslut blir bindande vid en efterföljande tillståndsprövning även när prövningen i fråga rör Natura 2000, anser jag således vara oemotsagd. Något jag däremot ifrågasätter är huruvida Natura 2000-prövningen verkligen skall vara ”*efterföljande*”. Med andra ord, skall regeringens tillåtlighetsprövning konsekvent i alla situationer föregå tillståndsmyndigheternas prövning? Huruvida Natura 2000-prövningen skall ske före eller efter tillåtlighetsprövningen anser jag vara en avgörande fråga att ställa i sammanhanget då svaret torde ha betydelse för hur bundenhetsfrågan skall tolkas. När förarbeten och doktrin har kommenterat bundenhetsfrågan utgår de nämligen från en ordning där tillåtlighetsprövningen konsekvent skall vidtas före tillståndsprövningen. De nämnda rättskällorna utgår därmed från

¹⁰⁴ Prop. 1997/98:45 s 443 Del 1.

den prövningsordning som framgår av bestämmelserna 18 kap. 2 §, 19 kap. 2 § samt 21 kap. 7 § miljöbalken, det vill säga, att så snart åtgärden/verksamheten bedöms falla in under prövningsplikten i 17 kap. miljöbalken, så skall myndigheten överlämna frågan till regeringens avgörande.

Vad gäller Natura 2000-prövningen finns det emellertid ett flertal faktorer som pekar på att prövningsordningen i dessa fall blir en annan. Den aspekt som i första hand talar till fördel för denna senare tolkning är konstruktionen av bestämmelsen i 4 kap. 8 § miljöbalken. Bestämmelsen vars innebörd är att en prövning enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken alltid skall genomföras innan övriga tillstånd enligt miljöbalken beviljas, har som syfte att förhindra att planer godkänns eller tillstånd meddelas enligt andra tillståndsregler innan verksamheten har fastställts vara förenlig med tillståndskravet i 7 kap 28 a §. Enligt min mening finns det inget som motsäger att regeln blir tillämplig även i förhållande till ärenden som skall tillåtlighetsprövas av regeringen enligt 17 kap. miljöbalken. Via lokaliseringsregeln i 2 kap. 6 § miljöbalken kan härledas att regeringen har att tillämpa 4 kap – och därmed även 4 kap. 8 § - i sin prövning. En strikt tillämpning av regeln i 4 kap. 8 § miljöbalken torde därmed innebära att regeringen blir skyldig att invänta tillstånd från myndigheterna innan ett tillåtlighetsbeslut slutligt kan meddelas. Det faktum att förarbetena tydligt uttrycker att bestämmelsens konstruktion avser vara en signal till exploitören att ”*skaffa sig det nödvändiga tillståndet innan en kostnadskrävande och omständlig planprocess sätts igång*”¹⁰⁵ anser jag utgöra en stark indikation på att Natura 2000-frågan bör avgöras hos tillståndsprövande myndighet innan den betydligt mer omfattande och komplicerade prövningen enligt 17 kap. miljöbalken kan inledas. En dylik ordning förespråkas även av Naturvårdsverket som i en skrivelse utan vidare räknar in regeringens 17 kap - prövning bland de tillståndsprövningar som enligt 4 kap. 8 § miljöbalken får lämna företräde för myndigheternas prövning enligt 7 kap. 28 a § - 29 §§ miljöbalken.

3.3.2.2 Betydelsen av Natura 2000-skyddets asymmetriska prövningsordning

Om man utgår ifrån en prövningsordning där Natura 2000-prövningen föregår regeringens tillåtlighetsprövning enligt 17 kap., kan bland annat två möjliga scenarion skissas upp. Antingen finner tillståndsmyndigheten att förutsättningarna för att bevilja tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken inte är uppfyllda varpå ansökan skall avslås. Alternativt konstaterar

¹⁰⁵ Prop. 2000/01:111 s 48.

myndigheten att verksamheten i och för sig kan skada den skyddade arten eller livsmiljön, men att förutsättningarna för att bevilja undantag är uppfyllda, varpå ärendet med eget yttrande skall hänskjutas till regeringen för avgörande enligt 7 kap. 29 b § miljöbalken. I endera fallet torde emellertid den asymmetriska prövningsordningen i 7 kap. miljöbalken innebära att frågan om tillståndsmyndigheternas eventuella bundenhet till regeringens tillåtlighetsbeslut blir irrelevant. I det förra scenariot kommer ärendet överhuvudtaget aldrig att hamna på regeringens bord och i det senare framgår svart på vitt av 7 kap. 29 b, 2 st. § miljöbalken att tillståndsfrågan skall avgöras av regeringen, inte tillståndsmyndigheten. Regeringens prövning av Natura 2000-frågan utgör således det sista ledet i en längre prövningsprocess och någon ”*efterföljande tillståndsprövning*” från tillståndsmyndigheternas sida torde därmed aldrig bli aktuell.

Tillämpas istället det underställningsförfarande som framgår av 19 kap. 2 § samt 21 kap. 7 § miljöbalken, kommer, enligt min tolkning, det asymmetriska prövningsförfarandet i 7 kap. 28 a - 29 §§ aldrig att bli aktuellt att tillämpa. Av förarbetena att döma skall ju frågan om verksamhetens tillåtlighet och lokalisering betraktas som avgjord i och med regeringens tillåtlighetsbeslut och ”*inte ingå i en efterföljande tillståndsprövning enligt miljöbalken*”.

Slutsatsen huruvida tillståndsmyndigheterna i en prövning avseende Natura 2000 blir bunden av regeringens tillåtlighetsbeslut för samma verksamhet, anser jag således bli helt avhängig av i vilken ordning de två prövningsförfarandena skall ske. Efter att ha studerat frågeställningen i ljuset av befintliga rättskällor på området, och särskilt beaktat systematiken bakom lagstiftningen på området, anser jag att det mesta talar för att myndigheternas prövning avseende förutsättningarna för rätt till intrång inom Natura 2000-områden, skall stå helt självständig och oberoende i förhållande till regeringens tillåtlighetsprövning, och i enlighet med 4 kap. 8 § avgöras *innan* ärendet underställs regeringen för tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken. Viktigt att erinra är emellertid att i det enda praxisfall där frågan kommit att ställas på sin spets – Botniaärendet – så var domstolen av motsatt uppfattning. I domskälen fastslogs att underställningsförfarandet enligt 19 kap. 2 § och 21 kap. 7 § miljöbalken alltså skulle gälla oavsett om ärendet skulle prövas inom ramen för Natura 2000-skyddet eller ej. Någon diskussion kring betydelsen av 4 kap. 8 § miljöbalken fördes aldrig. Domstolen uppfattning var att den i 7 kap. 28 a – 29 §§ miljöbalken särskilt föreskrivna prövningsordningen *inte* utgjorde skäl att frånga principen om tillståndsmyndighetens bundenhet till regeringens tillåtlighetsbedömning, och att Natura 2000-prövningen skulle ske

inom ramen för regeringens prövning snarare än att den skulle betraktas som en egen självständig prövning. I detta avseende går således min tolkning stick i stäv med domstolens argumentation. Förvisso utgör 19 kap. 2 § och 21 kap. 7 § miljöbalken tydliga belägg för att myndigheterna skall överlämna frågan till regeringen för avgörande, men jag anser trots detta att 4 kap. 8 § miljöbalken i egenskap av nyare lagstiftning (lex posterior) torde ha företräde. Hade lagstiftaren haft för avsikt att Natura 2000-prövningen skulle ske inom ramen för regeringens tillåtlighetsprövning, borde 17 kap. - prövningen lämpligen ha inkluderats bland de uppräknade undantagssituationerna i 7 kap. 29 b § 2st, för vilka gemensam prövning skall vidtas. Likaså framstår det troligt att 4 kap. 8 § miljöbalken skulle ha försetts med en koppling till 17 kap. miljöbalken för att tydliggöra rättsläget.

3.3.2.3 Regeringens tillåtlighetsprövning – en övergripande bedömning

När miljöbalkens regler kring särskilda skyddsområden och särskilda bevarandeområden skyddade inom ramen för EU:s ekologiska nätverk Natura 2000 antogs och trädde i kraft år 2001, gjordes det i syfte att förstärka och förtydliga det rättsliga skyddet för denna typ av områden. Ändringarna i 7 kap. miljöbalken innebar dels att förutsättningarna för tillstånd förtydligades, dels ett stärkt processuellt skydd för Natura 2000-områden. En ordning där myndigheternas prövning står självständig och oberoende i förhållande till regeringens tillåtlighetsbeslut, framstår enligt min mening i högre grad förenlig med syftet bakom lagändringarna. Det verkar inte rimligt att tillämpningen av den särskilda processuella ordning som angivits genom miljöbalken skulle utsläckas så snart ett ärende bedöms falla in under regeringens prövningsplikt enligt 17 kap. miljöbalken. Det ursprungliga syftet med regeringens tillåtlighetsprövning var att göra en tidig och övergripande bedömning av tillåtligheten, särskilt i fråga om verksamhetens lokalisering. Regeringen skulle genom sitt särskilda politiska ansvar göra de svåra avvägningarna mellan olika allmänna och enskilda intressen, utan att för den skull behöva hamna i detaljer i det nya projektet. Denna övergripande bedömning synes i mina ögon inte stå i överensstämmelse med de förhållandevis detaljerade överväganden som Natura 2000-prövningen enligt miljöbalken kräver.

3.3.2.4 Otydligt rättsläge

Min slutsats blir därmed att regeringens tillåtlighetsbeslut *inte* binder myndigheterna vid en efterföljande Natura 2000-prövning, helt enkelt på grund av att regeringen inte skall meddela tillåtlighet intill dess att frågan om tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken har avgjorts av tillståndsmyndigheterna. Rättsläget är emellertid långt ifrån klart och reglerna kan lätt uppfattas stå i konflikt med varandra. Enligt min bedömning är det i första hand avsaknaden av samordning och koppling mellan de två prövningsordningarna – 17 kap. -prövningen och Natura 2000 prövningen enligt 7 kap. miljöbalken - som gör att situationen blir svårtolkad. För att klargöra hur myndigheterna skall hantera dylika situationer skulle det i första hand krävas ett tydliggörande i lagstiftningen angående hur företrädesregeln i 4 kap. 8 § miljöbalken skall förhålla sig till lydelsen i 19 kap. 2 § samt 21 kap. 7 § miljöbalken. En annan lösning kunde vara att införa en allmängiltig regel om bundenhet som tydliggör tillåtlighetsbeslutets bindande effekt gentemot tillståndsmyndigheterna; dock med ett tydligt undantag för ärenden som omfattas av en prövning inom ramen för Natura 2000. Så länge reglerna är oklara ligger det emellertid nära till hands att tro att domstolens slutsats i Botniaärendet kommer att utgöra utgångspunkt i framtida rättstillämpning vid liknande ärenden.

Frågan är dock vad en tillämpning av prövningsordningen i den förståelse som domstolen givit den genom Botniaärendet – att tillståndsmyndigheten inte kan ”*sätta ifråga regeringsbeslutet att ingreppet i och för sig är tillåtligt och förenligt med bestämmelserna för när tillstånd kan ges*”¹⁰⁶ - får för konsekvenser för enskildas och organisationers möjlighet till domstolsprövning. Denna fråga skall analyseras mer ingående i kommande avsnitt.

4 Konsekvenser för rätten till domstolsprövning

Uppsatsen inleds med ett citat av Jan Darpö, docent i miljörett vid Uppsala universitet, och är hämtat ur en av flera artiklar som han kommit att skriva om och med anledning av de många turerna i Botniamålet. Det inledande citatet illustrerar vad Darpö och flera med honom anser vara en viktig anledning att ställa sig tveksam till miljööverdomstolens kategoriska inställning till tillåtlighetsbeslutets bindande effekt; nämligen de negativa konsekvenser som

¹⁰⁶ MÖD M 5040/05 s 130.

resonemanget kan komma att få för enskildas och miljöorganisationers rätt till domstolsprövning.

I följande avsnitt skall frågorna som avhandlats ovan angående rättsverkan av regeringens tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. miljöbalken, sättas i relation till synen på enskildas och organisationers rätt till domstolsprövning. Problematiken kommer vidare att betraktas i ljuset av Sveriges ratifikation av den så kallade Århuskonventionen, i vilken undertecknade länder har förpliktats att tillse att enskilda och organisationer som kan beröras av tillståndsbeslut på miljöområdet, ges möjlighet till effektiv domstolsprövning.

Inledningsvis följer en kort introduktion till Århuskonventionen och dess förståelse av begreppet ”rätt till domstolsprövning”. Vidare utreds mot bakgrund av den nationella regleringen vilka möjligheter som finns för enskilda och miljöorganisationer att överklaga ett tillåtlighetsbeslut av regeringen. Därefter sker en återanknytning till turerna kring Botniaärendet. Den här gången skiftas emellertid fokus från tillståndsmålet till de två rättsprövningsmål som kom att följa med anledning av allmänhetens och miljöorganisationernas invändningar mot regeringens tillåtlighetsbeslut. Med detta som bakgrund diskuteras närmare vad den, enligt många, kontroversiella slutsats som Regeringsrätten nådde i målet, kom att innebära för enskildas och miljöorganisationers rätt att komma till tals i huvudfrågan. Vidare diskuteras vad resonemanget kan komma att få för konsekvenser för rätten till domstolsprövning i framtida rättstillämpning och i vilken mån rättsläget, som det ser ut idag, är förenligt med Sveriges åtaganden enligt Århuskonventionen. Slutligen resoneras kring möjliga rättsliga lösningar för att förhindra att den svenska prövningsordningen riskerar att stå i strid med de internationella kraven på rätten till en effektiv domstolsprövning.

4.1 Rätten till domstolsprövning enligt Århuskonventionen

4.1.1 Århuskonventionens bakgrund och syfte

Konventionen om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslut och rätt till överprövning i miljöfrågor, även kallad Århuskonventionen, arbetades fram inom FN: s ekonomiska kommission för Europa (UNECE) och öppnades för undertecknande i Århus i Danmark den 25 juni 1998. Sverige var en av de parter som undertecknade konventionen och

i maj 2005 fattade regeringen beslut om ratificering. Århuskonventionen har undertecknats av samtliga EU:s medlemsstater samt av den Europeiska Gemenskapen.¹⁰⁷

Utmärkande för Århuskonventionen är att den kopplar samman frågor rörande miljön med mänskliga rättigheter på ett sätt som tidigare inte gjorts i miljökonventioner. Konventionen tar utgångspunkt i principen att ett större samhällsligt deltagande från allmänhetens sida leder till en bättre miljö, varför en demokratisk process behöver utvecklas för att få ett samspel mellan medborgarna och staten.¹⁰⁸

Enligt Århuskonventionens lydelse har såväl nuvarande som framtida generationer rätt att leva i en miljö som är förenlig med dennes hälsa och välbefinnande. För att skydda denna rätt skall varje konventionspart i enlighet med konventionens bestämmelser tillförsäkra medborgarna vissa politiska och medborgerliga rättigheter. Dessa rättigheter, som även brukar refereras till som konventionens tre pelare består i:

- *allmänhetens rätt till miljöinformation*
- *allmänhetens rätt att delta i beslutsprocesser som har inverkan på miljön samt*
- *allmänhetens rätt att överklaga miljöbeslut eller på annat sätt få en juridisk prövning för det fall att deras rättigheter har kränkts.*¹⁰⁹

Mot bakgrund av uppsatsens frågeställning kommer resonemanget i det följande i första hand att koncentreras kring Århuskonventionens tredje pelare – rätten att överklaga miljöbeslut.

4.1.2 Tillgång till rättslig prövning

Århuskonventionens tredje så kallade pelare – allmänhetens rätt att få vissa frågor prövade av en självständig instans – omfattar dels prövning av beslut rörande rätten till information och deltagande i miljöbeslut, dels prövning av handlingar och underlåtenhet att handla på miljöområdet.

¹⁰⁷ Regeringskansliet, Århuskonventionen, s 1.

¹⁰⁸ Prop. 2004/05:65 s 18.

¹⁰⁹ Prop. 2004/05:65 s 20.

4.1.2.1 Artikel 9.2

Rätten till överprövning av myndigheters handlande i samband med tillståndsbeslut har i Århuskonventionen reglerats genom en kombination av två artiklar. Århuskonventionens Artikel 6 vilken inrymmer bestämmelserna om allmänhetens rätt att delta i beslutsprocessen vid tillståndsprövning, har kopplats samman med artikel 9.2 som stadgar rätt till överprövning av de beslut, handlingar och underlåtenheter som artikel 6 omfattar. För den händelse att myndigheten exempelvis tillkallar berörda parter för samråd i ett alltför sent skede av processen, underlåter att kungöra obligatorisk information inför ett tillståndsbeslut eller i övrigt inte handlar i enlighet med artikel 6, så skall allmänheten därmed ges möjlighet att överpröva myndighetens handlande inför domstol eller annat genom lag fastställt oberoende och opartiskt organ.¹¹⁰

Prövningsberättigade är enligt artikel 9.2 den berörda allmänhet som har tillräckligt intresse eller som i annat fall gör gällande att en rättighet har kränkts. Bedömningen av vad som utgör tillräckligt intresse och kränkning av en rättighet avgörs inom ramen för nationell rätt och i överensstämmelse med syftet att tillhandahålla allmänheten rätt till överprövning enligt konventionen.¹¹¹

4.1.2.2 Artikel 9.3

I artikel 9.3 stadgas en generell rätt till överprövning av handlingar eller underlåtenheter som står i strid med nationell miljö rätt. Enligt artikeln, som till skillnad från artikel 9.2 inte är kopplad till andra rättigheter i konventionen, skall allmänheten, under förutsättning att den uppfyller eventuella kriterier i den nationella lagstiftningen, ges möjlighet att bestrida privatpersoners och offentliga myndigheters handlingar och underlåtenheter om dessa strider mot nationella miljöbestämmelser. Vilka typer av handlingar och underlåtenheter som avses har inte preciserats närmare i konventionstexten. Kravet är dock att det finns en miljörettslig bestämmelse som slår fast en plikt att handla på ett visst sätt, samt att handlingar eller underlåtenheter som avviker från dessa krav skall kunna prövas.¹¹²

¹¹⁰ Prop. 2004/05:65 s 78.

¹¹¹ Artikel 9.2 Århuskonventionen

¹¹² Prop. 2004/05:65 s 93.

Vilka som skall ges talerätt avgörs inom ramen för den nationella lagstiftningen vilket medger viss flexibilitet mot bakgrund av ländernas olika rättssystem. Det är således upp till varje part att fastställa kriterier för vilka som skall anses ha rätt att påkalla prövning. Tolkningen skall dock alltid ske med beaktande av och i överensstämmelse med konventionens principer och system.¹¹³

4.2 Att överklaga tillåtlighetsbeslut

I och med att tillåtlighetsärenden enligt 17 kap. miljöbalken avgörs med regeringen som prövningsinstans och inte som vid ordinarie tillståndsärenden, av myndigheter eller domstol, följer också ett annat överprövningsförfarande. För det fall en enskild sakägare eller miljöorganisation motsätter sig regeringens tillåtlighetsbeslut rörande en åtgärd eller verksamhet, kan överklagande ske genom begäran om rättsprövning hos regeringsrätten som därmed har att pröva om beslutet strider mot en rättsregel.¹¹⁴

4.2.1 Rättsprövningslagen – med syfte att uppfylla internationella åtaganden

De möjligheter som enskilda och miljöorganisationer har att överklaga ett regeringsbeslut regleras sedan tre år tillbaka i lagen (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.¹¹⁵ Den nya lagen tillkom som svar på att Sverige under de senaste tjugo åren vid ett flertal tillfällen hade fällts av Europadomstolen. De fällande domarna hade sin grund i att Sverige inte hade ansetts leva upp till Europakonventionens krav på domstolsprövning av bland annat ”civila rättigheter och skyldigheter”. Under våren 2005 hade Sverige även ratificerat Århuskonventionen, en FN-konvention rörande bland annat möjligheten till överprövning i miljöfrågor. Enligt Århuskonventionen skall miljöorganisationer ges rätt till domstolsprövning av vissa tillståndsbeslut som fattats av regeringen. Århuskonventionens krav om domstolsprövning kom även de att ligga till grund för utformningen av den nya rättsprövningslagen och den 1 juli 2006 trädde således den nya lagen i kraft i syfte att tillse att Sveriges internationella åtaganden angående rätten till domstolsprövning bättre skulle uppfyllas.¹¹⁶

¹¹³ Stec, Casey-Lefkowitz m.fl., The Aarhus convention. An implementation Guide, s 30.

¹¹⁴ Prop. 1997/98:45 s 443 Del 1.

¹¹⁵ Fortsättningsvis refererat till som ”rättsprövningslagen”.

¹¹⁶ Rättsprövning av regeringsbeslut, Faktablad från Justitiedepartementet 2006-06-14.

4.2.1.1 Förutsättningarna för rättsprövning

Enligt rättsprövningslagens 1 § får enskild ansöka om rättsprövning av sådana beslut av regeringen som innefattar en prövning av den enskildes civila rättigheter eller skyldigheter i den mening som avses i Europakonventionens artikel 6.1. Stadgandet anknyter omedelbart till Europakonventionen vilket i jämförelse med rättsprövningslagens föregångare - lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut - har inneburit ett förenklat förfarande. Enligt den äldre lagstiftningen krävdes för beviljande av rättsprövning nämligen att ett antal kriterier var uppfyllda (bland annat att ärendet skulle röra s.k. betungande offentlig rätt eller civilrätt, samt innefatta myndighetsutövning mot enskild) samtidigt som det heller inte fick falla in under något av lagens stadgade undantag, såsom exempelvis beslut rörande skatter och avgifter eller beslut om svenskt medborgarskap. Vid sidan av dessa kriterier skulle även Europakonventionen beaktas vilket i vissa fall resulterade i att rättsprövning medgavs i strid med lagen men med stöd av konventionen, eller tvärtom, att rättsprövning medgavs med stöd av lagen men gällande beslut som inte kunde anses röra civila rättigheter eller skyldigheter. Numera sker således en omedelbar koppling till Europakonventionens artikel 6.1 angående rätten till en rättvis rättegång vid prövning av civila rättigheter och skyldigheter. Detta innebär således att vid fastställande av lagens tillämpningsområde måste Europakonventionen och den praxis som kommit att utvecklas genom Europadomstolen tas i beaktande.¹¹⁷

Talerätt skall i Europakonventionens mening tillkomma ”var och en”, oavsett om den enskilde har intagit formell partsställning eller inte. För att bättre anpassa den svenska lagstiftningen efter konventionens lydelse togs kravet på partsställning bort i och med den nya lagstiftningens ikraftträdande. Numer tillkommer talerätt ”enskild” och inte som i tidigare lagstiftning, den som hade varit ”enskild part”. Avgörande är istället att beslutet som överklagas rör en prövning av den enskildes civila rättigheter och skyldigheter.¹¹⁸

I och med den nya rättsprövningslagen har numer även miljöorganisationer en uttrycklig rätt att ansöka om rättsprövning. Stadgandet som finns att hitta i 2 § rättsprövningslagen infördes mot bakgrund av Sveriges ratificering av Århuskonventionen, till vilken bestämmelsen även

¹¹⁷ Karnov Lagkommentar till 1 § rättsprövningslagen (2009-10-13).

¹¹⁸ Prop. 2005/06:56 s 12.

gör en direkt hänvisning. Enligt paragrafens lydelse får en miljöorganisation ansöka om rättsprövning av sådana tillståndsbeslut av regeringen som omfattas av artikel 9.2 i Århuskonventionen, det vill säga beslut som rör tillstånd att bedriva verksamhet som kan ha betydande påverkan på miljön. De organisationer som har talerätt är de som finns angivna i 16 kap. 13 § miljöbalken, det vill säga ideella föreningar som enligt sina stadgar har till ändamål att tillvarata naturskydds- eller miljöskyddsintressen och som bedrivit verksamhet i Sverige i minst tre år och därtill har lägst 2000 medlemmar.

Rättsprövningen kan endast utmyнна i att regeringsbeslutet antingen upphävs eller fastställs¹¹⁹ vilket innebär att domstolen inte har möjlighet att ersätta det gamla beslutet med ett nytt. Prövningen skall framförallt inriktas på frågan om beslutets rättsenlighet, det vill säga huruvida beslutet strider mot någon rättsregel. Även frågor som faktabedömning, bevisvärdering och förenlighet med Regeringsformens krav på saklighet och opartiskhet skall beaktas. Politiska lämplighetsfrågor förutsätts emellertid inte bli föremål för prövning, även om det i många fall kan vara svårt att upprätthålla en tydlig skiljelinje mellan ett besluts *laglighet* och *lämplighet*. I vissa fall kan ett ärende delas upp in en prövningsbar och en icke prövningsbar del, framförallt om regeringens bedömning förväntas inrymma ett visst mått av skönsrämsighet. Vid rättsprövningen undersöks då huruvida beslutet faller inom ramen för regeringens egen handlingsfrihet, vilket innebär att rättsprövningen i dessa fall inte behöver utgöra en fullständig överprövning av det meddelade förvaltningsbeslutet.¹²⁰

4.3 Rättsprövningsmålen i Botniaärendet

Miljöprocesserna kring bygget av Botniabanan kan sägas ha gått i två parallella huvudspår. Det ena spåret (som redogjorts för i kap. 3.2.3) har koncentrerats kring tillståndsprövningen enligt Natura 2000-reglerna i miljöbalken, där en lång process med många turer mynnade ut i miljööverdomstolens slutliga dom där inställningen var att någon självständig prövning av Natura 2000-frågan inte kunde vidtas på grund av bundenhet till regeringens föregående tillåtighetsbeslut.

Det andra spåret har gällt rättsprövningsprocessen av två regeringsbeslut. Inledningsvis har det handlat om de närboendes och SOF:s begäran om rättsprövning av regeringens beslut att

¹¹⁹ 7 § rättsprövningslagen.

¹²⁰ Karnov Lagkommentar till 7 § rättsprövningslagen (2009-10-13).

bevilja tillåtlighet till järnvägsverksamheten som sådan, och sedermera samma parter och därtill SNF:s yrkande om överprövning av regeringens beslut att godkänna Banverkets järnvägsplan. I samtliga mål valde Regeringsrätten att avvisa de klagande parternas talan. De meddelade domarna var emellertid långt ifrån enhälliga och uttryckte förhållandevis olika synsätt på prövningens omfång.

4.3.1 Det första rättsprövningsmålet - tillåtlighetsbeslutet

Det första rättsprövningsmålet – överklagandet av regeringens tillåtlighetsbeslut – har berörts ovan i kap 3.2.3.1 och kommer här endast i korthet repeteras. Påpekas bör att vid tiden för tillåtlighetsbeslutets överklagande var rättsprövningslagens föregångare, lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut, ännu gällande. Att miljöorganisationen SOF:s talan avvisades av domstolen var sålunda föga förvånande då regeringens beslut i förhållande till föreningen inte kunde anses utgöra *myndighetsutövning mot enskild*.¹²¹

Regeringsrättens majoritet ville emellertid inte heller ta upp de enskilda sakägarnas talan till prövning. Anledningen till detta anförde man, var att det i det då aktuella skedet av planlägningsarbetet ännu var oklart vem som skulle komma att beröras av järnvägsbygget och därmed komma att omfattas av sakägarbegreppet. Den exakta sträckningen av järnvägen, påpekade man, skulle komma att fastställas först i och med Banverkets järnvägsplan. Inte förrän i samband med det skulle det säkert gå att uttala sig om vilka som var att anses som saklegitimerade i ärendet, samt vilka hänsyn som i så fall skulle tas till deras intressen. De sökande, hävdade man, skulle på så vis i detta senare skede ha möjlighet att få till stånd en domstolsprövning av beslutet.¹²²

En ledamot var emellertid skiljaktig och påpekade att tillåtlighetsbeslutet förvisso inte innebar ett avgörande av järnvägsplaneärendet i sin helhet, men att regeringens beslut ändock skulle bli bindande för den kommande järnvägsplaneringen, varpå det var av särskild vikt att den enskilde gavs möjlighet att påverka i ett tidigt skede.¹²³ Majoritetens åsikt om oklarheterna kring de sökandes saklegitimitet stod dock fast och i december 2004 avvisades samtliga ansökningar av Regeringsrätten.

¹²¹ Darpö Jan, *Många turer kring Botniabanan*, s 2.

¹²² RÅ 2004 ref 108 s. 2.

¹²³ RÅ 2004 ref. 108 s. 3.

4.3.2 Det andra rättsprövningsmålet – järnvägsplanen

I juni 2005 färdigställde Banverket järnvägsplanen för den i Botniamålet aktuella sträckningen Stöcke – Centrala Umeå. Banverkets beslut följdes av överklaganden från Degernäs samfällighetsförening och enskilda sakägare i enlighet med 5 kap. 1 § lagen (1995:1649) om byggande av järnväg till regeringen. Regeringen valde emellertid att fullt ut gå på Banverkets linje och ansåg det inte finnas skäl att göra en annan bedömning i frågan, varpå överklagandena avslogs och järnvägsplanen slutligen fastställdes i juni 2007. Regeringsbeslutet att fastställa järnvägsplanen var således den fråga som den andra rättsprövningsprocessen, den här gången inledd på ansökan från SOF, SNF samt 25 närboende, kom att riktas mot.

4.3.2.1 Sökandens talan

I målet yrkade de sammanlagt 27 sökandena på att regeringens beslut skulle upphävas - alternativt för det fall Regeringsrätten skulle ställa sig osäker kring tolkningen av habitatdirektivet - att förhandsavgörande skulle inhämtas från EG-domstolen. Regeringsbeslutet, anförde man, var inte att betrakta som rättsenligt då det stred mot såväl art- och habitatdirektivet som mot Natura 2000-reglerna i miljöbalken. Man underströk att till skillnad från vad regeringen hade anført så fanns realistiska och effektiva alternativ till den föreslagna järnvägssträckningen att tillgå. En av de stadgade förutsättningarna för att bevilja undantag från Natura 2000-skyddet - avsaknad av alternativa lösningar - kunde därmed inte anses vara uppfyllt. Vidare påpekade man det faktum att den grundläggande frågan om den valda sträckningens förenlighet med 7 kap. 29 § miljöbalken och habitatdirektivet, trots behandling i flera beslutsprocesser ännu inte hade varit föremål för prövning i domstol. Med hänvisning till Regeringsrättens beslut att i den första rättsprövningsprocessen avvisa samtliga sökanden på grund av att dessa inte kunde anses vara sakägare i förhållande till tillåtighetsbeslutet, betonade man vikten av att Regeringsrätten i den nu aktuella prövningen måste ta hänsyn till hela lokaliseringsfrågan för att försäkra sökandena tillgång till den rättsliga prövning som såväl Europakonventionen som Århuskonventionen föreskrivit.¹²⁴

¹²⁴ RÅ 2008 ref. 89 s. 2.

4.3.2.2 Regeringsrättens avgörande

Regeringsrättens resonemang kom huvudsakligen att kretsa kring frågan om vilket omfång rättsprövningen i det aktuella fallet skulle ges. Argumentationen rörde sig främst kring frågan om sakägarnas invändningar rörande järnvägssträckningens dragning genom ett Natura 2000-område, skulle kunna innefattas i överprövningen av järnvägsplanen, eller om frågan skulle anses slutligt avgjord genom regeringens tillåtlighetsbeslut sedan Regeringsrätten i december 2004 hade avvisat ansökningarna om rättsprövning av det beslutet. Majoriteten valde att gå på den senare linjen och inställningen i frågan blev således att rättsprövningen inte kunde anses omfatta lokaliseringsfrågan. Genom regeringens beslut, menade man, blir frågan om tillåtligheten av en anläggning inom ett *visst område* avgjord utan närmare precisering av sträckningen, medan järnvägsplanen å sin sida endast avser järnvägens sträckning *inom* det område som regeringsbeslutet har anvisat. Man påpekade att när regeringen fastställde järnvägsplanen så gjordes det med utgångspunkt i det lokaliseringsalternativ som det tidigare tillåtlighetsbeslutet redan pekat ut. Den bedömning de hade att göra var därmed endast huruvida järnvägsplanen kunde anses rymmas inom tillåtlighetsbeslutets ramar. Att Regeringsrätten i det tidigare målet hade gjort bedömningen att ingen enskild sökande kunde anses som sakägare i förhållande till tillåtlighetsbeslutet, ansåg man inte utgöra grund för att rättsprövningen om beslutet av järnvägsplanen nu skulle omfatta även lokaliseringsfrågan. I och med att den EG-rättsliga frågan om förutsättningarna för undantag enligt art- och habitatdirektivet därmed skulle sakna betydelse i ärendet såg man inte heller någon anledning att tillmötesgå sökandens begäran om förhandsavgörande från EG-domstolen. Majoritetens slutsats blev således att regeringens beslut att fastställa järnvägsplanen inte kunde anses stå i strid med någon rättsregel varpå klagomålet avslogs.

En ledamot var skiljaktig och ansåg att frågan borde ha hänskjutits till avgörande i plenum. Detta motiverade denne med att majoritetens ställningstagande om prövningens omfattning inte hade stått i överensstämmelse med vad Regeringsrätten hade förutsatt när man valde att avvisa samtliga sökanden i det första rättsprövningsmålet - att en allomfattande prövning skulle ske i den senare rättsprövningen av järnvägsplanen. Den skiljaktiga ledamoten anförde vidare att majoritetens argumentation om en dylik begränsning i prövningens omfattning inte var att betrakta som korrekt. Denne poängterade att en grundprincip i förvaltningsrätten är att den som har rätt att överklaga ett beslut är berättigad att basera sin talan på samtliga omständigheter som är av betydelse för den fråga som överklagandet rör. Sakägarna borde i

det aktuella ärendet enligt ledamoten, följaktligen ha haft rätt att få frågan om lokaliseringen prövad i domstol.¹²⁵

4.4 Diskussion och slutsatser

I det följande presenteras diskussion och slutsatser kring fråga 3 och 4 i uppsatsens frågeställning.

4.4.1 Konsekvenser för enskildas och miljöorganisationers rätt till överprövning

Jan Darpö har i flertalet artiklar ifrågasatt såväl miljööverdomstolens som Regeringsrättens sätt att resonera i Botniaärendet. Han påpekar att de närboende, mot bakgrund av majoritetens inställning, försatts i en situation som tydligt kan liknas vid Moment 22. När huvudfrågan prövas – det vill säga huruvida den EG-rättsligt skyddade våtmarken alls ska få exploateras – anses de närboende inte vara behöriga att ansöka om rättsprövning. När de så småningom släpps in är prövningen begränsad och bedöms inte längre omfatta den viktigaste frågan - den om järnvägens lokalisering. Lägg därtill till turerna i tillståndsärendet, där domstolen ansåg sig förhindrad att göra en självständig prövning av Natura 2000-frågan på grund av regeringens föregående beslut att tillåta verksamheten, och en situation uppstår där varje möjlighet till domstolsprövning av Natura 2000-frågan är helt och hållet utsläckt.¹²⁶

Darpö menar att den ovillkorliga inställning till bundenhet som miljööverdomstolen har gett uttryck för i tillståndsärendet, innebär att regeringen vid tillåtlighetsprövningen kan välja att inkludera alla slags frågor inom ramen för sin prövning och därmed uppnå bundenhet i den efterföljande tillståndsprövningen. Skulle regeringens beslut strida mot lagstiftning eller EG-rätt innebär detta begränsade möjligheter för enskilda och miljöorganisationer att överklaga beslutet.¹²⁷ Darpö konstaterar även mot bakgrund av domarna i Botniamålet utan vidare att det svenska rättsläget i nuläget *inte* kan sägas stå i överensstämmelse med Århuskonventionens krav på tillgång till rättslig prövning enligt artikel 9.2 och 9.3.¹²⁸ Rätten

¹²⁵ RÅ 2008 ref. 89 s. 5 ff.

¹²⁶ Darpö, Botnia-banan; slutpunkten som blev frågetecknen, s 5.

¹²⁷ Darpö, Regeringen bestämmer över Botniabanan, s 5.

¹²⁸ Darpö, Botnia-banan; slutpunkten som blev frågetecknen, s 6.

till domstolsprövning menar han, kan inte göras beroende av huruvida domstolen *säkert* kan fastställa att den som ansöker om rättsprövning är sakägare.¹²⁹

Min uppfattning är att Darpö gör en träffande analys av situationen. Drar man konsekvenserna av Regeringsrättens synsätt i båda rättsprövningsmålen och tillståndsmålet från miljööverdomstolen, torde enskildas och miljöorganisationers enda riktiga möjlighet att angripa Natura 22-frågan rättsligt, vara beroende av huruvida de kan anses berättigade att ansöka om rättsprövning av regeringens tillåtlighetsbeslut. I Botniaärendet ansågs detta inte vara möjligt med hänvisning till att sakägarna inte gick att identifiera i ett sådant tidigt skede av prövningen. I domskälen uttalades: *”Bestämningen av vem som skall anses som sakägare låter sig emellertid inte göras i det nu aktuella skedet av planläggningsarbetet eftersom den exakta sträckningen av järnvägen kommer att fastställas först i järnvägsplanen”*.¹³⁰

Vad regeringsrättens resonemang kan komma att innebära för framtida rättsprövningar är dock ännu svårt att säga. Mot bakgrund av regeringsprövningens särskilda karaktär torde enligt min tolkning, samma typ av situation enkelt kunna uppstå i alla ärenden där ett tillåtlighetsbeslut skall rättsprövas. Regeringens tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken skall ju som tidigare konstaterats utgöra en första och övergripande prövning av verksamhetens tillåtlighet utan att någon närmare hänsyn tas till detaljfrågor - innebärande att den tilltänkta verksamheten vid tidpunkten för regeringens tillåtlighetsbeslut i många fall ännu befinner sig på planeringsstadiet. Att gruppen av sakägare blir svår att identifiera i detta tidiga läge, vare sig det rör sig om en tillåtlighetsprövning av en kärnteknisk anläggning, järnvägssträckning eller motorväg, borde följaktligen inte vara en ovanlighet. Med regeringsrättens förståelse av reglerna borde detta sannolikt innebära att rätten till domstolsprövning riskerar att beskäras i betydande grad i den här typen av ärenden.

Viktigt att hålla i åtanke är dock att det första rättsprövningsmålet i Botniaärendet skedde enligt den då ännu gällande rättsprövningslagen av vissa förvaltningsbeslut. Regeringsrätten hade således att tillämpa ett snävare sakägarbegrepp än det som blivit aktuellt i och med 2006 års rättsprövningslagstiftning. Hur rättsläget kommer att tolkas i framtida rättsprövningar då kravet på partsställning har utgått och sakägarbegreppet har vidgats till att omfatta var och en som fått sina civila rättigheter och skyldigheter åsidosatta, är ännu oklart. Innan

¹²⁹ Darpö, Regeringen bestämmer över Botniabanan, s 5.

¹³⁰ RÅ 2004 ref 108 s 2.

regeringsrätten har hunnit etablera en ny praxis på området är det osäkert hur den nya bestämmelsen kommer att tillämpas i den här typen av ärenden. Darpö menar emellertid att det mot bakgrund av de två rättsprövningarna om Botniabanan får betraktas osäkert huruvida nästa sats i regeringsrätten kommer att göra en annorlunda bedömning och konstaterar därtill att domstolen i vart fall inte synes vara främmande för en situation ”*då saker och ting faller mellan stolarna*”.¹³¹

4.4.2 Konsekvenser för Sveriges åtaganden enligt Århuskonventionen

En viktig fråga att ställa i sammanhanget är huruvida en ordning där enskilda och miljöorganisationer får nöja sig med domstolsprövning, först i ett läge där prövningens omfattning är begränsad till de frågor som regeringen inte tagit ställning till, kan sägas gå i linje med Sveriges åtaganden enligt Århuskonventionen.

Enligt min mening förefaller såväl domstolens som Regeringsrättens resonemang i Botniefallet stå i dålig överensstämmelse med Århuskonventionens krav. Uppfattningen att regeringens tillåtlighetsbeslut skall anses bindande gentemot tillståndsmyndigheterna vid en efterföljande tillståndsprövning, sätter redan det stopp för enskilda intressenters möjlighet till överprövning av själva huvudfrågan – det vill säga om verksamheten alls skall tillåtas på den nämnda platsen. För enskilda som berörs i dessa situationer är det därmed helt avgörande att de kan utmana regeringens tillåtlighetsbeslut rättsligt. Om en överprövning av regeringens tillåtlighetsbeslut då riskerar att falla utanför ramen för det rättsprövningsförfarande som rättsprövningslagen erbjuder, förefaller det osäkert om den ordning som domstolen och regeringsrätten förespråkar, går i linje med Århuskonventionens målsättning att garantera allmänheten rättslig prövning i miljöfrågor.

Enligt konventionens artikel 9.2 har den berörda allmänhet som har ett tillräckligt intresse eller som hävdar att en rättighet kränks, rätt att få den materiella och formella giltigheten av ett beslut som omfattas av artikel 6 (om allmänhetens deltagande i beslut) prövad av domstol. Likaså skall de enligt artikel 9.3 garanteras rätt att få handlingar som strider mot den nationella miljölagstiftningen prövad av domstol eller i administrativ ordning. Den ordning som domstolen och regeringsrätten i nuläget förespråkar synes emellertid inte leva upp till kraven i någon av artiklarna. Visserligen slår konventionen fast att bedömningen av vad som

¹³¹ Darpö, Botnia-banan; slutpunkten som blev frågetecknet s. 5.

utgör tillräckligt intresse och kränkning av en rättighet skall avgöras inom ramen för nationell rätt. Samtidigt uttalas att bedömningen skall stå i överensstämmelse med målet att ge den berörda allmänheten en omfattande tillgång till rättslig prövning; ett faktum som inte kan sägas gå i linje med det snäva sakägarbegrepp som domstolen och regeringsrätten skapat genom Botniaärendet. Värt att notera är även att Århuskonventionens definition av begreppet ”berörd allmänhet” inte bara omfattar den allmänhet *som berörs* utan även den som *kan beröras* eller *har intresse av ett beslut på miljöområdet*, vilket synes vara en betydligt bredare definition av sakägarbegreppet än den Regeringsrätten förespråkade i Botniamålet.¹³²

Det tycks även tveksamt huruvida följderna av den nämnda prövningsordningen kan sägas stå i överensstämmelse med Århuskonventionens artikel 6 angående allmänhetens rätt att delta i miljöbeslut. I artikel 6.4 uttalas att ”*varje part skall sörja för att allmänhetens deltagande sker på ett tidigt stadium, när alla alternativ är möjliga och allmänheten kan delta på ett meningsfullt sätt*”. I Botniaärendet tilläts enskilda och organisationer inte komma till tals förrän i slutskedet av processen när utrymmet att ifrågasätta beslutet om järnvägens lokalisering var begränsat. Skall enskildas enda möjlighet att komma till tals vara genom överprövning i ett läge där huvudfrågan redan har avgjorts kan detta knappast betraktas ett läge där ”alla alternativ är möjliga”.

Som ovan påpekats är det emellertid i nuläget oklart vilken betydelse den rättspraxis som utvecklats genom Botniaärendet kommer att ha i framtida ärenden som inrymmer liknande omständigheter. Genom den nya rättsprövningslagen har den svenska lagstiftningen bättre anpassats att bemöta internationella krav på domstolsprövning från såväl Europakonventionen som Århuskonventionen. I och med det vidgade sakägarbegreppet torde risken för att enskilda likt de i Botniaärendet, utestängs från möjligheten till rättsprövning åtminstone i viss mån minska. Faktum kvarstår dock att regeringens tillåtlighetsprövning sker i ett tidigt stadium av processen där det inte alltid går att fastställa huruvida beslutet kommer att få rättsverkningar för den enskilde, inte heller i förhållande till dennes civila rättigheter och skyldigheter. Tydligt är att den bindande effekten av regeringens beslut gentemot efterföljande domstolsprövningar ställer högre krav på en fungerande rättsprövningsprocess där enskildas och organisationers möjlighet att utmana regeringsbeslutet rättsligt kan tillgodoses på ett

¹³² Artikel 2.5 Århuskonventionen.

tillfredsställande sätt. Om inte torde vi även fortsättningsvis riskera att hamna i ett rättsläge som strider mot Sveriges åtaganden enligt Århuskonventionen.

5 Hur kan rättsläget tydliggöras?

För att undvika en situation där enskilda sakägare hamnar i en moment 22-situation likt den i Botniaärendet, torde det enligt min uppfattning krävas att problemet angrips från två håll. Dels genom att underlätta enskildas deltagande i rättsprövningsprocessen, dels genom att tillse att den bindande effekten av regeringens tillåtlighetsbeslut gentemot tillståndsmyndigheterna inte blir absolut, utan genom lagstiftning förses med undantag för vissa specifika situationer.

5.1 Underlätta deltagande i rättsprövningsprocessen

Darpö föreslår tre varianter av lösningar som går i linje med ovan sagda. Vad gäller enskildas deltagande i rättsprövningsprocessen efterlyser han en tydlig lagstiftning som klargör enskildas rätt till rättsprövning av tillåtlighetsbeslut som kan beröra deras intressen. Mot bakgrund av Regeringsrättens svårigheter att fastställa omfattningen av sakägarbegreppet i beslutet om Botniabanan menar Darpö att det krävs en uttrycklig definition av vilka som skall ha rätt att begära rättsprövning i dessa situationer.¹³³ Han föreslår ett vidgat sakägarbegrepp i enlighet med definitionen i artikel 2.5 Århuskonventionen (den som *kan* beröras) och öppnar även upp för en konstruktion där den som invänder mot att någon har rätt att ansöka om rättsprövning måste visa att denne *inte* berörs av beslutet.¹³⁴

5.2 EU-ventiler och ventiler för ”väsentlig olägenhet”

Vad gäller strategier för att hantera den bindande effekten av regeringsbeslutet pekar Darpö på möjligheten att förse bundenheten med en så kallad ”EU-ventil”. Innebörden av en sådan skulle vara att tillståndsmyndigheten tillerkänns en rätt att inhämta förhandsbesked från EG-domstolen för den händelse att regeringens tillåtlighetsbeslut synes vara oförenlig med EG-rätten.¹³⁵ Darpös förslag på lösning i detta avseende är enligt mitt tycke ett bra exempel på en lagstiftande åtgärd som hindrar att den bindande effekten av regeringens beslut blir helt och

¹³³ Darpö, Regeringen bestämmer över Botniabanan, s 6.

¹³⁴ Darpö, Botnia-banan; slutpunkten som blev frågetecknen, s 6.

¹³⁵ Darpö, Regeringen bestämmer över Botniabanan, s 6.

hållet absolut. Skulle regeringens tillåtlighetsbeslut framstå som EG-rättsligt tveksamt har domstolen åtminstone en möjlighet att inhämta förhandsbesked från EG-domstolen. Utöver ökad rättssäkerhet skulle en dylik lösning även innebära att prövningsordningen i högre grad går i linje med EG-rätten och dess principer om att EG-domstolen och ingen annan har sista ordet vid tolkning av gemenskapens regler. Nackdelen med konstruktionen kan å andra sidas sägas vara att ”ventilen” blir tillämplig endast i de fall regeringsbeslutet förefaller gå i strid med EG-rättslig lagstiftning. Har regeringen fattat ett beslut som synes gå i strid med nationella bestämmelser, blir möjligheterna för enskilda att överklaga beslutet fortsatt begränsade. Ett sätt att täcka in dessa situationer skulle kunna vara genom att lagstifta om en allmängiltig regel om tillåtlighetsbeslutets bindande effekt, dock med förbehåll för vissa särskilda situationer. Darpö föreslår i detta avseende att den bindande effekten av regeringens tillåtlighetsbeslut förses med undantag för situationer där väsentlig olägenhet enligt 2 kap 9 § miljöbalken kan uppstå.¹³⁶ Darpös förslag på konstruktion synes på så vis motsvara uppbyggnaden av bestämmelsen i 11 kap. 23 § miljöbalken rörande tillåtlighetsprövning av vattenverksamheter. Den främsta nackdel jag ser med en dylik lösning är att den troligen inte befrämjar en smidig prövning. Begreppet ”väsentlig olägenhet” lär öppna upp skönsrättsliga bedömningar och prövningsprocessen torde därmed riskera att bli än mer långsam än den är idag. Kanske får emellertid denna sidoeffekt accepteras till fördel för syftet att främja enskildas och organisationers processuella rättigheter.

5.3 Ventil för Natura 2000?

Av de lagtekniska lösningar som Darpö presenterar torde samtliga ha goda förutsättningar att bidra till att bättre anpassa den svenska prövningsordningen efter Århuskonventionens krav. Enligt min mening borde en eventuell kombination av dessa konstruktioner fungera som en fullgod lösning. Ett tydligare preciserat sakägarbegrepp kombinerat med Darpös idé om en allmängiltig regel om bundenhet försedd med ”ventiler” för EG-rättsligt tveksamma beslut och väsentliga olägenheter, synes vara en god strategi för att säkerställa (eller åtminstone öka) rättssäkerheten för enskilda som vill hävda sina rättigheter i ett tillåtlighetsärende.

Mot bakgrund av den slutsats jag formulerat i kap. 3.3.2 skulle jag emellertid i detta avseende vilja förespråka ytterligare en ”ventil” – en ventil för beslut som innefattar en prövning enligt Natura 2000-reglerna i 7 kap. miljöbalken. En dylik ventil menar jag, bör innefatta ett

¹³⁶Darpö, Regeringen bestämmer över Botniabanan, s 6.

förtydligande av att myndigheternas/domstolens prövning av Natura 2000-ärendet skall stå självständig i förhållande till regeringens tillåtlighetsbeslut och därmed inte omfattas av regeringsbeslutets bindande effekt. Viktigt att åter igen påpeka är dock att rättsläget kring förhållandet mellan regeringens tillåtlighetsprövning och myndigheternas prövning av Natura 2000-ärenden ännu är förhållandevis oklart. Hur rättstillämpningen kommer att se ut fortsättningsvis och vilka konsekvenser domstolens resonemang i Botniaärendet kommer att få i liknande ärenden framöver återstår att se.

6 Slutord

Enligt min uppfattning krävs en omfattande utredning av hur de nya reglerna angående skydd för Natura 2000 skall anpassas till den traditionella prövningsordningen för regeringens tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. miljöbalken – eller om man så vill – hur prövningsordningen för regeringens tillåtlighetsbeslut skall anpassas efter reglerna angående skydd för Natura 2000.

Då fallet med Botniabanans järnvägssträckning synes ha gett upphov till fler frågor än klagoranden, anser jag att det är av största vikt att tillåtlighetsbeslutets innebörd samt dess förhållande till prövningsordningen för Natura 2000 tydliggörs i miljöbalkens lagtext. Trots att antalet verksamheter som faller in under regeringens prövningsplikt beskrivits avsevärt sedan år 2005, innehåller miljöbalken fortfarande stora möjligheter för regeringen att tillåtlighetspröva projekt. För Natura 2000-områden utlöses regeringens fakultativa rätt till prövning redan då en verksamhet ”kan antas mer än obetydligt skada naturvärdena inom området”. Att lagstiftningen behöver en tydlig linje för hur regerings- respektive Natura 2000-prövningen skall stå i förhållande till varandra i de situationer när de båda prövningsordningarnas vägar korsas är därmed tydligt.

Genom ett tydliggörande av rättsläget kring tillåtlighetsprövningens bindande effekt, kan vi förhoppningsvis inte bara undvika en situation där skyddet för Natura 2000 utarmas på grund av godtycke kring vilken instans som har att utföra prövningen, utan även motverka långdragna och kostsamma rättsprocesser i ett system som redan kan anses långsamt och komplicerat. Ett otydligt rättsläge får inte äventyra enskildas rätt att göra sina röster hörda rörande beslut som påverkar deras hälsa och miljö, eller ursäktas en prövningsordning där närboende får finna sig i att hamna mellan stolarna i rättsprocessen. Ett klargörande behövs

därför framförallt i syfte att kunna garantera rättssäkerheten inom miljöprocessen – om inte annat så att vi i samband med framtida tillåtlighetsprövningar och rättsprövningsprocesser, slipper lägga ner resurser på att hitta den person som Michanek och Zetterberg med anledning av Regeringsrättens resonemang i Botniaärendet, kom att efterlysa genom följande citat:

”Det behövs en pedagogisk talang för att övertyga en närboende om förnuftet bakom denna juridiska ordning.”¹³⁷

¹³⁷ Michanek och Zetterberg, 2 uppl., s 393.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 2003:124, *En effektivare miljöprövning – Delbetänkande från Miljöbalkskommittén*

Propositioner

Prop. 1972:11 bilaga 2

Prop. 1997/98:45, *Miljöbalk*

Prop. 2000/01:111, *Skyddet för vissa djur och växtarter och deras livsmiljöer*

Prop. 2004/05:65, *Århuskonventionen*

Prop. 2005/06:56, *En moderniserad rättsprövning m.m.*

Litteratur

Bengtsson Bertil, Bjällås Ulf, Rubenson Stefan, Strömberg Rolf, *Miljöbalken: En kommentar 16-33 kap.*, Stockholm, 2002

Michanek Gabriel, Zetterberg Charlotta, *Den svenska miljöretten*, Uppsala, 2004

Michanek Gabriel, Zetterberg Charlotta, *Den svenska miljöretten*, 2 uppl., Uppsala, 2008

Naturvårdsverket, *Natura 2000 i Sverige – handbok med allmänna råd 2003:09*, Stockholm, 2003

Rubenson Stefan, *Miljöbalken: Den nya miljöretten*, 4 uppl., Vällingby, 2008

Stec Stephen, Casey – Lefkowitz Susan, Jendroska Jerzy, *The Aarhus Convention: An implementation guide*, New York, 2000

Westerlund Staffan, *Miljöskyddslagen – En analytisk kommentar*, Göteborg, 1990

Rättsfall

Avgöranden från miljööverdomstolen

MÖD M 5040/05

MÖD M 3789/07

Avgöranden från Regeringsrätten

RÅ 2004 ref 108

RÅ 2008 ref 108

Övriga beslut

Högsta domstolen T 5028-07, 2008-05-09

Miljödepartementet, Regeringsbeslut M1999/4314/F/M(slutligt)M2001/4060/F/M 2003-06-12

Artiklar

Darpö Jan, *Många turer kring Botniabanan*, JP Miljönet, 2005-06-29

Darpö Jan, *Regeringen bestämmer över Botniabanan*, JP Miljönet 2006-07-03

Darpö Jan, *Botniabanan; slutpunkten som blev frågetecken*, JP Miljönet 2008-12-22

Övrigt material

Ebbesson Jonas, *Rättsutlåtande om förhållandet mellan regeringens tillåtelseprövning enligt miljöbalken 17 kap. och tillståndsprövningen avseende Natura 2000-områden, 14 januari, 2007* (2008-09-01)

<http://avifauna.se/apps/file.asp?Path=2&ID=1065&File=Ebbessons+Bilaga+till+Inlaga+MD+070118+Rosengren.pdf>.

Karnov genom Thomson Fakta

Miljö- och samhällsbyggnadsdepartementet, *Faktablad: Regeringens tillåtelseprövning av stora projekt*, 2006-01-17 (2009-01-15),

<http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/05/63/23/a83f276c.pdf>.

Regeringskansliet, *Århuskonventionen*, 2007-11-13 (2009-11-12),

<http://www.regeringen.se/sb/d/3830/a/22622>.