

Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2016:2

www.nordiskmiljoratt.se

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2016:2

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Gabriel Michanek

Webpage <http://www.nordiskmiljoratt.se/omtidskriften.asp> (which also includes writing instructions).

Karin och Susannes glädje, Lars-Anders sorg? Om uppdelade tillståndsprövningar på miljöområdet och respekten för samernas renskötselrätt

Jan Darpö*

Abstract

This article is a belated contribution to the previous issue of NMT, dedicated to Bertil Bengtsson on his 90th birthday (NMT 2016:1). The article touches upon two subjects which have been close to Bertil's heart throughout the years, namely the environment and the rights of the Sami people. Using the Rönnbäcken case concerning an extraction concession for minerals in a reindeer herding area in Swedish Västerbotten, the author argues that basic principles of environmental decision-making – such as the precautionary principle, an integrated and overall assessment of the impact from planned developments of natural resources and access to justice for the public concerned – seem to be applied less strictly when the authorities and the government strike the balance between mineral extraction and reindeer herding. As a consequence of this approach, the implementation of the international obligations concerning the protection of the Sami people and its culture is weakened. Furthermore, the fragmented decision-making procedure in subsequent phases according to different pieces of legislation and by different authorities creates a system that allows for “tyranny of the small steps”. It is also argued that the permit procedure for mineral extraction is counterproductive and not in the interests of any of the parties involved, as legal certainty is lacking. The author concludes that reform is needed to the laws concerning permits for investigation and extraction of minerals in Sweden, and their implementation.

* Professor of Environmental Law, Faculty of Law, Uppsala Universitet.

Inledning

Denna artikel var tänkt som ett bidrag till festutgåvan av Nordisk Miljörättslig Tidskrift till Bertil Bengtsson (NMT 2016:1), men som synes blev jag inte klar i tid. Artikeln handlar om två frågor som legat Bertil varmt om hjärtat genom åren, nämligen miljöfrågor och samernas rättigheter som ursprungsbefolkning. Den gemensamma länken är som så ofta annars miljöprocessuell. Den här gången handlar det om den rättspraxis som har utvecklats kring s.k. tillåtlighetsförklaringar har någon betydelse vid prövningar av verksamheter som påverkar samernas intressen. Närmare bestämt diskuterar jag vilken inverkan de krav som formulerades av Högsta domstolen och Europadomstolen i målen om Bunge och Botnia – vilka jag kallar för kraven på *helhetsbedömning* och *tillgång till effektiv rättslig prövning* – har på prövningen av mineralutvinning i renskötselmarker. Jag utgår från det kontroversiella målet om gruvan i Rönnbäcken när jag påstår att samernas frågor behandlas mera styvmoderligt än miljöintressena i tillståndprocessen. Slutsatsen är att mineralagstiftningen bör reformeras för att möta Sveriges internationella förpliktelser.

Tillåtlighetsförklaring och andra preliminärbeslut

En ”tillåtlighetsförklaring” inom miljörätten är ett preliminärbeslut som avgör om en planerad verksamhet kan accepteras med avseende på lokalisering och grundläggande villkor. Beslutet

kan tas av regeringen eller av en domstol (17 kap. resp. 22 kap. 26 § miljöbalken (1998:808, MB), men den rättsliga konstruktionen är i princip densamma. Traditionellt har beslutet ansetts vara bindande i den efterföljande tillståndsprövningen.¹ Motsvarande effekt kan också uppnås genom deldomar och prövotidsförordnanden (22 kap. 27 § MB) och andra slags uppdelningar av bedömningen av större verksamheter. Tillåtlighetsförklaringarna och andra slags preliminärbedömningar har varit föremål för en intensiv diskussion genom åren, på såväl EU-nivå som nationell nivå. Bakgrunden är att dessa konstruktioner medför en uppdelning av miljöprövningen som i många situationer kommer i konflikt med grundläggande krav inom miljörätten. Den svenska diskussionen har under senare år mycket kretsat kring det s.k. *Bunge-målet* om tillstånd att bryta kalk i närheten av Natura 2000-områden på norra Gotland. Den kontroversiella frågan gällde här om den uppdelning av miljöprövningen som tillåtlighetsförklaringen medförde var förenligt med kraven på en samlad bedömning av påverkan på Natura 2000-områdena, vilket Högsta domstolen besvarade nekande för tre år sedan (NJA 2013 s. 613). Man bör emellertid inte glömma bort att tillåtlighetsförklaringen som rättslig konstruktion var kontroversiell redan i samband med utbyggnaden av *Botniabanan* i Umeälvens deltaområde i början av 2000-talet. Då var det dock inte uppdelningen av Natura 2000-reglerna som stod i fokus, utan den berörda allmänhetens möjligheter till domstolsprövning av de administrativa besluten. Den frågan bedömdes i två rättsprövningar i HFD, där de klagande först avvisades, sedan inte tilläts ifrågasätta lokaliseringen av järnvägen. De stämde därför Sverige inför Europadomstolen för brott mot rätten till en

rättvis rättegång och avgörandet i *Karin Andersson and others v. Sweden* kom förra sommaren. Domen är en svidande vidräkning med den svenska uppdelningen av tillgången till rättslig prövning, ett faktum som förtjänar att uppmärksammas.

Vi kan alltså konstatera att idén med tillåtlighetsförklaringar inom loppet av ett drygt år fick två grundskott genom avgörandena i *Botnia* och *Bunge*. Jag menar att traditionerna på rättsområdet är en viktig del i förklaringen till att mötet mellan bindande preliminärbedömningar och EU-rätten blivit så dramatisk i Sverige. För många har det varit svårt att acceptera att medlemsstaternas processuella autonomi måste utövas inom ramen för de krav som ställs enligt unionsrätten. Kontroverserna kring *Botnia* och *Bunge* ansluter emellertid till en mera allmän diskussion om hur miljökraven i den gemensamma lagstiftningen kan få genomslag i de nationella systemen. Här finns mycket att lära, exempelvis från den omfattande rättspraxis som bildats av EU-domstolen kring s.k. "salami-taktik" och liknande, då verksamhetsutövare och myndigheter har försökt undgå MKB och andra slags utredningskrav genom att dela upp projekt eller prövningen av dessa i mindre delar.² Även Mark- och miljööverdomstolen har många gånger slagit ned på utredningar i tillståndsärenden som varit för snäva eller på annat sätt inte sett till den samlade effekten av den prövade verksamheten.³ Till viss del berör diskussionen om uppdelning också skillnaden mellan den fulla överprövning som sker i en reformatorisk process i mark- och miljödomstolarna och HFDs rättsprövning enligt lagen 2006:304 (RPL). Här är det fråga om en begränsad prövning av beslutets formella och materiella rättsenlighet. En begäran om rätts-

¹ Se Darpö: *EU-rätten och den processuella autonomin på miljöområdet*. Nordisk Miljörättslig Tidskrift 2012:2, s. 3. Samtliga mina artiklar som jag hänvisar till i texten återfinns på [www.jandarpo.se/Artiklar & Rapporter](http://www.jandarpo.se/Artiklar%20&%20Rapporter).

² Välkända exempel på detta från EU-domstolen är C-72/95 *Kraaijeveld* (1996), C-392/96 *KOM ./. Irland* (1999) och C-2/07 *Abraham* (2008).

³ Här kan nämnas MÖD 2007:50 *Citytunneln*, MÖD 2011:51 *Boliden*.

prövning skjuter inte heller upp beslutet – vilket annars är den vanliga ordningen vid överklaganden av miljöbeslut – om inte HFD beslutar om inhibition. Slutligen är processen kassatorisk, dvs. domstolen kan som huvudregel bara acceptera eller upphäva beslutet.

Utgångspunkten för denna artikel är att de slutsatser som kan dras av *Botnia* och *Bunge* – som jag alltså kallar kraven på *helhetsbedömning* och att de berörda har *tillgång till en effektiv rättslig prövning* – är allmängiltiga inom miljöprocessen. Min avsikt är därför att diskutera vilken betydelse som dessa krav får på ett annat område inom miljörätten, nämligen vid tillståndsprövningen av mineralutvinning. Då artikeln är tillägnad Bertil Bengtsson känns det också lämpligt att fokusera på ett av hans många andra intresseområden vid sidan av miljörätten, nämligen samernas renskötselrätt. Jag utgår från ett av de mest uppmärksammade målen de senaste åren, nämligen HFDs prövning av bearbetningskoncessionen för gruvan i *Rönnbäcken* i Storuman. Därefter övergår jag till en allmän diskussion om miljöprövningen av gruvor. Jag inleder emellertid med en kort redogörelse för domarna om *Botnia* och *Bunge* och de slutsatser som kan dras därav.

Tillbaka till Botnia

Järnvägsutredningen om Botnia-banans dragning i Umeälvens delta presenterades 1998. Därefter gick miljöprocessen i två ”huvudspår”, där det första gällde prövningen av järnvägsplanen. Den blev föremål för två regeringsbeslut och två följande rättsprövningar i HFD (dåvarande Regeringsrätten). Det andra spåret var prövningen enligt MB som slutligen avgjordes i sak av Miljööverdomstolen (MÖD) 2007.⁴ Ärendet om järn-

vägsplanen började i Banverket, som hänsköt det till regeringen för en tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. MB. Då järnvägen föreslogs gå igenom två Natura 2000-områden med prioriterade naturtyper rådgjorde regeringen med EU-kommissionen under våren 2004. Regeringen argumenterade för att järnvägen var motiverad av tungt vägande allmänintresse och att det saknades alternativ till den valda dragningen, vilket godtogs av kommissionen. Därefter beslutade regeringen att den föreslagna järnvägsdragningen var tillåtlig och meddelade ett antal villkor för verksamheten.

Ett antal närboende och Sveriges Ornitologiska Förening (SOF) begärde rättsprövning av regeringens beslut hos HFD, men domstolen avvisade samtliga (RÅ 2004 ref. 108). Att föreningen avvisades var inte särskilt förvånande på den tiden, då det inte var fråga om myndighetsutövning mot enskild.⁵ HFDs majoritet avvisade emellertid även de enskilda med hänvisning till att planläggningen av järnvägen inte hade kommit så långt att det gick att uttala sig om vilka som skulle beröras eller vilken hänsyn som skulle tas till deras intressen. Då de enskilda ansågs ha möjlighet till domstolsprövning i ett senare skede – genom rättsprövning av regeringens beslut om fastställande av järnvägsplanen – ville domstolens majoritet inte ta upp deras talan till prövning. En ledamot – justitierådet Susanne Billum – var skiljaktig och pekade bl.a. på att regeringens beslut i tillåtlighetsprövningen enligt 17 kap. MB var bindande för den efterkommande järnvägsplaneringen, varför det är särskilt viktigt för den enskilde att kunna påverka i detta tidiga skede.

slutpunkten som blev frågetecken. Nättidningen JP Miljönet 2008-12-22.

⁴ MÖD 2006:44 och MÖD 2007-12-06 i mål nr M 5214-04, M 4616-04, M 4494-04, M 3094-03, M 3789-07. För en utförligare bakgrundsbeskrivning, se Darpö: *Botnia-banan*;

⁵ Detta framgick av lagtexten i 1 § 2 st. då gällande rättsprövningslagen (1988:205) och av stabil praxis från Regeringsrätten (bl.a. RÅ 1995 ref. 55 och RÅ 1989 not 447).

Efter det att HFD avvisade samtliga som sökte rättsprövning av regeringens tillåtlighetsbeslut fortsatte Banverket arbetet med järnvägsplanen. Den beslutades i juni 2005 och fastställdes efter överklagande av regeringen två år senare.⁶ Ansökan om rättsprövningen gjordes av 25 närboende, SOF och Svenska Naturskyddsföreningen (SNF), vilka yrkade att regeringens beslut skulle upphävas. Man menade att hela lokaliseringsfrågan måste prövas för att de enskilda skulle få sina rättigheter bedömda i domstol, något som följer av både Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR) och Århuskonventionen.⁷ I sak argumenterade sökandena för att regeringsbeslutet stred mot reglerna i art- och habitatdirektivet (92/43), eftersom en grundläggande förutsättning för att göra undantag från Natura 2000-skyddet är att det saknas alternativ till projektet samt att det kan motiveras av tungt vägande allmänintressen.

HFDs dom i det andra rättsprövningsmålet var inte heller enhällig och majoriteten (fyra ledamöter) resp. minoriteten (en ledamot, återigen Susanne Billum) utvecklade helt olika synsätt av prövningens omfång och förhållandet till EU-rätten (RÅ 2008 ref. 89). Bakgrunden var alltså att någon domstolsprövning inte skett av den grundläggande frågan om järnvägens dragning igenom Natura 2000-områdena var tillätlig enligt EU-rätten.

Majoriteten ansåg att lokaliseringen redan var avgjord genom regeringens tillåtlighetsbeslut. Man menade att det faktum att samtliga som begärt rättsprövning av det beslutet avvisats inte kunde medföra att prövningen av det

nya regeringsbeslutet skulle omfatta även dessa frågor. Det hade nämligen inte ålegat regeringen att vidta någon omprövning av sitt tidigare beslut när man fastställde järnvägsplanen. Majoritetens slutsats var alltså att rättsprövningen av järnvägsplanen inte kunde omfatta lokaliseringsfrågan enbart därför att en domstolsprövning av den frågan tidigare inte varit möjlig. Därmed kunde rättsprövningen inte omfatta Natura 2000-frågan och regeringsbeslutet fastställdes.

Den skiljaktiga ledamoten Billum menade inledningsvis att målet borde ha avgjorts i plenum, då majoritetens ställningstagande stred mot vad som förutsattes när samtliga sökanden avvisades i det första rättsprövningsmålet, nämligen att en allomfattande prövning skulle ske i rättsprövningen av järnvägsplanen. Dessutom delade hon inte majoritetens åsikt om prövningens omfång. En grundprincip i förvaltningsprocessen är nämligen att den som överklagar ett beslut kan åberopa alla slags intressen – inbegripet allmänna – som grund för sin talan. I målet hade flera av dem som överklagade Banverkets beslut påpekat att hinder förelåg enligt Natura 2000-reglerna, vilket regeringen borde ha prövat. Enligt den skiljaktiga ledamoten hade de berörda därför rätt att i denna situation få frågan om lokaliseringen bedömd i domstol. Därefter gick hon över till att pröva regeringens beslut i sak, vilket alltså skedde genom en fullständig bedömning av de omständigheter som klagandena anförde. Hennes slutsats blev att regeringens beslut skulle undanröjas med hänvisning till att projekt som kan medföra skada på ett Natura 2000-område bara får genomföras om det inte finns några alternativ. De skäl som Banverket och regeringen anförde till stöd för den föreslagna dragningen hade dock främst varit ekonomiska, vilket inte dög för att visa att det saknades andra lokaliseringar eller lösningar.

⁶ Regeringens (Näringsdepartementet) beslut den 28 juni 2007, dnr N2005/6588/TR, i fråga om Banverkets beslut att fastställa järnvägsplan för Botniabanan, sträckan Stöcke-Centrala Umeå, Umeå kommun.

⁷ FN/ECE:s konvention om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor, SÖ 2005:28. Sverige tillträdde konventionen 2005.

Karin Andersson och hennes grannar i Europadomstolen

Efter HFDs andra rättsprövning stämde de enskilda klagande Sverige inför Europadomstolen.⁸ De hävdade att regeringens beslut rörde deras civila rättigheter och att de hade förvägrats en rättvis rättegång enligt artikel 6 EKMR. I sitt svaromål begärde regeringen inledningsvis att några av de klagande, nämligen de som bodde utanför järnvägskorridoren, borde avvisas. Detta godtogs emellertid inte av Europadomstolen som menade att samtliga närboende kunde beröras av olägenheter från den planerade verksamheten i form av buller, vibrationer och värde-minskning på fastigheterna och att verksamheten därmed gällde deras civila rättigheter (domen, pp. 46–47). Domstolen accepterade inte heller regeringens invändning om att de klagande inte hade uttömt de nationella rättsmedlen. Här argumenterade regeringen dels att samtliga inte hade klagat på alla beslut som föregick den andra rättsprövningen, dels att de ändå kan få skadestånd för brott mot EKMR enligt svensk rätt. Europadomstolen konstaterade bara att HFDs avvisning 2004 var generellt tillämplig och hade träffade alla som hade klagat. Till detta kom att miljödomstolarna därefter hade ansett sig bundna av regeringens tillåtligheidsförklaring, vilket ursäktade vissa av de närboendes passivitet. Det avgörande var enligt Europadomstolen istället vilka som hade begärt rättsprövning av det sista regeringsbeslutet, vilket samtliga klagande hade gjort (58–60).

Därefter övergick Europadomstolen till klagomålet i sak. I den delen är domen på enbart två sidor, sex punkter totalt (64–70), varav de två sista utgör domstolens egen bedömning. Karin Andersson och hennes medparter hävdade att de

hade blivit förvägrade en fullständig prövning av järnvägsplanen genom att de först blev avvisade (2004) och därefter inte kunde få alla frågor bedömda (2008). Regeringen ansåg däremot att en tillåtligheidsbedömning enligt 17 kap. MB mest handlar om politiska frågor och därför lämpligen ska ligga i regeringen, där det administrativa skönsutrymmet är – och ska vara – större. Det fanns heller ingenting i målet som tydde på att beslutet var godtyckligt eller i strid emot nationella eller internationella rättsregler. De klagande hade haft flera tillfällen att delta i processen, bl.a. genom MKB-förfarandet. Alla frågor som berörde de klagandes egna intressen – jämte de allmänna miljöintressena och järnvägens lokalisering – hade dessutom prövats vid antagandet av järnvägsplanen, liksom vid rättsprövningarna i HFD. De närboende hade även haft möjligheten att få sina klagomål om olägenheter och värdelöshet bedömda av myndigheter och domstolar, varvid de hade fått kompensation och skyddsåtgärder hade vidtagits.

Europadomstolen var inte imponerad av regeringens argumentation. Man erkände visserligen att byggandet av järnvägar är en komplex process och att konventionsparterna har frihet att välja beslutsformerna för sådana projekt. Artikel 6 EKMR medför emellertid ett krav på rättvis rättegång så snart de berörda har skälig anledning att anta att deras civila rättigheter har kränkts (68)). I det här fallet var det enligt Europadomstolen tveklöst så att åtminstone deras egendomsrätt hade berörts på ett sätt som de ville få bedömt av en domstol. Då regeringens beslut 2003 i tillåtligheidsfrågan hade "bindande effekt" på den efterföljande bedömningen av järnvägsplanen skulle rättsprövningen 2004 av det beslutet varit det naturliga tillfället för att göra denna bedömning. Trots detta avvisades de klagande med hänvisning till att senare kunde begära rättsprövning av järnvägsplanen, vilket inte hindrade HFD från att då begränsa sin bedömning till de

⁸ ECtHR (5th Section), judgement 25 September 2014; Case of Karin Andersson and others v. Sweden, Application No. 29878/09.

frågor som inte hade prövats i tillåtighetsbeslutet (69). Europadomstolen konstaterar att detta utgör ett brott mot artikel 6 EKMR med följande korta motivering (min kursiv):

70. It is true that certain details of the railway project could be determined in the subsequent proceedings and that several applicants have received some form of compensation for the effects of the railway construction. *The fact remains, however, that the applicants were not able, at any time of the domestic proceedings, to obtain a full judicial review of the authorities' decisions, including the question whether the location of the railway infringed their rights as property owners. Thus, notwithstanding that the applicants were accepted as parties before the Supreme Administrative Court in 2008, they did not have access to a court for the determination of their civil rights in the case.*

Bunge och tillåtighetsbedömningarnas "bindande" effekt

Genom Europadomstolens dom i *Karin Andersson* bekräftades alltså den gamla kritiken mot tillåtighetsförklaringarna när det gällde den berörda allmänhetens möjligheter att komma till tals och rättsligt ifrågasätta besluten. Kritiken mot tillåtighetsförklaringen i *Botnia* avsåg emellertid också frågan om prövningens omfång, närmare bestämt om de lagstadgade miljökraven kan få genomslag i ett system som bygger på en uppdelning av processen. Även i den delen intog domstolarna en sorgfri inställning till EU-rätten då man fann sig bundna av regeringens tillåtighetsförklaring, ungefär med motiveringen att så var förutsatt i det svenska miljöprövningssystemet. Den inställningen var rådande⁹ fram till

HDs avgörande i det omtalade *Bunge*-målet på sommaren 2013.

Bakgrunden var att företaget *Nordkalk* 2005 och 2006 ansökte om tillstånd till bergtäkt i *Bunge* på *Gotland*. Ansökan omfattade flera tillstånd enligt MB, däribland *Natura 2000*-reglerna. Miljödomstolen avsåg ansökan med hänvisning till risken för skada på de skyddsvärda områdena. Bolaget överklagade till MÖD som ansåg att de föreskrivna villkoren *borde leda till* att skadliga effekter inte uppstod på de skyddsvärda intressena. Man gjorde därför en "tillåtighetsförklaring" enligt 22 kap. 26 § MB och återförvisade målet till miljödomstolen för bestämning av tillstånd och villkor. Där ogillades emellertid ansökan återigen med hänvisning till att det enligt EU-rätten *ska vara klarlagt* att verksamheten inte kan påverka de skyddsvärda intressena i *Natura 2000*-områdena. *Nordkalk* överklagade till MÖD, vars avgörande innebar att företaget fick de tillstånd man sökt. MÖD menade att frågan om företagets tillåtlighet redan var avgjord genom tillåtighetsförklaringen och att prövningsordningen förutsätter att underinstanserna lojalt följer processuella anvisningar från överrätten vid återförvisning. Sedan upprepade man att de planerade skyddsåtgärderna *borde leda till* att effekterna på arterna och naturtyperna i områdena hölls på en godtagbar nivå.

Tillståndet överklagades till HD som i allt väsentligt bekräftade den kritik som under mer än tio års tid hade riktats mot uppdelning av tillståndsprocessen genom användningen av tillåtighetsförklaringar i *Natura 2000*-ärenden (NJA 2013 s 613).¹⁰ HD pekar på att tillståndsprövningen enligt *Natura 2000*-reglerna utgår från att det någonstans i processen *görs en sam-*

⁹ Se t.ex. miljöprövningen av vindparken i *Sjisjka*, *Gällivare* (MÖD 2009:38).

¹⁰ Se *Darpö*, J: *Natura 2000 i Sverige I-II* (Juridisk tidskrift 2007/08 s. 3 resp. s. 295), *EU-rätten och den processuella autonomi på miljöområdet* (Nordisk Miljörettslig Tidskrift 2012:2, s. 3) och *Bunge-täkten i Högsta domstolen* (Miljöaktuellt 2013-06-20).

lad bedömning av verksamhetens påverkan på de skyddsvärda intressena. Bedömningen ska vara fullständig, exakt och slutlig så att det är möjligt att skingra varje vetenskapligt tvivel i fråga om dessa effekter. Tillståndsmyndigheten ska med andra ord kunna väga in verksamhetens alla aspekter och samlat pröva återverkningarna på det skyddade områdena. Det är något som svårigen låter sig göras redan vid tillåtlighetsprövningen. Då det heller inte var tydligt att MÖD hade gjort en sådan helhetsbedömning i den överklagade domen, undanröjdes tillståndet och målet återförvisades till miljödomstolen för en fullständig prövning.¹¹

Rättsutvecklingen efter Botnia och Bunge

Karin Andersson var alltså ett tydligt underkännande av HFDs resonemang i Botnia när det gällde den berörda allmänhetens möjligheter att försvara sina intressen. Vid en läsning idag av HFDs andra rättsprövningsavgörande från 2008 är det svårt att förstå hur domstolen resonerade, särskilt som en av ledamöterna anmälde avvikande åsikt i en grundläggande fråga. Alldeles oavsett hur majoriteten tänkte så är domen en tydlig illustration av hur formalistisk juridik kan fungera – ”juristerier” som danskarna säger – på så vis att man tillämpar alla regler så strikt så att slutsatserna blir fel. Därefter har rättsläget emellertid förändrats genom tillkomsten av 2006 års RPL. För det första bestäms numera kretsen av enskilda som kan begära rättsprövning genom skrivningen ”beslut av regeringen som innefattar en prövning av den enskildes civila rättigheter eller skyldigheter” enligt EKMR (1 § RPL). Under den skrivningen har HFD utvecklat ett nytt och

för de enskilda mera generöst synsätt. I målet om *Förfart Stockholm* uttalade man att en domstolsprövning av lokaliseringsfrågan bara kan ske genom rättsprövning av regeringens tillåtlighetsbeslut och att processen därför ska anses innefatta en prövning av klagandes civila rättigheter eller skyldigheter.¹² På så vis kan alltså de enskilda klagande ta tillvara på sina intressen genom att begära rättsprövning av regeringens beslut i planeringsfasen av ett projekt. Dessutom medförde 2006 års RPL att miljöorganisationerna fick möjlighet att begära rättsprövning av ”sådana tillståndsbeslut av regeringen som omfattas av artikel 9.2” i Århuskonventionen (2 § RPL). Här är det fråga om listade verksamheter som kräver MKB eller olistade verksamheter som kan medföra ”betydande miljöpåverkan”.¹³ Järnvägsplaner är exempel på sådana tillstånd. Det Moment 22 som Botnia innebar för de motstående intressena bör därför nu vara åtgärdat, åtminstone i formellt avseende.

När det gäller den andra invändningen mot bindande preliminärbedömningar – dvs. kravet på helhetsbedömning – är rättsläget däremot mera oklart. HDs resonemang i domen om *Bunge* var allmängiltigt och diskussionen därefter har därför omfattat alla slags tillåtlighetsförklaringar och preliminärbedömningar på ett allmänt plan. Eftersom HD har slagit fast att sådana besluts ”bindande effekt” kan strida emot EU-rätten, är alla frågor uppe till prövning vid ett överklagande av det efterföljande tillståndsbeslutet för en verksamhet, inbegripet lokaliseringen och de grundläggande villkoren om skyddsåtgärder. Det här har inte bara bäring på Natura 2000, utan även andra situationer där det finns ett krav på helhetsbedömning av en verksamhets påverkan på miljön och andra motstående

¹¹ För en utförligare redogörelse för alla turer i Bunge-målet, se Darpö: *Bunge-täkten och EU-rätten*. Nättidningen JP Miljönet 2012-10-15. Idag ligger målet återigen i MÖD, nu vilandeförklarat i avvaktan på Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) rättsprövning av regeringens Natura 2000-förklaring av täktområdet från 2015.

¹² HFD 2011 not. 26, se även RÅ 2008 not. 75.

¹³ Se Darpö, J: *Rätten att klaga på miljöbeslut i EU-rättslig be-lysning. Del 2: Klagorätten utanför miljöbalken*. Europarättslig Tidskrift 2013 s. 481.

intressen. Det är emellertid för tidigt att uttala sig om vilket genomslag som HDs avgörande fått i miljöprövningen. Det finns enstaka exempel från miljödomstolarna på hur "tillåtlighetsförklaringar" använts på ett sätt som verkar strida mot kravet, men också avgöranden där sådana har underkänts just därför att de förhindrat en fullständig bedömning av en verksamhets miljöeffekter.¹⁴ Utöver någon enstaka studentuppsats har användningen av tillåtlighetsförklaringar efter *Bunge* emellertid inte undersökts systematiskt och man kan därför inte dra några slutsatser kring deras fortsatta användning i miljöprocessen. En rimlig utgångspunkt är emellertid att såväl regeringen som miljödomstolarna är försiktiga med att använda dessa preliminärbeslut i situationer där kravet på helhetsbedömning bygger på EU-rätten.

Den uppdelade prövningen av mineralutvinning i Sverige

Som redan nämnts, menar jag att kraven på helhetsbedömning och allmänhetens tillgång till rättslig prövning är allmängiltiga inom miljöprocessen. Det kan därför vara intressant att lyfta blicken något till andra situationer som bygger på en uppdelad prövning av verksamheter som har konsekvenser i miljön. Miljörätten innehåller som sagt många slags preliminärbedömningar som i större eller mindre grad inverkar på efterföljande beslut om tillstånd till verksamheten. Flera av dessa har också gamla anor på rättsområdet. Så går ju exempelvis regeringens möjligheter att tillåtlighetsförklara större verksamheter tillbaka till den fysiska riksplaneringen 1972 och införandet av 136a § byggnadslagen (1947:385), vilket Bertil Bengtsson skrev om redan i andra

upplagan av boken *Miljörätt*.¹⁵ Skälet för uppdelningen ligger givetvis i föremålet för miljöprövningen, dvs. att det ofta rör sig om stora och investeringstunga verksamheter med långa planeringshorisonter. Verksamhetsutövaren har i dessa situationer intresse av att så tidigt som möjligt får klarhet i om exploateringen får komma till stånd. Även processekonomiska skäl anges ofta till stöd för dessa rättsliga konstruktioner.

En typisk sådan uppdelning av prövningen av verksamheter ges i gruvlagstiftningen. Här meddelas de inledande tillstånden av Bergmästaren och miljöprövningen görs av mark- och miljödomstolarna enligt följande. Eftersökning – malmletning – sker på allemansrättslig grund och kräver inte något myndighetstillstånd eller tillåtelse av ägare eller brukare av det intressanta området. När man kommer så långt som till närmare undersökningar genom fysiska ingrepp i marken krävs en undersökningskoncession av Bergmästaren. Enligt 2 kap. 2 § minerallagen (1991:45, MineralL) ska en sådan ges så snart som det finns "anledning att anta" att undersökningen kan leda till fynd av mineraler i området. Vid handläggningen av dessa ärenden hos myndigheten kommuniceras inga andra intressenter än dem som har rättigheter till området. Andra som kan beröras av den planerade gruvdriften får alltså ingen information om vad som händer eller del i beslutsprocessen. En undersökningskoncession ger ensamrätt till undersökning och företräde till bearbetning. Det ges sällan villkor för undersökningen, men den omfattas av en allmän försiktighetsregel i 2:3 4 st. MineralL. Dessutom ska undersökningen utföras i enlighet med en av Bergmästaren fastställd arbetsplan. Undersökning brukar delas upp i momenten

¹⁴ Se Lönnroth, OC: Regeringens tillåtlighetsprövning av miljöfarliga verksamheter – en granskning av regeringens tillåtlighetsbeslut och dess rättsverkan. Uppsats vid Göteborgs universitet/Handelshögskolan, ht 2015.

¹⁵ Bengtsson, B: *Miljörätt*. Iustus förlag, andra upplagan 1972, s. 47f. Bestämmelsen i byggnadslagen överfördes 1987 till 4 kap. naturresurslagen (1987:12), se Westerlund, S: *Miljöskyddslagen – en analytisk kommentar*. Åmyra förlag 1990, s. 82f.

prospektering och provbrytning. För det senare krävs tillstånd enligt 9 kap. MB.

För brytning av mineralerna krävs därefter bearbetningskoncession. Enligt 4:2 MineralL ska Bergmästaren meddela bearbetningskoncession om en mineralfyndighet påträffats och sannolikt kan tillgodogöras samt att "fyndighetens belägenhet och art inte gör det olämpligt att sökanden" får det begärda tillståndet. Prövningen hos Bergmästaren handlar mest om mineralbevisning och ekonomisk lönsamhet. I ärendet ska emellertid också MKB-reglerna i 6 kap. MB tillämpas, liksom hushållningsreglerna i 3 och 4 kap. MB. Tillståndet gäller alltså att utvinna mineral på en viss plats, däremot sker själva miljöprövningen enligt MB i efterhand. Då finns dock en viktig begränsning. Av 4:2 4 st. MineralL framgår att bearbetningskoncessionen är bindande när det gäller lokaliseringen av verksamheten. Den avvägning som har gjorts av Bergmästaren mellan olika intressen får alltså inte omprövas i den efterföljande miljöprövningen, endast villkor om försiktighetsmått kan meddelas.¹⁶

Minerallagstiftningen är expropriativ på så vis att exploatören får tillgång till marken genom tillstånden och den efterföljande markanvisningen. Det senare sker genom en markanvisningsförrättning, som också sköts av Bergmästaren. Ersättning för skada och intrång ska betalas till markägare och dem med särskild rätt till fastigheten. Numera utgår också en viss mineralersättning till markägaren. Då mineralutvinning oftast medför en väsentlig miljöpåverkan krävs tillstånd regelmässigt enligt 9 och 11 kap. MB. Om arbetet kan påverka ett Natura 2000-område, kan också tillstånd enligt 7:27–7:29 MB behövas. Sådant tillstånd kan krävas redan vid vägdragningar och provborringar som utförs i undersökningsskedet. Det finns emellertid inte

något regelrätt förbud mot att meddela undersöknings- eller bearbetningskoncession i dessa områden, endast nationalparker är undantagna (3:6 MineralL). Därtill krävs ofta detaljplan enligt plan- och bygglagen (2010:900, PBL) för anläggningsområdet. Regleringen är även processuellt komplicerad; Bergmästarens undersökningskoncession överklagas till förvaltningsdomstolarna, medan bearbetningskoncessionen överklagas till regeringen, vars beslut rättsprövas av HFD. Arbetsplan och beslut i markanvisningsförrättning överklagas däremot i mark- och miljödomstolslinjen, liksom beslut enligt MB och PBL.

Den här uppdelningen har länge kritiserats för att försvåra en helhetsbedömning av miljöeffekterna vid mineralutvinning. Att den också är problematisk i förhållande till andra motstående intressen illustrerades i det uppmärksammade målet om mineralutvinningen i *Rönnbäcken*.

Rönnbäcksgruvan

Målet om Rönnbäcksgruvan i Västerbotten började 2010 då IGE Nordic AB fick bearbetningskoncession för två delområden. Vapstens sameby överklagade till regeringen som emellertid fastställde tillstånden några månader senare.¹⁷ Regeringen bedömde att det inte förelåg något hinder mot koncessionen enligt 3 och 4 kap. MB. Samebyn begärde rättsprövning hos HFD, som i maj 2012 undanröjde regeringens beslut.¹⁸ Domstolen menade att det förelåg en konflikt i området mellan två oförenliga riksintressen – mineralutvinningen och rennäringen – och att regeringen inte hade tydligt redovisat hur avvägningen hade skett för att bäst främja målet för hushållningen med marken enligt 3:10 MB. Då det dessutom var fråga om en bestämmelse som reglerade särskilt prioriterade intressen,

¹⁶ Michanek & Zetterberg: *Den svenska miljörätten* (Iustus, 3:e uppl. 2012 med supplement 2015), sid. 488ff.

¹⁷ Regeringen/Näringsdepartementet beslut 2010-10-21; dnr N2010/5329/FIN.

¹⁸ HFD 2012 not 27.

ansågs bristen vara så pass allvarlig att beslutet upphävdes.

I oktober 2012 meddelade Bergmästaren bearbetningskoncession för ett tredje område i Rönnbäcken, nu med Nickel Mountain som sökande.¹⁹ Även detta beslut överklagades av Vapstens sameby och ett antal enskilda. Regeringen behandlade de tre ärendena samtidigt och fastställde bearbetningskoncessionerna i augusti 2013.²⁰ I beslutet pekade man på att nickelfyndigheten vid Rönnbäcken är den i särklass största som kartlagts i Sverige och att en utvinning skulle ge betydande samhällsekonomiska vinster. Även om en fortsatt rennäring i området skulle ha mindre negativ påverkan på områdets ekologiska värden, bedömdes gruvbrytningen kunna ge större fördelar och bättre social välfärd, särskilt som den var tänkt att pågå endast i 27 år. Regeringen menade följaktligen att vid en avvägning mellan de två riksintressena skulle företräde ges åt mineralutvinningen. Man erkände visserligen att rennäringen inom de aktuella områdena temporärt måste upphöra och att det troligen också skulle bli negativa effekter i kringliggande riksintressanta renbetesmarker. Regeringen litade emellertid på Länsstyrelsen i Västerbottens bedömning att renskötseln i området kan fortsätta om kraftfulla skadebegränsande åtgärder vidtas. Därefter uttalade man:

Regeringen vill understryka att även om rennäring inte är möjlig att bedriva inom de aktuella områdena om företräde ges åt gruvverksamhet, behöver detta inte nödvändigtvis medföra att samebyns möjligheter att i

övrigt bedriva rennäring omintetgörs, vilket skulle strida mot renskötselrätten och Sveriges folkrättsliga åtaganden.

Därefter menade regeringen att de miljömässiga konsekvenserna av gruvverksamheten fick bedömas i den efterföljande miljöprövningen. De krav som Bergmästarens föreskrivit ansågs lämpliga, däribland kravet på samråd med samebyn för att minimera störningarna för renskötseln.

Även detta beslut gick till HFD för rättsprövning efter ansökan av Vapstens sameby. Klaganden menade att det låg på koncessionssökanden och beslutsmyndigheten att visa att gruvbrytning inte kommer att medföra otillåten påverkan på rennäringen. Samebyn gick också emot regeringens bedömning i sak och hävdade att de negativa effekterna på renskötseln i området skulle bli mycket stora. De tre dagbrotten med vägnät och tillhörande anläggningar skulle fragmentisera markerna och påverkan kunde bli så stor att man kunde tvingas lägga ned renskötseln.

HFDs dom i rättsprövningsmålet kom i oktober 2014, endast en månad efter *Karin Andersson*.²¹ Domstolen började med den sedvanliga uppräkningsavdelningen av det tillämpliga regelverket. Man pekade bl.a. på det skydd som den samiska befolkningen har för att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfundsliv enligt regeringsformen, däribland att bedriva renskötsel. HFD poängterade också att i den avvägning som ska göras mellan olika riksintressen enligt 3:10 MB ska Sveriges internationella åtaganden vägas in. Därefter konstaterar domstolen att regeringen hade tagit ställning mellan två oförenliga riksintressen, mineralutvinning och rennäring. Efter att ha hänvisat till den ovan citerade passusen från regeringens beslut, redogjorde domstolen för olika förarbetesuttalanden kring hushållningsreglerna. Man citerade även den slutsats

¹⁹ Man kan inte annat än att imponeras av rikedomerna på fantasifulla namn inom prospekterings- och gruvbranschen; Lappland Goldminers, Zink Mountain, Northland Resources, Dragon Mining, Endomines, Veille Montagne, osv.

²⁰ Regeringen/Näringsdepartementet beslut 2013-08-22; dnr N2012/1637/FIN, N2012/2776/FIN och N2012/5726/FIN.

²¹ HFD 2014-10-29 i målen 7425-7427-13 (ej rapporterat).

som har dragits i lagstiftningsarbetet, nämligen att det skydd som rennäringsen har i de svenska reglerna är betydligt starkare än det som får anses följa av Sveriges folkrättsliga förpliktelser. Med den utgångspunkten ställde domstolen sedan frågan om regeringens ställningstagande – d.v.s. att gruvdriften inte nödvändigtvis behöver medföra att samebyns möjligheter att bedriva rennäringsomintetgörs – var så bristfällig att beslutet bör upphävas. Efter att ha redogjort för Länsstyrelsens, Bergmästarens och samebyns inställning, konstaterade HFD att det står klart att gruvdriften skulle medföra påtagliga negativa effekter för möjligheterna att bedriva renskötsel även på den mark som omger koncessionsområdena, i synnerhet i nära anslutning till dessa. De områden som skulle påverkas utgjordes dels av flyttningsleder, dels värdefull året-runt-mark. Domstolen menade emellertid att det i nuläget inte går att göra någon säker bedömning av de störningar som gruvdriften kommer att medföra för rennäringsen. Vidare var det av avgörande betydelse att det ännu inte hade uppställts några konkreta villkor för gruvverksamheten, samtidigt som det hade förutsatts att kraftfullt skadebegränsande åtgärder måste vidtas. Regeringen hade också utgått från att det skulle vara möjligt att i den efterföljande miljöprövningen uppställa så detaljerade villkor att störningarna för renskötseln skulle bli så små som möjligt, en bedömning som domstolen anslöt sig till. HFD erkände att en sådan ordning medför att en viss osäkerhet präglar koncessionsprövningen och den avvägning som görs av de motstående intressena enligt 3:10 MB. Regeringens bedömning byggde emellertid på att samebyn inte ska tvingas upphöra med sin renskötselverksamhet i området och domstolen menade att den slutsatsen inte kunde anses vara så bristfällig att beslutet bör upphävas på den grunden. Vidare påpekar man att 3:10 MB ger ett stort utrymme för olika bedömningar. Då regeringen hållit sig till de ekologiska, kulturel-

la, sociala och samhällsekonomiska hänsyn som ska tas enligt förarbetena och dessutom ansett att tillståndet inte bryter mot Sveriges folkrättsliga förpliktelser, menade HFD att beslutet inte var lagstridigt. Därmed ansåg domstolen att det inte hade framkommit att regeringen hade felbedömt fakta eller överskridit det handlingsutrymme som ges i lagstiftningen eller att det annars hade förekommit något i handläggningen, varför beslutet om bearbetningskoncession skulle stå fast.

Lars-Anders m.fl. klagar hos FN

Efter regeringens andra beslut om Rönnbäcken sommaren 2013, anmälde 15 av de renägande samerna i Vapsten med Lars-Anders Ågren i spetsen Sverige till den granskningskommitté (CERD-kommittén) som finns under Konventionen om avskaffande av rasdiskriminering.²² De klagande menade att Sverige hade brutit mot konventionens krav på likabehandling, rätten till egendom och rättvis rättegång enligt artiklarna 5(a), 5 (d)(v) och 6.²³ Man hävdade att renskötseln kommer att avsevärt försvåras eller omöjliggöras i området genom den sammantagna effekten av de tre dagbrotten, anläggningarna och vägnätet. Vapsten pekade också på att bearbetningskoncessionen är avgörande för lokaliseringen av verksamheten och kan inte ifrågasättas vid den efterföljande miljöprövningen. Man menade också att regeringens beslut är rent politiskt och att HFDs rättsprövning är alltför begränsad, då den inte tar hänsyn till deras civila rättigheter i sammanhanget. Beslutet är också diskriminerade eftersom samerna som en del av en ursprungsbefolkning har en stark brukningsrätt till marken, vilken är fastställd genom HDs avgöranden i *Skattefjällsmålet* (NJA 1981 s. 1)

²² International Convention on the elimination of all forms of racial discrimination (CERD) under UNHCR, SÖ 1971:40.

²³ CERD Application 54/2013 (2013-09-18) Lars-Anders Ågren et al v. Sweden.

och *Nordmalingsmålet* (NJA 2011 s. 119). Enligt Vapsten får samerna regelmässigt stå tillbaka vid en konkret konflikt med exploateringsintressena, även om lagstiftningen ser ut att försvara deras grundlagsskyddade rättigheter.

I sina inledande svar till CERD hävdade den svenska regeringen att klagomålet i första hand skulle avvisas, då det är för tidigt att avgöra om samebyn är ett offer för diskriminering i konventionens mening. En bearbetningskoncession ger nämligen enbart en begränsad rätt och måste följas av en miljöprövning. Dessutom måste en arbetsplan för utvinningen utarbetas i samråd med Vapsten. Det var därför enligt regeringens uppfattning inte möjligt att i detta skede bedöma i vilken utsträckning som renskötseln skulle påverkas av exploateringen. På så vis är en bearbetningskoncession inte ens en indikation på att tillstånd kommer att ges och därför är talan för tidigt väckt.

Kommunikationen i målet fortsatte efter HFDs avgörande i det andra rättsprövningsmålet i oktober 2014. Här framhärdar Vapsten i att rättsprövning inte är ett effektivt rättsmedel, då HFD i praktiken inte prövar inverkan på rennäringen. Regeringen å sin sida tillstår att det inte har gjorts någon fullständig MKB i ärendet, då detta kommer att ske i tillståndsprövningen enligt MB. Om miljödomstolen då finner att verksamheten kan befaras orsaka skador eller olägenheter av väsentlig betydelse för människor eller miljön kommer den med tillämpning av 2:9 MB inte tillåtas.

I maj 2015 kom ett första preliminärbeslut av CERD-kommittén.²⁴ Här konstaterar kommittén att enligt artikel 26(2) jämställs samernas renskötselrätt till marken med en egendomsrätt. Vidare uttalar man att en bearbetningskoncession har en

mängd konsekvenser för denna bruksrätt, varför samebyn redan i detta skede kan vara ett offer för diskriminering i den mening som avses i konventionens. Slutligen begär CERD mer information av Sverige om hur miljöprövningen går till och vilka hänsyn som tas där, samt förlänger sin begäran om tillfälligt stopp för den vidare exploateringen.²⁵ Oavsett hur regeringen ser på denna begäran, står projekteringen av Rönnbäcksgruvan stilla just nu beroende på vikande lönsamhet i nickelbranschen. Bearbetningskoncessionen gäller emellertid fram till 2037 och processen i CERD-kommittén fortsätter.

Bakgrunden till samernas inställning

Jag ska inte uttala mig om de klagande samernas möjligheter till framgång med sin talan i CERD-kommittén. Skälet är givetvis att jag enbart har en ytlig uppfattning i frågor kring ursprungsbefolkning rättigheter och diskriminering och svensk lags förenlighet med internationella standarder på området. Då parternas argumentation i den frågan kan haft betydelse för hur HFD behandlade bearbetningskoncessionen för *Rönnbäcken*, vill jag ändå redogöra lite noggrannare för samernas synsätt.

Vapsten argumenterar för att deras egendomsrätt har kränkts genom bearbetningskoncessionen och att HFDs rättsprövning inte omfattar denna fråga, vilket är diskriminerande. Delar av den här argumentationen är inte enkel att förstå om man inte tar del av vad samebyns ombud – jur.dr. Mattias Åhrén, første amanuensis vid Norges arktiske universitet i Tromsø – har skrivit i frågan. I en nyligen utgiven antologi om ursprungsbefolkningsrätt har han utvecklat sin syn på samernas traditionella rätt att bruka marken

²⁴ CERD 18/5-15 Application 54/2013 Lars-Anders Ågren m.fl., Interim decision on 86th meeting of the Committee, 1/5-15.

²⁵ Om jag förstått det hela rätt, framställdes denna begäran första gången redan 2013 men avvisades av regeringen.

för rennärning.²⁶ Han menar att det är folkrättsligt klart att samerna som ursprungsbefolkning har en egendomsrätt ("property right") till renbeteslandet. En sådan rätt innebär per definition att rättighetsinnehavaren kan vägra exploaterer tillgång till dessa marker, dvs. de har friheten att medge eller vägra tillstånd ("informed consent") till sådan markanvändning. Undantaget från denna regel är expropriation, vilken måste kunna motiveras av tungt vägande allmänintressen samt ekonomisk kompensation. Det är enligt Åhrén tveksamt om en gruvexploatering av privata aktörer över huvud taget kan anses vara ett sådant intresse, åtminstone när det är fråga om projekt som inte ger betydande allmänna fördelar i form av sysselsättning och liknande. Även i sådana fall måste emellertid exploateringsintresset vägas mot rennäringens intressen och ingreppet får inte vara oproportionerligt betungande för det senare. Normalt sett – dvs. när det gäller annat slags egendomsrätt – kan expropriation ske mot ersättning motsvarande marknadsvärdet av marken. Den som är missnöjd med hur ersättningen beräknats, kan väcka talan i domstol, en möjlighet som finns även vid exploatering som rör renbeteslandet. Åhrén menar emellertid att ett sådant system inte håller när det gäller intrång på samernas marker, utan hänsyn måste också tas till den särskilda samiska kulturen, inbegripet traditionella näringar och andra kulturellt betingade markanvändningar och spirituella seder.²⁷ Att därför ersätta samebyn med marknadsvärde för marken är diskriminerande, då en sådan värdering inte tar hänsyn till den särskilda relation som de har till egendomen. Då

HFD dessutom inte kan pröva expropriationsfrågan fullt ut – dvs. om det finns tungt vägande allmänintressen för exploateringen och ingreppet inte är oproportionerligt betungande för samernas markanvändning och kultur – berövas de sina möjligheter till rättvis rättegång. Vid en sådan prövning skulle nämligen domstolen vara skyldig att göra en avvägning mellan det allmänna goda som skulle komma av en exploatering och den negativa inverkan den skulle ha för Vapstens sameby.

Rättsprövning och samernas intressen

Jag tänker som sagt inte gå in i diskussionen om hur samernas traditionella rätt till renbeteslandet ska betecknas, om denna rätt ska medföra en möjlighet att tillåta eller vägra exploatering av marken eller hur den ska värderas. Till skillnad från Åhrén tror jag emellertid inte att de frågorna var avgörande för utfallet av HFDs rättsprövning av regeringens beslut. Jag menar nämligen att en sådan avvägning mellan olika intressen och rättigheter som han efterlyser mycket väl ryms i rättsprövningen av ett beslut om exploatering av renbetesmarkerna. Givetvis ska HFD i en sådan situation inte bara ta hänsyn till de nationella reglerna, utan göra en självständig värdering av Sveriges internationella förpliktelser i förhållande till samerna. Och på den punkten kan domstolen kritiseras för avgörandet om *Rönnbäcken*. HFD säger ju egentligen bara att regeringens bedömning – dvs. att det inte går att göra en säker uppskattning av påverkan, men att det bör gå att vidta skadebegränsande åtgärder i den efterföljande miljöprövningen – visserligen medför osäkerhet, men inte kan sägas vara felaktig. Inte heller tyckte domstolen att regeringens bedömning att samebyn inte kommer att tvingas upphöra med renskötseln var så bristfällig att beslutet skulle upphävas. Då regeringen dessutom hållit sig till den avvägning som krävs enligt lagstiftning och förarbeten och därtill bedömt att

²⁶ Åhrén, JM: To what extent can indigenous territories be expropriated? Ur *Indigenous Rights in Scandinavia* (Red. C. Allard & SF Skogvang), Farnham 2016, s. 173.

²⁷ Min egen översättning av Åhréns skrivning på s. 181: "..., it appears relevant to consider the impact that resource extraction would have on the community's culture, including traditional livelihoods and other culturally based land uses and spiritual practices."

tillståndet inte bröt mot våra folkrättsliga förpliktelser mot samerna var allt i sin ordning, enligt HFD.

Domstolens resonemang känns bakvänt och medför att det folkrättsliga skyddet av samernas intressen får svagt genomslag i den svenska tillämpningen. Vem är det egentligen som ska visa vad i förhållande till våra internationella förpliktelser? Bakgrunden var ju att Vapsten hävdade – med stöd av ett sakkunnighetsutlåtande med en utförlig utredning²⁸ – att gruvverksamheten skulle beröra ett kärnområde för rennärningen och att störningarna från gruvdriften troligen skulle bli så stor att renskötseln måste upphöra. Mot detta hänvisade såväl regeringen som Bergmästaren till Länsstyrelsens bedömning att det är möjligt att bedriva fortsatt bärkraftig rennärning i Rönnbäcken under förutsättning av kraftfulla skadebegränsande åtgärder föreskrivs för gruvverksamheten. Vad dessa åtgärder ska bestå av utvecklas emellertid inte i yttrandet, annat än att man hänvisar till en lista med förslag från sökandens sida.²⁹ Samtidigt uttalade Länsstyrelsen att MKBn inte var tillräckligt detaljerad för att bedöma vilka åtgärder som behöver vidtas samt att flera frågor – bl.a. den om funktionellt samband mellan de olika renskötselmarkerna – måste utredas vidare. De villkor som sedan föreskrevs i Bergmästarens koncessionsbeslut blev intetsägande och innebar bara att bolaget ska samråda med samebyn och verka för att störningarna för renskötseln minimeras.³⁰ Alla andra frågor som har betydelse för rennärningen i området – däribland placeringen av sandmagasinet –

hänsköts till den efterföljande miljöprövningen. Dessa beslut godtogs utan ändring av regeringen. Vid HFDs rättsprövning accepterades sedan regeringens beslut därför att bedömningen inte kunde sägas vara felaktig. Om man vill hårdra så räcker det alltså för de politiska instanserna att uttala att man *tror* att det inte ska uppstå väsentlig påverkan på rennärningen eller att det *bör* gå att föreskriva så kraftigt skadebegränsande åtgärder att den inte tvingas upphöra för att besluten ska anses vara lagliga. Att så tydligt lägga bevisbördan för skada på dem som riskerar att utsättas för den skulle knappast accepteras vid en rättsprövning av ett beslut som inverkar på andra, mera typiska civila rättigheter. Jag menar att institutet rättsprövning istället kan och ska användas för att skydda samernas intressen, alldeles oavsett hur man betecknar dessa. Min uppfattning är att HFD borde ha gjort detta i fallet om *Rönnbäcken* genom att kräva att regeringen tydligare skulle visa att rennärningen kunde fortsätta att bedrivas på ett rationellt sätt i området. Om så är fallet – exempelvis genom att hela koncessionsområdet inte ianspråk tas samtidigt, att driften begränsas under känsliga perioder för rennärningen och att sandmagasinet placeras i ett område som inte berör rennärningen – borde det ha framgått redan av koncessionsbesluten.

Därutöver kan man fundera hur domstolens inställning i frågan om påverkan på samernas intressen är förenlig med den försiktighetsprincip som ju tillämpas vid den efterföljande miljöprövningen. Den principen innebär att man vid prövningen av en miljöfarlig verksamhet även ska ta höjd för osäkerheter och risker, dvs. till sådana skador som *kan* uppstå. En annan utgångspunkt i miljöprövningen är att konsekvenserna på de motstående intressena *ska vara klarlagda* innan tillstånd får meddelas, vilket inte minst HFD har betonat i flera miljösmål. Det kanske mest kända gällde rättsprövningen av en detaljplan i Kullavik som undanröjdes då MKBn inte innehöll nå-

²⁸ Vapstens inlägga i ärende 543-762-2012 till Länsstyrelsen i Västerbotten, ink 2012-05-24, yttrande 2011-08-30 av professor (em.) Öje Danell vid SLU/Uppsala.

²⁹ Länsstyrelsen i Västerbottens yttrande 2012-09-17 Samråd enligt 8 kap 1 § minerallagen om bearbetningskoncession för Rönnbäcken K nr 3, Storumans kommun.

³⁰ Bergmästarens beslut 2012-10-01 om bearbetningskoncession för Rönnbäcken K nr 3 i Storumans kommun, dnr BS 22-1714-2011.

gon utredning om påverkan på den EU-rättsligt skyddade arten större vattensalamander (*RA 2005 ref. 44*). Här uttalade domstolen att det är en förutsättning för ett effektivt genomförande av art- och habitatdirektivet att artens skyddsbehov är klarlagda och kan beaktas i planprocessen.³¹ Det är svårt att förstå varför domstolen inte tillämpat motsvarande synsätt när det gäller påverkan på samernas intressen redan vid rättsprövningen av bearbetningskoncessionen.

Gruvlagstiftningen och miljöprövningen

Även om man kan kritisera HFD för avgörandet om *Rönnbäcken*, illustrerar rättsfallet också ett större och mer systematiskt fel i prövningen av mineralutvinning. Det grundläggande problemet ligger nämligen i den uppdelade processen mellan minerallagstiftningen och MB. Mineralutvinning är i och för sig en verksamhet som till sin natur sker i olika faser, men det motiverar knappast en prövning som är som en av de mest splittrade inom miljörätten. Problemen gäller främst förhållandet att koncessionerna enligt minerallagstiftningen har rättsverkningar i miljöprövningen och att besluten tas av olika myndigheter. Regleringen är till för att ge exploatörerna säkerhet i sina planer, men uppdelningen medför stora problem i mötet med miljöprövningen och EU-rätten. I sin kommunikation med CERD hävdar visserligen regeringen att en bearbetningskoncession inte ens är en indikation på att miljötillstånd kommer att ges och att det senare kan vägras antingen med tillämpning av 2:9 MB, eller av 4:8 MB. Till det kan sägas att den förra paragrafen förutsätter att verksamheten befaras ge upphov till skada eller olägenhet av väsentlig betydelse för människor eller miljön. Bestämmelsen har tillämpats endast ett fåtal gånger i miljö-rättshistorien och mig veterligt aldrig vid en pröv-

ning av tillstånd till mineralbrytning. Dessutom är den försedd med undantaget att regeringen kan ge tillåtelse om det finns särskilda skäl, en lågt satt tröskel som knappast skulle hindra en viktigare gruvexploatering. Hänvisningen till 4:8 MB är i och för sig korrekt formellt sett, men en sådan rättstillämpning är miljöprocessuellt ineffektiv. Det kan inte vara i någons intresse att en gruvexploatering efter flera års processande underkänns därför att en helhetsbedömning på verksamhetens påverkan på Natura 2000-intressena inte gjorts tidigare. Detta problem illustrerades tydligt i ett annat rättsprövningsmål som avgjordes i början av året.

Fallet gällde en bearbetningskoncession i *Norra Kärr* i Jönköping.³² Här var det ett företag som fått koncession att exploatera sällsynta jordmetaller i ett område som låg i närheten av flera Natura 2000-områden. Ansökan och MKBn avsåg emellertid bara brytningsområdet – inte driftsanläggningarna – vilket också blev styrande för utformningen av koncessionen. Tillståndet överklagades, men regeringen fastställde och de klagande – bl.a. Naturskyddsföreningen – begärde rättsprövning hos HFD. Föreningen menade dels att MKBn var bristfällig, dels att koncessionen bröt mot 4:8 MB, som ju stadgar att tillstånd för en verksamhet som kräver tillstånd enligt de s.k. Natura 2000-reglerna (7:27–7:29 MB) får komma till stånd endast om ett sådant lämnats. I den praxis som utvecklats i miljödomstolarna har 4:8 förstås som att Natura 2000-tillstånd är en inledande förutsättning för andra slags tillstånd enligt MB.³³ Regeringen menade å sin sida i yttrandet till HFD att ansökan mycket väl kan avslås i miljöprövningen med tillämpning av

³¹ Rättsfallet *RA 2006 ref. 88 Boberg* om en detaljplan i Falkenberg är ett annat exempel.

³² HFD 2016 ref. 21, rättsprövning av regeringens (Näringsdepartementets) beslut 2014-01-16; N2013/3396/FIN, bearbetningskoncession för *Norra Kärr* i Jönköping.

³³ MÖD 2003:105 och MÖD 2006:43, se dock HFDs uttalande i HFD 2011 not. 26 *Förbifart Stockholm*, där dock situationen var lite annorlunda.

4:8 MB och kravet på helhetsbedömning enligt *Bunge* om verksamheten kunde befaras medföra skador på de skyddade intressena i Natura 2000-områdena.

I sitt avgörande uttalade HFD att frågan gällde om en den gjorda begränsningen av bearbetningskoncessionen var förenlig med minerallagstiftningen, EU-rätten och avgörandena i *Bunge* och *Förbifart Stockholm*. Man menade att utformningen av 4:2 MineralL utgår från att den bedömning som ska göras enligt 3–4 kap. MB ska vara så tidig som möjlig, vilket också gäller för bedömningen av påverkan av Natura 2000-områdena enligt 4:8 MB. I det här fallet omfattade Bergmästarens och regeringens prövning enbart själva brytningsområdet, vilket alltså innebar att påverkan på de känsliga områdena från de kringliggande driftsanläggningarna inte hade bedömts. Då störningsområdet från verksamheten enligt länsstyrelsen kunde vara så stort som 1 km från brytningspunkten gick det därför inte att utesluta att det kunde uppstå betydande påverkan på Natura 2000-intressena. Därmed ansåg HFD att någon bedömning enligt 3–4 kap. MB av markanvändningen och av påverkan på Natura 2000 inte hade skett, varför koncessionen upphävdes.³⁴

Den uppdelade mineralprövningen medför emellertid inte bara problem i förhållande till Natura 2000, något som visades i en doktorsavhandling som försvarades i början av året vid Luleå Tekniska Universitet. Författare var Lars Bäckström och Bertil Bengtsson var biträdande

³⁴ Ärendet gick sedan tillbaka till regeringen, som i sin tur återförvisade det – tillsammans med tre andra (*Viscaria* i Kiruna, *Kallak* i Jokkmokk och *Eva* i Arvidsjaur) – till Bergmästaren för förnyad koncessionsprövning, se <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2016/06/regeringsbeslut-om-bearbetningskoncessioner/>

I fallet *Norra Kärr* komplicerades saken av att Förvaltningsrätten i Falun i somras upphävde Bergmästarens beslut att förlänga undersökningskoncessionen för området (dom 2016-08-29 i mål nr 4291-15).

handledare.³⁵ I avhandlingen – *Svensk gruvrätt. En rättsvetenskaplig studie rörande förutsättningarna för utvinning av mineraler* – visar Bäckström att den uppdelade prövningen ger upphov till osäkerheter, vilket är negativt för samtliga inblandade; exploatörer, samerna och miljöintresset. Han menar att problemen främst gäller beslutsunderlagen och prövningens ändamålsenlighet. Prövningsordningen förutsätter att kraftigt skadebegränsande åtgärder föreskrivs redan i bearbetningskoncessionen, något som inte sker. Koncessionen är dessutom ofta begränsad till själva "gruvhålet" och någon samordnad bedömning av de kumulerade effekterna av verksamheten görs bara sällan. Sammantaget menar därför Bäckström att den "tillåtlighetsbedömning" som möjliggörs genom 4 kap. MineralL ofta sker innan alla kort är på bordet, vilket uppenbarligen strider mot miljörettens integrationstanke, inte minst uttryckt i EU-rätten. Han är vidare tveksam till att lagstiftningen idag fyller någon funktion när det gäller att stimulera och förenkla för exploatörerna, då den har en inbyggd osäkerhet om det slutliga resultatet av en prövning. Bäckström menar därför att Bergmästarens beslut borde begränsas till att omfatta exploatörens företrädesrätt till malmfyndigheten och att hela bedömningen av effekterna på de motstående intressena borde ske inom ramen för tillståndsprövningen enligt MB.

Den här kritiken är inte ny, men den har fått förnyad aktualitet genom avhandlingen. Den bekräftas också i en färsk forskningsrapport som Myndigheten för tillväxtpolitiska utvärderingar och analyser har beställt av Luleå Tekniska Universitet och KTH.³⁶ Författarna har jämfört regle-

³⁵ Handledare var Maria Pettersson, biträdande professor i rättsvetenskap vid LTU.

³⁶ Pettersson, M & Söderholm, K & Söderholm, P: *Miljöprövning och konkurrens i gruvindustrin*. Luleå Tekniska Universitet och Myndigheten för tillväxtpolitiska utvärderingar och analyser, 2016.

ringen och prövningen av mineralutvinning i Sverige med tre andra, stora gruvnationer; Finland, Kanada (Ontario) och Australien (Western Australia). Lagstiftningarna bygger i huvudsak på samma idéer, dvs. försiktighetsprincipen, bästa teknik (BAT), förorenaren betalar (PPP) och integrerad prövning. Det finns givetvis lärdomar att göra för svensk del, t.ex. att utveckla och tydliggöra reglerna för ekonomisk säkerhet och kraven på efterbehandling. En allmän komparativ slutsats är emellertid också att miljöprövningen i Sverige sker förhållandevis sent, vilket medför svårigheter med att förutse vilka villkor som kommer att ställas i det enskilda fallet. Slutsatserna i rapporten pekar alltså i samma riktning som Bäckström och andra kritiker har gjort de senaste åren, nämligen att det är hög tid med en ingripande lagreform på området.

Avslutande kommentar

Vid en jämförelse av domarna i rättsprövningsmålen om *Rönnbäcken* och *Norra Kärr* är skillnaden slående. Det är fråga om samma slags prövning, men i förhållande till EU-rättens mil-

jökkrav lägger HFD avgörande vikt vid *kravet på helhetsbedömning*. Så är inte fallet när det gäller bedömningen av påverkan på samernas intressen. Här kan man snarast tala om "de små stegens tyranni" genom att exploateringar och annat som påverkar rennäringen bedöms isolerat och var för sig.³⁷ *Rönnbäcken* är också ett tydligt exempel på hur samerna måste kunna motbevisa påståendet om att betydande skador inte kommer att uppstå, vilket givetvis är svårt. Man kan fundera på varför det är så stor skillnad i dessa mål. HFD är ju knappast förhindrad att tillämpa försiktighetsprincipen även med avseende på samernas intressen vid en rättsprövning genom att – med hänvisning till grundlagsskyddet och våra folkrättsliga förpliktelser – slå fast att påverkan på renskötseln måste vara klarlagd innan koncession kan meddelas. Slutsatsen är alltså att även om lagstiftningen för prövningen av mineralutvinning måste moderniseras, är det också av avgörande betydelse att HFD tar sin roll som väktare av grundlagsskyddade intressen på allvar när det gäller andra frågor än de klassiska "rättigheterna".

³⁷ Renskötselrätten och dess förhållande till egendomsrätten m.m. är avhandlingsämnet för doktoranden i rättsvetenskap Malin Brännström, Juridiska institutionen vid Umeå universitet. Avhandlingen beräknas vara klar under 2016.