



23-06-05

Mark- och miljööverdomstolen
Box 2290
103 17 Stockholm

Komplettering av överklagande i mål M 5569-23, frågan om talerätt för enskilda m m

Som juridiskt ombud för Naturskyddsföreningen i Norrbotten län i målet enligt fullmakt har jag överklagat Mark- och miljödomstolens dom gällande Talga AB:s ansökan om tillstånd enligt miljöbalken till gruvverksamhet med mera vid Nunasvaara Södra, Kiruna kommun. Överklagandet kompletteras härmed.

Vad gäller enskilda sakägare har jag efter det att sista dag för överklagande anlits av Erika Bjurholt samt Hanna Råman som själva överklagat i rätt tid. Utöver dessa två har jag anlits av 38 andra personer som framkommer av inskickade fullmakter. Bjurholt och Råman förelades den 5 maj av Mark- och miljööverdomstolen att inkomma bland annat med uppgift om vilka fastighetsägare som omfattades av det överklagande de sänt in. Efterfrågade uppgifter skulle vara insända senast 26 maj. Den 25 maj anmälde jag mig som ombud för samtliga och svarade då även som deras juridiska ombud på domstolens föreläggande. Mark- och miljödomstolen i Umeå skickade idag den 5 juni beslut om att samtliga sakägare, förutom Bjurholt och Råman, ansågs ha inkommit med sina överklaganden för sent och deras talan avvisades således. Dessa 38 personer är dock de fastighetsägare som avsågs i Bjurholt och Råmans överklagande (som inkom i rätt tid). Mark- och miljödomstolens beslut, mål M 1573-20 aktbilaga 510, överklagas härmed. De av mina huvudmän som fått sin talan avvisad yrkar att Mark- och miljödomstolens beslut upphävs och att de anses vara sakägare som inkom med överklagande i rätt tid. Om Mark- och miljööverdomstolen inte anser sig kunna fatta beslut i frågan i nu aktuellt mål vore jag tacksam för besked om detta separat och snarast så att överklagande kan skickas in särskilt.

Yrkanden

I överklagandet framförda yrkanden kvarstår.

Vad gäller yrkande nummer 4 vill mina huvudmän utveckla detta enligt följande.

Villkor

Villkorsnumreringen nedan följer Mark- och miljödomstolens dom.

Villkor 2

Sprängningar i dagbrotten får endast utföras vardagar dagtid mellan kl. 07.00-18.00. Verksamhetsutövaren ska eftersträva regelbundenhet avseende tidpunkterna för sprängningar. Sprängning får ske maximalt 1 gång per vecka.

Sprängningar får endast ske enligt ett särskilt program för skjuttider, signalsystem och varningsrutiner. Programmet ska upprättas i samråd med tillsynsmyndigheten.

Berörda ska på lämpligt sätt informeras om tidpunkten för sprängning. Informationen ska ges minst sju dagar före planerad sprängning. I informationen ska anges bland annat beräknad tid för sprängning.

I anslutning till, men före sprängning, ska omgivningen varnas med en tydlig ljudsignal.

Sprängning ska utföras så att luftstöt våg, buller och vibrationer vid bebyggelse och andra platser där allmänheten befinner sig, begränsas.

Vid sprängning ska verksamhetsutövaren vidta åtgärder så att stenkastning inte förekommer utanför avspärrat område.

Sprängning ska föregås av en tydlig hörbar varningssignal.

Villkor 3

Sprängningar ska genomföras så att vibrationer i närmaste bostäder minimeras. Sprängning får inte medföra att den sprängningsinducerade vibrationshastigheten, uttryckt som toppvärde i vertikalled mätt i bostad/sockel i närmaste bostadsbebyggelse, överstiger värdet 4 mm/s.

Kontroll av markvibrationer ska ske vid varje sprängtillfälle genom mätning vid ett närliggande bostadshus. Mätning ska ske i enlighet med Svensk standard, för närvarande SS 4604866:2011.

Angivna begränsningsvärden för vibrationer ska följas upp genom mätningar vid närmaste byggnad och bostadshus i enlighet med gällande kontrollprogram.

En standardiserad besiktning av alla fastigheter inklusive tillhörande byggnader som ingår i kontrollprogram ska utföras av verksamhetsutövaren innan tillståndet tas i anspråk.

Villkor 4

Luftstöt våg till följd av sprängning får vid närmaste bostadsbebyggelse, vid högst ett sprängningstillfälle per år, överstiga värdet 100 Pa, uttryckt som frifältsvärde. Värdet får dock aldrig överstiga 120 Pa.

Kontroll av luftstöt våg ska ske vid varje sprängningstillfälle genom mätning vid ett närliggande bostadshus. De angivna värdena ska kontrolleras genom mätning, enligt gällande Svensk Standard, för närvarande SS 02 52 10.

En standardiserad besiktning av alla fastigheter inklusive tillhörande byggnader som ingår i kontrollprogram ska utföras av verksamhetsutövaren innan tillståndet tas i anspråk.

Villkor 5

Buller från anläggningsarbeten får inte ge upphov till högre ekvivalent ljudnivå vid fasad bostadshus/fritidshus och vid uteplatser och andra ytor för utevistelse i bostadens närhet än

Helgfri måndag – fredag (dag) Kl. 07.00-18.00 50 dBA

Villkor 6

Ljudnivån från verksamhetens samtliga delar, inklusive sprängningar, krossning, lastning samt transporter inom samt till och från verksamhetsområdet får inte ge upphov till högre ekvivalent ljudnivå utomhus vid fasad bostadshus/fritidshus och vid uteplatser och andra ytor för utevistelse i bostadens närhet än följande värden:

Helgfri måndag-fredag kl. 07.00–18.00 45 dBA

Arbetsmoment som typiskt sett kan ge upphov till momentana ljudnivåer över 55 dBA får inte utföras.

Dessa begränsningar ska kontrolleras genom immissionsmätningar samt genom närfältsmätningar. Vid kontroll av ekvivalentvärden ska mätning ske under period som verksamhet pågår med maximalt bullrande omfattning, vid full drift. Ekvivalenta värden ska beräknas för de tidsperioder som olika verksamheter pågår, dock minst en timme.

Kontroll ska ske inom tre månader från det att verksamheten påbörjas, och därefter så snart det skett förändringar i verksamheten som kan medföra att värdena riskerar att överskridas eller när tillsynsmyndigheten bedömer att det behövs.

Om utförd kontrollmätning visar att villkoret överskrids ska allt arbete genast avbrytas och åtgärder vidtas så att värdena innehålls innan arbetena återupptas. Ny kontrollmätning ska göras i samband med att arbetena återupptas.

Villkor 8

Damning från verksamhetsområdet och de enskilda vägar som leder till och från verksamhetsområdet ska motverkas genom vattenbegjutning. Salt får inte användas för att binda damm.

Dammalstrande utrustning ska vara inbyggda eller utrustade på annat sätt som effektivt motverkar damning, till exempel genom bevattning av dysor. Dammavsugning ska ske genom filter.

Borrutrustning med mera ska vara utrustad med filter- och dammupptagningsanordningar.

Det uppsamlade dammet ska omhändertas på ett enligt tillsynsmyndigheten godtagbart sätt

Nytt villkor

Verksamheten får inte medföra försämring av vattenkvalitet eller vattenkvantitet i enskild dricksvattentäkt.

Nytt villkor

Om det under tillståndstiden uppstår vattenbrist eller försämring av vattenkvalitet i enskild vattentäkt för tillgodoseende av fastighetens behov av vatten för hushåll, djurhållning eller näringsverksamhet, ska verksamhetsutövaren efter begäran ersätta befintlig brunn eller på annat sätt ordna tillhandahållande av vatten för ovan angivet ändamål intill dess permanent vattenförsörjning kan ordnas.

Kostnader för provisorisk och permanent ny vattenförsörjning bekostas av verksamhetsutövaren.

Nytt villkor

Inträffar driftstörning som kan innebära risk för skada på miljön eller på människors hälsa ska verksamheten omedelbart avbrytas, lämpliga åtgärder vidtas och tillsynsmyndigheten omgående kontaktas.

Tid för oförutsedd skada

Anspråk i anledning av oförutsedd skada till följd av tillståndsgiven vattenverksamhet får framställas inom 15 år räknat från arbetstidens utgång.

Uppskjutna frågor

Frågor om vattenkvalitet och kvantitet samt vattenrening är en fråga för tillåtlighetsbedömningen och kan inte skjutas upp i villkor och heller inte delegeras till tillsynsmyndighet.

Yrkande 6 Förhandsavgörande

Till ledning för domstolens prövning yrkar mina huvudmän att Mark- och miljööverdomstolen begär förhandsavgörande från EU-domstolen enligt artikel 267 i Funktionsfördraget angående tillämpningen av ramdirektivet för vatten¹, art- och habitatdirektivet² och fågeldirektivet³. Frågor som behöver klargöras är bland andra följande:

- Hur ska en prövningsmyndighet hantera frågan om tillåtlighet i förhållande till ramvattendirektivet i de fall där den ansvariga nationella myndigheten för vattenförekomster inte beslutat om vattenstatus och miljökvalitetsnormer?
- 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 ramvattendirektivet?
- Är det förenligt med ramvattendirektivet att besluta om provotid vad gäller påverkan på vattenförekomster och övrigt vatten?

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område

² Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar

- Är 4 § artskyddsförordningen (AF) förenlig med fågeldirektivets krav på skydd av fåglar och dess livsmiljöer?

Grunder för prövningstillstånd

1. *Det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Mark- och miljödomstolen har kommit till och det går inte utan att sådant tillstånd meddelas att bedöma riktigheten av det slut som Mark- och miljödomstolen har kommit till.*

- Utgångspunkten i miljöbalken är att en samlad prövning ska göras av en verksamhets totala miljöpåverkan (prop 1997/98:45, s 168 ff). Enligt rättspraxis behöver en tillståndsmyndighets samlade prövning innefatta att alla centrala frågor hanteras på ett sådant sätt att villkor kan föreskrivas i alla delar som är relevanta från miljösynpunkt (se till exempel MÖD 2006:6 och 2006:54 samt Miljööverdomstolens dom den 10 mars 2011, mål nr M 4866-10).

Aktuell ansökan möjliggör inte sådan samlad prövning.

- Man måste skilja mellan en miljökonsekvensbeskrivning (MKB) och en utredning i ansökan angående skäl till att en verksamhet ska bedömas som tillåtlig. För att en prövningsmyndighet ska kunna göra en samlad bedömning som uppfyller balkens krav krävs att samtliga miljömässiga konsekvenser till följd av den sökta verksamheten tillsammans med de effekter som befintliga och ansökta andra verksamheter som kan medföra olägenheter för samma områden ska beaktas. MKB:n ska uppfylla detta helhetskrav och inte enbart begränsas till vad som specifikt skulle kunna hanteras av verksamhetsutövaren genom skyddsåtgärder. Detta förutsätter givetvis att beslutsunderlaget i form av MKB med bilagor utreder även kumulativa effekter. Det spelar i sammanhanget ingen roll om dessa medför en additiv kumulativ effekt avseende exempelvis påverkan på yt- och grundvatten och buller eller en synergistisk kumulativ negativ. Enligt MKB-direktivet ska en beskrivning av de förväntade betydande effekterna innefatta den direkta inverkan, liksom varje indirekt, sekundär, kumulativ, gränsöverskridande, kort-, medellång- eller långsiktig, bestående eller tillfällig, positiv eller negativ inverkan av projektet. Vid beskrivningen bör hänsyn tas till de miljömål som fastställts på unions- eller medlemsstatsnivå och som är relevanta för projektet. Av praxis från EU-domstolen framgår att det är nödvändigt att MKB:n innehåller uppgifter om kumulativa effekter, se till exempel C-392/96, Kommissionen mot Irland.

Utredningar om kumulativa effekter handlar alltså inte enbart om en bedömning av verksamhetens påverkan tillsammans med andra pågående eller planerade verksamheter eller åtgärder i den bemärkelse som framgår av 7 kap 28b §

miljöbalken (MB). Både sökanden och Mark- och miljödomstolen synes dock göra en sådan tolkning.

Mina huvudmän menar att en sådan tolkning strider mot 6 kap 35 § MB samt 16, 17, 18, §§ miljöbedömningsförordningen, men även i detta fall mot 6 kap 36 § MB. Åtminstone kumulativa effekter från påverkan på älvarna även från gruvorna i Kiruna och i närheten av Kaunisvaara, vilka alla planeras för utökad verksamhet, jämte ytterligare en eventuellt tillkommande koppargruva i Kiruna (Viscaria). Till detta vidhåller mina huvudmän att även effekterna från sökandens övriga planerade gruvor i närområdet måste utredas och bedömas. Sökandens ansökningar om bearbetningskoncessioner för Nunasvaara Norra, Niska Södra och Norra ligger för närvarande hos Bergsstaten för prövning angående bearbetningskoncession enligt minerallagen. Det handlar således inte om odefinierade planer, utan långt gående utredningar finns redan framtagna då även 4 kap 2 § minerallagen kräver att en specifik miljöbedömning görs. Bestämmelsen i 7 kap 28b § MB (och artikel 6.3 i art- och habitatdirektivet) förstärker argumentet då det inte går att bedöma påverkan på det aktuella Natura 2000-området utan att underlag innefattande även kumulativa effekter ligger till grund för bedömningen.

Det handlar här inte om att meddela villkor som rör olägenheter från andra verksamheter, utan om en tillåtlighetsfråga. Den kumulativa effekten av bland annat olägenheter blir därmed en del av bedömningen om den aktuella verksamheten alls kan tillåtas på platsen. De kumulativa effekterna kan anses vara så stora att en ansökan avslås, se MÖD M 10984-16.

Detta talar för att det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Mark- och miljödomstolen har kommit till.

- Den planerade gruvverksamheten skulle medföra stora olägenheter och inverka menligt på områdets möjlighet till en positiv utveckling. Den av sökanden valda platsen för verksamheten uppfyller inte kravet på en lämplig lokalisering enligt 2 kap 6 § MB. Mark- och miljödomstolen har gjort en felaktig bedömning av lokaliseringen, vilket lett till att tillstånd meddelats. Även om lokaliseringen naturligtvis styrs av själva fyndigheten, betyder inte detta att miljökonsekvenser av lokaliseringen kan godkännas.

Mark- och miljödomstolen gör sin bedömning av lokaliseringens tillåtlighet, i vart fall om man läser domskälen, utan att ta hänsyn till annat än planförhållanden och förenlighet med hushållningsbestämmelserna. Dock ingår i bedömningen om huruvida an föreslagen lokalisering är tillåtlig även påverkan på vattenförekomster och övriga vattendrag, påverkan på skyddade områden,

påverkan på skyddade arter och olägenheter för närboende. Utan en fullständig bedömning utifrån samtliga dessa aspekter är det inte möjligt att bedöma om en lokalisering uppfyller kraven i 2 kap 6 § MB.

Detta talar för att det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Mark- och miljödomstolen har kommit till.

- Mark- och miljödomstolen har även gjort en felaktig bedömning enligt 3 kap 1 § MB enligt vilken företräde ska ges till sådan användning av mark- och vattenområden som medför en från allmän synpunkt god hushållning.

Någon nödvändig avvägning mellan att å ena sidan intresset av att bevara området för framtiden och å andra sidan värdet av att ta det i anspråk har till synes inte gjorts. Domstolen avfärdar vidare utan att föra ett grundat resonemang att verksamheten kan medföra påtaglig skada på motstående riksintressen såsom riksintresse för naturvård och friluftsliv, kulturmiljö. Mina huvudmän delar heller inte domstolens bedömning angående påverkan på riksintresse rennäring.

Detta talar för att det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Mark- och miljödomstolen har kommit till.

- Den planerade gruvverksamheten riskerar att medföra negativ påverkan på vattenförekomst för vilken det finns miljö kvalitetsnormer, Torneälven (WA86174110). Verksamheten riskerar även att påverka sjön Hosiojärvi samt Östra och Västra bäcken som ansluter från sjön och mynnar i Torneälven negativt. Påverkan på sådana övriga vatten får inte riskera att försämra eller motverka nödvändiga förbättringar i statusen för anslutande vattenförekomster.

Bestämmelserna angående miljö kvalitetsnormer för vatten och icke-försämringskravet bygger helt och hållet på EU-rätt. Ramvattendirektivet har som bekant i svensk rätt främst implementerats genom 5 kap 4 § MB, vattenförvaltningsförordningen och föreskrifter från bland annat Havs- och vattenmyndigheten (HaV) och Sveriges geologiska undersökning (SGU). Ramvattendirektivet syftar till att undvika en försämring av yt- och grundvattenstatusen. Vattendirektivets artikel 4.1 anger att medlemsstaterna ska genomföra nödvändiga åtgärder i syfte att gradvis minska förorening från prioriterade ämnen och för att utsläpp och spill av prioriterade farliga ämnen ska upphöra eller stegvis elimineras. Försämringsförbudet i artikel 4.1 kräver att "[medlemsstaterna] genomför alla åtgärder som är nödvändiga för att förebygga en försämring av statusen i alla ytvattenförekomster [...]". Kravet på medlemsstaterna är alltså att förhindra en försämring av vattnets kemiska och ekologiska status.

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 miljö kvaliteten, vilket också framgår av direktivet själv.

Det saknas miljö kvalitetsnormer för både sjön Hosiojärvi, Östra och Västra bäcken samt grundvatten i området. Trots detta måste påverkan på sjön med bäckar samt påverkan på grundvatten (för vilket det också saknas miljö kvalitetsnormer) ingå i bedömningen av vattenkvaliteten. Om Mark- och miljööverdomstolen inte delar mina huvudmäns uppfattning i denna fråga, måste påverkan även på övriga vatten och grundvatten ändå utredas och ingå i tillåtlighetsbedömningen.

Många fastigheter, däribland flera av mina huvudmäns, har sin vattenförsörjning i anslutning till verksamhetsområdet. Mina huvudmän befärrar att den planerade verksamheten riskerar leda till att vattennivån sjunker samt vattenkvaliteten försämras med följd att de kommer att lida skada. Vidare riskeras mina huvudmäns vattenförsörjning av att vattnet kan komma att påverkas av damm och utsläpp från gruvverksamheten och genom den tunga trafik verksamheten medför.

Det saknas i målet bland annat tillräckliga utredningar som till fullo visar om och i vilken omfattning negativ påverkan på vattenkvalitet och vattenlevande organismer kommer att uppstå. Den miljökonsekvensbeskrivning sökanden redovisat kan, i vart fall i de delar som gäller påverkan på yt- och grundvatten, inte godtas. Miljökonsekvensbeskrivningen lever inte upp till kraven i 6 kap 35 § MB eller MKB-direktivet. Mina huvudmän hänvisar här även till EU-domstolens domar i mål C-535-18 (Bielefeld) och C-559-19 (Spanien) i de delar som berör beslutsunderlaget.

Mina huvudmän citerar nedan EU-domstolen i Bielefeld:

”81. Mot bakgrund av artikel 3 b i direktiv 2011/92 och med hänsyn till den tvingande karaktären av den kontroll som ska utföras enligt direktiv 2000/60, vilken det erinrats om i punkterna 74-76 ovan, samt den betydelse som vattenskyddet tillmäts i det sistnämnda direktivet, finner domstolen följaktligen att den information som avses i artikel 5.3 b och c i direktiv 2011/92 ska innehålla nödvändiga upplysningar för att bedöma inverkan av ett projekt på berörda vattenförekomstens status mot bakgrund av de kriterier och skyldigheter som föreskrivs bland annat i artikel 4.1 i direktiv 2000/60.

82. Det framgår dessutom av artikel 5.1 i direktiv 2011/92 att medlemsstaterna ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att exploitören på lämpligt sätt - inom gränserna för vad som skäligen kan avkrävas en privat aktör - lämnar de

uppgifter som anges i direktivets bilaga IV, om uppgifterna är relevanta för att bedöma inverkan av ett visst projekt. Dessa uppgifter ska enligt punkt 4 i denna bilaga omfatta en beskrivning av den direkta, indirekta och sekundära verkan liksom varje kumulativ, kort-, medellång-, eller långsiktig, bestående eller tillfällig, positiv eller negativ inverkan av projektet som är en följd av, bland annat, användningen av naturresurser och utsläpp av föroreningar.

85. Även om det inte kan utläsas av artiklarna 5 och 6 i direktiv 2011/92 att de uppgifter som gör det möjligt att bedöma ett projekts inverkan på vattnet måste samlas i ett enda dokument, exempelvis en rapport eller en teknisk studie, ska den berörda allmänheten, såsom det krävs enligt artikel 6.4 och 6.6 i detta direktiv, ha faktiskt möjlighet att delta i beslutsprocessen och att förbereda sig på lämpligt sätt för detta ändamål.

86. Det är följaktligen viktigt att allmänheten, genom de uppgifter i den dokumentation som den får tillgång till, får en tydlig bild av det aktuella projektets inverkan på berörda vattenförekomsternas status för att den ska kunna avgöra huruvida de skyldigheter som följer av bland annat artikel 4 i direktiv 2000/60 har iakttagits. I synnerhet ska det av de framlagda uppgifterna framgå om projektet, mot bakgrund av kriterierna i nämnda direktiv, kan leda till en försämring av en vattenförekomst.

87. I vart fall ger inte en ofullständig dokumentation, eller uppgifter som samlats på ett icke sammanhängande sätt i en mängd olika handlingar, den berörda allmänheten möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt delta i beslutsprocessen och uppfyller således inte kraven enligt artikel 6 i direktiv 2011/92.”

Det underlag sökanden presenterat möjliggör inte att den berörda allmänheten kan få en tydlig bild av verksamhetens inverkan. Av bolagets ansökan framgår dock bland annat att utsläppet av överskottsvatten från verksamheten kommer att beröra Hosiojärvi, Östra bäcken och Torneälven, men inte Västra bäcken. Båda bäckarna kommer att påverkas hydrologiskt genom lägre flöden på grund av grundvattenavsänkning orsakad av länshållningen av dagbrott. Mark- och miljödomstolen bedömer dock att verksamheten kan bedrivas utan risk för en oacceptabel miljöpåverkan på Hosiojärvi och Östra bäcken. När det gäller Torneälven, som Östra bäcken mynnar i, bedömer domstolen att det inte finns någon risk att vattenmiljön försämras på ett otillåtet sätt eller att den äventyrar möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt miljö kvalitetsnormer.

Mina huvudmän delar inte domstolens bedömning. Mina huvudmän hävdar, trots avsaknad av tillräckliga utredningar, tvärtom att verksamheten med följdverksamheter allvarligt kommer att påverka vattenmiljön i sjön med bäckar och att den riskerar att medföra ett tillskott av bland annat metaller inom vattenförekomsten Torneälven. 5 kap 4 § miljöbalken utgör hinder för att tillåta ytterligare tillskott av bland annat metaller till denna vattenvattenförekomst. Sökanden har inte redovisat förslag på villkor som säkerställer att

föroreningshalterna hålls på en acceptabel nivå utan vill skjuta upp denna fråga på en provotid.

Mina huvudmän anser inte, till skillnad från Mark- och miljödomstolen, att sökanden visat att otillåten risk saknas. Gruvverksamhet, och då särskilt i närhet till vattendrag som användes som dricksvatten, är tvärtom aldrig okomplicerad utan utgör en typ av verksamhet som alltid riskerar medföra stora och ofta irreversibla skador.

Detta talar för att det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Mark- och miljödomstolen har kommit till.

Anser Mark- och miljööverdomstolen att miljökonsekvensbeskrivningen ändå kan godtas ska det faktum att den inte svarar på väsentliga frågeställningar föranleda att ansökan ska avslås.

- Mina huvudmän anser vidare att det inte är möjligt att sätta en fråga som har betydelse för tillåtligheten på provotid, jfr Mark- och miljööverdomstolens dom M 5584-20. Alla tillskott av förorenande ämnen medför ett äventyrande av möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en MKN. Trots detta har Mark- och miljödomstolen beslutat om en provotid om två år för att dels utreda de tekniska, miljömässiga och ekonomiska förutsättningarna att begränsa verksamhetens utsläpp till vatten, dels mäta storleken av flödet från klarningsbassängen. Först därefter ska sökanden inge förslag till villkor.

Mark- och miljödomstolen skriver i domskälen att det enligt domstolens mening är påverkan från verksamheten som rör själva tillåtligheten och att det därför inte avgörande för tillåtligheten om domstolen förordnar om slutliga villkor för utsläpp till vatten eller skjuter upp frågan om under en provotid. Mina huvudmän hävdar i stället att det inte är möjligt att bedöma tillåtligheten, d v s om verksamheten kan medföra otillåten påverkan på vattendrag (oavsett om dessa är klassade som vattenförekomster i ramvattendirektivets mening eller ej), utan att först besluta om vilka krav på rening m m som krävs för att påverkan inte ska bli för stor.

Mina huvudmän ifrågasätter starkt om det ens är möjligt att ta ställning till om huruvida försämringsförbudet enligt 5 kap 4 § MB och ytterst ramvattendirektivet aktualiseras eller inte när verkningarna av verksamhetens utsläpp är osäkert och skjuts på framtiden. Tillämpning av provotid enligt 22 kap 27 § MB omöjliggör enligt mina huvudmän i stället en sådan fullständig bedömning som

ramvattendirektivet kräver. Direktivet förutsätter i stället att frågor om hur aktuella vattenförekomster påverkas samt om och i så fall hur otillåten påverkan ska undvikas är utredda innan tillstånd meddelas. Reglerna innebär även att nödvändiga villkor meddelas som säkerställer att vattnet inte äventyras innan verksamheten som tillståndet gäller för kan påbörjas/tillåtas fortsätta. Kan sådana villkor inte meddelas kan heller inte tillstånd meddelas. Mina huvudmän hänvisar här återigen till Bielefeld (C-535/18 p 76):

” Detta innebär att behöriga myndigheter är skyldiga, enligt artikel 4 i direktiv 2000/60, att under förfarandet för tillstånd för ett projekt – således innan beslut i ärendet fattas – kontrollera huruvida projektet kan få negativa effekter för vattnet som skulle strida mot skyldigheten att förebygga försämring av respektive skyldigheten att förbättra yt- och grundvattenförekomsters status.”

Att skjuta upp frågan om vattenpåverkan under prøvotid riskerar vidare en vattenförsämring i vart fall under prøvotidens två år. Även en sådan tillfällig försämring är dock enligt EU-domstolen inte tillåten om inte förutsättningar för undantag finns. Artikel 4 i ramvattendirektivet ska enligt domstolen i mål C-525/20 tolkas så att det inte är tillåtet för medlemsstaterna att, vid bedömningen av huruvida ett visst program eller ett visst projekt är förenligt med målet att förebygga försämring av vattenkvaliteten, underlåta att beakta tillfällig och kortvarig påverkan utan långsiktiga konsekvenser för vattenförekomster, såvida det inte är uppenbart att sådan påverkan till sin natur endast kan medföra liten inverkan på statusen hos ifrågakvarande vattenförekomster och inte kan orsaka någon ”försämring” av denna status, i den mening som avses i denna bestämmelse. Även om försämringen är av tillfällig karaktär får verksamheten endast godkännas om villkoren i artikel 4.7 i direktivet är uppfyllda

Prövotid får inte användas i syfte att ge sökanden anstånd eller för att ge tillstånd trots dåligt beslutsunderlag Mark- och miljödomstolen har således skjutit upp frågor som rör själva tillståndet och verksamhetens tillåtlighet vilket måste anses vara ett rättegångsfel.

Detta talar för att det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Mark- och miljödomstolen har kommit till.

- I lokaliseringsbedömningen ingår även att bedöma påverkan på skyddade områden enligt 7 kap MB. Sökandens planerade verksamhetsområde vid Nunasvaara/Hosiorinta avvattnas mot sjön Hosiojärvi. Sjön avvattnas via en mindre bäck (Östra) och väster om Nunasvaara/Hosiorinta finns ytterligare en mindre bäck (Västra). De båda bäckarna mynnar i Torneälven och ingår Natura 2000-området Torne- och Kalix älvsystem (SE0820430). De två mindre bäckarna ingår i Natura 2000-området. God vattenkvalitet och naturlig flödesdynamik är generellt viktiga förutsättningar för en gynnsam

bevarandestatus av naturtyper och arter. Gruvetablering och gruvdrift innebär ett stort negativt och oåterkalleligt ingrepp i den berörda naturmiljön. Värdefull natur riskerar att försvinna samtidigt som läckage av skadliga och grumlande ämnen har en stor negativ påverkan.

Den del av Hosiojärvis tillrinningsområde som sammanfaller med påverkansområdet för grundvatten i slutskedet av dagbrottsbrytningen bedöms uppgå till 50 % av det totala tillrinningsområdet för sjön. Även hårdgöring av ytor inom sjöns avrinningsområde påverkar flödet till sjön. Grundvattenavsänkningen innebär lägre inflöde till sjön och därmed kraftigt förändrad vattenbalans för Hosiojärvi, med sjunkande vattennivåer som följd. Ytvattenutflödet från sjön kommer sannolikt att strypas större delar av året. Ändringar i flödena av vatten till sjön och bäckarna kommer att påverka den ekologiska funktionen i dessa och därmed påverka Natura 2000-område.

Sökandens beräkningar visar att utsläppet från den sökta verksamheten kommer att leda till en förändrad vattenkemi i Hosiojärvi och i östra bäcksystemet. Metallhalterna beräknas generellt öka i sjön och i Östra bäcken, främst halterna av koppar, bly, uran och kvicksilver. Utsläpp av allt renat överskottsvatten till Hosiojärvi innebär att vattenkvaliteten i både Hosiojärvi och i östra bäcksystemet förändras jämfört med dagens situation. Sökanden uppger att halterna för alla ämnen utom nickel och zink kommer att öka jämfört med idag. Halterna av sulfat, kalcium och klorid beräknas öka betydligt, eftersom halterna i det reade överskottsvattnet av dessa ämnen är särskilt höga. Sulfathalterna i Hosiojärvi och i Östra bäcken beräknas ligga på nivåer som överskrider ACES förslag till bedömningsgrund. I Hosiojärvi kommer halterna att vara dubbelt så höga som i Östra bäcken. Det är uppenbart att de höga sulfathalterna kan riskera att ge negativa effekter på recipientens organismer. I det reade vattnet från verksamheten förekommer även förhöjda halter av ammoniumkväve som liksom nitratkväve härrör från sprängämnen. Halterna av tillförda ämnen riskerar allvarligt påverka Natura 2000-området.

Enligt 7 kap 28 a § MB krävs tillstånd för att bedriva verksamheter eller vidta åtgärder som, ensamma eller tillsammans med andra verksamheter eller åtgärder, på ett betydande sätt kan påverka miljön i ett naturområde som har förtecknats enligt 7 kap 27 § MB första eller andra punkten. Av 7 kap 28 b § MB framgår att ett tillstånd enligt 7 kap 28 a § MB får lämnas *endast* om åtgärden ensam eller tillsammans med andra pågående eller planerade verksamheter eller åtgärder inte *kan* skada den livsmiljö eller de livsmiljöer i området som man avser skydda. Verksamheten är heller inte tillåtlig om den medför att den art eller de arter som avses att 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. Det kan handla om rent fysiska skador eller störningar som till exempel en förorening som kan bidra till en långsiktigt negativ populationsutveckling för arten i området. Viktigt är att inte enbart skaderiskerna av den planerade verksamheten ska beaktas utan dessa effekter ska vägas samman med befarade 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.

Mark- och miljödomstolen hade i nu aktuellt mål att pröva om tillstånd kunde ges i enlighet med 7 kap 28 b § MB. För att kunna göra en bedömning om tillstånd enligt 7 kap 28 b § MB kan meddelas krävs ett beslutsunderlag i enlighet med artikel 6.3 art- och habitatdirektivet och 6 kap 35 och 36 §§ MB.

Effektivt genomförande av EU-rätten förutsätter en utredning enligt artikel 6 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, de s k Waddenzeekriterierna⁴.

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.”

Högsta domstolen har i sitt avgörande gällande tillstånd till bergtäkt och vattenverksamhet på fastigheten Bunge Ducker (T 3158-12) slagit fast att tolkningen och tillämpningen av reglerna måste anpassas till de krav som kan

⁴ EU-domstolen C-127/02 Waadenzee

följa av EU-rätten. Vidare slår Högsta domstolen fast att EU-rätten innebär att det ska göras en fullständig, exakt och slutlig bedömning i samlad form, när en ansökan om tillstånd avser en verksamhet som kan påverka ett Natura 2000-område. Ett tillstånd förutsätter att myndigheten kan väga in verksamhetens alla aspekter och samlat pröva återverkningarna på det skyddade området.

Mina huvudmän menar att det i målet saknas sådant underlag som bygger på vetenskapliga grunder.

Den bedömning som Mark- och miljödomstolen gör i målet verkar till detta till stor utsträckning bygga på ett synsätt där hänsyn tas enbart till effekterna av den planerade verksamhet ansökan gäller för. Hänsyn tas inte till sökandens andra planerade gruvor i närområdet eller övriga befintliga eller planerade verksamheter som påverkar samma Natura 2000-område. Den samlade påverkan till följd av de fyra gruvorna i området kommer utan tvekan att skapa ytterligare utsläpp både i Vittangi och Torne älvar och därmed skada på Natura 2000-området.

Mina huvudmän vill i sammanhanget hänvisa till EU-domstolens avgörande *Alto Sil* (C-404/09) där EU-domstolen fann att Spanien brutit mot EU-rättens krav på att utreda bland annat den kumulativa påverkan som gruvdriften i flera dagbrott sammanlagt kunde ha på visst fågelbestånd i det skyddade området.

Detta talar för att det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Mark- och miljödomstolen har kommit till.

- För att en miljöfarlig verksamhet ska vara tillåtlig måste den vara förenlig med AF. Vid utförda naturvärdesinventeringar har rödlistade och fridlysta arter enligt artskyddsförordningen påträffats. Flera av dessa arter inom och i anslutning till verksamhetsområdet är skyddade enligt 4 och 4 a samt 8 och 9 §§ AF.

Bestämmelserna om fridlysning och dispens i 4, 4a och 14 §§ AF innebär en ren implementering av artiklarna 12, 13 och 16 i art- och habitatdirektivet och artikel 9.1 fågeldirektivet. Ett myndighetsbeslut får inte försämra en skyddad arts bevarandestatus eller möjlighet att nå gynnsam bevarandestatus på någon nivå. I art- och habitatdirektivet artikel 1 (i) anges en arts bevarandestatus som summan av de faktorer som påverkar den berörda arten och som på lång sikt kan påverka den naturliga utbredningen och mängden hos dess populationer inom det territorium som anges i artikel 2.

Möjligheterna att medge undantag är begränsade eftersom en dispens inte får innebära att syftet med artskyddet som beskrivs i habitatdirektivets artikel 2 äventyras.

Vad gäller fåglar ska EU:s medlemsstater enligt artikel 3 i fågeldirektivet vidta de åtgärder som är nödvändiga för att skydda, bevara och återställa tillräckliga livsmiljöer för alla vilda fåglar. Även efter den nu genomförda ändringen av artskyddsförordningen så gäller artikel 5 d i fågeldirektivet för svensk rättstillämpning, nämligen att allvarlig störning (särskilt under häckningstid) inte är tillåten om det påverkar artens möjligheter att fortleva på den aktuella platsen. Vidare finns ett tydligt livsmiljöskydd för fåglar i fågeldirektivets artikel 1, 3 och 4 som inte går att bortse ifrån.

Tolkningen av naturvårdsdirektivens krav görs ytterst genom EU-domstolens praxis. Domstolen har i sina avgöranden C-10/96, C-6/04 samt C-60/05 tydligt slagit fast att de villkor för undantag som anges i artikel 16 ska tolkas restriktivt. Att nationella genomförandeåtgärder ska garantera tillämpningen av direktivet i dess helhet utan att selektivt tillämpa bestämmelserna framgår av avgörande i mål C-118/94. Av dessa domar följer att möjligheten för en svensk myndighet att meddela beslut som frångår artskyddet är begränsad och bör tillämpas restriktivt. Myndigheterna ska särskilt bevaka att gynnsam bevarandestatus bibehålls eller återställs för skyddade arter och dess livsmiljöer.

Mina huvudmän anser att artskyddsdispens enligt 14 § AF krävs även för angivna fågelarter och att sökandens ansökan om dispens inte kan beviljas då det saknas rättsliga förutsättningar.

Mina huvudmän hänvisar vad gäller naturvärden och fridlysta arter här till den rapport utförd av Amalina Natur- och miljökonsult som Naturskyddsföreningen i Norrbotten tidigare ingivit i målet. Mina huvudmän hänvisar även till " Förstudie inför Naturvärdesinventering vid Nunasvaara södra - en utredning om missade naturvärden" som medföljer denna komplettering som bilaga, se bilaga. Mina huvudmän har för avsikt att utföra ytterligare inventeringar som kommer att presenteras vid ett senare tillfälle så snart väderförhållandena möjliggör dessa inventeringar.

Sökanden anger att markanspråk på skyddsvärd natur är begränsad, ca 13,5 ha. Om man till detta lägger den grundvattensänkning som sökanden avser göra kommer dock ett väsentligt större område att påverkas även vad gäller naturmiljön. Om man sänker grundvattennivån finns risk att träden dör av uttorkning etc och i så fall försvinner den skyddsvärda naturen. Det saknas även en bedömning av påverkan på naturmiljö till följd av damning. Vidare saknas beskrivning av naturvärden i sjön Hosiojärvi med bäckar.

Sökanden anger vidare att områden av motsvarande habitatkvalitet, som utgör alternativa livsmiljöer för fåglar, förekommer i stor utsträckning i närområdet och påverkade fåglar kommer kunna finna andra häckningsplatser i närområdet. Man kan dock inte genom ett sådant påstående kringgå fågeldirektivets krav.

Sökanden uppger att de arter som berörs i de flesta fall tämligen vanligt förekommande, men väljer rödvingetrast som exempel på fågelart för vilken markanspråket medför påverkan. Sökanden undviker däremot att nämna arter som tallbit, lappmes, tretåig hackspett och tjäder för vilka arter påverkan kan bli mycket mer allvarlig. Tallbit till exempel har ej gynnsam bevarandestatus. Både tjäder och tretåig hackspett är listade i bilaga 1 i EU:s fågeldirektiv och har därmed en helt annan rättslig status. Mina huvudmän vill i sammanhanget hänvisa till MÖD P 10706-21 där förekomsten av arten mindre hackspett ledde till upphävande av en detaljplan. Domstolen motiverar domen med att arten är rödlistad och att dess population därmed per definition "inte är tillfredställande"

Ska avsteg ske från det strikta artskyddet har myndigheten ett ansvar för att detta beslut fattas på grundval av relevanta och vetenskapliga grunder (se ex EU-domstolens domar i målen C- 118/94, C-60/05, C-342/05, C-441/17 och C-674/17). Ett undantag är enbart berättigat om det objektivt kan styrkas att det inte finns någon annan tillfredsställande lösning. Av EU-domarna följer vidare att det ankommer på en prövningsmyndighet/domstol att pröva huruvida tillräckliga skyddsåtgärder planeras och kommer att vidtas som tar i beaktande behovet att bevara de berörda arterna och huruvida åtgärderna planerats och kommer att utföras på ett sätt som inte åsidosätter förbuden i artikel 12.1 a–c i art- och habitatmiljödirektivet. I mål C 674/17 uttalar domstolen att:

" Det ska i sammanhanget även understrykas att det följer av försiktighetsprincipen i artikel 191.2 FEUF att om en bedömning av de mest tillförlitliga och tillgängliga vetenskapliga uppgifterna fortfarande ger utrymme för en viss osäkerhet om huruvida ett sådant undantag försvårar upprätthållandet eller återställandet hos bestånden av en utrotningshotad art, får medlemsstaten inte bevilja eller tillämpa undantaget."

För att möjliggöra en bedömning i detta mål krävs således ett fullgott beslutsunderlag där det tydlig framgår hur fridlysta arter och deras fortplantnings/reproduktionsområden och viloplatsen kan komma att påverkas och huruvida föreslagna skyddsåtgärder är tillräckliga för att åtgärden inte ska medföra krav på artskyddsdispens.

Sammanfattningsvis vad gäller artskyddet anser mina huvudmän att:

1. att det finns påtagliga naturvärden i området,
2. en hel del av dessa naturvärden har Talga genom Pelagia inte identifierat,
3. det finns naturvärden som Talga, genom Pelagia, sannolikt felklassat.
4. Då det saknas tillräcklig kunskap om vilka naturvärden det finns och påverkan på dessa värden, samt djupare kunskap om naturvårdsarter samt påverkan på dessa går det inte att på det underlag sökanden presenterat fatta beslut om verksamhetens tillåtlighet. Man kan heller inte på befintligt underlag bedöma huruvida artskyddsdispens krävs för fåglar, baserat på objektivt verifierbara

faktorer som vetenskapliga och tekniska analyser, eller ställa relevanta krav på kompensationsåtgärder

Detta talar för att det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Mark- och miljödomstolen har kommit till.

Sammantaget medför ovanstående att det starkt kan ifrågasättas om Mark- och miljödomstolen kommit fram till rätt slut vilande på tillräckligt beslutsunderlag. Mark- och miljööverdomstolen bör, för att det tillräckligt tillförlitligt ska kunna bedömas om målet är rätt avgjort eller inte, bevilja prövningstillstånd i målet.

Av ovanstående följer att det inte, utan att prövningstillstånd meddelas, går att bedöma riktigheten av den dom som Mark- och miljödomstolen har kommit till. Det är omöjligt att veta hur domstolen resonerat när de förlitat sig på sökandens uppgifter och i princip överhuvudtaget inte berört, än mindre resonerat kring, motparternas invändningar.

2. Det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt.

- Det finns ett behov av tydligare praxis både vad gäller hur bedömning ska göras för vattenförekomster där det saknas statusbedömning och miljökvalitetsnormer och angående vilket underlag som ska krävas samt vad gäller hur bedömningar kring påverkan på vatten ska göras i samband med tillståndsprövning av både befintlig och ny miljöfarlig verksamhet.

Rättsområdet om hur vattenkvalitet och miljökvalitetsnormer för vatten ska tillämpas är inte bara otydligt i Sverige utan även i övriga EU, varför det är viktigt med vägledning från EU-domstolen. Mark- och miljööverdomstolen bör därmed inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen samt med ledning därav avslå alternativt avvisa ansökan.

Att behov finns att begära in förhandsavgörande enligt artikel 267 i Funktionsfördraget innebär att även att prövningstillstånd bör meddelas.

- Det är även av vikt för rättstillämpningen att domstolen prövar huruvida det är förenligt med ramvattendirektivet med den uttolkning EU-domstolen gjort avseende miljökvalitetsnormer och icke-försämringskravet, 5 kap 4 § MB samt vattenförvaltningsförordningen att meddela prövotid gällande väsentliga uppgifter rörande utsläpp till vatten som omfattas av ramvattendirektivets bestämmelser. Bestämmelsen i 22 kap 27 § MB måste ställas mot de EU-rättsliga principer som följer av ramvattendirektivet. Tillstånd får inte meddelas en verksamhet som riskerar orsaka försämring av statusen i en vattenförekomst eller försvårar uppnåendet av en miljökvalitetsnorm. Den huvudsakliga frågan

är om det är möjligt att ytterligare skjuta upp avgörandet av en villkorsfråga med stöd av 22 kap 27 § miljöbalken samtidigt som man tar ställning till de försämringsförbudet samt påverkan på miljökvalitetsnormer.

Villkor för en miljöfarlig verksamhet ska som huvudregel fastställas i samband med att tillstånd meddelas men kan dock enligt 22 kap 27 § första stycket MB skjutas upp om verkningarna av verksamheten inte kan förutses med tillräcklig säkerhet. Osäkerheten får inte hänföra sig till ett bristande underlag som kunnat kompletterats tidigare under processen. Prövningsmyndigheten, i detta fall Mark- och miljödomstolen, hade en viktig uppgift att avgränsa och precisera de uppskjutna frågorna eftersom dessa sätter ramen för den bedömning som ska göras när prövotiden löpt ut. I och med Mark- och miljödomstolens dom skjuts nu nödvändiga villkor upp under flera år framåt. Osäkerheten hänförs i målet helt till sökandens tydliga oförmåga att presentera ett fullgott beslutsunderlag.

Mina huvudmän anser att det är uppenbart att det finns risker i förhållande till frågor som egentligen avser verksamhetens tillåtlighet. Ett sådant förfarande står i strid med ramvattendirektivets bestämmelser och att Mark- och miljööverdomstolen bör inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Det föreligger stor osäkerhet vad gäller tolkningen och tillämpningen av ramvattendirektivet.

Finns osäkerhet om hur EU-rätten ska tolkas i ett specifikt ärende har varje domstol möjlighet, och när det gäller domstolar som dömer i sista instans i princip en skyldighet, att begära förhandsavgörande. Mina huvudmän menar att sådan skyldighet nu föreligger.

Att behov finns att begära in förhandsavgörande enligt artikel 267 i Funktionsfördraget innebär att även att prövningstillstånd bör meddelas.

- I svensk rättspraxis är det osäkert vilket beslutsunderlag som ska krävas i mål om artskydd. Det är vidare osäkert vilken vikt en domstol, särskilt mot bakgrund av att denna typ av mål utgör officialprövning, ska lägga vid material som tillhandahålls av annan part än den sökande.
- Det finns ett behov av tydligare praxis både vad gäller hur bedömning av påverkan på fåglar.

Mark- och miljödomstolens tolkning av artskyddsförordningen, och då särskilt 4 § p 4 AF, riskerar enligt mina huvudmän att leda till ett kringgående av det starka artskyddet i fågeldirektivet.

Vad gäller fåglar ska EU:s medlemsstater enligt artikel 3 i fågeldirektivet vidta de åtgärder som är nödvändiga för att skydda, bevara och återställa tillräckliga livsmiljöer för alla vilda fåglar. Även efter den nu genomförda ändringen av artskyddsförordningen så gäller artikel 5 d i fågeldirektivet för svensk rättstillämpning, nämligen att allvarlig störning (särskilt under häckningstid) inte är tillåten om det påverkar artens möjligheter att fortleva på den aktuella platsen. Vidare finns ett tydligt livsmiljöskydd för fåglar i fågeldirektivets artikel 1, 3 och 4 som inte går att bortse ifrån.

Fågel- och art- och habitatdirektiven har stora likheter med varandra. EU-domstolen har hittills heller inte lagt någon vikt vid skillnaderna mellan de två direktiven. Tvärtom har EU-domstolen i mål C-217/19 uttalat att tolkningen av de båda direktiven, även om varje direktivs särdrag beaktas vid tolkningen, inte kan anses skilja sig åt, eftersom denna tolkning, inom ramen för deras särdrag, omfattar liknande överväganden som bland annat rör deras respektive skyddssystem. I mål C-441/17 slår EU-domstolen fast att artikel 5 fågeldirektivet i likhet med vad som föreskrivs i artikel 12 i livsmiljödirektivet kräver att medlemsstaterna antar ett heltäckande och effektivt regelverk. EU-domstolen har således vid flera tillfällen gett uttryck för att direktivens skyddssystem ska tolkas och tillämpas på ett enhetligt sätt.

EU-domstolen klargör i de förenade mål C-473-19 och C-474/19 att förbuden gäller för samtliga fågelarter som naturligt förekommer inom medlemsstaternas europeiska territorium, och alltså inte bara för de fågelarter som är särskilt hotade och därmed upptagna i bilaga 1 till fågeldirektivet eller som är hotade på någon nivå eller uppvisar en långsiktigt vikande populationstrend. EU-domstolen anför vidare att förbuden i art- och habitatdirektivet inte förutsätter att en viss åtgärd riskerar att påverka den berörda artens bevarandestatus negativt, d v s förbuden aktualiseras även på individnivå. Förbuden i art- och habitatdirektivet gäller även för de arter för vilka gynnsam bevarandestatus uppnåtts. EU-domstolen konstaterar vidare att det ankommer på den hänskjutande domstolen att särskilt pröva huruvida de djurarter som omfattas av nämnda direktiv, förekommer inom det avverkningsområde som är aktuellt i de nationella målen.

Avseende det sammanhang i vilket artikel 12 i livsmiljödirektivet ingår i konstaterade EU-domstolen i samma mål att prövningen av vilken påverkan en åtgärd har på den berörda djurartens bevarandestatus är relevant först vid tillämpningen av de undantag som får göras med stöd av artikel 16. Att låta påverkan på bevarandestatusen vara avgörande för om förbuden i artikel 12 i livsmiljödirektivet ska tillämpas skulle enligt EU-domstolen kunna leda till ett kringgående av den prövning som ska ske enligt artikel 16. Det skulle innebära att de dispenser och stränga villkor som är kopplade till besluten om undantag från förbuden i artikel 12 berövas sin ändamålsenliga verkan. EU-domstolen

konstaterar att "en sådan tolkning kan inte anses vara förenlig med försiktighetsprincipen och principen om förebyggande åtgärder [...] och med det förstärkta skyddet för djurarter och ägg enligt artikel 12.1 a–c i livsmiljödirektivet". Artikel 5 i fågeldirektivet står i förhållande till artikel 9 på samma sätt som artikel 12 i livsmiljödirektivet står i förhållande till artikel 16. Vad EU-domstolen uttalat om att påverkan på bevarandestatusen eller populationen kan beaktas först vid en prövning av undantag från förbuden gör sig därför gällande även avseende förbuden i artikel 5 i fågeldirektivet. Av rättssystematiska skäl bör man därför tillämpa ett individskydd för fåglar innan en prövning mot undantagsreglerna i artikel 9 som sedan erbjuder möjlighet att beakta påverkan på populationsnivå.

Enligt EU-domstolens numera fasta praxis anses de processuella bestämmelserna om prövning av förbud och prövning av undantag från förbud fylla en avgörande funktion för att naturvårdsdirektivens materiella skyddsbestämmelser ska få sin ändamålsenliga verkan och således, i förlängningen, för att direktivens syften ska kunna uppnås. Därför har EU-domstolen i sina tolkningar gett uttryck för en extensiv tolkning.

Vidare definieras bevarandestatus hos arter i art- och habitatdirektivet som summan av de faktorer som påverkar den berörda arten och som på lång sikt kan påverka den naturliga utbredningen och mängden hos dess populationer inom EU:s territorium. En arts bevarandestatus anses gynnsam när

- uppgifter om den berörda artens populationsutveckling visar att arten på lång sikt kommer att förbli en livskraftig del av sin livsmiljö, och
- artens naturliga utbredningsområde varken minskar eller sannolikt kommer att minska inom en överskådlig framtid, och
- det finns, och sannolikt kommer att fortsätta att finnas, en tillräckligt stor livsmiljö för att artens populationer ska bibehållas på lång sikt.

Bedömningen av bevarandestatus inkluderar inte endast ett element av diagnos baserad på aktuella förhållanden, utan även en prognos (för överskådlig framtid) baserad på olika påverkansfaktorer, till exempel specifika eller generella hot, positiva eller negativa effekter på medellång till lång sikt etc. Det räcker inte att arten är livskraftig, utan en livskraftig del av dess naturliga livsmiljöer. Livskraften måste alltså förstås i relation till den roll som arten spelar i det ekosystem som den är en del av, inte endast genom att analysera en arts livskraft, isolerat. Av kommissionens vägledning framgår att det faktum att en livsmiljö eller art inte är hotad, det vill säga inte utsatt för någon direkt utdöenderisk, inte nödvändigtvis behöver innebära att det har en gynnsam bevarandestatus. Eftersom direktivets målsättning definieras positivt, som en gynnsam situation som ska nås och upprätthållas, är medlemsstaterna skyldiga att vidta åtgärder som går utöver att endast undvika utdöende.

Sökanden har på intet sätt visat att den planerade gruvverksamheten med följdverksamheter inte kommer att försvåra upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus hos de aktuella fågelarternas bestånd i deras naturliga utbredningsområde.

Mina huvudmän anser att det är uppenbart att det även när det gäller denna fråga finns risker i förhållande till frågor som egentligen avser verksamhetens tillåtlighet. Ett sådant förfarande står i strid med fågeldirektivets bestämmelser och Mark- och miljööverdomstolen bör inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Att behov finns att begära in förhandsavgörande enligt artikel 267 i Funktionsfördraget innebär att även att prövningstillstånd bör meddelas.

Skyldigheten att begära in förhandsavgörande

Svenska domstolar ingår i och med Sveriges medlemskap i EU i en europeisk rätts- och domstolsordning och har ett självständigt ansvar för att EU-rätten tillämpas korrekt i landet. De svenska domstolarnas praxis när det gäller att begära förhandsavgörande är av central betydelse för EU-rättens genomslag och tillämpning i Sverige. Sverige har tidigare kritiserats av kommissionen för att ha intagit en alltför återhållsam inställning till förhandsbesked, vilket 2004 ledde till ett motiverat yttrande från kommissionens sida. Övrig kritik från kommissionens sida gällde den knapphändiga motivering svenska domstolar vanligen ger för att inte inkomma med en sådan begäran.

Det första kriteriet som finns i artikel 267 st 2 FEUF är att den nationella domstolen måste anse att ett förhandsavgörande är nödvändigt för att en dom ska lämnas, dvs frågan till EU-domstolen ska vara av relevans för utgången av målet. I detta fall är frågan om hur bestämmelserna som bygger på ramvattendirektivet ska tolkas i målet avgörande för bedömning av gruvverksamhetens tillåtlighet. När det kommer till frågan om 'acte éclairé' och skyldigheten att begära förhandsavgörande blir de s k CILFIT-kriterierna aktuella. EU-domstolen har fastslagit att det inte finns någon sådan skyldighet om rättsfrågan är likartad en fråga som redan avgjorts av domstolen. Definitionen av vad som är acte éclairé är dock enligt domstolens definition snäv. Det ska inte finnas utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan ska avgöras. Den nationella domstolen måste också vara övertygad om att saken är lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EU-domstolen. Kraven har senare sammanfattats i C-495/03 så att en nationell domstol måste begära förhandsavgörande såvida den inte finner att frågan saknar relevans, att ifrågavarande gemenskapsrättsliga bestämmelser redan har tolkats av EU-domstolen eller att den korrekta tolkningen av gemenskapsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel. Huruvida så är fallet ska enligt EU-domstolen bedömas med

beaktande av gemenskapsrättens särdrag, de särskilda svårigheter som dess tolkning medför och risker för skillnader i rättspraxis inom gemenskapen.

Finns osäkerhet om hur EU-rätten ska tolkas i ett specifikt ärende har varje domstol möjlighet, och när det gäller domstolar som dömer i sista instans i princip en skyldighet, att begära förhandsavgörande. Mina huvudmän menar att sådan skyldighet nu föreligger. Det utgör en fara för rättssäkerheten om svenska domare utan att fråga EU-domstolen låter en uppfattning om unionsrättens innebörd, om vars korrekthet domaren inte känner sig säker, ligga till grund för målet.

I detta mål föreligger stor osäkerhet vad gäller tolkningen och tillämpningen av ramvattendirektivet. Tidigare praxis från EU-domstolen klargör inte vilka krav som ska ställas på beslutsunderlag. Att beviskravet ökat är tydligt utifrån Weserdomen och Bielefelddomen, men innebär i praktiken oklarheter för bland annat graden av bevisning och hur stor en påverkan får vara.

Det handlar här inte om huruvida Sverige genomfört ramvattendirektivet i den svenska lagstiftningen, utan om hur dessa bestämmelser ska tolkas i det enskilda fallet. Det är mycket angeläget med ett klagande kring dessa frågor då stora naturvärden står på spel.

Utveckling av talan

Bevisbördan

Mina huvudmän vill särskilt erinra om att sökanden har bevisbördan vad gäller att miljöbalkens krav, bland annat de allmänna hänsynsreglerna, är uppfyllda. Bevisbördans placering innebär att det ankommer på den som söker tillstånd enligt miljöbalken att genom utredningar och i övrigt visa att verksamheten kan bedrivas på ett miljömässigt godtagbart sätt.

Om de utredningar sökanden presenterat i målet är osäkra ska detta inte medföra lättnader för sökanden utan miljöbalkens stränga krav måste ändå innehållas. Lyckas sökanden inte visa att verksamheten kan bedrivas med minsta möjliga olägenheter för människors hälsa och miljön i enlighet med bland annat 2 kap 6 § och 2 kap 3 § MB är den inte tillåtlig och kan inte godtas.

Miljökonsekvensbeskrivningen

En godtagbar MKB utgör en processförutsättning för tillståndsprövning. Detta framgår bland annat av HD:s domar NJA 2008 s 748 samt NJA 2009 s 321. HD har i den senare domen uttalat att en MKB med så väsentliga brister som det rörde sig om i det aktuella målet inte kunde utgöra grund för ställningstagande till verksamheten.

En MKB ska ge helhetsbilder och är dessutom ett verktyg för att motverka att beslut fattas på fragmentariskt underlag. Både direkta och indirekta effekter ska belysas, även sådana som andra än en sökande har ansvar för. MKB:n måste identifiera, beskriva och bedöma de betydande direkta och indirekta effekterna av ett projekt beträffande befolkning och människors hälsa, biologisk mångfald, särskilt när det gäller arter och livsmiljöer som skyddas enligt direktiv 92/43/EEG och direktiv 2009/147/EG, mark, jord, vatten, luft och klimat, materiella tillgångar, kulturarv och landskap och samverkan mellan dessa faktorer.

Föreliggande MKB kan inte godkännas. Riskerna och konsekvenserna avseende verksamheten med följdverksamheter är otillfredsställande utredda och redovisade. Mina huvudmän anser även att sökanden i många fall dragit felaktiga, eller inga, slutsatser av de underlagsrapporter man själv låtit utföra. Särskilt allvarliga brister anser mina huvudmän att det finns vad avser utredning kring påverkan på miljö kvalitetsnormer för vatten, icke-försämringskravet för vatten samt effekterna av sådan påverkan, vattenhanteringen samt påverkan på Natura 2000-område och skyddade arter (se ovan).

Tillräckliga utredningar saknas vad gäller kumulativa effekter. Mina huvudmän anser att sökanden gjort en sådan uppdelning av sina planerade gruvprojekt i samma område på sådant sätt att sökanden kringgår kravet på att upprätta en MKB som uppfyller kraven i MKB-direktivet och 6 kap MB med förordning.

Föreliggande beslutsunderlag kan inte läggas till grund för en fullständig, exakt och slutlig bedömning på grundval av vilka varje rimligt vetenskapligt tvivel kan skingras i fråga om den planerade verksamhetens påverkan på området.

Är en prövning i sak ändå enligt Mark- och miljödomstolen möjlig, men beskrivningen likväl bristfällig, måste det i stället ses som en fråga om ansökans materiella hållbarhet (NJA 2009 s.321). Bristerna måste då falla tillbaka på sökanden, exempelvis om hänsynsreglerna i 2 kap miljöbalken inte är uppfyllda, något som ytterst måste föra med sig att tillståndsansökningen avslås. Mina huvudmän vidhåller att ansökan i första hand bör avslås.

Övriga frågor

Jag har för avsikt att utveckla mina huvudmäns talan ytterligare för det fall att prövningstillstånd meddelas.

En kort sammanfattning av mina huvudmäns starkaste invändningar följer dock nedan:

1. Stora brister finns i beslutsunderlaget, se ovan.
2. Mina huvudmän anser inte att en den planerade verksamheten utgör en sådan markanvändning som är lämplig i enlighet med 3 kap 1 § MB. Den ansökta

verksamheten kan i stället komma att påtagligt skada områdets natur- och kulturvärden samt att den medför en alltför långtgående påverkan på motstående riksintressen för att verksamheten ska vara tillåtlig. Detta talar för att den valda platsen inte är tillåtlig enligt 2 kap 6 § MB.

3. Mina huvudmän hävdar att den planerade gruvverksamheten riskerar medföra försämring av både ekologisk och kemisk status för vattendrag i närområdet och negativ påverkan på grundvatten på ett sådant sätt som inte är tillåtligt enligt vare sig miljöbalken eller ramvattendirektivet. Verksamheten i enlighet med ansökan kan inte godtas då verksamheten riskerar att ytterligare försämma statusen och äventyra möjligheten att uppfylla miljökvalitetsnormerna. Vidare skulle verksamheten medföra alltför stor påverkan även på övriga vattendrag för vilka det saknas statusklassning och miljökvalitetsnormer. Detta talar för att den valda platsen inte är tillåtlig enligt 2 kap 6 § MB.
4. Frågor om vattenkvalitet och vattenrening kan inte skjutas upp under prövotid.
5. Mina huvudmän anser att den planerade verksamheten kommer att medföra sådan skada på Natura 2000-område samt att arter som avses att skyddas utsätts för en störning som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet i området av arten eller arterna på ett sådant sätt att tillstånd enligt 7 kap 28b § MB inte kan meddelas. Förutsättningar för undantag enligt 7 kap 29 § MB saknas. Sökandens ansökan om tillstånd ska därmed även på denna grund avslås då tillstånd enligt 7 kap 28 a § MB är en förutsättning och lokaliseringen därmed strider mot 2 kap 6 § MB.
6. Mina huvudmän hävdar att den planerade verksamheten för flera fågelarter såsom tjäder, talltita, lappmes och tretåig hackspett, större hackspett, lavskrika och spillkråka kommer att medföra både en sådan otillåten störning som avses i 4 § p 4 artskyddsförordningen. Artskyddsdispens krävs därmed och det rättsliga förutsättningar att bevilja sådan dispens saknas. Sökandens ansökan om tillstånd ska därmed även på denna grund avslås då artskyddsförordningen är tillämplig och lokaliseringen därmed strider mot 2 kap 6 § MB.
7. Verksamheten kommer att medföra alltför stora olägenheter för närboende för att anses vara en lämplig lokalisering enligt 2 kap 6 § MB. Rätten till rent dricksvatten och sanitet innefattas bland annat i rätten till en skälig levnadsstandard och rätten till hälsa, enligt artikel 11 respektive 12 i FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Vatten är en nödvändighet för människor, djur, natur och ekonomi. Det är en förnybar resurs, men den är också ändlig och kan inte ersättas med andra resurser. Gruvverksamheten riskerar dessa rättigheter för mina huvudmän.

Sammanfattningsvis är det således inte visat att den sökta verksamheten är lokaliserad och kan utformas på ett sådant sätt att den med lämpliga skyddsåtgärder, begränsningar eller försiktighetsmått kan bedrivas utan att alltför skador eller olägenheter på omgivningen uppkommer. Tillståndet är inte förenligt med vare sig miljöbalkens mål om en hållbar utveckling, miljöbalkens allmänna hänsynsregler och övriga krav, EU-rättsliga krav om områdesskydd, artskydd och vattenkvalitet eller Europakonventionen för mänskliga rättigheter.

Slutkommentar

Den planerade gruvverksamheten riskerar att medföra omfattande och kvarstående skador, en del under decennier, andra kanske bestående för all framtid.

Det är sökanden som har att visa att den sökta verksamheten är förenlig med MB:s bestämmelser, att den är tillåtlig. För att kunna visa att verksamheten är tillåtlig krävs först och främst en fullständig MKB som möjliggör en bedömning av hälso- och miljöeffekterna av verksamheten. Mina huvudmän menar att en rad aspekter som berör vatten, natur-, kultur- och boendemiljöer, artskydd, säkerhet och hälsa är bristfälligt utredda och redovisade. Det är inte klarlagt och ej heller sannolikt att verksamheten kommer att uppfylla de krav som bör ställas på en verksamhet av denna storleksordning och att ovanstående aspekter kan lösas på ett adekvat sätt. Ansökan kan redan på grund av detta faktum idag inte godtas.

Trots det bristfälliga beslutsunderlaget är det ändå klart att den planerade verksamheten inte är tillåtlig enligt miljöbalken. För verksamheten ska väljas en lämplig plats där verksamheten medför minsta intrång och olägenhet för människors hälsa och miljö. Finns en bättre plats än den av sökanden föreslagna kan den sökta platsen inte godtas. Av ovanstående framkommer att verksamheten inte uppfyller de rättsliga krav på lokalisering som miljöbalken ställer upp.

Verksamheten är inte förenligt med vare sig miljöbalkens mål om en hållbar utveckling, miljöbalkens allmänna hänsynsregler och övriga krav, EU-rättsliga krav om skydd för vatten, Natura 2000-områden och arter eller Europakonventionen för mänskliga rättigheter.

Regeringsformen ger starkt skydd åt äganderätten och anbefaller full laglighet för alla myndighetsbeslut. Till lagen hör också Europakonventionen för mänskliga rättigheter då den ratificerats av både Sverige och EU. Enligt Europakonventionens för mänskliga rättigheter artikel 1 i det första tilläggsprotokollet ska envar fysisk persons rätt till sin egendom lämnas okränkta. Enligt Europakonventionens artikel 8 ska envars rätt till skydd av privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens skyddas. Enligt den tolkning som dessa artiklar givits i Europadomstolens praxis har staten en positiv skyldighet att tillse att individens rättighet enligt artiklarna inte inskränks genom olika

former av direkta och indirekta ingrepp, även om störningen orsakas av tredje man. Av domstolens praxis framgår att immissioner av olika slag, bland annat buller, kan inskränka individens privatliv och hem med följd att denna inte kan åtnjuta sina rättigheter enligt artikel 8 fullt ut. I stort sett alla former av immissioner kan även anses kränka individens rättigheter enligt artikel 1 om dessa allvarligt kan påverka värdet av fastigheten eller t o m göra den osäljbar eller omöjlig att nyttja och på så sätt utgör ett partiellt berövande av egendomen. I detta fall handlar det om är en verksamhet som starkt kan komma att påverka mina huvudmäns rättigheter enligt konventionen. De civila rättigheterna enligt konventionen för de enskilda personer jag företräder kommer, om tillstånd för verksamheten meddelas, att kränkas.

I övrigt hänvisas till vad mina huvudmän tidigare anfört i målet.

Dag som ovan

Gunilla Högberg Björck

Bilaga

Henriksson J, Amalina Natur och Miljökonsult, Förstudie inför Naturvärdesinventering vid Nunasvaara södra - en utredning om missade naturvärden, 23-06-01