

2021-12-07

Högsta Förvaltningsdomstolen

Box 2293

103 17 Stockholm

Ansökan om rättsprövning av regeringens beslut M2021/01774

Regeringen beslutade den 18 november 2021 att ge Cementa AB tillstånd enligt 17 a § samt 9 kap miljöbalken (MB) att inom fastigheten Gotland Othem Österby 1:229 bryta kalk- och mörgelsten till ett djup av +20 m i File hajdar-täkten respektive -26 m i Västra brottet. Tillståndet omfattar även bortledning av inrinnande dag- och grundvatten i Östra brottet, Västra brottet och File hajdar-täkten samt därmed sammanhängande anläggningar och anordningar. Utöver detta har regeringen även gett bolaget tillstånd enligt 7 kap 28 a § MB för verksamhet som kan påverka Natura 2000-områdena Hejnum Kallgate (SE0340147), Kallgatburg (SE0340103) samt Bojsvätar (SE0340118).

Som juridiskt ombud enligt fullmakt för Urberggruppen Sverige (nedan kallad föreningen) ansöker jag härmed om rättsprövning enligt lagen (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut (nedan rättsprövningslagen).

Yrkanden

Föreningen yrkar att domstolen:

- med stöd av rättsprövningslagens 5 § beslutar att regeringens beslut tills vidare inte ska gälla,
- upphäver regeringens beslut enligt 7 § rättsprövningslagen.

Till ledning för domstolens prövning yrkar föreningen vidare att Högsta förvaltningsdomstolen begär förhandsavgörande från EU-domstolen enligt artikel 267 i Funktionsfördraget. Frågor som bör ställas, självklart med domstolens gena formulering, till EU-domstolen är åtminstone följande:

1. Är det förenligt med Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område, nedan kallat ramvattendirektivet, att genom undantag i 17a § kap 3 § MB (motsvarande artikel 2.4 i MKB-direktivet¹) medge tillstånd trots att frågan om påverkan på miljökvalitetsnormer för vatten och icke-försämringskravet i art 4 i ramvattendirektivet inte är utredd på ett fullständigt och vetenskapligt sätt?
2. Vilken omfattning och säkerhetsgrad i beslutsunderlaget behövs för att bedöma om verksamheten medför risk för överträdelse av miljökvalitetsnormer utfärdade med stöd av ramvattendirektivet samt överträdelse av icke-försämringskravet i samma direktiv?
3. Är det förenligt med ramvattendirektivet att medge undantag enligt artikel 4.7 ramvattendirektivet (motsvarande 4 kap 11 och 12 §§ vattenförvaltningsförordningen) för en verksamhet som påverkar den kemiska statusen för en grundvattenförekomst?
4. Är det förenligt med art 4.7 ramvattendirektivet att bedöma att en kalkstenstäkt driven i privat regi kan utgöra sådant allmänintresse av större vikt som avses i art 4.7 ramvattendirektivet? Viktigt är i sammanhanget även vilket underlag som krävs för att i så fall visa att täktverksamheten utgör ett sådant allmänintresse.
5. Är det möjligt enligt Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter (nedan kallat art- och habitatdirektivet) att genom undantag i 17a § kap 3 § MB (motsvarande artikel 2.4 i MKB-direktivet) medge tillstånd till verksamhet som på ett betydande sätt kan komma att påverka miljön i ett eller flera Natura 2000-områden trots att frågan om påverkan inte är utredd på ett fullständigt och vetenskapligt sätt?

Talerätt

En miljöorganisation som avses i 16 kap 13 § MB får ansöka om rättsprövning av sådana tillståndsbeslut av regeringen som omfattas av artikel 9.2 i konventionen den

¹ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2011/92/EU av den 13 december 2011 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt, men ändring genom direktiv 2014/52/EU

25 juni 1998 om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor (Århuskonventionen).

Urbergsgruppen Sverige är en miljöorganisation som uppfyller kraven i 16 kap 13 § MB.

Enligt Århuskonventionens artikel 9.2 ska varje part inom ramen för sin nationella lagstiftning se till att den berörda allmänheten

a) som har ett tillräckligt intresse

eller,

b) som hävdar att en rättighet kränks, när detta utgör en förutsättning enligt en parts förvaltningsprocessrättsliga lagstiftning,

har rätt att få den materiella och formella giltigheten av ett beslut, en handling eller en underlåtenhet som omfattas av artikel 6 eller, om detta föreskrivs i nationell rätt och utan att det påverkar tillämpningen av punkt 3, andra tillämpliga bestämmelser i konventionen prövad av domstol eller något annat oberoende och opartiskt organ som inrättats genom lag.

I artikel 6, som handlar om rätten att delta i beslut om vissa verksamheter, hänvisas till konventionens bilaga 1 samt anges också att bestämmelserna ska tillämpas även på verksamheter som inte finns i bilagan, men som kan medföra betydande påverkan på miljön. I bilagan räknas bland annat upp stenbrott och dagbrott vars yta överstiger 25 hektar. Vidare anges i bilagans punkt 20 att all verksamhet som inte anges i punkterna 1–19 i bilagan, men där allmänhetens deltagande är föreskrivet enligt ett förfarande för bedömning av miljöpåverkan i enlighet med den nationella lagstiftningen. Den aktuella täktverksamheten är en sådan verksamhet. Oavsett yta är det även otvetydigt att verksamheten skulle komma att medföra betydande påverkan på miljön, vilket även framkommer av tillståndskrav m m enligt miljöbalken. Miljöbalken innehåller flera bestämmelser om allmänhetens rätt att delta under beslutsprocessen och att erhålla information, bland annat bestämmelser om samråd.

Föreningen hävdar mot ovanstående bakgrund att talerätt enligt rättsprövningslagen föreligger.

Utveckling av talan

Bakgrund

Cementa AB (Heidelberg Cement Group) driver kalkstenstäkt på fastigheten Gotland Othem Österby 1:229 på Gotland, Sverige. Nu gällande tillstånd för verksamheten meddelades av Mark- och miljödomstolen i Nacka 2010-10-01 och omfattade en period om 10 år från och med 2010-11-01 (målnummer M 2334-09). Tillståndet omfattar förutom brytning av kalksten även bortledning av yt- och grundvatten.

Cementa AB ansökte om förnyat tillstånd vilket Mark- och miljödomstolen i Nacka meddelade 2020-01-17 (målnummer M 7575–17). Tillståndet omfattade ett uttag av

högst 3,8 miljoner ton kalk- och märgelsten årligen, bortledning av i Västra brottet respektive File hajdar-täkten inläckande dag- och grundvatten; b) omledning av Spillingsån; c) omledning av Närsbäcken; d) bortledning av 300 000 m³ ytvatten per år från Spillingsmagasinet. Mark- och miljödomstolen lämnade också tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken att bedriva verksamhet som på ett betydande sätt kan påverka Natura 2000-områdena Hejnum Kallgate (SE0340147) och Bojsvätar (SE0340118).

Tillståndsdomen överklagades av Naturvårdsverket, Länsstyrelsen på Gotland, Urbergsgruppen Sverige, Naturskyddsföreningen, enskilda sakägare m fl till Mark- och miljööverdomstolen.

Mark- och miljööverdomstolen undanröjde 2021-07-06 Mark- och miljödomstolens dom och avvisade ansökan (målnummer M 1579-20). Domstolen ansåg att miljökonsekvensbeskrivningen även med gjorda kompletteringar var behäftad med så väsentliga brister att den inte kunde utgöra grund för ett ställningstagande till verksamhetens inverkan på miljön. De största bristerna gällde påverkan på grundvattenförekomsten Mellersta Gotland Roma och aktuella Natura 2000-områden.

Cementa AB överklagade domen till Högsta domstolen som inte meddelade prövningstillstånd (21-08-25, målnummer T 4746-21). Mark- och miljööverdomstolens dom vann således laga kraft.

21-08-30 skickade regeringen ut en promemoria² om lagförslag som syftar till att införa en tillfällig möjlighet att få tillstånd en regeringsprövning av en ansökan om tidsbegränsat tillstånd att bedriva en verksamhet som avser täkt av kalksten och drift av sammanhängande anläggningar och anordningar, om verksamheten behövs för att tillgodose väsentliga allmänna intressen och behovet av kalksten inte kan tillgodoses på ett från allmän synpunkt annat tillfredsställande sätt. Bestämmelsen föreslås begränsas till brytning av den kalksten som vid tidpunkten för ansökan omfattas av ett gällande tillstånd, men vars brytning hindras på grund av tidsbegränsning i det tillståndet. Ett tillstånd som meddelas av regeringen föreslås få motsvarande rättskraft som en dom eller ett beslut som har meddelats i ett ansökningsmål, d v s tillståndet ska som huvudregel gälla mot alla och envar vad avser frågor som prövats i beslutet. Promemorian innehåller även ett förslag på en tillfällig möjlighet för regeringen att under vissa förutsättningar göra undantag från kraven på miljöbedömning motsvarande artikel 2.4 i direktiv 2011/92/EU om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt. Lagändringarna föreslås träda i kraft den 10 oktober 2021 och upphöra att gälla vid utgången av 2021.

Promemorian remitterades enligt ett beslut som fattades måndagen den 30 augusti 2021 med en sista svarstid fredagen den 3 september 2021³. Det har framkommit att remissen skickades ut på eftermiddagen den 30 augusti strax efter klockan 15. Remisstiden var alltså mindre än en vecka, och i praktiken endast några dagar. För att remissförfarandet ska vara meningsfullt måste remissinstanserna få tillräckligt med tid

² Promemoria Miljödepartementet Regeringsprövning av kalkstenstäkter i undantagsfall M2021/01600 Augusti 2021

³

för att sätta sig in i förslaget, bilda sig en uppfattning om det och avfatta ett välgrundat remissvar. Detta har i detta fall inte varit möjligt.

21-09-09 fick Lagrådet lagrådsremissen⁴ med i huvudsak samma innehåll som ovan nämnda promemoria. Lagrådet fick till den 16 september på sig att svara. Lagrådet är i sitt remissvar starkt kritisk till den korta remisstiden. Vidare ifrågasätter Lagrådet om förslaget lever upp till det krav på föreskriftsgeneralitet. I sammanhanget måste beaktas dels att den föreslagna lagändringen föreslås vara i kraft endast under en mycket kort tid (knappt tre månader) och att tiden är anpassad helt efter behoven i det enskilda fall som har motiverat framtagandet av lagrådsremissen, dels att rekvisiten för en regeringsprövning enligt förslaget har formulerats på ett sådant sätt att kapitlet kommer att kunna tillämpas endast i detta enda fall. Den lagstiftning som tillfälligt föreslås gälla framstår därför som en åtgärd vidtagen – inte för att ändra reglerna i allmänhet – utan för att korrigera utfallet av den konkreta tillståndsprocess som tog sin ände i och med Högsta domstolens beslut den 25 augusti 2021 att inte meddela prövningstillstånd avseende Mark- och miljööverdomstolens avvisningsbeslut.

Den 21 september kom en proposition där regeringen inte tog hänsyn till vare sig kritiska remissinstanser eller till Lagrådet⁵. Riksdagen antog 21-09-29 den av regeringen föreslagna lagändringen.

Särskilt om lagändringen

Riksdagen ska inte fatta beslut i enskilda fall, vilket framgår av 12 kap 3 § regeringsformen (RF). Ändringen av miljöbalken avsåg dock att reglera ett rättsförhållande som redan varit föremål för domstolsprövning. Lagstiftaren kan visserligen självklart ändra lagen om man anser att domstolarnas tillämpning inte är i överensstämmelse med lagstiftarens intention. Sådana ändringar ska, i en rättsstat som värnar den dömande maktens självständighet, dock vara framåtblickande och generella.

En författning ska bestå av generella rättsregler som är avsedda att vara bindande både för myndigheter och enskilda. Innehållet i en författning måste vara allmängiltigt. Lagen kan visserligen vara tillkommen på grund av en viss situation, men måste då utformas så att den kan tillämpas i andra liknande fall. Med nu aktuell lagändring finns det ingen möjlighet att tillämpa lagstiftningen i något annat fall, inte heller en ambition att kunna göra det, i och med att lagstiftningen ska upphöra gälla vid utgången av 2021.

Regeringens och riksdagens agerande, genom att införa lagstiftning som är helt inriktad på att korrigera utgången i ett enskilt fall som har hanterats i domstol, medför risk för att lagstiftaren skadar tilltron till det svenska rättssystemet liksom respekten för den grundläggande uppgiftsfördelning mellan riksdagen och regeringen som kommer till uttryck i den svenska regeringsformen.

⁴ Lagrådsremiss Regeringsprövning av kalkstenstäkter i undantagsfall

⁵ Regeringens proposition 2021/22:15 Regeringsprövning av kalkstenstäkter i undantagsfall

För att regeringsärenden ska bli allsidigt belysta finns remissinstitutet. Enligt 7 kap 2 § RF ska vid beredningen av regeringsärenden behövliga upplysningar och yttranden inhämtas från berörda myndigheter. Som huvudregel ska remisstiden sättas till minst tre månader, i detta fall var remisstiden orimligt kort (3-4 dagar). Vid så kallade brådskande propositionsarbete kan en kortare remisstid accepteras. Så får dock ske endast i undantagsfall. Föreningen anser inte att sakfrågan i föreliggande fall är av sådan brådskande art, och eventuella konsekvenser av ett remissförfarande i enlighet med KU:s praxis så allvarliga, att den korta remisstiden kan motiveras. Beredningskravet enligt regeringsformen kan inte sägas vara uppfyllt i enlighet med nuvarande regelverk och praxis. Bristfällig beredning av ett lagförslag kan föranleda lagprövning enligt 11 kap 14 § RF. I NJA 2018 s 743 konstaterar HD att det ankommer på domstolen att göra en egen bedömning av om avvikelsen från det normala förfarandet vid lagstiftning är av sådan natur att föreskriften inte får tillämpas. Denna fråga bör enligt föreningen ha betydelse även vid denna prövning enligt rättsprövningslagen.

Föreningen hänvisar i sammanhanget till Lagrådets remissvar enligt lagrådsremissen i sin helhet.

Att tillståndsprövningen av Cementas verksamhet enligt de nya bestämmelserna ska göras skyndsamt av regeringen, utan erforderlig miljöbedömning av verksamhetens effekter på framför allt grundvatten och Natura 2000-områden, utgör således en extraordinär lagstiftningsåtgärd. Förlängning av ifrågavarande täktverksamhet kan antas medföra betydande miljöpåverkan och ska därmed enligt huvudregeln omfattas av kravet på miljöbedömning. Denna bedömning är central i tillståndsprövningen och syftar till att identifiera, beskriva och bedöma de direkta och indirekta effekterna av en verksamhets påverkan på miljön, människor, flora och fauna med mera.

Lagändringen till förmån för Cementa AB innebär även att regeringen kan meddela tillstånd till verksamheten trots att kraven på beslutsunderlag gällande vattenkvalitet i ramvattendirektivet med den uttolkning EU-domstolen gjort i bland andra Weserdomen (C-461/13) och Bielefelddomen (C 535/18) inte är uppfyllda. Frågor om påverkan på miljö kvalitetsnormer för vatten berördes inte närmare vid Mark- och miljödomstolens tidigare prövning av den aktuella kalkstenstakten år 2010. Detta strider enligt föreningen mot ramvattendirektivet.

Vidare kan regeringen enligt de nya bestämmelserna kringgå kraven enligt artikel 6.3 i livsmiljödirektivet. Någon prövning av Natura 2000-bestämmelserna i miljöbalken gjordes inte under tidigare prövningen till nu gällande tillstånd år 2010. Därefter har utvidgningar genomförts av Natura 2000-områdena Hejnum Kallgate (områdeskod SE0340147) och Bojsvätar (områdeskod SE0340118). En del av den utvidgning som gjorts i Natura 2000-området Hejnum Kallgate ligger nära den pågående verksamheten. Båda dessa Natura 2000-områden utgörs av våtmarker bestående av terrestra ekosystem med känslig hydrologi. Vidare har kalkbrytningens effekter på skyddade arter i området inte analyserats tillräcklig väl. Detta strider enligt föreningen mot art- och habitatdirektivet.

Både Sverige och EU har ratificerat den s k Århuskonventionen. Att EU ratificerat konventionen innebär att den därmed är en del av unionens rättsordning. Innehållet i Århuskonventionen innebär långtgående skyldigheter för tillståndsmyndigheten beträffande allmänhetens insyn i och deltagande i beslutsprocessen, även när villkor ändras eller omprövas. Den berörda allmänheten har inte beretts möjlighet att delta i lagstiftningsarbetet. Det strider mot Århuskonventionens ansats att ge allmänheten insyn och tillgång till miljöinformation samt möjlighet att påverka. Regeringen har dessutom avvisat förslag till möten med representanter för miljörörelsen i detta ärende men haft kontakt med inblandade företag och branschföreningar. Sammantaget underminerar detta förfarande möjligheten för allmänhetens tillgång till beslutsprocessen och inflytande, medan särintressen haft stor tillgång. Föreningen anser att denna process tydligt strider mot Århuskonventionen samt gällande EU-rätt vad gäller implementering av den.

Genom lagändringen berövas den berörda allmänheten inklusive miljöorganisationer rätten att delta i den vanliga prövningskedjan för denna typ av miljöbelastande verksamheter. Genom möjligheter att göra avsteg från normal MKB-process försvinner flera av de möjligheter som finns för allmänhet att informera sig och kräva ändringar som finns i dagens samrådsprocesser. Föreningen anser att detta strider mot Århuskonventionen och MKB-direktivet.

Lagändringen sätter vidare kalkstensbrytning, och särskilt den verksamhet som bedrivs av Cementa AB, i en särställning genom regellättnader på ett sätt som inte är förenligt med likabehandlingsprincipen och strävan efter konkurrensneutralitet.

Regeringen hävdar att lagändringen behövdes för att hindra kraftig negativ effekt på BNP, sysselsättning och arbetslöshet i Sverige på kort sikt. Föreningen motsätter sig denna beskrivning av situationen. De utredningar som ligger bakom regeringens analys bygger främst på uppgifter från Cementa AB och utgör därmed inte objektiva bedömningar. Samtliga dessa uppgifter som ursprungligen kommer från den svenska branschen skiljer sig mot den bild man får av oberoende bedömare på EU-nivå.

Miljö kvalitetsnormer för vatten

I bedömningen av huruvida en verksamhet är tillåtlig ska även räknas in påverkan på miljö kvalitetsnormer meddelade med stöd av 5 kap MB. Den planerade verksamheten ligger i både grundvatten- och ytvattenförekomster för vilka det finns miljö kvalitetsnormer, grundvattenförekomsten Mellersta Gotland-Roma (WA96690582) och ytvattenförekomsten Anerån. De beslutade och nu gällande miljö kvalitetsnormerna för grundvattenförekomsten är god kvantitativ och kemisk grundvattenstatus till 2021. Statusklassningen för den kvantitativa statusen var redan under den första förvaltningscykeln (2004-2009) otillfredsställande status, vilket inte förändrats under cykel 2 (2010-2016) eller cykel 3 (2017-2021). Vad gäller statusklassningen för den kemiska statusen var den under cykel 1 och 2 angiven till god, för att därefter under cykel 3 försämrats till otillfredsställande med avseende på bland annat förhöjda kloridhalter. Betydande påverkansfaktorer på

vattenförekomstens status är bortpumpning av stora mängder grundvatten till följd av täktverksamhet och kommunal dricksvattenproduktion. Aneråns ekologiska status är idag måttlig och den kemiska statusen är ej god vad gäller parametrarna arsenik, koppar, uran och nitrat (förutom kvicksilver och difenyleter).

De svenska bestämmelserna om miljökvalitetsnormer för vatten bygger helt på EU-rätt. Både grundvatten och ytvatten omfattas av ramvattendirektivet, Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/105/EG av den 16 december 2008 om miljökvalitetsnormer inom vattenpolitikens område och ändring och senare upphävande av rådets direktiv 82/176/EEG, 83/513/EEG, 84/156/EEG, 84/491/EEG och 86/280/EEG, samt om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG. Dessa direktiv är implementerade genom främst 5 kap MB, vattenförvaltningsförordningen samt föreskrifter från Havs- och vattenmyndigheten och SGU.

Ramvattendirektivet ska tolkas mot bakgrund av unionens miljömål. Däribland att miljön ska bevaras, skyddas och förbättras samt att en hög skyddsnivå åsyftas. Att uppnå god vattenstatus och att förebygga en försämring i medlemsstaternas vattenförekomster utgör ramvattendirektivets grundläggande miljömål och är huvudregeln för de krav som riktas mot en medlemsstat att säkerställa att dess vattenförekomster når rätt vattenstatus i rätt tid. Målet med ramvattendirektivet var ursprungligen att uppnå god vattenstatus för varje avrinningsområde senast i december 2015. Enligt siffror från Naturvårdsverket 2015 nåddes målet om god eller hög ekologisk status i 17 % av kustvattenförekomsterna, 49 % av sjöarna och 32 % av vattendragen. God kemisk status uppnås inte i någon av de statusklassade ytvattenförekomsterna. Sverige når alltså inte målen och har fått kritik av EU för det rättsliga genomförandet av miljökvalitetsnormerna.

Ramvattendirektivet ställer krav på att medlemsstaterna måste avhålla sig från att vidta åtgärder som äventyrar det resultat som föreskrivs i direktivets art 4. Detta medför en skyldighet att inte lämna tillstånd till projekt som kan orsaka en försämring av en vattenförekomstens status eller när projektet äventyrar uppnåendet av en god status. Uppfyllandet av ramvattendirektivets miljömål är bindande för medlemsstaternas samtliga myndigheter och domstolar. Detta har även fastställts av EU-domstolen i mål C-461/13, C-43/10 samt C-346/14. I det sistnämnda fallet, Schwarze Sulm, utvecklade domstolen hur art 4.7 i direktivet och då särskilt begreppet "allmänintresse av större vikt" ska tolkas. Praxisen bekräftas i mål C- 664/15 där domstolen uttalar att art 4.1 inte enbart är en programförklaring utan att bestämmelsen innebär en skyldighet att förebygga försämring av vattenförekomsterna som har en tvingande verkan gentemot medlemsländerna i synnerhet i samband med beslut om tillstånd. Enligt EU-domstolens avgörande C-461/13, den s k Weserdomen, ska icke-försämringskravet tillämpas så att en försämring föreligger om statusen hos minst en av de ekologiska kvalitetsfaktorerna försämras med en klass även om klassificeringen av ytvattenförekomsten som helhet inte försämras. Vid behandlandet av tolkning av "försämring av status", gör EU-domstolen alltså skillnad på om begreppet ska tolkas utifrån att omfatta en försämring som medför att hela vattenförekomstens klassning sänks minst en klass (statusklassteorin) eller om begreppet omfattar varje förändring

av en vattenförekomst (status quo-teorin). Teorin som erkändes av domstolen var status quo-teorin. Begreppet "försämring av statusen" i vattnet tolkas i förhållande till såväl en kvalitetsfaktor som till ett ämne. Skyldigheten att förebygga försämring av en vattenförekomsts status bibehåller sin ändamålsenliga verkan, under förutsättning att den omfattar varje förändring som skulle kunna äventyra genomförandet av det huvudsakliga målet med direktivet. I detta sammanhang är det även värt att påminna om att ramvattendirektivet antogs enligt (nuvarande) artikel 192.1 i EUF-fördraget som anger att EU:s miljöpolitik ska baseras på försiktighetsprincipen och att förebyggande åtgärder bör vidtas för att skydda och förbättra miljökvaliteten, vilket också framgår av direktivet själv. Mot bakgrund av själva syftet med direktiv 2000/60 förtjänar vattenförekomster med sämre än god status särskild uppmärksamhet vid vattenförvaltningen.

Enligt 5 kap 4 § MB, som är en direkt implementering av EU:s ramvattendirektiv med den uttolkning som EU-domstolen givit detta, får en myndighet eller en kommun inte tillåta att en verksamhet eller en åtgärd påbörjas eller ändras om detta, trots åtgärder för att minska föroreningar eller störningar från andra verksamheter, ger upphov till en sådan ökad förorening eller störning som innebär att vattenmiljön försämras på ett otillåtet sätt eller som har sådan betydelse att det äventyrar möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en miljökvalitetsnorm. Uppstår sådan försämring och prövningsmyndigheten ändå avväger att ge tillstånd måste förutsättningarna i art 4.7 ramvattendirektivet, implementerade i 4 kap 11-12 §§ VFF, vara uppfyllda. Vid prövning för ett nytt tillstånd och vid omprövning av tillstånd ska de bestämmelser och villkor beslutas som behövs för att verksamheten inte ska medföra en sådan försämring eller ett sådant äventyr.

Prövningsmyndigheten måste, med stöd av underlag från sökanden, granska hur verksamheten riskerar påverka aktuella miljökvalitetsnormer och utgångspunkten för denna bedömning måste då vara aktuell vattenstatus samt de kvalitetsfaktorer (parametrar eller de tillstånd som de indikerar) som sänker statusen. För att kunna bedöma den lokala situationen krävs detaljerade undersökningar även i området utanför verksamhetsområdet. Simuleringar i modeller måste kompletteras med lokala undersökningar i erforderlig omfattning. Undersökningarna måste använda en metodik som svarar på de frågor som krävs för att förstå en eventuell påverkan på ekologin. För att vetenskapligt grundade och säkra bedömningar ska kunna göras måste utredningarna visa vid vilken förändring av den naturliga vattensituationen som en negativ påverkan eller skada riskerar att uppstå.

Det beslutsunderlag Cementa lämnat i målet innehåller inte tillräcklig redovisning avseende påverkan på vare sig grund- eller ytvattenstatus. Detta har påpekats av bl a Naturvårdsverket, Havs- och vattenmyndigheten, Vattenmyndigheten för Södra Östersjön, SGU, Länsstyrelsen för Gotlands län samt ett miljöorganisationer såsom Urbergsguppen Sverige.

Vid aktuell prövning måste det därför finnas ett underlag som genom bästa möjliga vetenskapliga information identifierar de olika aspekterna av verksamheten. Ett särskilt problem är även den geografiska avgränsning av bedömningen som görs i

utredningen. Utredningen har avgränsats till de geografiska områden som berör riksintresset för totalförsvaret. Föreningen vill här hänvisa till Mark- och miljööverdomstolens dom M 568-11, där MÖD slog fast att en miljökonsekvensbeskrivning som saknade redovisning för hur en verksamhet skulle komma att påverka den ekologiska statusen och miljökvalitetsnormer för vatten var så bristfällig att den inte kunde läggas till grund för prövningen av tillåtligheten och nödvändiga skyddsåtgärder.

Föreningen hävdar således att det underlag som Cementa redovisat i målet inte är tillräckligt detaljerat för att möjliggöra alla de bedömningar som krävs för att kunna konstatera om verksamheten kommer att medföra någon negativ påverkan på statusen eller äventyra möjligheten att nå god status för ytvattenförekomsterna.

Sedan Weserdomen har svenska domstolar hänvisat till målet i sina domar. Ändå har MÖD i flera fall gjort bedömningar som måste anses vara juridiskt tvivelaktiga mot bakgrund av vad som faktiskt fastställdes av EU-domstolen i Weser och Schwarze Sulm. Sådana tveksamheter gäller inte minst frågan om bedömningen av om påverkan ska ske för hela eller delar av en vattenförekomst för vilken status och vilka miljökvalitetsnormer som faktiskt gäller i det enskilda fallet, samt om det är möjligt att meddela tillstånd för en verksamhet som skulle innebära en försämring av en kvalitetsfaktor som redan befinner sig inom lägsta klassen. Föreningen menar att en mer bokstavstrogen tolkning av ramvattendirektivet med den tolkning som EU-domstolen fastställt i Weser och Schwarze Sulm är både möjlig och nödvändig. När det gäller storleken på inverkan av ett ansökt projekt bör Högsta förvaltningsdomstolen utgå från punkt 68 i Weserdomen - där EU-domstolen finner att Tysklands tolkning av vattendirektivets artikel 4.1.a, att endast "allvarliga ingrepp" utgör en försämring av statusen hos en vattenförekomst, inte följer direktivet - dra slutsatsen att även en försumbar reell inverkan kan innebära en otillåten försämring.

I nu aktuellt mål är har grundvattenförekomsten både kvantitativ och kvalitativ otillfredsställande status, d v s den lägsta möjliga statusen. Den ansökta verksamheten kan inte anses innebära någon förbättring för förekomstens status utan en försämring. Då verksamheten strider mot 5 kap 4 § MB, vilket även regeringen tillstår, måste en bedömning om huruvida undantag enligt 4 kap 11-12 §§ vattenförvaltningsförordningen kan göras. Ett tillåtande enligt 4 kap 11 § VFF får bara ske om samtliga nedanstående kriterier är uppfyllda;

-verksamheten/åtgärden behöver vidtas för att tillgodose ett allmänintresse av större vikt, eller innebär att dess fördelar för människors hälsa och säkerhet eller för hållbar utveckling uppväger nackdelarna med en sådan ändring eller försämring som avses i 11 §,

- det av tekniska skäl eller på grund av orimliga kostnader inte är möjligt att uppfylla syftet med verksamheten/åtgärden på något annat sätt som är väsentligt bättre för miljön, och

- alla genomförbara åtgärder vidtas för att mildra de negativa konsekvenserna för vattenförekomstens status.

Som stöd för tolkningen av vattendirektivets bestämmelser finns vägledning i CIS Guidance. De vägledningar som är relevanta vid tolkning av artikel 4.7 i ramvattendirektivet är CIS Guidance nummer 20⁶ och nummer 36⁷. Begreppet "allmänintresse av större vikt" har i CIS 20 uttolkats som förändringar av utomordentligt stor betydelse från allmän synpunkt och slutsatsen har dragits att det är rimligt att anta att de skäl som avses med "allmänintresse av större vikt" är situationer där planer eller projekt som planeras visar sig vara nödvändiga inom ramen för:

- åtgärder eller politik som syftar till att skydda grundläggande värden i medborgarnas liv (hälsa, säkerhet, miljö)

- grundläggande principer för staten och samhället samt

- ekonomisk eller social verksamhet som följer av särskilda offentliga skyldigheter.

Att något utgör ett allmänintresse av större vikt innebär att detta intresse är större än intresset av att uppfylla målen i ramvattendirektivet. Av Schwartz Sulm framgår vidare att välgrundade bedömningar behövs för att förklara att en planerad ny förändring eller ny mänsklig utvecklingsverksamhet är ett allmänintresse av större vikt. Tolkningsstöd kan även hittas i annan EU-lagstiftning såsom art- och habitatdirektivet där begreppet allmänintresse av större vikt återfinns i art 6.4. Ledning för vad som kan anses utgöra ett "allmänintresse av större vikt" kan därför hämtas från EU-domstolens vägledningsdokument⁸, befintlig praxis gällande tillåtande av verksamheter inom Natura 2000-områden samt dispens från förbud i artskyddsförordningen (se ex EU-domstolens avgöranden C-182/10).

Föreningen hävdar att den aktuella täktverksamheten inte kan anses utgöra ett sådant allmänintresse av största vikt som avses i art 4.7 ramvattendirektivet och 4 kap 11 § vattenförvaltningsförordningen. Inte heller övriga förutsättningar är uppfyllda. Det är således inte möjligt att medge undantag i målet. Föreningen anser därmed att regeringens beslut innebär att artikel 4.1 samt 4.7 i ramvattendirektivet med den svenska implementeringen, samt försiktighetsprincipen, inte har tillämpats korrekt.

Natura 2000-prövning

Enligt såväl Cementa som SGU, Länsstyrelsen för Gotlands län och Naturvårdsverket kommer de bägge Natura 2000-klassade områdena Hejnum Kallgate (SE0340147) och Bojsvätar (SE0340118) att påverkas av den nu tillståndsgivna verksamheten.

⁶ Guidance Document No. 20 GUIDANCE DOCUMENT ON EXEMPTIONS TO THE ENVIRONMENTAL OBJECTIVES

⁷ Guidance Document No. 36 Exemptions to the Environmental Objectives according to Article 4(7)

⁸ Methodological guidance on the provisions of Article 6.3 and 6.4 of the Habitats Directive 92/43/EEC: Assessment of plans and projects significantly affecting Natura 2000 sites

Enligt 7 kap 28 b § MB får tillstånd endast medges om den planerade verksamheten inte kan skada den eller de livsmiljöer i området som avses skyddas eller medför att den eller de arter som avses skyddas utsätts för en störning som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet i området av arten eller arterna. Det är tillräckligt att det finns risk för skada på naturvärdena och de utpekade arterna. Det kan handla om rent fysiska skador eller störningar som t ex en förorening som kan bidra till en långsiktigt negativ populationsutveckling för arter i området. Viktigt är att inte enbart skaderiskerna av den planerade verksamheten ska beaktas utan dessa effekter ska vägas samman med befärade skador från eventuella andra pågående eller planerade verksamheter eller åtgärder. Tillståndsplikten och prövningen ska innefatta miljöpåverkande verksamheter och åtgärder både inom och utom det skyddade området. Områdets särskilda karaktär och känslighet har stor betydelse.

Tillståndskravet innebär dessutom särskilda krav på den MKB som ska göras inför prövningen. MKB:n ska göra det möjligt att bedöma förutsättningarna i 7 kap 28 b-29 §§ MB. För att Natura 2000-tillstånd ska kunna ges krävs enligt 19 § förordningen om områdesskydd att prövningsmyndigheten har bedömt beslutets konsekvenser för naturområdet. När prövning enligt 7 kap 28 a § MB görs får enligt förarbetena (prop 2000/01:111 sid 68) prövningsmyndigheten tillåta verksamheten eller åtgärden först efter att ha förvissat sig om att den är förenlig med direktivet. Det betyder att myndigheten måste förvissa sig om att verksamheten eller åtgärden, ensam eller tillsammans med andra pågående eller planerade verksamheter eller åtgärder, inte kan skada livsmiljön. En särskild MKB/del av MKB måste i detta fall göras där de olika skyddsvärda livsmiljöerna och arterna noggrant beskrivs samt den planerade verksamhetens förväntade påverkan på dessa klart framgår.

Miljöbalkens bestämmelser om Natura 2000 och artskydd bygger helt på EU-rätt. Effektivt genomförande av EU-rätten förutsätter en utredning enligt art 6.3 i habitatdirektivet, inkluderande bland annat att arters och livsmiljöers skyddsbehov är helt klarlagda. Om det inte på objektiva grunder kan uteslutas att en planerad verksamhet kan medföra påverkan av betydelse för ett område kan den inte godtas, något som EU-domstolen slog fast i Waddenzeemålet, C-127/02.

EU-domstolen uttalade i målet:

”Artikel 6.3 första meningen i direktiv 92/43 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter skall tolkas så att alla planer eller projekt som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för skötseln och förvaltningen av ett skyddat område skall bedömas på lämpligt sätt med avseende på vilka konsekvenser de kan få för målsättningen att bevara området, när det på grundval av objektiva kriterier, och i synnerhet med beaktande av områdets särart och miljömässiga förhållanden, inte kan uteslutas att planen eller projektet kan ha en betydande påverkan på det berörda området, enskilt eller i kombination med andra planer eller projekt. En sådan bedömning av dessa konsekvenser förutsätter att alla aspekter av planen eller projektet som, enskilt eller i kombination med andra planer eller projekt, kan påverka nämnda mål identifieras med hjälp av bästa möjliga vetenskapliga information innan planen eller projektet godkänns. Med ledning av slutsatserna från den lämpliga

bedömningen av planen eller projektet med avseende på konsekvenserna för målsättningen att bevara ett område, skall de behöriga nationella myndigheterna godkänna planen eller projektet endast efter att ha försäkrat sig om att det nämnda området inte kommer att ta skada. Så är fallet när det ur ett vetenskapligt perspektiv inte föreligger några rimliga tvivel om att planen eller projektet inte kan ha en skadlig inverkan.”

Synsättet har därefter utvecklats genom domstolens avgörande i Alto Sil-målet, C-404/09, där EU-domstolen uttalar att en skadebedömning inte kan anses tillräcklig om den innehåller brister eller saknar fullständiga slutsatser. Bedömningen måste enligt domstolen göras utifrån beslutsunderlag ”på grundval av vilka varje rimligt vetenskapligt tvivel kan skingras vad beträffar de planerade arbetenas påverkan på det berörda särskilda skyddsområdet”. Föreningen vill här även hänvisa till Högsta domstolens dom T 3158-12 där domstolen bekräftar EU-domstolens slutsatser.

För att kunna bedöma påverkan på dessa skyddade områden måste alltså uttömmande utredas på vilket sätt den planerade verksamheten kan komma att påverka Natura 2000-områdena. En sådan utredning ska visa konsekvenserna för målsättningen vad gäller bevarandet av området. I detta ingår bland annat:

- en utredning om gynnsam bevarandestatus,
- utbredning av populationer,
- störning på områdena som sådana samt på skyddade arter och livsmiljöer med speciell hänsyn till prioriterade sådana,
- verksamhetens påverkan på områdena i kombination med andra verksamheter,
- åtgärder för att begränsa eventuell störning på områdena och skyddade arter,
- eventuella kompensationsåtgärder om skada uppstår.

Samtliga ovanstående punkter är otillräckligt utredda i den aktuella ansökan. Detta påpekas även av Naturvårdsverket samt Länsstyrelsen för Gotlands län. Regeringen har därmed inte haft nödvändig kunskap om samtliga arter och habitat som skyddas av art- och habitatdirektivet som finns inom det aktuella Natura 2000-området samt hur dessa kan komma att påverkas. Inte heller har de biologiska sambanden kopplade till effekt på de skyddade livsmiljöerna utretts tillräckligt.

Tillstånd kan undantagsvis ges även om förutsättningarna i 7 kap 28 a § MB inte är uppfyllda, men då måste regeringen ge tillstånd enligt de speciella förutsättningarna som framgår enligt 7 kap 29 § MB. En sådan bedömning ska vara restriktiv och samtliga tre punkter enligt paragrafen måste vara uppfyllda, det ska saknas alternativa lösningar, verksamheten måste genomföras av tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse och åtgärder för att kompensera förlorade naturvärden måste vidtas. Dessa förutsättningar föreligger inte i detta ärende.

Förhandsavgörande

Både de aktuella frågorna gällande vatten och skydd av Natura 2000-områden i detta mål bygger helt och hållet på EU-rätt. Den extraordinära situation som lagändringen till förmån för Cementas verksamhet medfört riskerar att medföra liknande undantag även för andra typer av verksamheter. En sådan situation riskerar medföra att Sverige inte lever upp till de krav som medlemskapet i EU ställer på miljöområdet. Föreningen anser därför att förhandsavgörande med anledning av tolkningen av ramvattendirektivets bestämmelser är nödvändigt.

Ända sedan EU-domstolen meddelade dom i Cilfit, C-283/81, gäller att en domstol vars avgöranden inte kan överklagas enligt nationell rätt endast kan underlåta att hänskjuta en fråga till EU-domstolen i följande tre situationer: om den uppkomna frågan saknar relevans; om den aktuella unionsbestämmelsen redan uttolkats av EU-domstolen (*acte éclairé*), eller; om den korrekta tolkningen av unionsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel (*acte clair*). I *Association France Nature Environnement*, C-379/15, p 48 har EU-domstolen förtydligat det sistnämnda kravet så att innan en nationell domstol i sista instans förklarar en fråga vara *acte clair*, måste domstolen vara "övertygad" om att svaret på frågan är "lika uppenbar" för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EU-domstolen. Skyldigheten att hänskjuta frågan gäller om den nationella domstolen hyser minsta tvivel om den korrekta tolkningen eller tillämpningen av unionsrätten. Föreligger det såväl motstridiga tolkningar i nationell rättspraxis avseende ett unionsrättsligt begrepp, som återkommande svårigheter med tolkningen av begreppet i de olika medlemsstaterna talar detta för att förhandsavgörande är aktuellt.

Varken *Weser*, *Schwarte Sulm* eller *Bielefeld* ger svar på alla frågor av betydelse i detta mål angående bedömningen av den aktuella verksamhetens påverkan på ytvattenförekomsten. Det kan heller inte anses uppenbart hur de aktuella frågeställningarna ska besvaras. Det saknas även vad föreningen erfar avgöranden från EU-domstolen vad gäller undantag enligt artikel 2.4 i MKB-direktivet i det fall områden skyddade enligt artikel 6 i art- och habitatdirektivet kan komma att påverkas och hur artikel 2.4 MKB-direktivet i så fall förhåller sig till artikel 6.3 i art- och habitatdirektivet. Därmed kan inte kraven på *acte éclairé* eller *acte clair* anses vara uppfyllda. Högsta förvaltningsdomstolen är att betrakta som sista instans i målet.

Slutkommentar

Syftet med miljöbalken är att främja en hållbar utveckling som innebär att nuvarande och kommande generationer tillförsäkras en hälsosam och god miljö. Det är den som vill vidta en åtgärd eller bedriva en verksamhet som har att visa att denna inte kommer att medföra att balkens stränga krav inte kommer att kunna uppnås.

En stor del av miljöbalkens regleringar bygger dessutom helt och hållet på EU:s miljölagstiftning, inte minst bestämmelser centrala för detta mål såsom påverkan på miljökvalitetsnormer för vatten, icke-försämringskravet för vatten och artskydd. I de ovan anförda domarna från EU-domstolen står det klart att en hög nivå av miljöskydd och försiktighet väger klart tyngre än hänsyn till enskilda näringsidkares önskemål. Det

är således inte tal om en avvägning mellan jämbördiga intressen, utan de allmänna intressena av dricksvatten, rent vatten i övrigt, bevarande av biologisk mångfald m m ska väga tyngre.

Tidigare praxis från svenska domstolar angående påverkan på vatten kan mot bakgrund av EU-domstolens tolkning av ramvattendirektivet inte anses vara helt i överensstämmelse med EU-rätten. Miljökvalitetsmålet Grundvatten av god kvalitet uppnås inte idag och kommer heller inte att kunna uppnås om en sådan bedömning som regeringen nu gjort upprätthålls. En sådan praxisutveckling skulle leda till att Sverige inte efterföljer ramvattendirektivets krav.

Bevarande av den biologiska mångfalden är en grundläggande förutsättning för vår överlevnad och välfärd. Den biologiska mångfalden är idag hotad över hela världen och de största hoten är biotopförstöring och annan mänsklig påverkan. Det är därför av största vikt att även frågor om skyddade områden och artskydd bedöms utifrån en restriktiv tolkning av artskyddsförordningen och i enlighet med EU-domstolens praxis.

Sammanfattningsvis anför föreningen som grund för rättsprövningen följande:

1. Den lagändring som resulterat i 17a kapitlet MB strider mot regeringsformen både vad gäller tillkomst samt innehåll. Lagen kan således inte tillämpas.
2. Regeringens beslut strider mot 5 kap 4 § MB samt 4 kap 11-12 §§ vattenförvaltningsförordningen genom att tillstånd har meddelats utan behövligt beslutsunderlag. Därmed strider beslutet även mot ramvattendirektivet.
3. Regeringens beslut strider mot 6 kap 35 och 36 §§ MB samt 7 kap 28 b § MB då beslutet grundar sig på otillräckligt beslutsunderlag. Därmed strider beslutet även mot artikel 6.2 och 6.3 i art- och habitatdirektivet.

Då tillståndet redan tagits i anspråk och varje dag verksamheten bedrivs riskerar medföra omfattande och irreversibla skador är det av stor vikt att domstolen snarast inhiberar beslutet i avvaktan på bedömning av sakfrågan.

Dag som ovan

Gunilla Högberg Björck

Bilaga: Fullmakt