

MEMORANDUM

Till: Ola Alterå och Hanna Brolinson, Klimatpolitiska rådet
Från: Kristina Forsbacka
Datum: den 23 januari 2019
Klient: Formas
Ang: Klimatpolicyfrågor
Ärende Nr: FORMF.0001

1. Uppdraget

Med anledning av exemplet Preemraff önskar Klimatpolitiska rådet få följande principiella frågor belysta:

1. Är det en korrekt tolkning att EU-direktivet inte tillåter krav på CO₂-utsläpp vid nationell tillståndsprövning? Finns det något utrymme för andra tolkningar?
2. Är det otvetydigt att den svenska miljöbalken förhindrar miljödomstolarna att pröva koldioxidutsläpp för företag inom EU ETS? Är det så att den svenska lagen t.o.m. är skarpare på den punkten än det bakomliggande EU-direktivet?
3. Finns det några andrahandsvägar att pröva en stor punktkälla av detta slag under miljöbalken:
 - a. Substitutionsprincipen. Kan man hävda att det finns andra, bättre alternativ till fossil olja som fartygsbränsle? Förnybara bränslen, naturgas etc.?
 - b. Regeringen har möjlighet att ta till sig ett pågående ärende av särskild betydelse, enligt miljöbalkens kap 17, 3§: ”om 1. verksamheten i betraktande av de intressen som denna balk enligt 1 kap. 1 § ska främja kan antas få betydande omfattning eller bli av ingripande slag”. Kan regeringen göra så i detta fall, efter att Preems ansökan överklagats till Mark- och Miljööverdomstolen? Kan regeringen göra det i andra skeden av framtida, liknande ärenden? Och om regeringen gör så, kan regeringen då besluta att anläggningen inte är tillåtlig och/eller besluta om särskilda villkor, t.ex. ett tidsbegränsat tillstånd, och inte ge sig in i att begränsa hur många ton som får släppas ut? (Det är enligt rådets mening inte orimligt att anta att en enskild anläggning som riskerar att omöjliggöra det övergripande, långsiktiga målet i Sveriges klimatpolitiska ramverk kan anses ha ”betydande omfattning” och bli av ”ingripande slag”.)

4. Finns det exempel från andra EU-länder där nationella tillståndsprövningar av olika slag gjorts för anläggningar, även om de ligger under EU-ETS? Eller finns det andra, liknande exempel på styrning/ingripanden som berör bolag inom EU ETS. Tolkas direktivet på samma sätt som i Sverige i andra viktiga medlemsländer?
5. Eventuella andra frågor som uppdragstagaren finner relevanta för att belysa väsentliga aspekter av den övergripande frågan om nationell tillståndsprövning kontra EU ETS.

2. Sammanfattning

Nedan följer en sammanfattning av svaren på de ställda frågorna.

1. Det har framförts att de aktuella EU direktiven, ETS¹- och IED²-direktiven, inte skulle tillåta krav på CO₂ utsläpp vid nationell tillståndsprövning. Det finns emellertid utrymme för olika tolkningar av direktiven. Direktiven är minimidirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna med stöd av Artikel 193 i fördraget om europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) i princip bör ha möjlighet att införa strängare nationella krav. Detta innebär att det borde finnas ett utrymme för att – efter notifiering till EU Kommissionen enligt vad som anges i direktiven – införa strängare nationella krav som rör CO₂ utsläpp. Frågan är emellertid omdiskuterad i rättsvetenskapen. Flera olika och mot varandra stridande synsätt redovisas, och bestämmelserna verkar också ha tolkats på olika sätt i olika medlemsstater. Kompletterande nationella styrmedel som påverkar CO₂ utsläpp torde i princip vara tillåtna. Vad som ifrågasätts är bestämmelser som kan medföra en negativ påverkan på handelssystemet i form av lägre kostnadseffektivitet. Detta skulle strida mot syftet med ETS-direktivet. Frågeställningen är komplex och rättsläget är oklart. Syftet med, effekten av och hur de aktuella bestämmelserna utformas torde ha betydelse. En central fråga är hur bestämmelserna påverkar kostnadseffektiviteten i handelssystemet. Vi hänvisar bland annat till resonemanget i den nederländska Urgenda-domen, där besvärdomstolen tillbakavisade statens argument att man var begränsad av bestämmelserna i EU ETS och inte kunde gå längre. I domen diskuteras bland annat den s.k. "waterbed" effekten, dvs. innebär en snedvridning av tilldelningen av utsläppsrätter, då utsläppsrätter som inte utnyttjas kan användas av annan. Domstolen ansåg att det inte kunde förutsättas att strängare nationella åtgärder skulle påverka handelssystemet, eftersom det inte är givet att övriga länder utnyttjar det uppkommande ökade utrymmet för utsläpp. Inverkan av marknadsstabilitetsreserven, som innebär en automatisk justering av mängden utsläppsrätter som auktioneras ut, kan också ha betydelse för bedömningen. Vidare har Storbritannien antagit lagstiftning om begränsning av CO₂ utsläpp. Lagstiftningen har notifierats till EU, och kommissionen har inte återkommit med invändningar. Å andra sidan har man i Tyskland och Nederländerna valt att inte införa nationell reglering om ytterligare begränsning av CO₂ utsläpp, då det riktats invändningar mot att detta inte skulle vara förenligt med handelssystemet. Det har också framförts att den nya reviderade bestämmelsen om annullering av

¹ Europaparlaments och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG. (Text av betydelse för EES).

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/75/EU av den 24 november 2010 m industriutsläpp (samordnade åtgärder för att förebygga och begränsa föroreningar) (omarbetning). (Text av betydelse för EES).

utsläppsrätter i Artikel 12(4) i EU ETS³ kan bidra till att minska effekten på kostnadseffektiviteten i handelssystemet, och därmed motivera strängare nationella åtgärder rörande CO₂ utsläpp. Innan man inför ny lagstiftning med strängare nationella bestämmelser om CO₂ utsläpp bör man närmare utreda möjligheterna till detta, samt hur sådan lagstiftning i så fall skulle utformas för att inte anses påverka handelssystemet negativt.

2. Den svenska miljöbalken förhindrar i dess nuvarande lydelse miljödomstolarna att pröva koldioxidutsläpp för företag inom EU ETS och går längre än EU-direktiven.
3. a) Vi kan inte se att substitutionsprincipen skulle kunna tillämpas för att uppnå det angivna syftet.
b) Vi anser det inte möjligt för regeringen att i förevarande fall förbjuda den aktuella utvidgningen av verksamheten, eller besluta om strängare krav beträffande CO₂ utsläpp. Regeringen får visserligen för ett visst fall förbehålla sig att pröva tillåtligheten av en verksamhet om verksamheten antas vara av betydande omfattning eller ingripande slag. Detta gäller i princip endast för nya verksamheter, även om utvidgning av pågående befintlig verksamhet i undantagsfall har ansetts vara "ny". Besked om förbehållet ska lämnas omedelbart, vilket innebär att det torde bli svårt i förevarande fall när ärendet är långt framskridet. Regeringens prövning är en tillåtlighetsprövning och får inte strida mot någon rättsregel. Detta innebär att en prövning mot bakgrund av gällande lagbestämmelser, dvs. de nu aktuella bestämmelserna i miljöbalken, ska göras.
4. Medlemsstaterna synes ha tolkat den aktuella bestämmelsen i ETS- och IED-direktiven på olika sätt.
 - Storbritannien har, efter notifiering till EU i den Nationella tilldelningsplanen för 2005-07, infört nationella bestämmelser om en skyldighet för kraftstationer som drivs med fossila bränslen att inte överskrida ett årligt gränsvärde för CO₂ utsläpp.
 - I Tyskland pågår en diskussion om att fasa ut kol- och lignitbaserad, vilket skulle kunna göras genom införandet av CO₂ gränsvärden på kraftstationer. Några beslut har ännu inte tagits i frågan, men allt tyder på att man inte kommer att gå vidare med lagstiftning utan lösa frågan på annat sätt. Tidigare har det i Tyskland föreslagits att vissa kraftverk i vissa fall skulle ha skyldighet att redovisa ett större antal utsläppsrätter för sina utsläpp. Det hävdades dock att detta förslag, även om det inte avsåg ett direkt införande av gränsvärden för CO₂, skulle kunna innebära ett kringgående av Artikel 9(1) i IED direktivet som förhindrar gränsvärden för CO₂ utsläpp. Förslaget mötte kraftiga protester och togs inte vidare.
 - I Nederländerna har överrätten i det så kallad Urgenda-fallet ansett att EU ETS inte utgör hinder för medlemsstaterna att införa strängare nationella bestämmelser om koldioxidutsläpp. Det har förts diskussioner om att införa särskilda CO₂ gränsvärden för kolkraftverk, men ansågs inte möjligt med hänvisning till bestämmelserna i IED-direktivet, och man valde att i stället lösa detta genom frivilliga överenskommelser.

³ Se direktiv (EU) 2018/410.

Vi hänvisar till bifogade utredningar där också ett stort antal rättskällor med olika synsätt redovisas. Sammanfattningsvis kan konstateras att frågan är komplex och rättsläget är oklart.

5. Vi bedömer att miljöbalken i dess nuvarande lydelse utgör hinder mot att förbjuda eller begränsa den aktuella verksamheten. Vi anser dock att det kan finnas en möjlighet att införa en ändring av de svenska lagbestämmelserna som innebär skarpare krav. Som framgår ovan är det i så fall viktigt hur lagstiftningen utformas, att syftet med lagstiftningen förklaras och dess påverkan på handelssystemet utreds. Huruvida det är möjligt att hitta en modell kräver ytterligare utredning. Det bör noteras att en eventuell ändring av de nationella bestämmelserna måste notifieras till EU.

3. Bakgrund

Preem Aktiebolag (556072-6977) har fått tillstånd av Mark- och Miljödomstolen i Vänersborg (Mål nr M 4708-16) att bygga ut sitt raffinaderi Preemraff Lysekil. Det har beskrivits som Sveriges största industriinvestering med en uppskattad kostnad på omkring 15 miljarder kronor.

Koldioxidutsläppen från den utbyggda anläggningen förväntas fördubblas från 1,7 till 3,4 miljoner ton, vilket motsvarar 17% av alla utsläpp under EU ETS i Sverige år 2017.

Anläggningen har fått tillstånd i Mark- och miljödomstolen. Enligt uppgift i media hade minst 70 överklaganden inkommit till Mark- och Miljööverdomstolen när tiden gick ut 30 nov.

Frågan om koldioxidutsläppen från anläggningen har dock inte prövats av domstolen mot bakgrund av att den svenska miljöbalken 16 kap, 2§ säger att det inte ska ske för anläggningar inom EU ETS. Naturvårdsverket har heller inte överklagat tillståndet i Mark- och miljödomstolen.

Fallet Preem illustrerar principiella frågor om förhållandet mellan å ena sidan EU ETS, och å andra sidan nationella mål och styrmedel på klimatområdet. Normalt vill man undvika dubbla styrmedel för att inte undergräva ambitionen om en kostnadseffektiv europeisk klimatpolitik. Den svenska regeringen konstaterar dock själva i sin klimatredevisning i 2019 års budgetproposition (2018/19:1) att EU ETS inte är konstruerat för att uppnå nationella klimatmål och att Sveriges övergripande mål om noll nettoutsläpp år 2045 även inbegriper den handlande sektorn. Således kan det behövas kompletterande, nationella styrmedel även för sektorer som omfattas av EU ETS. Det finns redan exempel på detta, som t.ex. statlig medfinansiering av teknikutveckling under det s.k. Industrilivet eller koldioxidskatter för el- och värmeproduktion som också ingår i EU ETS. Men sådana insatser är inte alls så direkt ingripande som en tillståndsprövning under miljöbalken skulle vara.

Vidare är den aktuella investeringen i Preemraff Lysekil mycket symboladdad. Många frågar sig om det är rimligt att investera mångmiljardbelopp i ny, fossil bränsleproduktion med lång livslängd samtidigt som utsläppen från industrin behöver minska drastiskt och nära sig noll redan år 2045. Eller om den regering som säger sig vilja skapa ett av världens första fossilfria välfärdsländer inte har något att säga om detta?

4. Vår analys

4.1 Tillåter EU-direktivet krav på CO₂-utsläpp vid nationell tillståndsprovning?

De EU-direktiv som aktualiseras är ETS- och IED-direktivet vilka stadgar att villkor om begränsning av CO₂ utsläpp inte får beslutas vid tillståndsprovningen.

I Artikel 26 i ETS-direktivet 2003/87/EG⁴ stadgas att bland annat följande stycken ska läggas till i artikel 9.3 i IPPC-direktivet 1996/61/EG:

"Om utsläppen av växthusgaser från en anläggning fastställs i bilaga I till Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG () för en verksamhet som bedrivs vid denna anläggning, skall tillståndet inte omfatta utsläppsgrensvärden för direkta utsläpp av denna gas, såvida inte det är nödvändigt för att förhindra betydande lokala föroreningar.*

För verksamheter som förtecknas i bilaga I till direktiv 2003/87/EG får medlemsstaterna välja att inte införa krav på effektiv energianvändning för förbränningsanläggningar eller andra enheter som avger koldioxid på platsen."

Denna bestämmelse fördes först in i IPPC direktivet, och har sedan förts över i Artikel 9.1-9.2 IED direktivet⁵ (som är en omarbetning av IPPC-direktivet och vissa sektorsdirektiv) som stadgar följande:

"1. Om utsläppen av växthusgaser från en anläggning fastställs i bilaga I till direktiv 2003/87/EG för en verksamhet som bedrivs vid denna anläggning, ska tillståndet inte omfatta gränsvärden för utsläpp för direkta utsläpp av denna gas, såvida inte det är nödvändigt för att förhindra betydande lokala föroreningar.

2. För verksamheter som förtecknas i bilaga I till direktiv 2003/87/EG får medlemsstaterna välja att inte införa krav på effektiv energianvändning för förbränningsanläggningar eller andra enheter som avger koldioxid på platsen."

Både ETS- och IED-direktivet är minimidirektiv och inte harmoniseringsdirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna enligt Artikel 193 i EUF-fördraget i princip har rätt att införa strängare bestämmelser. Det kan noteras att det av artikel 193 i EUF-fördraget och Skäl 10 i IED-direktivet framgår att medlemsstaterna får införa strängare skyddsåtgärder. Skäl 10 i IED-direktivet stadgar således följande.

⁴ Europaparlaments och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG. (Text av betydelse för EES).

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/75/EU av den 24 november 2010 m industriutsläpp (samordnade åtgärder för att förebygga och begränsa föroreningar) (omarbetning). (Text av betydelse för EES).

"I enlighet med artikel 193 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) hindrar inte direktiv medlemsstaterna från att ha kvar eller införa strängare skyddsåtgärder, exempelvis utsläppskrav för växthusgaser, under förutsättning att dessa åtgärder är förenliga med fördragen och att kommissionen underrättats."

Som framgår av de utredningar (inklusive bilagor) som bifogas hävdas dock av vissa rättsvetare att strängare nationella bestämmelser inte får införas beträffande gränsvärden för CO₂, liksom att sådana regler inte får införas som kan påverka kostnadseffektiviteten i handelssystemet. Bestämmelsen har vidare tolkats på olika sätt av olika medlemsstater.

Det har hävdats att den nya bestämmelsen om annullering av utsläppsrätter baserat på den reviderade bestämmelsen i Artikel 12(4) i EU ETS⁶ kan bidra till att minska effekten på kostnadseffektiviteten i handelssystemet och därmed motivera strängare nationella åtgärder rörande CO₂ utsläpp. Bestämmelsen lyder enligt följande.

"Om elproduktionskapacitet på en medlemsstats territorium stängs på grund av ytterligare nationella åtgärder får medlemsstaten annullera utsläppsrätter som hör till det totala antal utsläppsrätter som den i enlighet med artikel 10.2 ska auktionera ut, upp till en mängd som motsvarar den berörda anläggningens genomsnittliga verifierade utsläpp under en period på fem år som föregår stängning. Den berörda medlemsstaten ska informera kommissionen om sådana planerade annulleringar i enlighet med de delegerade akter som antagits enligt Artikel 10.4."

Se vidare utredningarna nedan under punkt 4.4 där frågan behandlas utförligt.

4.2 Förhindrar miljöbalken en prövning koldioxidutsläpp för företag som omfattas av EU ETS?

Bestämmelsen ovan i Handelsdirektivet har implementerats i svensk rätt i 16 kap 2 § andra stycket Miljöbalken enligt följande:

...

"I fråga om utsläpp av koldioxid, dikväveoxid eller perfluorkolväten som innebär att en verksamhet omfattas av tillståndsplikt enligt lagen (2004:1199) om handel med utsläppsrätter, får det dock inte beslutas villkor om begränsning av utsläppen eller villkor som genom att reglera använd mängd fossilt bränsle syftar till en begränsning av koldioxidutsläpp."

.....

Genom skrivningen klargörs att ett nytt tillstånd inte får förenas med villkor som syftar till att begränsa utsläpp av koldioxid för verksamheter som omfattas av systemet med handel av utsläppsrätter. Sådana villkor kan vara villkor om gränsvärden eller riktvärden för utsläpp av koldioxid eller villkor om använd mängd fossilt bränsle i syfte att begränsa utsläpp av koldioxid. Vidare kan inte heller villkor med krav på bästa möjliga teknik ställas om syftet är att begränsa utsläpp av koldioxid. Gränsvärden för användning av fossila bränslen och krav på bästa möjliga

⁶ Se direktiv (EU) 2018/410.

teknik som ställs av andra skäl än att begränsa utsläppen av koldioxid skall dock fortfarande vara tillåtna i den handlande sektorn. Bestämmelsen i miljöbalken innebär således att tillståndsmyndigheten inte kan föreskriva gränsvärden eller ställa krav på bästa möjliga teknik om syftet är att begränsa utsläpp av koldioxid. Däremot kan villkor av denna typ ställas av andra skäl också för verksamheter som omfattas av utsläppshandelssystemet.⁷

Bestämmelsen synes i vissa avseenden gå utöver vad som krävs i EU-direktiven då den även förhindrar reglering av använd mängd fossilt bränsle.

Den aktuella bestämmelsen i miljöbalken hindrar domstolarna från att pröva utsläpp av CO₂ vid tillståndsprövningen. Se dock vad vi anför om möjligheten att införa lagstiftning med strängare nationella krav.

4.3 Finns det andra möjligheter att pröva en punktkälla med stora koldioxidutsläpp?

(a) Substitutionsprincipen

Substitutionsprincipen (också kallad produktvalsprincipen) regleras i 2 kap 4 § miljöbalken och stadgar att alla som avser att bedriva en verksamhet eller vidta en åtgärd ska undvika att använda eller sälja sådana kemiska produkter eller biotekniska organismer som kan befaras medföra risker för människors hälsa eller miljön, om de kan ersättas med sådana produkter eller organismer som kan antas vara mindre farliga. Motsvarande krav gäller i fråga om varor som innehåller eller har behandlats med en kemisk produkt eller bioteknisk organism.

Substitutionsprincipen tar sikte på användning och försäljning av vissa produkter, däremot inte på hantering i andra fall, i motsats till vad som gällt tidigare. Skyldigheten att undvika det farligare alternativt tar sikte på de inneboende egenskaperna hos produkten, oavsett om man kan minska farligheten genom försiktighetsmått. Det är risksynpunkten som är avgörande.⁸

Vi har förstått att den fossila olja som tillverkas i förevarande fall är allmänt godkänd för försäljning och användning, och att några krav på utbyte mot andra mer miljövänliga produkter inte finns. Substitutionsprincipen kan därmed inte åberopas för att förhindra användning eller försäljning av produkten beviljas. Den kan därmed inte heller utgöra hinder för att medge Preem tillstånd att öka tillverkningen av produkten.

(b) Kan regeringen förbehålla sig att pröva tillåtligheten av verksamheten och beakta koldioxidutsläppen?

Tillämplighet

Regeringen ska enligt 17 kap 1 § miljöbalken pröva tillåtligheten av vissa angivna verksamheter, och har vidare enligt 17 kap 3 § möjlighet att för ett visst fall förbehålla sig att pröva tillåtligheten av en verksamhet som inte omfattas av kravet på prövning

⁷ B. Bengtsson m.fl., Miljöbalken En kommentar, s 16.8 samt Propositionen 2003/4:132, s. 32, 50, 105.

⁸ B. Bengtsson m.fl., Miljöbalken En kommentar, s 2:21.

enligt 1 §. Detta gäller bland annat om verksamheten i betraktande av de intressen som enligt miljöbalken enligt 1 kap 1 § första stycket punkt 1 ska främja kan antas få betydande omfattning eller bli av ingripande slag.

Vi bedömer att den typ av verksamhet – tung petrokemisk produktion av betydande omfattning – som Preem bedriver utgör sådan verksamhet av betydande omfattning eller av ingripande slag som i princip kan möjliggöra en regeringsprövning enligt 17 kap 3 § i miljöbalken.

Regeringens prövning får inte strida mot någon rättsregel. För regeringens prövning gäller vidare bland annat de allmänna hänsynsreglerna i 16 kap och de särskilda tillåtlighetsreglerna i 16 kap.⁹

Bakgrunden till bestämmelserna

Av förarbetena framgår bland annat följande om bakgrunden till bestämmelserna. Att prövningen i vissa fall lagts på regeringen har motiverats bland annat med att ingen annan än regeringen kunde åstadkomma en allsidig prövning med en sammanvägning av bland annat miljöskyddsmässiga, arbetsmarknadspolitiska och regionalpolitiska synpunkter. Framför allt ansågs det viktigt att avgörandet av de ifrågasvarande slagen träffades av ett organ som det går att utkräva politiskt ansvar av. När bestämmelserna om regeringsprövning infördes var det primära syftet att tillgodose hushållningen med mark- och vattenområden av stor betydelse från nationell synpunkt. Avsikten var att utifrån riktlinjerna i den fysiska riksplaneringen få till stånd en tidig, allsidig och enhetlig prövning av sådana industriella verksamheter som tar i anspråk eller förändrar karaktären hos naturresurser som det råder särskild knapphet på och som är eller kan förväntas bli föremål för konkurrerande anspråk. Regeringen ansåg det viktigt att behålla tillåtlighetsprövningen som en tidig och betydelsefull länk i prövningskedjan med andra myndigheter och domstolar, och därmed kunna utöva en politisk styrning av vissa beslut inom ramen för gällande rättsregler. Det ansågs att regeringen bör pröva tillåtligheten av framför allt verksamheter som utgör viktiga samhällsintressen samtidigt som de riskerar att skada människors hälsa, medför stor omgivningspåverkan eller stora ingrepp i miljön och tar i anspråk värdefulla resurser. Samma miljökrav bör ställas på en verksamhet som prövas av regeringen som på annan verksamhet.

Gemensamt för de verksamheter som kan komma ifråga för regeringsprövning är att de generellt har en betydande miljöpåverkan samtidigt som konkurrerande eller motstridiga intressen måste vägas samman för att nå den bästa lösningen. Prövningen måste utformas så att en så allsidig sammanvägning som möjligt av olika hänsyn kan åstadkommas. Regeringen anses ha de bästa förutsättningarna att inom ramen för uppställda normer göra de allmänna och samlade lämplighetsöverväganden som krävs i dessa särskilda ärenden.¹⁰

Tidsaspekten

En utgångspunkt för regeringsprövningen är att prövningen ska ske i ett förhållandevis tidigt skede i processen och att prövningen främst ska gälla

⁹ B. Bengtsson m.fl., Miljöbalken En kommentar, s 17:4 ff.

¹⁰ Propositionen 1997/98:45, s. 435 ff. samt B. Bengtsson m.fl., Miljöbalken En kommentar, s. 4:17 ff.

tillåtligheten av en verksamhet, dvs. om en verksamhet ska få komma till stånd. I frågan om tillåtlighet ingår frågan om lokaliseringen av en verksamhet. Om en verksamhet får komma till stånd bör regeringen även kunna bestämma särskilda villkor för att tillgodose allmänna intressen. Själva tillståndsbeslutet, som vanligen innehåller en rad detaljvillkor, bör dock fattas av en domstol eller annan prövningsmyndighet. Samma miljökrav kommer med miljöbalkens regler att gälla vid regeringens prövning som vid tillståndsprövningen av verksamheten.¹¹

Om prövningen

Regeringens prövning är en tillåtlighetsprövning och får inte strida mot någon rättsregel. Om regeringen finner att en verksamhet kan komma till stånd, får regeringen besluta om särskilda villkor för att tillgodose allmänna intressen. När tillåtligheten är avgjord ska tillstånd till verksamheten enligt miljöbalken och därmed sammanhängande frågor prövas av ordinarie tillståndsmyndighet. För regeringens tillåtlighetsprövning gäller bland annat de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. och de särskilda tillåtlighetsreglerna i 16 kap. miljöbalken.¹²

För att det ska gå att kontrollera att inga ovidkommande hänsyn har tagits vid beslutsfattande, måste skälen för regeringsbeslutet motiveras. Enligt förarbetena torde regeringens beslut i tillåtlighetsfrågan omfattas av lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut. Detta innebär att Högsta förvaltningsdomstolen efter överklagande kan pröva om avgörandet i ärendet strider mot någon rättsregel. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2011 ref.11 också upphävt ett regeringsbeslut efter rättsprövning på den grunden att skälen för avgörandet inte redovisats. Vidare har rättsprövning av ett regeringsbeslut skett i RÅ 2004 ref. 14, där Regeringsrätten (idag Högsta förvaltningsdomstolen), i motsats till regeringen och tidigare vattendomstolen, bedömde att de anläggningar i den i målet aktuella utbyggnaden skulle omfatta innebar ett ingrepp av inte ringa omfattning.¹³

Vår bedömning

Regeringen ska, om ett mål eller ärende enligt miljöbalken pågår om tillståndsprövning av verksamheten, omedelbart lämna besked om förbehållet till den tillståndsprövande mark- och miljödomstolen eller myndigheten. Som redovisats ovan betonas även i förarbetena att regeringens tillåtlighetsprövning ska ske tidigt. Enligt vår uppfattning torde det var svårt att i detta skede av handläggningen av ärendet hävda att regeringen kan förbehålla sig prövning av ärendet.

Regeringens rätt att förbehålla sig att pröva tillåtligheten av en verksamhet om verksamheten antas vara av betydande omfattning eller ingripande slag gäller i princip endast för nya verksamheter, men i undantagsfall har utvidgning av pågående befintlig verksamhet ansetts som "ny" finns.

Besked om förbehållet ska lämnas omedelbart, vilket innebär att det torde bli svårt med ett sådant övertagande av regeringen i förevarande fall när ärendet är långt framskridet.

¹¹ Propositionen 1997/98:45, s.442.

¹² B. Bengtsson m.fl. Miljöbalken En kommentar, s. 17:4.

¹³ Propositionen 1997/98:45, s. 443 ff. samt B. Bengtsson m.fl., Miljöbalken En kommentar, s. 4:17a-b.

Mot bakgrund av syftet med bestämmelserna om regeringsprövning bedömer vi att det vore svårt för regeringen att i detta skede hävda att man vill pröva den aktuella utvidgade verksamheten. Det kan också ifrågasättas om den aktuella utvidgningen av Preems verksamhet är att anses som "ny". Vidare är regeringens prövning en tillåtlighetsprövning som inte får strida mot någon rättsregel. Regeringen ska vid sin tillåtlighetsprövning beakta de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap och tillåtlighetsreglerna i 16 kap i miljöbalken och regeringen ställa samma miljökrav på den aktuella verksamheten som på annan verksamhet. Då de nuvarande bestämmelserna i miljöbalken inte medger strängare krav beträffande CO₂ utsläpp anser vi inte att en regeringsprövning skulle vara en framkomlig väg i det aktuella ärendet.

4.4 Exempel från andra EU länder

Vi hänvisar till PM som upprättats av Bird & Birds kontor i Storbritannien, Nederländerna och Tyskland, se bifogade bilaga 1-3 jämte underbilagor.

4.5 Övriga kommentarer

Som framgår ovan ser vi inte några möjligheter att i förevarande fall ställa strängare krav på Preem enligt nuvarande svensk lagstiftning. Enligt vår bedömning kan det dock finnas möjligheter att för framtiden införa ytterligare begränsning av CO₂ utsläpp genom att anta strängare nationell lagstiftning. Frågan är emellertid komplex och rättsläget är oklart. Huruvida detta är möjligt samt hur lagstiftningen skulle utformas behöver utredas närmare.

Kristina Forsbacka

Bilagor

1. Memo från Bird & Bird UK, inklusive bilagor
2. Memo från Bird & Bird Nederländerna, inklusive bilagor
3. Memo från Bird & Bird Tyskland