



UPPSALA
UNIVERSITET

Kompendium i speciell förvaltningsrätt

Socialrätt, Migrationsrätt och Miljörätt

Terminskurs 6



Uppsala universitet
Juridiska institutionen
Fr.o.m. VT 2024



UPPSALA
UNIVERSITET

Kompendium i speciell förvaltningsrätt

Socialrätt

Terminskurs 6



Uppsala universitet
Juridiska institutionen
Fr.o.m. VT 2024

Introduktion till socialrätt

Socialrättens innehåll och gränser är egentligen inte tydligt definierade. Ofta syftar ordet på de rättsliga ramarna för det sociala trygghetssystemet i Sverige, vilket regleras av såväl nationell som internationell rätt, inklusive EU-rätt. Eftersom det socialrättsliga systemet till stor del syftar till att skydda och hjälpa individer så står individens rättsliga ställning i förhållande till myndigheter ofta i centrum i socialrätten. På så sätt är ämnet starkt präglad av mänskliga fri- och rättigheter och kravet på alla människors rätt att behandlas lika samt att vi ska slippa få vår mänskliga värdighet kränkt.

De frågor som berör mänskliga rättigheter studeras övergripande på FN-nivå, mer ingående i förhållande till EKMR (särskilt viktigt är praxis från Europadomstolen) och relativt ingående på nationell nivå. Fokus ligger särskilt vid krav på rättighetsbegränsande lagstiftning och processuella krav vid rättighetsbegränsningar.

På kursen behandlas även hur EU medborgare får tillgång till det svenska välfärdssystemet (t.ex. bistånd, hälso- och sjukvård, socialförsäkring) – både genom nationell självbestämmande och genom statens EU-rättsliga skyldigheter (t.ex. genom likabehandlingsprincipen och samordningen av socialförsäkringssystem inom EU).

Beträffande den nationella regleringen ligger fokus vid den lagstiftning som styr socialtjänst och hälso- och sjukvård men också system för tillsyn och kontroll, samt rättsliga förutsättningar för samverkan. I den meningen är socialrätten som ämne överlappande med regler om sekretess och allmänna förvaltningsrättsliga principer om service, dokumentation och partsinsyn m.m. Även de offentligrättsliga principerna om legalitet, objektivitet och proportionalitet är centrala inom socialrätten.

Seminarierna i socialrätt på T6 berör inte förvaltningsprocessen i någon större mening men processuella frågor är centrala i praktiken, inte minst när det kommer till tvångsvård av barn och unga (LVU), personer med missbruk (LVM) och psykisk sjukdom (LPT och LRV). Åtgärder som innebär frihetsberövanden och även i övrigt medger rättighetsbegränsningar (möjlighet till avskiljning, påtvingade kroppsliga ingrepp, kroppsvsitation, begränsning av rörelsefrihet och privat, liksom begränsning av användning av elektroniska kommunikationsmedel m.m.) måste regleras tydligt i lag och domstolsprövas inom vissa tidsfrister. Ofta uppstår då frågor om officialprincipens omfattning och användningen av sakkunniga vittnen. Vilket underlag krävs egentligen för att en utredning ska anses vara fullgod i tvångsvårdsmål (vilken utredning kräver dess beskaffenhet? jfr 8 § FPL). Utredningen har ju betydelse för om de allmänna kraven på legalitet, saklighet och proportionalitet inom den offentliga rätten ska kunna uppfyllas. Tvångslagarna (som brukar definieras som en del av den speciella förvaltningsrätten) präglas av en mängd formella krav och processuella rättigheter, t ex korta tidsfrister för handläggning, rätt till offentligt biträde och muntlig förhandling, som bl.a. syftar till att uppnå rätten till en rättvis rättegång i EKMR art 6.

Socialrätten präglas också – utöver fokus på individens negativa rättigheter, dvs. att få leva sitt liv utan statens iblandning – av frågor om sociala rättigheter och staters skyldigheter (positiva

förpliktelser) att uppfylla vissa målsättningar, som bl.a. anges i RF 1:2. Paragrafen kan sägas formulera en konstitutionell värdegrund och ambitioner om att Sverige ska vara en välfärdsstat. De rättsvetenskapsmänniskor som forskar inom socialrätten ägnar sig därför i stor utsträckning åt att analysera den rättspolitiska bakgrunden till rättsreglerna och de värdeval som reglerna ger uttryck för. Dessutom ställs ofta frågor om huruvida lagstiftningarna baseras på antaganden om verkligheten som är förenliga med den evidens som numera finns om olika åtgärder och företeelser, exempelvis effekter av vård med tvång, följer av placering av unga på institutioner och behandling av personer med missbruk inom den kommunala socialtjänsten (istället för inom hälso- och sjukvården). Socialrätten innebär därmed ofta inslag av kritisk granskning av den gällande rätten.

Socialrätten betraktas av vissa som ”mjuk” juridik, med många vaga formuleringar och mycket utrymme för tolkningar. Även om detta i viss mån är sant så är socialrätten betydligt mer ”hard core” juridik än många inser och det gäller att förhålla sig till den pluralistiska materia som reglerar rättsområdet för att till fullo behärska den.

Moa Kindström Dahlin



Innehållsförteckning

Socialrätt

Rättsakter från EU

Förordning 883/2004 art. 1-22, 67-70 samt utdrag ur bilaga	s 9
X Direktiv 2011/24 EU	s 28

Rättsfall EU-domstolen

C-140/12	Brey	s 49
C-181/19	Jobcenter Krefeld	s 65
C-243/19	Veselības ministrija	s 81
C-535/19	A (Soins de santé publics)	s 98

Svenska rättsfall

RA 2010 ref 93	s 112
MIG 2011:19	s 122
HFD 2015 ref 42	s 140
HFD 2015 ref 64	s 145
HFD 2022 ref 47	s 152

Offentligt tryck

Prop. 1990/91:58 s 82-87	s 158
Prop. 2010/11:49 s 34-47	s 161

JO-beslut

JO 2021-09-21 Dnr 6003-2018	s 168
JO 2021-09-21 Dnr 2782-2018	s 181

Övrigt

Ruth Mannelqvist, Kraven på läkarintyg för sjukpenning; en lagstridig begränsning av den allmänna sjukförsäkringen? (2019)	s 195
--	-------

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), Concluding observations on the fifth periodic report of Sweden, 6 March 2015, CRC/C/SWE/CO/5, §§ 25-26	s 199
---	-------

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), Concluding observations on the combined sixth and seventh, 6 February 2023, CRC/C/SWE/CO/6-7, §§ 32-33	s 200
---	-------

▼B▼C1

**EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING (EG)
nr 883/2004**

av den 29 april 2004

om samordning av de sociala trygghetssystemen

(Text av betydelse för EES och Schweiz)

AVDELNING I

ALLMÄNNA BESTÄMMELSER

Artikel 1

Definitioner

I denna förordning används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

- a) *arbete som anställd*: en verksamhet eller en likvärdig situation som betraktas som sådan vid tillämpningen av lagstiftningen om social trygghet i den medlemsstat där denna verksamhet utövas eller denna situation råder.
- b) *verksamhetsom egenföretagare*: en verksamhet eller en likvärdig situation som betraktas som sådan vid tillämpningen av lagstiftningen om social trygghet i den medlemsstat där denna verksamhet utövas eller denna situation råder.
- c) *försäkrad person*: i fråga om de grenar av trygghetssystemen som omfattas av bestämmelserna i avdelning III, kapitlen 1 och 3, varje person som uppfyller villkoren i lagstiftningen i den medlemsstat som är behörig enligt bestämmelserna i avdelning II för rätt till en förmån, med beaktande av bestämmelserna i denna förordning.
- d) *offentligt anställd*: en person som betraktas som offentligt anställd eller behandlas som sådan av den medlemsstat till vilken den förvaltning som sysselsätter honom hör.
- e) *särskilt system för offentligt anställda*: trygghetssystem som skiljer sig från det allmänna trygghetssystem som är tillämpligt på anställda i den berörda medlemsstaten och som direkt omfattar alla eller vissa kategorier av offentligt anställda.
- f) *gränsarbetare*: en person ►C2 som arbetar som anställd eller ◀ bedriver verksamhet som egenföretagare i en medlemsstat men som är bosatt i en annan medlemsstat, dit personen som regel återvänder dagligen eller åtminstone en gång i veckan.
- g) *flykting*: skall ha samma innebörd som i artikel 1 i konventionen om flyktingars rättsliga ställning, undertecknad i Genève den 28 juli 1951.

▼ C1

h) *statslös*: skall ha samma innebörd som i artikel 1 i konventionen om statslösa personers rättsliga ställning, undertecknad i New York den 28 september 1954.

i) *familjemedlem*:

1. i) en person som definieras eller erkänns som familjemedlem eller som betecknas som medlem av hushållet i den lagstiftning enligt vilken förmåner utges.

ii) i fråga om vårdförmåner enligt avdelning III, kapitel 1 om sjukdom, moderskap och liknande faderskapsförmåner, en person som definieras eller erkänns som familjemedlem eller som betecknas som medlem av hushållet enligt lagstiftningen i den medlemsstat där denne är bosatt.

2. Om det i den lagstiftning i en medlemsstat, som är tillämplig enligt punkt 1, inte görs någon skillnad mellan familjemedlemmar och andra personer på vilka den är tillämplig, skall make/maka, minderåriga barn och myndiga barn som är beroende av underhåll betraktas som familjemedlemmar.

3. Om enligt den lagstiftning som är tillämplig enligt punkterna 1 och 2 en person betraktas som familje- eller hushållsmedlem endast om han lever i samma hushåll som den försäkrade personen eller pensionstagaren, skall detta villkor anses uppfyllt när personen i fråga är beroende till sin försörjning av den försäkrade personen eller pensionstagaren.

j) *bosättning*: den ort där en person är stadigvarande bosatt.

k) *vistelse*: tillfällig bosättning.

l) *lagstiftning*: i förhållande till varje medlemsstat, de lagar, författningar och övriga tillämpningsbestämmelser som rör de grenar av social trygghet som avses i artikel 3.1.

Beteckningen omfattar inte andra avtalsbestämmelser än de som är avsedda att genomföra en försäkringsskyldighet som följer av de lagar och bestämmelser som avses i föregående stycke eller som genom myndighetsbeslut har omvandlats till tvingande bestämmelser eller fått utvidgat tillämpningsområde, förutsatt att den berörda staten avger en förklaring om detta och anmäler detta till Europaparlamentets talman och ordföranden för Europeiska unionens råd. Denna förklaring skall offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*.

m) *behörig myndighet*: varje medlemsstats minister, ministrar eller motsvarande myndighet med ansvar för de sociala trygghetssystemen inom hela eller någon del av medlemsstaten.

▼ C1

- n) *administrativa kommissionen*: den kommission som avses i artikel 71.

▼ M9

- na) *Europeiska arbetsmyndigheten*: det organ som inrättats genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/1149 ⁽¹⁾ och som avses i artikel 74a.

▼ C1

- o) *tillämpningsförordningen*: den förordning som avses i artikel 89.
- p) *institution*: i förhållande till varje medlemsstat, det organ eller den myndighet som har ansvaret för tillämpningen av hela eller delar av lagstiftningen.
- q) *behörig institution*:
- i) den institution hos vilken den berörda personen är försäkrad vid den tidpunkt då en ansökan om förmåner görs,
 - eller
 - ii) den institution från vilken den berörda personen har eller skulle ha rätt till förmåner, om denne eller en eller flera medlemmar av hans familj var bosatta i den medlemsstat där institutionen finns,
 - eller
 - iii) den institution som har utsetts av den berörda medlemsstatens behöriga myndighet,
 - eller
 - iv) när det gäller ett system som gäller arbetsgivarens ansvar för de förmåner som avses i artikel 3.1, antingen arbetsgivaren eller försäkringsgivaren i fråga, eller, om sådan saknas, ett organ eller en myndighet som har utsetts av den berörda medlemsstatens behöriga myndighet.
- r) *institution på bosättningsorten* och *institution på vistelseorten*: den institution som är behörig att utge förmåner på den ort där den berörda personen är bosatt och den institution som är behörig att utge förmåner på den ort där den berörda personen vistas, enligt den lagstiftning som institutionen tillämpar eller, när ingen sådan institution finns, den institution som utsetts av berörda medlemsstatens behöriga myndighet.
- s) *behörig medlemsstat*: den behöriga medlemsstat där den behöriga institutionen finns.
- t) *försäkringsperiod*: avgiftsperioder, anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare, såsom de definieras eller erkänns som försäkringsperioder i den lagstiftning enligt vilken de

⁽¹⁾ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/1149 av den 20 juni 2019 om inrättande av Europeiska arbetsmyndigheten, om ändring av förordningarna (EG) nr 883/2004, (EU) nr 492/2011 och (EU) 2016/589 och om upphävande av beslut (EU) 2016/344 (EUT L 186, 11.7.2019, s. 21).

▼ C1

har fullgjorts eller betraktas som fullgjorda, och alla perioder som behandlas som sådana, om de enligt den lagstiftningen erkänns som likvärdiga med försäkringsperioder.

- u) *anställningsperiod* eller *period som egenföretagare*: perioder som definieras eller erkänns som sådana i den lagstiftning enligt vilken de har fullgjorts, och alla perioder som behandlas som sådana, om de enligt den lagstiftningen erkänns som likvärdiga med anställningsperioder eller perioder som egenföretagare.
- v) *bosättningsperiod*: perioder som definieras eller erkänns som sådana i den lagstiftning enligt vilken de har fullgjorts eller betraktas som fullgjorda.

▼ M1

va) *vårdförmåner*:

- i) enligt avdelning III kapitel 1 (förmåner vid sjukdom, moderskaps- och likvärdiga faderskapsförmåner): vårdförmåner som tillhandahålls enligt en medlemsstats lagstiftning vilka är avsedda att tillhandahålla, tillgängliggöra, direkt betala eller ersätta kostnaden för sjukvård och sjukvårdsprodukter samt sidotjänster till denna vård; Detta inbegriper förmåner vid långvarigt vårdbehov,
- ii) enligt avdelning III kapitel 2 (olycksfall i arbetet och arbetssjukdomar), alla vårdförmåner relaterade till olycksfall i arbetet och arbetssjukdomar enligt definitionen i led i ovan vilka tillhandahålls inom ramen för medlemsstaternas system för olycksfall i arbetet och arbetssjukdomar.

▼ C1

- w) *pension*: omfattar inte endast pensioner utan även engångsbelopp som kan ersätta pensioner, utbetalningar i form av ersättning för avgifter samt, om inget annat föreskrivs i bestämmelserna i avdelning III, uppräknings- eller tilläggsbidrag.
- x) *förmån vid förtida pensionering*: alla kontantförmåner som inte är förmåner vid arbetslöshet och förtida förmåner vid ålderdom som från och med en bestämd ålder utges till en arbetstagare som har minskat sin yrkesverksamhet, upphört att vara yrkesverksam eller för tillfället inte är yrkesverksam, fram till den ålder då denne kan få ålderspension eller förtida pension, och vilka inte innebär något krav på att ställa sig till arbetsförmedlingens förfogande i den behöriga staten. En förtida förmån vid ålderdom är en förmån som utges före den ålder som normalt krävs för rätt till pension och som antingen utges även när denna ålder har uppnåtts, eller ersätts med en annan förmån vid ålderdom.

▼ C1

- y) *dödsfallsersättning*: ett engångsbelopp som utbetalas vid dödsfall, med undantag av de engångsbelopp som avses i w.
- z) *familjeförmån*: alla förmåner och kontantförmåner som är avsedda att kompensera för en familjs utgifter, exklusive förskott avseende underhållsstöd till barns vårdnadshavare samt de särskilda bidrag vid barns födelse och vid adoption som anges i bilaga I.

*Artikel 2***Personkrets**

1. Denna förordning skall tillämpas på alla som är medborgare i en medlemsstat, statslösa och flyktingar som är bosatta i en medlemsstat och som omfattas eller har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater, samt deras familjemedlemmar och efterlevande.
2. Denna förordning skall dessutom tillämpas på efterlevande till personer som har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater, oavsett dessa personers medborgarskap, om deras efterlevande är medborgare i en medlemsstat eller är statslösa eller flyktingar som är bosatta i en medlemsstat.

*Artikel 3***Sakområden**

1. Denna förordning skall tillämpas på all lagstiftning om de grenar av den sociala tryggheten som rör
 - a) förmåner vid sjukdom,
 - b) förmåner vid moderskap och likvärdiga förmåner vid faderskap,
 - c) förmåner vid invaliditet,
 - d) förmåner vid ålderdom,
 - e) förmåner till efterlevande,
 - f) förmåner vid olycksfall i arbetet och arbetssjukdom,
 - g) dödsfallsersättningar,
 - h) förmåner vid arbetslöshet,
 - i) förmåner vid förtida pensionering,
 - j) familjeförmåner.
2. Om inte annat föreskrivs i bilaga XI skall denna förordning tillämpas på alla allmänna och särskilda system för social trygghet, oavsett om de är avgiftsfinansierade eller inte, och system där en arbetsgivares eller en redares skyldigheter regleras.
3. Denna förordning skall också tillämpas på de särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner som omfattas av artikel 70.
4. Bestämmelserna i avdelning III skall dock inte påverka tillämpningen av medlemsstaternas lagstiftning om redares ansvar.

▼ M1

5. Denna förordning ska inte tillämpas på

- a) socialhjälp och medicinsk hjälp, eller
- b) förmåner, avseende vilka en medlemsstat påtar sig ansvaret för personskador och lämnar ersättning, exempelvis förmåner till offer för krig och militära aktioner eller deras följder, offer för brott, mord eller terroristdåd, offer för skador som vållats av medlemsstatens tjänstemän under deras tjänsteutövning eller offer som har lidit skada av politiska eller religiösa skäl eller på grund av sin härkomst.

▼ C1*Artikel 4***Likabehandling**

Om inte annat föreskrivs i denna förordning, skall de personer på vilka denna förordning skall tillämpas ha samma rättigheter och skyldigheter enligt en medlemsstats lagstiftning som denna medlemsstats egna medborgare.

*Artikel 5***Likvärdiga förmåner, inkomster, omständigheter eller händelser**

Om inte annat följer av denna förordning och med beaktande av de särskilda tillämpningsbestämmelserna skall följande gälla:

- a) Om enligt den behöriga medlemsstatens lagstiftning förmånerna från det sociala trygghetssystemet eller andra inkomster har vissa rättsverkningar, skall de relevanta bestämmelserna i den lagstiftningen också tillämpas på motsvarande förmåner som förvärvats enligt en annan medlemsstats lagstiftning, eller på inkomster som förvärvats i en annan medlemsstat.
- b) Om enligt den behöriga medlemsstatens lagstiftning rättsverkningar uppstår genom vissa omständigheter eller händelser, skall den medlemsstaten beakta liknande omständigheter eller händelser som inträffar inom en annan medlemsstats territorium som om dessa hade inträffat inom det egna territoriet.

*Artikel 6***Sammanläggning av perioder**

Om inte annat följer av denna förordning, skall den behöriga institutionen i en medlemsstat enligt vars lagstiftning

- erhållande, bibehållande eller återfående av rätt till förmåner,
- tackning genom annan lagstiftning,
- eller
- tillgång till eller undantag från obligatorisk eller frivillig försäkring eller frivillig fortsättningsförsäkring,

▼ C3

villkoras av att försäkrings-, anställnings- eller bosättningsperioder eller perioder som egenföretagare har fullgjorts, i nödvändig utsträckning beakta försäkrings-, anställnings- eller bosättningsperioder eller perioder som egenföretagare som har fullgjorts enligt lagstiftningen i en annan medlemsstat som om de vore perioder som fullgjorts enligt den lagstiftning som institutionen tillämpar.

▼ C1*Artikel 7***Upphävande av krav på bosättning**

Om annat inte föreskrivs i denna förordning, skall kontantförmåner enligt en eller flera medlemsstaters lagstiftning eller enligt denna förordning inte minskas, ändras, hållas inne, dras in eller förverkas med anledning av att mottagaren eller dennes familjemedlemmar är bosatta i en annan medlemsstat än den där institutionen med ansvar för betalningen är belägen.

*Artikel 8***Förhållande mellan denna förordning och andra samordningsinstrument**

1. Inom sitt tillämpningsområde skall denna förordning ersätta alla konventioner om social trygghet som är tillämpliga mellan medlemsstaterna. Vissa bestämmelser i de konventioner om social trygghet som ingåtts av medlemsstaterna innan denna förordning börjar tillämpas skall dock fortsätta att tillämpas, under förutsättning att de är mer gynnsamma för förmånstagarna eller följer av specifika historiska förhållanden och har tidsbegränsad verkan. Dessa bestämmelser måste föras in i bilaga II för att de skall fortsätta att gälla. Om det av objektiva skäl inte är möjligt att utvidga några av bestämmelserna till att omfatta samtliga personer som förordningen är tillämplig på skall detta anges.

2. Två eller flera medlemsstater får vid behov ingå konventioner med varandra som bygger på denna förordnings principer och anda.

▼ M3*Artikel 9***Medlemsstaternas förklaringar angående tillämpningsområdet för denna förordning**

1. Medlemsstaterna ska till Europeiska kommissionen skriftligen anmäla de förklaringar som görs i enlighet med artikel 1 led 1, den lagstiftning och de system som avses i artikel 3, de konventioner som ingåtts och som avses i artikel 8.2, de minimibelopp som avses i artikel 58 och den avsaknad av försäkringssystem som avses i artikel 65a.1 samt ändringar i sak. I anmälningarna ska anges den tidpunkt från och med vilken denna förordning kommer att tillämpas på de särskilda system som anges av medlemsstaterna i deras anmälningar.

2. Dessa anmälningar ska årligen överlämnas till Europeiska kommissionen och offentliggöras på erforderligt sätt.

▼ C1*Artikel 10***Förhindrande av sammanträffande av förmåner**

Denna förordning skall inte, om inte annat föreskrivs, kunna återopas för att erhålla eller bevara en rätt till flera förmåner av samma slag för samma period av obligatorisk försäkring.

▼ C1

AVDELNING II

FASTSTÄLLANDE AV TILLÄMPLIG LAGSTIFTNING

*Artikel 11***Allmänna bestämmelser**

1. De personer som denna förordning tillämpas på skall omfattas av endast en medlemsstats lagstiftning. Denna lagstiftning skall fastställas i enlighet med denna avdelning.

2. Vid tillämpningen av denna avdelning skall de personer som med anledning av sitt arbete som anställd eller sin verksamhet som egenföretagare erhåller en kontantförmån anses utöva denna verksamhet. Detta skall inte gälla ersättning i form av pensioner vid invaliditet, ålderdom eller till efterlevande eller ersättning i form av pension vid olycksfall i arbetet eller arbetssjukdomar och inte heller kontanta sjukvårdsförmåner som är obegränsade i tid.

3. Om inget annat följer av artiklarna 12-16, skall

- a) en person ► C2 som arbetar som anställd eller ◄ bedriver verksamhet som egenföretagare i en medlemsstat omfattas av lagstiftningen i den medlemsstaten,
- b) en offentligt anställd omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat till vilken den förvaltning som sysselsätter denne hör,
- c) en person som erhåller arbetslöshetsersättning i enlighet med artikel 65 enligt lagstiftningen i den medlemsstat där denne är bosatt omfattas av den medlemsstatens lagstiftning,
- d) en person som är inkallad eller återinkallad till militärtjänstgöring eller civil tjänstgöring i en medlemsstat omfattas av lagstiftningen i den medlemsstaten,
- e) en person på vilken a-d inte är tillämpliga omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat där denne är bosatt, utan att det påverkar tillämpningen av andra bestämmelser i denna förordning enligt vilka personen har rätt till förmåner enligt lagstiftningen i en eller flera andra medlemsstater.

4. Vid tillämpningen av denna avdelning ► C2 skall arbete som anställd eller verksamhet som egen företagare vilket normalt utförs ombord ◄ på ett havsgående fartyg som för en medlemsstats flagg betraktas som arbete utfört i denna medlemsstat. Dock skall den som är anställd på ett fartyg under en medlemsstats flagg och som får sin lön för denna verksamhet från ett företag eller en person som har sitt säte eller är bosatt i en annan medlemsstat, omfattas av den sistnämnda medlemsstatens lagstiftning, om han är bosatt i den staten. Det företag eller den person som betalar lönen skall betraktas som arbetsgivare vid tillämpningen av den lagstiftningen.

▼ M3

5. Arbete som innebär att en medlem av flygbesättningen eller kabinbesättningen utför tjänster som rör passagerar- eller godsbefordran, ska anses vara arbete som bedrivs i den medlemsstat där stationeringssorten, enligt definitionen i bilaga III till förordning (EEG) nr 3922/91, är belägen.

▼ C1*Artikel 12***Särskilda bestämmelser**▼ M3

1. En person som arbetar som anställd i en medlemsstat hos en arbetsgivare som normalt bedriver sin verksamhet i den medlemsstaten ska, när arbetsgivaren sänder ut personen för att för arbetsgivarens räkning utföra ett arbete i en annan medlemsstat, fortsätta att omfattas av lagstiftningen i den förstnämnda medlemsstaten, under förutsättning att detta arbete inte förväntas vara längre än 24 månader och att personen inte sänds ut för att ersätta någon annan utsänd person.

▼ C1

2. En person som normalt bedriver verksamhet som egenföretagare i en medlemsstat och som skall bedriva liknande verksamhet i en annan medlemsstat, skall fortsätta att omfattas av lagstiftningen i den förstnämnda medlemsstaten, under förutsättning att verksamheten inte förväntas vara längre än 24 månader.

*Artikel 13***Verksamhet i två eller flera medlemsstater**▼ M3

1. En person som normalt arbetar som anställd i två eller flera medlemsstater ska
- a) omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat där han eller hon är bosatt om han eller hon utför en väsentlig del av sitt arbete i den medlemsstaten, eller
 - b) om han eller hon inte utför en väsentlig del av sitt arbete i den medlemsstat där han eller hon är bosatt,
 - i) omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat där företagets eller arbetsgivarens säte eller verksamhetsställe är beläget, om han eller hon är anställd av ett företag eller en arbetsgivare, eller
 - ii) omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat där företagets eller arbetsgivarens säte eller verksamhetsställe är beläget, om han eller hon är anställd av två eller flera företag eller arbetsgivare som har sina säten eller verksamhetsställen i en enda medlemsstat, eller
 - iii) omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat där företagets eller arbetsgivarens säte eller verksamhetsställe är beläget utanför den medlemsstat där han eller hon är bosatt, om han eller hon är anställd av två eller flera företag eller arbetsgivare som har sitt säte eller verksamhetsställe i två medlemsstater, varav den ena är bosättningsmedlemsstaten, eller
 - iv) omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat där han eller hon är bosatt, om han eller hon är anställd av två eller flera företag eller arbetsgivare, varav minst två har sitt säte eller verksamhetsställe i olika medlemsstater utanför den medlemsstat där han eller hon är bosatt.

▼ C1

2. En person som normalt bedriver verksamhet som egenföretagare i två eller flera medlemsstater skall omfattas av
- a) lagstiftningen i den medlemsstat där han är bosatt, om han bedriver en väsentlig del av sin verksamhet i denna medlemsstat,
- eller

▼ C1

b) lagstiftningen i den medlemsstat där hans verksamhets huvudsakliga intressen finns, om han inte är bosatt i en av de medlemsstater där han bedriver en väsentlig del av sin verksamhet.

3. En person som normalt arbetar som anställd och bedriver verksamhet som egenföretagare i olika medlemsstater skall omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat ► C2 där han arbetar som anställd eller, om han arbetar som anställd i två ◄ eller flera medlemsstater, av den lagstiftning som fastställs i enlighet med punkt 1.

4. En person som är offentligt anställd i en medlemsstat och som samtidigt arbetar som anställd och/eller bedriver verksamhet som egenföretagare i en eller flera andra medlemsstater, skall omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat till vilken den förvaltning som sysselsätter honom hör.

5. De personer som avses i punkterna 1-4 skall vid tillämpningen av den lagstiftning som fastställs i enlighet med dessa bestämmelser behandlas som om de arbetar som anställda eller bedriver verksamhet som egenföretagare i den berörda medlemsstaten samt får alla sina inkomster därifrån.

*Artikel 14***Frivillig försäkring eller frivillig fortsättningsförsäkring**

1. Artiklarna 11-13 skall inte tillämpas på frivillig försäkring eller frivillig fortsättningsförsäkring, utom i de fall då det i en medlemsstat, för någon av de grenar som avses i artikel 3.1, bara finns ett system för frivillig försäkring.

2. När en person enligt lagstiftningen i en medlemsstat omfattas av en obligatorisk försäkring i den medlemsstaten, får denna person inte i en annan medlemsstat omfattas av en frivillig försäkring eller frivillig fortsättningsförsäkring. I samtliga övriga fall där det för en viss gren går att välja mellan flera system för frivillig försäkring eller frivillig fortsättningsförsäkring skall den berörda personen endast anslutas till det system denne har valt.

3. När det gäller förmåner vid invaliditet och ålderdom samt förmåner för efterlevande, får dock den berörda personen anslutas till en frivillig försäkring eller frivillig fortsättningsförsäkring i en medlemsstat, ► C2 även om han är obligatoriskt omfattad av ◄ en annan medlemsstats lagstiftning, om han vid något tillfälle under sitt tidigare yrkesliv har omfattats av lagstiftningen i den förstnämnda medlemsstaten på grund av eller till följd av arbete som anställd eller verksamheten som egenföretagare och om sådan dubbel försäkring uttryckligen eller underförstått medges enligt lagstiftningen i den förstnämnda medlemsstaten.

▼ M1

4. Om det för anslutning till en frivillig försäkring eller en frivillig fortsättningsförsäkring enligt en medlemsstats lagstiftning ställs krav på bosättning i den medlemsstaten eller på tidigare arbete som anställd eller verksamhet som egenföretagare, ska artikel 5 b endast tillämpas på personer som vid något tillfälle tidigare har omfattats av lagstiftningen i den medlemsstaten med anledning av arbete som anställd eller verksamhet som egenföretagare.

▼ C1*Artikel 15***Europeiska gemenskapernas ► M1 kontraktsanställda ◀**

Europeiska gemenskapernas ► M1 kontraktsanställda ◀ får välja att omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat där de är anställda, den medlemsstats lagstiftning av vilken de senast omfattades eller lagstiftningen i den medlemsstat i vilken de är medborgare, när det gäller andra bestämmelser än de som gäller familjeförmåner som beviljas enligt anställningsvillkoren för dessa personer. Denna rätt att välja får bara utnyttjas en gång och gäller från och med den dag då anställningen påbörjas.

*Artikel 16***Undantag från bestämmelserna i artiklarna 11-15**

1. Två eller flera medlemsstater, dessa medlemsstaters behöriga myndigheter eller de organ som utses av dessa myndigheter får komma överens om att föreskriva undantag från bestämmelserna i artiklarna 11-15 till förmån för vissa personer eller persongrupper.

2. En person som uppbär en pension eller flera pensioner enligt lagstiftningen i en eller flera medlemsstater och som är bosatt i en annan medlemsstat, får på egen begäran undantas från tillämpningen av lagstiftningen i den sistnämnda medlemsstaten, om han inte omfattas av denna lagstiftning ► C2 med anledning av arbete som anställd eller ◀ verksamhet som egenföretagare.

AVDELNING III

SÄRSKILDA BESTÄMMELSER OM OLIKA FÖRMÅNSKATEGORIER*KAPITEL 1****Förmåner vid sjukdom, moderskaps- och likvärdiga faderskapsförmåner*****Avsnitt 1****Försäkrade personer och deras familjemedlemmar, med undantag av pensionstagare och deras familjemedlemmar***Artikel 17***Bosättning i en annan medlemsstat än den behöriga medlemsstaten**

En försäkrad person eller dennes familjemedlemmar, som är bosatta i en annan medlemsstat än den behöriga medlemsstaten, skall i bosättningsmedlemsstaten få de vårdförmåner som för den behöriga institutionens räkning utges av institutionen på bosättningsorten i enlighet med den lagstiftning som institutionen tillämpar, som om de vore försäkrade enligt denna lagstiftning.

▼ C1*Artikel 18***Vistelse i den behöriga medlemsstaten när bosättningen är i en annan medlemsstat – särskilda bestämmelser för gränsarbetares familjemedlemmar**

1. Om inte annat följer av punkt 2 skall den försäkrade personen och dennes familjemedlemmar som avses i artikel 17 även ha rätt till vårdförmåner under vistelse i den behöriga medlemsstaten. Vårdförmånerna skall utges av den behöriga institutionen och på denna institutions bekostnad, i enlighet med bestämmelserna i den lagstiftning som den tillämpar, som om de berörda personerna vore bosatta i den medlemsstaten.

▼ M1

2. En gränsarbetares familjemedlemmar ska ha rätt till vårdförmåner under vistelse i den behöriga medlemsstaten.

Om emellertid den behöriga medlemsstaten är förtecknad i bilaga III, ska de av en gränsarbetares familjemedlemmar vilka är bosatta i samma medlemsstat som gränsarbetaren endast ha rätt till vårdförmåner i den behöriga medlemsstaten enligt de i artikel 19.1 fastställda villkoren.

▼ C1*Artikel 19***Vistelse utanför den behöriga medlemsstaten**

1. Om inte annat följer av punkt 2 skall en försäkrad person och dennes familjemedlemmar som vistas i en annan medlemsstat än den behöriga medlemsstaten ha rätt till de vårdförmåner som av medicinska skäl blir nödvändiga under vistelsen med beaktande av förmånernas karaktär och vistelsens förväntade längd. Dessa förmåner skall för den behöriga institutionens räkning utges av institutionen på vistelseorten i enlighet med den lagstiftning som den tillämpar, som om de berörda personerna vore försäkrade enligt denna lagstiftning.

2. Den administrativa kommissionen skall fastställa en förteckning över vårdförmåner som, för att de skall kunna utges under en vistelse i en annan medlemsstat, av praktiska skäl förutsätter en i förväg upprättad överenskommelse mellan den berörda personen och den institution som tillhandahåller vården.

*Artikel 20***Resa i syfte att erhålla vårdförmåner – tillstånd till lämplig behandling utanför bosättningsmedlemsstaten**

1. Om inte annat följer av denna förordning skall en försäkrad person, som reser till en annan medlemsstat för att erhålla vårdförmåner under vistelsen där söka tillstånd från den behöriga institutionen.

▼ C1

2. En försäkrad person som av den behöriga institutionen fått tillstånd att resa till en annan medlemsstat i syfte att där få den vård som är lämplig med hänsyn till hans hälsotillstånd, skall erhålla de vårdförmåner som för den behöriga institutionens räkning utges av institutionen på vistelseorten i enlighet med bestämmelserna i den lagstiftning som institutionen tillämpar, som om personen vore försäkrad enligt denna lagstiftning. Tillstånd skall beviljas om den behandling det gäller finns bland de förmåner som tillhandahålls enligt lagstiftningen i den medlemsstat där den berörda personen är bosatt och denna behandling inte kan ges inom den tid som är medicinskt försvarbar, med hänsyn till personens aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp.

3. Punkterna 1 och 2 skall också tillämpas på en försäkrad persons familjemedlemmar.

4. Om en försäkrad persons familjemedlemmar är bosatta i en annan medlemsstat än den där den försäkrade personen är bosatt, och denna medlemsstat har valt kostnadsersättning på grundval av fasta belopp, skall kostnaderna för sådana vårdförmåner som avses i punkt 2 betalas av institutionen på familjemedlemmarnas bosättningsort. Vid tillämpningen av punkt 1 skall institutionen på familjemedlemmarnas bosättningsort i detta fall anses vara den behöriga institutionen.

*Artikel 21***Kontantförmåner**

1. En försäkrad person eller dennes familjemedlemmar, som är bosatta eller vistas i en annan medlemsstat än den behöriga medlemsstaten, har rätt att erhålla kontantförmåner från den behöriga institutionen enligt den lagstiftning som den tillämpar. Efter överenskommelse mellan den behöriga institutionen och institutionen på bosättnings- eller vistelseorten får dessa förmåner dock utbetalas av institutionen på bosättnings- eller vistelseorten på den behöriga institutionens bekostnad enligt lagstiftningen i den behöriga medlemsstaten.

2. Den behöriga institutionen i en medlemsstat, i vars lagstiftning det föreskrivs att beräkningen av kontantförmåner skall utgå från en genomsnittlig inkomst eller en genomsnittlig avgiftsgrund, skall fastställa den genomsnittliga inkomsten eller den genomsnittliga avgiftsgrunden enbart på grundval av faktiskt uppburna inkomster, eller på de avgiftsgrunder som tillämpas under de perioder som fullgjorts enligt den nämnda lagstiftningen.

3. Den behöriga institutionen i en medlemsstat i vars lagstiftning det föreskrivs att beräkningen av kontantförmåner skall utgå från en standardinkomst skall beakta enbart standardinkomsten eller, i förekommande fall, den genomsnittliga standardinkomst som avser de perioder som fullgjorts enligt denna lagstiftning.

▼ C1

4. Bestämmelserna i punkterna 2 och 3 skall även tillämpas i de fall då det i den lagstiftning som tillämpats av den behöriga institutionen har fastställts en bestämd referensperiod som helt eller delvis motsvarar de perioder som den berörda personen har fullgjort enligt lagstiftningen i en eller flera andra medlemsstater.

Artikel 22
Pensionssökande

1. En försäkrad person som när en ansökan om pension inlämnas eller under handläggningen av ansökan förlorar rätten till vårdförmåner enligt lagstiftningen i den senast behöriga medlemsstaten, skall även fortsättningsvis ha rätt till vårdförmåner enligt lagstiftningen i den medlemsstat där han är bosatt, under förutsättning att han uppfyller försäkringsvillkoren i lagstiftningen i den medlemsstat som avses i punkt 2. Rätten till vårdförmåner i bosättningsmedlemsstaten gäller även den pensionssökandes familjemedlemmar.

2. Utgifterna för vårdförmånerna skall betalas av den medlemsstats institution som vid beviljad pension skulle bli behörig enligt artiklarna 23-25.

A v s n i t t 2

Pensionstagare och deras familjemedlemmar

Artikel 23

Rätt till vårdförmåner enligt lagstiftningen i bosättningsmedlemsstaten

En person som erhåller en pension eller flera pensioner enligt lagstiftningen i två eller flera medlemsstater, varav en är den medlemsstat där denne är bosatt, och som har rätt till vårdförmåner enligt lagstiftningen i denna medlemsstat, skall, tillsammans med sina familjemedlemmar, erhålla sådana vårdförmåner från, och på bekostnad av, institutionen på bosättningsorten som om personen endast vore berättigad till pension enligt lagstiftningen i den medlemsstaten.

Artikel 24

Ingen rätt till vårdförmåner enligt lagstiftningen i bosättningsmedlemsstaten

1. En person som erhåller pension enligt lagstiftningen i en eller flera medlemsstater och som inte har rätt till vårdförmåner enligt lagstiftningen i den medlemsstat där denne är bosatt, skall ändå få sådana förmåner för egen del och för sina familjemedlemmar om personen skulle vara berättigad till detta enligt lagstiftningen i den medlemsstat, eller i minst en av de medlemsstater, som skulle ha behörighet i fråga om pensionen om personen vore bosatt i den medlemsstaten. Vårdförmåner skall utges på bekostnad av den institution som avses i punkt 2 av institutionen på bosättningsorten, som om personen vore berättigad till pension och vårdförmåner enligt lagstiftningen i den medlemsstaten.

▼ M3

system för arbetslöshetsförmåner i den medlemsstaten, registrera sig vid och ställa sig till förfogande för arbetsförmedlingen i den medlemsstat där han eller hon senast bedrev verksamhet som egenföretagare och ska, när han eller hon ansöker om förmåner, fortsätta att uppfylla villkoren i den sistnämnda medlemsstatens lagstiftning. Den helt arbetslösa personen får som en kompletterande åtgärd ställa sig till arbetsförmedlingens förfogande i bosättningsmedlemsstaten.

2. Förmånerna ska utges till den helt arbetslösa person som avses i punkt 1 av den medlemsstat vars lagstiftning han eller hon senast omfattades av, i enlighet med den lagstiftning som den medlemsstaten tillämpar.

3. Om den helt arbetslösa person som avses i punkt 1 inte vill ställa sig eller fortsätta att stå till arbetsförmedlingens förfogande i den medlemsstat där personen senast bedrev verksamhet efter att ha registrerat sig där och vill söka arbete i bosättningsmedlemsstaten ska artikel 64, utom artikel 64.1 a, också tillämpas. Den behöriga institutionen får förlänga den period som anges i artikel 64.1 c första meningen, som dock inte får överskrida den tid under vilken personen har rätt till förmåner.

▼ C1*KAPITEL 7****Förtida pension****Artikel 66***Förmåner**

Om det för rätt till förtida pension enligt den tillämpliga lagstiftningen krävs fullgjorda försäkringsperioder, anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare, skall artikel 6 inte tillämpas.

*KAPITEL 8****Familjeförmåner****Artikel 67***Familjemedlemmar bosatta i en annan medlemsstat**

Personer skall ha rätt till familjeförmåner i enlighet med lagstiftningen i den behöriga medlemsstaten även för sina familjemedlemmar som är bosatta i en annan medlemsstat som om de vore bosatta i den förra medlemsstaten. Pensionstagare skall dock ha rätt till familjeförmåner i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat som är behörig beträffande deras pensioner.

*Artikel 68***Prioritetsregler vid sammanträffande**

1. Om rätt till förmåner under samma period och för samma

▼ C1

familjemedlemmar föreligger enligt flera medlemsstaters lagstiftning skall följande prioritetsregler tillämpas:

- a) I de fall då flera medlemsstater är skyldiga att utge förmåner på olika grunder skall prioritetsordningen vara följande: i första hand rättigheter som förvärvats på grund av arbete som anställd eller verksamhet som egenföretagare, därefter rättigheter som förvärvats på grund av uttag av pension och slutligen rättigheter som förvärvats på grund av bosättning.
- b) I de fall då flera medlemsstater är skyldiga att utge förmåner på samma grunder skall prioritetsordningen fastställas enligt följande tilläggsregler:
 - i) Om det gäller rättigheter som förvärvats på grund av arbete som anställd eller verksamhet som egenföretagare: barnens bostadsort, förutsatt att sådan verksamhet föreligger där, och i andra hand – i förekommande fall – det högsta belopp av förmånerna som föreskrivs i berörda lagstiftningar. I det sistnämnda fallet skall kostnaden för förmåner fördelas efter kriterier som fastställs i tillämpningsförfordningen.
 - ii) Om det gäller rättigheter som förvärvats på grund av uttag av pension: barnens bostadsort, förutsatt att en pension skall utges enligt dess lagstiftning, och i andra hand – i förekommande fall – den längsta försäkringsperioden eller bosättningsperioden som fullgjorts i enlighet med berörda lagstiftningar.
 - iii) Om det gäller rättigheter som förvärvats på grund av bosättning: barnens bostadsort.

2. Vid sammanträffande av rätt till förmåner skall familjeförmåner beviljas i enlighet med den lagstiftning som anses ha företräde enligt punkt 1. Rätten till familjeförmåner med stöd av annan eller andra berörda lagstiftningar skall innehållas upp till det belopp som föreskrivs i den förra statens lagstiftning och i förekommande fall utges i form av ett tilläggsbelopp för den del som överstiger detta belopp. Ett sådant tilläggsbelopp behöver dock inte utges för barn som är bosatta i en annan medlemsstat, om rätten till förmånen i fråga endast grundar sig på bosättning.

3. Om en ansökan om familjeförmåner enligt artikel 67 inges till den behöriga institutionen i en medlemsstat vars lagstiftning är tillämplig men inte har prioritet i enlighet med punkterna 1 och 2 i denna artikel

- a) skall institutionen utan dröjsmål vidarebefordra ansökan till den behöriga institutionen i den medlemsstat vars lagstiftning är tillämplig enligt prioritetsordningen, informera den berörda personen och, utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i tillämpningsförfordningen om preliminärt utgivande av förmåner, vid behov tillhandahålla det fyllnadsbelopp som anges i punkt 2,
- b) skall den behöriga myndigheten i den medlemsstat vars lagstiftning är tillämplig enligt prioritetsordningen behandla ansökan som om den hade lämnats in direkt till denna, och den tidpunkt vid vilken denna ansökan ingavs till den första institutionen skall anses vara tidpunkten för dennas fordran gentemot den institution som har företräde.

▼ **M1***Artikel 68a***Utgivande av förmåner**

Om den person till vilken familjeförmånerna ska utbetalas inte använder dessa förmåner till familjemedlemmarnas försörjning, ska den behöriga institutionen, på begäran av och genom institutionen på familjemedlemmarnas bostadsort eller den institution eller det organ som är utsett därtill av den behöriga myndigheten i den medlemsstat där familjemedlemmarna är bosatta, utbetala de förmånerna med befriande verkan med avseende på institutionens rättsliga skyldigheter till den fysiska eller juridiska person som faktiskt försörjer familjemedlemmarna.

▼ **C1***Artikel 69***Tilläggsbestämmelser**

1. Om enligt den lagstiftning som avses i artiklarna 67 och 68 det inte finns någon rätt till beviljande av extra eller särskilda familjeförmåner till barn som mist en eller båda föräldrarna, skall sådana förmåner utbetalas automatiskt och som komplement till andra familjeförmåner som förvärvats i enlighet med den ovannämnda lagstiftningen, genom lagstiftningen i den medlemsstat som den avlidna arbetstagaren har omfattats av under längst tid, under förutsättning att den rätten har förvärvats med stöd av den lagstiftningen. Om sådan rätt inte har förvärvats med stöd av denna lagstiftning, skall villkoren för att få sådana förmåner enligt andra medlemsstaters lagstiftning utredas och förmånerna beviljas i fallande ordning allt efter längden av de försäkrings- eller bosättningsperioder som har fullbordats enligt dessa medlemsstaters lagstiftning.

2. De förmåner som utbetalas i form av pensioner eller tillägg till pensioner skall utges och beräknas i enlighet med kapitel 5.

*KAPITEL 9****Särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner****Artikel 70***Allmän bestämmelse**

1. Denna artikel skall tillämpas på de särskilda icke avgiftsfinansierade kontantförmåner som utges enligt sådan lagstiftning som genom de personer som omfattas, mål och/eller villkor för berättigande har drag av både den lagstiftning om social trygghet som avses i artikel 3.1 och av socialt stöd.

2. Vid tillämpningen av detta kapitel avses med ”särskilda icke avgiftsfinansierade kontantförmåner” sådana förmåner

a) som är avsedda att

i) vara tillägg, ersättning eller komplettering för täckande av de risker som omfattas av de socialförsäkringsgrenar som anges i artikel 3.1 och som garanterar de personer som berörs en minimiinkomst med avseende på de ekonomiska och sociala förhållandena i den berörda medlemsstaten,

eller

▼ C1

- ii) uteslutande ge särskilt skydd för funktionshindrade, vilket är nära förbundet med personens sociala förhållanden i den berörda medlemsstaten,

och

- b) där finansieringen enbart härrör från obligatorisk beskattning avsedd att täcka allmänna offentliga utgifter och villkoren för att tillhandahålla och beräkna förmånerna inte är beroende av någon avgift från förmånstagarens sida; förmåner som utges som tillägg till en avgiftsfinansierad förmån skall emellertid inte anses vara avgiftsfinansierade förmåner endast av detta skäl,

och

- c) som förtecknas i bilaga X.

3. Artikel 7 och övriga kapitel i denna avdelning skall inte tillämpas på de förmåner som anges i punkt 2 i denna artikel.

4. Förmånerna i punkt 2 skall uppbäras uteslutande i den medlemsstat där de berörda personerna är bosatta och i enlighet med dess lagstiftning. Förmånerna skall utges och bekostas av institutionen på bostättningsorten.

AVDELNING IV

ADMINISTRATIVA KOMMISSIONEN OCH RÅDGIVANDE KOMMITTÉN

*Artikel 71***Administrativa kommissionens sammansättning och arbetssätt**

1. Administrativa kommission för samordning av de sociala trygghetssystemen, nedan kallad "administrativa kommissionen", som är knuten till ►M3 Europeiska kommissionen ◀, skall bestå av en regeringsföreträdare för varje medlemsstat och vid behov biträdas av sakkunniga rådgivare. En företrädare för ►M3 Europeiska kommissionen ◀ skall delta i administrativa kommissionens arbete som rådgivare.

▼ M3

2. Administrativa kommissionen ska fatta beslut med kvalificerad majoritet i enlighet med bestämmelserna i fördragen, förutom när det gäller dess arbetsordning, som ska fastställas genom överenskommelse mellan dess ledamöter.

Beslut om de tolkningsfrågor som avses i artikel 72 a ska offentliggöras på erforderligt sätt.

▼ C1

3. ►M3 Europeiska kommissionen ◀ skall förse administrativa kommissionen med sekretariatstjänster.

*Artikel 72***Administrativa kommissionens uppgifter**

Administrativa kommissionen skall ha till uppgift att

- a) behandla alla administrativa frågor och tolkningsfrågor som följer av bestämmelserna i denna förordning, tillämpningsförordningen eller av varje överenskommelse eller uppgörelse inom ramen för dessa

▼ M1*BILAGA X*

SÄRSKILDA	ICKE	AVGIFTSFINANSIERADE FÖRMÅNER	KONTANTA
		(artikel 70.2 c)	

...

SVERIGE

a) Bostadstillägg till pensionärer (lag 2001:761).

b) Äldreförsörjningsstöd (lag 2001:853).

DIREKTIV

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2011/24/EU

av den 9 mars 2011

om tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård

EUROPAPARLAMENTET OCH EUROPEISKA UNIONENS RÅD HAR
ANTAGIT DETTA DIREKTIV

med beaktande av fördraget om Europeiska unionens funktions-
sätt, särskilt artiklarna 114 och 168,

med beaktande av Europeiska kommissionens förslag,

med beaktande av Europeiska ekonomiska och sociala kommit-
tens yttrande ⁽¹⁾,

med beaktande av Regionkommitténs yttrande ⁽²⁾,

i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet ⁽³⁾, och

av följande skäl:

- (1) Enligt artikel 168.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) måste en hög hälsoskyddsnivå för människor säkerställas vid utformning och genomförande av all unionspolitik och alla unionsåtgärder. Detta betyder att en hög hälsoskyddsnivå måste garanteras även när unionen antar akter enligt andra bestämmelser i fördraget.
- (2) Artikel 114 i EUF-fördraget är den lämpliga rättsliga grunden eftersom huvuddelen av bestämmelserna i detta direktiv har till syfte att få den inre marknaden och den fria rörligheten av varor, personer och tjänster att fungera bättre. Eftersom villkoren för återopande av artikel 114 i EUF-fördraget som rättslig grund är uppfyllda måste denna rättsliga grund användas för unionslagstiftningen även när skydd av folkhälsan är en avgörande faktor i de val som görs. Artikel 114.3 i EUF-fördraget kräver i detta hänseende uttryckligen att en hög skyddsnivå för folk-

hälsan bör säkerställas vid harmonisering och särskilt att hänsyn tas till ny utveckling som grundar sig på vetenskapliga fakta.

- (3) Hälso- och sjukvårdssystemen i unionen är en central del av unionens höga sociala skyddsnivå och bidrar till såväl social sammanhållning och social rättvisa som en hållbar utveckling. Hälso- och sjukvård ingår också i den bredare ramen för tjänster av allmänt intresse.
- (4) Oberoende av möjligheten för patienterna att erhålla gränsöverskridande hälso- och sjukvård i enlighet med detta direktiv ansvarar medlemsstaterna för att tillhandahålla medborgarna inom sitt territorium en säker, högkvalitativ, effektiv och kvantitativt tillfredsställande hälso- och sjukvård. Införlivandet av detta direktiv med nationell lagstiftning och dess tillämpning bör inte leda till att patienter uppmuntras att söka behandling utanför sin försäkringsmedlemsstat.
- (5) Som rådet konstaterat i sina slutsatser av den 1–2 juni 2006 om gemensamma värderingar och principer i Europeiska unionens hälso- och sjukvårdssystem ⁽⁴⁾ (nedan kallade *rådets slutsatser*) finns det ett antal gemensamma funktionsprinciper som används inom hälso- och sjukvårdssystemen i hela unionen. Dessa funktionsprinciper är nödvändiga för att säkerställa patienternas förtroende för gränsöverskridande hälso- och sjukvård, som behövs för att uppnå patientrörlighet och en hög hälsoskyddsnivå. I samma uttalande konstaterade rådet att dessa värderingar och principer förverkligas i praktiken på mycket olika sätt i olika medlemsstater. I synnerhet måste beslut om vilket hälso- och sjukvårdsutbud som medborgarna har rätt till och de mekanismer som används för att finansiera och tillhandahålla denna hälso- och sjukvård, som t.ex. i vilken utsträckning det är lämpligt att lita till marknadsmekanismerna och konkurrenstrycket för att sköta hälso- och sjukvårdssystemen, fattas i ett nationellt sammanhang.
- (6) Som Europeiska unionens domstol (nedan kallad *domstolen*) flera gånger slagit fast, samtidigt som den erkänt deras särskilda karaktär, faller alla typer av hälso- och sjukvård inom EUF-fördragets räckvidd.

⁽¹⁾ EUT C 175, 28.7.2009, s. 116.

⁽²⁾ EUT C 120, 28.5.2009, s. 65.

⁽³⁾ Europaparlamentets ståndpunkt av den 23 april 2009 (EUT C 184 E, 8.7.2010, s. 368), rådets ståndpunkt vid den första behandlingen av den 13 september 2010 (EUT C 275 E, 12.10.2010, s. 1), Europaparlamentets ståndpunkt av den 19 januari 2011 (ännu ej offentliggjord i EUT) och rådets beslut av den 28 februari 2011

⁽⁴⁾ EUT C 146, 22.6.2006, s. 1.

- (7) Detta direktiv respekterar, och påverkar inte, medlemsstaternas frihet att bestämma vilken typ av hälso- och sjukvård de anser lämplig. Inga bestämmelser i detta direktiv får tolkas på ett sådant sätt som undergräver medlemsstaternas grundläggande etiska val.
- (8) En del frågor som rör gränsöverskridande hälso- och sjukvård, särskilt kostnadsersättning för vård som ges i en annan medlemsstat än den där vårdmottagaren är bosatt, har redan behandlats av domstolen. Syftet med detta direktiv är att åstadkomma en mer allmän och också effektiv tillämpning av de principer som domstolen utarbetat utifrån de enskilda fallen.
- (9) I rådets slutsatser noterade rådet att det är särskilt värdefullt med ett initiativ om gränsöverskridande hälso- och sjukvård som garanterar tydlighet i fråga om unionsmedborgarnas rättigheter då de flyttar från en medlemsstat till en annan för att trygga rättssäkerheten.
- (10) Detta direktiv syftar till att fastställa bestämmelser som gör det lättare att få tillgång till säker, högkvalitativ gränsöverskridande hälso- och sjukvård i unionen och att garantera patienterna rörlighet i överensstämmelse med de principer som fastslagits av domstolen samt till att främja vårdssamarbete mellan medlemsstaterna, samtidigt som medlemsstaternas ansvar för att fastställa socialförsäkringsförmåner som avser hälso- och sjukvård samt organisera och tillhandahålla hälso- och sjukvård och socialförsäkringsförmåner, särskilt förmåner vid sjukdom, respekteras fullt ut.
- (11) Detta direktiv bör tillämpas på enskilda patienter som beslutar sig för att söka hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat än försäkringsmedlemsstaten. Domstolen har bekräftat att varken hälso- och sjukvårdens särart eller det sätt på vilket den organiseras eller finansieras innebär att hälso- och sjukvård kan undantas från den grundläggande principen om fri rörlighet för tjänster. Försäkringsmedlemsstaten kan emellertid välja att begränsa ersättningen för gränsöverskridande hälso- och sjukvård av skäl som hänför sig till kvaliteten och säkerheten i fråga om den hälso- och sjukvård som tillhandahålls i de fall då detta kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset med anknytning till folkhälsan. Försäkringsmedlemsstaten kan även vidta ytterligare åtgärder av andra skäl i de fall då detta kan motiveras av sådana tvingande hänsyn till allmänintresset. Domstolen har också fastslagit att folkhälsoskyddet är ett sådant tvingande hänsyn till allmänintresset som kan motivera inskränkningar i den fria rörlighet som avses i fördragen.
- (12) Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset som omnämns i vissa bestämmelser i detta direktiv har utvecklats i domstolens rättspraxis rörande artiklarna 49 och 56 i EUF-fördraget och kan komma att vidareutvecklas. Domstolen har vid ett flertal tillfällen konstaterat att tvingande hänsyn till allmänintresset kan berättiga hinder för den fria rörligheten för tjänster, exempelvis krav på planering i samband med målet att garantera tillräcklig och kontinuerlig tillgång till ett väl avvägt utbud av behandling av hög kvalitet i medlemsstaten i fråga eller önskemålet att kontrollera kostnaderna och, i möjligaste mån, undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska eller personella resurser. Domstolen har också konstaterat att även målet att upprätthålla balanserad hälso- och sjukvård tillgänglig för alla kan omfattas av ett av de undantag, av folkhälsoskäl, som anges i artikel 52 i EUF-fördraget i den mån det bidrar till att en hög hälsoskyddsnivå uppnås. Domstolen har också fastslagit att medlemsstaterna enligt den bestämmelsen i EUF-fördraget kan inskränka friheten att tillhandahålla hälso- och sjukvård i den mån det av folkhälsoskäl är väsentligt att behålla behandlingskapacitet eller medicinsk kompetens inom det nationella territoriet.
- (13) Det står klart att skyldigheten att ersätta kostnader för gränsöverskridande hälso- och sjukvård bör begränsas till sådan hälso- och sjukvård som den försäkrade personen är berättigad till enligt lagstiftningen i försäkringsmedlemsstaten.
- (14) Detta direktiv bör inte tillämpas på tjänster vars huvudsakliga syfte är att vara till stöd för personer som behöver hjälp med utförande av rutinmässiga vardagssysslor. Detta direktiv bör närmare bestämt inte tillämpas på sådana tjänster vid långvarigt vårdbehov som anses nödvändig för att den vårdbehövande ska kunna leva ett så rikt och självvalt liv som möjligt. Detta direktiv bör följaktligen inte vara tillämpligt på till exempel tjänster vid långvarigt vårdbehov som tillhandahålls av hemtjänst eller i stödboenden och i äldreboenden eller vårdhem.
- (15) Med tanke på dess specifika karaktär bör tillgång till och fördelning av organ avsedda för organtransplantationer inte omfattas av detta direktivs tillämpningsområde.
- (16) Vad gäller ersättning av kostnader för gränsöverskridande hälso- och sjukvård bör detta direktiv inte omfatta endast situationer där en patient får hälso- och sjukvård som tillhandahålls i en annan medlemsstat än försäkringsmedlemsstaten utan även förskrivning, utlämning och tillhandahållande av läkemedel och medicinska hjälpmedel, i de fall då dessa tillhandahålls inom ramen för hälso- och sjukvård. Definitionen av gränsöverskridande hälso- och sjukvård bör omfatta såväl situationer där en patient införskaffar sådana läkemedel och medicinska hjälpmedel i en annan medlemsstat än försäkringsmedlemsstaten som situationer där en patient införskaffar sådana läkemedel och medicinska hjälpmedel i en annan medlemsstat än den medlemsstat där förskrivningen skedde.

- (17) Detta direktiv bör inte påverka medlemsstaternas regler om försäljning av läkemedel och medicinska hjälpmedel på Internet.
- (18) Detta direktiv bör inte göra någon person berättigad att resa in, stanna kvar eller vistas i en medlemsstat i avsikt att få hälso- och sjukvård i den staten. Om en persons vistelse på en medlemsstats territorium inte är i överensstämmelse med lagstiftningen i den medlemsstaten i fråga om rätten till inresa till eller vistelse på dess territorium bör en sådan person inte betraktas som en försäkrad person enligt definitionen i detta direktiv. Medlemsstaterna bör ha fortsatt möjlighet att i sin nationella lagstiftning fastställa vem som betraktas som en försäkrad person vid tillämpningen av deras offentliga hälso- och sjukvårdssystem och sociala trygghetslagstiftning under förutsättning att de patienträttigheter som föreskrivs i detta direktiv tryggas.
- (19) I de fall då en patient tillhandahålls gränsöverskridande hälso- och sjukvård är det väsentligt att patienten i förhand känner till vilka bestämmelser som är tillämpliga. De bestämmelser som är tillämpliga på gränsöverskridande hälso- och sjukvård bör vara de som anges i den behandlande medlemsstatens lagstiftning, eftersom medlemsstaterna enligt artikel 168.7 i EUF-fördraget har ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård. Det bör göra det enklare för patienten att fatta välgrundade beslut, och missuppfattningar och missförstånd kan undvikas. Det bör även skapa stort förtroende mellan patient och vårdgivare.
- (20) För att hjälpa patienter att fatta ett välgrundat beslut när de söker hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat bör de behandlande medlemsstaterna se till att patienter från andra medlemsstater på begäran ges relevant information om de säkerhets- och kvalitetsnormer som tillämpas på dess territorium samt om de vårdgivare för vilka dessa normer gäller. Dessutom bör vårdgivare på begäran ge patienter information om specifika aspekter av de hälso- och sjukvårdstjänster som de erbjuder och om behandlingsalternativen. I den utsträckning som vårdgivare redan ger patienter som är bosatta i den behandlande medlemsstaten relevant information om dessa specifika aspekter bör detta direktiv inte innebära någon skyldighet för vårdgivare att ge patienter från andra medlemsstater mer omfattande information. Inget bör hindra den behandlande medlemsstaten att också förpliktiga andra aktörer än vårdgivarna, till exempel försäkringsgivare eller myndigheter, att ge sådan information om specifika aspekter av de hälso- och sjukvårdstjänster som erbjuds, om det vore lämpligare med hänsyn till hur medlemsstatens hälso- och sjukvårdssystem är organiserat.
- (21) Rådet har i sina slutsatser erkänt att det finns en uppsättning gemensamma värderingar och principer som delas över hela unionen om hur hälso- och sjukvårdssystemen ska reagera på de behov den befolkning och de patienter, som de tjänar, har. De övergripande värderingarna allmäntillgänglighet, tillgång till vård av god kvalitet, rättvisa och solidaritet har fått ett brett erkännande i de olika unionsinstitutionernas arbete. Medlemsstaterna bör därför också se till att dessa värderingar respekteras när det gäller patienter och medborgare från andra medlemsstater och att alla patienter behandlas lika utifrån deras vårdbehov snarare än utifrån deras försäkringsmedlemsstat. Medlemsstaterna bör härvidlag respektera principerna om fri rörlighet för personer på den inre marknaden, icke-diskriminering bl.a. med avseende på nationalitet, behov och proportionalitet i fråga om eventuella begränsningar av den fria rörligheten. Ingenting i detta direktiv bör emellertid ålägga vårdgivarna att de ska godkänna planerad behandling för patienter från andra medlemsstater eller prioritera dem till nackdel för andra patienter, t.ex. genom att andra patienter får vänta längre tid för behandling. Genom patienttillströmning kan efterfrågan komma att överstiga den kapacitet en viss medlemsstat har för en viss behandling. I sådana undantagsfall bör medlemsstaterna fortsatt ha möjlighet att åtgärda situationen med hänsyn till hälsa i enlighet med artiklarna 52 och 62 i EUF-fördraget. Denna begränsning bör dock inte påverka tillämpningen av medlemsstaternas skyldigheter enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen ⁽¹⁾.
- (22) Det bör göras systematiska och kontinuerliga ansträngningar för att garantera att kvalitets- och säkerhetsnormerna förbättras i linje med rådets slutsatser och med beaktande av framsteg inom den internationella medicinska vetenskapen, beprövad medicinsk erfarenhet samt ny teknik inom vården.
- (23) Det är väsentligt att säkerställa tydliga gemensamma skyldigheter i fråga om tillhandahållandet av mekanismer för att hantera fall med skador i vården, för att förhindra att bristande tilltro till dessa mekanismer utgör ett hinder för att söka gränsöverskridande hälso- och sjukvård. System för hantering av skador i den behandlande medlemsstaten bör inte påverka medlemsstaternas möjlighet att låta de inhemska systemen omfatta patienter från det egna landet som söker hälso- och sjukvård utomlands i de fall detta är lämpligare för patienten.
- (24) Medlemsstaterna bör se till att det för den hälso- och sjukvård som tillhandahålls på deras territorium finns mekanismer för skydd av patienterna och för möjlighet till ansökan om prövning i händelse av skada samt att dessa mekanismer är anpassade till riskens art och omfattning. Det bör dock vara upp till den enskilda medlemsstaten att själv bestämma mekanismens typ och utformning.

⁽¹⁾ EUT L 166, 30.4.2004, s. 1.

- (25) Rätten till skydd av personuppgifter är en grundläggande rättighet som erkänns i artikel 8 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. För att uppnå kontinuitet i den gränsöverskridande hälso- och sjukvården måste personuppgifter som gäller patientens hälsa överföras. Sådana personuppgifter bör kunna överföras mellan medlemsstaterna, men samtidigt måste de enskildas grundläggande rättigheter skyddas. Enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter⁽¹⁾ har enskilda rätt att få tillgång till sina egna personuppgifter om hälsa, t.ex. uppgifter i deras patientjournal som innehåller uppgifter om exempelvis diagnos, undersökningsresultat, bedömningar av behandlande läkare och eventuella utförda behandlingar eller ingrepp. De bestämmelserna bör även tillämpas på sådan gränsöverskridande hälso- och sjukvård som omfattas av detta direktiv.
- (26) Rätten till ersättning av kostnader för hälso- och sjukvård som tillhandahålls i en annan medlemsstat genom det lagstadgade sociala trygghetssystemet för patienter i deras egenskap av försäkrade personer har erkänts av domstolen i flera domar. Domstolen har förklarat att bestämmelserna i fördraget om friheten att tillhandahålla tjänster innefattar friheten för mottagare av hälso- och sjukvård, t.ex. personer som behöver sjukvård, att åka till en annan medlemsstat för att där få sådan vård. Detsamma bör gälla mottagare av hälso- och sjukvård som söker sådan vård i en annan medlemsstat på andra sätt, till exempel genom e-hälsotjänster.
- (27) I enlighet med de principer som fastställts i domstolens rättspraxis, och utan att äventyra den ekonomiska balansen i medlemsstaternas system för hälso- och sjukvård och social trygghet, bör det skapas ett tydligare rättsläge i fråga om ersättning av vårdkostnader för patienter samt för hälso- och sjukvårdspersonal, vårdgivare och socialförsäkringsinstitutioner.
- (28) Detta direktiv bör inte inverka på en försäkrad persons rätt till ersättning för kostnader för hälso- och sjukvård som av medicinska skäl blir nödvändig under en tillfällig vistelse i en annan medlemsstat i enlighet med förordning (EG) nr 883/2004. Detta direktiv bör inte heller påverka en försäkrad persons rätt till ett tillstånd för behandling i en annan medlemsstat om villkoren i unionens förordningar om samordning av de sociala trygghetssystemen uppfylls, särskilt förordning (EG) nr 883/2004 eller rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen⁽²⁾, som är tillämpliga enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1231/2010 av den 24 november 2010 om utvidgning av förordning (EG) nr 883/2004 och förordning (EG) nr 987/2009 till att gälla de tredjelandsmedborgare som enbart på grund av sitt medborgarskap inte omfattas av dessa förordningar⁽³⁾ och rådets förordning (EG) nr 859/2003 av den 14 maj 2003 om utvidgning av bestämmelserna i förordning (EEG) nr 1408/71 och förordning (EEG) nr 574/72 till att gälla de medborgare i tredje land som enbart på grund av sitt medborgarskap inte omfattas av dessa bestämmelser⁽⁴⁾.
- (29) Det är lämpligt att kräva att även patienter som söker hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat under andra omständigheter än de som avses för samordningen av de sociala trygghetssystemen enligt förordning (EG) nr 883/2004 bör kunna utnyttja principen om fri rörlighet för patienter, tjänster och varor i enlighet med EUF-fördraget och detta direktiv. Patienter bör garanteras ersättning för kostnaden för denna hälso- och sjukvård på minst den nivå som de skulle ha fått om samma vård hade getts i försäkringsmedlemsstaten. Detta bör vara helt förenligt med medlemsstaternas ansvar att bestämma omfattningen av sjukförsäkringen för sina medborgare och förhindra alla betydande konsekvenser för finansieringen av den nationella hälso- och sjukvården.
- (30) För patienter bör därför de två systemen vara konsekventa; antingen gäller detta direktiv eller unionens förordningar om samordning av de sociala trygghetssystemen.
- (31) Patienter bör inte fråntas de mer fördelaktiga rättigheter som unionsförordningarna om samordning av de sociala trygghetssystemen ger i de fall då villkoren är uppfyllda. Därför bör alla eventuella patienter som begär tillstånd för behandling som är lämplig för deras sjukdom i en annan medlemsstat alltid beviljas ett sådant tillstånd på de villkor som anges i unionens förordningar om behandlingen i fråga är en av de förmåner som föreskrivs i lagstiftningen i den medlemsstat där patienten är bosatt och om patienten inte kan få sådan behandling inom den tid som är medicinskt försvarbar, med hänsyn till patientens aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp. Om patienten emellertid i stället uttryckligen begär att få söka hälso- och sjukvård i enlighet med detta direktiv bör de förmåner som gäller för kostnadsersättning begränsas till dem som är tillämpliga enligt detta direktiv. Om patienten är berättigad till gränsöverskridande hälso- och sjukvård enligt både detta direktiv och förordning (EG) nr 883/2004 och tillämpning av den förordningen är förmånligare för patienten bör patienten få information om detta av försäkringsmedlemsstaten.

⁽¹⁾ EGT L 281, 23.11.1995, s. 31.

⁽²⁾ EGT L 149, 5.7.1971, s. 2.

⁽³⁾ EUT L 344, 29.12.2010, s. 1.

⁽⁴⁾ EUT L 124, 20.5.2003, s.1.

- (32) Patienter bör i alla händelser inte få någon ekonomisk fördel av att hälso- och sjukvården tillhandahålls i en annan medlemsstat och därför bör endast de faktiska kostnaderna för erhållen hälso- och sjukvård ersättas.
- (33) Detta direktiv är inte avsett att skapa någon rätt till ersättning för kostnader för hälso- och sjukvård som tillhandahålls i en annan medlemsstat om sådan vård inte är en av de förmåner som omfattas av lagstiftningen i den försäkrade personens försäkringsmedlemsstat. Detta direktiv bör inte heller hindra medlemsstaterna från att utöka sina system med vårdförmåner till att omfatta hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat. Detta direktiv bör erkänna att det står medlemsstaterna fritt att organisera sin hälso- och sjukvård och sina sociala trygghetssystem på så sätt att rätten till behandling fastställs på regional eller lokal nivå.
- (34) Försäkringsmedlemsstaten bör ge patienter rätt att få åtminstone samma förmåner i en annan medlemsstat som de som tillhandahålls av lagstiftningen i försäkringsmedlemsstaten. Om det i förteckningen över förmåner inte exakt anges vilken behandlingsmetod som gäller, utan olika slags behandlingar anges, bör försäkringsmedlemsstaten inte avslå en ansökan om förhandstillstånd eller ersättning av det skälet att behandlingsmetoden inte finns tillgänglig på dess territorium, utan den bör bedöma om den begärda eller erhållna gränsöverskridande behandlingen motsvarar förmåner som fastställs i dess lagstiftning. Att skyldigheten att ersätta gränsöverskridande hälso- och sjukvård i enlighet med detta direktiv är begränsad till sådan hälso- och sjukvård som hör till de förmåner vilka patienten är berättigad till inom sin försäkringsmedlemsstat utgör inte hinder för medlemsstater att ersätta kostnader för gränsöverskridande hälso- och sjukvård utöver dessa gränser. Det står medlemsstaterna fritt att exempelvis ersätta extra kostnader, såsom boende- och resekostnader, eller extra kostnader som personer med funktionshinder åsamkas, även i de fall då dessa kostnader inte ersätts när det rör sig om hälso- och sjukvård på deras territorium.
- (35) Detta direktiv bör varken föreskriva överföring av socialförsäkringsrättigheter mellan medlemsstaterna eller någon annan samordning av de sociala trygghetssystemen. Det enda syftet med bestämmelserna om förhandstillstånd och ersättning av kostnader för hälso- och sjukvård som tillhandahålls i en annan medlemsstat bör vara att möjliggöra friheten att tillhandahålla hälso- och sjukvård för patienter och att undanröja omotiverade hinder för den grundläggande friheten i försäkringsmedlemsstaten. Följaktligen bör detta direktiv helt och hållet respektera skillnaderna mellan de nationella hälso- och sjukvårdssystemen och medlemsstaternas ansvar för att organisera och tillhandahålla hälso- och sjukvård.
- (36) Detta direktiv bör ge patienter rätt att få läkemedel som godkänts för försäljning i den behandlande medlemsstaten, även om de inte får saluföras i försäkringsmedlemsstaten, eftersom det är nödvändigt för att få effektiv behandling i en annan medlemsstat. Inget bör förplikta en försäkringsmedlemsstat att ersätta en försäkrad person för kostnader för ett läkemedel som förskrivits i den behandlande medlemsstaten när det läkemedlet inte är en av de förmåner som den försäkrade personen tillförsäkras genom det lagstadgade systemet för social trygghet eller det nationella systemet för hälso- och sjukvård i försäkringsmedlemsstaten.
- (37) Medlemsstaterna kan behålla allmänna villkor och kriterier för rätten till samt rättsliga och administrativa formaliteter för hälso- och sjukvård och ersättning för kostnader för hälso- och sjukvård, exempelvis kravet att man först ska vända sig till en allmänläkare innan man går till en specialist eller får sjukhusvård, vilket också gäller patienter som söker hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat, förutsatt att sådana villkor är nödvändiga, står i proportion till syftet och varken är godtyckliga eller diskriminerande. Detta kan inbegripa en bedömning av hälso- och sjukvårdspersonal eller personal inom hälso- och sjukvårdsförvaltningen som tillhandahåller tjänster för det lagstadgade systemet för social trygghet eller det nationella systemet för hälso- och sjukvård i försäkringsmedlemsstaten, t.ex. allmänläkaren eller primärvårdsläkaren som patienten är registrerad hos, om detta är nödvändigt för att avgöra huruvida den enskilda patienten har rätt till hälso- och sjukvård. Det är därför lämpligt att kräva att dessa allmänna villkor, kriterier och formaliteter dels bör tillämpas på ett objektivt, öppet och icke-diskriminerande sätt och göras kända på förhand, varvid de i första hand bör grundas på medicinska skäl, dels inte bör innebära en ytterligare börda för patienter som söker hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat jämfört med patienter som behandlas i deras försäkringsmedlemsstat, samt att besluten bör fattas så snabbt som möjligt. Detta bör inte påverka medlemsstaternas rättigheter att fastställa kriterier eller villkor för förhandstillstånd om patienterna söker hälso- och sjukvård i sin försäkringsmedlemsstat.
- (38) Mot bakgrund av domstolens rättspraxis utgör krav på förhandstillstånd för ersättning från det lagstadgade systemet för social trygghet eller det nationella systemet för hälso- och sjukvård för kostnader för hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat en begränsning av den fria rörligheten för tjänster. Därför bör försäkringsmedlemsstaten vanligtvis inte kräva förhandstillstånd för ersättning för kostnaden för hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat i de fall kostnaderna för den vården, om den hade utförts inom dess eget territorium, skulle ha täckts av dess lagstadgade system för social trygghet eller det nationella systemet för hälso- och sjukvård.
- (39) Patientflödet mellan medlemsstaterna är begränsat och förväntas fortsätta att vara det eftersom den allra största delen av patienterna i unionen får hälso- och sjukvård i

sitt hemland och också föredrar det. Under vissa omständigheter kan patienterna emellertid vilja söka vissa typer av vård i en annan medlemsstat. Det gäller t.ex. högt specialiserad vård eller vård som tillhandahålls i gränsregioner, där närmaste lämpliga vårdinrättning finns på andra sidan gränsen. Dessutom kan vissa patienter önska bli behandlade utomlands för att kunna vara närmare familjemedlemmar som är bosatta i en annan medlemsstat, eller för att få tillgång till en annan behandlingsmetod än de som tillhandahålls i försäkringsmedlemsstaten eller för att de anser att de kommer att få hälso- och sjukvård av bättre kvalitet i en annan medlemsstat.

- (40) Enligt domstolens fasta rättspraxis kan medlemsstaterna kräva förhandstillstånd för ersättning från det nationella systemet för sjukhusvård i en annan medlemsstat. Domstolen har bedömt att detta krav är både nödvändigt och rimligt, eftersom det måste gå att planera antalet sjukhus, deras geografiska spridning, hur de organiseras och vilka resurser de ska ha samt vilken typ av vårdtjänster de har möjlighet att erbjuda, för att kunna tillgodose olika behov. Domstolen har ansett att sådan planering syftar till att säkerställa att det finns tillräcklig och kontinuerlig tillgång till ett väl avvägt utbud av sjukhusvård av hög kvalitet i den berörda medlemsstaten. Dessutom bidrar den till strävan att säkerställa kostnadskontroll och att i möjligaste mån förhindra slöseri med ekonomiska, tekniska och mänskliga resurser. Enligt domstolen skulle ett sådant slöseri leda till stor skada, eftersom det är allmänt erkänt att sjukhusvårdssektorn genererar omfattande kostnader och måste tillgodose ökande behov, medan de ekonomiska resurser som avsatts för hälso- och sjukvård inte är obegränsade oavsett vilket finansieringssätt som används.

- (41) Samma resonemang gäller för hälso- och sjukvård utanför sjukhus med liknande planeringsbehov i den behandlande medlemsstaten. Det kan röra sig om hälso- och sjukvård som kräver planering eftersom den inkluderar användning av högt specialiserad och kostnadsintensiv medicinsk infrastruktur eller utrustning. Mot bakgrund av den tekniska utvecklingen, utvecklingen av nya behandlingsmetoder och medlemsstaternas olika riktlinjer i fråga om sjukhusens roll i deras system för hälso- och sjukvård, är det för att avgöra huruvida planering krävs, inte avgörande om denna typ av hälso- och sjukvård tillhandahålls inom sjukhus eller öppenvård.

- (42) Eftersom medlemsstaterna är ansvariga för att fastställa regler för förvaltning, krav, kvalitets- och säkerhetsnormer samt organisation och tillhandahållande av hälso- och sjukvård, och behovet av planering skiljer sig åt mellan medlemsstaterna, bör det vara upp till medlemsstaterna att avgöra om det finns behov av att införa ett system med förhandstillstånd, och i så fall, att fastställa

för vilken hälso- och sjukvård förhandstillstånd krävs inom ramen för deras system, i enlighet med de kriterier som definieras genom detta direktiv och med hänsyn till domstolens rättspraxis. Informationen rörande denna hälso- och sjukvård bör göras tillgänglig i förväg.

- (43) Kriterierna för beviljande av förhandstillstånd bör motiveras med tvingande hänsyn till allmänintresset, vilket skulle kunna berättiga hinder för den fria rörligheten för hälso- och sjukvård, exempelvis krav på planering i samband med målet att garantera tillräcklig och kontinuerlig tillgång till ett väl avvägt utbud av behandlingar av hög kvalitet i medlemsstaten i fråga eller önskemålet att kontrollera kostnaderna och, i möjligaste mån, undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska eller personella resurser. Domstolen har identifierat flera tänkbara hänsyn: risken för att allvarligt undergräva den ekonomiska balansen i ett socialt trygghetssystem, målet att av folkhälsoskäl erbjuda balanserad hälso- och sjukvård som är tillgänglig för alla, och målet att upprätthålla vårdkapacitet och medicinsk kompetens i medlemsstaten, vilket är nödvändigt för folkhälsan och till och med för befolkningens överlevnad. Det är också viktigt att beakta den allmänna principen om att säkerställa patientens säkerhet inom en sektor som är välkänd för informationsasymmetri vid hanteringen av ett system med förhandstillstånd. Ett beslut att neka förhandstillstånd kan emellertid inte grunda sig på det förhållandet att det föreligger väntelistor inom det nationella territoriet, vars syfte är att planlägga och administrera sjukhusvård mot bakgrund av allmänna kliniska prioriteringar som fastställts i förhand, utan det är även nödvändigt att göra en objektiv medicinsk bedömning.

- (44) Enligt domstolens fasta rättspraxis bör kriterierna för att bevilja eller neka förhandstillstånd begränsas till vad som är nödvändigt och proportionellt i förhållande till tvingande hänsyn till allmänintresset. Det bör noteras att patientrörlighetens inverkan på nationella system för hälso- och sjukvård kan variera mellan medlemsstaterna, eller mellan regioner inom en medlemsstat, beroende på faktorer som det geografiska läget, språkbarriärer, sjukhusens läge i gränsregioner eller befolkningens och/eller sjukvårdsbudgetens storlek. Därför bör det ankomma på medlemsstaterna att fastställa kriterier för att neka förhandstillstånd som är nödvändiga och proportionella i den särskilda situationen, och med hänsyn tagen till vilken hälso- och sjukvård som omfattas av systemet med förhandstillstånd, eftersom vissa högt specialiserade behandlingar lättare än andra kommer att påverkas även av ett begränsat utflöde av patienter. Följaktligen bör medlemsstaterna kunna fastställa olika kriterier för olika regioner eller andra relevanta administrativa nivåer i organisationen av hälso- och sjukvård, eller till och med för olika behandlingar, så länge som systemet är tydligt och lättillgängligt och kriterierna är offentliggjorda i förväg.

- (45) Om patienten är berättigad till hälso- och sjukvård och denna hälso- och sjukvård inte kan tillhandahållas inom en tid som är medicinskt försvarbar bör försäkringsmedlemsstaten i princip vara skyldig att bevilja förhandstillstånd. Under vissa omständigheter kan gränsöverskridande hälso- och sjukvård emellertid utsätta patienten eller allmänheten för en risk som väger tyngre än patientens intresse att få den sökta gränsöverskridande hälso- och sjukvården. I dessa fall bör försäkringsmedlemsstaten kunna avslå ansökan om förhandstillstånd och försäkringsmedlemsstaten bör då rikta patientens uppmärksamhet på alternativa lösningar.
- (46) Om en medlemsstat beslutar att införa ett system med förhandstillstånd för ersättning av kostnader för sjukhus- eller specialistvård i en annan medlemsstat i enlighet med detta direktiv, bör kostnaderna för sådan vård i en annan medlemsstat också ersättas av försäkringsmedlemsstaten, upp till den nivå som skulle ha betalats om samma hälso- och sjukvård hade getts i försäkringsmedlemsstaten, utan att överskrida de faktiska kostnaderna för den mottagna hälso- och sjukvården. Om villkoren i förordning (EEG) nr 1408/71 eller förordning (EG) nr 883/2004 uppfylls, bör dock förhandstillstånd beviljas och förmåner utges i enlighet med förordning (EG) nr 883/2004, såvida inte patienten begär något annat. Detta bör särskilt gälla om tillståndet beviljas efter en administrativ eller rättslig prövning av ansökan och om personen i fråga har fått behandlingen i en annan medlemsstat. I så fall bör artiklarna 7 och 8 i detta direktiv inte tillämpas. Detta är i linje med domstolens rättspraxis där det fastställs att patienter som fått avslag på ansökan om förhandstillstånd, som senare förklarats vara ogrundat, har rätt till att få hela kostnaden för behandlingen i en annan medlemsstat ersatt, i enlighet med bestämmelserna i den behandlande medlemsstaten.
- (47) Medlemsstaternas förfaranden för gränsöverskridande hälso- och sjukvård bör ge patienterna garantier om objektivitet, icke-diskriminering och öppenhet, så att de nationella myndigheternas beslut säkert fattas i rimlig tid och med vederbörlig hänsyn till såväl dessa allmänna principer som de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall. Detta bör också gälla den faktiska ersättningen av kostnader för hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat efter det att patienten har fått behandling. Det är lämpligt att patienterna under normala förhållanden har rätt att erhålla beslut om gränsöverskridande hälso- och sjukvård inom en rimlig tidsfrist. Denna tidsfrist bör dock vara kortare när det gäller brådskande vård.
- (48) Patienterna måste få lämplig information om alla väsentliga aspekter av gränsöverskridande hälso- och sjukvård så att de kan utnyttja sin rätt till gränsöverskridande vård i praktiken. När det gäller gränsöverskridande hälso- och sjukvård är en mekanism för att tillhandahålla sådan information att upprätta nationella kontaktpunkter i varje medlemsstat. Den information som är obligatorisk att lämna till patienterna bör särskilt anges, men de nationella kontaktpunkterna kan på frivillig basis lämna ytterligare information och även med kommissionens stöd. De nationella kontaktpunkterna bör informera patienterna på något av de officiella språken i den medlemsstat där kontaktpunkten är belägen. Informationen kan också ges på andra språk.
- (49) Medlemsstaterna bör besluta om hur de nationella kontaktpunkterna ska utformas och om antalet. Dessa nationella kontaktpunkter kan också inlemmas i eller bygga vidare på verksamheten vid befintliga informationscentrum, förutsatt att man tydligt anger att de också fungerar som nationell kontaktpunkt för gränsöverskridande hälso- och sjukvård. Nationella kontaktpunkter bör inrättas på ett effektivt och insynsvänligt sätt och de bör kunna samråda med patientorganisationer, sjukförsäringsgivare och tillhandahållare av hälso- och sjukvård. De nationella kontaktpunkterna bör ha lämpliga resurser för att kunna informera om de viktigaste aspekterna av gränsöverskridande hälso- och sjukvård. Kommissionen bör samarbeta med medlemsstaterna i fråga om de nationella kontaktpunkterna för gränsöverskridande hälso- och sjukvård, bl.a. genom att göra relevant information tillgänglig på unionsnivå. Även om det finns nationella kontaktpunkter kan medlemsstaterna inrätta andra därmed förbundna kontaktpunkter på regional eller lokal nivå för att avspegla hur deras specifika hälso- och sjukvårdssystem är organiserat.
- (50) Medlemsstaterna bör underlätta samarbetet mellan vårdgivare, inköpare och tillsynsmyndigheter i olika medlemsstater på nationell, regional eller lokal nivå, för att kunna garantera en säker, högkvalitativ och effektiv gränsöverskridande hälso- och sjukvård. Detta kan vara särskilt viktigt i gränsregioner, där det mest effektiva sättet att organisera hälso- och sjukvård för den lokala befolkningen kan vara genom tjänster över gränserna, men där sådana tjänster endast kan tillhandahållas på varaktig grund om hälso- och sjukvården i de olika medlemsstaterna samarbetar. Samarbetet kan gälla gemensam planering, ömsesidigt erkännande eller anpassning av rutiner eller normer, kompatibilitet mellan de nationella informations- och kommunikationstekniksystemen (nedan kallade IKT-systemen), praktiska mekanismer för att säkerställa kontinuitet i vården eller praktiska arrangemang som underlättar för hälso- och sjukvårdspersonal att erbjuda gränsöverskridande hälso- och sjukvård på tillfällig basis. Enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer⁽¹⁾ bör fritt tillhandahållande av tjänster av tillfällig art i en annan medlemsstat, inbegripet tjänster som erbjuds av hälso- och sjukvårdspersonal, inte

⁽¹⁾ EUT L 255, 30.9.2005, s. 22.

begränsas av något skäl som beror på yrkeskvalifikationer, om inte annat följer av särskilda unionsbestämmelser. Det här direktivet bör inte påverka tillämpningen av direktiv 2005/36/EG.

- (51) Kommissionen bör uppmuntra samarbete mellan medlemsstaterna på de områden som anges i kapitel IV i detta direktiv och kan i enlighet med artikel 168.2 i EUF-fördraget i nära samarbete med medlemsstaterna vidta åtgärder för att underlätta och främja ett sådant samarbete. I detta sammanhang bör kommissionen uppmuntra till samarbete om tillhandahållande av gränsöverskridande hälso- och sjukvård på regional och lokal nivå, särskilt genom att fastställa större hinder för samarbete mellan vårdgivare i gränsregioner, och genom att utfärda rekommendationer och sprida information och bästa praxis om hur dessa hinder ska övervinnas.
- (52) Försäkringsmedlemsstater kan behöva få bekräftelse på att den gränsöverskridande hälso- och sjukvården kommer att utföras eller har utförts av hälso- och sjukvårdspersonal som utövar sin praktik lagenligt. Det är därför lämpligt att se till att information om rätten att utöva praktik som ingår i de nationella eller lokala registren över hälso- och sjukvårdspersonal, om de upprättats i den behandlande medlemsstaten, på begäran görs tillgänglig för myndigheterna i försäkringsmedlemsstaten.
- (53) Om läkemedel som godkänts i en medlemsstat förskrivs i en den medlemsstaten av en person som utövar ett reglerat yrke i den mening som avses i direktiv 2005/36/EG till en enskild namngiven patient, bör det i princip vara möjligt att medicinskt erkänna sådana förskrivningar och att lämna ut läkemedlet i en annan medlemsstat i vilken läkemedlet är godkänt. Även om de rättsliga och administrativa hindren för ett sådant erkännande undanröjs, bör det ändå krävas ett vederbörligt medgivande från patientens behandlande läkare eller farmaceut i varje enskilt fall, om det är motiverat för att skydda folkhälsan och är nödvändigt och proportionellt i förhållande till syftet. Erkännande av recept som utfärdas i andra medlemsstater bör inte påverka någon yrkesmässighet eller etisk skyldighet som skulle kräva att farmaceuten vägrade att lämna ut läkemedlet. Oavsett om det finns ett medicinskt erkännande kan den medlemsstat där patienten är försäkrad besluta om att låta sådana läkemedel omfattas av de sociala förmånerna. Principen om erkännande kan lättare tillämpas om det vidtas åtgärder som är nödvändiga för att skydda patientens säkerhet och förhindra att läkemedel missbrukas eller förväxlas. Vidare bör noteras att kostnadsersättning för läkemedel inte påverkas av reglerna om ömsesidigt erkännande av recept, utan omfattas av de allmänna reglerna om kostnadsersättning för gränsöverskridande hälso- och sjukvård i kapitel III i detta direktiv. Europeiska referensnätverk bör tillhandahålla hälso- och sjukvård till alla patienter med sjukdomar som kräver en särskild koncentration av resurser eller expertis så att högkvalitativ och kostnadseffektiv vård kan ges till överkomligt pris och de kan också fungera som kontaktpunkter för läkarutbildning och forskning, spridning av information och utvärdering. Dessa åtgärder bör också omfatta antagandet av en icke-uttömmande förteckning över de uppgifter som receptet

ska innehålla. Ingenting bör hindra medlemsstaterna från att ha med ytterligare uppgifter i recepten, så länge som detta inte hindrar erkännande av recept från andra medlemsstater som innehåller den gemensamma förteckningen över inslag. Erkännande av recept bör också tillämpas på medicinska hjälpmedel som lagligen har släppts ut på marknaden i den medlemsstat där produkten kommer att lämnas ut.

- (54) Kommissionen bör bistå medlemsstaterna i det fortsatta utvecklandet av europeiska referensnätverk mellan vårdgivare och kompetenscentrum i medlemsstaterna. Europeiska referensnätverk kan förbättra tillgången till diagnoser och tillhandahållandet av högkvalitativ hälso- och sjukvård till alla patienter med sjukdomar som kräver en särskild koncentration av resurser eller expertis, och de kan också fungera som kontaktpunkter för läkarutbildning och forskning, spridning av information och utvärdering, särskilt beträffande sällsynta sjukdomar. Detta direktiv bör därför ge medlemsstaterna incitament för att förstärka det fortsatta utvecklandet av europeiska referensnätverk. De europeiska referensnätverken grundas på frivilligt deltagande av medlemmarna, men kommissionen bör utveckla kriterier och villkor som det bör krävas att nätverken uppfyller för att de ska få stöd från kommissionen.
- (55) Sällsynta sjukdomar är sådana som förekommer hos högst fem av 10 000 personer, i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 141/2000 av den 16 december 1999 om sällsynta läkemedel⁽¹⁾, och de är alla allvarliga och kroniska och ofta livshotande. Vissa patienter med sällsynta sjukdomar har svårt att få en diagnos och behandling som kan förbättra deras livskvalitet och öka den förväntade livslängden, och dessa svårigheter erkändes också i rådets rekommendation av den 8 juni 2009 om en satsning avseende sällsynta sjukdomar⁽²⁾.
- (56) Den tekniska utvecklingen av gränsöverskridande hälso- och sjukvård med hjälp av IKT kan skapa oklarhet när det gäller medlemsstaternas tillsynsansvar och därmed hindra den fria rörligheten för hälso- och sjukvårdstjänster, och eventuellt medföra ytterligare hälsorisker. Inom unionen används vitt skilda och inkompatibla format och standarder för IKT-baserad hälso- och sjukvård, vilket både skapar hinder för denna typ av vårdtjänst och kan innebära hälsorisker. Medlemsstaterna måste därför sträva efter kompatibilitet mellan IKT-system. Införande av IKT-system omfattas emellertid helt och hållet av nationell behörighet. Detta direktiv bör därför erkänna vikten av kompatibilitet och respektera en uppdelning av befogenheterna genom att fastställa att kommissionen och medlemsstaterna arbetar tillsammans för att utveckla åtgärder som inte är rättslig bindande, men som tillhandahåller ytterligare verktyg som medlemsstaterna kan använda för att underlätta större kompatibilitet mellan IKT-systemen på hälso- och sjukvårdsområdet och för att stödja

⁽¹⁾ EGT L 18, 22.1.2000, s. 1.

⁽²⁾ EUT C 151, 3.7.2009, s. 7.

patienternas tillgång till e-hälsotillämpningar, närhelst medlemsstaterna beslutar att införa sådana system.

(57) Kompatibilitet mellan lösningar som rör e-hälsa bör uppnås samtidigt som hänsyn tas till nationell lagstiftning om tillhandahållande av hälso- och sjukvårdstjänster som har antagits för att skydda patienten, inklusive lagstiftning om Internetapotek, särskilt nationella förbud mot receptbelagda läkemedel på postorder under förutsättning att de är förenliga med domstolens rättspraxis och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal⁽¹⁾ och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden⁽²⁾.

(58) Den ständiga utvecklingen inom medicinsk forskning och teknik innebär både möjligheter och utmaningar för medlemsstaternas hälso- och sjukvård. Samarbete när det gäller utvärdering av nya medicinska metoder kan gagna medlemsstaterna genom skalfördelar och genom att dubbelarbete undviks samt ge bättre vetenskaplig grund för optimalt utnyttjande av ny teknik och därmed garantera en säker, högkvalitativ och effektiv hälso- och sjukvård. Ett sådant samarbete förutsätter långsiktiga strukturer som omfattar alla relevanta myndigheter i medlemsstaterna och där man bygger vidare på befintliga pilotprojekt och samråd med en bred grupp berörda aktörer. Detta direktiv bör därför ligga till grund för ett fortsatt unionsstöd till sådant samarbete.

(59) Enligt artikel 291 i EUF-fördraget ska allmänna regler och principer för medlemsstaternas kontroll av kommissionens utövande av sina genomförandebefogenheter fastställas i förväg genom en förordning i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet. I avvaktan på att en sådan ny förordning antas bör rådets beslut 1999/468/EG av den 28 juni 1999 om de förfaranden som skall tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter⁽³⁾ fortsätta att tillämpas, med undantag för det föreskrivande förfarandet med kontroll, som inte är tillämpligt.

(60) Kommissionen bör ges befogenhet att anta delegerade akter i enlighet med artikel 290 i EUF-fördraget i fråga om åtgärder för att undanta särskilda kategorier av läkemedel eller medicinska hjälpmedel från det erkännande av recept som föreskrivs i detta direktiv. För att kunna fastställa vilka referensnätverk som bör dra nytta av kommissionens stöd bör kommissionen också ha befogenhet att anta delegerade akter med avseende på de kriterier och villkor som europeiska referensnätverk måste uppfylla.

(61) Det är av särskild betydelse att kommissionen, när den fått befogenhet att anta delegerade akter i enlighet med artikel 290 i EUF-fördraget, genomför lämpliga samråd under sitt förberedande arbete, inklusive på expertnivå.

(62) I enlighet med punkt 34 i det interinstitutionella avtalet om bättre lagstiftning⁽⁴⁾ uppmuntras medlemsstaterna att, för egen del och i unionens intresse, upprätta egna tabeller som så långt det är möjligt visar överensstämmelsen mellan detta direktiv och införlivandeåtgärderna samt att offentliggöra dessa tabeller.

(63) Den europeiska datatillsynsmannen har också avgivit sitt yttrande över förslaget till detta direktiv⁽⁵⁾.

(64) Eftersom målet för detta direktiv, nämligen att fastställa bestämmelser med syftet att göra det lättare att få tillgång till säker, högkvalitativ och gränsöverskridande hälso- och sjukvård i unionen, inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och det därför på grund av åtgärdens omfattning och verkningar bättre kan uppnås på unionsnivå, kan unionen vidta åtgärder i enlighet med subsidiaritetsprincipen i artikel 5 i fördraget om Europeiska unionen. I enlighet med proportionalitetsprincipen i samma artikel går detta direktiv inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

KAPITEL I

ALLMÄNNA BESTÄMMELSER

Artikel 1

Syfte och tillämpningsområde

1. Detta direktiv innehåller bestämmelser för att göra det lättare att få tillgång till säker och högkvalitativ gränsöverskridande hälso- och sjukvård, och uppmuntrar till samarbete beträffande hälso- och sjukvård mellan medlemsstater, samtidigt som fullständig hänsyn ska tas till nationell kompetens i fråga om organisation och tillhandahållande av hälso- och sjukvård. Detta direktiv syftar också till att förtydliga dess förhållande till det befintliga ramverket om samordning av de sociala trygghetssystemen, förordning (EG) nr 883/2004, vid tillämpning av patienträttigheter.

⁽¹⁾ EGT L 144, 4.6.1997, s. 19.

⁽²⁾ EGT L 178, 17.7.2000, s. 1.

⁽³⁾ EGT L 184, 17.7.1999, s. 23.

⁽⁴⁾ EUT C 321, 31.12.2003, s. 1.

⁽⁵⁾ EUT C 128, 6.6.2009, s. 20.

2. Detta direktiv ska tillämpas på tillhandahållande av hälso- och sjukvård till patienter, oavsett hur vården organiseras, tillhandahålls och finansieras.

3. Detta direktiv ska inte tillämpas på

a) tjänster vid långvarigt behov vars syfte är att vara till stöd för personer som behöver hjälp med utförande av rutinmässiga vardagssysslor,

b) tillgång till och fördelning av organ avsedda för organtransplantationer,

c) med undantag för kapitel IV, allmänna vaccinationsprogram mot infektionssjukdomar som inriktas uteslutande på att skydda hälsan hos befolkningen i en medlemsstat och som är föremål för särskilda planerings- och genomförandeåtgärder.

4. Detta direktiv ska inte påverka lagar och andra författningar i medlemsstaterna om hälso- och sjukvårdens organisation och finansiering i situationer som inte avser gränsöverskridande hälso- och sjukvård. I synnerhet ska ingenting i detta direktiv tvinga en medlemsstat att ersätta kostnader för hälso- och sjukvård som getts av vårdgivare som är etablerade på dess eget territorium om dessa givare inte omfattas av den medlemsstatens system för social trygghet och sjukvårdssystem.

Artikel 2

Förhållande till andra unionsbestämmelser

Detta direktiv ska gälla utan att påverka tillämpningen av

a) rådets direktiv 89/105/EEG av den 21 december 1988 om insyn i de åtgärder som reglerar prissättningen på humanläkemedel och deras inordnande i de nationella sjukförsäkringssystemen ⁽¹⁾,

b) rådets direktiv 90/385/EEG av den 20 juni 1990 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om aktiva medicintekniska produkter för implantation ⁽²⁾, rådets direktiv 93/42/EEG av den 14 juni 1993 om medicintekniska produkter ⁽³⁾ och Europaparlamentets och rådets direktiv 98/79/EG av den 27 oktober 1998 om medicintekniska produkter för in vitro-diagnostik ⁽⁴⁾,

c) direktiv 95/46/EG samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation ⁽⁵⁾,

d) Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster ⁽⁶⁾.

e) direktiv 2000/31/EG,

⁽¹⁾ EGT L 40, 11.2.1989, s. 8.

⁽²⁾ EGT L 189, 20.7.1990, s. 17.

⁽³⁾ EGT L 169, 12.7.1993, s. 1.

⁽⁴⁾ EGT L 331, 7.12.1998, s. 1.

⁽⁵⁾ EGT L 201, 31.7.2002, s. 37.

⁽⁶⁾ EGT L 18, 21.1.1997, s. 1.

f) rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung ⁽⁷⁾,

g) Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/20/EG av den 4 april 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar rörande tillämpning av god klinisk sed vid kliniska prövningar av humanläkemedel ⁽⁸⁾,

h) Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/83/EG av den 6 november 2001 om upprättande av gemenskapsregler för humanläkemedel ⁽⁹⁾,

i) Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/98/EG av den 27 januari 2003 om fastställande av kvalitets- och säkerhetsnormer för insamling, kontroll, framställning, förvaring och distribution av humanblod och ⁽¹⁰⁾,

j) förordning (EG) nr 859/2003,

k) Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/23/EG av den 31 mars 2004 om fastställande av kvalitets- och säkerhetsnormer för donation, tillvaratagande, kontroll, bearbetning, konservering, förvaring och distribution av mänskliga vävnader och celler ⁽¹¹⁾,

l) Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 726/2004 av den 31 mars 2004 om inrättande av gemenskapsförfaranden för godkännande av och tillsyn över humanläkemedel och veterinärmedicinska läkemedel samt om inrättande av en europeisk läkemedelsmyndighet ⁽¹²⁾,

m) förordning (EG) nr 883/2004, och Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 987/2009 av den 16 september 2009 om tillämpningsbestämmelser till förordning (EG) nr 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen ⁽¹³⁾,

n) direktiv 2005/36/EG,

o) Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1082/2006 av den 5 juli 2006 om en europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS) ⁽¹⁴⁾,

⁽⁷⁾ EGT L 180, 19.7.2000, s. 22.

⁽⁸⁾ EGT L 121, 1.5.2001, s. 34.

⁽⁹⁾ EGT L 311, 28.11.2001, s. 67.

⁽¹⁰⁾ EUT L 33, 8.2.2003, s. 30.

⁽¹¹⁾ EUT L 102, 7.4.2004, s. 48.

⁽¹²⁾ EUT L 136, 30.4.2004, s. 1.

⁽¹³⁾ EUT L 284, 30.10.2009, s. 1.

⁽¹⁴⁾ EUT L 210, 31.7.2006, s. 19.

- p) Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1338/2008 av den 16 december 2008 om gemenskapsstatistik om folkhälsa och hälsa och säkerhet i arbetet ⁽¹⁾,
- q) Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) ⁽²⁾, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II) ⁽³⁾ samt andra unionsregler om internationell privaträtt, särskilt regler om domstols behörighet och tillämplig lag,
- r) Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/53/EU av den 7 juli 2010 om kvalitets- och säkerhetsnormer för mänskliga organ avsedda för transplantation ⁽⁴⁾,
- s) Förordning (EU) nr 1231/2010.
- ii) för personer som avses i led b ii, den medlemsstat som har behörighet att bevilja den försäkrade personen förhandstillstånd att få lämplig behandling i en annan medlemsstat i enlighet med förordning (EG) nr 859/2003 eller förordning (EU) nr 1231/2010. Om ingen medlemsstat är behörig i enlighet med de förordningarna, ska försäkringsmedlemsstaten vara den medlemsstat där personen är försäkrad eller har rätt till förmåner vid sjukdom enligt den medlemsstatens lagstiftning.
- d) *behandlande medlemsstat*: den medlemsstat på vilkens territorium hälso- och sjukvården faktiskt tillhandahålls patienten. Vid telemedicinska tjänster ska hälso- och sjukvården anses tillhandahållas i den medlemsstat där vårdgivaren är etablerad,
- e) *gränsöverskridande hälso- och sjukvård*: hälso- och sjukvård som tillhandahålls eller förordnas i en annan medlemsstat än försäkringsmedlemsstaten,

Artikel 3

Definitioner

I detta direktiv avses med

- a) *hälso- och sjukvård*: hälso- och sjukvårdstjänster som hälso- och sjukvårdspersonal tillhandahåller patienter i syfte att bedöma, bibehålla eller återställa deras hälsotillstånd, inbegripet förskrivning, utlämning och tillhandahållande av läkemedel och medicinska hjälpmedel.
- b) *försäkrad person*:
- i) personer, inbegripet familjemedlemmar och deras efterlevande, som omfattas av artikel 2 i förordning (EG) nr 883/2004 och som är försäkrade personer i den mening som avses i artikel 1 c i den förordningen, och
- ii) tredjelandsmedborgare som omfattas av förordning (EG) nr 859/2003 eller förordning (EU) nr 1231/2010 eller som uppfyller villkoren i lagstiftningen i försäkringsmedlemsstaten för rätt till förmåner.
- c) *försäkringsmedlemsstat*:
- i) för personer som avses i led b i, den medlemsstat som har behörighet att bevilja den försäkrade personen förhandstillstånd att få lämplig behandling utanför bosättningsmedlemsstaten i enlighet med förordning (EG) nr 883/2004 och förordning (EG) nr 987/2009,
- f) *hälso- och sjukvårdspersonal*: läkare, sjuksköterska med ansvar för allmän hälso- och sjukvård, tandläkare, barnmorska eller farmaceut i den mening som avses i direktiv 2005/36/EG eller annan person som utövar yrkesverksamhet inom hälso- och sjukvård som är begränsad till ett reglerat yrke enligt definitionen i artikel 3.1 a i direktiv 2005/36/EG, eller en person som anses som hälso- och sjukvårdspersonal enligt den behandlande medlemsstatens lagstiftning,
- g) *vårdgivare*: varje fysisk eller juridisk person eller varje annan entitet som lagligen bedriver hälso- och sjukvård på en medlemsstats territorium,
- h) *patient*: varje fysisk person som ansöker om eller får hälso- och sjukvård i en medlemsstat,
- i) *läkemedel*: läkemedel enligt definitionen i direktiv 2001/83/EG,
- j) *medicinskt hjälpmedel*: ett medicinskt hjälpmedel enligt definitionen i direktiv 90/385/EEG, direktiv 93/42/EEG eller direktiv 98/79/EG,
- k) *recept*: en ordination av ett läkemedel eller ett medicinskt hjälpmedel som utfärdas av en person som utövar ett reglerat vårdyrke i den mening som avses i artikel 3.1 a i direktiv 2005/36/EG och som har laglig rätt att göra detta i den medlemsstat där ordinationen utfärdas,

⁽¹⁾ EUT L 354, 31.12.2008, s. 70.

⁽²⁾ EUT L 177, 4.7.2008, s. 6.

⁽³⁾ EUT L 199, 31.7.2007, s. 40.

⁽⁴⁾ EUT L 207, 6.8.2010, s. 14.

- l) *medicinsk teknik*: läkemedel, medicinska hjälpmedel eller medicinska och kirurgiska ingrepp, liksom åtgärder för förebyggande, diagnostisering eller behandling av sjukdom, som används inom hälso- och sjukvården,
- m) *patientjournal*: den dokumentsamling som innehåller uppgifter, bedömning och information av olika slag rörande en patients situation och medicinska utveckling under hela vårdprocessen.

KAPITEL II

MEDLEMSSTATERNAS ANSVAR BETRÄFFANDE GRÄNSÖVERSKRIDANDE HÄLSO- OCH SJUKVÅRD

Artikel 4

Den behandlande medlemsstatens ansvar

1. Med beaktande av principerna om allmängiltighet, tillgång till vård av god kvalitet, rättvisa och solidaritet ska gränsöverskridande hälso- och sjukvård tillhandahållas i enlighet med:

- a) lagstiftningen i den behandlande medlemsstaten,
- b) kvalitets- och säkerhetsnormer och riktlinjer som fastställs av den behandlande medlemsstaten, och
- c) unionens lagstiftning om säkerhetsstandarder.

2. Den behandlande medlemsstaten ska säkerställa att

- a) patienter, på begäran, från den nationella kontaktpunkt som avses i artikel 6 får relevant information om de normer och riktlinjer som avses i punkt 1 b i den här artikeln, inbegripet bestämmelser om tillsyn och bedömning av vårdgivare och information om vilka vårdgivare som omfattas av dessa normer och riktlinjer, samt information om tillgänglighet på sjukhus för personer med funktionshinder,
- b) vårdgivare förser patienter med relevant information, för att hjälpa enskilda patienter att göra ett välgrundat val, inbegripet avseende behandlingsalternativ, om tillgänglighet, kvalitet och säkerhet när det gäller den hälso- och sjukvård som tillhandahålls i den behandlande medlemsstaten samt att de även tillhandahåller tydliga fakturor och tydlig information om priser, om vårdgivarens tillstånds- eller registreringsstatus, försäkringsskydd eller annat personligt eller kollektivt skydd rörande yrkesansvar. I den utsträckning som vårdgivare redan ger patienter som är bosatta i den behandlande medlemsstaten relevant information i dessa frågor, innebär inte detta direktiv någon skyldighet för vårdgivare att ge patienter från andra medlemsstater mer omfattande information,

- c) det för patienterna, i enlighet med den behandlande medlemsstatens lagstiftning, inrättats tydliga förfaranden för klagomål och mekanismer för att de ska kunna ansöka om att få sin sak prövad om de lider skada av den hälso- och sjukvård de får,

- d) det för den behandling som tillhandahålls på deras territorium finns system med yrkesansvarsförsäkring, eller en garanti eller liknande arrangemang som är likvärdiga eller i allt väsentligt jämförbara när det gäller syftet och som är anpassade till riskens art och omfattning,

- e) att den grundläggande rätten till personlig integritet vid behandling av personuppgifter skyddas i överensstämmelse med nationella åtgärder som genomför gemenskapens bestämmelser om skydd av personuppgifter, särskilt direktiven 95/46/EG och 2002/58/EG,

- f) att behandlade patienter, för att säkerställa kontinuitet i vården, har rätt till en patientjournal, i skriftlig eller elektronisk form, för den mottagna behandlingen och tillgång till åtminstone en kopia av denna patientjournal i överensstämmelse med nationella åtgärder som genomför unionens bestämmelser om skydd av personuppgifter, särskilt direktiven 95/46/EG och 2002/58/EG.

3. Principen om icke-diskriminering vad beträffar medborgarskap ska tillämpas på patienter från andra medlemsstater.

Detta ska inte påverka möjligheten för den behandlande medlemsstaten att, när detta kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, exempelvis krav på planering som har samband med målet att garantera tillräcklig och kontinuerlig tillgång till ett väl avvägt utbud av behandlingar av hög kvalitet i medlemsstaten i fråga eller önskemålet att kontrollera kostnaderna och, i möjligaste mån, undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska eller personella resurser, anta bestämmelser om tillgången till behandling i syfte att uppfylla sin grundläggande skyldighet att garantera tillräcklig och fortlöpande tillgång till hälso- och sjukvård inom sitt eget territorium. Sådana bestämmelser bör begränsas till vad som är nödvändigt och proportionellt, och de får inte leda till godtycklig diskriminering och de ska offentliggöras i förväg.

4. Medlemsstaterna ska se till att deras vårdgivare på deras territorium tillämpar samma arvoden för hälso- och sjukvård för patienter från andra medlemsstater som för inhemska patienter i motsvarande medicinska situation, eller att de tar ut ett pris som beräknas enligt objektiva, icke-diskriminerande kriterier om det inte finns något jämförbart pris för inhemska patienter.

Denna punkt ska inte påverka nationell lagstiftning som tillåter vårdgivare att fastställa sina egna priser, förutsatt att de inte diskriminerar patienter från andra medlemsstater.

5. Detta direktiv ska inte påverka medlemsstaternas lagar och andra författningar om språkanvändning. Medlemsstaterna får välja att lämna information på andra språk än de som är officiella språk i den berörda medlemsstaten

Artikel 5

Försäkringsmedlemsstatens ansvar

Försäkringsmedlemsstaten ska se till att

- a) kostnaden för gränsöverskridande hälso- och sjukvård ersätts i enlighet med kapitel III,
- b) det finns mekanismer för att, på begäran, tillhandahålla information till patienter om deras rättigheter i den medlemsstaten i fråga om gränsöverskridande hälso- och sjukvård, i synnerhet när det gäller villkoren för att få ersättning för kostnader i enlighet med artikel 7.6 och förfaranden för att få tillgång till och fastställa dessa rättigheter och för överklagande och prövning om patienten anser att hans eller hennes rättigheter inte har respekterats, i enlighet med artikel 9. I informationen om gränsöverskridande hälso- och sjukvård ska det göras en klar skillnad mellan patienträttigheter på grundval av detta direktiv och patienträttigheter på grundval av förordning (EG) nr 883/2004,
- c) om en patient har fått gränsöverskridande hälso- och sjukvård och om det visar sig nödvändigt med en särskild medicinsk uppföljning, samma medicinska uppföljning erbjuds som om hälso- och sjukvården hade tillhandahållits på dess territorium,
- d) patienter som söker eller får gränsöverskridande hälso- och sjukvård får tillgång på distans till eller har åtminstone en kopia av patientjournalen, i överensstämmelse med och med förbehåll för nationella åtgärder som genomför unionens bestämmelser om skydd av personuppgifter, särskilt direktiven 95/46/EG och 2002/58/EG.

Artikel 6

Nationella kontaktpunkter för gränsöverskridande hälso- och sjukvård

1. Varje medlemsstat ska utse en eller flera nationella kontaktpunkter för gränsöverskridande hälso- och sjukvård och meddela kommissionen deras namn och kontaktuppgifter. Kommissionen och medlemsstaterna ska offentliggöra denna information. Medlemsstaterna ska se till att de nationella kontaktpunkterna samråder med patientorganisationer, tillhandahållare av hälso- och sjukvård och sjukförsäkringsgivare.

2. Nationella kontaktpunkter ska underlätta det informationsutbyte som avses i punkt 3 och ska ha ett nära samarbete med varandra och med kommissionen. Nationella kontaktpunkter ska, på begäran, ge patienterna kontaktuppgifter för nationella kontaktpunkter i andra medlemsstater.

3. För att patienterna ska kunna tillämpa sina rättigheter i samband med gränsöverskridande hälso- och sjukvård ska de nationella kontaktpunkterna i den behandlande medlemsstaten förse patienterna med information om vårdgivare, inklusive, på begäran, information om specifika vårdgivares rätt att tillhandahålla tjänster eller eventuella begränsningar rörande deras praktik, information som avses i artikel 4.2 a samt information om patienträttigheter, förfaranden för klagomål och mekanismer för att få sin sak prövad, enligt den medlemsstatens lagstiftning samt de rättsliga och administrativa alternativ som finns att tillgå för tvistlösning, inbegripet då skador uppstått vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård.

4. Nationella kontaktpunkter i försäkringsmedlemsstaten ska förse patienter och hälso- och sjukvårdspersonal med den information som avses i artikel 5 b.

5. Den information som avses i denna artikel ska vara lätt-tillgänglig och ska, i tillämpliga fall, göras tillgänglig på elektronisk väg och i format som är tillgängliga för funktionshindrade personer.

KAPITEL III

ERSÄTTNING AV KOSTNADER FÖR GRÄNSÖVERSKRIDANDE HÄLSO- OCH SJUKVÅRD

Artikel 7

Allmänna principer för ersättning av kostnader

1. Utan att det påverkar tillämpningen av förordning (EG) nr 883/2004 och om annat inte följer av bestämmelserna i artiklarna 8 och 9, ska försäkringsmedlemsstaten se till att de kostnader som uppstått för en försäkrad person som mottagit gränsöverskridande hälso- och sjukvård ersätts, om vården i fråga hör till de förmåner som den försäkrade personen har rätt till i försäkringsmedlemsstaten.

2. Med avvikelse från punkt 1 gäller följande:

- a) Om en medlemsstat som är upptagen i förteckningen i bilaga IV till förordning (EG) nr 883/2004 och i enlighet med den förordningen har erkänt att pensionärer och deras familjemedlemmar som är bosatta i en annan medlemsstat har rätt till förmåner vid sjukdom, ska den tillhandahålla dem hälso- och sjukvård enligt detta direktiv på egen bekostnad när de befinner sig inom dess territorium i enlighet med bestämmelserna i dess lagstiftning, som om de berörda personerna vore bosatta i denna medlemsstat som är upptagen i förteckningen i den bilagan.

b) Om den hälso- och sjukvård som tillhandahålls enligt detta direktiv inte är föremål för förhandstillstånd i enlighet med kapitel 1 i avdelning III i förordning (EG) nr 883/2004 och tillhandahålls inom territoriet för den medlemsstat som enligt den förordningen och förordning (EG) nr 987/2009 har det slutgiltiga ansvaret för ersättning av vårdkostnaderna, ska denna medlemsstat stå för kostnaden. Den medlemsstaten kan stå för kostnaden för denna hälso- och sjukvård i enlighet med de allmänna villkor och kriterier för att få vård och ersättning samt rättsliga och administrativa formaliteter som denna medlemsstat fastställt, förutsatt att detta är förenligt med EUF-fördraget.

3. Försäkringsmedlemsstaten ska fastställa, på lokal, regional eller nationell nivå för vilken hälso- och sjukvård en försäkrad person har rätt att få ersättning för kostnader och nivån på ersättningen av dessa kostnader, oberoende av var hälso- och sjukvården tillhandahålls.

4. Kostnaderna för gränsöverskridande hälso- och sjukvård ska ersättas eller direkt utbetalas av försäkringsmedlemsstaten, upp till den kostnadsnivå som försäkringsmedlemsstaten skulle ha ersatt, om denna hälso- och sjukvård hade tillhandahållits på dess territorium, utan att de faktiska kostnaderna för den mottagna vården överskrider.

Om hela kostnaden för gränsöverskridande hälso- och sjukvård överstiger den kostnadsnivå som försäkringsmedlemsstaten skulle ha ersatt om denna hälso- och sjukvård hade tillhandahållits på dess territorium får försäkringsmedlemsstaten ändå besluta att ersätta hela kostnaden.

Försäkringsmedlemsstaten får besluta att ersätta andra relaterade kostnader, såsom boende- och resekostnader, eller extra kostnader som personer med funktionshinder kan åsamkas på grund av ett eller flera funktionshinder när de mottar gränsöverskridande hälso- och sjukvård, i enlighet med nationell lagstiftning och under förutsättning att tillräcklig dokumentation kan styrka förekomsten av dessa kostnader.

5. Medlemsstaterna får anta bestämmelser i enlighet med EUF-fördraget i syfte att säkerställa att patienter åtnjuter samma rättigheter när de får gränsöverskridande hälso- och sjukvård som de skulle ha åtnjutit om de hade fått hälso- och sjukvård i en jämförbar situation i försäkringsmedlemsstaten.

6. För tillämpning av punkt 4 ska medlemsstaterna ha en transparent mekanism för beräkning av kostnader för gränsöverskridande hälso- och sjukvård som försäkringsmedlemsstaten ska ersätta den försäkrade personen. Denna mekanism ska

vara baserad på objektiva, icke-diskriminerande kriterier som ska vara kända på förhand och tillämpas på relevant (lokal, regional eller nationell) administrativ nivå.

7. Försäkringsmedlemsstaten får kräva att en försäkrad person som ansöker om ersättning för kostnader för gränsöverskridande hälso- och sjukvård, inklusive som erhållits genom telemedicin, uppfyller samma villkor och kriterier för att få vård och ersättning samt rättsliga och administrativa formaliteter, oavsett om de fastställts på lokal, regional eller nationell nivå, som den skulle ha krävt om denna hälso- och sjukvård hade getts på dess territorium. Detta kan inbegripa en bedömning av hälso- och sjukvårdspersonal eller personal inom hälso- och sjukvårdsförvaltningen som tillhandahåller tjänster för det lagstadgade systemet för social trygghet eller det nationella systemet för hälso- och sjukvård i försäkringsmedlemsstaten, t.ex. allmänläkaren eller primärvårdsläkaren som patienten är registrerad hos, om detta är nödvändigt för att avgöra huruvida den enskilda patienten har rätt till hälso- och sjukvård. Inga villkor eller kriterier för att få vård och ersättning eller rättsliga och administrativa formaliteter som krävs enligt denna punkt får dock vara diskriminerande eller utgöra något hinder mot den fria rörligheten för patienter, tjänster eller varor om detta inte är objektivt motiverat av krav på planering som har samband med målet att garantera tillräcklig och kontinuerlig tillgång till ett väl avvägt utbud av behandlingar av hög kvalitet i medlemsstaten i fråga eller önskemålet att kontrollera kostnaderna och, i möjligaste mån, undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska eller personella resurser.

8. Försäkringsmedlemsstaten får dock inte som villkor för ersättning av kostnader för gränsöverskridande hälso- och sjukvård kräva förhandstillstånd, utom i de fall som anges i artikel 8.

9. Försäkringsmedlemsstaten får begränsa tillämpningen av bestämmelserna om ersättning av kostnader för gränsöverskridande hälso- och sjukvård på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset, t.ex. krav på planering i samband med målet att garantera tillräcklig och kontinuerlig tillgång till ett väl avvägt utbud av behandlingar av hög kvalitet i medlemsstaten i fråga eller önskemålet att kontrollera kostnaderna och, i möjligaste mån, undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska eller personella resurser.

10. Trots vad som sägs i punkt 9 ska medlemsstaterna se till att sådan gränsöverskridande hälso- och sjukvård för vilken förhandstillstånd beviljats ersätts i enlighet med tillståndet.

11. Beslutet att begränsa tillämpningen av den här artikeln enligt punkt 9 ska begränsas till vad som är nödvändigt och proportionerligt och får inte leda till godtycklig diskriminering eller utgöra ett oerättigat hinder för den fria rörligheten för varor, personer eller tjänster. Medlemsstaterna ska till kommissionen anmäla alla beslut om att begränsa ersättningen som fattats på de grunder som anges i punkt 9.

Artikel 8

Hälso- och sjukvård som får omfattas av förhandstillstånd

1. Försäkringsmedlemsstaten får fastställa ett system för förhandstillstånd för ersättning för kostnader för gränsöverskridande hälso- och sjukvård i enlighet med den här artikeln och artikel 9. Systemet för förhandstillstånd, inbegripet kriterierna och tillämpningen av dessa kriterier, och enskilda beslut om att ge avslag på förhandstillstånd ska begränsas till vad som är nödvändigt och proportionellt i förhållande till det mål som ska uppnås, och får inte leda till godtycklig diskriminering eller utgöra ett oerättigat hinder för den fria rörligheten för patienter.

2. Hälso- och sjukvård som får omfattas av förhandstillstånd ska begränsas till hälso- och sjukvård som

a) kräver planering i samband med målet att garantera tillräcklig och kontinuerlig tillgång till ett väl avvägt utbud av behandlingar av hög kvalitet i medlemsstaten i fråga eller önskemålet att kontrollera kostnaderna och, i möjligaste mån, undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska eller personella resurser och:

i) innebär att patienten i fråga läggs in på sjukhus minst en natt, eller

ii) kräver högt specialiserad och kostnadsintensiv medicinsk infrastruktur eller utrustning,

b) medför behandlingar som utgör en särskild risk för patienten eller befolkningen, eller

c) tillhandahålls av en vårdgivare som, utifrån en bedömning i varje enskilt fall, kan ge upphov till allvarliga och specifika farhågor med avseende på vårdens kvalitet och säkerhet, med undantag för den hälso- och sjukvård som är underställd unionslagstiftning som garanterar en lägsta säkerhets- och kvalitetsnivå i hela unionen.

Medlemsstaterna ska anmäla de kategorier av hälso- och sjukvård som avses i led a till kommissionen.

3. Varje gång en försäkrad person begär förhandstillstånd för att få gränsöverskridande hälso- och sjukvård ska försäkringsmedlemsstaten förvissa sig om att villkoren i förordning (EG) nr 883/2004 har uppfyllts. När dessa villkor är uppfyllda ska förhandstillstånd beviljas i enlighet med den förordningen såvida inte patienten begär något annat.

4. Om en patient som lider av eller misstänks lida av en sällsynt sjukdom ansöker om förhandstillstånd får en klinisk utvärdering utföras av experter på området. Om inga experter kan hittas inom försäkringsmedlemsstaten eller om expertens yttrande inte lett till en klar slutsats får försäkringsmedlemsstaten begära vetenskaplig rådgivning.

5. Utan att det påverkar punkt 6 a–c får försäkringsmedlemsstaten inte neka förhandstillstånd om patienten har rätt att få den hälso- och sjukvård det rör sig om i enlighet med artikel 7, och när denna hälso- och sjukvård inte kan tillhandahållas på medlemsstatens territorium inom en tid som är medicinskt försvarbar, efter en objektiv bedömning av patientens hälsotillstånd, sjukdomshistoria, sjukdomens sannolika förlopp, smärta och/eller typ av funktionshinder vid den tidpunkt då patienten lämnar in eller förnyar en tillståndsansökan.

6. Försäkringsmedlemsstaten får neka förhandstillstånd av följande skäl:

a) Om det, enligt den kliniska utvärderingen, med rimlig säkerhet kan antas att patientens säkerhet kommer att äventyras på ett sätt som inte kan anses vara godtagbar, med beaktande av den möjliga fördelen den begärda gränsöverskridande hälso- och sjukvården skulle innebära för patienten.

b) Om det med rimlig säkerhet kan antas att allmänheten kommer att utsättas för en allvarlig säkerhetsrisk på grund av den gränsöverskridande hälso- och sjukvård det rör sig om.

c) Om denna hälso- och sjukvård kommer att tillhandahållas av en vårdgivare som väcker allvarliga och specifika farhågor vad avser respekten för normer och riktlinjer för vårdens kvalitet och patientens säkerhet, inklusive bestämmelser om tillsyn, oavsett om dessa normer och riktlinjer är fastställda i lagar och andra författningar eller genom de ackrediteringsystem som den behandlande medlemsstaten fastställt.

d) Om denna hälso- och sjukvård kan tillhandahållas på medlemsstatens territorium inom en tid som är medicinskt försvarbar, med hänsyn till varje patients aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp.

7. Försäkringsmedlemsstaten ska ge allmänheten tillgång till information om vilken hälso- och sjukvård som omfattas av krav på förhandstillstånd enligt detta direktiv, liksom all relevant information om systemet med förhandstillstånd.

Artikel 9

Administrativa förfaranden för gränsöverskridande hälso- och sjukvård

1. Försäkringsmedlemsstaten ska se till att de administrativa förfarandena för gränsöverskridande hälso- och sjukvård och ersättning för kostnader för hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat grundas på objektiva och icke-diskriminerande kriterier som är nödvändiga och proportionella för det mål som ska uppnås.

2. Alla de slags administrativa förfaranden som avses i punkt 1 ska vara lättillgängliga och information beträffande ett sådant förfarande ska offentliggöras på lämplig nivå. Ett sådant förfarande ska kunna säkerställa att ansökningar behandlas objektivt och opartiskt.

3. Medlemsstaterna ska fastställa rimliga tidsfrister inom vilka ansökningar om gränsöverskridande hälso- och sjukvård ska handläggas och offentliggöras dem på förhand. Medlemsstaterna ska vid behandling av ansökan om gränsöverskridande hälso- och sjukvård beakta

a) sjukdomen i fråga,

b) hur brådskande fallet är och de individuella omständigheterna.

4. Medlemsstaterna ska se till att alla enskilda beslut angående gränsöverskridande hälso- och sjukvård och ersättning för kostnader för hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat är utförligt motiverade och, efter bedömning från fall till fall, får överklagas och att de också kan bli föremål för rättsliga åtgärder, t.ex. interimistiska åtgärder.

5. Detta direktiv påverkar inte medlemsstaternas rätt att erbjuda patienter ett frivilligt system för förhandsanmälan, där patienten i gengäld för en sådan anmälan får en skriftlig bekräftelse på det belopp som kommer att betalas tillbaka utifrån en beräkning. I beräkningen ska hänsyn tas till patientens kliniska fall, och medicinska förfaranden som kan komma att tillämpas ska anges.

Medlemsstaterna får välja att tillämpa de ordningar för ekonomisk kompensation mellan behöriga institutioner som föreskrivs i förordning (EG) nr 883/2004. Om en försäkringsmedlemsstat inte tillämpar en sådan mekanism ska den se till att patienter får ersättningen utan onödiga dröjsmål.

KAPITEL IV

HÄLSO- OCH SJUKVÅRDSSAMARBETE

Artikel 10

Ömsesidigt bistånd och samarbete

1. Medlemsstaterna ska bistå varandra i den utsträckning som krävs för att genomföra detta direktiv, inbegripet samarbete om normer och riktlinjer beträffande kvalitet och säkerhet samt informationsutbyte, särskilt mellan deras nationella kontaktpunkter i enlighet med artikel 6, inbegripet om bestämmelser om tillsyn och ömsesidigt bistånd med att klargöra uppgifter i fakturorna.

2. Medlemsstaterna ska främja samarbete om gränsöverskridande hälso- och sjukvård på regional och lokal nivå samt genom IKT och andra former av gränsöverskridande samarbete.

3. Kommissionen ska uppmuntra medlemsstaterna, framför allt grannländer, att ingå avtal sinsemellan. Kommissionen ska också uppmuntra medlemsstaterna att samarbeta kring gränsöverskridande vård i gränsregioner.

4. Den behandlande medlemsstaten ska se till att information om legitimerad hälso- och sjukvårdspersonal som finns förtecknad i nationella eller lokala register som upprättats inom medlemsstaten görs tillgänglig för myndigheterna i andra medlemsstater, för gränsöverskridande hälso- och sjukvård, i enlighet med kapitel II och III och nationella åtgärder som genomför unionens bestämmelser om skydd av personuppgifter, särskilt direktiven 95/46/EG och 2002/58/EG, och principen om oskuldspresumtion. Informationsutbytet ska ske via informationssystemet för den inre marknaden som ska inrättas enligt kommissionens beslut 2008/49/EG av den 12 december 2007 om genomförandet av informationssystemet för den inre marknaden (IMI) med avseende på skyddet av personuppgifter⁽¹⁾.

Artikel 11

Erkännande av recept som utfärdas i en annan medlemsstat

1. Om ett läkemedel är godkänt för att släppas ut på marknaden på deras territorier i enlighet med direktiv 2001/83/EG eller förordning (EG) nr 726/2004, ska medlemsstaterna se till att recept som utfärdas för ett sådant läkemedel i en annan medlemsstat för en namngiven patient kan lämnas ut på deras territorium i enlighet med deras nationella lagstiftning, och att alla begränsningar av erkännandet av enskilda recept förbjuds, såvida inte dessa begränsningar är

a) begränsade till vad som är nödvändigt och proportionellt för att skydda människors hälsa och är icke-diskriminerande, eller

b) grundade på legitima och berättigade tvivel angående ett enskilt recepts äkthet, innehåll eller begriplighet.

⁽¹⁾ EUT L 13, 16.1.2008, s. 18.

Erkännandet av sådana recept ska inte påverka nationella bestämmelser om förskrivning och utlämning, om dessa bestämmelser överensstämmer med unionslagstiftningen, inklusive generisk eller annan substitution. Erkännandet av recept ska inte påverka bestämmelser om kostnadsersättning för läkemedel. Ersättning för läkemedelskostnader behandlas i kapitel III i det här direktivet.

Erkännandet av recept ska i synnerhet inte påverka en farmaceuts rätt att, i enlighet med nationella bestämmelser, av etiska skäl neka att lämna ut en produkt som skrivits ut i en annan medlemsstat, i de fall farmaceuten skulle ha haft rätt att neka utlämnande om receptet hade utfärdats i försäkringsmedlemsstaten.

Försäkringsmedlemsstaten ska vidta alla åtgärder, utöver att erkänna receptet, som krävs för att garantera fortsatt behandling i fall där ett recept är utfärdat i den behandlande medlemsstaten för läkemedel eller medicinska hjälpmedel som finns tillgängliga i försäkringsmedlemsstaten och om ansökan om utlämning görs i försäkringsmedlemsstaten.

Denna punkt ska också tillämpas på medicinska hjälpmedel som lagligen har släppts ut på marknaden i respektive medlemsstat.

2. För att underlätta genomförandet av punkt 1 ska kommissionen anta

a) åtgärder som gör det möjligt för hälso- och sjukvårdspersonal att kontrollera att receptet är äkta och att det utfärdats i en annan medlemsstat av en person som utövar ett reglerat yrke och har laglig rätt att göra det genom att ta fram en icke-uttömmande förteckning över de inslag som recept ska innehålla och som tydligt måste kunna identifieras i alla recept, inbegripet inslag som vid behov ska främja kontakt mellan den som utfärdar receptet och den som lämnar ut läkemedlen, i syfte att säkra fullständig förståelse av behandlingen, med vederbörlig respekt för dataskydd.

b) riktlinjer till stöd för medlemsstaterna när de utvecklar e-receptens kompatibilitet,

c) åtgärder för att se till att de läkemedel och medicinska hjälpmedel som förskrivs i en medlemsstat och som lämnas ut i en annan kan identifieras korrekt, inbegripet åtgärder som rör patientsäkerhet när det gäller substitution i gränsöverskridande hälso- och sjukvård när den utlämnande medlemsstaten tillåter sådan substitution. Kommissionen ska bland annat överväga användning av de internationella generiska namnen (INN-namn) på de aktiva substanserna i läkemedlen och läkemedlens dosering,

d) åtgärder för att se till att informationen till patienterna som rör receptet och de medföljande instruktionerna om produktens användning är begripliga, inklusive uppgifter om det verksamma ämnet och dosering.

De åtgärder som avses i punkt a ska antas av kommissionen senast den 25 december 2012 och åtgärder i punkterna c och d ska antas av kommissionen senast den 25 oktober 2012.

3. De åtgärder och riktlinjer som avses i punkt 2 a–d ska antas i enlighet med det föreskrivande förfarande som avses i artikel 16.2.

4. När åtgärder eller riktlinjer antas enligt punkt 2 ska kommissionen beakta proportionaliteten när det gäller kostnaderna för efterlevnad, liksom den sannolika nyttan, av åtgärderna eller riktlinjerna.

5. Vid tillämpningen av punkt 1 ska kommissionen, genom delegerade akter i enlighet med artikel 17 och med förbehåll för villkoren i artiklarna 18 och 19 och senast den 25 oktober 2012, anta åtgärder för att undanta särskilda kategorier av läkemedel eller medicinska hjälpmedel från det erkännande av recept som utfärdas i en annan medlemsstat som föreskrivs i denna artikel, där detta är nödvändigt för att skydda folkhälsan.

6. Punkt 1 ska inte tillämpas på läkemedel som endast lämnas ut på speciellt läkarrecept i enlighet med artikel 71.2 i direktiv 2001/83/EG.

Artikel 12

Europeiska referensnätverk

1. Kommissionen ska bistå medlemsstaterna i utvecklandet av europeiska referensnätverk mellan vårdgivare och kompetenscentrum i medlemsstaterna, framför allt på området sällsynta sjukdomar. Nätverken ska drivas på basis av frivilligt deltagande av dess medlemmar, vilka ska delta i och bidra till nätverkets aktiviteter i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där medlemmarna är etablerade och de ska alltid vara öppna för nya vårdgivare som kan tänkas gå med i nätverken, förutsatt att vårdgivarna uppfyller alla villkor som krävs och kriterierna som avses i punkt 4.

2. De europeiska referensnätverken ska ha åtminstone tre av följande mål:

a) bidra till att utnyttja potentialen för europeiskt samarbete om högt specialiserad hälso- och sjukvård för patienter och hälso- och sjukvårdssystem genom att utnyttja nya medicinska rön och metoder,

- b) bidra till att samla kunskap om sjukdomsförebyggande,
- c) underlätta förbättrad diagnostik och tillhandahållandet av kostnadseffektiv och tillgänglig hälso- och sjukvård med hög kvalitet för alla patienter med sjukdomar som kräver särskilda resurser eller särskild expertis på medicinska områden där expertisen är sällsynt,
- d) se till att resurserna utnyttjas så kostnadseffektivt som möjligt genom att koncentrera dem där så är lämpligt,
- e) förstärka forskningen, epidemiologisk övervakning som exempelvis register och tillhandahålla utbildning för hälso- och sjukvårdspersonal,
- f) underlätta experternas rörlighet, virtuellt eller i verkligheten, utveckla, dela och sprida information, kunskap och bästa praxis och främja utvecklingen av diagnoser och behandlingar av sällsynta sjukdomar i och utanför nätverken,
- g) uppmuntra framtagandet av riktmärken för kvalitet och säkerhet och bidra till att utveckla och sprida bästa praxis inom och utanför nätverket,
- h) vara till hjälp för medlemsstater som inte har så många patienter med en viss sjukdom, eller som saknar teknik eller expertis och därför inte kan tillhandahålla högt specialiserade tjänster av hög kvalitet.
3. Medlemsstaterna uppmanas att underlätta utvecklingen av europeiska referensnätverk
- a) genom att sätta lämpliga vårdgivare i förbindelse med kompetenscentrum på sina nationella territorier och säkerställa att informationen sprids till lämpliga vårdgivare och kompetenscentrum på sina nationella territorier,
- b) genom att främja deltagande av vårdgivare och kompetenscentrum i de europeiska referensnätverken.
4. För tillämpningen av punkt 1 ska kommissionen
- a) anta en förteckning över särskilda villkor och kriterier som de europeiska referensnätverken måste uppfylla och de villkor och kriterier som vårdgivare som vill gå med i det europeiska referensnätverket måste uppfylla. Kriterierna och villkoren ska bland annat säkerställa att det europeiska referensnätverket
- i) har kunskap och expertis för att diagnostisera, följa upp och handlägga patienter med dokumenterat goda resultat i den mån det är tillämpligt,
- ii) arbetar tvärvetenskapligt,
- iii) erbjuder expertis på hög nivå och har kapacitet att utarbeta riktlinjer för god praxis och genomföra resultatåtgärder och kvalitetskontroll,
- iv) bidrar till forskning,
- v) anordnar utbildningsverksamhet, och
- vi) samarbetar nära med övriga kompetenscentrum och nätverk på nationell och internationell nivå,
- b) ta fram och offentliggöra kriterier för etablering och utvärdering av europeiska referensnätverk,
- c) underlätta utbyte av information och sakkunskap när det gäller etableringen av nätverken och utvärderingen av dem.
5. Kommissionen ska genom delegerade akter i enlighet med artikel 17 och med förbehåll för villkoren i artiklarna 18 och 19 anta de åtgärder som avses i punkt 4 a. De åtgärder som avses i punkt 4 b och c ska antas i enlighet med det föreskrivande förfarande som avses i artikel 16.2.
6. Åtgärder som antas enligt den här artikeln ska inte medföra någon harmonisering av lagar och andra författningar i medlemsstaterna och ska fullständigt respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och tillhandahålla hälso- och sjukvård.
- Artikel 13*
- Sällsynta sjukdomar**
- Kommissionen ska stödja medlemsstaterna i samarbetet med att utveckla diagnos- och behandlingskapaciteten särskilt genom att
- a) skapa medvetenhet bland hälso- och sjukvårdspersonal om vilka verktyg som finns tillgängliga på unionsnivå som hjälp för att ställa rätt diagnos på sällsynta sjukdomar, framför allt databasen Orphanet och det europeiska referensnätverket,
- b) göra patienter, hälso- och sjukvårdspersonal och de organ som ansvarar för finansieringen av hälso- och sjukvård medvetna om de möjligheter som förordning (EG) nr 883/2004 erbjuder att remittera patienter med sällsynta sjukdomar till andra medlemsstater även för diagnos och behandlingar som inte finns tillgängliga i försäkringsmedlemsstaten.

Artikel 14

e-hälsa

1. Unionen ska stödja och främja samarbete om och utbyte av information mellan medlemsstaterna inom ramen för ett frivilligt nätverk som kopplar ihop nationella myndigheter som är ansvariga för e-hälsa, utsedda av medlemsstaterna.

2. Nätverket för e-hälsa ska

a) arbeta för att tillhandahålla hållbara ekonomiska och sociala nyttoeffekter genom europeiska system och tjänster som rör e-hälsa samt driftskompatibla tillämpningar i syfte att nå en hög tillförlitlighets- och säkerhetsnivå, förbättra kontinuiteten i vården och säkerställa tillgång till säker hälso- och sjukvård av hög kvalitet.

b) utarbeta riktlinjer om

i) en icke-uttömmande förteckning över uppgifter som ska införas i patientjournalerna och som kan delas mellan hälso- och sjukvårdspersonal för att möjliggöra kontinuitet och patientsäkerhet i den gränsöverskridande hälso- och sjukvården, och

ii) effektiva metoder för utnyttjande av medicinsk information för folkhälsa och forskning.

c) stödja medlemsstaterna vid utarbetande av gemensamma åtgärder för identifiering och autentisering för att underlätta överförbara uppgifter i gränsöverskridande hälso- och sjukvård.

De mål som avses i b och c ska uppnås med vederbörligt beaktande av principerna om dataskydd såsom de anges särskilt i direktiven 95/46/EG och 2002/58/EG.

3. Kommissionen ska i enlighet med det föreskrivande förfarande som avses i artikel 16.2 anta de åtgärder som krävs för att inrätta och förvalta detta nätverk och för att det ska drivas med insyn.

Artikel 15

Samarbete om utvärdering av medicinsk teknik

1. Unionen ska stödja och främja samarbete om och utbyte av vetenskaplig information mellan medlemsstaterna inom ramen för ett frivilligt nätverk som kopplar ihop nationella myndigheter och organ som är ansvariga för utvärdering av medicinsk teknik, utsedda av medlemsstaterna. Medlemsstaterna ska

meddela deras namn och kontaktuppgifter till kommissionen. Medlemmarna i nätverket ska delta i och bidra till nätverkets aktiviteter i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där de är etablerade. Nätverket ska drivas enligt principerna för goda styrelseformer, däribland insyn, objektivitet, oberoende experter, rättvisa förfaranden och lämpligt samråd med berörda grupper.

2. Nätverket för utvärdering av medicinsk teknik ska

a) stödja samarbetet mellan nationella myndigheter eller organ,

b) bistå medlemsstaterna i tillhandahållandet av objektiv, tillförlitlig, aktuell, tydlig, jämförbar och överförbar information om den relativa effektiviteten samt, i förekommande fall, om hur verkningsfulla metoderna är på kort och lång sikt samt möjliggöra ett effektivt utbyte av sådan information mellan nationella myndigheter eller organ,

c) stödja analys av vilken slags information som kan utbytas,

d) undvika dubbelarbete vid bedömning.

3. För att kunna uppfylla målen i punkt 2, kan nätverket för utvärdering av medicinsk teknik få unionsbistånd. Biståndet kan beviljas för att

a) bidra till finansieringen av administrativt och tekniskt stöd,

b) stödja samarbetet mellan medlemsstaterna för att utveckla och dela metoder för utvärdering av medicinsk teknik, inbegripet bedömning av den relativa effekten,

c) bidra till finansieringen av tillhandahållandet av överförbar vetenskaplig information som kan användas i den nationella rapporteringen och till fallstudier som beställts av nätverket,

d) underlätta samarbetet mellan nätverket och andra relevanta institutioner och organ i unionen,

e) underlätta samråd med berörda parter om nätverkets arbete.

4. Kommissionen ska i enlighet med det föreskrivande förfarande som avses i artikel 16.2 anta de åtgärder som krävs för att inrätta och förvalta detta nätverk och för att det ska drivas med insyn.

5. Reglerna för att bevilja stödet, de villkor som det kan vara förenat med och beloppet ska beslutas i enlighet med det föreskrivande förfarande som avses i artikel 16.2. Endast de myndigheter och organ i nätverket som utsetts till stödmottagare av de deltagande medlemsstaterna ska vara berättigade till unionsstöd.

6. Vilka anslag som fordras för åtgärderna i den här artikeln ska beslutas varje år som en del av budgetförfarandet.

7. Åtgärder som antas enligt den här artikeln ska inte inkräkta på medlemsstaternas befogenheter i beslut som rör genomförandet av resultat av utvärderingar av medicinsk teknik, ska inte medföra någon harmonisering av lagar och andra författningar i medlemsstaterna och ska fullständigt respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och tillhandahålla hälso- och sjukvård.

KAPITEL V

GENOMFÖRANDE OCH SLUTBESTÄMMELSER

Artikel 16

Kommittéförfarande

1. Kommissionen ska biträdas av en kommitté som ska bestå av företrädare för medlemsstaterna och ha kommissionens företrädare som ordförande.

2. När det hänvisas till denna punkt ska artiklarna 5 och 7 i beslut 1999/468/EG tillämpas, med beaktande av bestämmelserna i artikel 8 i det beslutet.

Den tid som avses i artikel 5.6 i beslut 1999/468/EG ska vara tre månader.

Artikel 17

Utövande av delegering

1. Befogenheter att anta de delegerade akter som avses i artiklarna 11.5 och 12.5 ska ges till kommissionen för en period på fem år från och med den 24 april 2011. Kommissionen ska utarbeta en rapport om de delegerade befogenheterna senast sex månader innan perioden på fem år löpt ut. Delegeringen av befogenheter ska automatiskt förlängas med perioder av samma längd, om den inte återkallas av Europaparlamentet eller rådet i enlighet med artikel 18.

2. Så snart kommissionen antar en delegerad akt ska kommissionen samtidigt delge Europaparlamentet och rådet denna.

3. Befogenheterna att anta delegerade akter ges till kommissionen med förbehåll för de villkor som anges i artiklarna 18 och 19.

Artikel 18

Återkallande av delegering

1. Den delegering av befogenhet som avses i artiklarna 11.5 och 12.5 får när som helst återkallas av Europaparlamentet eller rådet.

2. Den institution som har inlett ett internt förfarande för att besluta huruvida en delegering av befogenhet ska återkallas ska sträva efter att underrätta den andra institutionen och kommissionen inom en rimlig tid innan det slutliga beslutet fattas, och ange vilka delegerade befogenheter som kan komma att återkallas samt skälen för detta.

3. Beslutet om återkallande innebär att delegeringen av de befogenheter som anges i beslutet upphör att gälla. Det får verkan omedelbart eller vid ett senare, i beslutet angivet, datum. Det påverkar inte giltigheten av delegerade akter som redan trätt i kraft. Det ska offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*.

Artikel 19

Invändning mot delegerade akter

1. Europaparlamentet eller rådet får invända mot en delegerad akt inom en period på två månader från delgivningsdagen.

På Europaparlamentets eller rådets initiativ får denna period förlängas med två månader.

2. Om varken Europaparlamentet eller rådet vid utgången av den period som avses i punkt 1 har invänt mot den delegerade akten ska den offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning* och träda i kraft den dag som anges i den.

Den delegerade akten får offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning* och träda i kraft före utgången av denna period om både Europaparlamentet och rådet har meddelat kommissionen att de inte tänker invända.

3. Om Europaparlamentet eller rådet invänder mot en delegerad akt inom den period som avses i punkt 1 ska den inte träda i kraft. Den institution som invänder mot den delegerade akten ska ange skälen för detta.

Artikel 20

Rapporter

1. Kommissionen ska senast den 25 oktober 2015 och därefter vart tredje år utarbeta en rapport om tillämpningen av detta direktiv och sända den till Europaparlamentet och rådet.

2. Rapporten ska i synnerhet innehålla information om patientflöden, den finansiella dimensionen av patientrörlighet, tillämpningen av artiklarna 7.9 och 8 och hur de europeiska referensnätverken och de nationella kontaktpunkterna fungerar. I detta syfte ska kommissionen göra en utvärdering av de system och förfaranden som införts i medlemsstaterna, mot bakgrund av kraven i detta direktiv och annan unionslagstiftning om patientrörlighet.

Medlemsstaterna ska ge kommissionen den hjälp och all den tillgängliga information som krävs för att göra utvärderingarna och utarbeta rapporterna.

3. Medlemsstaterna och kommissionen kan utnyttja den administrativa kommissionen, inrättad enligt artikel 71 i förordning (EG) nr 883/2004, för att hantera de finansiella konsekvenserna av tillämpningen av det här direktivet för de medlemsstater som har valt kostnadsersättning på grundval av fasta belopp, i fall som omfattas av artiklarna 20.4 och 27.5 i den förordningen.

Kommissionen ska övervaka och regelbundet rapportera om effekterna av artiklarna 3 c i och 8 i det här direktivet. Den första rapporten bör läggas fram senast den 25 oktober 2013. På grundval av dessa rapporter ska kommissionen, när så är lämpligt, komma med förslag för att mildra eventuella snedvridningar.

Artikel 21

Införlivande

1. Medlemsstaterna ska sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 25 oktober 2013. De ska genast underrätta kommissionen om detta.

När en medlemsstat antar dessa bestämmelser ska de innehålla en hänvisning till detta direktiv eller åtföljas av en sådan hänvis-

ning när de offentliggörs. Närmare föreskrifter om hur hänvisningen ska göras ska varje medlemsstat själv utfärda.

2. Medlemsstaterna ska till kommissionen överlämna texten till de centrala bestämmelser i nationell lagstiftning som de antar inom det område som omfattas av detta direktiv.

Artikel 22

Ikraftträdande

Detta direktiv träder i kraft den tjugonde dagen efter det att det har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*.

Artikel 23

Adressater

Detta direktiv riktar sig till medlemsstaterna.

Utfärdat i Strasbourg den 9 mars 2011.

På Europaparlamentets vägnar

J. BUZEK

Ordförande

På rådets vägnar

GYŐRI E.

Ordförande



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 19 september 2013 *

”Fri rörlighet för personer — Unionsmedborgarskap — Direktiv 2004/38/EG — Uppehållsrätt för längre tid än tre månader — Artikel 7.1 b — Person som inte längre är arbetstagare — Person som har rätt till ålderspension — Krav på att ha tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem — Begäran om särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner — Tilläggsersättning som ska komplettera ålderspensionen — Förordning (EG) nr 883/2004 — Artiklarna 3.2 och 70 — Bosättningsmedlemsstatens behörighet — Villkor för beviljande — Laglig vistelse inom landets territorium — Förenlighet med unionsrätten”

I mål C-140/12,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Oberster Gerichtshof (Österrike) genom beslut av den 14 februari 2012, som inkom till domstolen den 19 mars 2012, i målet

Pensionsversicherungsanstalt

mot

Peter Brey,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Ilešić samt domarna E. Jarašiūnas, A. Ó Caoimh (referent), C. Toader och C.G. Fernlund,

generaladvokat: N. Wahl,

justitiesekreterare: handläggaren A. Impellizzeri,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 7 mars 2013,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Peter Brey, genom C. Rappold, Rechtsanwalt,
- Österrikes regering, genom G. Hesse, i egenskap av ombud,
- Tysklands regering, genom T. Henze och J. Möller, båda i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: tyska.

— Irland, genom E. Creedon, i egenskap av ombud, biträdd av A. Collins, SC,
— Greklands regering, genom M. Tassopoulou, i egenskap av ombud,
— Nederländernas regering, genom M. Noort och C. Wissels, båda i egenskap av ombud,
— Sveriges regering, genom A. Falk och H. Karlsson, båda i egenskap av ombud,
— Förenade kungarikets regering, genom C. Murrell och J. Coppel, båda i egenskap av ombud,
— Europeiska kommissionen, genom V. Kreuschitz och C. Tufvesson, båda i egenskap av ombud,
och efter att den 29 maj 2013 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 7.1 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (EUT L 158, s. 77).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Peter Brey och Pensionsversicherungsanstalt angående den senares vägran att såsom komplettering till hans tyska ålderspension bevilja honom tilläggsersättning (Ausgleichszulage) enligt den österrikiska lagen.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2004/38

- 3 Skälen 10, 16, 20 och 21 i direktiv 2004/38 har följande lydelse:
"(10) Personer som utövar sin rätt till fri rörlighet bör ... inte bli en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem under den första tiden av vistelsen. Därför bör unionsmedborgarnas och deras familjemedlemmars uppehållsrätt under längre tid än tre månader vara underkastad villkor.
...
(16) Så länge de personer som omfattas av rätten till bosättning inte utgör en orimlig börda för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem bör de inte utvisas. Därför får en utvisningsåtgärd inte vara en automatisk följd av anlitandet av det sociala biståndssystemet. Den mottagande medlemsstaten bör bedöma om det är fråga om tillfälliga svårigheter och beakta bosättningsens längd, personens personliga omständigheter och storleken på det bidrag som har beviljats, när de bedömer huruvida personen ifråga blivit en orimlig börda för den mottagande

medlemsstatens sociala biståndssystem och bör utvisas. Under inga omständigheter får arbetstagare, egenföretagare eller arbetssökande enligt domstolens definition bli föremål för utvisning, utom av hänsyn till allmän ordning eller säkerhet.

...

(20) Förbudet mot diskriminering på grundval av nationalitet innebär att alla unionsmedborgare och deras familjemedlemmar som med stöd av detta direktiv uppehåller sig i en medlemsstat av den medlemsstaten bör behandlas på samma sätt som dennas medborgare inom områden som omfattas av fördraget, med förbehåll för sådana särskilda bestämmelser som uttryckligen anges i fördraget eller i sekundärlagstiftningen.

(21) Det bör emellertid lämnas åt den mottagande medlemsstaten att bestämma om den skall bevilja socialt bistånd under de tre första månaderna av uppehållet, eller för en längre tid när det gäller arbetssökande, för andra unionsmedborgare än de som är arbetstagare eller egenföretagare eller som bibehåller denna status eller deras familjemedlemmar, eller bistånd till uppehälle för studier, inklusive yrkesutbildning, innan rätten till permanent uppehåll erhållits till dessa personer.”

4 Artikel 7 i detta direktiv, med rubriken ”Upphållsrätt för längre tid än tre månader”, har följande lydelse i punkt 1 b:

”Varje unionsmedborgare skall ha rätt att uppehålla sig inom en annan medlemsstats territorium under längre tid än tre månader om den berörda personen

...

b) för egen och sina familjemedlemmars räkning har tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem under vistelsen, samt har en heltäckande sjukförsäkring som gäller i den mottagande medlemsstaten ...”

5 Artikel 8 i direktiv 2004/38, med rubriken ”Administrativa formaliteter för unionsmedborgare”, har följande lydelse:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 5.5 får den mottagande medlemsstaten ålägga unionsmedborgare att registrera sig hos behöriga myndigheter vid uppehåll som överstiger tre månader.

2. Fristen för registrering får aldrig understiga tre månader räknat från ankomstdagen. Ett bevis om registrering skall utfärdas omedelbart, med uppgift om den registrerade personens namn och adress samt registreringsdatum. Om den berörda personen underlåter att uppfylla registreringskravet får denne åläggas proportionerliga och icke-diskriminerande sanktioner.

3. Det enda krav medlemsstaterna får ställa för att utfärda bevis om registrering är att

– ...

— de unionsmedborgare som avses i artikel 7.1 b skall kunna visa upp ett giltigt identitetskort eller pass och bevis på att de uppfyller villkoren i den punkten.

...

4. Medlemsstaterna får inte fastställa något fast belopp som de anser vara 'tillräckliga tillgångar', utan de måste ta hänsyn till den berörda personens personliga omständigheter. Detta belopp får i varje fall inte överstiga den beloppsgräns under vilket medborgare i den mottagande medlemsstaten är berättigade till socialt bistånd, eller, om detta kriterium inte kan tillämpas, minimipensionen i den mottagande medlemsstaten.

..."

- 6 I artikel 14 i direktiv 2004/38, med rubriken "Bibehållen uppehållsrätt", föreskrivs följande:

"...

2. Unionsmedborgare och deras familjemedlemmar skall ha uppehållsrätt enligt artiklarna 7, 12 och 13 så länge de uppfyller villkoren i dessa artiklar.

I särskilda fall då det finns rimliga tvivel på huruvida en unionsmedborgare eller dennes familjemedlemmar uppfyller kraven i artiklarna 7, 12 och 13 får medlemsstaterna kontrollera att dessa krav är uppfyllda. Denna kontroll skall inte genomföras systematiskt.

3. En utvisningsåtgärd skall inte vara den automatiska följden av att unionsmedborgare eller deras familjemedlemmar har anlitat det sociala biståndssystemet i den mottagande medlemsstaten.

..."

- 7 I artikel 24 i detta direktiv, med rubriken "Likabehandling", föreskrivs följande:

"1. Om inte annat följer av sådana specifika bestämmelser som uttryckligen anges i fördraget och sekundärlagstiftningen skall alla unionsmedborgare som enligt detta direktiv uppehåller sig i den mottagande medlemsstaten åtnjuta samma behandling som den medlemsstatens egna medborgare inom de områden som omfattas av fördraget. Även familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat, men som har uppehållsrätt eller permanent uppehållsrätt, skall åtnjuta denna rättighet.

2. Genom undantag från punkt 1 skall den mottagande medlemsstaten inte vara skyldig att bevilja socialt bistånd under uppehållets första tre månader, eller i förekommande fall den längre period som anges i artikel 14.4 b, och heller inte innan permanent uppehållsrätt beviljats vara skyldig att bevilja bistånd till uppehälle för studier inklusive yrkesutbildning i form av studiebidrag eller studielån till andra personer än anställda eller egenföretagare, personer som behåller sådan ställning eller deras familjemedlemmar.

..."

Förordning (EG) nr 883/2004:

- 8 Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen (EUT L 166, s. 1, och rättelse i EUT L 200, 2004, s. 1) har ersatt, från och med den 1 maj 2010, rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, i ändrad och uppdaterad lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 118/97 av den 2 december 1996 (EUT L 28, 1997, s. 1) (nedan kallad förordning nr 1408/71).

- 9 Artikel 1, med rubriken "Definitioner", i förordning nr 883/2004, i dess ändrade lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 1244/2010 av den 9 december 2010 (EUT L 338, s. 35) (nedan kallad förordning nr 883/2004) har följande lydelse:

"I denna förordning används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

- j) *bosättning*: den ort där en person är stadigvarande bosatt.

..."

- 10 I artikel 3 i denna förordning, med rubriken "Sakområden", föreskrivs följande:

"1. Denna förordning gäller all lagstiftning om följande grenar av social trygghet ...

...

- d) förmåner vid ålderdom,

...

2. Om inte annat föreskrivs i bilaga XI skall denna förordning tillämpas på alla allmänna och särskilda system för social trygghet, oavsett om de är avgiftsfinansierade eller inte, och system där en arbetsgivares eller en redares skyldigheter regleras.

3. Denna förordning skall också tillämpas på de särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner som omfattas av artikel 70.

...

5. Denna förordning ska inte tillämpas på

- a) socialhjälp och medicinsk hjälp, eller

..."

- 11 I artikel 4 i förordningen, med rubriken "Likabehandling", föreskrivs följande:

"Om inte annat föreskrivs i denna förordning, skall de personer på vilka denna förordning skall tillämpas ha samma rättigheter och skyldigheter enligt en medlemsstats lagstiftning som denna medlemsstats egna medborgare."

- 12 I artikel 70 i denna förordning anges följande:

"1. Denna artikel skall tillämpas på särskilda icke avgiftsfinansierade kontantförmåner som utges enligt sådan lagstiftning som genom de personer som omfattas, mål och/eller villkor för berättigande har drag av både den lagstiftning om social trygghet som avses i punkt 1 och av socialt stöd.

2. Vid tillämpningen av detta kapitel avses med 'särskilda icke avgiftsfinansierade kontantförmåner' sådana förmåner

- a) som är avsedda att

i) vara tillägg, ersättning eller komplettering för täckande av de risker som omfattas av de socialförsäkringsgrenar som anges i punkt 1 och som garanterar de personer som berörs en minimiinkomst med avseende på de ekonomiska och sociala förhållandena i den berörda medlemsstaten,

eller

ii) uteslutande ge särskilt skydd för funktionshindrade, vilket är nära förbundet med personens sociala förhållanden i den berörda medlemsstaten,

och

b) där finansieringen enbart härrör från obligatorisk beskattning avsedd att täcka allmänna offentliga utgifter och villkoren för att tillhandahålla och beräkna förmånerna inte är beroende av någon avgift från förmånstagarens sida; förmåner som utges som tillägg till en avgiftsfinansierad förmån skall emellertid inte anses vara avgiftsfinansierade förmåner endast av detta skäl,

och

c) som förtecknas i bilaga X.

3. Artikel 7 och övriga kapitel i denna avdelning skall inte tillämpas på de förmåner som anges i punkt 2 i denna artikel.

4. Förmånerna i punkt 2 skall uppbäras uteslutande i den medlemsstat där de berörda personerna är bosatta och i enlighet med dess lagstiftning. Förmånerna skall utges och bekostas av institutionen på bosättningsorten.”

13 Bilaga X i förordning nr 883/2004, med rubriken ”Särskilda icke avgiftsfinansierade kontanta förmåner”, innehåller, med avseende på Republiken Österrike, följande passus: ”Tilläggsersättning (federal lag av den 9 september 1955 om allmän socialförsäkring [Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, BGBl. 189/1955] ...).”

Österrikisk rätt

14 Enligt 292 § stycke 1 i den federala lagen om allmän socialförsäkring (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, BGBl. 189/1955) i dess ändrade lydelse, från och med den 1 januari 2011, enligt 2011 års budgetlag (Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. 111/2011) (nedan kallad ASVG), har den som uppbär ålderspension, när pensionen och nettoinkomsten från andra inkomstkällor tillsammans understiger ett bestämt referensbelopp, rätt till tilläggsersättning till pensionen med ett belopp motsvarande skillnaden mellan referensbeloppet och den personliga inkomsten, under förutsättning att han eller hon är varaktigt och lagligt bosatt i Österrike.

15 Lagen om bosättning och uppehåll (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz), i dess ändrade lydelse enligt 2011 års budgetlag (nedan kallad NAG), innehåller bland annat följande relevanta bestämmelser:

”51 § (1) I enlighet med direktivet om fri rörlighet har medborgare i [Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, EES)] rätt att uppehålla sig i landet under längre tid än tre månader

...

2. om de för egen och sina familjemedlemmars räkning har tillräckliga tillgångar och en heltäckande sjukförsäkring för att under vistelsen varken bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem eller vara beroende av tilläggsersättning, eller

...

Intyg om registrering

53 § (1) EES-medborgare som har en uppehållsrätt i enlighet med unionsrätten (51 och 52 §§) ska, för det fall de uppehåller sig längre tid än tre månader på federalt territorium, anmäla detta till myndigheterna inom fyra månader efter deras inresa till territoriet. När villkoren är uppfyllda (51 eller 52 §§) ska myndigheterna på begäran utfärda ett intyg om registrering.

(2) För att bevisa en unionsrättslig uppehållsrätt krävs ett giltigt identitetskort eller pass samt följande bevis:

...

2. I enlighet med 51 § stycke 1 punkt 2: bevis för tillräckliga tillgångar och en heltäckande sjukförsäkring.

...”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 16 Peter Brey och hans fru, båda tyska medborgare, flyttade i mars 2011 från Tyskland till Österrike för att bosätta sig där. Peter Brey uppbär en invaliditetspension på 862,74 euro brutto per månad samt en vård- och omsorgsersättning på 225 euro per månad. Paret har inga andra inkomster eller tillgångar. Peter Breys fru uppbär i Tyskland en grundförmån, som emellertid upphörde den 1 april 2011, eftersom hon flyttade till Österrike. Peter Brey och hans hustru betalar en hyra på 532,29 euro per månad för deras lägenhet i Österrike.
- 17 Pensionsversicherungsanstalt avlog, genom beslut av den 2 mars 2011, Peter Breys ansökan om att beviljas tilläggsersättning från och med den 1 april 2011 med hänvisning till att han, på grund av sin låga pension, inte hade tillräckliga tillgångar för att lagligen vistas i Österrike.
- 18 Den 22 mars 2011 utfärdade Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg (lokal förvaltningsmyndighet i Deutschlandsberg), i enlighet med NAG, ett intyg om registrering för EES-medborgare för Peter Brey och hans hustru.
- 19 Peter Brey överklagade beslutet av den 2 mars 2011. I dom av den 6 oktober 2011 fastställde Oberlandesgericht Graz den dom som Landesgericht für Zivilsachen Graz meddelat i första instans, och ändrade ifrågavarande beslut på så sätt att Pensionsversicherungsanstalt ålades att bevilja Peter Brey tilläggsersättning om 326,82 euro per månad från och med den 1 april 2011.
- 20 Pensionsversicherungsanstalt överklagade denna dom till Oberster Gerichtshof.
- 21 I beslutet om hänskjutande har denna domstol erinrat om att EU-domstolen, i sin dom av den 29 april 2004 i mål C-160/02, Skalka (REG 2004, s. I-5613), funnit att tilläggsersättningen ska anses vara ”en särskild icke avgiftsfinansierad förmån” i den mening som avses i artikel 4.2a i förordning nr 1408/71 (numera artikel 70 i förordning nr 883/2004), eftersom den kompletterar en ålders- eller invalidpension och har karaktären av socialt bistånd då den ska garantera dess mottagare ett existensminimum om pensionen är otillräcklig.

- 22 Enligt den hänskjutande domstolen är det i det mål som är anhängigt vid den följaktligen fråga om huruvida det unionsrättsliga begreppet socialt bistånd är detsamma vad gäller såväl uppehållsrätt som social trygghet.
- 23 Om begreppet har samma innebörd inom båda dessa rättsområden anser den hänskjutande domstolen att tilläggsersättningen inte kan betraktas som socialt bistånd i den mening som avses i direktiv 2004/38, eftersom det har inslag av socialt skydd och omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 883/2004. Följaktligen inverkar rätten till tilläggsersättning inte på uppehållsrätten.
- 24 Den hänskjutande domstolen anser dessutom att begreppet socialt bistånd också skulle kunna ges ett eget innehåll som baseras på de mål som eftersträvas i direktiv 2004/38, närmare bestämt att bland annat undvika att de personer som inte har bidragit till finansieringen av de sociala biståndssystemen i den mottagande medlemsstaten inte blir en orimlig belastning för dess budget. Enligt detta synsätt borde nämnda begrepp i lagstiftningen om uppehållsrätt förstås så, att det avser de grundförmåner som staten betalar ut vilka finansieras av allmänna skatteintäkter och som samtliga invånare kan komma i åtnjutande av, oberoende av om dessa förmåner grundas på en rättighet eller en behovssituation och oberoende av om de är knutna till en särskild risk inom ramen för social trygghet. I ett sådant fall ska tilläggsersättningen betraktas som socialt bistånd i den mening som avses i direktiv 2004/38.
- 25 Mot denna bakgrund beslutade Oberster Gerichtshof att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:
- ”Ska tilläggsersättning betraktas som en förmån gällande ”socialt bistånd” i den mening som avses i artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 ...?”

Prövning av tolkningsfrågan

Frågans omfattning

- 26 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 ska tolkas så, att begreppet ”socialt bistånd”, i den mening som avses i denna bestämmelse, avser en sådan förmån som tilläggsersättningen i 292 § stycke 1 ASVG.
- 27 Frågan har ställts i ett mål där de österrikiska behöriga myndigheterna nekat en medborgare i en annan medlemsstat, Peter Brey, denna förmån med hänvisning till att han, trots att han erhållit ett intyg om registrering, inte kunde anses vistas ”lagligt” i Österrike i den mening som avses i nämnda 292 § stycke 1 ASVG, eftersom det för uppehållsrätt för längre tid än tre månader i Österrike krävs att den sökande, i enlighet med 51 § NAG, för egen och sina familjemedlemmars räkning har ”tillräckliga tillgångar ... för att under [sin vistelse] varken bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem eller vara beroende av tilläggsersättning”.
- 28 Det är utrett att denna senare bestämmelse har som syfte att införliva artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 med österrikisk rätt. Enligt denna artikel har varje unionsmedborgare rätt att uppehålla sig inom en annan medlemsstats territorium under en längre tid än tre månader om den berörda personen för egen och sina familjemedlemmars räkning har tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem.
- 29 Även om det inte direkt är Peter Breys uppehållsrätt som har ifrågasatts i det nationella målet, eftersom detta enbart rör beviljandet av tilläggsersättningen, följer av det ovanstående att det i den nationella lagstiftningen finns ett direkt samband mellan villkoren för att beviljas den aktuella förmånen och villkoren för att beviljas uppehållsrätt för längre tid än tre månader i Österrike.

Tilläggsersättningen är nämligen underordnad kravet att den sökande uppfyller villkoren för att beviljas en sådan uppehållsrätt. Det framgår i detta avseende av de förklaringar som lämnats in till den hänskjutande domstolen att 51 § stycke 1 punkt 2 NAG, i enlighet med förarbetena till de ändringar som gjorts i denna bestämmelse från och med den 1 januari 2011, numera har som syfte att, medelst uttrycklig hänvisning till tilläggsersättningen, hindra en medborgare i en annan medlemsstat från att erhålla uppehållsrätt i Österrike enligt unionsrätten när denna medborgare under sin vistelse begär att få tilläggsersättning.

- 30 Under dessa förhållanden verkar utgången i det nationella målet bero på huruvida en medlemsstat kan neka medborgare i andra medlemsstater tilläggsersättning med hänvisning till att de liksom Peter Brey inte, trots att de fått ett intyg om registrering, uppfyller villkoren för att beviljas uppehållsrätt för längre tid än tre månader, eftersom den berörda personen, för att ha sådan rätt, måste ha tillräckliga tillgångar för att inte behöva begära bland annat tilläggsersättning. Det är inom ramen för prövningen av denna fråga som den förmån som är föremål för den hänskjutande domstolens fråga ska undersökas.
- 31 I detta avseende bör det erinras om att det inom ramen för det i artikel 267 FEUF inrättade förfarandet för samarbete mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen, ankommer på EU-domstolen att ge den nationella domstolen ett användbart svar, så att den kan avgöra det mål som är anhängigt vid den. I detta syfte åligger det domstolen att i förekommande fall omformulera de frågor som har ställts till den (se, bland annat, dom av den 8 mars 2007 i mål C-45/06, Campina, REG 2007. s. I-2089, punkt 30, och av den 14 oktober 2010 i mål C-243/09, Fuß, REG 2008, s. I-9849, punkt 39).
- 32 Den ställda frågan ska följaktligen omformuleras på så sätt att den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida unionsrätten, och särskilt direktiv 2004/38, ska tolkas så, att den utgör hinder mot en lagstiftning i en medlemsstat, såsom den som är aktuell i förevarande fall, som utesluter möjligheten för en medborgare i en annan medlemsstat, som inte är ekonomiskt aktiv, att beviljas en sådan förmån som den tilläggsersättning som föreskrivs i 292 § stycke 1 ASVG, på grund av att vederbörande, trots att han fått ett intyg om registrering, inte uppfyller villkoren för att beviljas uppehållsrätt för längre tid än tre månader på den första medlemsstatens territorium, eftersom denna uppehållsrätt förutsätter att nämnda medborgare har tillräckliga tillgångar för att inte behöva begära denna förmån.

Frågan huruvida en unionsmedborgare som inte är ekonomiskt aktiv har rätt att i den mottagande medlemsstaten beviljas en sådan förmån som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen

- 33 Det ska inledningsvis erinras om att domstolen, i domen i det ovannämnda målet Skalka, slagit fast att tilläggsersättningen i 292 § stycke 1 ASVG omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71 och följaktligen utgör ”en särskild icke avgiftsfinansierad förmån” i den mening som avses i artikel 4.2a i samma förordning, jämförd med bilaga IIa i densamma. I enlighet med artikel 10a.1 i denna förordning ska förmånen uteslutande utges och bekostas av de behöriga institutionerna i bosättningsmedlemsstaten i enlighet med lagstiftningen i den staten.
- 34 I punkt 26 i domen i det ovannämnda målet Skalka konstaterade domstolen att den österrikiska tilläggsersättningen ska kvalificeras som särskild förmån, eftersom den kompletterar en ålders- eller invalidpension, har karaktären av socialt bistånd då den har till syfte att garantera dess mottagare ett existensminimum om pensionen är otillräcklig, samt beviljas på grundval av objektiva kriterier som fastställs i lag.
- 35 I punkterna 29 och 30 i ovannämnda dom fann domstolen dessutom att denna tilläggsersättning borde betraktas som en icke avgiftsfinansierad förmån, eftersom kostnaderna preliminärt bärs av ett socialt organ, som därefter får full ersättning av delstaten i fråga, som i sin tur får de medel som krävs för att finansiera förmånen genom den federala budgeten, och eftersom de avgifter som de försäkrade erlägger aldrig ingår i denna finansiering.

- 36 Det står klart att denna bedömning inte påverkas av motsvarande bestämmelser i förordning nr 883/2004, närmare bestämt artiklarna 3.3 och 70, liksom dess bilaga X, avseende "Särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner".
- 37 Europeiska kommissionen anser att det av dessa bestämmelser framgår att villkoret för att beviljas tilläggsersättning, närmare bestämt att den sökande måste ha uppehållsrätt för längre tid än tre månader i den mottagande medlemsstaten, inte är förenligt med unionsrätten. Alla personer som liksom Peter Brey omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 883/2004 i deras egenskap av pensionerad person som inte längre är arbetstagare eller egenföretagare, har nämligen rätt, i enlighet med artikel 70.4 i denna förordning, till särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner från den medlemsstat där de är bosatta. I enlighet med artikel 1 j i nämnda förordning ska bosättning förstås som den ort där en person är stadigvarande bosatt. Detta begrepp avser den medlemsstat där den berörda personen är stadigvarande bosatt och har varaktigt centrum för sina levnadsintressen. Av detta följer att villkoret avseende den lagliga vistelsen, i 292 § stycke 1 ASVG, jämförd med 51 § stycke 1 NAG, utgör en indirekt diskriminering som strider mot artikel 4 i förordning nr 883/2004, eftersom villkoret enbart påverkar unionsmedborgare som inte är österrikiska medborgare.
- 38 Det ska följaktligen först prövas huruvida en medlemsstat som villkor för en förmån som omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 883/2004 kan kräva att en medborgare i en annan medlemsstat ska uppfylla villkoren för att beviljas uppehållsrätt för längre tid än tre månader. Det är nämligen enbart vid ett bejakande av denna fråga som det är nödvändigt att avgöra huruvida en sådan uppehållsrätt kan underkastas villkoret att den sökande ska ha tillräckliga tillgångar för att inte behöva begära denna förmån.

Kravet på att uppfylla villkoren för att beviljas uppehållsrätt för längre tid än tre månader

- 39 Domstolen påpekar att artikel 70.4 i förordning nr 883/2004, till vilken kommissionen hänvisar som stöd för sina argument, anger en lagvalsregel vars syfte endast är att avgöra, i fråga om särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner, vilken lagstiftning som ska tillämpas och vilken institution som ska betala ut de förmåner som avses i bestämmelserna.
- 40 Syftet med denna bestämmelse är inte enbart att undvika att olika nationella lagstiftningar tillämpas samtidigt, med de komplikationer som kan följa därav, utan också att förhindra att de personer som omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 883/2004 berövas skydd på området för social trygghet i avsaknad av lagstiftning som är tillämplig på dem (se, analogt, dom av den 11 juni 1998 i mål C-275/96, Kuusijärvi, REG 1998, s. I-3419, punkt 28, och av den 21 februari 2013 i mål C-619/11, Dumont de Chassart, punkt 38).
- 41 Däremot syftar inte dessa bestämmelser som sådana till att bestämma de materiella villkor som ska vara uppfyllda för rätt till särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner. Det ankommer i princip på varje medlemsstats lagstiftning att bestämma dessa villkor (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Dumont de Chassart, punkt 39 och där angiven rättspraxis).
- 42 Det går följaktligen inte att tolka artikel 70.4 i förordning nr 883/2004, jämförd med artikel 1 j i samma förordning, på så sätt att unionsrätten utgör hinder mot en sådan nationell bestämmelse som den i målet vid den nationella domstolen, i vilken det som villkor för att beviljas en rätt till särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner krävs att villkoren för uppehållsrätt i den berörda medlemsstaten är uppfyllda.
- 43 Förordning nr 883/2004 innebär nämligen inte att det inrättas ett gemensamt system för social trygghet. De skilda nationella systemen får bestå, då förordningen har till enda syfte att säkerställa samordning mellan de nationella systemen. Att de skilda systemen får bestå ger upphov till olika krav gentemot olika institutioner i förhållande till vilka förmånsmottagaren har direkta rättigheter med stöd

av antingen enbart nationell rätt eller nationell rätt vid behov kompletterad av unionsrätten (dom av den 3 april 2008 i mål C-331/06, *Chuck*, REG 2008, s. I-1957, punkt 27, och domen i det ovannämnda målet *Dumont de Chassart*, punkt 40).

- 44 Det framgår av domstolens praxis att det i princip inte finns något som hindrar att beviljandet av socialt bistånd till unionsmedborgare som inte är ekonomiskt aktiva underkastas kravet att de uppfyller villkoren för att erhålla uppehållsrätt i den mottagande medlemsstaten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 maj 1998 i mål C-85/96, *Martínez Sala*, REG 1998, s. I-2691, punkterna 61–63, av den 20 september 2001 i mål C-184/99, *Grzelczyk*, REG 2001, s. I-6193, punkterna 32 och 33, av den 7 september 2004 i mål C-456/02, *Trojani*, REG 2004, s. I-7573, punkterna 42 och 43, av den 15 mars 2005 i mål C-209/03, *Bidar*, REG 2005, s. I-2119, punkt 37, och av den 18 november 2008 i mål C-158/07, *Förster*, REG 2008, s. I-8507, punkt 39).
- 45 Det krävs emellertid att de villkor som måste uppfyllas för att beviljas en sådan uppehållsrätt, såsom kravet i målet vid den nationella domstolen på tillräckliga tillgångar för att inte behöva begära tilläggsersättningen, själva är förenliga med unionsrätten.

Kravet på att ha tillräckliga tillgångar för att inte behöva begära tilläggsersättningen

- 46 Rätten för medborgare i en medlemsstat att uppehålla sig i en annan medlemsstat, utan att där bedriva verksamhet som anställd eller egenföretagare, är inte ovillkorlig. Enligt artikel 21.1 FEUF tillerkänns rätten för varje unionsmedborgare att uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier nämligen endast enligt de begränsningar och de villkor som föreskrivs i fördraget och i bestämmelserna om genomförande av fördraget (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *Trojani*, punkterna 31 och 32, dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, *Zhu och Chen*, REG 2004, s. I-9925, punkt 26, och av den 11 december 2007 i mål C-291/05, *Eind*, REG 2007, s. I-10719, punkt 28).
- 47 Bland dessa begränsningar och villkor nämns, i artikel 7.1 b i direktiv 2004/38, bland annat att medlemsstaterna kan kräva att medborgare i en medlemsstat, vilka vill uppehålla sig på den förstnämnda medlemsstatens territorium under längre tid än tre månader utan att utöva ekonomisk verksamhet, för sig själv och för sin familjs räkning ska ha en heltäckande sjukförsäkring och tillräckliga tillgångar i den mottagande medlemsstaten för att inte bli en belastning för den medlemsstatens sociala biståndssystem under vistelsen där (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 februari 2010 i mål C-480/08, *Teixeira*, REU 2010, s. I-1107, punkt 42).
- 48 Till skillnad från alla de regeringar som inkommit med skriftliga yttranden, anser kommissionen att tilläggsersättningen, med hänsyn till att den utgör en särskild icke-avgiftsfinansierad kontantförmån som omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 883/2004, inte ska betraktas som socialt bistånd i den mening som avses i artikel 7.1 b i direktiv 2004/38. Det framgår dessutom av motiveringen till detta direktiv [Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, KOM(2001) 257 slutlig] att det sociala bistånd som avses i denna bestämmelse för närvarande inte omfattas av förordning nr 883/2004. Denna tolkning är förenlig med den omständigheten att socialt bistånd i den mening som avses i direktiv 2004/38, i enlighet med denna motivering, omfattar gratis medicinsk hjälp, vilket enligt artikel 3.5 i förordning nr 883/2004 uttryckligen inte ska omfattas av tillämpningsområdet för denna förordning.
- 49 Domstolen understryker för det första att det av såväl kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten som av likhetsprincipen följer att ordalydelsen i en unionsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för fastställandet av bestämmelsens innebörd och tillämpningsområde, i regel ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela

Europeiska unionen, med beaktande av det sammanhang i vilket bestämmelsen förekommer och det mål som eftersträvas (se, bland annat, dom av den 14 februari 2012 i mål C-204/09, Flachglas Torgau, punkt 37, och av den 11 april 2013 i mål C-260/11, Edwards, punkt 29).

- 50 I likhet med vad som följer av punkterna 33–36 i denna dom omfattas en sådan förmån som tilläggsersättning av tillämpningsområdet för förordning nr 883/2004. En sådan omständighet ska emellertid i sig inte påverka tolkningen av bestämmelserna i direktiv 2004/38. Förordning nr 883/2004 eftersträvar nämligen, i likhet med vad samtliga regeringar som inkommit med skriftliga yttranden har angett, andra syften än de som avses i direktiv 2004/38.
- 51 Syftet med förordning nr 883/2004 är att uppnå det mål som anges i artikel 48 FEUF, genom att förebygga eventuella negativa effekter som utövandet av den fria rörligheten för arbetstagare kan ha för arbetstagarnas och deras familjers möjlighet att komma i åtnjutande av sociala trygghetsförmåner (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *Chuck*, punkt 32).
- 52 Det är för att uppnå detta syfte som förordning nr 883/2004, genom att i artikel 7 upphäva kravet på bosättning, föreskriver principen enligt vilken de aktuella förmånerna får medföras utomlands, med förbehåll för de undantag som anges i förordningen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 november 1997 i mål C-20/96, *Snares*, REG 1997, s. I-6057, punkterna 39 och 40).
- 53 Även om direktiv 2004/38 har som syfte att underlätta och stärka utövandet av unionsmedborgarnas primära och individuella rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium, vilken varje unionsmedborgare tillerkänns direkt genom fördraget (se dom av den 25 juli 2008 i mål C-127/08, *Metock m.fl.*, REG 2008, s. I-6241, punkterna 82 och 59, av den 7 oktober 2010 i mål C-162/09, *Lassal*, REU 2010, s. I-9217, punkt 30, och av den 5 maj 2011 i mål C-434/09, *McCarthy*, REU 2011, s. I-3375, punkt 28), avser direktivet också att klargöra, i artikel 1 a, villkoren för att utnyttja denna rätt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *McCarthy*, punkt 33, och dom av den 21 december 2011 i de förenade målen C-424/10 och C-425/10, *Ziolkowski och Szeja*, REU 2011, s. I-14035, punkterna 36 och 40). Ett av dessa villkor, vad gäller vistelse under längre tid än tre månader, är det villkor som anges i artikel 7.1 b i detta direktiv, enligt vilket unionsmedborgare som inte eller inte längre är arbetstagare måste ha tillräckliga tillgångar.
- 54 Det följer bland annat av skäl 10 i direktiv 2004/38 att detta villkor syftar till att undvika att personerna blir en orimlig belastning för den mottagande medlemsstats sociala biståndssystem (domen i det ovannämnda målet *Ziolkowski och Szeja*, punkt 40).
- 55 Ett sådant villkor är influerat av tanken att unionsmedborgarnas utövande av rätten till bosättning får underordnas medlemsstaternas legitima intressen, i förevarande fall att skydda en medlemsstats offentliga medel (se, analogt, dom av den 17 september 2002 i mål C-413/99, *Baumbast och R*, REG 2002, s. I-7091, punkt 90, domen i det ovannämnda målet *Zhu och Chen*, punkt 32, och dom av den 23 mars 2006 i mål C-408/03, kommissionen mot Belgien, REG 2006, s. I-2647, punkterna 37 och 41).
- 56 I artikel 24.2 i direktiv 2004/38 föreskrivs på samma sätt ett undantag från den princip om likabehandling som är tillämplig på andra unionsmedborgare än anställda eller egenföretagare, personer som behåller sådan ställning eller deras familjemedlemmar, som uppehåller sig inom en mottagande medlemsstats territorium, genom att den mottagande medlemsstaten inte är skyldig att bevilja en rätt till socialt bistånd bland annat under de första tre månaderna av vistelsen (se dom av den 4 juni 2009 i de förenade målen C-22/08 och C-23/08, *Vatsouras och Koupatantze*, REG 2009, s. I-4585, punkterna 34 och 35).
- 57 Av detta följer att förordning nr 883/2004 visserligen har som syfte att garantera att unionsmedborgare vilka utnyttjat den fria rörligheten för arbetstagare ska kunna behålla vissa sociala trygghetsförmåner som beviljats dem i deras ursprungliga medlemsstat, men att direktiv 2004/38 ger den mottagande

medlemsstaten möjlighet att föreskriva lagliga begränsningar, vad gäller beviljandet av socialt bistånd, för unionsmedborgare som inte eller inte längre är arbetstagare, så att de inte blir en orimlig börda för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem.

- 58 I motsats till vad kommissionen gjort gällande ska begreppet "sociala biståndssystem" i artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 under dessa förhållanden inte begränsas till att avse "socialhjälp" som i enlighet med artikel 3.5 a i förordning nr 883/2004 inte omfattas av tillämpningsområdet för denna förordning.
- 59 I likhet med vad flera av de regeringar som yttrat sig har gjort gällande, skulle en motsatt tolkning leda till en omotiverad skillnad i behandlingen mellan medlemsstaterna beroende av hur deras nationella sociala skyddssystem är uppbyggda, eftersom klassificeringen av en sådan förmån som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen som "särskild" – med följderna att den ska omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 883/2004 – bland annat beror på om den enligt den nationella lagstiftningen beviljas på grundval av objektiva kriterier eller enbart på grundval av den berörda personens behov.
- 60 Av detta följer att begreppet "sociala biståndssystem" i artikel 7.1 b i direktiv 2004/38, i likhet med vad som påpekas i punkterna 53–57 i denna dom, ska definieras utifrån syftet med denna bestämmelse och inte utifrån formella kriterier (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Vatsouras och Koupatantze, punkterna 41 och 42, samt dom av den 24 april 2012 i mål C-571/10, Kamberaj, punkterna 90–92).
- 61 Nämnade begrepp ska följaktligen tolkas så, att det avser samtliga biståndssystem som inrättats av offentliga myndigheter oavsett om det är på nationell, regional eller lokal nivå, och som sådana personer vänder sig till som inte förfogar över tillräckliga tillgångar för att försörja sig och sin familj, och därför riskerar att belasta de offentliga medlen i den mottagande medlemsstaten under den tid de vistas där och att påverka nivån på det bistånd som denna stat totalt kan ge (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Bidar, punkt 56, Eind, punkt 29, och Förster, punkt 48, och analogt dom av den 4 mars 2010 i mål C-578/08, Chakroun, REU 2010, s. I-1839, punkt 46, samt domen i det ovannämnda målet Kamberaj, punkt 91).
- 62 Vad gäller den tilläggsersättning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, framgår det av punkterna 33–36 i denna dom att en sådan förmån ska anses ingå i den berörda medlemsstatens "sociala biståndssystem". I likhet med vad domstolen slagit fast i punkterna 29 och 30 i domen i det ovannämnda målet Skalka, finansieras denna förmån, som har till syfte att garantera dess mottagare ett existensminimum om pensionen är otillräcklig, helt av offentliga medel utan några avgifter för den försäkrade.
- 63 Av detta följer att den omständigheten, att en ekonomiskt icke aktiv medborgare i en annan medlemsstat kan komma i fråga för denna förmån på grund av otillräcklig pension, skulle kunna tyda på att vederbörande saknar tillräckliga tillgångar för att inte bli en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem i den mening som avses i artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Trojani, punkterna 35 och 36).
- 64 De behöriga nationella myndigheterna får likväl aldrig dra en sådan slutsats utan att först ha gjort en helhetsbedömning av den belastning som beviljandet av en sådan förmån faktiskt skulle ha på hela det nationella sociala biståndssystemet mot bakgrund av de enskilda omständigheterna i den berördes situation.
- 65 För det första ska det nämligen påpekas att direktiv 2004/38 på intet sätt utesluter möjligheten för medborgare i andra medlemsstater att i den mottagande medlemsstaten beviljas socialt bistånd (se, analogt, domen i det ovannämnda målet Grzelczyk, punkt 39).

- 66 Tvärtom finns det flera bestämmelser i detta direktiv som just anger att dessa medborgare kan beviljas sådana förmåner. I likhet med vad kommissionen med rätta har gjort gällande framgår det således av själva lydelsen i artikel 24.2 i direktiv 2004/38 att det enbart är under uppehållets första tre månader som den mottagande medlemsstaten, genom undantag från likabehandlingsprincipen som nämns i artikel 24.1, inte ska vara skyldig att bevilja socialt bistånd till unionsmedborgare som inte eller inte längre är arbetstagare. I artikel 14.3 i samma direktiv föreskrivs dessutom att en utvisningsåtgärd inte ska vara den automatiska följden av att unionsmedborgare eller deras familjemedlemmar har anlitat det sociala biståndssystemet i den mottagande medlemsstaten.
- 67 För det andra erinrar domstolen om att det i artikel 8.4 första meningen i direktiv 2004/38 uttryckligen föreskrivs att medlemsstaterna inte får fastställa något fast belopp som de anser vara tillräckliga tillgångar, utan de måste ta hänsyn till den berörda personens personliga omständigheter. I enlighet med andra meningen i samma lagrum får det belopp som anses utgöra tillräckliga tillgångar i varje fall inte överstiga den beloppsgräns under vilken medborgare i den mottagande medlemsstaten är berättigade till socialt bistånd, eller, om detta kriterium inte kan tillämpas, minimipensionen i den mottagande medlemsstaten.
- 68 Av detta följer att medlemsstaterna, även om de får ange en viss summa som referensbelopp, emellertid inte får kräva en viss minimiinkomst, under vilken den berörde presumeras sakna tillräckliga tillgångar utan att det först görs en konkret prövning av varje sökandes situation (se, analogt, domen i det ovannämnda målet Chakroun, punkt 48).
- 69 Det framgår dessutom av skäl 16 i direktiv 2004/38 att den mottagande medlemsstaten, när den bedömer huruvida personen ifråga blivit en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem och innan den vidtar någon utvisningsåtgärd, ska bedöma om det är fråga om tillfälliga svårigheter samt beakta bosättningsens längd, den berördes personliga omständigheter och storleken på det bidrag som den berörde har beviljats.
- 70 För det tredje erinrar domstolen om att villkoren i artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 ska tolkas restriktivt, eftersom rätten till fri rörlighet är huvudregeln i dess egenskap av grundläggande princip inom unionsrätten (se, analogt, domarna i de ovannämnda målen Kamberaj, punkt 86, och Chakroun, punkt 43), och med iakttagande av de begränsningar som följer av unionsrätten och proportionalitetsprincipen (se domarna i de ovannämnda målen Baumbast och R, punkt 91, Zhu och Chen, punkt 32, och kommissionen mot Belgien, punkt 39).
- 71 Det utrymme för skönsmässig bedömning som tillerkänns medlemsstaterna får för övrigt inte användas av dem på ett sätt som äventyrar direktivets syfte, som är att underlätta och stärka utövandet av unionsmedborgarnas grundläggande rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, eller direktivets ändamålsenliga verkan (se, analogt, domen i det ovannämnda målet Chakroun, punkterna 43 och 47).
- 72 Kravet i artikel 7.1 b i direktiv 2004/38, jämförd med skäl 10 i detta direktiv, att uppehållsrätt under längre tid än tre månader enbart beviljas om den berörde inte blir en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem, innebär alltså att de behöriga nationella myndigheterna har befogenhet att, med beaktande av samtliga omständigheter och proportionalitetsprincipen, bedöma huruvida beviljandet av en social förmån skulle kunna innebära en belastning för denna medlemsstats sociala biståndssystem som helhet betraktat. Direktiv 2004/38 medger således en viss ekonomisk solidaritet mellan medborgarna i den mottagande medlemsstaten och medborgarna i andra medlemsstater, särskilt om de svårigheter som den person som har uppehållsrätt befinner sig i är av tillfällig natur (se, analogt, domarna i de ovannämnda målen Grzelczyk, punkt 44, Bidar, punkt 56, och Förster, punkt 48).

- 73 I likhet med vad som framgår av punkt 74 i generaladvokatens förslag till avgörande verkar den tyska versionen av artikel 7.1 b i direktiv 2004/38, i motsats till de flesta språkversionerna av denna bestämmelse, visserligen inte hänvisa till ett sådant "system".
- 74 Enligt fast rättspraxis kan den formulering som använts i en av språkversionerna av en unionsrättslig bestämmelse emellertid inte ensam ligga till grund för tolkningen av denna bestämmelse eller i detta avseende tillmätas större betydelse än övriga språkversioner. Detta skulle strida mot kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten. I händelse av skillnader mellan de olika språkversionerna, ska bestämmelsen i fråga tolkas mot bakgrund av den allmänna systematiken i och syftet med de föreskrifter i vilka den ingår (se dom av den 27 mars 1990 i mål C-372/88, *Cricket St Thomas*, REG 1990, s. I-1345, punkterna 18 och 19, och av den 12 november 1998 i mål C-149/97, *Institute of the Motor Industry*, REG 1998, s. I-7053, punkt 16).
- 75 Det framgår av punkterna 64–72 i denna dom att den omständigheten, att en unionsmedborgare beviljas socialt bistånd, inte är tillräcklig för att visa att vederbörande är en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem.
- 76 Vad gäller den i målet vid den nationella domstolen aktuella lagstiftningen framgår det av den österrikiska regeringens egna förklaringar under förhandlingen att beloppet för tilläggsersättningen visserligen beror på hur den berördes ekonomiska situation förhåller sig till det för beviljande av tilläggsersättningen fastställda referensbeloppet, men att den omständigheten att en ekonomiskt icke aktiv medborgare i en annan medlemsstat ansöker om ersättningen i sig medför att denne saknar rätt till ersättningen, och detta oavsett vistelsens längd, förmånens storlek eller den period under vilken den utbetalas, och alltså oberoende av den belastning som förmånen utgör för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem som helhet betraktat.
- 77 Domstolen konstaterar att den omständigheten, att den mottagande medlemsstaten automatiskt utesluter ekonomiskt icke aktiva medborgare från andra medlemsstater från att beviljas en viss social förmån, även för tiden efter de tre månader som avses i artikel 24.2 i direktiv 2004/38, är inte skäl nog för de behöriga myndigheterna i den mottagande medlemsstaten att för det fall den berördes tillgångar inte är tillräckliga i förhållande till det referensbelopp som fastställs för att beviljas nämnda förmån, göra en helhetsbedömning i enlighet med dels de krav som framgår av bland annat artiklarna 7.1 b och 8.4 i nämnda direktiv, dels proportionalitetsprincipen, av den belastning ett beviljande av förmånen skulle ha för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem som helhet betraktat, mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i den berördes situation.
- 78 I ett sådant fall som det i målet vid den nationella domstolen är det viktigt att de behöriga myndigheterna i den mottagande medlemsstaten, vid bedömningen av ansökningar från ekonomiskt icke aktiva unionsmedborgare, vilka befinner sig i Peter Breys situation, kan beakta bland annat storleken och regelbundenheten av den berördes inkomst, den omständigheten att dessa inkomster fått nämnda myndigheter att utfärda ett intyg om registrering inom landets territorium till vederbörande, och den period under vilken den sökta förmånen eventuellt kan betalas ut. För att kunna göra en närmare uppskattning av den belastning som ett beviljande av nämnda förmån skulle kunna utgöra för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem, kan det vara relevant att, i likhet med vad kommissionen gjort gällande under förhandlingen, fastställa hur stor andel av förmånstagarna som är unionsmedborgare med ålderspension från en annan medlemsstat.
- 79 I förevarande fall ankommer det på den hänskjutande domstolen, vilken är ensam behörig att pröva de faktiska omständigheterna, att bland annat med hänsyn till dessa omständigheter avgöra huruvida det skulle kunna utgöra en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem att bevilja en person i en sådan situation som den i vilken Peter Brey befinner sig en sådan förmån som tilläggsersättningen.

- 80 Med hänsyn till det ovan anförda ska den ställda frågan besvaras enligt följande. Unionsrätten, såsom den följer av bland annat artiklarna 7.1 b, 8.4, 24.1 och 24.2 i direktiv 2004/38, ska tolkas på så sätt att den utgör hinder mot en medlemsstats lagstiftning, såsom den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, vilken, även för tiden efter de första tre månadernas vistelse, generellt och automatiskt utesluter att en ekonomiskt icke aktiv medborgare i en annan medlemsstat beviljas en sådan förmån som den tilläggsersättning som avses i 292 § stycke 1 ASVG, med hänvisning till att den berörde, trots att vederbörande fått ett intyg om registrering, inte uppfyller villkoren för att beviljas uppehållsrätt för längre tid än tre månader i den förstnämnda medlemsstaten, på grund av att det för en sådan uppehållsrätt krävs att den berörde har tillräckliga tillgångar för att inte behöva ansöka om en sådan förmån.

Rättegångskostnader

- 81 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

Unionsrätten, såsom den följer av bland annat artiklarna 7.1 b, 8.4, 24.1 och 24.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG, ska tolkas på så sätt att den utgör hinder mot en medlemsstats lagstiftning, såsom den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, vilken, även för tiden efter de första tre månadernas vistelse, generellt och automatiskt utesluter att en ekonomiskt icke aktiv medborgare i en annan medlemsstat beviljas en sådan förmån som den tilläggsersättning som avses i 292 § stycke 1 i den federala lagen om allmän socialförsäkring (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz) i dess ändrade lydelse, från och med den 1 januari 2011, enligt 2011 års budgetlag (Budgetbegleitgesetz 2011), med hänvisning till att den berörde, trots att vederbörande fått ett intyg om registrering, inte uppfyller villkoren för att beviljas uppehållsrätt för längre tid än tre månader i den förstnämnda medlemsstaten, på grund av att det för en sådan uppehållsrätt krävs att den berörde har tillräckliga tillgångar för att inte behöva ansöka om en sådan förmån.

Underskrifter

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 6 oktober 2020 (*)

”Begäran om förhandsavgörande – Fri rörlighet för personer – Arbetstagare – Förordning (EU) nr 492/2011 – Artikel 7.2 – Likabehandling – Sociala förmåner – Artikel 10 – Skolbarn – Direktiv 2004/38/EG – Artikel 24 – Socialt bistånd – Förordning (EG) nr 883/2004 – Artikel 4 – Artikel 70 – Särskilda icke avgiftsfinansierade kontantförmåner – Migrerande arbetstagare som har underhållsberättigade skolbarn i den mottagande medlemsstaten”

I mål C-181/19,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Överdomstolen för socialrättsliga mål i Nordrhein-Westfalen, Tyskland) genom beslut av den 14 februari 2019, som inkom till domstolen den 25 februari 2019, i målet

Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle

mot

JD,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden K. Lenaerts, vice ordföranden R. Silva de Lapuerta, avdelningsordförandena A. Arabadjiev, A. Prechal (referent), M. Vilaras, M. Safjan, P.G. Xuereb, L.S. Rossi och I. Jarukaitis samt domarna J. Malenovský, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, C. Toader, N. Piçarra och A. Kumin,

generaladvokat: G. Pitruzzella,

justitiesekreterare: enhetschefen D. Dittert,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 26 februari 2020,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle, genom S. Schwickert, i egenskap av ombud,
- JD, genom J. Kruse, Rechtsanwalt
- Tysklands regering, genom J. Möller och S. Eisenberg, båda i egenskap av ombud,
- Polens regering, genom B. Majczyna, A. Siwek-Ślusarek och E. Borawska-Kędzierska, samtliga i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom E. Montaguti, B.-R. Killmann, J. Tomkin och M. Kellerbauer, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 14 maj 2020 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 18 FEUF, artiklarna 7 och 10 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 492/2011 av den 5 april 2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen (EUT L 141, 2011, s. 1), artikel 24.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (EUT L 158, 2004, s. 77, och rättelser i EUT L 229, 2004, s. 35 och EUT L 197, 2005, s. 34) samt artikel 4 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen (EUT L 166, 2004, s. 1, och rättelse i EUT L 200, 2004, s. 1).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle (arbetsförmedlingen i Krefeld – enheten för klagomål, Tyskland) (nedan kallad Jobcenter) och JD, angående arbetsförmedlingens beslut att inte bevilja JD och hans två döttrar sådana grundläggande sociala trygghetsförmåner som föreskrivs i tysk lagstiftning.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2004/38

- 3 I skälen 3, 4, 10, 16 och 21 i direktiv 2004/38 anges följande:
 - ”(3) Unionsmedborgarskapet bör vara grundläggande status för medborgarna i medlemsstaterna när de utövar sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig. Det är därför nödvändigt att kodifiera och se över existerande gemenskapsinstrument som var för sig behandlar såväl arbetstagare, egenanställda som studenter och andra inaktiva personer för att förenkla och stärka rätten att fritt röra sig och uppehålla sig för alla unionsmedborgare.
 - (4) För att avhjälpa sektorsuppdelningen och den planlösa hanteringen av rätten att fritt röra sig och uppehålla sig och för att göra det lättare att utöva denna rätt krävs en gemensam rättsakt för att delvis ändra rådets förordning (EEG) nr 1612/68 [av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen (EGT L 257, 1968, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 33)] och för att upphäva följande rättsakter ...
 - ...
 - (10) Personer som utövar sin rätt till fri rörlighet bör emellertid inte bli en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem under den första tiden av vistelsen. Därför bör unionsmedborgarnas och deras familjemedlemmars uppehållsrätt under längre tid än tre månader vara underkastad villkor.
 - ...
 - (16) Så länge de personer som omfattas av rätten till bosättning inte utgör en orimlig börda för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem bör de inte utvisas. ... Under inga omständigheter får arbetstagare, egenföretagare eller arbetssökande enligt domstolens definition bli föremål för utvisning, utom av hänsyn till allmän ordning eller säkerhet.
 - ...
 - (21) Det bör emellertid lämnas åt den mottagande medlemsstaten att bestämma om den skall bevilja socialt bistånd under de tre första månaderna av uppehållet, eller för en längre tid när det gäller arbetssökande, för andra unionsmedborgare än de som är arbetstagare eller egenföretagare eller som bibehåller denna status eller deras familjemedlemmar, eller bistånd till uppehälle för studier, inklusive yrkesutbildning, innan rätten till permanent uppehåll erhållits till dessa personer.”

- 4 I artikel 7 i detta direktiv, med rubriken ”Uppehållsrätt för längre tid än tre månader”, anges följande i punkterna 1 och 3:

”1. Varje unionsmedborgare skall ha rätt att uppehålla sig inom en annan medlemsstats territorium under längre tid än tre månader om den berörda personen

- a) är anställd eller egenföretagare i den mottagande medlemsstaten, eller

...

3. Vid tillämpningen av punkt 1 a skall en unionsmedborgare som inte längre är arbetstagare eller egenföretagare behålla sin ställning som arbetstagare eller egenföretagare i följande fall:

...

- c) Om personen har drabbats av vederbörligen registrerad ofrivillig arbetslöshet efter att ha fullgjort en anställning som varit tidsbegränsad till mindre än ett år eller efter att ha blivit ofrivilligt arbetslös under de första tolv månaderna samt har anmält sig som arbetssökande till en behörig arbetsförmedling. I detta fall skall ställningen som arbetstagare kvarstå under minst sex månader.

...”

- 5 I artikel 14 i direktivet, med rubriken ”Bibehållen uppehållsrätt”, föreskrivs följande i punkterna 2 och 4:

”2. Unionsmedborgare och deras familjemedlemmar skall ha uppehållsrätt enligt artiklarna 7, 12 och 13 så länge de uppfyller villkoren i dessa artiklar.

...

4. Genom undantag från punkterna 1 och 2 och utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i kapitel VI får en utvisningsåtgärd under inga förhållanden vidtas mot unionsmedborgare eller deras familjemedlemmar

...

- b) om unionsmedborgarna har kommit till den mottagande medlemsstatens territorium för att söka arbete. I detta fall kan unionsmedborgarna och deras familjemedlemmar inte utvisas så länge unionsmedborgarna kan styrka att de fortfarande söker arbete och att de verkligen har möjlighet att få anställning.”

- 6 Artikel 24 i direktiv 2004/38, med rubriken ”Likabehandling”, har följande lydelse:

”1. Om inte annat följer av sådana specifika bestämmelser som uttryckligen anges i fördraget och sekundärlagstiftningen skall alla unionsmedborgare som enligt detta direktiv uppehåller sig i den mottagande medlemsstaten åtnjuta samma behandling som den medlemsstatens egna medborgare inom de områden som omfattas av fördraget. ...

2. Genom undantag från punkt 1 skall den mottagande medlemsstaten inte vara skyldig att bevilja socialt bistånd under uppehållets första tre månader, eller i förekommande fall den längre period som anges i artikel 14.4 b, ... till andra personer än anställda eller egenföretagare, personer som behåller sådan ställning eller deras familjemedlemmar.”

Förordning nr 883/2004

- 7 I artikel 2 i förordning nr 883/2004, med rubriken ”Personkrets”, anges följande i punkt 1:

”Denna förordning skall tillämpas på alla som är medborgare i en medlemsstat, statslösa och flyktingar som är bosatta i en medlemsstat och som omfattas eller har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater, samt deras familjemedlemmar och efterlevande.”

8 I artikel 3 i denna förordning, med rubriken ”Sakområden”, föreskrivs följande:

”1. Denna förordning skall tillämpas på all lagstiftning om de grenar av den sociala tryggheten som rör

...

h) förmåner vid arbetslöshet,

...

j) familjeförmåner.

...

3. Denna förordning skall också tillämpas på de särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner som omfattas av artikel 70.”

9 I artikel 4 i nämnda förordning, med rubriken ”Likabehandling”, föreskrivs följande:

”Om inte annat föreskrivs i denna förordning, skall de personer på vilka denna förordning skall tillämpas ha samma rättigheter och skyldigheter enligt en medlemsstats lagstiftning som denna medlemsstats egna medborgare.”

10 Avdelning III i förordning nr 883/2004 innehåller ett kapitel 9 om ”[s]ärskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner”. I detta kapitel återfinns artikel 70, med rubriken ”Allmän bestämmelse”, som har följande lydelse:

”1. Denna artikel skall tillämpas på de särskilda icke avgiftsfinansierade kontantförmåner som utges enligt sådan lagstiftning som genom de personer som omfattas, mål och/eller villkor för berättigande har drag av både den lagstiftning om social trygghet som avses i artikel 3.1 och av socialt stöd.

2. Vid tillämpningen av detta kapitel avses med ”särskilda icke avgiftsfinansierade kontantförmåner” sådana förmåner

a) som är avsedda att

i) vara tillägg, ersättning eller komplettering för täckande av de risker som omfattas av de socialförsäkringsgrenar som anges i artikel 3.1 och som garanterar de personer som berörs en minimiinkomst med avseende på de ekonomiska och sociala förhållandena i den berörda medlemsstaten, eller

ii) uteslutande ge särskilt skydd för funktionshindrade, vilket är nära förbundet med personens sociala förhållanden i den berörda medlemsstaten,

och

b) där finansieringen enbart härrör från obligatorisk beskattning avsedd att täcka allmänna offentliga utgifter och villkoren för att tillhandahålla och beräkna förmånerna inte är beroende av någon avgift från förmånstagarens sida; förmåner som utges som tillägg till en avgiftsfinansierad förmån skall emellertid inte anses vara avgiftsfinansierade förmåner endast av detta skäl,

och

c) som förtecknas i bilaga X.

3. Artikel 7 och övriga kapitel i denna avdelning skall inte tillämpas på de förmåner som anges i punkt 2 i denna artikel.

4. Förmånerna i punkt 2 skall uppbäras uteslutande i den medlemsstat där de berörda personerna är bosatta och i enlighet med dess lagstiftning. Förmånerna skall utges och bekostas av institutionen på bosättningsorten.”

- 11 I bilaga X till förordning nr 883/2004, som innehåller en förteckning över ”[s]ärskilda icke avgiftsfinansierade kontanta förmåner” i den mening som avses i artikel 70.2 c i denna förordning, föreskrivs beträffande Förbundsrepubliken Tyskland att till dessa förmåner hör sådana förmåner som syftar till att ”täckta levnadsomkostnader enligt grundgarantin för arbetssökande, såvida inte kraven när det gäller dessa förmåner är uppfyllda för rätt till ett tillfälligt tillägg efter det att arbetslöshetsförmåner har utgetts (artikel 24.1 i volym II i lagen om social trygghet – Sozialgesetzbuch)”.

Förordning nr 492/2011

- 12 Skäl 1 i förordning nr 492/2011 har följande lydelse:

”Rådets förordning [nr 1612/68] har ändrats flera gånger på ett väsentligt sätt. För att skapa klarhet och överskådlighet bör den förordningen kodifieras.”

- 13 I artikel 7.1 och 7.2 i förordning nr 492/2011 föreskrivs följande:

”1. En arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat får inom en annan medlemsstats territorium inte på grund av sin nationalitet behandlas annorlunda än landets egna arbetstagare i fråga om anställnings- och arbetsvillkor, speciellt vad avser lön, avskedande och, om arbetstagaren skulle bli arbetslös, återinsättande i arbete eller återanställning.

2. Arbetstagaren skall åtnjuta samma sociala och skattemässiga förmåner som landets medborgare.”

- 14 Artikel 10 i denna förordning har följande lydelse:

”Barnen till en medborgare i en medlemsstat som är eller har varit anställd i en annan medlemsstat skall ha tillträde till denna stats allmänna skolor, lärlingsutbildning och yrkesskolekurser på samma villkor som medborgarna i denna stat, om barnen bor där.

Medlemsstaterna skall främja alla bemödanden att göra det möjligt för dessa barn att delta i utbildningen under bästa möjliga förhållanden.”

Tysk rätt

- 15 I 7 § i Sozialgesetzbuch Zweites Buch (volym II i lagen om social trygghet), i dess lydelse av den 22 december 2016 (BGBl. I, s. 3155) (nedan kallad SGB II), föreskrivs följande:

”(1) ¹Följande personer har rätt till förmåner enligt denna volym:

1. Personer som har fyllt 15 år men som ännu inte har uppnått den åldersgräns som avses i 7a §.
2. Personer som har arbetsförmåga.
3. Personer som är hjälpbehövande.
4. Personer som stadigvarande vistas i Förbundsrepubliken Tyskland (förmånsberättigade personer som har arbetsförmåga).

²Följande personer är undantagna:

1. ...
2. Utländska medborgare
 - a) som inte har uppehållsrätt,

- b) vars uppehållsrätt endast följer av syftet att söka arbete, eller
 - c) som har uppehållsrätt – enbart eller parallellt med uppehållsrätt enligt led b – enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011,
- samt deras familjemedlemmar

3. ...

(2) Förmåner ska även beviljas personer som lever i en behovsgemenskap med förmånstagare med arbetsförmåga. ...

(3) En behovsgemenskap omfattar

1. förmånstagare med arbetsförmåga,

...

4. ogifta barn under 25 års ålder som ingår i hushållet tillsammans med de personer som anges i punkterna 1–3, såvitt de inte kan klara sitt uppehälle med egna inkomster eller tillgångar.”

16 I 2 § i Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (lagen om fri rörlighet för unionsmedborgare), i dess lydelse av den 2 december 2014 (BGBl. I, s. 1922) (nedan kallad FreizügG), föreskrivs följande:

”(1) Unionsmedborgare som åtnjuter fri rörlighet och deras familjemedlemmar har rätt att resa in i och uppehålla sig på tyskt territorium i enlighet med denna lag.

(2) Fri rörlighet enligt unionsrätten gäller för

1. unionsmedborgare som vill uppehålla sig i landet för att arbeta eller genomgå en yrkesutbildning,

1a. unionsmedborgare som uppehåller sig i landet för att söka arbete i högst sex månader och därefter medges en längre period endast om det kan visas att de fortsätter att söka arbete och har verkliga förutsättningar att få en anställning,

...

6. familjemedlemmar på de villkor som anges i 3 och 4 §§,

(3) ...²Vid ofrivillig arbetslöshet som bekräftas av behörig arbetsförmedling efter mindre än ett års anställning kvarstår den rätt som följer av första stycket i sex månader.”

17 I 3 § FreizügG föreskrivs följande:

”(1)¹Familjemedlemmar till sådana unionsmedborgare som avses i 2 § andra stycket punkterna 1–5 har den rätt som avses i 2 § första stycket om de följer med eller återförenas med nämnda unionsmedborgare. ...

(2) Med familjemedlemmar avses

1. make, partner och släktingar i rakt nedstigande led till de personer som avses i 2 § andra stycket punkterna 1–5 och 7, eller till deras makar eller partner, när dessa ännu inte fyllt 21 år,

...

(4) Barn till en unionsmedborgare som åtnjuter fri rörlighet och den av föräldrarna som har den faktiska vårdnaden om barnen behåller sin uppehållsrätt till dess att barnen har avslutat en utbildning, även om den unionsmedborgare genom vilken de fått sin uppehållsrätt har avlidit eller avrest, när barnen uppehåller sig i landet och studerar vid en läroanstalt.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 18 JD och hans tidigare hustru är polska medborgare. I äktenskapet har de två döttrar, födda år 2005 respektive år 2010. Sedan år 2012 eller år 2013 lever JD inte längre tillsammans med sin hustru. I slutet av år 2012 och i början av år 2013 bosatte sig samtliga familjemedlemmar i Tyskland. Båda döttrarna bor huvudsakligen hos sin far och är sedan år 2015 skrivna hos honom. JD:s hustru flyttade tillbaka till Polen år 2016.
- 19 Döttrarna går i skola i Tyskland sedan den 1 augusti 2016.
- 20 Från och med mars 2015 hade JD anställning i Tyskland. Från den 6 mars till den 1 september 2015 var han anställd som låssmedsassistent och från den 18 januari till och med den 31 oktober 2016 innehade han en heltidstjänst som produktionsmedarbetare. Från den 4 oktober till och med den 7 december 2016 var JD arbetsförmögen. Han erhöll lön från sin arbetsgivare till och med den 31 oktober 2016 då anställningen upphörde. Därefter beviljades han sjukpenning från socialförsäkringskassan till och med den 7 december 2016.
- 21 Han uppbar därefter arbetslöshetsersättning från den 23 februari till och med den 13 april 2017 och från den 12 juni till och med den 23 oktober 2017.
- 22 Sedan den 2 januari 2018 är JD på nytt heltidsanställd.
- 23 JD och hans två döttrar erhöll från och med den 1 september 2016 till och med den 7 juni 2017 grundläggande sociala trygghetsförmåner enligt SGB II, det vill säga "understöd vid arbetslöshet" (*Arbeitslosengeld II*) för JD och "socialbidrag" (*Sozialgeld*) för båda döttrarna (nedan gemensamt kallade de försörjningsstöd som är aktuella i det nationella målet).
- 24 I juni 2017 ansökte JD för egen och för sina döttrars räkning om fortsatt utbetalning av de försörjningsstöd som är aktuella i det nationella målet. Genom beslut av den 13 juni 2017, vilket bekräftades den 27 juli 2017 efter det att JD hade begärt omprövning, avslog Jobcenter denna ansökan med stöd av 7 § första stycket andra meningen punkt 2 SGB II, med motiveringen att JD inte hade behållit sin ställning som arbetstagare och vistades i Tyskland enbart i syfte att söka en anställning.
- 25 JD och hans två döttrar väckte därefter talan vid Sozialgericht Düsseldorf (Domstolen för socialrättsliga mål i Düsseldorf, Tyskland) och yrkade att beslutet skulle upphävas och att Jobcenter skulle förpliktas att bevilja dem de försörjningsstöd som är aktuella i det nationella målet för perioden 8 juni–31 december 2017 (nedan kallad den omtvistade perioden).
- 26 Genom dom av den 8 maj 2018 biföll nämnda domstol talan och förpliktade Jobcenter att betala ut de begärda förmånerna. Denna domstol slog fast att även om JD visserligen inte längre kunde göra gällande att han hade bibehållit sin ställning som arbetstagare under den omtvistade perioden och att han därmed hade en uppehållsrätt med stöd av 2 § FreizügG, hade han även en sådan rätt på grundval av den uppehållsrätt som tillerkänns döttrarna enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011. Eftersom döttrarna är bosatta och går i skolan i Tyskland kan de nämligen, i egenskap av underåriga barn till en före detta migrerande arbetstagare som har varit anställd i denna medlemsstat, göra gällande en uppehållsrätt med stöd av nämnda artikel 10. Denna rätt ligger därefter till grund för faderns uppehållsrätt i egenskap av förälder som har den faktiska vårdnaden om dem. Enligt denna domstol är den uppehållsrätt som följer av nämnda artikel 10, som syftar till att barn till en (tidigare) migrerande arbetstagare ska ges tillträde till utbildning, en självständig och oavhängig rätt i förhållande till den uppehållsrätt som föreskrivs i direktiv 2004/38. Den regel som föreskrivs i artikel 24.2 i detta direktiv, som innebär ett undantag från principen om likabehandling på området för socialt bistånd, är således inte tillämplig när den berörda unionsmedborgarens uppehållsrätt grundar sig på artikel 10 i förordning nr 492/2011. Det undantag från rätten till socialt bistånd som föreskrivs i 7 § första stycket andra meningen punkt 2 c SGB II för utländska medborgare och deras familjemedlemmar som har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011 är således inte förenligt med unionsrätten.
- 27 Den 4 juli 2018 överklagade Jobcenter denna dom till den hänskjutande domstolen.

- 28 Den hänskjutande domstolen har för det första anfört att det råder delade meningar i nationell rättspraxis om huruvida undantagsbestämmelsen i fråga om socialt bistånd i artikel 24.2 i direktiv 2004/38 även kan tillämpas, direkt eller analogt, på unionsmedborgare som har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011 och som har ansökt om de försörjningsstöd som är aktuella i det nationella målet, vilka utgör socialt bistånd i den mening som avses i den förstnämnda bestämmelsen.
- 29 Vidare har den tyska lagstiftaren genom att anta 7 § första stycket andra meningen punkt 2 c SGB II ansett att artikel 24.2 i direktiv 2004/38 ska tillämpas i situationer där unionsmedborgare, utöver uppehållsrätt i syfte att söka arbete, även har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011, för att undvika att bestämmelserna i direktiv 2004/38 förlorar sitt innehåll och att nämnda medborgare inte blir en orimlig börda för det sociala biståndssystemet i den mottagande medlemsstaten.
- 30 Den hänskjutande domstolen anser emellertid att uppehållsrätten med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011 inte omfattas av bestämmelserna i direktiv 2004/38. Den har i detta avseende hänvisat till domen av den 23 februari 2010, Ibrahim och Secretary of State for the Home Department (C-310/08, EU:C:2010:80), och dom av den 23 februari 2010, Teixeira (C-480/08, EU:C:2010:83), i vilka EU-domstolen har slagit fast att uppehållsrätten enligt artikel 12 i förordning nr 1612/68 utgör en självständig rätt. Denna bestämmelse har nämligen samma lydelse som artikel 10 i förordning nr 492/2011. Unionslagstiftaren har inte heller vid antagandet av sistnämnda förordning, som upphävde och ersatte förordning nr 1612/68, utnyttjat tillfället för att begränsa principen om likabehandling som följer av förordning nr 1612/68, såsom den har tolkats av domstolen.
- 31 För det andra uppkommer frågan huruvida artikel 24.2 i direktiv 2004/38 är tillämplig även mot bakgrund av artikel 4 i förordning nr 883/2004. Denna förordning är tillämplig i förevarande fall, eftersom JD i Tyskland var ansluten till ett system för familjeförmåner i den mening som avses i artikel 3.1 j i denna förordning och till ett system för förmåner vid arbetslöshet i den mening som avses i artikel 3.1 h i samma förordning. De försörjningsstöd som utgår enligt SGB II är särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner i den mening som avses i artikel 3.3 och artikel 70.2 i förordning nr 883/2004, på vilka principen om likabehandling i artikel 4 i den förordningen är tillämplig.
- 32 Mot denna bakgrund beslutade Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Överdomstolen för socialrättsliga mål i Nordrhein-Westfalen, Tyskland) att förklara målet vilande och att ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:
- ”1) Är det förenligt med likabehandlingsprincipen enligt artikel 18 FEUF i förening med artiklarna 7 och 10 i förordning nr 492/2011 att utesluta unionsmedborgare som har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011 från socialt bistånd enligt artikel 24.2 i direktiv 2004/38?
- a) Utgör socialt bistånd enligt artikel 24.2 i direktiv 2004/38 en social förmån i den mening som avses i artikel 7.2 i förordning nr 492/2011?
- b) Är undantagsbestämmelsen i artikel 24.2 i direktiv 2004/38 tillämplig på likabehandlingsprincipen enligt artikel 18 FEUF i förening med artiklarna 7 och 10 i förordning nr 492/2011?
- 2) Är det förenligt med likabehandlingsprincipen enligt artikel 18 FEUF i förening med artikel 4 i förordning nr 883/2004 att utesluta unionsmedborgare från särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner enligt artikel 3.3 och artikel 70.2 i förordning nr 883/2004, om de uppfyller villkoren för uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011 och är anslutna till ett socialförsäkringssystem eller familjeförmånssystem i den mening som avses i artikel 3.1 i förordning nr 883/2004?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

- 33 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 18 första stycket FEUF samt artikel 7.2 och artikel 10 i förordning nr 492/2011 ska tolkas på så sätt att de, mot bakgrund av artikel 24.2 i direktiv 2004/38, inte utgör hinder för en lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken en medborgare i en annan medlemsstat och dennes minderåriga barn, vilka alla har en uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011 i den förstnämnda medlemsstaten på grund av barnens skolgång i den medlemsstaten, under alla omständigheter automatiskt saknar rätt till förmåner för sitt uppehålle.

Upphållsrätt med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011

- 34 Domstolen erinrar om att det i artikel 10 i förordning nr 492/2011 föreskrivs att barn till en medborgare i en medlemsstat som är eller har varit anställd i en annan medlemsstat, i den mottagande medlemsstaten, om barnen är bosatta där, ska behandlas på samma sätt som medborgarna i den medlemsstaten vad gäller tillträde till utbildning. Före ikraftträdandet av förordning nr 492/2011 angavs denna rättighet i artikel 12 i förordning nr 1612/68, vars lydelse var identisk med lydelsen i artikel 10 i förordning nr 492/2011. Genom sistnämnda förordning upphävdes och ersattes förordning nr 1612/68 med avsikt att kodifiera den i syfte att skapa klarhet och överskådlighet, såsom framgår av skäl 1 i förordning nr 492/2011. Domstolens praxis avseende artikel 12 i förordning nr 1612/68 är således även relevant för tolkningen av artikel 10 i förordning nr 492/2011.
- 35 Det framgår av denna rättspraxis att barnet till en migrerande arbetstagare eller före detta migrerande arbetstagare har en egen uppehållsrätt i den mottagande medlemsstaten med stöd av rätten till likabehandling vad gäller tillträde till utbildning när barnet önskar följa allmän skolundervisning i denna medlemsstat. Tillerkännandet av en egen uppehållsrätt för barnet innebär vidare att den förälder som har den faktiska vårdnaden om barnet ska tillerkännas en motsvarande uppehållsrätt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 september 2002, Baumbast och R, C-413/99, EU:C:2002:493, punkterna 63 och 75, och dom av den 23 februari 2010, Teixeira, C-480/08, EU:C:2010:83, punkt 36).
- 36 För att det mål som eftersträvas med såväl förordning nr 1612/68 som förordning nr 492/2011 ska kunna uppnås, det vill säga att säkerställa fri rörlighet för arbetstagare, krävs det nämligen att arbetstagarens familj kan integreras i den mottagande medlemsstaten under bästa möjliga omständigheter, och om föräldrar som har vårdnaden om barnen inte gavs möjlighet att stanna kvar i den mottagande medlemsstaten under barnens skolgång, skulle barnen kunna berövas den rätt som de har tillerkänts av unionslagstiftaren (dom av den 23 februari 2010, Ibrahim och Secretary of State for the Home Department, C-310/08, EU:C:2010:80, punkt 55 och där angiven rättspraxis).
- 37 Enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011 tillerkänns således barnet, i samband med sin rätt till tillträde till utbildning, en självständig uppehållsrätt som inte är beroende av att den eller de föräldrar som har vårdnaden om barnet behåller sin ställning som migrerande arbetstagare i den mottagande medlemsstaten. Den omständigheten att den berörda föräldern inte längre är migrerande arbetstagare påverkar inte heller dennes uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011, vilken motsvarar uppehållsrätten för barnet som föräldern har den faktiska vårdnaden om (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 september 2002, Baumbast och R, C-413/99, EU:C:2002:493, punkterna 63, 70 och 75, och dom av den 23 februari 2010, Teixeira, C-480/08, EU:C:2010:83, punkterna 37, 46 och 50).
- 38 Det ska vidare påpekas att artikel 10 i förordning nr 492/2011 ska tillämpas oberoende av bestämmelserna i unionsrätten som reglerar utövandet av uppehållsrätten i en annan medlemsstat, såsom bestämmelserna i direktiv 2004/38 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 februari 2010, Ibrahim och Secretary of State for the Home Department, C-310/08, EU:C:2010:80, punkt 42, och dom av den 23 februari 2010, Teixeira, C-480/08, EU:C:2010:83, punkterna 53 och 54).
- 39 Av detta följer att barn till en medborgare i en medlemsstat som arbetar eller har arbetat i den mottagande medlemsstaten, liksom den förälder som har den faktiska vårdnaden om barnen, i sistnämnda stat kan göra gällande en självständig uppehållsrätt i sistnämnda stat enbart på grundval av artikel 10 i förordning nr 492/2011, utan att de är skyldiga att uppfylla villkoren i direktiv 2004/38, däribland villkoret att de berörda ska ha tillräckliga tillgångar och en heltäckande sjukförsäkring i den medlemsstaten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 februari 2010, Ibrahim och Secretary of State for the Home Department, C-310/08, EU:C:2010:80, punkt 59).

Rätten till likabehandling enligt artikel 7 i förordning nr 492/2011

- 40 Den hänskjutande domstolen tycks, i likhet med Europeiska kommissionen, anse att de personer som har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011 har rätt att åberopa principen om likabehandling i artikel 7 – särskilt i punkt 2 – i denna förordning, när det gäller beviljandet av sådana sociala förmåner som inhemska arbetstagare åtnjuter. Den tyska regeringen anser däremot att så inte är fallet.
- 41 Vad för det första gäller det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för sistnämnda bestämmelse, omfattar begreppet ”social förmån”, i den mening som avses i denna bestämmelse, samtliga förmåner, med eller utan anknytning till ett anställningsavtal, som normalt tillerkänns nationella arbetstagare huvudsakligen på grund av deras objektiva ställning som arbetstagare eller endast därför att de är bosatta i den medlemsstaten, och där dessa förmåners utsträckning till att omfatta även arbetstagare som är medborgare i andra medlemsstater således kan antas underlätta deras rörlighet inom unionen och därmed deras integration i den mottagande medlemsstaten (dom av den 18 december 2019, *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava m.fl.*, C-447/18, EU:C:2019:1098, punkt 47).
- 42 Eftersom de försörjningsstöd som är aktuella i det nationella målet, såsom den hänskjutande domstolen har påpekat, syftar till att garantera förmånstagarnas uppehälle, ska de anses bidra till förmånstagarnas integration i den mottagande medlemsstaten. Nämnda förmåner utgör således sociala förmåner i den mening som avses i artikel 7.2 i förordning nr 492/2011 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 mars 1985, *Hoeckx*, 249/83, EU:C:1985:139, punkt 22).
- 43 Vad för det andra gäller den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet (*ratione personae*) för artikel 7.2 i förordning nr 492/2011, framgår det av bestämmelsens lydelse, särskilt av användningen av ordet ”arbetstagaren”, att detta tillämpningsområde motsvarar tillämpningsområdet för artikel 7.1 i förordningen. Ordalydelsen i sistnämnda bestämmelse omfattar nämligen en arbetstagare som, i likhet med JD, ”[blivit] arbetslös” i den mottagande medlemsstaten. Artikel 7.2 i förordning nr 492/2011 ger följaktligen, såsom generaladvokaten påpekade i punkt 63 i sitt förslag till avgörande, ett skydd som sträcker sig längre än själva anställningsperioden.
- 44 Vidare utgör artikel 7.2 i förordning nr 492/2011, på det specifika området för beviljande av sociala förmåner, ett särskilt uttryck för den likabehandlingsprincip som stadfästes i artikel 45.2 FEUF och ska tolkas på samma sätt som den sistnämnda bestämmelsen (dom av den 18 december 2019, *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava m.fl.*, C-447/18, EU:C:2019:1098, punkt 39).
- 45 Följaktligen omfattas arbetstagare i den mening som avses i artikel 45 FEUF av tillämpningsområdet för artikel 7.2 i förordning nr 492/2011. Medan medborgare i medlemsstaterna som flyttar för att söka anställning endast omfattas av principen om likabehandling när det gäller tillträde till arbetsmarknaden, kan de som redan har inträtt på arbetsmarknaden, på grundval av artikel 7.2 i förordning nr 492/2011, göra anspråk på samma sociala och skattemässiga förmåner som landets egna arbetstagare (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 mars 2004, *Collins*, C-138/02, EU:C:2004:172, punkt 31).
- 46 Det är fastställt att JD under den omtvistade perioden var arbetslös i Tyskland och det är även fastställt att han dessförinnan hade varit anställd i denna medlemsstat.
- 47 Enbart den omständigheten att JD under denna period hamnade i en situation där han var ekonomiskt inaktiv kan följaktligen inte leda till att likabehandlingsprincipen i artikel 7.2 i förordning nr 492/2011 inte ska tillämpas.
- 48 Vidare framgår det av den rättspraxis som det erinrats om i punkt 37 ovan att de rättigheter som en unionsmedborgare och dennes familjemedlemmar har enligt förordning nr 492/2011 under vissa omständigheter kan bestå även efter det att anställningsförhållandet har upphört (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 september 2002, *Baumbast och R*, C-413/99, EU:C:2002:493, punkt 70).
- 49 Såsom generaladvokaten i huvudsak har påpekat i punkterna 54 och 55 i sitt förslag till avgörande blir uppehållsrätten för barnen till en sådan arbetstagare, som grundar sig på artikel 10 i förordning nr 492/2011, och följaktligen uppehållsrätten för den förälder som har vårdnaden om dem, när den väl

har förvärvats, en självständig uppehållsrätt i förhållande till den ursprungliga uppehållsrätten som grundar sig på den berörda förälderns ställning som arbetstagare. Denna självständiga uppehållsrätt kan förlängas efter det att denna ställning förlorats för att ge barnen ett förstärkt rättsligt skydd, för att på så sätt förhindra att barnens rätt till likabehandling när det gäller tillträde till utbildning inte fräntas sin ändamålsenliga verkan.

50 Detsamma måste gälla i en situation där barnen och den förälder som har den faktiska vårdnaden om dem har uppehållsrätt med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011 vad gäller rätten till likabehandling i fråga om beviljande av sociala förmåner enligt artikel 7.2 i nämnda förordning. I en sådan situation följer nämligen sistnämnda rättighet, i likhet med nämnda "härledda" uppehållsrätt, ursprungligen av den berörda förälderns ställning som arbetstagare och ska behållas efter det att denna ställning har förlorats, av samma skäl som motiverade att uppehållsrätten bibehålls.

51 En sådan tolkning av artikel 7.2 i förordning nr 492/2011, jämförd med artikel 10 i samma förordning, bidrar till att uppnå det mål som eftersträvas med förordningen, nämligen att främja den fria rörligheten för arbetstagare, eftersom den gör det möjligt att skapa bästa möjliga omständigheter för att integrera familjemedlemmarna till de unionsmedborgare som har utövat denna frihet och som har förvärvsarbetat i den mottagande medlemsstaten.

52 Denna tolkning förhindrar nämligen att en person, såsom JD, som har för avsikt att tillsammans med sin familj lämna sin ursprungsmedlemsstat för att arbeta i en annan medlemsstat, i vilken vederbörande önskar sätta sina barn i skolan, utsätter sig för risken – för det fall personen i fråga förlorar sin ställning som arbetstagare – att tvingas avbryta sina barns skolgång och återvända till sitt ursprungsland på grund av att han eller hon inte kan komma i åtnjutande av de sociala förmåner som den mottagande medlemsstaten garanterar sina egna medborgare och som skulle garantera familjens uppehälle i denna medlemsstat.

53 I samma anda har domstolen för övrigt, när det gäller ett barn till en arbetstagare i en medlemsstat som har haft en anställning i en annan medlemsstat och som återvänt till sitt ursprungsland, slagit fast att detta barn, som hade uppehållsrätt i den mottagande medlemsstaten med stöd av artikel 12 i förordning nr 1612/68, behöll rätten till bistånd för uppehälle och utbildning för studier på gymnasienivå eller postgymnasial nivå – en rätt som anses utgöra en "social förmån" i den mening som avses i artikel 7.2 i förordning nr 492/2011 – eftersom artikel 12 i förordning nr 1612/68 annars skulle förlora sin verkan (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 mars 1989, Echternach och Moritz, 389/87 och 390/87, EU:C:1989:130, punkterna 23 och 34).

54 När ett barn har uppehållsrätt i den mottagande medlemsstaten med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011 har barnet således, på samma sätt som den förälder som har den faktiska vårdnaden om barnet, rätt till likabehandling enligt artikel 7.2 i förordningen, även om föräldern har förlorat sin ställning som arbetstagare.

55 Härav följer att personer som har uppehållsrätt med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011 även har rätt till likabehandling i fråga om beviljande av sociala förmåner enligt artikel 7.2 i denna förordning, även om dessa personer inte längre kan åberopa en ställning som arbetstagare, vilken låg till grund för deras ursprungliga uppehållsrätt.

Huruvida artikel 24.2 i direktiv 2004/38 är tillämplig på unionsmedborgare som har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011

56 I artikel 24 i direktiv 2004/38 föreskrivs i punkt 1 att alla unionsmedborgare som enligt detta direktiv uppehåller sig i den mottagande medlemsstaten ska åtnjuta samma behandling som den medlemsstatens egna medborgare inom de områden som omfattas av fördraget. I punkt 2 i denna artikel föreskrivs, med undantag från punkt 1, att den mottagande medlemsstaten inte ska vara skyldig att bevilja socialt bistånd under uppehållets första tre månader, eller i förekommande fall den längre period som anges i artikel 14.4 b i direktiv 2004/38, till andra personer än anställda eller egenföretagare, personer som behåller sådan ställning och deras familjemedlemmar.

57 Domstolen erinrar om att sådana förmåner som de försörjningsstöd som är aktuella i det nationella målet, vilka syftar till att för mottagarna täcka ett minimum av de levnadsomkostnader som erfordras

för ett människovärdigt liv, ska anses utgöra ”socialt bistånd” i den mening som avses i artikel 24.2 i direktiv 2004/38 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2015, Alimanovic, C-67/14, EU:C:2015:597, punkterna 44–46, och dom av den 25 februari 2016, García-Nieto m.fl., C-299/14, EU:C:2016:114, punkt 37).

- 58 Domstolen fann även, i sin dom av den 15 september 2015, Alimanovic (C-67/14, EU:C:2015:597), punkterna 57 och 58, att den mottagande medlemsstaten kan grunda sig på det undantag som föreskrivs i artikel 24.2 i direktiv 2004/38 för att inte bevilja en unionsmedborgare som endast har uppehållsrätt med stöd av artikel 14.4 b i detta direktiv socialt bistånd av det slag som de försörjningsstöd som är aktuella i det nationella målet.
- 59 I den domen utgick emellertid domstolen, vilket framgår av punkt 40 i domen, från den nationella domstolens fastställande av att de berörda personerna enbart hade en uppehållsrätt som arbetssökande på grundval av artikel 14.4 b i direktiv 2004/38. Domstolen uttalade sig inte om en situation i vilken de berörda personerna, såsom i förevarande fall, har en uppehållsrätt som grundar sig på artikel 10 i förordning nr 492/2011.
- 60 Vad gäller en sådan situation ska det för det första erinras om att domstolen vid flera tillfällen har slagit fast att artikel 24.2 i direktiv 2004/38 – såsom undantag från principen om likabehandling i artikel 18 första stycket FEUF, och för vilken artikel 24.1 i detta direktiv endast utgör ett konkret uttryck – ska tolkas restriktivt och i överensstämmelse med bestämmelserna i fördraget, inbegripet bestämmelserna om unionsmedborgarskap och fri rörlighet för arbetstagare (dom av den 21 februari 2013, N., C-46/12, EU:C:2013:97, punkt 33).
- 61 För det andra ska vid tolkningen av en unionsbestämmelse inte bara lydelsen beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i (dom av den 18 januari 2017, NEW WAVE CZ, C-427/15, EU:C:2017:18, punkt 19 och där angiven rättspraxis).
- 62 Det framgår av själva ordalydelsen i artikel 24.2 i direktiv 2004/38 att medlemsstaterna, ”[g]enom undantag från punkt 1” i artikel 24, på vissa villkor får vägra att bevilja socialt bistånd till vissa kategorier av personer. Denna bestämmelse ska således uttryckligen förstås som ett undantag från principen om likabehandling i artikel 24.1 i direktivet. Detta undantag är emellertid endast tillämpligt på personer som omfattas av punkt 1, det vill säga unionsmedborgare som uppehåller sig i den mottagande medlemsstaten ”enligt detta direktiv”.
- 63 Vidare framgår det av det rättsliga sammanhang som denna bestämmelse ingår i att direktiv 2004/38 visserligen antogs för att kodifiera och se över, såsom unionslagstiftaren har angett i skälen 3 och 4 i direktivet, ”existerande [unionsrättsliga] instrument” som var för sig behandlar såväl arbetstagare och egenanställda som studenter och andra inaktiva personer för att förenkla och stärka rätten att fritt röra sig och uppehålla sig för alla unionsmedborgare genom att avhjälpa den tidigare sektorsuppdelningen och fragmentariska hanteringen.
- 64 Denna kodifiering var emellertid inte uttömmande. Vid antagandet av direktiv 2004/38 varken upphävdes eller ändrades nämligen artikel 12 i förordning nr 1612/68, vilken övertogs innehållsmässigt i artikel 10 i förordning nr 492/2011. Tvärtom utformades direktivet på ett sådant sätt att det överensstämmer med nämnda artikel 12 i förordning nr 1612/68 och med den rättspraxis där artikeln har tolkats. Direktiv 2004/38 kan följaktligen vare sig som sådant påverka den självständiga ställningen hos de rättigheter som grundar sig på artikel 10 i förordning nr 492/2011 eller ändra deras räckvidd (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 februari 2010, Teixeira, C-480/08, EU:C:2010:83, punkterna 54 och 56–58).
- 65 Beaktandet av det sammanhang i vilket artikel 24 i direktiv 2004/38 ingår bekräftar således tolkningen att undantaget från principen om likabehandling i punkt 2 i artikeln endast är tillämpligt i situationer som omfattas av artikelns punkt 1, det vill säga de situationer där uppehållsrätten grundar sig på detta direktiv, och inte de situationer där uppehållsrätten har en självständig grund i artikel 10 i förordning nr 492/2011.
- 66 Slutligen motsägs inte en sådan tolkning av syftet med artikel 24.2 i direktiv 2004/38, nämligen att bevara den ekonomiska balansen i medlemsstaternas sociala biståndssystem genom att undvika att

personer som utövar sin uppehållsrätt blir en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem, såsom framgår av skäl 10 i direktivet.

67 Det ska i detta hänseende påpekas att situationen för en unionsmedborgare, såsom JD, som innan han blev arbetslös i den mottagande medlemsstaten hade arbetat och hade sina barn i skolan där, och som således har uppehållsrätt med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011, skiljer sig, med avseende på detta syfte, väsentligt från situationen för unionsmedborgare som artikel 24.2 i direktiv 2004/38 uttryckligen utesluter från rätten till socialt bistånd, det vill säga, dels personer, såsom var fallet i det mål som avgjordes genom dom av den 25 februari 2016, García-Nieto m.fl., (C-299/14, EU:C:2016:114), som med stöd av artikel 6.1 i nämnda direktiv har en uppehållsrätt i den mottagande medlemsstaten som är begränsad till tre månader, dels personer som i denna medlemsstat har en uppehållsrätt som enbart grundar sig på artikel 14.4 b i direktiv 2004/38 i syfte att söka en anställning.

68 Situationen i förevarande mål skiljer sig även från situationen i det mål som avgjordes genom domen av den 11 november 2014, Dano (C-333/13, EU:C:2014:2358). Detta mål rörde nämligen medborgare i en medlemsstat som var ekonomiskt inaktiva och som hade utövat sin rätt till fri rörlighet enbart i syfte att erhålla socialt bistånd från en annan medlemsstat och som i den mottagande medlemsstaten inte hade någon uppehållsrätt med stöd av direktiv 2004/38 eller någon annan unionsrättslig bestämmelse. Domstolen slog mot denna bakgrund fast att det skulle strida mot det syfte som det erinras om ovan i punkt 66 att tillerkänna sådana personer rätt till sociala förmåner på samma villkor som gäller för landets egna medborgare.

69 Personer som JD och hans döttrar omfattas visserligen även av tillämpningsområdet för artikel 24 i direktiv 2004/38, inbegripet det undantag som föreskrivs i punkt 2 med hänsyn till att de har uppehållsrätt med stöd av artikel 14.4 b i detta direktiv, men detta undantag kan emellertid inte göras gällande mot dem eftersom de även kan åberopa en självständig uppehållsrätt med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011.

70 Domstolen har nämligen när det gäller arbetssökande redan slagit fast att undantaget i artikel 24.2 i direktiv 2004/38 endast är tillämpligt på unionsmedborgare som har uppehållsrätt enbart med stöd av artikel 14.4 b i direktivet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2015, Alimanovic, C-67/14, EU:C:2015:597, punkt 58). Dessutom kan den omständigheten att arbetssökande åtnjuter särskilda rättigheter enligt nämnda direktiv, med hänsyn till att de regelsystem som inrättats genom detta direktiv respektive genom förordning nr 492/2011 är självständiga, inte leda till att sådana personer kan åberopa färre rättigheter enligt denna förordning.

71 Vidare vore det, såsom kommissionen har påpekat, paradoxalt att tolka artikel 24.2 i direktiv 2004/38 på så sätt att personer inte ska beviljas sociala biståndsförmåner när dessa inte bara kan göra gällande en uppehållsrätt i egenskap av förälder enligt förordning nr 492/2011 utan även en uppehållsrätt i egenskap av arbetssökande enligt direktiv 2004/38. En sådan tolkning skulle nämligen få till följd att en förälder och dennes barn, som har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011, inte skulle åtnjuta likabehandling i förhållande till inhemska medborgare på området för socialt bistånd när denna förälder bestämmer sig att söka en anställning i den mottagande medlemsstaten.

Huruvida det föreligger olika behandling mot bakgrund av artikel 7.2 i förordning nr 492/2011

72 I artikel 7.2 i förordning nr 492/2011, vilken personer med uppehållsrätt enligt artikel 10 i denna förordning kan åberopa, såsom har påpekats ovan i punkt 55, föreskrivs i huvudsak att en arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat, i den mottagande medlemsstaten, ska åtnjuta samma sociala och skattemässiga förmåner som landets egna arbetstagare, även om arbetstagaren skulle bli arbetslös där.

73 Den omständigheten att personer, i likhet med JD och hans döttrar, som är medborgare i en annan medlemsstat och har uppehållsrätt med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011, helt saknar rätt till försörjningsstöd enligt en nationell bestämmelse såsom 7 § första stycket andra meningen punkt 2 c SGB II, utgör en skillnad i behandling vad gäller sociala förmåner i förhållande till landets egna medborgare.

74 Domstolen har i punkt 44 ovan erinrat om att artikel 7.2 i förordning nr 492/2011, på det specifika området för beviljande av sociala förmåner, utgör ett särskilt uttryck för principen om likabehandling

och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.

- 75 Det ska för det första tilläggas att beviljandet av en självständig uppehållsrätt i den mottagande medlemsstaten med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011, som tillerkänns skolbarn och den förälder som har den faktiska vårdsnaden om barnet, förutsätter att denna förälder har inträtt på arbetsmarknaden i denna medlemsstat, såsom framgår av den rättspraxis som det hänvisas till i punkt 37 ovan. Såsom har understrukits i punkt 67 ovan motsvarar kretsen av potentiella förmånstagare av en sådan uppehållsrätt följaktligen inte den krets av medborgare från andra medlemsstater som har kommit till den mottagande medlemsstaten för att söka en första anställning där. Denna uppehållsrätt är för övrigt begränsad, eftersom den upphör senast när barnet avslutar sin utbildning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 maj 2013, Alarape och Tijani, C-529/11, EU:C:2013:290, punkt 24).
- 76 För det andra ska situationen för en medborgare i en annan medlemsstat som redan har inträtt på arbetsmarknaden i den mottagande medlemsstaten och som även har uppehållsrätt med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011, skiljas från situationen där det finns indikationer på att den tidigare berörda arbetstagaren har gjort sig skyldig till rättsmissbruk som inte omfattas av unionsrätten, på grund av att denne på ett konstlat sätt har skapat förutsättningarna för att erhålla de aktuella sociala förmånerna enligt artikel 7.2 i förordning nr 492/2011 (se, analogt, dom av den 17 juli 2014, Torresi, C-58/13 och C-59/13, EU:C:2014:2088, punkterna 42 och 46). Såsom kommissionen också har påpekat innehåller handlingarna i målet inte några uppgifter av vilka det går att dra slutsatsen att det föreligger ett sådant rättsmissbruk eller bedrägeri i förevarande fall.
- 77 Det strider således mot artikel 7.2 i förordning nr 492/2011, jämförd med artikel 10 i samma förordning, att undanta ekonomiskt inaktiva medborgare från andra medlemsstater, som har en självständig uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011, från rätten till de försörjningsstöd som är aktuella i det nationella målet.
- 78 Vad slutligen gäller artikel 18 första stycket FEUF framgår det av fast rättspraxis att denna bestämmelse endast kan tillämpas fristående i fall som omfattas av unionsrätten för vilka det inte har föreskrivits några särskilda regler om icke-diskriminering i EUF-fördraget (dom av den 11 juni 2020, TÜV Rheinland LGA Products et Allianz IARD, C-581/18, EU:C:2020:453, punkt 31 och där angiven rättspraxis). På området för fri rörlighet för arbetstagare har emellertid principen om icke-diskriminering genomförts genom artikel 45 FEUF (dom av den 10 oktober 2019, Krah, C-703/17, EU:C:2019:850, punkt 19 och där angiven rättspraxis), vilken, såsom det erinrats om i punkt 44 ovan, kommer till särskilt uttryck i artikel 7.2 i förordning nr 492/2011 på det specifika området för beviljande av sociala förmåner. Det saknas följaktligen anledning att tolka artikel 18 FEUF.
- 79 Mot bakgrund av det ovanstående ska den första frågan besvaras enligt följande. Artikel 7.2 och artikel 10 i förordning nr 492/2011 ska tolkas på så sätt att de utgör hinder för en lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken en medborgare i en annan medlemsstat och dennes minderåriga barn, vilka alla har uppehållsrätt enligt artikel 10 i denna förordning i den förstnämnda medlemsstaten på grund av barnens skolgång i den medlemsstaten, under alla omständigheter automatiskt saknar rätt till försörjningsstöd. Denna tolkning påverkas inte av artikel 24.2 i direktiv 2004/38.

Den andra frågan

- 80 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 4 i förordning nr 883/2004, jämförd med artikel 3.3 och artikel 70.2 i samma förordning, ska tolkas på så sätt att den, mot bakgrund av artikel 24.2 i direktiv 2004/38, inte utgör hinder för en lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken en medborgare i en annan medlemsstat och dennes minderåriga barn, vilka alla har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011 i den förstnämnda medlemsstaten på grund av barnens skolgång där, och är anslutna till ett socialt trygghetssystem i den medlemsstaten i den mening som avses i artikel 3.1 i förordning nr 883/2004, under alla omständigheter automatiskt saknar rätt till särskilda icke avgiftsfinansierade förmåner.
- 81 Den hänskjutande domstolen har preciserat att JD och hans döttrar under den omtvistade perioden ska anses ha varit anslutna till ett system för social trygghet i den mening som avses i artikel 3.1 h och j i förordning nr 883/2004, eftersom de under sin vistelse i Tyskland uppbar arbetslöshetsförmåner och

familjeförmåner. De ingår således enligt artikel 2.1 i förordningen i den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för nämnda förordning.

- 82 Sålunda den hänskjutande domstolen dessutom har angett är de försörjningsstöd som är aktuella i det nationella målet, vilka utgör förmåner som syftar till att täcka förmånstagnarna levnadsomkostnader, särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner i den mening som avses i artikel 3.3 och artikel 70.2 i förordning nr 883/2004, vilka nämns i bilaga X till denna förordning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2015, Alimanovic, C-67/14, EU:C:2015:597, punkt 43).
- 83 Domstolen har redan slagit fast att artikel 4 i förordning nr 883/2004 även är tillämplig på sådana särskilda icke-avgiftsfinansierade kontantförmåner (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 november 2014, Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, punkt 55).
- 84 Det framgår visserligen av fast rättspraxis att syftet med artikel 70 i förordning nr 883/2004 inte är att fastställa de materiella villkoren för rätten till dessa förmåner och att det inte finns något som hindrar att beviljandet av sådana förmåner till unionsmedborgare som är ekonomiskt inaktiva villkoras av att de uppfyller villkoren för att ha en rättsenlig uppehållsrätt i den mottagande medlemsstaten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 juni 2016, kommissionen/Förenade kungariket, C-308/14, EU:C:2016:436, punkterna 65 och 68 och där angiven rättspraxis). Domstolen konstaterar dock att JD och hans döttrar under den omtvistade perioden hade uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011.
- 85 Av detta följer att JD och hans döttrar med stöd av artikel 4 i förordning nr 883/2004 har rätt till likabehandling när det gäller de försörjningsstöd som är aktuella i det nationella målet.
- 86 Den omständigheten att personer, i likhet med JD och hans döttrar som är medborgare i en annan medlemsstat och har uppehållsrätt med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011, enligt en nationell bestämmelse som 7 § första stycket andra meningen punkt 2 c SGB II helt saknar rätt till försörjningsstöd, utgör en skillnad i behandling vad gäller sociala trygghetsförmåner i förhållande till landets egna medborgare.
- 87 Sålunda redan har konstaterats inom ramen för svaret på den första frågan är undantaget från principen om likabehandling i fråga om socialt bistånd i artikel 24.2 i direktiv 2004/38 inte tillämpligt i en sådan situation som den i det nationella målet, där medborgare från andra medlemsstater har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011. Situationen i förevarande mål skiljer sig från situationen i de mål som avgjordes genom dom av den 15 september 2015, Alimanovic (C-67/14, EU:C:2015:597) och dom av den 25 februari 2016, García-Nieto m.fl. (C-299/14, EU:C:2016:114), i vilka domstolen på grund av tillämpligheten av detta undantag fann att det förelåg ett motsvarande undantag från likabehandlingsprincipen i artikel 4 i förordning nr 883/2004.
- 88 I detta sammanhang strider det undantag som föreskrivs i 7 § första stycket andra meningen punkt 2 c SGB II mot artikel 4 i förordning nr 883/2004 – av samma skäl som angetts i svaret på den första frågan – eftersom den förstnämnda bestämmelsen leder till att medborgare i andra medlemsstater som har uppehållsrätt med stöd av artikel 10 i förordning nr 492/2011 kategoriskt och automatiskt nekas rätt till de försörjningsstöd som är aktuella i det nationella målet.
- 89 Mot bakgrund av det ovanstående ska den andra frågan besvaras enligt följande. Artikel 4 i förordning nr 883/2004, jämförd med artikel 3.3 och artikel 70.2 i samma förordning, ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken en medborgare i en annan medlemsstat och dennes minderåriga barn, vilka alla har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011 i den förstnämnda medlemsstaten, på grund av barnens skolgång där, och är anslutna till ett socialt trygghetssystem i den medlemsstaten i den mening som avses i artikel 3.1 i förordning nr 883/2004, under alla omständigheter automatiskt saknar rätt till särskilda icke avgiftsfinansierade förmåner.

Rättegångskostnader

- 90 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De

kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) **Artikel 7.2 och artikel 10 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 492/2011 av den 5 april 2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen ska tolkas på så sätt att de utgör hinder för en lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken en medborgare i en annan medlemsstat och dennes minderåriga barn, vilka alla har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011 i den förstnämnda medlemsstaten på grund av barnens skolgång i den medlemsstaten, under all omständigheter automatiskt saknar rätt till försörjningsstöd. Denna tolkning påverkas inte av artikel 24.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG.**
- 2) **Artikel 4 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen, jämförd med artikel 3.3 och artikel 70.2 i samma förordning, ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken en medborgare i en annan medlemsstat och dennes minderåriga barn, vilka alla har uppehållsrätt enligt artikel 10 i förordning nr 492/2011 i den förstnämnda medlemsstaten, på grund av barnens skolgång där, och är anslutna till ett socialt trygghetssystem i den medlemsstaten i den mening som avses i artikel 3.1 i förordning nr 883/2004, under alla omständigheter automatiskt saknar rätt till särskilda icke avgiftsfinansierade förmåner.**

Underskrifter

* Rättegångsspråk: tyska.



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 29 oktober 2020 *

”Begäran om förhandsavgörande – Social trygghet – Förordning (EG) nr 883/2004 – Artikel 20.2 – Direktiv 2011/24/UE – Artikel 8.1, 8.5 och 8.6 d – Sjukförsäkring – Sjukhusvård i en annan medlemsstat än den medlemsstat där personen är försäkrad – Förhandstillstånd har nekats – Sjukhusvård som kan utföras effektivt i den medlemsstat där personen är försäkrad – Artikel 21 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Skillnad i behandling grundad på religion”

I mål C-243/19,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Augstākās tiesa (Senāts) (Högsta domstolen, Lettland) genom beslut av den 8 mars 2019, som inkom till domstolen den 20 mars 2019, i målet

A

mot

Veselības ministrija,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Arabadjiev (referent), domstolens ordförande K. Lenaerts, tillika tillförordnad domare på andra avdelningen, samt domarna A. Kumin, T. von Danwitz och P.G. Xuereb,

generaladvokat: G. Hogan,

justitiesekreterare: enhetschefen M. Aleksejev,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 13 februari 2020,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- A, genom S. Brady, barrister, P. Muzny, avocat, och E. Endzelis, advokäts,
- Veselības ministrija, genom I. Viņķele och R. Osis, båda i egenskap av ombud,
- Lettlands regering, inledningsvis genom I. Kucina och L. Juškeviča sedan genom L. Juškeviča och V. Soņeca, samtliga i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: lettiska.

- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av M. Russo, avvocato dello Stato,
- Polens regering, genom B. Majczyna, M. Horoszko och M. Malczewska, samtliga i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom B.-R. Killmann, A. Szmytkowska och I. Rubene, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 30 april 2020 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 20.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen (EUT L 166, 2004, s. 1, och rättelse i EUT L 200, 2004, s. 1), artikel 8.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/24/EU av den 9 mars 2011 om tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård (EUT L 88, 2011, s. 45), artikel 56 FEUF och artikel 21.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan A och Veselibas ministrija (hälsoministeriet, Lettland) angående ett beslut att inte bevilja A:s son tillstånd att erhålla hälso- och sjukvård som finansieras av den lettiska staten i en annan medlemsstat.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Förordning nr 883/2004

- 3 I skälen 4 och 45 i förordning nr 883/2004 anges följande:

”(4) Det är nödvändigt att respektera särdragen i nationell lagstiftning om social trygghet och begränsa sig till att utarbeta ett system för samordning.

...

- (45) Eftersom målet för den föreslagna åtgärden, nämligen samordnande åtgärder för att garantera att rätten till fri rörlighet för personer kan utövas effektivt, inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och de därför på grund av åtgärdens omfattning och verkningar bättre kan uppnås på gemenskapsnivå, kan gemenskapen vidta åtgärder i enlighet med subsidiaritetsprincipen i artikel 5 i fördraget. I enlighet med proportionalitetsprincipen i samma artikel går denna förordning inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.”

- 4 I artikel 20.1–20.3 med rubriken ”Resa i syfte att erhålla vårdförmåner – tillstånd till lämplig behandling utanför bosättningsmedlemsstaten”, i denna förordning föreskrivs följande:

”1. Om inte annat följer av denna förordning skall en försäkrad person, som reser till en annan medlemsstat för att erhålla vårdförmåner under vistelsen där söka tillstånd från den behöriga institutionen.

2. En försäkrad person som av den behöriga institutionen fått tillstånd att resa till en annan medlemsstat i syfte att där få den vård som är lämplig med hänsyn till hans hälsotillstånd, skall erhålla de vårdförmåner som för den behöriga institutionens räkning utges av institutionen på vistelseorten i enlighet med bestämmelserna i den lagstiftning som institutionen tillämpar, som om personen vore försäkrad enligt denna lagstiftning. Tillstånd skall beviljas om den behandling det gäller finns bland de förmåner som tillhandahålls enligt lagstiftningen i den medlemsstat där den berörda personen är bosatt och denna behandling inte kan ges inom den tid som är medicinskt försvarbar, med hänsyn till personens aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp.

3. Punkterna 1 och 2 skall också tillämpas på en försäkrad persons familjemedlemmar.”

Direktiv 2011/24

- 5 I skälen 1, 4, 6, 7, 8, 29 och 43 i direktiv 2011/24 anges följande:

”(1) Enligt artikel 168.1 i [EUF-fördraget] måste en hög hälsoskyddsnivå för människor säkerställas vid utformning och genomförande av all unionspolitik och alla unionsåtgärder. Detta betyder att en hög hälsoskyddsnivå måste garanteras även när unionen antar akter enligt andra bestämmelser i fördraget.

...

(4) Oberoende av möjligheten för patienterna att erhålla gränsöverskridande hälso- och sjukvård i enlighet med detta direktiv ansvarar medlemsstaterna för att tillhandahålla medborgarna inom sitt territorium en säker, högkvalitativ, effektiv och kvantitativt tillfredsställande hälso- och sjukvård. Införlivandet av detta direktiv med nationell lagstiftning och dess tillämpning bör inte leda till att patienter uppmuntras att söka behandling utanför sin försäkringsmedlemsstat.

...

(6) Som [domstolen] flera gånger slagit fast, samtidigt som den erkänt deras särskilda karaktär, faller alla typer av hälso- och sjukvård inom EUF-fördragets räckvidd.

(7) Detta direktiv respekterar, och påverkar inte, medlemsstaternas frihet att bestämma vilken typ av hälso- och sjukvård de anser lämplig. Inga bestämmelser i detta direktiv får tolkas på ett sådant sätt som undergräver medlemsstaternas grundläggande etiska val.

(8) En del frågor som rör gränsöverskridande hälso- och sjukvård, särskilt kostnadsersättning för vård som ges i en annan medlemsstat än den där vårdmottagaren är bosatt, har redan behandlats av domstolen. Syftet med detta direktiv är att åstadkomma en mer allmän och också effektiv tillämpning av de principer som domstolen utarbetat utifrån de enskilda fallen.

...

(29) Det är lämpligt att kräva att även patienter som söker hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat under andra omständigheter än de som avses för samordningen av de sociala trygghetssystemen enligt förordning ... nr 883/2004 bör kunna utnyttja principen om fri rörlighet för patienter, tjänster och varor i enlighet med EUF-fördraget och detta direktiv. Patienter bör garanteras ersättning för kostnaden för denna hälso- och sjukvård på minst den nivå som de skulle ha fått om samma vård hade getts i försäkringsmedlemsstaten. Detta bör vara helt förenligt med medlemsstaternas ansvar att bestämma omfattningen av sjukförsäkringen för sina medborgare och förhindra alla betydande konsekvenser för finansieringen av den nationella hälso- och sjukvården.

...

(43) Kriterierna för beviljande av förhandstillstånd bör motiveras med tvingande hänsyn till allmänintresset, vilket skulle kunna berättiga hinder för den fria rörligheten för hälso- och sjukvård, exempelvis krav på planering i samband med målet att garantera tillräcklig och kontinuerlig tillgång till ett väl avvägt utbud av behandlingar av hög kvalitet i medlemsstaten i fråga eller önskemålet att kontrollera kostnaderna och, i möjligaste mån, undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska eller personella resurser. Domstolen har identifierat flera tänkbara hänsyn: risken för att allvarligt undergräva den ekonomiska balansen i ett socialt trygghetssystem, målet att av folkhälsoskäl erbjuda balanserad hälso- och sjukvård som är tillgänglig för alla, och målet att upprätthålla vårdkapacitet och medicinsk kompetens i medlemsstaten, vilket är nödvändigt för folkhälsan och till och med för befolkningens överlevnad. ...”

6 I artikel 7, med rubriken ”Allmänna principer för ersättning av kostnader”, i direktiv 2011/24 föreskrivs följande:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av förordning ... nr 883/2004 och om annat inte följer av bestämmelserna i artiklarna 8 och 9, ska försäkringsmedlemsstaten se till att de kostnader som uppstått för en försäkrad person som mottagit gränsöverskridande hälso- och sjukvård ersätts, om vården i fråga hör till de förmåner som den försäkrade personen har rätt till i försäkringsmedlemsstaten.

...

3. Försäkringsmedlemsstaten ska fastställa, på lokal, regional eller nationell nivå för vilken hälso- och sjukvård en försäkrad person har rätt att få ersättning för kostnader och nivån på ersättningen av dessa kostnader, oberoende av var hälso- och sjukvården tillhandahålls.

4. Kostnaderna för gränsöverskridande hälso- och sjukvård ska ersättas eller direkt utbetalas av försäkringsmedlemsstaten, upp till den kostnadsnivå som försäkringsmedlemsstaten skulle ha ersatt, om denna hälso- och sjukvård hade tillhandahållits på dess territorium, utan att de faktiska kostnaderna för den mottagna vården överskrider.

Om hela kostnaden för gränsöverskridande hälso- och sjukvård överstiger den kostnadsnivå som försäkringsmedlemsstaten skulle ha ersatt om denna hälso- och sjukvård hade tillhandahållits på dess territorium får försäkringsmedlemsstaten ändå besluta att ersätta hela kostnaden.

...

8. Försäkringsmedlemsstaten får dock inte som villkor för ersättning av kostnader för gränsöverskridande hälso- och sjukvård kräva förhandstillstånd, utom i de fall som anges i artikel 8.

9. Försäkringsmedlemsstaten får begränsa tillämpningen av bestämmelserna om ersättning av kostnader för gränsöverskridande hälso- och sjukvård på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset, t.ex. krav på planering i samband med målet att garantera tillräcklig och kontinuerlig tillgång till ett väl avvägt utbud av behandlingar av hög kvalitet i medlemsstaten i fråga eller önskemålet att kontrollera kostnaderna och, i möjligaste mån, undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska eller personella resurser.

...”

- 7 I artikel 8, med rubriken ”Hälso- och sjukvård som får omfattas av förhandstillstånd”, i direktivet föreskrivs följande:

”1. Försäkringsmedlemsstaten får fastställa ett system för förhandstillstånd för ersättning för kostnader för gränsöverskridande hälso- och sjukvård i enlighet med den här artikeln och artikel 9. Systemet för förhandstillstånd, inbegripet kriterierna och tillämpningen av dessa kriterier, och enskilda beslut om att ge avslag på förhandstillstånd ska begränsas till vad som är nödvändigt och proportionellt i förhållande till det mål som ska uppnås, och får inte leda till godtycklig diskriminering eller utgöra ett oerättat hinder för den fria rörligheten för patienter.

2. Hälso- och sjukvård som får omfattas av förhandstillstånd ska begränsas till hälso- och sjukvård som

- a) kräver planering i samband med målet att garantera tillräcklig och kontinuerlig tillgång till ett väl avvägt utbud av behandlingar av hög kvalitet i medlemsstaten i fråga eller önskemålet att kontrollera kostnaderna och, i möjligaste mån, undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska eller personella resurser och:
- i) innebär att patienten i fråga läggs in på sjukhus minst en natt, eller
 - ii) kräver högt specialiserad och kostnadsintensiv medicinsk infrastruktur eller utrustning,

...

5. Utan att det påverkar punkt 6 a–c får försäkringsmedlemsstaten inte neka förhandstillstånd om patienten har rätt att få den hälso- och sjukvård det rör sig om i enlighet med artikel 7, och när denna hälso- och sjukvård inte kan tillhandahållas på medlemsstatens territorium inom en tid som är medicinskt försvarbar, efter en objektiv bedömning av patientens hälsotillstånd, sjukdomshistoria, sjukdomens sannolika förlopp, smärta och/eller typ av funktionshinder vid den tidpunkt då patienten lämnar in eller förnyar en tillståndsansökan.

6. Försäkringsmedlemsstaten får neka förhandstillstånd av följande skäl:

...

- d) Om denna hälso- och sjukvård kan tillhandahållas på medlemsstatens territorium inom en tid som är medicinskt försvarbar, med hänsyn till varje patients aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp.”

Lettisk rätt

- 8 I punkt 293 i Ministru kabineta noteikumi Nr. 1529 "Veselības aprūpes organizēšanas un finansēšanas kārtība" (ministerrådets dekret nr 1529 om organisation och finansiering av hälso- och sjukvård) av den 17 december 2013 (Latvijas Vēstnesis, 2013, nr 253), i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet (nedan kallat dekret nr 1529), föreskrevs följande:

"Med tillämpning av [förordning nr 883/2004] och Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 987/2009 av den 16 september 2009 om tillämpningsföreskrifter för [förordning nr 883/2004 (EUT L 284, 2009, s. 1)], ska [hälso- och sjukvårdsmyndigheten] utfärda följande handlingar som intygar att en person har rätt till hälso- och sjukvård, som finansieras via statsbudgeten, i en annan medlemsstat i [Europeiska unionen] eller [Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES)] eller i Schweiz:

...

293.2. blankett S2, med rubriken 'Intyg avseende rätten till en planerad behandling' (nedan kallad blankett S2), som gör det möjligt att erhålla planerad hälso- och sjukvård som anges på blanketten, i det land och inom den tidsfrist som anges i blanketten ..."

- 9 Punkt 310 i dekretet har följande lydelse:

"[Hälso- och sjukvårdsmyndigheten] ska utfärda blankett S2 till en person som har rätt till hälso- och sjukvård som omfattas av statsbudgeten och som önskar erhålla planerad hälso- och sjukvård i en annan medlemsstat i Europeiska unionen, EES eller i Schweiz, om följande kumulativa villkor är uppfyllda:

310.1. hälso- och sjukvården omfattas av statsbudgeten i enlighet med de bestämmelser som är tillämpliga på denna vård,

310.2. ingen av de vårdgivare som nämns i punkt 7 i denna förordning kan vid tidpunkten för prövningen av ansökan tillhandahålla denna hälso- och sjukvård och vårdgivaren i fråga har avgett ett motiverat yttrande i detta avseende,

310.3. vården i fråga är nödvändig för personen för att undvika en oåterkallelig försämring av dennes vitala kroppsfunktioner och hälsotillstånd, med beaktande av personens hälsotillstånd vid den tidpunkten då denne undersöks och sjukdomens förutsebara utveckling."

- 10 I punkt 323.2 i dekret nr 1529 föreskrevs att det ankom på den behöriga hälso- och sjukvårdsmyndigheten att besluta att bevilja förhandstillstånd för en planerad hjärtkirurgisk behandling på sjukhus i en medlemsstat i unionen, i en medlemsstat i EES eller i Schweiz.

- 11 I punkt 324.2 i dekretet föreskrevs att hälso- och sjukvårdsmyndigheten skulle vägra att bevilja förhandstillstånd

"324.2. om vården kan ges i Lettland inom följande tidsfrister (utom i en situation där det inte är möjligt att vänta på grund av personens hälsotillstånd och sjukdomens förväntade utveckling och i den utsträckning som det anges i det medicinska dokument som nämns i punkt 325.2 eller 325.3 i detta dekret):

...

324.2.2. för sjukhusvård som nämns i punkterna 323.2 och 323.3: tolv månader;

...”

- 12 I punkt 328 i nämnda dekret föreskrevs följande:

”[Hälso- och sjukvårdsmyndigheten] betalar ut ersättning till den person som har rätt att erhålla hälso- och sjukvård i Lettland på statens bekostad när denne med egna medel har bekostat hälso- och sjukvård som erhållits i en medlemsstat i unionen, i en medlemsstat i EES eller i Schweiz:

328.1. på grundval av bestämmelserna i förordning nr 883/2004 och förordning nr 987/2009 samt i enlighet med taxorna för sjukvård i den stat där personen har erhållit sådan vård och i enlighet med den information om det belopp som ska återbetalas som lämnats av den behöriga myndigheten i medlemsstaten i unionen eller EES eller i Schweiziska edsförbundet, under förutsättning att

...

328.1.2. [hälso- och sjukvårdsmyndigheten] har beslutat att utfärda blankett S2, men personen har betalat den vård som erhållits med egna medel;

328.2 i enlighet med de taxor för hälso- och sjukvårdstjänster som gällde vid den tidpunkt då denna vård tillhandahölls eller i enlighet med det ersättningsbelopp som angavs i bestämmelserna om förfarandet för ersättning för utgifter för förvärv av läkemedel och medicintekniska produkter för behandling i öppenvården vid, den tidpunkt då läkemedlen och de medicintekniska produkterna förvärvades, under förutsättning att:

328.2.1 personen har erhållit planerad vård (bland annat sådan vård som kräver förhandstillstånd), förutom i det fall som avses i punkt 328.1.2, och att denna vård i [Lettland] bekostas av staten, i enlighet med det förfarande som fastställs i detta dekret.

...”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 13 Klagandens son, som är ett underårigt barn som lider av ett medfött hjärtfel, skulle genomgå en öppen hjärtoperation.
- 14 Klaganden, som är ansluten till det lettiska hälso- och sjukvårdssystemet, motsatte sig vid tidpunkten för operationen blodtransfusion med motiveringen att hon var medlem av Jehovas vittnen. Eftersom denna operation inte var möjlig i Lettland utan blodtransfusion, ansökte klaganden hos Nacionālais Veselības dienests (den nationella hälso- och sjukvårdsmyndigheten, Lettland) (nedan kallad hälsovårdsmyndigheten) om utfärdande av en S2-blankett för sin son, enligt vilken en person får ta del av viss planerad vård, bland annat i en annan medlemsstat i unionen än den stat där personen är försäkrad, för att sonen skulle genomgå nämnda operation i Polen. Genom beslut av den 29 mars 2016 avslog hälso- och sjukvårdsmyndigheten ansökan om utfärdande av denna blankett. Genom beslut av den 15 juli 2016 fastställde hälsoministeriet hälsomyndighetens beslut med motiveringen att operationen i fråga kunde utföras i Lettland och att endast en persons medicinska situation och fysiska begränsningar skulle beaktas vid utfärdandet av nämnda blankett.
- 15 Klaganden väckte talan vid Administratīvā rajona tiesa (Förvaltningsdomstolen i första instans, Lettland) och yrkade att sonen skulle erhålla ett gynnande förvaltningsbeslut som gav honom rätt till den planerade vården. Den domstolen ogillade talan genom dom av den 9 november 2016.

- 16 Efter överklagande fastställde Administratīvā apgabaltiesa (Regional förvaltningsdomstol, Lettland), genom dom av den 10 februari 2017, nämnda avgörande med motiveringen att de kumulativa villkoren i punkt 310 i dekret nr 1529 måste vara uppfyllda för att blankett S2 ska utfärdas. Den hänskjutande domstolen har emellertid påpekat att den medicinska tjänsten som är aktuell i det nationella målet, vilken utgörs av vård som finansieras av den lettiska staten visserligen var nödvändig för att undvika att de vitala funktionerna eller hälsotillståndet för klagandens son oåterkalleligt försämrades, men att sjukhuset vid tidpunkten för prövningen av ansökan om utfärdande av blankett S2 hade bekräftat att denna tjänst kunde utföras i Lettland. Av den omständigheten att klaganden har vägrat att genomföra en blodtransfusion ansåg den domstolen att det inte heller gick att dra slutsatsen att det var omöjligt för sjukhuset i fråga att tillhandahålla nämnda medicinsk tjänst. Följaktligen var ett av villkoren för utfärdande av blankett S2 inte uppfyllt.
- 17 Klaganden överklagade till den hänskjutande domstolen och gjorde bland annat gällande att det förekommit diskriminering, eftersom en stor majoritet av de anslutna har möjlighet att erhålla den aktuella vården utan att avstå från sin religiösa övertygelse. Hälsoministeriet har för sin del hävdade att överklagandet är ogrundat, eftersom bestämmelsen i punkt 310 i dekret nr 1529 är tvingande och inte föreskriver att den behöriga myndigheten förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning när den antar ett förvaltningsbeslut. Denna bestämmelse ska läsas tillsammans med punkt 312.2 i dekretet, av vilken det framgår att endast direkta medicinska skäl är avgörande. Hälsoministeriet anser att klaganden har begärt att domstolen ska beakta kriterier som den nationella lagstiftaren inte har föreskrivit. Hälsoministeriet har angett att det i den nationella lagstiftningen föreskrivs rimliga begränsningar som så långt som möjligt säkerställer en rationell användning av de ekonomiska resurserna och som skyddar samtliga allmänna intressen med avseende på tillgången till vård av god kvalitet i Lettland.
- 18 Den 22 april 2017 genomgick klagandens son en hjärtoperation i Polen.
- 19 Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida den lettiska hälso- och sjukvårdsmyndigheten kunde vägra att utfärda en S2-blankett som möjliggjorde ersättning på grundval av uteslutande medicinska kriterier eller om myndigheten även var skyldig att beakta A:s religiösa övertygelse.
- 20 Mot denna bakgrund beslutade Augstākās tiesa (Senāts) (Högsta domstolen, Lettland) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:
- ”1) Ska artikel 20.2 i [förordning nr 883/2004], jämförd med artikel 21.1 i [stadgan], tolkas så, att en medlemsstat får vägra att utfärda ett sådant tillstånd som avses i artikel 20.1 i nämnda förordning, när det i bosättningsmedlemsstaten går att erhålla en sjukhusvård vars medicinska effektivitet inte ger upphov till några tvivel, men den behandlingsmetod som används inte överensstämmer med den berörda personens religiösa övertygelse?
- 2) Ska artikel 56 FEUF, artikel 8.5 i [direktiv 2011/24] och artikel 21.1 i [stadgan], tillsammans tolkas så, att en medlemsstat får vägra att utfärda ett sådant tillstånd som avses i artikel 8.1 i nämnda direktiv, när det i den berörda personens försäkringsmedlemsstat går att erhålla sjukhusvård vars medicinska effektivitet inte ger upphov till några tvivel, men den behandlingsmetod som används inte överensstämmer med personens religiösa övertygelse?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

- 21 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 20.2 i förordning nr 883/2004, jämförd med artikel 21.1 i stadgan, ska tolkas så, att den utgör hinder för att den försäkrades bosättningsmedlemsstat nekar denne det tillstånd som föreskrivs i artikel 20.1 i denna förordning när sjukhusvård i denna medlemsstat, vars medicinska effektivitet inte ger upphov till några tvivel, är tillgänglig men den använda behandlingsmetoden strider mot denna persons religiösa övertygelse.
- 22 Domstolen erinrar inledningsvis om att enligt skälen 4 och 45 i förordning nr 883/2004 har förordningen till syfte att samordna de sociala trygghetssystemen i medlemsstaterna för att säkerställa ett effektivt utövande av den fria rörligheten för personer. Genom denna förordning moderniserades och förenklades bestämmelserna i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, i dess ändrade och uppdaterade lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 118/97 av den 2 december 1996 (EGT L 28, 1997, s. 1), samtidigt som samma syfte som i den sistnämnda förordningen bibehålls (dom av den 6 juni 2019, V, C-33/18, EU:C:2019:470, punkt 41).
- 23 Enligt artikel 20.1 i förordning nr 883/2004 ska en försäkrad person, som reser till en annan medlemsstat för att erhålla medicinsk behandling, i princip ansöka om förhandstillstånd hos den behöriga institutionen.
- 24 Syftet med artikel 20.2 första meningen i förordning nr 883/2004 är att ge personer rätt till vårdförmåner som utges för den behöriga institutionens räkning av institutionen på vistelseorten enligt bestämmelserna i lagstiftningen i den medlemsstat där tjänsterna tillhandahålls, som om den berörde omfattades av denna institution. De försäkrade tillerkänns sålunda rättigheter som de annars inte skulle ha, eftersom dessa rättigheter, i den mån de innebär ersättning från institutionen på vistelseorten enligt den lagstiftning som denna institution tillämpar, inte skulle kunna tillförsäkras nämnda personer enbart med stöd av lagstiftningen i den behöriga medlemsstaten (se, analogt, dom av den 23 oktober 2003, Inizan, C-56/01, EU:C:2003:578, punkt 22). Enligt denna förordning har de försäkrade således rättigheter som inte följer av friheten att tillhandahålla tjänster, såsom denna frihet stadfästs i artikel 56 FEUF och konkretiserats genom direktiv 2011/24 i fråga om hälso- och sjukvård.
- 25 Det enda syftet med artikel 20.2 andra meningen i förordning nr 883/2004 är att ange de omständigheter under vilka den behöriga institutionen inte får avslå en ansökan om tillstånd enligt artikel 20.1 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, punkt 39 och där angiven rättspraxis). I punkt 2 andra meningen anges två villkor vars uppfyllande gör det obligatoriskt för den behöriga institutionen att utfärda det förhandstillstånd som begärts med stöd av punkt 1 i samma artikel. Det första av dessa villkor är att vården i fråga är en förmån som utges enligt lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium den försäkrade personen är bosatt. Det andra villkoret är att den vård som den försäkrade personen söker i en annan medlemsstat än i den medlemsstat inom vars territorium han eller hon är bosatt inte kan ges i sistnämnda medlemsstat inom den tid som där, med beaktande av vederbörandes aktuella hälsotillstånd och sjukdomens förlopp, är normal för vården i fråga (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 oktober 2014, Petru, C-268/13, EU:C:2014:2271, punkt 30).
- 26 I förevarande fall är det ostridigt att den förmån som är aktuell i det nationella målet föreskrivs i lettisk lagstiftning och att det första villkoret i artikel 20.2 andra meningen i förordning nr 883/2004 är uppfyllt i det nationella målet.

- 27 Den hänskjutande domstolen har däremot angett att den omtvistade frågan i det nationella målet är huruvida det andra villkoret i denna bestämmelse är uppfyllt.
- 28 I detta hänseende har EU-domstolen redan slagit fast att det tillstånd som krävs inte får vägras när en identisk eller lika effektiv behandling inte kan erhållas i tid i den medlemsstat där den berörde är bosatt (dom av den 9 oktober 2014, Petru, C-268/13, EU:C:2014:2271, punkt 31 och där angiven rättspraxis).
- 29 För att bedöma huruvida en sådan behandling föreligger har domstolen slagit fast att den behöriga institutionen är skyldig att beakta samtliga omständigheter i det enskilda fallet, med vederbörlig hänsyn inte bara till patientens hälsotillstånd vid tidpunkten för ansökan och, i förekommande fall, till graden av smärta eller typ av funktionsnedsättning, utan även till dennes tidigare sjukdomshistoria (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 maj 2006, Watts, C-372/04, EU:C:2006:325, punkt 62, dom av den 5 oktober 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, punkt 66, och dom av den 9 oktober 2014, Petru, C-268/13, EU:C:2014:2271, punkt 32).
- 30 Det följer av denna rättspraxis att den prövning av samtliga omständigheter i varje enskilt fall som ska göras mot bakgrund av artikel 20.2 i förordning nr 883/2004, för att avgöra huruvida en identisk eller lika effektiv behandling kan erhållas i den medlemsstat där den försäkrade är bosatt, utgör en objektiv medicinsk bedömning. Det system med förhandstillstånd som föreskrivs i artikel 20 i förordning nr 883/2004 tar således uteslutande hänsyn till patientens hälsotillstånd och inte till patientens personliga val i fråga om sjukvård.
- 31 I förevarande fall är det utrett att den operation som är aktuell i det nationella målet var nödvändig för att undvika en oåterkallelig försämring av de vitala funktionerna eller hälsotillståndet hos klagandens son, med beaktande av bedömningen av hans hälsotillstånd och sjukdomens förväntade förlopp. Operationen kunde dessutom genomföras i Lettland med hjälp av blodtransfusion och det fanns inte några medicinska skäl som motiverade en annan behandlingsmetod. Klaganden i målet vid den nationella domstolen motsatte sig en blodtransfusion av det enda skälet att dennes religiösa övertygelse motsatte sig detta och önskade att den operation som är i fråga i det nationella målet skulle äga rum utan blodtransfusion, vilket inte var möjligt i Lettland.
- 32 Det framgår således av handlingarna i målet att det inte fanns några medicinska skäl som motiverade att klagandens son inte skulle kunna få den tillgängliga behandlingen i Lettland.
- 33 Eftersom det andra villkoret i artikel 20.2 andra meningen i förordning nr 883/2004 uteslutande består i att undersöka patientens hälsotillstånd, sjukdomshistoria, sjukdomens sannolika förlopp, graden av smärta och/eller funktionsnedsättning och således inte innebär att patientens personliga val i fråga om vård ska beaktas, kan de lettiska myndigheternas beslut att inte utfärda blankett S2 inte anses oförenligt med denna bestämmelse.
- 34 När den försäkrades bosättningsmedlemsstat vägrar att bevilja det förhandstillstånd som föreskrivs i artikel 20.1 i förordning nr 883/2004, tillämpar denna medlemsstat unionsrätten i den mening som avses i artikel 51.1 i stadgan, vilket innebär att medlemsstaten är skyldig att iaktta de grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan, bland annat dem som slås fast i artikel 21 i stadgan (dom av den 11 juni 2020, Prokuratura Rejonowa w Słupsku, C-634/18, EU:C:2020:455, punkt 42 och där angiven rättspraxis).
- 35 Det ska i detta hänseende erinras om att principen om likabehandling utgör en allmän princip i unionsrätten, som slås fast i artikel 20 i stadgan, och principen om icke-diskriminering i artikel 21.1 i stadgan är ett särskilt uttryck för denna princip (dom av den 22 maj 2014, Glatzel, C-356/12, EU:C:2014:350, punkt 43, och dom av den 5 juli 2017, Fries, C-190/16, EU:C:2017:513, punkt 29).

- 36 Förbudet mot diskriminering på grund av religion eller övertygelse är dessutom tvingande som en allmän princip i unionsrätten. Detta förbud, som slås fast i artikel 21.1 i stadgan, är i sig tillräckligt för att ge enskilda en rätt som kan åberopas som sådan i en tvist på ett område som omfattas av unionsrätten (dom av den 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punkt 76, och dom av den 22 januari 2019, Cresco Investigation, C-193/17, EU:C:2019:43, punkt 76).
- 37 Enligt domstolens fasta praxis innebär denna allmänna princip att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. En skillnad i behandling är motiverad om den är grundad på ett objektiva och skäligt kriterium, det vill säga då den har ett samband med ett lagligt ändamål som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen, och skillnaden i behandling står i proportion till det mål som eftersträvas med behandlingen i fråga (dom av den 9 mars 2017, Milkova, C-406/15, EU:C:2017:198, punkt 55).
- 38 Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att för det första pröva huruvida beslutet att inte bevilja klaganden sådant förhandstillstånd som föreskrivs i artikel 20.1 i förordning nr 883/2004 innebär en skillnad i behandling på grund av religion. Om så är fallet ankommer det på den nationella domstolen att därefter pröva huruvida denna skillnad i behandling grundar sig på ett objektiva och skäligt kriterium. EU-domstolen, som har att pröva en begäran om förhandsavgörande, är emellertid behörig att, mot bakgrund av omständigheterna i målet, göra förtydliganden för att vägleda den hänskjutande domstolen vid avgörandet av det nationella målet (dom av den 2 december 2009, Aventis Pasteur, C-358/08, EU:C:2009:744, punkt 50).
- 39 I förevarande fall förefaller den nationella lagstiftningen i fråga vara formulerad på ett neutralt sätt och inte ge upphov till direkt diskriminering på grund av religion.
- 40 Det ska även undersökas huruvida denna vägran, mot bakgrund av uppgifterna i handlingarna i målet, medför en särbehandling som indirekt grundar sig på religion eller religiös övertygelse.
- 41 Den hänskjutande domstolen har angett att till skillnad från personer vars hälsotillstånd, eller vars barns hälsotillstånd, kräver en sådan medicinsk åtgärd som den som är aktuell i det nationella målet, men som inte är medlemmar i Jehovas vittnen, påverkar klagandens religiösa övertygelser dennes val i fråga om vård. Enligt Jehovas vittnen utgör förbudet mot blodtransfusioner en integrerad del av deras religiösa övertygelser, varför de inte kan acceptera att genomgå en medicinsk behandling som innebär blodtransfusioner. Eftersom bosättningsmedlemsstaten inte täcker kostnaderna för en annan behandling, som är tillåten enligt deras religiösa övertygelser, ska de kostnader som denna behandling förorsakat personligen bäras av sådana personer som klaganden.
- 42 I en sådan situation förefaller det således som om en indirekt skillnad i behandling kan uppstå mellan, å ena sidan, patienter som genomgår en medicinsk behandling med blodtransfusion vars kostnader täcks av socialförsäkringssystemet i bosättningsmedlemsstaten och, å andra sidan, patienter som av religiösa skäl beslutar sig för att inte genomgå ett sådant ingrepp i denna medlemsstat och att i stället i en annan medlemsstat genomgå en behandling som inte strider mot deras religiösa övertygelser och som inte ersätts av bosättningsmedlemsstaten.
- 43 Mot bakgrund av det ovan anförda ska det noteras att vägran att bevilja sökanden förhandstillstånd enligt artikel 20.1 i förordning nr 883/2004 innebär en indirekt skillnad i behandling på grund av religion. Det ska således prövas huruvida denna skillnad i behandling grundar sig på ett objektiva och skäligt kriterium.
- 44 Den hänskjutande domstolen har understrukit att syftet med den nationella lagstiftning som är i fråga i det nationella målet skulle kunna vara att skydda folkhälsan och andra personers rättigheter, genom att inom det nationella territoriet upprätthålla ett tillräckligt, väl avvägt och permanent utbud av sjukhusvård av god kvalitet samt genom att skydda den finansiella stabiliteten i systemet för social trygghet.

- 45 När en nationell åtgärd omfattas av området för folkhälsa ska det beaktas att människors hälsa och liv ges högsta prioritet bland de värden och intressen som skyddas genom EUF-fördraget.
- 46 Domstolen har särskilt slagit fast att antalet sjukhusanläggningar, deras geografiska fördelning, hur de är inrättade och vilken utrustning som de är försedda med, liksom typen av de vårdtjänster som de erbjuder, måste kunna planeras. Detta är en planering som i allmänhet ska tillgodose många behov. Genom denna planering eftersträvas för det första målet att inom den berörda staten säkerställa att det finns en ständig och tillräckligt stor tillgång till ett väl avvägt utbud av sjukhusvård av god kvalitet. Dessutom bidrar planeringen till strävan att säkerställa kostnadskontroll och att i möjligaste mån förhindra slöseri med ekonomiska, tekniska och mänskliga resurser. Ett sådant slöseri skulle nämligen vara mycket skadligt, eftersom sjukhusvård obestriddligen medför avsevärda kostnader och måste tillfredsställa ökande behov, medan de ekonomiska resurser som kan avsättas för hälso- och sjukvård inte är obegränsade, oavsett vilken finansieringsmetod som används (dom av den 12 juli 2001, Smits och Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, punkterna 76–79, dom av den 16 maj 2006, Watts, C-372/04, EU:C:2006:325, punkterna 108 och 109, och dom av den 5 oktober 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, punkt 43).
- 47 Det kan således inte uteslutas att risken för att den ekonomiska balansen i det sociala trygghetssystemet allvarligt rubbas kan utgöra ett legitimt mål som kan motivera en skillnad i behandling på grund av religion. Målsättningen att upprätthålla en väl avvägd läkar- och sjukhusvård som är tillgänglig för alla kan också omfattas av undantagen vad gäller hänsyn till folkhälsan, i den mån målsättningen bidrar till att säkerställa en hög nivå vad avser hälsoskyddet (se, analogt, vad gäller friheten att tillhandahålla tjänster, dom av den 5 oktober 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, punkt 42 och där angiven rättspraxis).
- 48 Såsom det har erinrats om i punkt 24 i förevarande dom ska en försäkrad som har erhållit det förhandstillstånd som föreskrivs i artikel 20.1 i förordning nr 883/2004 i princip, under den tid som har fastställts av den behöriga institutionen, erhålla vårdförmåner som utges för nämnda institutions räkning av institutionen i vistelsemedlemsstaten i enlighet med bestämmelserna i den lagstiftning som institutionen tillämpar som om den försäkrade vore försäkrad där. Domstolen har i detta avseende påpekat att den rätt som den försäkrade har tillerkänts således innebär att vården först ska bekostas av institutionen i vistelsemedlemsstaten enligt den lagstiftning som institutionen tillämpar och att den behöriga institutionen därefter ska ersätta institutionen i vistelsemedlemsstaten i enlighet med de villkor som föreskrivs i artikel 35 i förordning nr 883/2004 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 april 2005, Keller, C-145/03, EU:C:2005:211, punkterna 65 och 66). Enligt den sistnämnda bestämmelsen ska vårdförmåner som tillhandahålls av en medlemsstats institution för en annan medlemsstats institutions räkning, med stöd av det kapitel till vilket nämnda bestämmelse hör, ersättas i sin helhet.
- 49 Härav följer att för det fall vårdtjänster som tillhandahålls i vistelsemedlemsstaten medför högre kostnader än kostnaderna för de tjänster som skulle ha tillhandahållits i den medlemsstat där den försäkrade är bosatt, kan skyldigheten att betala full ersättning medföra merkostnader för den sistnämnda medlemsstaten.
- 50 Såsom den hänskjutande domstolen med rätta har påpekat skulle sådana merkostnader svårligen kunna förutses om den behöriga institutionen, för att undvika en skillnad i behandling på grund av religion vid genomförandet av artikel 20 i förordning nr 883/2004 var skyldig att beakta den försäkrades religiösa övertygelser, eftersom dessa övertygelser omfattas av den försäkrades "forum internum" och till sin natur är subjektiva (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 januari 2019, Cresco Investigation, C-193/17, EU:C:2019:43, punkt 58 och där angiven rättspraxis).

- 51 Sålösom den italienska regeringen har påpekats i sitt skriftliga yttrande är det dessutom möjligt att de nationella hälso- och sjukvårdssystemen kan bli föremål för ett stort antal ansökningar om tillstånd till gränsöverskridande hälso- och sjukvård som grundar sig på religiösa skäl snarare än på den försäkrades hälsotillstånd.
- 52 Om den behöriga institutionen var tvungen att beakta den försäkrades religiösa övertygelser, skulle sådana merkostnader, med hänsyn till deras oförutsägbarhet och potentiella omfattning, kunna medföra en risk för den finansiella stabiliteten i sjukförsäkringssystemet, vilket är ett legitimt mål som erkänns i unionsrätten. Av detta följer att ett system med förhandstillstånd som inte tar hänsyn till den försäkrades religiösa övertygelse utan endast är grundat på medicinska kriterier kan minska en sådan risk och således förefaller vara ägnat att säkerställa detta mål.
- 53 Vad gäller frågan huruvida den lagstiftning som är aktuell i det nationella målet är nödvändig erinrar domstolen om att det ankommer på medlemsstaterna att fastställa på vilken nivå de vill säkerställa skyddet för folkhälsan och på vilket sätt denna nivå ska uppnås. Eftersom nivån i fråga kan variera mellan medlemsstaterna, ska medlemsstaterna medges ett utrymme för skönsmässig bedömning (dom av den 12 november 2015, Visnapuu, C-198/14, EU:C:2015:751, punkt 118 och där angiven rättspraxis).
- 54 Domstolen konstaterar följaktligen att den medlemsstat där personen är försäkrad, i avsaknad av ett system med förhandstillstånd som grundar sig på rent medicinska kriterier, skulle drabbas av en ytterligare ekonomisk börda som svårligen kan förutses och som kan medföra en risk för den ekonomiska stabiliteten i dess sjukförsäkringssystem.
- 55 Under dessa förhållanden framstår den omständigheten att den berörda personens religiösa övertygelser inte beaktas vid prövningen av en ansökan om förhandstillstånd avseende ersättning från den behöriga institutionen för den planerade vården i en annan medlemsstat som en åtgärd som är motiverad med hänsyn till det mål som nämnts i punkt 52 ovan, som inte går utöver vad som är objektivt nödvändigt för detta ändamål och som uppfyller det proportionalitetskrav som det erinrats om i punkt 37 i förevarande dom.
- 56 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första frågan besvaras enligt följande. Artikel 20.2 i förordning nr 883/2004, jämförd med artikel 21.1 i stadgan, ska tolkas så, att den inte utgör hinder för att den försäkrades bosättningsmedlemsstat nekar att bevilja den försäkrade det tillstånd som föreskrivs i artikel 20.1 i denna förordning när viss sjukhusvård, vars medicinska effektivitet inte ger upphov till några tvivel, är tillgänglig i denna medlemsstat men den använda behandlingsmetoden strider mot denna persons religiösa övertygelse.

Den andra frågan

Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till prövning

- 57 Hälsoministeriet samt den lettiska och den polska regeringen har gjort gällande att direktiv 2011/24 inte är relevant i det nationella målet, eftersom A inte har ansökt om förhandstillstånd för att den behöriga institutionen ska ersätta den gränsöverskridande vård som är avsedd för A:s son i enlighet med detta direktiv. Vid förhandlingen vid domstolen gjordes det även gällande att A inte hade begärt ersättning för den gränsöverskridande vård som A:s son erhållit inom ett år, såsom krävs enligt den lettiska lagstiftning genom vilken direktiv 2011/24 införlivades.
- 58 Eftersom de frågor som ställts avseende unionsrätten presumeras vara relevanta har domstolen endast möjlighet att underlåta att besvara en tolkningsfråga från en nationell domstol när det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i det nationella målet, när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har

tillgång till de uppgifter om de faktiska och rättsliga omständigheterna som krävs för att den ska kunna ge ett användbart svar på de frågor som har ställts till den (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 december 2006, Cipolla m.fl., C-94/04 och C-202/04, EU:C:2006:758, punkt 25, dom av den 19 juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, punkt 32, och dom av den 9 oktober 2014, Petru, C-268/13, EU:C:2014:2271, punkt 23).

59 Så är emellertid inte fallet i förevarande mål.

60 När det gäller de skäl som fått den hänskjutande domstolen att ställa frågor angående tolkningen av artikel 8.5 i direktiv 2011/24, framgår det av beslutet om hänskjutande att eftersom parterna i det nationella målet har olika uppfattning om hur denna bestämmelse ska tolkas önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida bestämmelsen är tillämplig när myndigheterna i bosättningsmedlemsstaten nekar ett sådant tillstånd som avses i artikel 8.1 i direktivet under sådana omständigheter som de som är aktuella i det nationella målet. Den hänskjutande domstolen anser att utgången i det nationella målet är beroende av svaret på denna fråga.

61 Den begärda tolkningen, liksom prövningen av arten och omfattningen av kravet på ett sådant förhandstillstånd, avser artikel 20.2 i förordning nr 883/2004 och artikel 8 i direktiv 2011/24 för att den hänskjutande domstolen ska kunna få klarhet i huruvida A har rätt till ersättning i den medlemsstat där A är försäkrad för hela eller delar av de kostnader för gränsöverskridande sjukhusvård som A:s son har genomgått.

62 Det är således inte uppenbart att den begärda tolkningen saknar samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet. Det problem som tas upp är inte heller hypotetiskt, utan avser omständigheter som parterna i det nationella målet har diskuterat och som den hänskjutande domstolen har att ta ställning till. Domstolen har dessutom tillgång till de uppgifter om de faktiska och rättsliga omständigheterna som krävs för att kunna ge ett användbart svar på den ställda frågan.

63 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida klaganden i det nationella målet kunde ha ansökt om det i det nationella målet aktuella förhandstillståndet i enlighet med de nationella bestämmelser genom vilka artikel 8 i direktiv 2011/24 införlivades och huruvida en senare ansökan om ersättning ska anses ha ingetts efter utgången av de frister som föreskrivs i nationell rätt. I detta sammanhang ska det anses att en sådan ansökan om ersättning inom de gränser som föreskrivs i artikel 7 i detta direktiv underförstått men med nödvändighet ingår i en ansökan om full ersättning enligt förordning nr 883/2004.

64 Av detta följer att den andra frågan kan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

65 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 8.5 och 8.6 d i direktiv 2011/24, jämförd med artikel 21.1 i stadgan, ska tolkas så, att den utgör hinder för att den medlemsstat där patienten är försäkrad vägrar att bevilja patienten det tillstånd som avses i artikel 8.1 i detta direktiv när sjukhusvård, vars medicinska effektivitet inte ger upphov till tvivel, är tillgänglig i den medlemsstaten men när den behandlingsmetod som används strider mot patientens religiösa övertygelser.

66 Såsom framgår av skäl 8 i direktiv 2011/24 har detta direktiv kodifierat domstolens praxis avseende den frihet att tillhandahålla tjänster som garanteras i artikel 56 FEUF på hälso- och sjukvårdsområdet, samtidigt som syftet är att uppnå en mer allmän och lika effektiv tillämpning av de principer som slagits fast i denna rättspraxis från fall till fall.

- 67 I artikel 7.1 i direktiv 2011/24 föreskrivs således, utan att det påverkar tillämpningen av förordning nr 883/2004 och om inte annat följer av artiklarna 8 och 9 i detta direktiv, att den medlemsstat där personen är försäkrad ska se till att kostnaderna för en försäkrad person som erhåller gränsöverskridande hälso- och sjukvård ersätts, om vården ingår i de förmåner som den försäkrade personen har rätt till i den medlemsstaten.
- 68 I artikel 7.4 i direktiv 2011/24 föreskrivs dessutom att kostnaderna för gränsöverskridande vård ska ersättas eller betalas direkt av försäkringsmedlemsstaten med ett belopp som motsvarar de kostnader som den skulle ha haft om vården hade tillhandahållits inom dess territorium, utan att ersättningen överstiger de verkliga kostnaderna för den erhållna vården.
- 69 I artikel 8 i direktivet föreskrivs dessutom att en medlemsstat får kräva förhandstillstånd för sjukhusvård. I denna bestämmelse preciseras emellertid att ett sådant system, inbegripet kriterierna, tillämpningen av dessa kriterier och de individuella besluten att neka förhandstillstånd, ska begränsas till vad som är nödvändigt och proportionerligt i förhållande till det eftersträlvade målet och inte får utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller ett omotiverat hinder för patienternas fria rörlighet.
- 70 I skäl 43 i direktiv 2011/24 anges att kriterierna för beviljande av förhandstillstånd bör motiveras med tvingande hänsyn till allmänintresset, vilket skulle kunna berättiga hinder för den fria rörligheten för hälso- och sjukvård, exempelvis krav på planering i samband med målet att garantera tillräcklig och kontinuerlig tillgång till ett väl avvägt utbud av behandlingar av hög kvalitet i medlemsstaten i fråga eller önskemålet att kontrollera kostnaderna och, i möjligaste mån, undvika allt slöseri med ekonomiska, tekniska eller personella resurser.
- 71 Den lettiska regeringen har i sitt skriftliga yttrande gjort gällande att systemet med förhandstillstånd, genom vilket artikel 8.1 i direktiv 2011/24 genomförs, syftar till att säkerställa en kontroll över kostnaderna och att säkerställa tillräcklig och ständig tillgång till ett väl avvägt utbud av behandlingar av god kvalitet. Eftersom sådana mål är berättigade, såsom framgår av punkterna 46 och 47 ovan, ankommer det på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida nämnda system är begränsat till vad som är nödvändigt och proportionerligt för att uppnå dem.
- 72 Vad för det första gäller målet att skydda den finansiella stabiliteten i det sociala trygghetssystemet, ska det påpekas att det finns en systemisk skillnad mellan det ersättningssystem som införts genom förordning nr 883/2004 och det system som föreskrivs i direktiv 2011/24.
- 73 I motsats till artikel 20.2 i förordning nr 883/2004 föreskrivs i artikel 7.4 första stycket i direktiv 2011/24, såsom det har erinrats om i punkt 68 ovan, att kostnaderna för den gränsöverskridande vården ska ersättas eller betalas direkt av försäkringsmedlemsstaten med ett belopp som motsvarar de kostnader som den skulle ha haft om vården hade tillhandahållits inom dess territorium, och detta utan att ersättningen överstiger de verkliga kostnaderna för den erhållna vården.
- 74 Den återbetalning som föreskrivs i artikel 7 i direktiv 2011/24 kan således vara föremål för två begränsningar. För det första beräknas den på grundval av de taxor som är tillämpliga på hälso- och sjukvård i försäkringsmedlemsstaten. För det andra gäller att om kostnaderna för den vård som tillhandahålls i den mottagande medlemsstaten är lägre än kostnaderna för den vård som tillhandahålls i försäkringsmedlemsstaten ska ersättningen inte överstiga de verkliga kostnaderna för den erhållna vården.
- 75 Eftersom ersättningen för denna vård enligt direktiv 2011/24 är underkastad denna dubbla begränsning, kan hälso- och sjukvårdssystemet i försäkringsmedlemsstaten inte vara utsatt för en sådan risk för merkostnader till följd av ersättning för gränsöverskridande vård som konstaterats i punkterna 49–54 i förevarande dom.

- 76 Denna tolkning stöds för övrigt av skäl 29 i direktiv 2011/24, i vilket det uttryckligen anges att ersättningen för kostnaderna inte får ha någon betydande inverkan på finansieringen av de nationella hälso- och sjukvårdssystemen.
- 77 Inom ramen för direktiv 2011/24, och till skillnad från de situationer som regleras av förordning nr 883/2004, kommer följaktligen försäkringsmedlemsstaten i princip inte att drabbas av ytterligare ekonomisk belastning när det är fråga om gränsöverskridande vård.
- 78 Under sådana omständigheter kan ett sådant syfte i princip inte åberopas för att motivera en vägran att bevilja det tillstånd som föreskrivs i artikel 8.1 i direktiv 2011/24 under sådana omständigheter som dem i det nationella målet.
- 79 Vad gäller målet att upprätthålla en vårdkapacitet och en medicinsk kompetens, ankommer det på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida det lettiska systemet med förhandstillstånd, genom vilket artikel 8.1 i direktiv 2011/24 genomförs, är begränsat till vad som var nödvändigt och proportionerligt för att uppnå detta mål, när försäkringsmedlemsstaten vägrade att ersätta kostnaderna för gränsöverskridande sjukhusvård för klagandens son i nivå med vad som skulle ha betalats för identisk vård i denna medlemsstat.
- 80 Om den hänskjutande domstolen finner att så inte är fallet, får de lettiska myndigheterna inte som villkor för ersättning för kostnaderna för denna behandling på nivå med kostnaderna för en identisk behandling i försäkringsmedlemsstaten kräva ett förhandstillstånd utfärdat i enlighet med artikel 8.5 och 8.6 d i nämnda direktiv.
- 81 Om den hänskjutande domstolen däremot anser att systemet med förhandstillstånd är begränsat till vad som är nödvändigt och proportionerligt för att uppnå detta mål, ska det noteras att artikel 8.5 och 8.6 d i direktiv 2011/24 ska tolkas så, att den sistnämnda bestämmelsen endast beaktar patientens hälsotillstånd.
- 82 Det finns nämligen inga omständigheter som verkligen motiverar olika tolkningar avseende å ena sidan artikel 20.2 i förordning nr 883/2004 och å andra sidan artikel 8.5 och 8.6 d i direktiv 2011/24 och i båda fallen är frågan huruvida den berörde kan erbjudas den sjukhusvård som hans hälsotillstånd kräver i bosättningsmedlemsstaten inom godtagbar tid, så att behandlingen förblir ändamålsenlig och effektiv (se, analogt, dom av den 16 maj 2006, Watts, C-372/04, EU:C:2006:325, punkt 60).
- 83 När försäkringsmedlemsstaten vägrar att bevilja det förhandstillstånd som föreskrivs i artikel 8.1 i direktiv 2011/24, med motiveringen att kraven i punkten 5 i denna artikel inte är uppfyllda, tillämpar denna medlemsstat unionsrätten i den mening som avses i artikel 51.1 i stadgan, vilket innebär att medlemsstaten är skyldig att iaktta de grundläggande rättigheter som garanteras i stadgan, bland annat dem som slås fast i artikel 21 i stadgan.
- 84 I likhet med övervägandena i punkterna 41 och 42 ovan medför ett sådant avslag indirekt skillnad i behandling på grund av religion. Eftersom denna skillnad i behandling har det legitima syftet att upprätthålla en kapacitet för hälso- och sjukvård och en medicinsk kompetens, ankommer det på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida nämnda skillnad i behandling är proportionerlig. Den hänskjutande domstolen ska bland annat pröva huruvida beaktandet av patienternas religiösa övertygelser vid genomförandet av artikel 8.5 och 8.6 d i direktiv 2011/24 medför en risk för planeringen av sjukhusvård i den medlemsstat där patienten är försäkrad.
- 85 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den andra frågan besvaras enligt följande. Artikel 8.5 och 8.6 d i direktiv 2011/24, jämförd med artikel 21.1 i stadgan, ska tolkas så, att den utgör hinder för att den medlemsstat där patienten är försäkrad vägrar att bevilja patienten ett sådant tillstånd som föreskrivs i artikel 8.1 i direktivet, när sjukhusvård, vars medicinska effektivitet inte ger upphov till tvivel, är tillgänglig i den medlemsstaten men när den behandlingsmetod som används strider mot patientens

religiösa övertygelser, om inte denna vägran är objektivt motiverad av det legitima syftet att upprätthålla en kapacitet för hälso- och sjukvård och en medicinsk kompetens, och utgör ett lämpligt och nödvändigt medel för att uppnå detta mål, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma.

Rättegångskostnader

- ⁸⁶ Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

- 1) Artikel 20.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen, jämförd med artikel 21.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, ska tolkas så, att den inte utgör hinder för att den försäkrades bosättningsmedlemsstat nekar att bevilja den försäkrade det tillstånd som föreskrivs i artikel 20.1 i denna förordning när viss sjukhusvård, vars medicinska effektivitet inte ger upphov till några tvivel, är tillgänglig i denna medlemsstat men den använda behandlingsmetoden strider mot denna persons religiösa övertygelse.
- 2) Artikel 8.5 och 8.6 d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/24/EU av den 9 mars 2011 om tillämpningen av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård, jämförd med artikel 21.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, ska tolkas så, att den utgör hinder för att den medlemsstat där patienten är försäkrad vägrar att bevilja patienten ett sådant tillstånd som föreskrivs i artikel 8.1 i direktivet, när sjukhusvård, vars medicinska effektivitet inte ger upphov till tvivel, är tillgänglig i den medlemsstaten men när den behandlingsmetod som används strider mot patientens religiösa övertygelser, om inte denna vägran är objektivt motiverad av det legitima syftet att upprätthålla en kapacitet för hälso- och sjukvård och en medicinsk kompetens, och utgör ett lämpligt och nödvändigt medel för att uppnå detta mål, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma.

Underskrifter



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 15 juli 2021 *

”Begäran om förhandsavgörande – Fri rörlighet för personer – Unionsmedborgarskap – Förordning (EG) nr 883/2004 – Artikel 3.1 a – Förmåner vid sjukdom – Begrepp – Artiklarna 4 och 11.3 e – Direktiv 2004/38/EG – Artikel 7.1 b – Uppehållsrätt för längre tid än tre månader – Krav på att ha en heltäckande sjukförsäkring – Artikel 24 – Likabehandling – Medborgare i en medlemsstat som inte är yrkesverksam och som vistas lagligt i en annan medlemsstat – Den mottagande medlemsstaten vägrar att ansluta denna person till det allmänna sjukförsäkringssystemet”

I mål C-535/19,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Augstākā tiesa (Senāts) (Högsta domstolen, Lettland) genom beslut av den 9 juli 2019, som inkom till domstolen den 12 juli 2019, i målet

A

ytterligare deltagare i rättegången:

Latvijas Republikas Veselības ministrija,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden K. Lenaerts, vice ordföranden R. Silva de Lapuerta, avdelningsordförandena J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, A. Prechal, N. Piçarra och N. Wahl samt domarna E. Juhász, M. Safjan, D. Šváby, S. Rodin, F. Biltgen, K. Jürimäe (referent), C. Lycourgos och P.G. Xuereb,

generaladvokat: H. Saugmandsgaard Øe,

justitiesekreterare: enhetschefen M. Aleksejev,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 28 september 2020,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– A, genom L. Liepa, advokäts,

* Rättegångsspråk: lettiska.

- Latvijas Republikas Veselibas ministrija, inledningsvis genom I. Viņķele och R. Osis, därefter genom R. Osis,
- Lettlands regering, inledningsvis genom V. Soņeca, V. Kalniņa och K. Pommere, därefter genom K. Pommere, samtliga i egenskap av ombud,
- Spaniens regering, genom L. Aguilera Ruiz, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom D. Martin, E. Montaguti och I. Rubene, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 11 februari 2021 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 18, 20.1 och 21 FEUF, artiklarna 3.1 a, 4 och 11.3 e i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen (EUT L 166, 2004, s. 1, och rättelse i EUT L 200, 2004, s. 1), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 988/2009 av den 16 september 2009 (EUT L 284, 2009, s. 43) (nedan kallad förordning nr 883/2004) samt artiklarna 7.1 b och 24 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (EUT L 158, 2004, s. 77, och rättelse i EUT L 229, 2004, s. 35).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan A och Latvijas Republikas Veselibas ministrija (Republiken Lettlands hälsovårdsministerium) angående ministeriets beslut att inte ansluta A till det allmänna sjukförsäkringssystemet och utfärda ett europeiskt sjukförsäkringskort.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Förordning nr 883/2004

- 3 I artikel 2 i förordning nr 883/2004, med rubriken ”Personkrets”, föreskrivs följande i punkt 1:
”Denna förordning skall tillämpas på alla som är medborgare i en medlemsstat, statslösa och flyktingar som är bosatta i en medlemsstat och som omfattas eller har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater, samt deras familjemedlemmar och efterlevande.”

4 Artikel 3 i förordningen, med rubriken ”Sakområden”, har följande lydelse:

”1. Denna förordning skall tillämpas på all lagstiftning om de grenar av den sociala tryggheten som rör

a) förmåner vid sjukdom,

...

5. Denna förordning skall inte tillämpas på

a) socialhjälp och medicinsk hjälp, eller

...”

5 Artikel 4 i förordningen, som rör ”[l]ikabehandling”, har följande lydelse:

”Om inte annat föreskrivs i denna förordning, skall de personer på vilka denna förordning skall tillämpas ha samma rättigheter och skyldigheter enligt en medlemsstats lagstiftning som denna medlemsstats egna medborgare.”

6 I artikel 11 i samma förordning anges ”[a]llmänna bestämmelser” om bestämmande av tillämplig lagstiftning. Den har följande lydelse:

”1. De personer som denna förordning tillämpas på skall omfattas av endast en medlemsstats lagstiftning. Denna lagstiftning skall fastställas i enlighet med denna avdelning.

...

3. Om inget annat följer av artiklarna 12–16, skall

a) en person som arbetar som anställd eller bedriver verksamhet som egenföretagare i en medlemsstat omfattas av lagstiftningen i den medlemsstaten,

b) en offentligt anställd omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat till vilken den förvaltning som sysselsätter denne hör,

c) en person som erhåller arbetslöshetsersättning i enlighet med artikel 65 enligt lagstiftningen i den medlemsstat där denne är bosatt omfattas av den medlemsstatens lagstiftning,

d) en person som är inkallad eller återinkallad till militärtjänstgöring eller civil tjänstgöring i en medlemsstat omfattas av lagstiftningen i den medlemsstaten,

e) en person på vilken a–d inte är tillämpliga omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat där denne är bosatt, utan att det påverkar tillämpningen av andra bestämmelser i denna förordning enligt vilka personen har rätt till förmåner enligt lagstiftningen i en eller flera andra medlemsstater.

...”

Direktiv 2004/38

- 7 Skäl 10 i direktiv 2004/38 har följande lydelse:

”Personer som utövar sin rätt till fri rörlighet bör emellertid inte bli en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem under den första tiden av vistelsen. Därför bör unionsmedborgarnas och deras familjemedlemmars uppehållsrätt under längre tid än tre månader vara underkastad villkor.”

- 8 I artikel 7.1 i direktivet, som återfinns i kapitel III med rubriken ”Uppehållsrätt”, föreskrivs följande:

”Varje unionsmedborgare skall ha rätt att uppehålla sig inom en annan medlemsstats territorium under längre tid än tre månader om den berörda personen

...

b) för egen och sina familjemedlemmars räkning har tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem under vistelsen, samt har en heltäckande sjukförsäkring som gäller i den mottagande medlemsstaten ...

...”

- 9 I artikel 14.2 första stycket i nämnda direktiv föreskrivs följande:

”Unionsmedborgare och deras familjemedlemmar skall ha uppehållsrätt enligt artiklarna 7, 12 och 13 så länge de uppfyller villkoren i dessa artiklar.”

- 10 I artikel 16.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Unionsmedborgare som har uppehållit sig lagligt under en fortlöpande period av fem år i den mottagande medlemsstaten skall ha permanent uppehållsrätt där. Denna rätt skall inte vara underkastad villkoren i kapitel III.”

- 11 I artikel 24 i direktiv 2004/38 föreskrivs följande:

”1. Om inte annat följer av sådana specifika bestämmelser som uttryckligen anges i [EUF-]fördraget och sekundärlagstiftningen skall alla unionsmedborgare som enligt detta direktiv uppehåller sig i den mottagande medlemsstaten åtnjuta samma behandling som den medlemsstatens egna medborgare inom de områden som omfattas av fördraget. Även familjemedlemmar som inte är medborgare i en medlemsstat, men som har uppehållsrätt eller permanent uppehållsrätt, skall åtnjuta denna rättighet.

2. Genom undantag från punkt 1 skall den mottagande medlemsstaten inte vara skyldig att bevilja socialt bistånd under uppehållets första tre månader, eller i förekommande fall den längre period som anges i artikel 14.4 b, och heller inte innan permanent uppehållsrätt beviljats vara skyldig att bevilja bistånd till uppehälle för studier inklusive yrkesutbildning i form av studiebidrag eller studielån till andra personer än anställda eller egenföretagare, personer som behåller sådan ställning eller deras familjemedlemmar.”

Lettisk rätt

- 12 I artikel 17 i Ārstniecības likums (lagen om sjukvård, *Latvijas Vēstnesis*, 1997, nr 167/168), i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet (nedan kallad lagen om sjukvård), föreskrivs följande:

”1. Sjukvård finansierad med medel från statens allmänna budget och med vårdtagarens medel ska, på de villkor som regeringen beslutar, ges till följande personer:

- 1) lettiska medborgare,
- 2) vissa i Lettland bosatta personer som inte är lettiska medborgare,
- 3) medborgare i Europeiska unionens medlemsstater, i stater som ingår i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och i Schweiziska edsförbundet som uppehåller sig i Lettland i egenskap av anställda eller egenföretagare samt dessas familjemedlemmar,
- 4) utlänningar med tillstånd att permanent uppehålla sig i Lettland,
- 5) flyktingar och personer som beviljats subsidiärt skydd,
- 6) personer som grips, frihetsberövas och döms till en frihetsberövande påföljd.

...

3. Personer som är gifta med lettiska medborgare, eller med vissa i Lettland bosatta personer som inte är lettiska medborgare, och som innehar tidsbegränsat uppehållstillstånd i Lettland har, på de villkor som regeringen beslutar, rätt att kostnadsfritt erhålla obstetrisk vård finansierad med medel från statens allmänna budget och med vårdtagarens medel.

...

5. Personer som inte nämns i punkterna 1, 3 och 4 i denna artikel erhåller sjukvård mot betalning.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 13 I slutet av år 2015 eller i januari 2016 lämnade A, en italiensk medborgare, Italien och bosatte sig i Lettland för att återförenas med sin maka, som är lettisk medborgare, samt deras två minderåriga barn, som är lettiska och italienska medborgare.
- 14 Före avresan underrättade A de behöriga italienska myndigheterna om sin flytt till Lettland. Han skrevs således in i registret över italienska medborgare bosatta utomlands. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att han i denna egenskap inte längre kan erhålla sjukvård i Italien som bekostas av det hälso- och sjukvårdssystem som finansieras av denna medlemsstat.
- 15 Den 22 januari 2016 ansökte A hos Latvijas Nacionālais veselības dienests (Lettlands nationella hälso- och sjukvårdsmyndighet) om inskrivning i registret över hälso- och sjukvårdsmottagare och om utfärdande av ett europeiskt sjukförsäkringskort. Såsom framgår av begäran om

förhandsavgörande motsvarar inskrivningen i detta register anslutningen till ett obligatoriskt offentligt sjukförsäkringssystem, vars finansiering huvudsakligen är offentlig och som gör det möjligt för förmånsberättigade personer att erhålla sjukvård som finansieras av staten såsom vårdförmåner (nedan kallat det offentliga sjukvårdssystemet).

- 16 Genom beslut av den 17 februari 2016 avlog Lettlands nationella sjukvårdsmyndighet denna ansökan.
- 17 Detta beslut fastställdes genom beslut av Republiken Lettlands hälsovårdsministerium av den 8 juli 2016, med motiveringen att A inte ingick i någon av de kategorier av personer som har rätt till sjukvård som finansieras av staten och som avses i artikel 17.1, 17.3 eller 17.4 i lagen om sjukvård, eftersom han varken var anställd eller egenföretagare i Lettland, utan vistades där på grundval av ett intyg om registrering av unionsmedborgare. Han kan således endast komma i åtnjutande av hälso- och sjukvårdstjänster mot betalning, i enlighet med artikel 17.5 i denna lag.
- 18 A överklagade detta beslut och överklagandet avslogs såväl i första instans av Administratīvā rajona tiesa (distriktsförvaltningsdomstol, Lettland) som i dom av den 5 januari 2018 av Administratīvā apgabaltiesa (regional förvaltningsdomstol, Lettland).
- 19 Dessa båda domstolar ansåg i huvudsak att en skillnad i behandling mellan, å ena sidan, A, som lagligen vistades i Lettland med stöd av artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 och kunde åberopa artikel 24.1 i direktivet, och, å andra sidan, lettiska medborgare som var ekonomiskt inaktiva kunde motiveras av ett legitimt syfte att skydda de offentliga finanserna och var proportionerlig. A har nämligen rätt till akutsjukvård, sjukförsäkringsavgifterna är inte oproportionerliga och A kan från förvärvet av permanent uppehållsrätt erhålla sjukvård som finansieras av staten.
- 20 A överklagade domen av den 5 januari 2018 från Administratīvā apgabaltiesa (regional förvaltningsdomstol) till den hänskjutande domstolen, Augstākā tiesa (Senāts) (Högsta domstolen, Lettland).
- 21 Den hänskjutande domstolen har påpekat att artikel 17 i lagen om sjukvård syftar till att införliva artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 med lettisk rätt, vilket är tillämpligt i det nationella målet. Den hänskjutande domstolen vill däremot få klarhet i huruvida förordning nr 883/2004 är tillämplig. Å ena sidan skulle sjukvård som finansieras av staten kunna kvalificeras som "socialförsäkringsförmåner" i den mening som avses i artikel 3.1 i denna förordning, eftersom tillgången till det offentliga sjukvårdssystemet beviljas enligt objektiva kriterier och denna sjukvård kan utgöra "förmåner vid sjukdom" i den mening som avses i led a i denna bestämmelse. Å andra sidan uppkommer emellertid frågan huruvida detta system är undantaget från förordningens tillämpningsområde enligt artikel 3.5 a i förordningen.
- 22 För det fall förordning nr 883/2004 inte är tillämplig i det nationella målet, önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida lagen om sjukvård är förenlig med artiklarna 18 FEUF och 21 FEUF.
- 23 För det fall förordning nr 883/2004 tvärtom skulle vara tillämplig, ska räckvidden av artikel 11.3 e i denna förordning fastställas. Syftet med denna bestämmelse är bland annat att förhindra att personer som omfattas av tillämpningsområdet för nämnda förordning berövas skydd på området för social trygghet i avsaknad av lagstiftning som är tillämplig på dem. A nekades tillträde till det offentliga sjukvårdssystemet såväl i Italien som i Lettland och berövades således möjligheten att få tillgång till ett sådant skydd.

- 24 Den hänskjutande domstolen önskar även få klarhet i samspelet mellan förordning nr 883/2004 och direktiv 2004/38 mot bakgrund av den rättspraxis som följer av domen av den 19 september 2013, Brey (C-140/12, EU:C:2013:565). I detta sammanhang önskar den hänskjutande domstolen få klarhet avseende tolkningen av principen om icke-diskriminering, såsom denna kommer till uttryck särskilt i artikel 4 i förordningen och i artikel 24.1 i direktivet. Enligt den hänskjutande domstolen kan skillnaden i behandling mellan, å ena sidan, ekonomiskt inaktiva unionsmedborgare, såsom A, och, å andra sidan, lettiska medborgare och unionsmedborgare som är ekonomiskt aktiva vara oproportionerlig i förhållande till det legitima syftet att skydda Republiken Lettlands offentliga finanser. Det bör fastställas huruvida de lettiska myndigheterna, med hänsyn till de individuella omständigheter som kännetecknar A:s särskilda situation, borde ha gjort en helhetsbedömning av den börda som det konkret skulle innebära, om A beviljades tillgång till det offentliga sjukvårdssystemet, för hela det nationella systemet för socialt bistånd. Den omständigheten att A har nära personliga band till Lettland kan göra att det inte är tillåtet att automatiskt vägra honom sådan tillgång.
- 25 Den hänskjutande domstolen har slutligen påpekat att enligt rättspraxis från bland annat domen av den 11 november 2014, Dano (C-333/13, EU:C:2014:2358), kan en unionsmedborgare endast göra anspråk på att behandlas på samma sätt som den mottagande medlemsstatens medborgare enligt artikel 24.1 i direktiv 2004/38 om vistelsen i den medlemsstaten uppfyller villkoren i direktivet. A uppfyller emellertid villkoren för laglig vistelse i artikel 7.1 b i nämnda direktiv. Därmed uppkommer frågan huruvida den omständigheten att en unionsmedborgare, såsom A, har en heltäckande sjukförsäkring kan motivera att vederbörande nekas tillgång till det offentliga sjukvårdssystemet.
- 26 Mot denna bakgrund beslutade Augstākā tiesa (Senāts) (Högsta domstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:
- ”1) Ska offentlig sjukvård anses ingå i begreppet ’förmåner vid sjukdom’ i den mening som avses i artikel 3.1 a i förordning nr 883/2004?
 - 2) För det fall fråga 1 besvaras jakande, är det tillåtet för medlemsstaterna enligt artikel 4 i förordning nr 883/2004 och artikel 24 i direktiv 2004/38 att, i syfte att undvika orimligt nyttjande av sociala förmåner avseende hälso- och sjukvård, neka icke-yrkesverksamma unionsmedborgare sådana förmåner, vilka beviljas medlemsstatens egna medborgare och familjemedlemmar till en unionsmedborgare som är yrkesverksamma och som befinner sig i samma situation som dessa medborgare?
 - 3) För det fall fråga 1 besvaras nekande, är det tillåtet för medlemsstaterna, enligt artiklarna 18 FEUF och 21 FEUF samt artikel 24 i direktiv 2004/38 att, i syfte att undvika orimligt nyttjande av sociala förmåner avseende hälso- och sjukvård, neka icke-yrkesverksamma unionsmedborgare sådana förmåner, vilka beviljas medlemsstatens egna medborgare och familjemedlemmar till unionsmedborgare som är yrkesverksamma och som befinner sig i samma situation som dessa medborgare?
 - 4) Är det förenligt med artikel 11.3 e i förordning nr 883/2004 att en unionsmedborgare som har utövat sin rätt till fri rörlighet nekas tillgång till av staten finansierad sjukvård i samtliga medlemsstater som berörs i det aktuella fallet?

- 5) Är det förenligt med artiklarna 18 FEUF, 20.1 FEUF och 21 FEUF att en unionsmedborgare som har utövat sin rätt till fri rörlighet nekas tillgång till av staten finansierad sjukvård i samtliga medlemsstater som berörs i det aktuella fallet?
- 6) Ska laglig uppehållsrätt i den mening som avses i artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 tolkas så, att den dels kan ge en person rätt att få tillgång till systemet för social trygghet, dels kan motivera att en person inte får ta del av det systemet? Med andra ord: kan det i ett sådant fall som det aktuella, där klaganden har en heltäckande sjukförsäkring, vilket utgör ett av villkoren för laglig uppehållsrätt enligt direktiv 2004/38, vara berättigat att neka klaganden registrering inom ramen för det av staten finansierade sjukvårdssystemet?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Fråga 1

- 27 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 3.1 a i förordning nr 883/2004 ska tolkas så, att sjukvårdsförmåner som finansieras av staten och som, utan någon individuell och skönsässig bedömning av personliga behov, beviljas personer som tillhör de kategorier av personer som definieras i den nationella lagstiftningen, utgör ”förmåner vid sjukdom” i den mening som avses i denna bestämmelse, vilka således omfattas av tillämpningsområdet för denna förordning, eller om de utgör ”socialhjälp och medicinsk hjälp”, som enligt artikel 3.5 a i förordningen inte omfattas av förordningens tillämpningsområde.
- 28 Det ska i detta hänseende erinras om att distinktionen mellan förmåner som omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 883/2004 och förmåner som inte gör det främst ska göras utifrån förmånernas grundläggande kännetecken, bland annat syftet och villkoren för beviljande, och inte vara beroende av om en viss förmån kvalificeras som en socialförsäkringsförmån eller inte i nationell lagstiftning (se, bland annat, dom av den 16 september 2015, kommissionen/Slovakien, C-433/13, EU:C:2015:602, punkt 70, och dom av den 25 juli 2018, A (Stöd till en person med funktionsnedsättning), C-679/16, EU:C:2018:601, punkt 31 och där angiven rättspraxis).
- 29 Det framgår således av domstolens fasta praxis att en förmån kan anses vara en socialförsäkringsförmån om den beviljas mottagaren – utan någon individuell och skönsässig bedömning av dennes personliga behov – på grundval av en situation som definieras i lag och den hänför sig till någon av de risker som uttryckligen räknas upp i artikel 3.1 i förordning nr 883/2004. Dessa villkor är kumulativa (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 juli 2018, A (Stöd till en person med funktionsnedsättning), C-679/16, EU:C:2018:601, punkterna 32 och 33 och där angiven rättspraxis).
- 30 Vad gäller det första villkoret i föregående punkt, ska det erinras om att detta villkor är uppfyllt när en förmån beviljas på grundval av objektiva kriterier som, så snart de är uppfyllda, ger rätt till förmånen utan att den behöriga myndigheten kan beakta andra personliga omständigheter (dom av den 25 juli 2018, A (Stöd till en person med funktionsnedsättning), C-679/16, EU:C:2018:601, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

- 31 När det gäller det andra villkor som anges i punkt 29 i förevarande dom, enligt vilket den aktuella förmånen måste hänföra sig till någon av de risker som uttryckligen räknas upp i artikel 3.1 i förordning nr 883/2004, erinrar domstolen om att ”förmåner vid sjukdom” uttryckligen nämns i led a i denna bestämmelse.
- 32 Domstolen har i detta avseende redan slagit fast att ”förmåner vid sjukdom”, i den mening som avses i denna bestämmelse, huvudsakligen avser en sjuk persons tillfrisknande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 november 1972, Heinze, 14/72, EU:C:1972:98, punkt 8), genom att tillhandahålla den vård som personens hälsotillstånd kräver (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 juli 2004, Gaumain-Cerri och Barth, C-502/01 och C-31/02, EU:C:2004:413, punkt 21), och täcker således den risk som är knuten till ett sjukdomstillstånd (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 juli 2011, Stewart, C-503/09, EU:C:2011:500, punkt 37, och dom av den 5 mars 2020, Pensionsversicherungsanstalt (Förmån som avser rehabilitering), C-135/19, EU:C:2020:177, punkt 32).
- 33 En förmån omfattas däremot av begreppet ”socialhjälp och medicinsk hjälp”, som enligt artikel 3.5 a i förordning nr 883/2004 inte omfattas av tillämpningsområdet för förordningen, när beviljandet av förmånen är beroende av en individuell bedömning av den sökandes personliga behov (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 1992, Hughes, C-78/91, EU:C:1992:331, punkt 17).
- 34 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 40 och 41 i sitt förslag till avgörande framgår det i förevarande fall av begäran om förhandsavgörande att de förmåner som är aktuella i det nationella målet uppfyller det första villkoret för att betraktas som socialförsäkringsförmåner, vilket det erinras om i punkt 29 ovan. Enligt de förklaringar som lämnats av den hänskjutande domstolen garanteras nämligen sjukvård för varje person som är bosatt i Lettland och som tillhör en av de kategorier som ska erhålla vård, vilka på ett objektivt sätt definieras i lagen om sjukvård, varvid den behöriga nationella myndigheten inte kan beakta andra personliga omständigheter.
- 35 Vad gäller det andra villkoret, som det erinrats om i punkt 29 i förevarande dom, framgår det av begäran om förhandsavgörande att de sjukvårdsförmåner som är i fråga i det nationella målet är förmåner som består i beviljande av sjukvård, vilken utgörs av vård för botande av sjuka personer. Sådana förmåner hänför sig således till den risk som följer av en sjukdom som uttryckligen nämns i artikel 3.1 a i förordning nr 883/2004.
- 36 Eftersom de två kumulativa villkor som anges i punkt 29 ovan förefaller vara uppfyllda, ska tillhandahållande av sjukvård av det slag som är aktuellt i det nationella målet kvalificeras som ”socialförsäkringsförmåner” i den mening som avses i artikel 3.1 i förordning nr 883/2004 och omfattas således av tillämpningsområdet för denna förordning.
- 37 Denna slutsats påverkas inte av finansieringssättet för sådana sjukvårdsförmåner. Domstolen har nämligen redan slagit fast att sättet att finansiera en förmån saknar betydelse för frågan huruvida den ska kvalificeras som en socialförsäkringsförmån (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 1992, Hughes, C-78/91, EU:C:1992:331, punkt 21, och dom av den 21 juni 2017, Martinez Silva, C-449/16, EU:C:2017:485, punkt 21).
- 38 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första frågan besvaras enligt följande. Artikel 3.1 a i förordning nr 883/2004 ska tolkas så, att sjukvårdsförmåner som finansieras av staten och som, utan någon individuell och skönsmässig bedömning av personliga behov, beviljas personer som

tillhör de kategorier av personer som definieras i den nationella lagstiftningen, utgör ”förmåner vid sjukdom” i den mening som avses i denna bestämmelse, vilka således omfattas av tillämpningsområdet för denna förordning.

Fråga 2 och frågorna 4–6

- 39 Eftersom fråga 2 och frågorna 4–6, vilka ska prövas tillsammans, avser tolkningen av ett stort antal bestämmelser i unionsrätten, nämligen artiklarna 18 FEUF, 20.1 FEUF och 21 FEUF, artiklarna 4 och 11.3 e i förordning nr 883/2004 samt artiklarna 7.1 b och 24 i direktiv 2004/38, ska domstolen avgöra vilka bestämmelser som behöver tolkas för att ge ett användbart svar på dessa frågor.
- 40 Domstolen erinrar inledningsvis om att artikel 18 första stycket FEUF, som förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet inom fördragets tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördragen, endast kan tillämpas självständigt i situationer som omfattas av unionsrätten men för vilka det inte finns några särskilda regler om icke-diskriminering i EUF-fördraget (dom av den 11 juni 2020, TÜV Rheinland LGA Products och Allianz IARD, C-581/18, EU:C:2020:453, punkt 31 och där angiven rättspraxis). Denna princip om icke-diskriminering preciseras i artikel 24 i direktiv 2004/38 med avseende på unionsmedborgare som, i likhet med A, utövar sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 oktober 2012, kommissionen/Österrike, C-75/11, EU:C:2012:605, punkt 49). Denna princip preciseras även i artikel 4 i förordning nr 883/2004 med avseende på unionsmedborgare som, i likhet med A, i den mottagande medlemsstaten gör gällande de förmåner som avses i artikel 3.1 i denna förordning, däribland, såsom framgår av svaret på den första tolkningsfrågan, sådana sjukvårdsförmåner som de som är aktuella i det nationella målet.
- 41 Enligt artikel 20.1 FEUF ska varje person som är medborgare i en medlemsstat vara unionsmedborgare. Ställningen som unionsmedborgare är avsedd att vara den grundläggande ställningen för medlemsstaternas medborgare (dom av den 20 september 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458, punkt 31, och dom av den 21 februari 2013, N., C-46/12, EU:C:2013:97, punkt 27). I artikel 20.2 andra stycket FEUF anges uttryckligen att unionsmedborgarnas rättigheter enligt denna artikel ska utövas ”enligt de villkor och begränsningar som fastställs i fördragen och genom de åtgärder som beslutats med tillämpning av dessa”.
- 42 Slutligen föreskrivs även i artikel 21.1 FEUF att unionsmedborgarnas rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier är underkastad ”de begränsningar och villkor som föreskrivs i fördragen och i bestämmelserna om genomförande av fördragen”.
- 43 I artikel 7.1 i direktiv 2004/38 föreskrivs sådana begränsningar och villkor för denna rättighet.
- 44 Under dessa omständigheter ska fråga 2 och frågorna 4–6 omformuleras så, att den hänskjutande domstolen genom dessa frågor önskar få klarhet i huruvida artiklarna 4 och 11.3 e i förordning nr 883/2004 samt artiklarna 7.1 b och 24 i direktiv 2004/38 ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken icke yrkesverksamma unionsmedborgare, som är medborgare i en annan medlemsstat och som enligt artikel 11.3 e i denna förordning omfattas av lagstiftningen i den mottagande medlemsstaten och utnyttjar sin rätt att uppehålla sig på denna medlemsstats territorium i enlighet med artikel 7.1 b i detta direktiv, inte har rätt att omfattas av det allmänna sjukförsäkringssystemet i den mottagande medlemsstaten för att få tillgång till sjukvårdsförmåner som finansieras av denna stat.

- 45 Domstolen erinrar för det första om att artikel 11.3 e i förordning nr 883/2004 innehåller en lagvalsregel för att avgöra vilken nationell lagstiftning som ska vara tillämplig på mottagande av de sociala trygghetsförmåner som räknas upp i artikel 3.1 i förordningen. Till dessa hör familjeförmåner, vilka kan sökas av andra än de personer som avses i artikel 11.3 a–d i förordning nr 883/2004, det vill säga bland annat personer som inte är yrkesverksamma (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 juni 2016, kommissionen/Förenade kungariket, C-308/14, EU:C:2016:436, punkt 63, och dom av den 8 maj 2019, Inspecteur van de Belastingdienst, C-631/17, EU:C:2019:381, punkterna 35 och 40). Av detta följer att de sistnämnda i princip omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat där de är bosatta.
- 46 Syftet med artikel 11.3 e i förordning nr 883/2004 är inte enbart att undvika att olika nationella lagstiftningar tillämpas samtidigt på en viss situation, med de komplikationer som kan följa därav, utan också att förhindra att de personer som omfattas av tillämpningsområdet för förordningen berövas skydd på området för social trygghet i avsaknad av lagstiftning som är tillämplig på dem (dom av den 14 juni 2016, kommissionen/Förenade kungariket, C-308/14, EU:C:2016:436, punkt 64 och där angiven rättspraxis).
- 47 Denna bestämmelse har som sådan inte till syfte att fastställa de materiella villkoren för rätten till socialförsäkringsförmåner. Det ankommer i princip på lagstiftaren i varje medlemsstat att bestämma dessa villkor (dom av den 14 juni 2016, kommissionen/Förenade kungariket, C-308/14, EU:C:2016:436, punkt 65 och där angiven rättspraxis).
- 48 När medlemsstaterna anger villkoren för rätten att ansluta sig till ett system för social trygghet, är de emellertid skyldiga att iaktta de gällande bestämmelserna i unionsrätten. Det ska särskilt påpekas att de lagvalsregler som fastställs genom förordning nr 883/2004 är tvingande för medlemsstaterna, och dessa har alltså inte rätt att fastställa i vilken utsträckning deras egen eller en annan medlemsstats lagstiftning är tillämplig (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2018, Walltopia, C-451/17, EU:C:2018:861, punkt 48 och där angiven rättspraxis, och dom av den 5 mars 2020, Pensionsversicherungsanstalt (Förmån som avser rehabilitering), C-135/19, EU:C:2020:177, punkt 43 och där angiven rättspraxis).
- 49 Villkoren för rätten att ansluta sig till ett system för social trygghet får således inte innebära att de som enligt förordning nr 883/2004 omfattas av tillämpningsområdet för den aktuella lagstiftningen utesluts från detta tillämpningsområde (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2018, Walltopia, C-451/17, EU:C:2018:861, punkt 49 och där angiven rättspraxis, och dom av den 5 mars 2020, Pensionsversicherungsanstalt (Förmån som avser rehabilitering), C-135/19, EU:C:2020:177, punkt 44 och där angiven rättspraxis).
- 50 Härav följer att en medlemsstat inte med stöd av sin nationella lagstiftning kan vägra att ansluta en unionsmedborgare, som enligt artikel 11.3 e i förordning nr 883/2004 omfattas av den medlemsstats lagstiftning, till det offentliga sjukförsäkringssystemet.
- 51 I förevarande fall har den hänskjutande domstolen angett att A är en icke yrkesverksam unionsmedborgare och att denne inte längre kan vara ansluten till det offentliga hälso- och sjukvårdssystemet i Italien. Härav följer att A, i enlighet med artikel 11.3 e i förordning nr 883/2004, omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat där han är bosatt, det vill säga lettisk lagstiftning. Under dessa omständigheter, och med beaktande av svaret på den första tolkningsfrågan, krävs enligt denna bestämmelse att en sådan unionsmedborgare kan vara ansluten till det allmänna sjukförsäkringssystemet i denna medlemsstat, såsom det sjukvårdssystem som finansieras av staten.

- 52 För det andra ska det påpekas att de aktuella frågorna avser situationen för en unionsmedborgare som uppehåller sig i en annan medlemsstat än den där han eller hon är medborgare under längre tid än tre månader men mindre än fem år, och som således ännu inte har permanent uppehållsrätt enligt artikel 16.1 i direktiv 2004/38.
- 53 Det ska i detta hänseende erinras om att det framgår av artikel 7.1 b i direktiv 2004/38, jämförd med skäl 10 i samma direktiv, att medlemsstaterna får kräva att unionsmedborgare, som är medborgare i en annan medlemsstat och som vill ha uppehållsrätt i medlemsstaten under längre tid än tre månader utan att utöva ekonomisk verksamhet, för egen del och för sina familjemedlemmar ska ha en heltäckande sjukförsäkring i den mottagande medlemsstaten och tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den medlemsstatens sociala biståndssystem under vistelsen där (dom av den 19 september 2013, Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, punkt 47 och där angiven rättspraxis).
- 54 Det följer av artikel 14.2 i direktiv 2004/38 att en unionsmedborgare och dennes familjemedlemmar endast bibehåller rätten att uppehålla sig inom den mottagande medlemsstatens territorium på grundval av artikel 7 i direktivet om unionsmedborgaren och dennes familjemedlemmar uppfyller villkoren i den bestämmelsen (dom av den 2 oktober 2019, Bajratari, C-93/18, EU:C:2019:809, punkt 40).
- 55 Det följer således av artikel 7.1 b i direktiv 2004/38, jämförd med artikel 14.2 i samma direktiv, att en unionsmedborgare som inte är yrkesverksam, under hela den tid som vistelsen i den mottagande medlemsstaten överstiger tre månader men understiger fem år, för egen räkning och för sina familjemedlemmar måste ha en heltäckande sjukförsäkring för att inte bli en orimlig belastning för den medlemsstatens offentliga finanser.
- 56 Detta villkor för en vistelse som är förenlig med direktiv 2004/38 skulle emellertid förlora all ändamålsenlig verkan om den mottagande medlemsstaten skulle anses vara skyldig att bevilja icke yrkesverksamma unionsmedborgare, som med stöd av artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 uppehåller sig på medlemsstatens territorium, en kostnadsfri anslutning till det allmänna sjukförsäkringssystemet.
- 57 Under dessa omständigheter ska det för det tredje fastställas hur de krav som uppställs i artikel 11.3 e i förordning nr 883/2004 respektive artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 förhåller sig till varandra.
- 58 Såsom framgår av punkt 50 i förevarande dom är den mottagande medlemsstaten för en unionsmedborgare som inte är yrkesverksam och som är bosatt inom dess territorium i enlighet med direktiv 2004/38 skyldig att ansluta unionsmedborgaren till det offentliga sjukförsäkringssystemet när unionsmedborgaren omfattas av den nationella lagstiftningen, enligt artikel 11.3 e i förordning nr 883/2004, men denna medlemsstat får föreskriva att tillgången till detta system inte är avgiftsfri för att undvika att unionsmedborgaren blir en orimlig belastning för den medlemsstatens offentliga finanser.
- 59 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 124 i sitt förslag till avgörande får den mottagande medlemsstaten göra anslutningen till det offentliga sjukförsäkringssystemet för en unionsmedborgare, som inte är yrkesverksam och som uppehåller sig på dess territorium med stöd av artikel 7.1 b i direktiv 2004/38, beroende av villkor som syftar till att unionsmedborgaren inte ska bli en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens offentliga finanser, såsom att unionsmedborgaren ingår eller fortsätter att omfattas av en heltäckande privat sjukförsäkring

som gör det möjligt för den mottagande medlemsstaten att erhålla ersättning för vårdkostnader som den har haft för unionsmedborgaren eller att unionsmedborgaren betalar en avgift till det offentliga sjukförsäkringssystemet i den mottagande medlemsstaten. I detta sammanhang ankommer det emellertid på den mottagande medlemsstaten att säkerställa att proportionalitetsprincipen iakttas och att det således inte är orimligt svårt för unionsmedborgaren att uppfylla villkoren.

- 60 Det ska vidare tilläggas att det inte går att dra någon annan slutsats av artikel 24 i direktiv 2004/38 och artikel 4 i förordning nr 883/2004.
- 61 En unionsmedborgare som uppfyller båda villkoren i artikel 7.1 b i direktiv 2004/38 har visserligen rätt till likabehandling enligt artikel 24.1 i direktivet. I den mån en sådan unionsmedborgare omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 883/2004 åtnjuter han eller hon även rätt till likabehandling enligt artikel 4 i denna förordning.
- 62 Eftersom det för ett jakande svar på frågan huruvida en sådan unionsmedborgares vistelse under en period på mer än tre månader och mindre än fem år är förenlig med direktiv 2004/38 bland annat uppställs som villkor att vederbörande har en heltäckande sjukförsäkring för att inte bli en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens offentliga finanser, kan unionsmedborgaren inte åberopa rätten till likabehandling för att kunna göra anspråk på kostnadsfri tillgång till det offentliga sjukförsäkringssystemet, utan att detta villkor skulle fråntas all ändamålsenlig verkan, vilket konstaterats ovan i punkt 56. Den eventuella särbehandling som till nackdel för en sådan unionsmedborgare skulle kunna följa av en icke kostnadsfri tillgång till detta system är således en oundviklig följd av kravet i artikel 7.1 b i direktivet på att unionsmedborgaren ska ha en heltäckande sjukförsäkring.
- 63 Mot bakgrund av det ovan anförda ska fråga 2 och frågorna 4–6 besvaras enligt följande.
- Artikel 11.3 e i förordning nr 883/2004, jämförd med artikel 7.1 b i direktiv 2004/38, ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken icke yrkesverksamma unionsmedborgare, som är medborgare i en annan medlemsstat och som enligt artikel 11.3 e i denna förordning omfattas av lagstiftningen i den mottagande medlemsstaten och utnyttjar sin rätt att uppehålla sig på denna medlemsstats territorium i enlighet med artikel 7.1 b i detta direktiv, inte har rätt att omfattas av det allmänna sjukförsäkringssystemet i den mottagande medlemsstaten för att få tillgång till sjukvårdsförmåner som finansieras av denna stat.
 - Artiklarna 4 och 11.3 e i förordning nr 883/2004 samt artiklarna 7.1 b och 24 i direktiv 2004/38 ska tolkas så, att de däremot inte utgör hinder för att sådana unionsmedborgares anslutning till detta system inte är kostnadsfri, i syfte att förhindra att unionsmedborgarna blir en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens offentliga finanser.

Fråga 3

- 64 Med hänsyn till svaret på den första frågan saknas anledning att besvara den tredje frågan.

Rättegångskostnader

- 65 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) Artikel 3.1 a i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 988/2009 av den 16 september 2009, ska tolkas så, att sjukvårdsförmåner som finansieras av staten och som, utan någon individuell och skönmässig bedömning av personliga behov, beviljas personer som tillhör de kategorier av personer som definieras i den nationella lagstiftningen, utgör ”förmåner vid sjukdom” i den mening som avses i denna bestämmelse, vilka således omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 883/2004, i dess lydelse enligt förordning nr 988/2009.
- 2) Artikel 11.3 e i förordning nr 883/2004, i dess lydelse enligt förordning nr 988/2009, jämförd med artikel 7.1 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG, ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken icke yrkesverksamma unionsmedborgare, som är medborgare i en annan medlemsstat och som enligt artikel 11.3 e i förordning nr 883/2004, i dess lydelse enligt förordning nr 988/2009, omfattas av lagstiftningen i den mottagande medlemsstaten och utnyttjar sin rätt att uppehålla sig på denna medlemsstats territorium i enlighet med artikel 7.1 b i detta direktiv, inte har rätt att omfattas av det allmänna sjukförsäkringssystemet i den mottagande medlemsstaten för att få tillgång till sjukvårdsförmåner som finansieras av denna stat.

Artiklarna 4 och 11.3 e i förordning nr 883/2004, i dess lydelse enligt förordning nr 988/2009, samt artiklarna 7.1 b och 24 i direktiv 2004/38 ska tolkas så, att de däremot inte utgör hinder för att sådana unionsmedborgares anslutning till detta system inte är kostnadsfri, i syfte att förhindra att unionsmedborgarna blir en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens offentliga finanser.

Underskrifter

REGERINGSRÄTTENS DOM

Mål nr
1552-09

meddelad i Stockholm den 5 juli 2010

KLAGANDE
J.K.

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Kammarrätten i Stockholms dom den 17 februari 2009 i mål nr 9672-08, se bilaga

SAKEN
Psykiatrisk tvångsvård

REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Regeringsrätten upphäver kammarrättens och länsrättens domar och lämnar chefsöverläkarens ansökan om fortsatt öppen psykiatrisk tvångsvård enligt lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, LPT, utan bifall.

Regeringsrätten fastställer vad kammarrätten beslutat om sekretess.

Regeringsrätten bestämmer att ersättning ska betalas till advokat G. H. som offentligt biträde för J.K. med 2 760 kr (inklusive mervärdesskatt) för arbete och till advokat M.B. som tidigare offentligt biträde för J.K. med 2 070 kr (inklusive mervärdesskatt) för arbete.

Dok.Id 92604

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Wallingatan 2

Telefon
08-561 676 00
E-post: regeringsratten@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:30

DOM

Mål nr
1552-09

YRKANDEN M.M.

J.K.

J.K. yrkar att Regeringsrätten lämnar chefsöverläkarens ansökan om medgivande till öppen psykiatrisk tvångsvård enligt 9 § LPT utan bifall.

Han anför bl.a. följande. En förutsättning för öppen psykiatrisk tvångsvård är att patienten behöver iaktta särskilda villkor för att kunna ges nödvändig psykiatrisk vård. Rekvisitetet 'nödvändig' innebär att det ställs ett relativt högt krav på behovet av vård. Han har en psykisk sjukdom som gör att han tidvis behöver vård under korta perioder efter psykosgenombrott. Däremellan fungerar han väl i eget boende med boendestöd och kontakt med öppenvården.

Han har tillfrisknat så att psykoserna dels kommer mer sällan, dels tar sig allt lindrigare uttryck för varje gång. I dagsläget upplever han sig som fullt frisk men är ändå villig att hålla fortsatt kontakt med öppenvården och boendestödet och underkastar sig alla delar av den samordnade vårdplanen utom medicineringen.

Vid de tre senaste vårdtillfällena har han behövt sluten vård under endast omkring en månad. Sedan har det gått omkring två år innan han fått en ny psykos. Mellan 12 och 14 månader av den tiden har han varit helt medicinfri. Sjukdomsåterfallen kan alltså inte knytas till frånvaron av medicin på ett sådant sätt att fortlöpande förebyggande medicinering kan ges med tvång mot hans vilja.

Depåmedicineringen är obehövlig. Att han varit helt symtomfri under omkring två år förklaras delvis av en sundare livsstil i allmänhet och psykologsamtal. De fasta rutiner han har i sin vardag bidrar till att han kan undvika framtida psykos. Han håller en tät kontakt med vårdmottagning och boendestöd, så alla försämringar i hans tillstånd kan observeras. De senaste två vårdtillfällena har avslutats genom att länsrätten avslagit ansökningar om förlängning. Chefsöverläkarens bedömning att vården behövde förlängas ytterligare har alltså inte godtagits av domstolarna.

DOM

Mål nr
1552-09

Yttrande av Socialstyrelsen

Regeringsrätten har inhämtat Socialstyrelsens yttrande i målet. Styrelsen har anfört i huvudsak följande. Det har varit lagstiftarens avsikt att åstadkomma en vårdform som kan tillgodose den enskildes behov av vård utan att den vården behöver ges med hjälp av det slags tvång som den tidigare lydelsen av LPT medgav. Den nya vårdformen kan sägas innebära att vårdgivaren fått ytterligare ett verktyg i sin hand, men likväl i form av tvångsvård. Den nya vårdformen innebär att tvånget har en mindre ingripande utformning. Vårdformen måste dock likväl vara effektiv för att tjäna sitt syfte, och det är för detta ändamål som det finns möjlighet att föreskriva de särskilda villkor som vårdformen förutsätter. Det säger sig självt att iakttagandet av dessa villkor är en grundläggande förutsättning för att den nya vårdformen ska kunna fungera för patienten och verkligen utgöra ett fullgott alternativ till mer ingripande tvångsåtgärder. Patientens egen inställning till vården och förmåga att bedöma den blir då av central betydelse.

Den rättsliga bedömning som således ska göras måste i stor utsträckning vila på den medicinska utredningen i målet, särskilt såvitt avser bedömningen av sjukdomen i sig, dess vanliga förlopp och den erfarenhet vården har av olika slags medicinering och sätt att administrera sådan medicinering och av hur patienter med nu aktuell diagnos svarar på medicinering.

Målet gäller en patient med mångårig psykisk sjukdom med åtföljande mångårig behandling inom psykiatri. Det innebär att det går att se tillbaka på försök med alternativa behandlingar och resultatet av dessa. Den sammanfattande slutsats som då kan dras är att patienten måste vara föremål för tvång eftersom han inte samtycker till den läkemedelsbehandling som enligt den medicinska utredningen är oundgänglig. Den medicinska utredningen visar att det är angeläget för patientens tillstånd och livskvalitet att han tar emot vårdplanens alla delar. En adekvat vård bygger på att medicin kan ges. Det står klart att något samtycke till den behövliga medicineringen inte föreligger. Samtidigt synes det också klarlagt att det i ett fall som detta inte är nödvändigt med sluten psykiatrisk tvångsvård, utan att den nya vårdformen är väl lämpad. Sammanfattningsvis är samtliga

DOM

Mål nr
1552-09

rekvisit för öppen psykiatrisk tvångsvård uppfyllda och de föreskrivna villkoren står i rimlig proportion till syftet med tvångsätgärden.

Sakkunnigutlåtande

Socialstyrelsen har uppdragit åt L.K., professor i psykiatri och ledamot av Socialstyrelsens vetenskapliga råd, att avge ett sakkunnigutlåtande. Han har anfört i huvudsak följande. Det går inte att hävda att J.K:s psykoser kommer mer eller mindre sällan. Mer adekvat torde vara att konstatera att han sedan 30 år tillbaka lider av en allvarlig psykisk störning och man kan diskutera hur ofta försämringsepisoderna kommer. Det tycks enligt tillgängliga journalhandlingar finnas ett visst, men begränsat stöd för att intervallerna mellan grava försämringar blivit något längre. Vid de senaste sex återintagningarna tycks intervallerna från det att medicineringen upphört till återintagning ha varit ca sju månader, nio månader, fem månader, två månader, tolv månader respektive tretton månader. Det saknas stöd för påståendet att försämringsperioderna skulle ha blivit lindrigare. Även mellan de försämringsperioder som föranlett återintagningar har J.K. varit i kontinuerligt behov av psykiatriska tvångsätgärder. Det är svårt att se någon förändring i sjukdomsbilden under de senaste åtta åren som skulle ha avgörande betydelse för bedömningen att J.K. är allvarligt psykiskt störd eller att han är i behov av psykiatriska tvångsätgärder.

World Federation of Societies of Biological Psychiatry (WFSBP) har gett ut rekommendationer för behandling av schizofreni. Av dessa framgår att schizofreni är en allvarlig psykotisk sjukdom som medför en oerhörd belastning för patienterna och deras anhöriga. Det karaktäristiska för sjukdomen är perioder av försämring som alternerar med perioder av förbättring. Av WFSBP:s rekommendationer framgår att medicinering rekommenderas i ett till två år vid det första tillfället, två till fem år för patienter som haft ett återfall samt över fem år, eventuellt hela livet, för dem som haft upprepade episoder. Eftersom J.K. har haft upprepade episoder under lång tid innebär rekommendationerna att han bör få medicin under mer än fem år och kanske för resten av livet.

DOM

Mål nr
1552-09

Det finns mycket gott stöd för att det nu beskrivna sjukdomsförloppet kan förbättras med långvarig medicinering så att allvarliga försämringsperioder uteblir. J.K. har under de senaste åtta åren inte haft några försämringsperioder under den tid då medicineringen upprätthållits men sju försämringsperioder – med aggressivitet som föranlett polishämtning och återintagning enligt LPT – under den tid han varit utan medicinering. Det är övervägande sannolikt att försämringsperioderna inte skulle ha inträffat, om han hade haft kontinuerlig antipsykotisk medicinering i enlighet med gällande behandlingsrekommendationer. Medicineringen har haft god effekt med relativt men inte exceptionellt snabb lindring av försämringsepisoderna. Viktigare är dock att inga försämringsepisoder med åtföljande återintagningar skett under pågående medicinering.

J.K:s hälsa skadas allvarligt av de upprepade försämringsperioderna. Det finns också stöd i litteraturen för att upprepade försämringsepisoder menligt påverkar de intellektuella funktionerna. Det framgår vidare att patienten blir aggressiv och hotfull vid sina försämringsepisoder, och att han då är farlig för annans personliga säkerhet och fysiska och psykiska hälsa.

Medicineringen är en oundgänglig del av den psykiatriska vård som är nödvändig för J.K. I handlingarna finns det inte stöd för att något mindre ingripande villkor skulle kunna vara tillräckligt för att hindra framtida polishämtningar och återintagningar. Den samordnade vårdplanen förefaller vara i linje med gällande behandlingsrekommendationer och depåmedicineringen är den viktigaste komponenten. Övriga delar i vårdplanen är också viktiga men kan inte ensamma förebygga försämringsepisoderna.

Chefsöverläkaren

Chefsöverläkaren, överläkare B.L. , har i huvudsak anfört följande. Det går inte att med säkerhet avgöra hur lång tid det tar innan ett nytt återinsjuknande inträffar. Efter avslutad behandling finns det ett tydligt samband mellan utebliven farmakologisk behandling och återinsjuknande på det sättet att återinsjuknanden

DOM

Mål nr
1552-09

alltid inträffat sedan medicineringen upphört och aldrig medan behandlingen garanterats.

SKÄLEN FÖR REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga regler m.m.

Enligt 1 § LPT gäller föreskrifterna i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) all psykiatrisk vård. Det innebär bl.a. att vården ska bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet, och att den så långt det är möjligt ska utformas och genomföras i samråd med patienten (2 a § hälso- och sjukvårdslagen). I LPT ges kompletterande föreskrifter om psykiatrisk vård som är förenad med frihetsberövande och annat tvång (*tvångsvård*).

Av 2 § LPT följer att vård enligt lagen kan ges som sluten psykiatrisk tvångsvård eller, efter sådan vård, som öppen psykiatrisk tvångsvård. Vård som ges när patienten är intagen på en sjukvårdsinrättning benämns sluten psykiatrisk tvångsvård, medan annan vård enligt lagen benämns öppen psykiatrisk tvångsvård. Tvångsvården ska syfta till att sätta patienten i stånd att frivilligt medverka till nödvändig vård och ta emot det stöd som han eller hon behöver.

Enligt 3 § första stycket LPT får tvångsvård ges endast om patienten lider av en allvarlig psykisk störning och på grund av sitt psykiska tillstånd och sina personliga förhållanden i övrigt

1. har ett oundgängligt behov av psykiatrisk vård, som inte kan tillgodoses på annat sätt än genom att patienten är intagen på en sjukvårdsinrättning för kvalificerad psykiatrisk dygnetruntvård (*sluten psykiatrisk tvångsvård*), eller
2. behöver iaktta särskilda villkor för att kunna ges nödvändig psykiatrisk vård (*öppen psykiatrisk tvångsvård*).

Av 3 § andra stycket LPT följer att en ytterligare förutsättning för vård enligt lagen är att patienten motsätter sig sådan vård som avses i första stycket eller att det till följd av patientens psykiska tillstånd finns grundad anledning att anta att

DOM

Mål nr
1552-09

vården inte kan ges med hans eller hennes samtycke. Vid bedömningen av vårdbehovet ska det enligt fjärde stycket också beaktas om patienten till följd av sin psykiska störning är farlig för annans personliga säkerhet eller fysiska eller psykiska hälsa.

Av 2 a § LPT framgår att tvångsåtgärder vid vård enligt lagen bara får användas om de står i rimlig proportion till syftet med åtgärden samt att mindre ingripande åtgärder ska användas om de är tillräckliga.

Reglerna om öppen psykiatrisk tvångsvård infördes i LPT den 1 september 2008. I förarbetena till lagändringen anfördes följande om syftet med reformen och förutsättningarna för beslut om öppen psykiatrisk tvångsvård.

Vårdreformen syftar till att skapa bättre förutsättningar för utslussning och rehabilitering till ett liv utanför sjukvårdsinrättning och minska behovet av återkommande återintagningar i tvångsvård. Den nya formen av tvångsvård behövs bl.a. därför att det i vissa fall krävs lång tid för personer med psykisk sjukdom att förbereda sig för och anpassa sig till ett liv utanför sjukvårdsinrättningen. Det finns också personer som inte behöver vistas på en sjukvårdsinrättning men som har ett livslångt behov av en tydlig struktur kring t.ex. medicinering, boende eller sysselsättning för att inte försämrats i sin psykiska sjukdom. För dessa kan det vara olämpligt att avbryta tvångsvården om det medför risk för ett försämrat hälsotillstånd (prop. 2007/08:70 s. 75–76).

Öppen tvångsvård bör kunna beslutas i fråga om personer med allvarlig och långvarig psykisk störning som vid upprepade tillfällen varit intagna för tvångsvård därför att de inte frivilligt skött sin behandling tillfredsställande men som bedöms kunna klara sig i det egna hemmet med en skyldighet att iaktta vissa villkor. Det är bl.a. fråga om personer som behöver kontinuerlig medicinering eller annan behandling för att inte återfalla i självdestruktivitet eller hotfullt beteende och riskera att allvarligt skada sig själv eller någon annan (a. prop. s. 87–88). Vårdformen är emellertid inte avsedd som en möjlighet att slentrianmässigt ge patienter långtidsmedicinering utanför sjukvårdsinrättningen

DOM

Mål nr
1552-09

utan att erbjuda andra möjligheter till behandling. De krav som följer av hälso- och sjukvårdslagen ska vara grundläggande för behandlingen av alla patienter inom såväl frivillig vård som tvångsvård och styrande för alla åtgärder som vidtas (a. prop. s. 109–110).

Villkoren vid öppen tvångsvård ska bestämmas efter en avvägning mellan å ena sidan vad som med hänsyn till patientens psykiska tillstånd och personliga förhållanden krävs för att vård ska kunna ges utanför sjukvårdsinrättningen och å andra sidan principen att de åtgärder ska väljas som är minst ingripande för patienten. I varje enskilt fall måste noga prövas om villkoren uppfyller dessa krav och syften. En avvägning måste göras mellan den kränkning av patientens självbestämmande, integritet och värdighet som ett beslut om öppen vård med de aktuella villkoren innebär och effekterna på patientens hälsa och livskvalitet (a. prop. s. 111).

Behandlingen inom den öppna tvångsvården får inte genomdrivas med tvångsåtgärder. Det är t.ex. inte inom ramen för den nya vårdformen tillåtet att bälteslägga en patient för att ge honom medicin (a. prop. s. 107 och 110).

Om patienten inte rättar sig efter de villkor som gäller ligger det nära till hands att anse att vården inte längre kan ges utanför sjukvårdsinrättningen. Ett exempel kan vara att en patient inte tar sin medicin enligt uppställda villkor. Patienten måste emellertid inte alltid återintagas i dessa fall. Om en återintagning måste göras får bedömas från fall till fall och är beroende av vilka villkor som föreskrivits och patientens sjukdomsbild. Återintagning får inte användas som en sanktion för att ett villkor inte har iakttagits (a. prop. s. 116).

Förutsättningarna i målet

J.K. lider av en allvarlig psykisk störning av det slag som avses i 3 § LPT. Han har inte ett oundgängligt behov av att vara intagen på en sjukvårdsinrättning för kvalificerad psykiatrisk dygnetruntvård. Han accepterar alla delar av vårdplanen utom en ordination om depåmedicinering. Därför har chefsöverläkaren ansökt om öppen psykiatrisk tvångsvård med villkor bl.a. att

DOM

Mål nr

1552-09

J.K. ska underkasta sig medicineringen. J.K. har tidigare varit ordinerad depåmedicinering, men har avbrutit denna. Han har då efter en tid återintagits för sluten tvångsvård. Vid de senaste sex tillfällena har intervallerna från det att han slutat ta medicinen till den nya tvångsintagningen varit omkring sju, nio, fem, två, tolv respektive tretton månader.

J.K. inställning får förstås så att han motsätter sig depåmedicineringen, även om han genom att avstå från medicinen kan komma att efter en tid bli så sjuk att han måste ges sluten psykiatrisk tvångsvård och trots att dessa insjuknanden är förenade med en risk för en bestående försämring. Han motiverar sin inställning med att han inte behöver medicinen och att långvarig medicinering kan ha skadliga effekter.

Regeringsrättens bedömning

Regeringsrätten ifrågasätter inte att depåmedicineringen är i linje med gällande rekommendationer och minskar risken för psykosgenombrott. Regeringsrätten ifrågasätter inte heller att det är sannolikt att allvarliga försämringsperioder kommer att inträffa förr eller senare om J.K. inte tar den ordinerade medicinen och att hans hälsa kan skadas av försämringsperioderna.

Genom reglerna om öppen psykiatrisk tvångsvård blev det möjligt att besluta om psykiatrisk tvångsvård för nya kategorier av patienter. Varken i lagen eller i förarbetena har närmare angetts vad som kan vara nödvändig psykiatrisk tvångsvård i olika fall, utan det har lämnats åt rättstillämpningen att avgöra för vilka patienter och i vilka situationer den nya vårdformen ska användas.

Den öppna psykiatriska tvångsvården är – trots benämningen – inte förenad med något egentligt tvång. Ett villkor om t.ex. medicinering kan inte genomdrivas med någon tvångsåtgärd. Inte heller kan patienten återföras till sluten tvångsvård bara för att han inte rättar sig efter villkoren. En patient som sagt sig vara beredd att acceptera den föreslagna vården och skrivits ut från sluten tvångsvård utan beslut om öppen tvångsvård kan inte ges vare sig öppen eller sluten tvångsvård om han senare ändrar sig och vägrar att ta emot ordinerade vårdinsatser. I vilken mån

DOM

Mål nr
1552-09

patienterna i allmänhet rättar sig efter villkoren och av vilka skäl de i så fall gör det har inte belysts i målet.

Den medicinering som J.K. motsätter sig kan inte påtvingas honom inom ramen för institutet öppen psykiatrisk tvångsvård. Redan på grund av detta kan det sättas i fråga om det finns tillräckliga skäl för att han ska vara underkastad sådan vård.

Till detta kommer att lagens syfte och uppbyggnad talar för en restriktiv tolkning av vad som ska anses vara nödvändig vård enligt 3 § LPT. Den omständigheten att det är sannolikt att J.K. utan den ordinerade medicinen kommer att insjukna om några månader eller något år kan inte medföra att medicinen nu ska anses nödvändig för honom. Det saknas därmed förutsättningar för öppen psykiatrisk tvångsvård. Kammarrättens och länsrättens avgöranden ska därför upphävas, och chefsöverläkarens ansökan ska lämnas utan bifall.

Sten Heckscher

Gustaf Sandström
Skiljaktig mening, se protokoll

Anna-Karin Lundin
Skiljaktig mening, se protokoll

Annika Brickman

Kristina Ståhl

Gun Borgstedt
Föredragande regeringsrätts-
sekreterare

Avd. I

Föredraget 2010-05-19



**KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Migrationsöverdomstolen
Avdelning 1

DOM
2011-06-16
Meddelad i Stockholm

Mål nr UM 10307-09

KLAGANDE
Migrationsverket

MOTPART
W.L.

Ombud och offentligt biträde:
Advokaten R.B.

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Göteborg, migrationsdomstolen, dom den 11 november 2009
i mål nr UM 2516-09
(Migrationsverkets ärende nr 10-600130)

SAKEN
Uppehållsrätt m.m.

MIGRATIONSÖVERDOMSTOLENS AVGÖRANDE

1. Migrationsöverdomstolen avslår överklagandet.
2. Migrationsöverdomstolen beslutar att ersättning ska betalas till R.B. som offentligt biträde med 3 544 kr, varav 2 835 kr för arbete och 709 kr för mervärdesskatt.

Dok.Id 98878

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2302	Birger Jarls Torg 5	08-561 690 00	08-14 98 89	måndag–fredag
103 17 Stockholm		E-post: kammarrattenistockholm@dom.se		09:00-16:00

BAKGRUND

W.L. reste in i Sverige den 4 september 2006 med ett giltigt polskt hemlandspass och ansökte den 1 november samma år om uppehållstillstånd för bosättning i Sverige. Migrationsverket avslog ansökan den 12 mars 2007 och förordnade att hon skulle utvisas från Sverige. Migrationsverket uttalade i beslutet även att W.L. inte visat att hon hade uppehållsrätt i Sverige enligt 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen (2005:716). W.L. överklagade beslutet till Länsrätten i Göteborg, migrationsdomstolen, och yrkade att hon skulle beviljas uppehållstillstånd i Sverige. Migrationsdomstolen avslog överklagandet den 25 juni 2007 (mål nr UM 447-07) dock utan att ta ställning till frågan om eventuell uppehållsrätt. Migrationsöverdomstolen upphävde migrationsdomstolens dom och återförvisade målet, eftersom frågan om eventuell uppehållsrätt inte prövats av migrationsdomstolen (MIG 2007:53). Migrationsdomstolen biföll överklagandet den 17 mars 2008 (mål nr UM 2150-07) och upphävde Migrationsverkets beslut om utvisning. Den 28 mars 2008 utfärdade Migrationsverket bevis om registrering av uppehållsrätt för W.L.

Med anledning av att Migrationsverket därefter fick vetskap om att Försäkringskassan sedan februari 2009, och även retroaktivt, betalat ut äldre försörjningsstöd och bostadstillägg för pensionärer till W.L. inledde Migrationsverket ett ärende om utvisning. I yttrande anförde W.L. att hon hade uppehållsrätt då hon hade egna medel för sin försörjning samt att det på grund av hennes sjukdom förelåg hinder mot att utvisa henne. Migrationsverket tolkade det sistnämnda som en ansökan om uppehållstillstånd. Den 12 maj 2009 beslutade Migrationsverket att avregistrera W.L. som EU/EES-medborgare med uppehållsrätt, avslå hennes ansökan om uppehållstillstånd och utvisa henne till Polen. Migrationsverket uttalade bl.a. följande. W.L. är inte ekonomiskt aktiv i Sverige och har heller inte varit det tidigare. Hon kan

ha uppehållsrätt som person med tillräckliga tillgångar för sin försörjning och har måhända också tillräckliga tillgångar för sin försörjning, antingen själv eller genom sina här bosatta döttrar. Hon utnyttjar emellertid inte dessa tillgångar utan lever på ersättning från det allmänna. Denna ersättning jämsställs med socialt bistånd. Hon har levt på denna ersättning under lång tid och till stor kostnad. Hon har inte vidtagit några åtgärder för att avbryta detta mottagande eller betala tillbaka ersättningen. Hon missbrukar rätten till rörlighet för ekonomiskt passiva. Därmed finns skäl för att avregistrera W.L. och utvisa henne till Polen.

W.L.överklagade beslutet till migrationsdomstolen. I dom den 11 november 2009 (mål nr 2516-09) upphävde migrationsdomstolen Migrationsverkets beslut om utvisning. Som skäl angav domstolen följande. Med uppehållsrätt avses en rätt för EES-medborgare och deras familje-medlemmar att vistas i Sverige mer än tre månader utan uppehållstillstånd i enlighet med vad som sägs i 3 a kap. 1 § utlänningslagen. En EES-medborgare har uppehållsrätt om han eller hon har tillräckliga tillgångar för sin och sina familjemedlemmars försörjning och har en heltäckande sjukförsäkring för sig och familjemedlemmarna som gäller i Sverige (3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen). Uppehållsrätten finns så länge villkoren är uppfyllda (3 a kap. 5 § utlänningslagen). Bestämmelserna om uppehållsrätt har sin bakgrund i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG, fortsättningsvis benämnt rörlighetsdirektivet eller direktivet. Uppehållsrätt förutsätter inte något myndighetsbeslut, ansökan eller annan åtgärd från personen i fråga, utan uppstår direkt med stöd av gemenskapsrätten. Uppehållsrätten kan förändras beroende på vad unionsmedborgaren gör eller hur denne försörjer sig. På samma sätt som en person som ansöker om uppehållstillstånd måste

visa att han eller hon uppfyller förutsättningarna för detta, åligger det den som påstår sig ha uppehållsrätt att styrka att villkoren härför är uppfyllda (jfr MIG 2009:11 och MIG 2007:56). W.L. har enligt beslut från Försäkringskassan den 9 februari 2009 erhållit bostadstillägg med 4 650 kr och äldreförsörjningsstöd med 3 817 kr per månad. Beslutet avser månaderna januari – juni 2009. I en bilaga till beslutet finns antecknat att W.L. har tillgångar om 110 458 kr. Frågan i målet är vilken betydelse det har för W.L:s uppehållsrätt att hon får och har fått ersättning från Försäkringskassan. En EES-medborgare har uppehållsrätt om han eller hon har tillräckliga tillgångar för sin och sina familje-medlemmars försörjning. Bestämmelsen i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen om tillräckliga tillgångar har sin bakgrund i artikel 7.1 b i direktivet. Artikeln handlar om uppehållsrätt för längre tid än tre månader. Av artikeln framgår att uppehållsrätt ska tillkomma den som "...har tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem under vistelsen...". Ordalydelsen i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen och artikel 7.1 b i direktivet kan jämföras med ordalydelsen i 8 kap. 2 § tredje stycket utlänningslagen. Denna bestämmelse handlar om avvisning av EES-medborgare som vistats i Sverige i högst tre månader. Avvisning får då ske av andra än arbetstagare, egenföretagare och arbetssökande "om någon av dem efter inresan i Sverige visar sig utgöra en belastning för biståndssystemet enligt socialtjänstlagen (2001:453)". Bestämmelsen har sin grund i bl.a. artikel 6.1 i direktivet. Enligt denna artikel ska en unionsmedborgare ha rätt att under högst tre månader vistats i en annan medlemsstat utan andra villkor eller formaliteter än kravet på att inneha ett giltigt identitetskort eller pass. Enligt artikel 14.1 direktivet ska dock rätten att vistas i en medlemsstat enligt artikel 6 endast bestå så länge personen inte blir en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem. Lagstiftaren har således när det gäller frågan om avvisning enligt 8 kap. 2 § tredje stycket utlänningslagen angett att det ska vara fråga om "belastning för biståndssystemet enligt socialtjänstlagen (2001:453)". Begreppet "belastning" borde enligt regeringen förstås så att det för avvisning krävs att utlänningen i fråga har anlitat socialtjänsten i mer än

endast obetydlig utsträckning (se regeringens proposition 2005/06:77, s. 72 f). Av förarbetena går vidare att utläsa att även i de fall då en utlänning redan under de tre första månadernas vistelse i Sverige uppfyller förutsättningarna för uppehållsrätt enligt t.ex. artikel 7 i direktivet är innebörden av begreppet "belastning" densamma som enligt artikel 14.1 (se regeringens proposition 2005/06:77, s. 193 f). Med tillräckliga tillgångar för sin och sina familjemedlemmars försörjning enligt 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen för därmed förstås att EES-medborgaren inte anlitar socialtjänsten mer än i endast obetydlig utsträckning. W.L. har fått ersättning från Försäkringskassan och har således inte genom det utgjort en belastning för biståndssystemet enligt socialtjänstlagen. Frågan är då om W.L. i dag har tillräckliga medel till sin försörjning. W.L. hade så sent som den 26 oktober 2009 enligt ett kontoutdrag ett utgående saldo om drygt 97 000 kr. Hon kan därför inte anses sakna medel till sin försörjning. Hon har således uppehållsrätt i Sverige. Det har inte framkommit på vilken grund det i W.L:s fall varit fråga om ett missbruk av gemenskapsrätten. Beslutet om utvisning av W.L. ska således upphävas.

YRKANDEN M.M.

Migrationsverket yrkar att Migrationsöverdomstolen upphäver migrationsdomstolens dom och fastställer Migrationsverkets beslut om utvisning av W.L.

W.L. bestrider bifall till överklagandet.

Migrationsverket anför i huvudsak följande. Frågan i målet är hur rekvisitet "tillräckliga medel för sin försörjning" i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen ska tolkas vid bedömning av s.k. ekonomiskt passiva unionsmedborgares uppehållsrätt. Bestämmelsen grundar sig på artikel 7.1 b i rörlighetsdirektivet, vari framgår att uppehållsrätt förutsätter att unionsmedborgaren

har tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem under vistelsen.

Migrationsdomstolen synes i likhet med Migrationsverket anse att en ekonomiskt passiv unionsmedborgare saknar tillräckliga medel för sin försörjning och har därmed inte uppehållsrätt i Sverige, om han eller hon blir en belastning för det sociala biståndssystemet. Migrationsverket och migrationsdomstolens majoritet tolkar emellertid begreppet ”socialt biståndssystem” olika. Migrationsverket finner det angeläget att det klargörs hur nämnda rekvisit ska tolkas.

Bestämmelsen i 8 kap. 2 § tredje stycket utlänningslagen, som migrationsdomstolen fäster avgörande betydelse vid, tar sikte på möjligheten att avvisa annan EES-medborgare än arbetstagare, egenföretagare, arbetssökande samt dennes familjemedlemmar. Förutsättningen härför är att någon av dem efter inresan i Sverige visar sig utgöra en belastning för biståndssystemet enligt socialtjänstlagen. I detta specifika avseende har alltså lagstiftaren uttryckligen preciserat att den belastning av det sociala biståndssystemet som kan beaktas är bistånd som beviljas med stöd av socialtjänstlagen.

Begreppet socialt bistånd i rörlighetsdirektivets svenska version är en direkt översättning av den franska texten. Tolkningen av begreppet, så som det formulerats i bl.a. direktivets artikel 7.1.b, måste göras med utgångspunkt i den EU-rättsliga kontexten. Den svenska socialtjänstlagen är en nationell konstruktion och utgör endast en del av det sociala trygghetssystem från vilket enskilda kan erhålla skattefinansierat och behovsprövat bistånd här i landet.

De bidrag i form av äldreförsörjningsstöd och bostadstillägg som Försäkringskassan efter behovsprövning utbetalat till W.L. bör således anses utgöra sådan ersättning från det allmänna som inryms i det EU-rättsliga begreppet socialt biståndssystem.

W.L. har under relativt lång tid för sin försörjning uppburit den aktuella ersättningen. Ersättningen har uppgått till ett ansevärt belopp. Hon är ålderspensionär med svåra hälsoproblem och kan inte förväntas försörja sig själv. Utnyttjandet av det sociala biståndssystemet kan inte i hennes fall bedömas vara av tillfällig karaktär. W.L. kan därmed inte anses ha tillräckliga tillgångar för sin försörjning, detta oavsett vilket tillgodohavande hon samtidigt har på sitt bankkonto. Hon har därför inte uppehållsrätt med stöd av 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen. Vad som ovan framkommit utgör också grund för att utvisa W.L., även med beaktande av direktivets preambel punkt 16.

W.L. anser att Migrationsverkets överklagande ska avslås på i första hand den grund att hon har uppehållsrätt. I andra hand hänvisar hon till grunder för uppehållstillstånd. Hon vidhåller vad hon tidigare anfört och tillägger i huvudsak följande. Det är i och för sig riktigt att hon erhåller åldreförsörjningsstöd och bostadstillägg. Försäkringskassan har upplyst henne om att hon i egenskap av unionsmedborgare har rätt till dessa och anmodat henne att ta emot och underteckna till henne översända handlingar. Utanordningar till henne som grundar sig på hennes rätt som unionsmedborgare kan aldrig utgöra en belastning av det svenska socialtjänstsystemet. Det torde vara så att det krävs en varaktig oförmåga att försörja sig själv för att en belastning som får konsekvenser enligt utlänningslagen ska anses föreligga. Migrationsverkets tolkning av det franska begreppet i rörlighetsdirektivet skulle annars leda till en märklig konsekvens medförande att så snart en svensk medborgare erhåller A-kassa i ett annat EU-land eller hamnar på sjukhus under viss tid så skulle personen vara utvisningsbar. Att åtnjuta de samhällsförmåner som förekommer i olika EU-länder är en rättighet man har som unionsmedborgare, annars skulle det vara fråga om diskriminering. Den tolkning som Migrationsverket gör av begreppet i direktivet är sålunda alltför extensiv och motsvarar inte lagstiftarens intentioner. De förmåner som kan erhållas av olika samhällsinstitutioner är dessutom av den arten att de kan erhållas regressvis från den främmande

medborgarens hemland och därmed inte anses vara belastande enligt lagens mening.

De behovsgrundade och icke inkomstgrundade utanordningar som hon anmodats erhålla av svensk myndighet i sin egenskap av unionsmedborgare utgör inte sådan belastning som åsyftas i lagstiftningen. Hon har ostridigt ett betydande tillgodohavande i svensk bank, vilket innebär att hennes förmåga att försörja sig är dokumenterad. Att hon inte har behövt använda sina medel fullt ut tack vare EU-regler är en annan sak.

W.L. åberopar ett läkarintyg till stöd för sin talan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningsram

Migrationsverket yrkar att dess beslut om att utvisa Wiera Landowska enligt 8 kap. 7 § utlänningslagen (2005:716) med hänvisning till att hon inte längre anses ha uppehållsrätt i Sverige ska fastställas. Frågan i målet är följaktligen om Migrationsverket hade fog för sitt beslut.

W.L. har i sitt yttrande över Migrationsverkets överklagande anfört, som en alternativ grund för avslag, att förutsättningar för uppehålls-tillstånd föreligger.

Migrationsöverdomstolen konstaterar emellertid att det är Migrationsverket som är klagande och att Migrationsverkets överklagande enbart avser migrationsdomstolens beslut att på grund av W.L:s uppehållsrätt upphäva Migrationsverkets beslut om utvisning. W.L. har inte själv överklagat migrationsdomstolens dom. Den ram inom vilken Migrationsöverdomstolen har att pröva målet bestäms således av Migrationsverkets överklagande. Frågan om uppehållstillstånd omfattas inte av överklagandet och kan därför inte prövas av Migrationsöverdomstolen.

Uppehållsrätt, avvisning och utvisning

I utlänningslagen finns ett nära samband mellan rätten att resa in i Sverige och vistas eller arbeta här och reglerna om avvisning och utvisning. Enligt 8 kap. 1 § 2 utlänningslagen får en utlänning avvisas om han eller hon saknar visering, uppehållstillstånd eller något annat tillstånd som krävs för inresa, vistelse eller arbete i Sverige. Enligt 8 kap. 3 § andra stycket utlänningslagen får en utlänning som har uppehållsrätt inte avvisas. Enligt 8 kap. 7 § utlänningslagen får en utlänning som inte avvisas enligt 1 § 1 eller 2 utlänningslagen utvisas ur Sverige om han eller hon uppehåller sig här men saknar pass eller de tillstånd som krävs för att uppehålla sig i landet. En EES-medborgare som inte har uppehållsrätt och inte heller har uppehållstillstånd kan således avvisas med stöd av 8 kap. 1 § 2 utlänningslagen alternativt utvisas enligt 8 kap. 7 § utlänningslagen. Med ”avvisning” förstås det avlägsnandebeslut som meddelas inom tre månader efter utlänningens ankomst till Sverige och med ”utvisning” det avlägsnandebeslut som meddelas efter dessa tre månader.

Rätten för en EES-medborgare att uppehålla sig i en annan medlemsstat härrör från rörlighetsdirektivet. I direktivet görs en skillnad mellan

- uppehållsrätt i högst tre månader utan några andra villkor knutna till rätten än kravet på att personen måste inneha ett giltigt identitetskort eller pass (artikel 6) och
- uppehållsrätt för längre tid än tre månader och då vissa förutsättningar måste vara uppfyllda (artikel 7).

I svensk rätt har reglerna om uppehållsrätt för längre tid än tre månader placerats i 3 a kap. utlänningslagen. Några regler för uppehållsrätt som motsvarar uppehållsrätsreglerna i artikel 6 i direktivet finns inte i utlänningslagen. Skälet till att lagstiftaren valt att inte uttryckligen ta upp detta i utlänningslagen måste enligt Migrationsöverdomstolens mening

rimligen vara att en utlänning enligt 1 kap. 1 och 3 § samt 2 kap. 5 § utlänningslagen *e contrario* anses ha rätt att vistas i Sverige i tre månader utan krav på uppehållstillstånd. Däremot har direktivets bestämmelser i artikel 14.1 om bibehållen uppehållsrätt enligt artikel 6, artikel 14.3 som stadgar att en utvisningsåtgärd inte ska vara den automatiska följden av att en unionsmedborgare eller deras familjemedlemmar har anlitat det sociala biståndssystemet i den mottagande medlemsstaten och artikel 14.4 om undantag från reglerna om utvisning, enligt förarbetsuttalanden (prop. 2005/06:77, s. 192 ff) införlivats i svensk rätt genom 8 kap. 2 § tredje stycket andra meningen utlänningslagen. Av 8 kap. 2 § tredje stycket andra meningen utlänningslagen framgår det att andra EES-medborgare än arbetstagare, egenföretagare, arbetssökande samt deras familjemedlemmar får avvisas om någon av dem efter inresan till Sverige visar sig utgöra en belastning för biståndssystemet enligt socialtjänstlagen (2001:453). Motsvarande bestämmelse gällande utvisning finns inte i utlänningslagen.

Således saknas det bestämmelser i utlänningslagen vad gäller uppehållsrätt under de tre första månaderna en EES-medborgare vistas i Sverige men det finns bestämmelser i vart fall i 8 kap. 2 § tredje stycket andra meningen utlänningslagen när avvisning får ske under dessa tre månader. Däremot finns det bestämmelser i utlänningslagen som gäller uppehållsrätt för en EES-medborgare för längre tid än tre månader men det finns inga särskilda bestämmelser som avseende utvisning motsvarar bestämmelserna om avvisning i 8 kap. 2 § tredje stycket andra meningen utlänningslagen. I dessa fall kan dock personen utvisas enligt utlänningslagens vanliga regler om utvisning i 8 kap. 7 § utlänningslagen (som inte fått sitt innehåll som en följd av direktivet).

Migrationsöverdomstolens bedömning

I förevarande mål är det ostridigt att W.L. tidigare har ansetts ha uppehållsrätt enligt 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen. Enligt den bestämmelsen har en EES-medborgare uppehållsrätt (dvs. rätt att vistas här i

mer än tre månader) om han eller hon har tillräckliga tillgångar för sin och sina familjemedlemmars försörjning samt har en heltäckande sjukförsäkring för sig och familjemedlemmarna som gäller i Sverige. Det är också ostridigt att W.L. vid den tidpunkten ansågs ha tillräckliga tillgångar för sin försörjning.

Enligt 3 a kap. 5 § utlänningslagen gäller uppehållsrätten så länge villkoren är uppfyllda. Bestämmelsen genomför artikel 14.2 i direktivet.

Den fråga som Migrationsöverdomstolen har att ta ställning till för att därefter kunna ta ställning till om Migrationsverket hade fog för sitt beslut att utvisa W.L. är således om hon inte längre kan anses ha tillräckliga tillgångar för sin försörjning i den mening som avses i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen.

Bestämmelsen i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen bygger på artikel 7. 1 b i rörlighetsdirektivet. Enligt artikel 7. 1 b i direktivet ska varje unionsmedborgare ha rätt att uppehålla sig inom en annan medlemsstats territorium under längre tid än tre månader om den berörda personen för egen och sina familjemedlemmars räkning har tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem under vistelsen. Skälet till att lagstiftaren valt att i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen formulera kravet på tillräckliga tillgångar som ”tillräckliga tillgångar för sin försörjning” i stället för - såsom vore i enlighet med direktivet - ”tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för det svenska sociala biståndssystemet” framgår inte av förarbetena till de av direktivet föranledda ändringarna i utlänningslagen (prop. 2005/06:77).

Av artikel 8.4 i rörlighetsdirektivet framgår att medlemsstaterna inte får fastställa något fast belopp som de anser vara ”tillräckliga tillgångar” utan de måste ta hänsyn till den berörda personens personliga omständigheter. Vidare sägs i den svenska språkversionen av direktivet att detta belopp i varje fall inte får överstiga den beloppsgräns under vilket medborgare i den

mottagande medlemsstaten är berättigade till socialt bistånd, om detta kriterium är tillämpligt. I andra språkversioner av direktivet har detta uttryckts på andra sätt. I t.ex. den tyska versionen anges att beloppet inte får överstiga beloppsgränsen för när socialhjälp (Socialhilfe) beviljas.

Enligt Migrationsöverdomstolens mening får innebörden av artikel 8.4 i direktivet tolkas så att det är medlemsstaterna som ska avgöra vad ”tillräckliga tillgångar” är men när de gör det får de inte fastställa ett fast belopp utan hänsyn måste tas till den berörda personens personliga förhållanden och beloppet i det enskilda fallet får inte överstiga den beloppsgräns under vilket medborgare i den mottagande medlemsstaten är berättigade till socialt bistånd, om detta kriterium är tillämpligt.

Som framgått ovan har lagstiftaren beträffande kravet på tillräckliga tillgångar för vissa EES-medborgares vistelse under kortare tid än tre månader konkretiserats i 8 kap. 2 § tredje stycket andra meningen utlänningslagen på så sätt att denna grupp EES-medborgare får avvisas om någon av dem efter inresan till Sverige visar sig utgöra en belastning för biståndssystemet enligt socialtjänstlagen (2001:453). Som nämnts saknas en motsvarande uttrycklig bestämmelse avseende beslut om utvisning. Det anges dock inte någonstans i förarbetena till utlänningslagen (a. prop. s. 73 f och 185 f) att någon skillnad beträffande vistelse i landet under längre tid än tre månader i förhållande till vad som gäller för vistelse under de tre första månaderna är avsedd beträffande försörjningsvillkoret. Under författningskommentaren till 8 kap. 2 § utlänningslagen synes tvärtom begreppen ”det svenska biståndssystemet enligt socialtjänstlagen” och ”det svenska biståndssystemet” användas synonymt (a. prop. s. 193 f). Det framgår också att lagstiftaren vid införlivande av artiklarna 7.1 b och 14.1 i direktivet har avsett att innebörden av begreppet ”belastning” ska vara densamma. Det konstateras också att en person som under de tre första månaderna och även därefter utgör en belastning för det sociala biståndssystemet inte kan anses ha uppehållsrätt med stöd av artikel 7.1 b (a. prop. s. 194). Dessa förarbetsuttalanden tyder på att lagstiftaren har avsett att kravet på tillräckliga

tillgångar för sin försörjning i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen ska tolkas på samma sätt som i 8 kap. 2 § utlänningslagen.

Bestämmelsen i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen bör enligt Migrationsöverdomstolen i vart fall tolkas i ljuset av direktivet (direktivkonform tolkning) och då direktivet enligt Migrationsöverdomstolens mening ålägger medlemsstaten att konkretisera innebörden av ”tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem” samt att kravet på tillräckliga tillgångar i artikel 14.1 i direktivet formuleras på samma sätt som i artikel 7. 1 b (dvs. ”tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstaten”) förefaller den rimliga slutsatsen vara att kravet på ”tillräckliga tillgångar för sin försörjning” i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen ska tolkas analogt med kravet på tillräckliga tillgångar i 8 kap. 2 § tredje stycket, andra meningen utlänningslagen. En sådan tolkning av kravet på ”tillräckliga tillgångar för sin försörjning” i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen skulle inte strida mot artikel 8.4 i direktivet och är också det mest gynnsamma för W.L. i förevarande mål. Migrationsöverdomstolen lägger därför denna tolkning till grund för sin fortsatta bedömning.

Eftersom äldreförsörjningsstöd eller bostadstillägg inte beviljas i enlighet med socialtjänstlagen kan W.L. inte anses sakna tillräckliga tillgångar för sin försörjning enligt 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen endast på grund av att hon uppbär sådant stöd. W.L. kan därför inte anses på den grunden ha förlorat sin uppehållsrätt. Migrationsverket har inte anfört något annat förhållande som skulle innebära att W.L. skulle anses sakna tillräckliga tillgångar i den mening som avses i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen eller att hon på grund av någon annan omständighet inte längre skulle ha uppehållsrätt. Migrationsverket hade därför inte fog för

att på den anförda grunden fatta beslut om utvisning av W.L..
Migrationsverkets talan ska därför ogillas.

Domen får inte överklagas (16 kap. 9 § tredje stycket utlänningslagen).

Lars Trägård
kammarrättsråd
ordförande

Madelaine Tunudd
kammarrättsråd
referent
(skiljaktig mening,
se nedan)

Mona Aldestam
kammarrättsråd

Annika Pallvik Fransson
föredragande

Skiljaktig mening

Vid en prövning av om W.L:s uppehållsrätt i Sverige ska anses ha upphört måste en tolkning göras av rekvisitet ”tillräckliga tillgångar för sin försörjning” i 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen. Frågan är då hur detta rekvisit förhåller sig till rörlighetsdirektivets rekvisit i artikel 7.1 b i vilken det anges ”tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem”. Majoriteten anser att direktivet överlämnar till medlemsstaterna att konkretisera innebörden av såväl rekvisitet ”tillräckliga tillgångar” som rekvisitet ”belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem”. Jag delar majoritetens uppfattning avseende den del av bestämmelsen som avser ”tillräckliga tillgångar”. Jag anser dock att det inte framstår som klart att motsvarande gäller för vad som i direktivets mening ska omfattas av eller begränsa rekvisitet ”belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem”. Enligt min uppfattning uppkommer då frågan om detta rekvisit i stället bör utformas gemenskapsrättsligt, och om rättsläget är sådant att det klart kan fastställas huruvida de ersättningar W.L.

erhåller faller inom eller utom den mottagande medlemsstatens, i detta fall Sveriges, sociala biståndssystem såsom det avsetts i rörlighetsdirektivet.

Viss ledning kan möjligen ges genom en analys av ett närliggande område, nämligen rätten till sociala förmåner inom EU. I betänkandet från utredningen om socialtjänsten och den fria rörligheten (SOU 2005:34) uttalas bl.a. följande (s. 37 f). Med social trygghet avses de förmåner som omfattas av rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen. Sociala förmåner regleras däremot i rådets förordning (EEG) nr 1612/68 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen. Socialt skydd är ett överordnat begrepp och avser hälso- och sjukvård, social trygghet och social hjälp. Även begreppen social hjälp och socialt bistånd förekommer som EU-rättsliga begrepp. Skillnaden mellan begreppen social trygghet och sociala förmåner är att social trygghet avser vissa inom EU-rätten bestämda socialförsäkringsförmåner medan sociala förmåner är ett vidare begrepp och inkluderar i princip alla förmåner som har någon social betydelse. För att det ska vara fråga om sociala trygghetsförmåner krävs dels att förmånen beviljas mottagaren – utan någon skönsmässig bedömning i enskilda fall av personliga behov – på grundval av förhållanden som definieras i lag, dels att förmånen hänför sig till en av de situationer som uttryckligen anges i artikel 4.1 i förordning 1408/71. Social hjälp är undantaget från tillämpningsområdet för förordning 1408/71. Social hjälp omfattas dock av begreppet sociala förmåner i artikel 7.2 i förordning 1612/68. Enligt EU-domstolens praxis avser social hjälp i princip bistånd som inte grundas på verksamhets- eller avgiftsperioder och som lämnas för att täcka människors grundläggande behov efter en individuell prövning i det enskilda fallet och inte enligt lagfästa och objektiva kriterier. Begreppet socialt bistånd förekommer i rörlighetsdirektivet. Begreppet har inte definierats i direktivet. Det förekommer även i andra rättsakter från domstolen och med detta begrepp torde i allt väsentligt avses detsamma som med begreppet social hjälp. Förmåner kan i vissa fall kännetecknas av att de dels har drag av social

trygghet, eftersom de tillkommer de personer som uppfyller villkoren för att få den sociala trygghetsförmån som de är hänförliga till, dels har drag av socialt bistånd, eftersom de inte grundas på verksamhets- eller avgiftsperioder och eftersom de avser att lindra en situation där det finns uppenbara behov. Förmåner av denna art kan då utgöra särskilda icke avgiftsfinansierade förmåner i den mening som avses i artikel 4.2 a i förordning nr 1408/71 om de ska utges i stället för eller som tillägg till en social trygghetsförmån och har karaktären av socialt bistånd som grundas på socioekonomiska hänsyn. Förmånen ska också beslutas på grundval av objektiva kriterier som fastställs i lagstiftningen. Typiskt för förmåner som är att bedöma som sådana särskilda förmåner enligt förordning 1408/71 är att de endast beviljas personer inom den medlemsstats territorium där de är bosatta.

Från den 1 maj 2010 är rådets förordningar 1408/71 och 1612/68 ersatta av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen. Liksom förordning 1408/71 ska den nya förordningen tillämpas på sådana stöd som kan definieras som särskilda icke avgiftsfinansierade kontantförmåner. I bilaga till förordningen anges just äldreförsörjningsstöd och bostadstillägg som sådana förmåner för svensk del. De framstår således som ett mellanting mellan social trygghet och socialt stöd och anges vara tillägg till trygghetsförmåner men har karaktär av socialt bistånd.

Med anledning av vad som ovan angetts uppkommer därför enligt min uppfattning en tveksamhet hur dessa stöd ska betraktas vid tillämpning av de i förevarande mål aktuella bestämmelserna i rörlighetsdirektivet. Enligt min bedömning är det i vart fall oklart om de i förordning 883/2004 angivna särskilda avgiftsfinansierade förmånerna innefattas i rekvisitet ”medlemsstatens sociala biståndssystem” och huruvida mottagande av dessa stödformer kan anses utgöra en ”belastning för medlemsstatens sociala biståndssystem” i rörlighetsdirektivets mening. Det kan enligt min mening i vart fall inte anses vara så uppenbart att det inte finns något rimligt tvivel om

den korrekta tolkningen av gemenskapsrätten såsom den utformats i rörlighetsdirektivet i förhållande till vad som framgår av förordningen 883/2004, med avseende på vad som kan utgöra en ”belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem”. Vid sådana förhållanden, och då frågan avser tolkning av bestämmelser i EU-direktiv, anser jag att förevarande mål inte kan avgöras av Migrationsöverdomstolen om inte frågeställningen klargörs genom att domstolen begär förhandsavgörande av EU-domstolen (jfr EU-domstolens dom den 6 oktober 1982, mål nr 283/81, CILFIT). Att rörlighetsdirektivet medger att medlemsstaterna tillämpar för den enskilde mer förmånliga regler förändrar inte min uppfattning eftersom frågan om de svenska bestämmelserna är mer förmånliga i förhållande till direktivet uppkommer först då det kan konstateras vad som avses i direktivet med rekvisitet ”belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem”. Överröstad i denna del gör jag vidare följande bedömning.

Frågan i målet är om W.L:s uppehållsrätt i Sverige har upphört. Vid denna prövning måste nationell rätt tolkas i ljuset av EU-rätten. Vid en sådan prövning bör utgångspunkten i prövningen enligt min uppfattning vara 3 a kap. 3 § 4 utlänningslagen. Denna bestämmelse har sitt ursprung i artikel 7 i direktivet, och motsvarar den i målet aktuella situationen. Att Sverige har stadgat rörande avvisning av EES-medborgare som vistats i Sverige i högst tre månader (8 kap. 2 § tredje stycket utlänningslagen) föranleder enligt min mening inte att denna bestämmelse ska läggas till grund för förevarande prövning.

Äldreförsörjningsstöd och bostadstillägg framstår som ett mellanting mellan social trygghet och socialt stöd men har karaktär av socialt bistånd. Det är därmed, såsom jag ovan beskrivit, oklart om dessa stöd omfattas av det ”sociala biståndssystemet” såsom begreppet används i rörlighetsdirektivet. Då förordning 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen uttryckligen är tillämplig på äldreförsörjningsstöd och bostadstillägg och de

stöden således inte anses utgöra social hjälp får de enligt min mening anses ligga utanför det sociala biståndssystemet i rörlighetsdirektivets mening. En sådan tolkning är i det aktuella fallet till fördel för W.L.. Vidare har W.L. konstaterats ha uppehållsrätt i Sverige under flera år. Min bedömning är att den omständigheten att W.L. utnyttjar ovan angivna stöd inte innebär att hon utgör en belastning för det sociala biståndssystemet. Jag delar därför majoritetens slutsats att Migrationsverket inte haft fog för att fatta beslut om utvisning av W.L.. Migrationsverkets talan ska därför ogillas.

En snart 17-årig ungdoms misskötsel av sin behandling av en allvarlig sjukdom har inte ansetts utgöra ett sådant socialt nedbrytande beteende som avses i LVU.

Lagrum:

3 § första stycket lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga

C., född 1998, genomgick 2013 en levertransplantation. Han är sedan dess tvungen att ta medicin som motverkar att den nya levern stöts bort. Han har även utvecklat diabetes som kräver insulinbehandling.

Socialnämnden i Norrköpings kommun ansökte om att C. skulle beredas vård med stöd av 3 § första stycket lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, LVU. Nämnden ansåg att han var i behov av vård, huvudsakligen på grund av att han missköter sin medicinerings och insulinbehandling vilket är livsfarligt för honom. Därutöver gjorde nämnden bl.a. gällande att han missköter sin skolgång, umgås i kriminella kretsar, uppvisar ett aggressivt beteende, dricker alkohol och brukar tobak.

C. motsatte sig ansökan.

L.G. och Y.G., vårdnadshavare för C., medgav ansökan.

Förvaltningsrätten höll muntlig förhandling i målet inom stängda dörrar.

Förvaltningsrätten i Linköping (2014-09-09, ordförande Johansson) yttrade, efter att ha redogjort för socialnämndens utredning, vad parterna anfört samt tillämpliga bestämmelser: – Förvaltningsrätten har att ta ställning till om C:s beteende utgör ett sådant socialt nedbrytande beteende som avses i LVU och om det på grund av beteendet finns en påtaglig risk att hans hälsa och utveckling skadas. Om så bedöms vara fallet, har förvaltningsrätten att pröva om nödvändig vård kan genomföras på frivillig väg, eller om den måste ske med stöd av LVU. – Av läkarintyg framgår att det är livsviktigt att C. följer sin medicinerings för att förhindra avstötning av den nya levern och att även en obehandlad diabetes kan innebära livsfara för honom. Förvaltningsrätten bedömer att det är klarlagt att C. vid flera tillfällen har misskött sin medicinerings, vilket ger anledning till stor oro. Därutöver har han gett uttryck för att agera våldsamt och han har inte heller lyckats sköta sin skolgång. Förvaltningsrätten bedömer att ett sådant beteende måste anses avvika från samhällets grundläggande normer och det utgör därmed ett sådant socialt nedbrytande beteende som avses i LVU (jfr prop. 1989/90:28 s. 66 f. samt RÅ 2000 ref. 33). Mot bakgrund främst av de fysiska risker han utsätter sin hälsa för när han inte sköter medicinerings bedömer förvaltningsrätten vidare att hans beteende utgör en påtaglig risk för att hans hälsa och utveckling skadas. – C. menar att hans situation har förbättrats och att han numera sköter sig bra. Även socialnämnden har uppgett att han har fungerat bra under sin tid på boendet. Enligt förvaltningsrättens mening kan det dock inte anses ha gått tillräckligt

lång tid för att säkerställa en nödvändig förändring i hans beteende. C. har av denna anledning ett sådant vårdbehov som avses i 3 § LVU. – C. samtycker till vård i familjehem, men samtycker inte till den av socialnämnden föreslagna vården. Mot bakgrund av C:s tidigare avvikanden och då han tidigare visat att han saknar förståelse för varför han måste sköta medicineringen finner förvaltningsrätten grundad anledning att anta att det givna samtycket kan komma att återkallas. Samtycket är även begränsat till en vårdform som socialnämnden i dagsläget inte anser vara möjlig. Nödvändig vård kan därmed inte säkerställas på annat sätt än med stöd av LVU. – Vad som ovan anförts innebär att förutsättningarna för att besluta om vård med stöd av 1 § andra stycket och 3 § LVU är uppfyllda. Socialnämndens ansökan ska därmed bifallas. Förvaltningsrätten finner att förhållandena i målet är sådana att beslutet om vård ska gälla omedelbart. – Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att C. ska beredas vård med stöd av 1 och 3 §§ LVU.

(sekretessförordnande)

C. överklagade och yrkade att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, skulle avslå socialnämndens ansökan om vård av honom med stöd av LVU.

Socialnämnden motsatte sig ändring av förvaltningsrättens dom.

L.G. och Y.G. motsatte sig ändring av förvaltningsrättens dom.

Kammarrätten höll muntlig förhandling i målet inom stängda dörrar.

Kammarrätten i Jönköping (2014-10-29, Green, Stelzer, referent, Rosell) yttrade: C. har före det omedelbara omhändertagandet misskött sin skolgång, umgåtts i kretsar som inte varit bra för honom, varit aggressiv, druckit alkohol och inte respekterat sina föräldrar och andra vuxna. Därtill har han misskött sin medicinering på sådant sätt att han riskerat sitt liv. Mot bakgrund av det anförda instämmer kammarrätten i förvaltningsrättens bedömning att C. har ett sådant socialt nedbrytande beteende som avses i LVU. Han har genom sitt beteende utsatt sin hälsa och utveckling för en påtaglig risk att skadas. – C. har uppgett att han samtycker till frivilliga insatser. Kammarrätten anser dock att behövlig vård är den vård som nu ges till C. och som anges i vårdplanen. Han samtycker inte till denna vård. Detta innebär att förutsättningarna är uppfyllda för att bereda C. vård med stöd av LVU. Hans överklagande ska därför avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.

(sekretessförordnande)

C. överklagade kammarrättens dom hos Högsta förvaltningsdomstolen och yrkade att vården enligt LVU skulle upphöra. Han anförde bl.a. följande. Hans beteende kan inte anses utgöra ett sådant socialt

nedbrytande beteende som avses i 3 § första stycket LVU. Numera sköter han sig och han förstår att det är livsviktigt att han sköter sin medicinering.

Socialnämnden bestred bifall till överklagandet och anförde bl.a. följande. Det är livsnödvändigt att C. tar sin medicin morgon och kväll. Personalen på HVB-hemmet upplever att medicineringen är ett ständigt återkommande moment som inte fungerar. Enligt personalen har han ingen sjukdomsinsikt och tar medicinen bara för att andra vill det. I november 2014 vägrade han delta i en undersökning som syftade till att få kunskap om det var möjligt att dra ner på medicinen som ska motverka avstötning av levern. Under hösten 2014 har C. haft fortsatt hög frånvaro i skolan. Han kommer inte upp på morgonen och är mycket trött. Den 28 januari 2015 vägrade han att gå upp och hotade att slå sönder sitt rum om inte personalen slutade tjata på honom. Efter den sistnämnda händelsen kopplades det in en extra resurs i form av en undersköterska. C. har bättre kontroll än tidigare på sitt humör men har vid enstaka tillfällen agerat på ett sätt som varit mer eller mindre hotfullt. Han pratar inte längre om att han ska ägna sig åt kriminalitet men umgås fortfarande med kriminella bekanta. Socialnämnden hänvisar även till en skrivelse från behandlingshemmet daterad den 9 januari 2015.

L.G. och Y.G. bestred bifall till överklagandet.

Högsta förvaltningsdomstolen (2015-06-18, Jermsten, Almgren, Knutsson, Bull, Classon) yttrade:

Skälen för avgörandet

Vad målet gäller

Frågan i målet är om C. genom att missköta sin behandling av en allvarlig sjukdom kan anses ha ett sådant socialt nedbrytande beteende som avses i 3 § första stycket LVU.

Rättslig reglering m.m.

Enligt 3 § första stycket LVU ska vård beslutas om den unge utsätter sin hälsa eller utveckling för en påtaglig risk att skadas genom missbruk av beroendeframkallande medel, brottslig verksamhet eller något annat socialt nedbrytande beteende.

Av 1 § andra stycket samma lag framgår att den som är under 18 år ska beredas vård om en situation som anges i 3 § föreligger och det kan antas att behövlig vård inte kan ges den unge med samtycke av den eller dem som har vårdnaden av honom eller henne och, när den unge har fyllt 15 år, av honom eller henne själv. Vård som beslutats med stöd av 3 § ska, enligt 21 § tredje stycket, upphöra senast när den unge fyller 21 år.

I den lag som föregick LVU, lagen (1980:621) med särskilda bestämmelser om vård av unga, användes inte uttrycket ”annat socialt

nedbrytande beteende” utan i stället ”något annat därmed jämförbart beteende”. Enligt förarbetena till den lagen (prop. 1979/80:1 del A s. 582 f.) avsågs uttrycket omfatta även andra beteenden än de som angavs i lagtexten – missbruk av beroendeframkallande medel och brottslig verksamhet – och som kan sägas innefatta allvarlig fara för den unge, t.ex. prostitution eller enstaka allvarliga brott utan att det är fråga om brottslig verksamhet. Bestämmelserna var tillämpliga främst på tonårsungdomar med sociala anpassningssvårigheter.

Av förarbetena till LVU (prop. 1989/90:28 s. 66 f. och 109) framgår att med uttrycket ”annat socialt nedbrytande beteende” menas att den unge beter sig på ett sätt som avviker från samhällets grundläggande normer. Den ändrade ordalydelsen i förhållande till tidigare lagstiftning tillkom främst i förtydligande syfte. Som exempel på sådant beteende som avses nämns att den unge begår något eller några enstaka allvarliga brott utan att man för den skull kan tala om brottslig verksamhet. Det kan också vara fråga om att den unge mer än tillfälligt vistas i en s.k. knarkarkvart eller någon annan missbruksmiljö eller att den unge prostituerar sig eller uppträder på en sexklubb.

Av RÅ 2000 ref. 33 framgår att uttrycket socialt nedbrytande beteende även kan avse andra situationer än de som nämns i förarbetena. I rättsfallet var det fråga om en femtonårig pojke som hade ett aggressivt uppträdande och svårt att behärska sig. Han hade hotat och slagit kamrater och anhöriga, gjort sig skyldig till bl.a. stöld och olaga hot samt missbrukat narkotika. Han hade en tydlig dragning till asociala och destruktiva miljöer. Genom RÅ 2010 ref. 24 har det klargjorts att ett beteende som närmast kan betraktas som symtom på en psykisk störning inte utgör ett sådant socialt nedbrytande beteende som avses i 3 § första stycket LVU.

Frågan om vad som kan utgöra ett socialt nedbrytande beteende har också nyligen prövats av Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2015 ref. 7. I rättsfallet hade en flicka i övre tonåren beretts vård med stöd av 2 § LVU på grund av att hon utsatts för bl.a. misshandel och hot i hemmet. Socialnämnden hade även fattat beslut om umgängesbegränsning och att hennes vistelseort inte skulle röjas. Sedan hon bl.a. umgått med ungdomar som kunde ha anknytning till hennes släkt, förekommit i filmer på sociala medier och haft telefonkontakt med sin familj ansökte nämnden om att hon även skulle beredas vård med stöd av 3 § första stycket LVU och angav som grund att hennes beteende var socialt nedbrytande. Högsta förvaltningsdomstolen fann att agerandet visserligen kan ha inneburit att hon röjt sin vistelseort och att hon därmed utsatt sig för fara men att beteendet snarast framstod som ett obetänksamt handlande av en ung människa och inte som ett sådant socialt nedbrytande beteende som avses i LVU.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Även om LVU är en skyddslagstiftning för unga är ett tvångsomhändertagande enligt lagen en ingripande åtgärd. Som Högsta

förvaltningsdomstolen uttalat i rättsfallet HFD 2015 ref. 7 gäller detta särskilt tvångsomhändertaganden med stöd av 3 §. Ett sådant omhändertagande kan innefatta en placering i ett särskilt ungdomshem där den som ansvarar för vården har befogenheter som medger långtgående inskränkningar av den unges rörelsefrihet och personliga integritet (15–20 b §§). Det är därför angeläget att tillämpningen av 3 § första stycket inte sträcker sig utöver vad som kan betraktas som en rimlig tolkning av bestämmelsens ordalydelse. Enbart det förhållandet att den unge utsätter sig för en risk innebär inte att det föreligger ett beteende som kan betecknas som socialt nedbrytande.

C. är snart 17 år. Hans misskötsel av sin medicinering och insulinbehandling innebär att han utsätter sin hälsa för mycket stora risker och är potentiellt livsfarlig för honom. Beteendet kan emellertid svårigen anses som socialt nedbrytande enligt ordalydelsen i 3 § första stycket LVU. Inte heller tyder uttalandena i förarbetena på att den nu aktuella situationen har avsetts omfattas av bestämmelsen. C. kan därför inte beredas vård med stöd av LVU på denna grund.

Vad socialnämnden anfört beträffande C:s beteende i övrigt är enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening inte omständigheter av sådant slag som kan utgöra grund för att bereda honom vård enligt 3 § första stycket LVU. Överklagandet ska därför bifallas.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas domar och avslår ansökan om vård.

(sekretessförordnande)

Mål nr 5850-14, föredragande Lena Forsmark

Fråga om förutsättningar föreligger för öppen psykiatrisk tvångsvård.

Lagrum:

3 § första stycket 2 lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård

M.K. togs in för sluten psykiatrisk vård den 25 februari 2013 med stöd av lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, LPT. Den slutna psykiatriska tvångsvården pågick till den 2 maj 2013 då vården övergick till öppen psykiatrisk tvångsvård.

Chefsöverläkaren ansökte i april 2014 hos Förvaltningsrätten i Falun om medgivande till fortsatt psykiatrisk tvångsvård av M.K. och att rätten som särskilda villkor för vården skulle föreskriva att M.K. skulle medicinera enligt chefsöverläkarens föreskrifter och hålla kontakt med öppenvårdspsykiatri. *Chefsöverläkaren* anförde bl.a. följande. M.K. lider av en allvarlig psykisk störning och har vid flera tillfällen varit intagen för vård med stöd av LPT. Hon har alltid haft en mycket dålig sjukdomsinsikt och aldrig upplevt behov av medicinering. När tvångsvården upphört har hon avslutat medicineringen med återinsjuknande som följd. Det har fungerat bättre för henne under den öppna psykiatriska tvångsvården och hon har inte visat några tecken på återinsjuknande. Hon har kontakt med öppenvården där hon får depåmedicinering var fjärde vecka.

M.K. motsatte sig att den öppna psykiatriska tvångsvården av henne skulle fortsätta och uppgav bl.a. följande. Hon lider inte av någon allvarlig psykisk störning och hon har inget vårdbehov. Den medicin hon får ger ingen effekt och hon skulle sluta med den om tvångsvården upphörde.

Förvaltningsrätten höll muntlig förhandling i målet inom stängda dörrar.

Förvaltningsrättens sakkunnige läkare tillstyrkte fortsatt öppen psykiatrisk tvångsvård med de villkor som chefsöverläkaren föreslagit.

Förvaltningsrätten i Falun (2014-04-24, ordförande Ulfhake Berglund) yttrade: Bestämmelser – Öppen psykiatrisk tvångsvård får ges endast om patienten lider av en allvarlig psykisk störning och på grund av sitt psykiska tillstånd och sina personliga förhållanden i övrigt behöver iaktta särskilda villkor för att kunna ges nödvändig psykiatrisk vård. Ytterligare en förutsättning är att patienten motsätter sig sådan vård eller att det till följd av patientens psykiska tillstånd finns grundad anledning att anta att vården inte kan ges med hans eller hennes samtycke (3 § LPT). Om rätten bifaller chefsöverläkarens ansökan får vården pågå under högst sex månader, räknat från den dag rätten meddelar beslut i frågan (9 § LPT). Rätten ska vid beslut om öppen psykiatrisk tvångsvård föreskriva de särskilda villkor som ska gälla för vården. Rätten får överlämna åt chefsöverläkaren att besluta om dessa villkor (26 § LPT). – Skälen för

avgörandet – Förvaltningsrätten anser inte att det finns skäl att frångå chefsöverläkarens och rättens sakkunnige läkares samstämmiga bedömning att M.K. lider av en allvarlig psykisk störning och att hon på grund av sitt psykiska tillstånd och sina personliga förhållanden i övrigt behöver iaktta särskilda villkor för att kunna ges nödvändig psykiatrisk vård så att hennes psykiska tillstånd inte försämras. M.K. saknar sjukdomsinsikt och är negativt inställd till vård och medicinering. Förvaltningsrätten anser därför att den behövliga vården inte kan ges med hennes samtycke. Då därmed samtliga förutsättningar för fortsatt öppen psykiatrisk tvångsvård är uppfyllda ska chefsöverläkarens ansökan med föreslagna villkor bifallas. Förvaltningsrättens medgivande till öppen psykiatrisk tvångsvård lämnas för sex månader. – Förvaltningsrätten medger att den öppna psykiatriska tvångsvården av M.K. får fortsätta. Vård med stöd av denna dom får längst pågå till och med den 24 oktober 2014. – Som särskilda villkor för vården gäller att M.K. medicinerar enligt chefsöverläkarens föreskrifter och har kontakt med öppenvårdspsykiatri.

(sekretessförordnande)

M.K. överklagade förvaltningsrättens dom och yrkade att chefsöverläkarens ansökan om fortsatt psykiatrisk tvångsvård i öppen form skulle ogillas och anförde bl.a. följande. Hon lider inte av en allvarlig psykisk störning. Det kan ha varit så att hennes tillstånd tidigare inte varit helt stabilt. Idag mår hon bättre och är lugnare. Även chefsöverläkaren anser att hon fungerar bättre. Hon har inte heller något vårdbehov. Hon bor i en egen lägenhet och det fungerar bra.

Kammarrätten i Sundsvall (2014-05-23, Törnered, Eberstein, referent, Nordling) yttrade: Vad M.K. har anført i kammarrätten och vad som i övrigt kommit fram i målet ger inte kammarrätten anledning att göra någon annan bedömning än den förvaltningsrätten gjort. Överklagandet ska därför avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.

(sekretessförordnande)

M.K. överklagade kammarrättens dom och yrkade att Högsta förvaltningsdomstolen skulle lämna chefsöverläkarens ansökan utan bifall. Hon anförde bl.a. följande. Hon lider inte av en allvarlig psykisk störning och har inte heller något vårdbehov. En förutsättning för öppen psykiatrisk tvångsvård är att patienten behöver iaktta särskilda villkor för att kunna ges nödvändig psykiatrisk vård. Vad som ska anses vara nödvändig vård ska enligt Högsta förvaltningsdomstolens praxis ges en restriktiv tolkning. Att tvångsvård i öppen form med villkor om medicinering kan minimera riskerna för en försämring i hennes mående räcker inte. Det går inte att besluta om sådan vård i förebyggande syfte. Det finns inget som talar för att ett återinsjuknande skulle ske i närtid för det fall hon avbryter sin medicinering och det finns inte underlag för att bedöma när en allvarlig försämring av hennes hälsotillstånd kan komma att inträffa om medicineringen upphör. Villkoren enligt vårdplanen kan därför inte anses nödvändiga i den mening som avses i 3 § LPT. För det

fall Högsta förvaltningsdomstolen medger att den psykiatriska tvångsvården fortsätter i öppen form kommer hon att följa villkoren i vårdplanen.

Chefsöverläkaren anförde att M.K. lider av en allvarlig psykossjukdom för vilken hon i dagsläget endast kan erbjudas adekvat behandling inom ramen för öppen psykiatrisk tvångsvård.

Socialstyrelsen avgav yttrande i målet och anförde följande. M.K. har en allvarlig psykisk störning. Hon har behov av tvång under öppenvård eftersom hon inte har någon sjukdomsinsikt, inte kan tänka sig medicinering under frivilliga former och varje gång medicineringen upphör återinsjuknar relativt snabbt med ett stort lidande och behov av förnyad slutenvård som följd. Dessa återinsjuknanden innebär en risk för försämring av hennes funktionsnivå. Det finns därför förutsättningar för öppen psykiatrisk tvångsvård.

Högsta förvaltningsdomstolen förordnade den 31 augusti 2015 med stöd av 5 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar att målet skulle hänskjutas till avgörande av Högsta förvaltningsdomstolen i dess helhet.

Högsta förvaltningsdomstolen (2015-11-24, Melin, Jermsten, Almgren, Nord, Knutsson, Ståhl, Saldén Enérus, Nymansson, Silfverberg, Rynning, Bull, Classon, Askersjö, Baran, Andersson) yttrade:

Skälen för avgörandet

Rättslig reglering m.m.

Hälso- och sjukvården ska bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet samt arbeta för att förebygga ohälsa (2 a och 2 c §§ hälso- och sjukvårdslagen [1982:763] samt 4 kap. 1 § patientlagen [2014:821]). Enligt 4 kap. 2 § patientlagen får hälso- och sjukvård inte ges utan patientens samtycke om inte annat följer av denna eller någon annan lag. Regler om psykiatrisk tvångsvård som kompletterar föreskrifterna i hälso- och sjukvårdslagen och patientlagen finns i lagen om psykiatrisk tvångsvård (1 § LPT).

Av 2 § LPT framgår att öppen psykiatrisk tvångsvård endast kan ges efter sluten psykiatrisk tvångsvård. Tvångsvården ska syfta till att sätta patienten i stånd att frivilligt medverka till nödvändig vård och ta emot det stöd som han eller hon behöver. Enligt 17 § andra stycket ska behandlingsåtgärderna anpassas till vad som krävs för att uppnå detta syfte. Tvångsåtgärder vid vård enligt lagen får dock enligt 2 a § bara användas om de står i rimlig proportion till syftet med åtgärden. Om mindre ingripande åtgärder är tillräckliga ska de användas.

Tvångsvård får enligt 3 § första stycket LPT ges endast om patienten lider av en allvarlig psykisk störning och på grund av sitt psykiska tillstånd och sina personliga förhållanden i övrigt

1. har ett oundgängligt behov av psykiatrisk vård, som inte kan tillgodoses på annat sätt än genom att patienten är intagen på en sjukvårdsinrättning för kvalificerad psykiatrisk dygnetruntvård (sluten psykiatrisk tvångsvård), eller
2. behöver iaktta särskilda villkor för att kunna ges nödvändig psykiatrisk vård (öppen psykiatrisk tvångsvård).

Av 3 § andra stycket LPT framgår att en ytterligare förutsättning för vård enligt lagen är att patienten motsätter sig sådan vård som avses i första stycket, eller att det till följd av patientens psykiska tillstånd finns grundad anledning att anta att vården inte kan ges med hans eller hennes samtycke. I fjärde stycket anges att det vid bedömning av vårdbehovet enligt första stycket även ska beaktas, om patienten till följd av sin psykiska störning är farlig för annans personliga säkerhet eller fysiska eller psykiska hälsa.

Av förarbetena till lagstiftningen om öppen psykiatrisk tvångsvård (prop. 2007/08:70) framgår bl.a. följande om syftet med reformen och förutsättningarna för beslut om sådan tvångsvård.

Vårdformen avses ge bättre förutsättningar för en individanpassad utslussning och rehabilitering till ett liv utanför sjukvårdsinrättning och minska behovet av återkommande intagningar i tvångsvård. Den nya formen av tvångsvård behövs bl.a. därför att det i vissa fall krävs lång tid för personer med psykisk sjukdom att förbereda sig för och anpassa sig till ett liv utanför sjukvårdsinrättningen. Det finns också personer som inte behöver vistas på en sjukvårdsinrättning men som har ett livslångt behov av en tydlig struktur kring t.ex. medicinering, boende eller sysselsättning för att inte försämrats i sin psykiska sjukdom. För dessa kan det vara olämpligt att avbryta tvångsvården om det medför risk för ett försämrat hälsotillstånd (s. 75 f.).

Öppen tvångsvård bör kunna beslutas i fråga om personer med allvarlig och långvarig psykisk störning som vid upprepade tillfällen varit intagna för tvångsvård på grund av att de inte frivilligt kunnat sköta sin behandling tillfredsställande och därför bedömts kunna klara sig i det egna hemmet endast under förutsättning att de är skyldiga att iaktta vissa villkor. Det är bl.a. fråga om personer som behöver kontinuerlig medicinering eller annan behandling för att inte återfalla i självdestruktivitet eller hotfullt beteende och riskera att allvarligt skada sig själv eller någon annan. Vårdformen är emellertid inte avsedd som en möjlighet att slentrianmässigt ge patienter långtidsmedicinering utanför sjukvårdsinrättningen utan att erbjuda andra möjligheter till behandling (s. 87 f. och 110).

Villkoren vid öppen tvångsvård ska bestämmas efter en avvägning mellan å ena sidan vad som med hänsyn till patientens psykiska tillstånd och personliga förhållanden krävs för att vård ska kunna ges utanför sjukvårdsinrättningen och å andra sidan principen att de åtgärder ska väljas som är minst ingripande för patienten. I varje enskilt fall måste noga prövas om villkoren uppfyller dessa krav och syften. En avvägning

måste göras mellan den kränkning av patientens självbestämmande, integritet och värdighet som ett beslut om öppen vård med de aktuella villkoren innebär och effekterna på patientens hälsa och livskvalitet. Behandlingen får inte genomföras med tvångsåtgärder (s. 111 f.).

Om patienten inte rättar sig efter de villkor som gäller ligger det nära till hands att anse att vården inte längre kan ges utanför sjukvårdsinrättningen. Ett exempel kan vara att en patient inte tar sin medicin enligt uppställda villkor. Patienten måste emellertid inte alltid återintas i dessa fall. Om en återintagning behöver ske måste bedömas från fall till fall och är beroende av vilka villkor som föreskrivits och patientens sjukdomsbild. Återintagning får inte användas som en sanktion för att ett villkor inte har iakttagits (s. 116).

I rättsfallet RÅ 2010 ref. 93 avslog Högsta förvaltningsdomstolen chefsöverläkarens ansökan om öppen psykiatrisk tvångsvård i ett fall som i många avseenden liknar det nu aktuella. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att den öppna tvångsvården – trots benämningen – inte är förenad med något egentligt tvång. Den ordinerade medicineringen kunde därför inte påtvingas patienten inom ramen för sådan vård. Redan på grund av detta kunde det sättas i fråga om det fanns tillräckliga skäl för vården. Till detta kom att lagens syfte och uppbyggnad talade för en restriktiv tolkning av vad som ska anses vara nödvändig vård enligt 3 § LPT. Den omständigheten att patienten utan den ordinerade medicinen sannolikt skulle komma att insjukna om några månader eller något år kunde inte medföra att medicinen nu skulle anses nödvändig för honom.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar inledningsvis att avsaknaden av tvångsmedel för att genomdriva medicinerings och andra särskilda villkor vid öppen psykiatrisk tvångsvård inte hindrar att de förutsättningar för sådan vård som uppställs i lagtexten kan vara uppfyllda.

Ett syfte med vårdformen öppen psykiatrisk tvångsvård är att nivån på tvångsinsatser ska kunna anpassas bättre till varje patients behov och att behovet av återkommande intagningar i slutna tvångsvård ska minska. Vårdformen är avsedd bl.a. för patienter som har ett långvarigt behov av tydlig struktur kring exempelvis medicinerings för att inte försämrats i sin psykiska sjukdom. En sådan medicinerings har ett förebyggande syfte och sker för att förhindra, eller i vart fall lindra, ett försämringstillstånd. I RÅ 2010 ref. 93 ansågs medicinerings i syfte att förebygga ett sannolikt återinsjuknande om några månader eller något år inte vara nödvändig vård. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening måste emellertid under vissa förutsättningar medicinerings för att förebygga en framtida försämring kunna anses vara sådan nödvändig psykiatrisk vård som avses i 3 § LPT.

Det är utrett att M.K. lider av en allvarlig psykisk störning i den mening som avses i 3 § LPT. Hon har emellertid för närvarande inte ett

oundgängligt behov av att vara intagen på en sjukvårdsinrättning för kvalificerad psykiatrisk dygnetruntvård. M.K. motsätter sig de villkor om medicinering och kontakt med öppenvårdspsykiatri som anges i vårdplanen. Högsta förvaltningsdomstolen noterar dock att det tidigare har varit möjligt att tillgodose hennes vårdbehov genom öppen psykiatrisk tvångsvård.

Av de förutsättningar för öppen psykiatrisk tvångsvård som anges i 3 § LPT återstår därmed att pröva om M.K., för att kunna ges nödvändig psykiatrisk vård, behöver iaktta de villkor som anges i vårdplanen avseende medicinering och kontakt med öppenvårdspsykiatri.

Vid bedömningen av om en patient behöver iaktta ett särskilt villkor om t.ex. medicinering för att kunna ges nödvändig vård måste hänsyn tas till patientens hela situation och en proportionalitetsbedömning göras, där behovet av behandling vägs mot det intrång i patientens självbestämmande och integritet som villkoret innebär. Därvid måste beaktas bl.a. patientens förutsättningar att göra ett övervägt ställningstagande till den aktuella behandlingen. Patientens behov av behandling måste i sin tur bedömas mot bakgrund av bl.a. hur den psykiska störningen yttrar sig, risken för att patienten vid avbruten medicinering kan bli farlig för sig själv eller för annan, i vilken mån avbruten medicinering kan leda till att tidigare funktionsnivå inte kan återfås trots återupptagen medicinering, den tid som kan antas förflyta efter avbruten medicinering innan patientens psykiska tillstånd försämras samt vilket slags medicinering som avses och eventuella biverkningar av behandlingen.

M.K. har flera gånger tidigare avbrutit ordinerad medicinering och därefter försämrats i sin sjukdom i sådan utsträckning att hon efter en tid återintagits för slutna tvångsvård. Av utredningen i målet framgår att tidsintervallen från det att hon slutat att ta medicinen till den nya tvångsintagningen varit mellan tre och fem månader vid de tre återintagningar som skett sedan 2011. Risken är således överhängande att M.K. kommer att avsluta sin medicinering om den öppna tvångsvården upphör och åter försämras i sin sjukdom. Det saknas anledning att ifrågasätta Socialstyrelsens bedömning att återinsjuknanden innebär en risk för en bestående försämring av hennes funktionsnivå. M.K. saknar sjukdomsinsikt och kan inte anses ha förutsättningar att göra ett övervägt ställningstagande till den behandling som bedöms nödvändig.

Högsta förvaltningsdomstolen finner vid en sammantagen bedömning att M.K. behöver iaktta de särskilda villkoren om medicinering och kontakt med öppenvårdspsykiatri för att kunna ges nödvändig vård. Förutsättningarna för att bifalla chefsöverläkarens ansökan om öppen psykiatrisk tvångsvård är därmed uppfyllda. M.K:s överklagande ska därför avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

(sekretessförordnande)

Mål nr 3310-14, föredragande Alf Engsbråten

Ref 47

För att ha rätt till sjukpenning måste den försäkrade göra sannolikt att arbetsförmågan är nedsatt på grund av sjukdom. Vid psykiatriska tillstånd krävs därvid inte att det i det medicinska underlaget redovisas undersökningsfynd som bygger på annat än läkarens iakttagelser och uppgifter som den försäkrade lämnat.

27 kap. 25 § första stycket socialförsäkringsbalken

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 16 november 2022 följande dom (mål nr 5070-21 och 5071-21).

Bakgrund

1. För att en person ska ha rätt till sjukpenning krävs att han eller hon har en sjukdom som sätter ned arbetsförmågan med minst en fjärdedel. Nedsättningen av arbetsförmågan ska styrkas genom läkarintyg.

2. H.H. arbetade heltid som lärare när hon i september 2017 ansökte om sjukpenning på grund av utmattningssyndrom. Hon beviljades sjukpenning till och med den 31 mars 2018. Det som nu ska prövas är hennes ansökan om sjukpenning för perioden 1 april–21 maj 2018. Hon hade då varit sjukskriven i mer än 180 dagar vilket medförde att hennes arbetsförmåga inte skulle prövas endast mot arbetet som lärare, utan mot förvärvsarbete som är normalt förekommande på arbetsmarknaden.

3. Försäkringskassan beslutade att H.H. inte hade rätt till sjukpenning under den aktuella perioden. Försäkringskassan ansåg att rätten till sjukpenning inte går att bedöma enbart utifrån skattningskalor och den försäkrades egna uppgifter utan att bedömningen måste ha stöd i vad som kan anses vara objektivt styrkt utifrån de medicinska underlagen. Enligt myndigheten saknades sådant underlag.

4. Som en konsekvens av att H.H:s ansökan om sjukpenning avslogs och att hon inte hade återgått till arbete på heltid efter den 1 april 2018 beslutade Försäkringskassan vidare att hennes sjukpenninggrundande inkomst skulle sänkas.

5. H.H. överklagade Försäkringskassans båda beslut till Förvaltningsrätten i Härnösand som biföll överklagandet. Enligt förvaltningsrätten framgick det av utredningen i målet att H.H. skattade högt på självskattningstest för utmattningssyndrom, att detta ytterligare förstärktes av läkarens uppgifter i målet samt att den omständigheten att hon under den aktuella perioden inte kunnat

utföra vardagliga sysslor starkt talade emot att hon skulle ha kunnat utföra ett normalt förekommande arbete. Förvaltningsrätten ansåg att den bevisning som fanns i målet gjorde det sannolikt att H.H. under perioden hade haft en nedsatt arbetsförmåga i förhållande till ett sådant arbete och att hon därför skulle beviljas hel sjukpenning. Som en konsekvens av detta skulle hennes sjukpenninggrundande inkomst inte sänkas.

6. Försäkringskassan överklagade till Kammarrätten i Sundsvall som ändrade förvaltningsrättens dom och fastställde Försäkringskassans beslut om sjukpenning respektive sjukpenninggrundande inkomst. Kammarrätten konstaterade att det medicinska underlaget i hög grad bestod av H.H:s egna uppgifter och att det saknades verifierade undersökningsfynd eller observationer som tydligt beskrev hennes aktivitetsbegränsningar. Utifrån uppgifterna i underlaget bedömde kammarrätten därför att det inte hade visats att H.H. hade haft så omfattande besvär att hon saknat förmåga att klara av ett arbete som inte är kognitivt krävande och som innebär begränsade kontakter med andra människor. Arbeten av sådan karaktär fick enligt kammarrätten anses vara normalt förekommande på arbetsmarknaden.

Yrkanden m.m.

7. H.H. yrkar att kammarrättens dom ska upphävas och förvaltningsrättens dom fastställas.

8. Försäkringskassan yrkar också att kammarrättens dom ska upphävas och förvaltningsrättens dom fastställas samt anför följande.

9. Vid bedömningen av rätt till sjukpenning är det inte avgörande att det i läkarintyg finns särskilt utpekade undersökningsfynd. En helhetsbedömning av samtliga relevanta uppgifter bör ligga till grund för bedömningen. Vid en sådan helhetsbedömning av de uppgifter som har lämnats av H.H., hennes läkare och andra personer anser Försäkringskassan numera att det får anses sannolikt att hennes arbetsförmåga har varit helt nedsatt på grund av sjukdom i förhållande till ett på arbetsmarknaden normalt förekommande arbete.

Skälen för avgörandet

Frågan i målet

10. Frågan i målet är om det för rätt till sjukpenning vid ett psykiatriskt tillstånd krävs att det i det medicinska underlaget redovisas undersökningsfynd som bygger på annat än uppgifter från den försäkrade.

Rättslig reglering m.m.

11. I 27 kap. 2 § första stycket socialförsäkringsbalken föreskrivs att en försäkrad har rätt till sjukpenning vid sjukdom som sätter ned hans eller hennes arbetsförmåga med minst en fjärdedel.

12. Enligt 46 § första stycket ska vid bedömningen av om arbetsförmågan är nedsatt beaktas om den försäkrade på grund av sjukdomen inte kan utföra sitt vanliga arbete eller annat lämpligt arbete som arbetsgivaren tillfälligt erbjuder honom eller henne. Från och med den tidpunkt då den försäkrade har haft nedsatt arbetsförmåga under 180 dagar ska det dessutom enligt 48 § första stycket beaktas om den försäkrade har sådan förmåga att han eller hon kan försörja sig själv genom sådant förvärvsarbete som är normalt förekommande på arbetsmarknaden.

13. Den försäkrade ska enligt 25 § första stycket styrka nedsättningen av arbetsförmågan på grund av sjukdom senast från och med den sjunde dagen efter sjukperiodens första dag genom att lämna in ett läkarintyg till Försäkringskassan.

*Högsta förvaltningsdomstolens bedömning**Bevisbörda och beviskrav*

14. I 27 kap. 25 § första stycket socialförsäkringsbalken anges att den försäkrade genom läkarintyg ska styrka att arbetsförmågan är nedsatt på grund av sjukdom. Det innebär att det är den försäkrade som har bevisbördan för att hans eller hennes arbetsförmåga är nedsatt på grund av sjukdom i sådan omfattning att han eller hon har rätt till sjukpenning. I bestämmelsen regleras emellertid inte vilket beviskrav som ska tillämpas. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening bör krävas att den försäkrade gör sannolikt att de angivna förhållandena föreligger.

Uppgifter i det medicinska underlaget

15. Prövningen av om arbetsförmågan är nedsatt ska göras med utgångspunkt i den försäkrades sjukdom. Avgörande för bedömningen är vilken sjukdom det rör sig om och på vilket sätt sjukdomen inskränker den försäkrades förmåga att utföra arbete (HFD 2018 ref. 51). Det viktigaste underlaget vid denna prövning är vanligtvis det läkarintyg som den försäkrade ska lämna till Försäkringskassan.

16. Vid somatiska sjukdomar är det naturligt att läkarintyget innehåller en beskrivning och bedömning av de undersökningsfynd som framkommit vid t.ex. blodprov, röntgen eller fysiologiska undersökningar. När det gäller psykiatriska tillstånd kan läkarens bedömning inte på samma sätt grundas på den typen av undersök-

ningsfynd utan måste med nödvändighet i stor utsträckning utgå från de uppgifter som den försäkrade lämnar. Det avgörande för prövningen av rätten till sjukpenning är emellertid inte dessa uppgifter i sig utan läkarens värdering och bedömning av dem i kombination med eventuella iakttagelser som läkaren har gjort.

17. Läkaren ska således även i dessa fall göra en bedömning av vad som talar för att det aktuella tillståndet föreligger samt beskriva vilka funktioner som påverkas av tillståndet och vilken aktivitetsbegränsning det medför. Ju längre den försäkrades besvär består desto större möjligheter bör det finnas för läkaren att säkerställa och fördjupa bedömningen. Detta innebär att det ofta med tiden bör kunna ställas högre krav avseende läkarens bedömningar för att det ska anses vara sannolikt att arbetsförmågan är nedsatt i den grad som fordras för att sjukpenning ska lämnas.

18. Däremot krävs alltså inte att det i det medicinska underlaget redovisas undersökningsfynd som bygger på annat än läkarens iakttagelser och uppgifter från den försäkrade. Även ett läkarintyg där bedömningen huvudsakligen grundas på uppgifter från den försäkrade kan vara tillräckligt för att det ska anses vara sannolikt att den försäkrade saknar förmåga att utföra den typ av arbete som prövningen av rätten till sjukpenning avser.

Bedömningen i detta fall

19. H.H. har i samband med sin ansökan om sjukpenning lämnat in läkarintyg där läkaren, grundat på H.H:s egna uppgifter, beskriver hennes funktionsnedsättning och aktivitetsbegränsningar utifrån diagnosen utmattningssyndrom. Därefter gör läkaren bedömningen att hennes arbetsförmåga är helt nedsatt på grund av bl.a. fortsatt kognitiv nedsättning och stimulikänslighet.

20. Försäkringskassan anser numera att H.H. har gjort sannolikt att hennes arbetsförmåga varit helt nedsatt på grund av sjukdom under perioden 1 april–21 maj 2018 i förhållande till ett på arbetsmarknaden normalt förekommande arbete. Parterna är också ense om att hon har skyddat sin sjukpenninggrundande inkomst mot sänkning. Högsta förvaltningsdomstolen gör ingen annan bedömning.

21. Kammarrättens dom i fråga om såväl sjukpenning som sjukpenninggrundande inkomst ska således upphävas och förvaltningsrättens avgörande fastställas.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och fastställer förvaltningsrättens avgörande.

I avgörandet deltog justitieråden *Jäderblom, Ståhl, Classon, Askersjö och von Essen*. Föredragande var justitiesekreteraren Maria Rydell.

Förvaltningsrätten i Härnösand (2020-05-12, ordförande *Lindau* [skiljaktig], tre nämndemän):

Sjukpenning för perioden 1 april–21 maj 2018

Under den i målet aktuella perioden hade H.H. varit sjukskriven i mer än 180 dagar. Det innebär att hennes arbetsförmåga ska bedömas i förhållande till ett arbete som är normalt förekommande på arbetsmarknaden, förutsatt att det inte föreligger särskilda skäl eller att bedömningen kan anses oskälig. I målet har det inte påståtts att det föreligger särskilda skäl eller att bedömningen kan anses vara oskälig. Förvaltningsrätten finner inte heller att det föreligger utredning i målet som tyder på särskilda skäl eller oskälighet. H.H:s arbetsförmåga under perioden ska därmed bedömas i förhållande till ett arbete som är normalt förekommande på arbetsmarknaden.

Vid bedömningen av arbetsförmågan ska bortses från arbetsmarknadsmässiga, ekonomiska, sociala och liknande förhållanden. Det är en strikt medicinsk bedömning som ska göras.

Av utredningen i målet framkommer att H.H. skattar högt på självskattningstest för utmattningssyndrom, vilket ytterligare förstärks av läkarens vittnesuppgifter i målet. Av utredning framkommer att hon inte ens kunde utföra vardagliga sysslor under aktuell period, vilket starkt talar emot att hon skulle kunna utföra ett normalt förekommande arbete. Genom bevisningen som finns i målet är det enligt förvaltningsrättens mening sannolikt att H.H. haft en nedsatt arbetsförmåga i förhållande till ett normalt förekommande arbete. Överklagandet ska därmed bifallas på så sätt att H.H. beviljas hel sjukpenning under perioden 1 april–21 maj 2018.

SGI-skydd under perioden 22 maj–21 augusti 2018

[text här utelämnad]

– Förvaltningsrätten bifaller överklagandena på så vis att H.H. ska beviljas hel sjukpenning 1 april–21 maj 2018, samt upphäver beslutet om ny sjukpenninggrundande inkomst (SGI) från 21 augusti 2018 och förklarar att hon skyddat sin tidigare fastställda SGI under perioden 22 maj–21 augusti 2018.

Lindau var skiljaktig och anförde:

Jag instämmer i Försäkringskassans bedömning. Vad H.H. anfört och vad som framkommit vid vittnesförhöret ger inte anledning till annan bedömning.

Kammarrätten i Sundsvall (2021-06-23, Odmark, Ebbing och Hallman):***Rätt till sjukpenning för perioden 1 april–21 maj 2018***

Kammarrätten ska först pröva om H.H. har rätt till sjukpenning för perioden 1 april–21 maj 2018. Av utredningen framgår att H.H. då hade haft nedsatt arbetsförmåga under längre tid än 180 dagar. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att den medicinska utredningen inte ger stöd för att det skulle finnas särskilda skäl eller vara oskäligt att bedöma H.H:s arbetsförmåga mot normalt förekommande arbeten.

Frågan blir därför om H.H:s arbetsförmåga har varit nedsatt med minst en fjärdedel i förhållande till ett normalt förekommande arbete på arbetsmarknaden.

I de läkarintyg som avser den aktuella perioden, och som har redovisats i förvaltningsrättens dom, anges att H.H:s arbetsförmåga bedöms vara helt nedsatt i förhållande till hennes ordinarie arbete som lärare. Det medicinska underlaget består i hög grad av H.H:s egna uppgifter och det saknas verifierade undersökningsfynd eller observationer som tydligt beskriver hennes aktivitetsbegränsningar. Utifrån uppgifterna i underlaget bedömer kammarrätten därför att det inte har visats att H.H. har haft så omfattande besvär att hon saknat förmåga att klara av ett arbete som inte är kognitivt krävande och som innebär begränsade kontakter med andra människor. Arbeten av sådan karaktär får anses vara normalt förekommande på arbetsmarknaden. Mot denna bakgrund ger utredningen inte stöd för att H.H:s arbetsförmåga har varit nedsatt med minst en fjärdedel på grund av sjukdom i förhållande till ett normalt förekommande arbete under den aktuella perioden. Försäkringskassan har därmed haft fog för sitt beslut att avslå ansökan om sjukpenning varför förvaltningsrättens dom ska ändras i denna del.

SGI från och med den 21 augusti 2018

[text här utelämnad]

– Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och fastställer Försäkringskassans två beslut.

Mitt förslag: Villkoren för tvångsvård utformas med sikte på att sådan vård skall begränsas till vad som är oundgängligen nödvändigt. Tre företsättningar skall samtidigt vara uppfyllda. En företsättning skall vara att patienten lider av en allvarlig psykisk störning. Vidare skall krävas att patienten på grund av sitt psykiska tillstånd och sina personliga förhållanden i övrigt har ett oundgängligt behov av psykiatrisk vård som inte kan tillgodoses på annat sätt än genom att patienten är intagen på en sjukvårdsinrättning. Ytterligare skall fordras att patienten motsätter sig vården eller att denne på grund av sitt psykiska tillstånd uppenbart saknar förmåga att ge uttryck för ett grundat ställningstagande i fråga om behovet av vård genom intagning.

Vid bedömningen av patientens vårdbehov skall beaktas om denne till följd av sin psykiska störning är farlig för annans personliga säkerhet eller fysiska eller psykiska hälsa.

Jag behandlar i det följande de tre företsättningarna för tvångsvård var för sig.

3.1.1 Allvarlig psykisk störning

Socialberedningens förslag: En av grundföretsättningarna för psykiatrisk tvångsvård skall vara att patienten lider av en allvarlig psykisk störning. Detta innebär bl. a. att begreppet psykisk sjukdom och därmed jämställd psykisk abnormitet ersätts av samlingsbegreppet allvarlig psykisk störning. Beredningen vill därmed markera att psykiska hälsoproblem inte kan förklaras enbart med biologiska grunder utan att också sociala och psykologiska faktorer har stor betydelse. (Se betänkandet s. 140–143, 147, 202–204 och 209–212.)

Remissinstanserna: Remissopinionen är delad. De instanser som stöder socialberedningens förslag godtar de principiella motiven för detta. Det gäller bl. a. allmänna förvaltningsdomstolar, fackförbund och klientorganisationer. Andra instanser, däribland allmänna domstolar, socialstyrelsen, psykiatriska nämnden och läkarorganisationer, förordar att det nu gällande sjukdomsbegreppet behålls och menar bl. a. att begreppet allvarlig psykisk störning är alltför oprecist och vittomfattande. Detta är enligt en del instanser inte acceptabelt från rättssäkerhetssynpunkt och kan medföra en ökad användning av tvång. Syftet att begränsa möjligheterna till tvångsvård avspeglas därmed inte i beredningens förslag.

Vissa instanser, bl. a. psykiatriska nämnden, påpekar att det är ologiskt att sträva efter att jämställa den psykiatriska vården med den somatiska och samtidigt utmönstra sjukdomsbegreppet från den förra. En del instanser frågar sig vilken egentlig nytta det för med sig att ändra benämningar.

Riksförbundet FUB För Utvecklingsstörda Barn, Ungdomar och Vuxna och ytterligare ett par instanser framhåller att det föreligger risk för att allvarlig psykisk störning kommer att förväxlas med psykisk utvecklingsstörning.

Skälen för mitt förslag

Bakgrund och gällande rätt

Sinnessjuklagstiftningskommitténs betänkande (SOU 1964:40) Mental-sjukvårdslag ligger till grund för den nu gällande lagen (1966:293) om beredande av sluten psykiatrisk vård i vissa fall (LSPV). Innan LSPV trädde i kraft den 1 januari 1967 gällde som företsättning för intagning på mentalsjukhus på ansökan av någon annan att patienten led av sinnessjukdom eller sinnesslöhet. Kommittén framhöll att rättstillämpningen inte hållit sig strikt inom de av lagen upprägnade gränserna. Intagning på mentalsjukhus skedde även vid svårare neurotiska tillstånd och vid andra mer allvarliga insufficiensstillstånd, som inte kunde hänföras till sinnessjukdom eller sinnesslöhet. Vidare skedde viss intagning av s. k. psykopa-titer och alkoholister. En utvidgning i praxis av företsättningarna för intagning avseende det psykiska tillståndet hade alltså skett. Tillämpningen av då gällande regler var oklar.

Kommittén övervägde om det psykiska tillstånd som skulle kunna leda till intagning borde anges som psykos (sinnessjukdom), nervös sjukdom eller psykisk sjukdom. Kommittén framhöll att begreppet psykos innefattade såväl lätta som svåra sjukdomstillstånd och var begränsat till sin omfattning. Däri ingick nämligen inte svårare neurotiska tillstånd och andra mera allvarliga insufficiensstillstånd. Enligt kommittén stod något bättre begrepp än psykisk sjukdom inte till buds.

Kommitténs uppfattning vann gehör och i LSPV används begreppet psykisk sjukdom som samlingsbeteckning för alla sjukdomar med psykiska symtom oavsett deras orsaker, alltså såväl psykoser och neuroser som insufficiensstillstånd av olika slag (prop. 1966:53 s. 156–160). I förarbetena till LSPV anges en skillnad mellan psykoser och neuroser vara att psykosen angriper hela personligheten, medan neurosen begränsar sig till delfunktioner (SOU 1964:40 s. 76).

I LSPV finns ingen definition av begreppet psykisk sjukdom. I förarbetena, som upptog en översikt över de psykiska sjukdomarna, framhölls att det i varje fall på vetenskapens dåvarande ståndpunkt var svårare att definiera och från varandra särskilja de psykiska sjukdomarna än kroppssjukdomarna i mer inskränkt bemärkelse och att det därför var vanskligt att med exakthet bestämma vid vilka tillstånd lagen skulle vara tillämplig.

Genom att uppställa krav på att sluten psykiatrisk vård skall vara oundgängligen påkallad med hänsyn till sjukdomens art och grad ger LSPV en bestämmelse av vilka tillstånd som är så allvarliga att de skall kunna leda till tvångsintagning. Med art avses den typ av sjukdom som föreligger och med grad omfattningen av det ingrepp i personligheten som sjukdomen har förorsakat.

Med psykisk sjukdom jämställs i LSPV psykisk abnormitet, som inte är att hänföra till psykisk sjukdom eller utgörs av hämning i förståndsutvecklingen. Sinnessjuklagstiftningskommittén ansåg att psykisk abnormitet var synonymt med psykopati. Kommittén förklarade att det är svårt och i vissa fall omöjligt att med säkerhet avgöra, om en människa med avviken- de egenskaper och personlighetsdrag skall hänföras till psykopatgruppen eller inte. Avgränsningen såväl mot det normala som mot andra psykiska sjukdomar och utvecklingshämningar var ofta förenad med mycket stora svårigheter.

I propositionen med förslag till LSPV anförde föredragande statsrådet (prop. 1966: 53 s. 163) att begreppet psykisk abnormitet borde tolkas så att det förutom psykopati även innefattar defekter och invalidtillstånd efter olika slag av hjärnsjukdomar eller hjärnskador där förändringar i person- ligheten ofta dominerar bilden. Tvångsintagning för de abnormas del skulle inskränkas till svårare fall.

I betänkandet (SOU 1977: 23) Psykiskt störda lagöverträdare använde Bexeliuskommittén termen psykisk störning såsom en övergripande sam- lingsbeteckning för alla slag av psykiska sjukdomar, abnormiteter och defekter. Kommittén fann denna beteckning ändamålsenlig och anförde att den i och för sig även innefattade psykisk utvecklingsstörning. Kom- mittén föreslog att vad som sägs om psykisk abnormitet skulle utgå ur LSPV. Enligt förslaget skulle den som led av psykisk störning som inte utgjordes av psykisk utvecklingsstörning kunna beredas sluten psykiatrisk vård oberoende av eget samtycke, om sådan vård var oundgängligen påkallad med hänsyn till störningens art och grad och till någon av två särskilt angivna specialindikationer.

I sitt förslag till lag om viss psykiatrisk vård (Socialstyrelsen redovisar 1977: 14) fann en inom socialstyrelsen tillsatt arbetsgrupp att inget enty- digt eller helt lämpligt sjukdomsbegrepp fanns att tillgå. Psykisk störning ansågs av arbetsgruppen vara ett av de bättre av de begrepp som innefattar såväl psykisk sjukdom som psykisk abnormitet. Ingen ändring i LSPV:s sjukdomsbegrepp föreslogs emellertid främst med hänvisning till andra då påbörjade utredningsarbete.

Vårdbehov grundat på enbart psykisk utvecklingsstörning utgör inte något skäl för tvångsintagning enligt LSPV. LSPV hänvisar till lagen (1967: 940) angående omsorger om vissa psykiskt utvecklingsstörda. Den- na lag ersattes den 1 juli 1986 av lagen (1985: 568) om särskilda omsorger om psykiskt utvecklingsstörda m. fl. (nya omsorgslagen). Övergångsvis, i avvaktan på avveckling av vården och specialistsjukhus för psykiskt ut- vecklingsstörda, gäller dock regler i 1967 års omsorgslag om vård obero- ende av samtycke (se lagen 1985: 569 om införande av nya omsorgslagen).

Överväganden

En grundläggande fråga är vilka psykiska tillstånd som skall omfattas av lagstiftningen och hur dessa skall beskrivas där. LSPV bygger på begreppet psykisk sjukdom. Med psykisk sjukdom jämställs psykisk abnormitet som

inte är psykisk sjukdom eller psykisk utvecklingsstörning. Beredningens förslag innebär en övergång till den sammanfattande beteckningen allvar- lig psykisk störning.

Det står klart att det inte är möjligt att i lagtext ange den här aktuella grundföresättningen för psykiatrisk tvångsvård annat än i allmänna ter- mer. Liksom vid LSPV:s tillkomst är man hänvisad till att finna uttryck som koncentrerat beskriver de psykiska tillstånd som avses.

Beredningen har fäst stor principiell vikt vid denna terminologiska fråga. Med förslaget till nytt samlingsbegrepp vill beredningen understryka att ett rent biologiskt sjukdomsbegrepp inte längre får vara grundläggande vid avgörandet om psykiatrisk vård skall få ske med tvång. Det är enligt beredningen viktigt att slå vakt om en helhetssyn på patienten och att ta fasta på att psykiska störningar numera i regel anses kunna återföras på såväl biologiska som psykologiska och sociala faktorer, vilka ofta samspe- lar och förstärker varandra.

Jag kan liksom många remissinstanser dela beredningens principiella inställning och anser det betydelsefullt att anpassa begreppsbildningen till ett modernt synsätt, grundat på ökade kunskaper om orsakerna till upp- komsten av psykisk ohälsa. Begreppet psykisk störning har redan stor användning som samlingsbeteckning inom psykiatri och det används som samlande begrepp i socialstyrelsens officiella klassifikation av sjuk- domar (år 1987). Det framhåver inte så som sjukdomsbegreppet den rent medicinska sidan av psykiatrvården, något som kan vara en fördel när det blir allt vanligare att detta arbete bygger på samverkan mellan olika yrkeskategorier t. ex. i allmänpsykiatriska team, i regel bestående av psy- kiater, psykologer, kuratorer, sjuksköterskor och skötare. Som jag tidigare har nämnt förordades begreppet psykisk störning av Bexeliuskommittén som övergripande beteckning för alla slags psykiska sjukdomar och abnor- miteter. Också i samband med det förslag som år 1977 lades fram av en arbetsgrupp inom socialstyrelsen efter översyn av LSPV övervägdes det lämpliga i att använda samma terminologi.

Den av beredningen valda kvalifikationsgrunden allvarlig psykisk stör- ning har kritiserats av ett flertal remissinstanser för att vara alltför oprecis. Mot bestämmningen har också anförts att den, tvärt emot vad som åsyftats, kan medföra ökad användning av tvång.

Som framgått av vad jag redan har nämnt måste man utgå från att det inte är möjligt att genom en uppräknig eller på annat sätt i lagtext ange mera precist vilka psykiska tillstånd som skall kunna föräldas tvångs- vård. Jag vill framhålla att den redovisning som jag har gett i det föregåen- de för bakgrunden till sjukdoms- och abnormitetsbegreppen belyser att avsikten med dessa inte heller är att med någon exakthet ange vid vilka tillstånd LSPV skall kunna tillämpas. Vid en tolkning är man hänvisad till vissa motivuttalanden och den praxis som utvecklas. Vidare vill jag peka på att en del av remisskritiken tycks bygga på att det gällande begreppet psykisk sjukdom har jämförts med psykisk störning snarare än med allvar- lig psykisk störning. Vid jämförelsen med nuvarande förhållanden har man ibland också bortsett från att LSPV förutsätter att tillämpningen laborerar med ett jämställhetsrekvisit i en del fall.

Sammanfattningsvis gör jag bedömningen att begreppet allvarlig psykisk störning bör kunna ersätta psykisk sjukdom och jämställd psykisk abnormitet utan att några risker uppkommer i rättsäkerhetsavseende. Begreppsförändringen i och för sig bör inte heller ge upphov till farhågor för en ökad användning av tvång.

Beredningen har utvecklat vissa ytterligare synpunkter på frågan vid vilka tillstånd tvångsintagning för psykiatrisk vård skall kunna ske. Dessa synpunkter har i det väsentliga också godtagits av flertalet av de remissinstanser som har yttrat sig i frågan. Socialstyrelsen anför att beredningens beskrivning av olika ytringar av psykisk störning i allt väsentligt tycks stämma med de beskrivningar av sådana sjukdomar och tillstånd som omfattas av generalindikationen psykisk sjukdom i LSPV.

Även jag anser mot bakgrund härav att beredningens redovisning av allvarliga psykiska tillstånd i huvudsak bör kunna tjäna till vägledning. Detta innebär följande.

Till allvarlig psykisk störning bör i första hand räknas tillstånd av psykotisk karaktär, således tillstånd med störd realitetsvärdering och med symptom av typen vanföreställningar, hallucinationer och förvirring. Till följd av en hjärnskada kan vidare en psykisk funktionsnedsättning av allvarlig art (demens) med störd realitetsvärdering och bristande förmåga till orientering i tillvaron uppkomma.

Till allvarlig psykisk störning bör också räknas allvarliga depressioner med självmordstankar. Vidare bör dit föras svårartade personlighetsstörningar (karaktärsstörningar), exempelvis vissa invaliderande neuroser och personlighetsstörningar med impulsenombrott av psykoskaraktär.

Tvångsvård bör vidare kunna aktualiseras när en krisreaktion är sådan att påverkan på den psykiska funktionsnivån blir så uttalad att den är av psykotisk art.

Till allvarlig psykisk störning bör hänföras också alkoholpsykosema, såsom delirium tremens, alkoholhallucinos och klara demenstillstånd. Detsamma gäller de psykosor som kan drabba narkotikamissbrukare. Även i andra situationer när en missbrukare har kommit in i ett allvarligt förvirringstillstånd och det är uppenbart fara för hans fysiska hälsa eller liv skall tvångsvård kunna tillämpas. I vissa fall kan vidare ett abstinensstillstånd vara så svårartat att det under en kortare tid måste betecknas som en allvarlig psykisk störning. Självklart är att ett allvarligt missbruk som leder enbart till allvarliga kroppsliga komplikationer inte skall kunna medföra psykiatrisk tvångsvård. Avgränsningen mellan psykiatrisk tvångsvård och missbrukarvård inom socialtjänsten berörs vidare under avsnitt 3.1.2.

Enligt min bedömning är det ofrånkomligt att också framhålla att en psykisk funktionsnedsättning som beror på åldrande och som tar sig uttryck i s. k. åldersdement beteende kan vara så kraftig att begreppet allvarlig psykisk störning är tillämpligt.

För psykiskt utvecklingsstörda gäller att enbart hämning i förståndsutvecklingen inte skall kunna utgöra grund för psykiatrisk tvångsvård.

Några remissinstanser, däribland Riksförbundet FUB För Utvecklingsstörda Barn, Ungdomar och Vuxna, har påpekat att risken är stor för förväxling av begreppen allvarlig psykisk störning och psykisk utvecklings-

störning. För egen del anser jag att det skall klart anges i lagtext att tvångsvård inte får ges om patientens störning utgör enbart psykisk utvecklingsstörning som kan ge rätt till särskilda omsorger enligt nya omsorgslagen.

Till den nya omsorgslagen hänförs utöver psykiskt utvecklingsstörda två andra grupper. Personer som har fått en hjärnskada som har lett till ett betydande och bestående begåvningshandikapp omfattas sålunda av lagen. Orsaken kan vara både sjukdomar – t. ex. tumörer, hjärnblödning och inflammationer – och skador på grund av t. ex. trafikolyckor. Vidare omfattar nya omsorgslagen de barn och vuxna som har allvarliga psykiska defekter av en barndomspsykos. Självfallet skall så långt som möjligt dessa gruppers behov tillgodoses genom lagstiftningen om särskilda omsorger. Det bör dock inte helt uteslutas att i exceptionella fall personer som tillhör dessa grupper, under förutsättning att de har ett oundgängligt behov av psykiatrisk vård som inte kan tillgodoses på annat sätt och att även i övrigt förutsättningarna för psykiatrisk tvångsvård är uppfyllda, ges sådan vård med hänsyn till sin grundstörning.

För att undvika oklarhet bör slutligen framhållas att bedömningen av om en psykisk störning är allvarlig måste ske utifrån både störningens art och dess grad. En del typer av psykiska störningar är allvarliga till såväl art som grad. Vissa psykiska störningar, t. ex. schizofreni, får alltid anses som allvarliga till sin art men behöver däremot inte vara allvarliga till sin grad och kan ha ett tämligen lindrigt förlopp. Åter andra psykiska störningar såsom depressioner är inte alltid av allvarlig art, utan här måste betydelsen av störningens grad bli mera omedelbart avgörande för bedömningen. En sammanvägning får göras i varje särskilt fall av arten av störningen och de symptom och ytringar i övrigt som belyser graden av störningen.

I samband med prövningen måste hänsyn tas till växlingar i tillståndet och risken för återfall om vården och behandlingen avbryts för tidigt. Den psykiska störningen är av allvarlig art så länge påtaglig risk föreligger för att de psykiska symptomen återkommer om behandlingsinsatserna avbryts. I enstaka undantagsfall kan detta innebära att den förtjäpnade medicinska bedömningen resulterar i att vården sträcker sig över avsevärd tid.

Jag vill tillägga att det naturligtvis i viktigare frågor som blir föremål för rättslig prövning och som rör t. ex. innebörden av begreppet allvarlig psykisk störning bör vara möjligt att inhämta yttrande av socialstyrelsen. I sådant sammanhang bör socialstyrelsens råd för vissa rättsliga sociala och medicinska frågor kunna ges en betydelsefull roll med hänsyn till behovet av en allsidig och kvalificerad bedömning.

3.1.2 Oundgängligt behov av psykiatrisk vård

Socialberedningens förslag: En andra förutsättning för tvångsvård skall vara att patienten på grund av sitt tillstånd och den situation som han befinner sig i har ett oundgängligt och akut behov av vård som inte kan tillgodoses på annat sätt än med psykiatrisk vård dygnet runt.

Förslaget innebär bl. a. att de specialindikationer som finns i LSPV inte får någon motsvarighet. I stället för att ta fasta på vissa ytringar av

5.1 Grundprincipen om vistelsekommunens yttersta ansvar kvarstår men begränsas

Regeringens bedömning: Grundprincipen bör även i fortsättningen vara att den kommun där den enskilde vistas har det yttersta ansvaret för att han eller hon får stöd och hjälp.

Regeringens förslag: Det ska framgå av lagen att en annan kommun än vistelsekommunen kan ha ansvar för stöd och hjälp. Om det står klart att en annan kommun har ansvaret, ska vistelsekommunens ansvar vara begränsat till akuta situationer.

Bestämmelser om vilken kommun som ansvarar för stöd och hjälp införs i ett nytt kapitel i socialtjänstlagen. De nuvarande bestämmelser som reglerar sådant ansvar flyttas till det nya kapitlet.

Utredarens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag och bedömning. Utredaren gör bedömningen att vistelsebegreppet innebär bör förtydligas, bl.a. på det sättet att den som inte fysiskt vistas i någon kommun i Sverige inte ska kunna beviljas stöd- och hjälpinsatser.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanser tillstyrker utredarens förslag och bedömning att vistelsekommunens ansvar ska kvarstå men begränsas. *Justitiedombudsmannen* instämmer i att vistelsekommunens ansvar bör vara kvar och menar att de föreslagna ändringarna framstår som lämpade för ändamålet. Även *Kammarrätten i Stockholm* instämmer i att vistelsekommunens ansvar bör kvarstå och att det behövs förtydliganden i fråga om kommunernas ansvar. *Kammarrätten* ifrågasätter om den av utredaren föreslagna 2 a kap. 1 § innebär ett snävre vistelsebegrepp än nuvarande 2 kap. 2 §. Också *Jönköpings kommun* ifrågasätter den ändrade formulering av 2 kap. 2 § socialtjänstlagen, eftersom den paragrafen i nuvarande lydelse gett upphov till den grundläggande principen om vistelsekommunens yttersta ansvar. Några remissinstanser, t.ex. *Tyresö kommun*, anser att det är oklart vilka insatser som omfattas av begreppet akuta stöd- och hjälpinsatser. *Haparanda kommun* och *Sollentuna kommun* efterfrågar ett tydligare resonemang kring betydelsen av den enskildes vilja att återvända till bostätningsskylten. *Länssyrelsen i Västra Götaland* anser inte att en enskild mot sin vilja ska behöva återvända till en bostätningsskylt för att få de insatser som behövs. *Socialstyrelsen* menar att det inte klargörs vad som bör gälla för personer som efter en tids bostätning utomlands avser att flytta tillbaka till Sverige. *Länssyrelsen i Stockholms län* samt *Huddinge kommun* anser att förslaget behöver förtydligas i de fall då ett barn bor växelvis hos vårdnadshavare i olika kommuner. *UNICEF* anser att förtydliganden behövs när det gäller en kommuns ansvar för barn som vistas utomlands, och för utländska barn som vistas tillfälligt i Sverige.

Vistelsekommunens yttersta ansvar bör kvarstå

För den enskilde personen är det viktigt att det finns en tydlig reglering av ansvarsfördelningen mellan kommunerna så att det inte uppstår konflikter mellan kommunerna som förär den enskilde rätt till stöd och hjälp. Som beskrivits i avsnitt 4.2.1 har tolkningen av vistelsebegreppet och vistelsekommunens ansvar kommit att variera mellan olika kommuner och i olika situationer. Avsikten med de förslag som läggs i denna proposition är därför att tydliggöra ansvaret mellan vistelsekommunen och bostätningsskylten för att minska antalet tolkningstvister och underlätta samarbete mellan kommunerna.

Regeringen delar den uppfattning som utredaren framfört om att principen om vistelsekommunens ansvar ska kvarstå. Det är enligt regeringens bedömning av grundläggande betydelse att den enskilde alltid ska garanteras omedelbar hjälp oavsett i vilken kommun han eller hon befinner sig när hjälpen behövs.

Ansvaret innebär att en person aldrig kan nekas bistånd i en kommun med beskedet att behovet kan tillgodoses i en annan kommun om det inte står klart vilken kommun som ska ha ansvaret. Detta innebär att den kommun som tar emot en ansökan om biståndsinsatser, eller som får vetskap om att en person eller en familj kan ha behov av biståndsinsatser, aldrig kan avvisa eller avsluta ett ärende utan att vara överens med en annan kommun om vem som bär det huvudsakliga ansvaret.

Några remissinstanser, t.ex. *Kammarrätten i Stockholm* och *Jönköpings kommun*, har ifrågasatt behovet och lämpligheten av att ändra i lagtexten om man inte avser att göra några ändringar i sak när det gäller kommunens yttersta ansvar. Regeringen instämmer i att det ska göras så liten ändring som möjligt när ändring i sak inte är avsedd. Av redaktionella skäl och i överensstämmelse med utredarens förslag föreslår dock regeringen att bestämmelsen om vistelsekommunens yttersta ansvar ändras så att den del som reglerar vilken kommun som är ansvarig, dvs. vistelsekommunen, flyttas till det nya kapitlet om ansvarig kommun. Övriga delar kvarstår oförändrade.

Utredaren framför i betänkandet att kravet på vistelse i en kommun bör leda till att stöd- och hjälpinsatser i regel inte ska beviljas personer som befinner sig utomlands. Regeringen föreslår inte någon ändring i denna del då konsekvenserna av att slå fast en sådan tolkning av vistelsebegreppet inte är tillräckligt utredda.

Av 1 § andra stycket lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl. framgår att de personer som omfattas av den lagen inte har rätt till bistånd enligt 4 kap. 1 § socialtjänstlagen för förmåner av motsvarande karaktär. För stöd och hjälp som en asylsökande kan ha rätt till enligt socialtjänstlagen ska samma principer som för andra enskilda gälla i fråga om ansvarig kommun.

För utländska medborgare som inte är bosatta i Sverige men som vistas här för besök, följer av Regeringsrättens praxis (RÅ 1995 ref 70) att vistelsekommunen endast ansvarar för akuta insatser. Regeringen föreslår inte några förändringar i detta avseende.

Utredaren anser att vistelsekommunens ansvar ska begränsas om den enskilde är bosatt i en annan kommun än vistelsekommunen. Enligt utredaren är denna ansvarsfördelning redan etablerad i många kommuner. Samma begränsning föreslås om en annan kommun beslutat om placering i vistelsekommunen eller om en folkbokföringskommun enligt lag har ansvar för den enskilde.

Regeringen instämmer i huvudsak i utredarens förslag och föreslår att vistelsekommunens ansvar ska vara begränsat i de fall då den enskilde är bosatt i en annan kommun eller när den kommun som beslutat om boende i annan kommun eller folkbokföringskommunen är huvudansvarig kommun. Begränsningen föreslås innebära att vistelsekommunen ska ansvara endast i akuta situationer. Detta bör dock bara gälla om det står klart att en annan kommun har ansvaret för den enskildes stöd- och hjälpbehov. Om det är oklart i vilken kommun den enskilde är bosatt, ska vistelsekommunen alltid ansvara för att den enskilda personen får allt det stöd och den hjälp som han eller hon behöver, inte bara för insatser som en akut situation kan föranleda.

Förslaget bör kunna leda till en tydligare ansvarsfördelning mellan kommunerna i olika situationer, vilket innebär ett skydd för enskilda som i dag kan hamna mellan stolarna när kommunerna förhandlar om vilken kommun som är ansvarig. De regler som föreslås torde dessutom i stor utsträckning utgöra praxis i dag.

Det yttersta ansvaret omfattar alltid en skyldighet för vistelsekommunen att vidta insatser vid akuta nödsituationer. Det är som nämnts tidigare en viktig utgångspunkt att den enskilde alltid ska kunna garanteras omedelbar hjälp oavsett i vilken kommun han eller hon befinner sig när hjälpbehovet inträder. Om det står klart att det finns en annan kommun som ansvarar för den enskildes stöd- och hjälpinsatser är det dock rimligt att vistelsekommunens ansvar för att vidta åtgärder begränsas till akuta situationer. På samma sätt som kommunen ibland måste vidta åtgärder i en annan huvudmans ställe, kan vistelsekommunen komma att behöva vidta åtgärder innan bosättningskommunen eller den kommun som beslutat om boende i annan kommun agerar om den enskilde befinner sig i en akut situation. Vistelsekommunens ansvar omfattar utredning, beslut, verkställighet och kostnader för de insatser som behöver vidtas.

Akuta situationer

Begreppet akuta stöd- och hjälpinsatser är enligt utredaren ett vedertaget begrepp inom socialtjänsten. Flera remissinstanser menar dock att begreppet kan komma att medföra tolkningsproblem. Regeringen delar dessa remissinstansers farhågor som tex. innebär att enskilda kan drabbas när en vistelsekommun är osäker på vad som omfattas av begreppet och vilka insatser kommunen är behörig att vidta. Regeringen anser istället att det begrepp som används av förvaltningsdomstolar vid beskrivningen av kommunernas yttersta ansvar, dvs. akuta situationer eller akuta nödsituationer, bättre beskriver gränserna för en vistelsekommuns ansvar. Genom att definiera situationen, i stället för insatserna som vistelsekommunen ska tillhandahålla, menar regeringen att kommunerna

lättare ska kunna hjälpa en person som inte befinner sig i sin bosättningskommun men som behöver insatser som inte kan vänta.

Akuta situationer ska tolkas på det sätt som begreppet utvecklats i praxis. Framförallt avses sådana situationer som uppstår oväntat och oförutsett, men även andra fall kan förekomma då en enskild inte kan invänta insatser från en annan kommun eller annan huvudman. Det ankommer då på vistelsekommunen att tillhandahålla de insatser som den akuta situationen kräver. Avgörande är hur förhållandena ser ut i det enskilda fallet.

Det kan tex. handla om akuta vård- och stödsatser, men även sådana insatser som krävs för att den enskilde ska kunna återvända till sin bosättningskommun eller ta kontakt med den kommun som beslutat om boende i annan kommun. Det kan röra sig om hjälp att arrangera en hemresa, bistånd i form av pengar till mat och husrum fram till avresan eller ett tillfälligt boende för någon som utsatts för hot. Om den enskilde inte kan eller vill återvända omedelbart, tex. på grund av sjukdom, är vistelsekommunen skyldig att bistå med sådana stöd- och hjälpinsatser som den akuta situationen kräver. Många remissinstanser har framfört att det kan uppstå oklarheter om vilket ansvar vistelsekommunen har när en enskild inte omedelbart vill återvända. Regeringen anser att även i dessa situationer gäller det begränsade ansvaret. Om till exempel en hotad person med barn på egen hand givit sig iväg till ett tillfälligt boende som ligger i en annan kommun och inte vill, vågar eller kan återvända till sin bosättningskommun ankommer det på vistelsekommunen att bistå med de nödvändiga stöd- och hjälpinsatser som den akuta situationen kräver, till exempel ekonomiskt bistånd, boende och insatser som barnet kan behöva. En bedömning av vilka insatser som är nödvändiga får göras i varje enskilt fall och kan jämföras med de situationer då någon vänder sig till kommunen i ett ärende som vilar på en annan huvudman, tex. vårdinsatser.

Regler om ansvarsfördelning mellan kommuner samlas

I syfte att ge en tydligare och mer överskådlig bild av samtliga bestämmelser som behandlar ansvarsfördelning mellan kommuner samlas dessa i ett nytt särskilt kapitel, 2 a kap. Härigenom blir det lättare att få en bättre överblick av de regler som gäller. De bestämmelser som reglerar gränserna för kommunens ansvar för socialtjänst i förhållande till andra huvudmäns ansvar överförs dock inte till det nya kapitlet.

Regeringens förslag: Om den enskilde är bosatt i en annan kommun än vistelsekommunen, ska bosättningskommunen ansvara för det stöd och den hjälp enligt socialtjänstlagen som den enskilde behöver.

Med bosättningskommun avses den kommun där den enskilde är stadigvarande bosatt, eller den kommun som den enskilde har sin starkaste anknytning till om det är en annan kommun än den där han eller hon är stadigvarande bosatt eller om den enskilde inte har någon stadigvarande bostad.

Utredarens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens.

Remissinstanserna: En majoritet av remissinstanser tillstyrker förslaget. Flera remissinstanser befarar dock nya gränsdragningsproblem. B.l.a. *Mölnåls kommun*, *Stockholms kommun* och *Sollentuna kommun*, efterfrågar en definition av begreppet bosättningskommun och ifrågasätter kriterierna för vad som ska utgöra starkast anknytning. *Länstyrelsen i Stockholms län* anser att begreppet starkast anknytning bör definieras i lagtexten samt att de kriterier som nämns bör förtydligas. Flera remissinstanser påpekar vikten av tydlighet när det gäller gruppen hemlösa. *Länstyrelsen i Dalarna* anser att den hemlöses uppfattning av relationen till sin familj ska vägas in. Flera kommuner, t.ex. *Värmdö kommun* anser att även den enskildes egen uppfattning bör vara avgörande. *Piteå kommun* anser att en hemlös ska anses vara bosatt i folkbokföringskommunen. *Stockholms Stadsmission* anser att flera av de kriterier som utredaren föreslår är motsägelsefulla. De anser i stället att ansvaret för alla stöd- och hjälpinsatser (av icke akut art) ska åvila vistelsekommunen som ska anses vara bosättningskommun om en person utan stadigvarande boende avser att stanna där.

Skälen för regeringens förslag

5.2.1 Bosättningsbegreppet och bosättningskommunens ansvar

Regeringen anser att en och samma kommun så långt möjligt bör ha det samlade ansvaret för den hjälp och det stöd som den enskilde är i behov av. I de allra flesta fall har varje människa en bosättningskommun som de på ett självklart sätt tillhör. De flesta som regelbundet är i behov av hjälp och stöd enligt socialtjänstlagen har också en biståndshandläggare eller ett socialkontor i sin kommun som de har regelbunden kontakt med.

Enligt förarbetena till 1980 års socialtjänstlag framgår att tanken redan då var att vistelsekommunens ansvar inte skulle innebära någon skyldighet att vidta alla de åtgärder som kan behövas när den enskilde är bosatt i en annan kommun (prop. 1979/80:1 s. 523). Enligt utredaren är detta redan en etablerad praxis bland många kommuner. Regeringen anser därför att denna praxis bör framgå tydligt av lag. Regeringen instämmer därför i utredarens förslag att bosättningskommunen ska ansvara för de stöd- och hjälpinsatser som den enskilde behöver om den enskilde är bosatt i en annan kommun än vistelsekommunen.

Bosättningskommunen ska ansvara för att utreda behovet av, besluta om, verkställa och finansiera de stöd och hjälpinsatser som den enskilde behöver. Detta oavsett om den enskilde vistas i bosättningskommunen eller i en annan kommun.

Frågan om när en vistelse i en annan kommun än bosättningskommunen ska innebära att bosättningskommunen ändras, bör avgöras av vad den enskilde har för avsikter med vistelsen. Om han eller hon har för avsikt att återvända till sin bosättningskommun och har kvar sin bostad anser regeringen att bedömningen av vilken kommun som är bosättningskommun som regel inte bör ändras. Regeringen anser dock, till skillnad från utredaren, att vistelsekommunen ska anses vara bosättningskommun så snart den enskilde uppger att han eller hon inte ämnar återvända till ursprungskommunen. Regeringen vill med detta betona att det är viktigt att kommunerna är lyhörda och inte kräver att en person som inte avser att återvända till den tidigare hemkommunen ska återvända. Anger en person att han eller hon inte avser att återvända så måste kommunen respektera detta.

I detta sammanhang bör också uppmärksammas att regeringens förslag innebär ett klargörande av att vistelsekommunen alltid ansvarar för stöd och hjälp till den enskilde så länge inte bosättningskommunen är klarlagd. Vistelsekommunen kan således inte avsäga sig sitt ansvar för den enskilde genom att hänvisa till folkbokföringskommunen.

Bosättningskommunen – den kommun till vilken den enskilde har starkast anknytning

I betänkandets lagförslag finns ingen allmän definition av vad som menas med bosättningskommun. Utredaren gör bedömningen att en bosättningskommun är den kommun där den enskilde är stadigvarande bosatt och att man i flertalet fall kan utgå ifrån att en person är bosatt där han eller hon är folkbokförd.

Utredaren föreslår en särskild reglering för hemlösa och anger en rad kriterier som ska ha betydelse vid bedömningen av var en hemlös ska anses ha sin starkaste anknytning. Dessa kriterier överensstämmer till stor del med de kriterier som anges i folkbokföringslagen (1991:481) för att avgöra var den enskilde ska vara folkbokförd.

Flera remissinstanser har efterfrågat en definition av begreppet bosättningskommun. Många har också påpekat att det inte finns någon prioriteringsordning i fråga om de kriterier som utredaren anger.

Enligt regeringens förslag ska bosättningsbegreppet vara avgörande för vilken kommun som ansvarar för stöd- och hjälpinsatser. Därför är det av stor betydelse att reglerna för vad som är en bosättningskommun är tydliga.

Regeringen anser att bosättningskommun ska vara den kommun som den enskilde har starkast anknytning till, och att detta bör framgå av lagtexten. Om en enskild har ett stadigvarande boende kan man utgå ifrån att han eller hon har starkast anknytning till den kommunen, och att detta är den kommun där den enskilde är folkbokförd. Om det i det enskilda fallet finns omständigheter som innebär att folkbokföringsuppgifterna inte överensstämmer med det stadigvarande boendet, t.ex. då någon ofta

flyttar eller när uppgifterna av andra skäl inte är uppdaterade, bör den enskilde i stället anses ha starkast anknytning till den kommun där han eller hon borde vara folkbokförd enligt folkbokföringsreglerna (se bl.a. 12 § folkbokföringslagen (1991:481)). En person som är kvarskriven är, i enlighet med folkbokföringslagen, folkbokförd på sin tidigare adress trots att det stadigvarande boendet finns i en annan kommun. Av den föreslagna lagtexten följer att bosättningskommunen ska anses vara den kommun där det stadigvarande boendet finns, och inte folkbokföringskommunen. Om en enskild däremot inte har ett stadigvarande boende, vilket framförallt gäller hemlösa, men även de som flyttar mellan tillfälliga boenden, ska den kommun till vilken den enskilde i övrigt har starkast anknytning anses vara bosättningskommun. Detta kan också gälla ett barn som bor växelvis hos vårdnadshavare som bor i olika kommuner. Även vid denna bedömning kan ledning hämtas från praxis i anslutning till 12 § folkbokföringslagen. Omständigheter som bör vara betydelsefulla vid bedömningen i dessa fall är t.ex. den enskildes sociala nätverk och den enskildes egen uppfattning om till vilken kommun han eller hon har sin starkaste anknytning.

För att underlätta bedömningen av vilken kommun som är bosättningskommun avser regeringen att ge Socialstyrelsen i uppdrag att ta fram vägledning som stöd till kommunerna för bedömningen av till vilken kommun en enskild ska anses ha starkast anknytning.

5.2.2 Personer som är hemlösa

¹⁶⁴ *Hemlösa ska anses bosatta i den kommun till vilken de har starkast anknytning*

Hemlösa personer befinner sig i en utsatt situation och är många gånger i stort behov av socialtjänstinsatser. Det har enligt utredaren vuxit fram en praxis i kommunerna att fästa alltför stor vikt vid den enskildes folkbokföring. Detta medför bl.a. att hemlösa personer kan hänvisas till en kommun som de inte längre har någon direkt anknytning till. Det förekommer även enligt utredaren att dessa personer helt vägras bistånd med hänvisning till att de inte är folkbokförda i kommunen.

Regeringen anser inte att det är rimligt att en person hänvisas fram och tillbaka mellan olika kommuner och att ingen tar ansvar för personens behov av stöd och hjälp. Det är därför viktigt att det i lagen tydliggörs vad som ska gälla för de som är hemlösa eller på annat sätt saknar stadigvarande bostad. Om den enskilde saknar stadigvarande bostad ska den kommun till vilken han eller hon har sin starkaste anknytning vara bosättningskommun (se föreslagna 2 a kap. 3 § 3). Den enskildes egen uppfattning om vilken kommun som är bosättningskommun bör vara av betydelse vid bedömningen i dessa fall (se närmare avsnitt 5.2.1).

Regeringen delar utredarens uppfattning att en kommun som beslutat om att placera en hemlös person i en tillfällig boendeform ska behålla ansvaret för de stöd- och hjälpinsatser som han eller hon kan behöva (se avsnitt 5.3).

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon särskild reglering om ansvar för personer som utsätts för våld eller andra övergrepp och som bor i tillfälligt boende i en annan kommun.

Utredarens förslag: Den kommun som har beslutat om ett tillfälligt boende i en annan kommun för en person som utsätts för våld, hot eller andra trakasserier, ska behålla ansvaret för de stöd- och hjälpinsatser som den enskilde kan behöva under den tillfälliga vistelsen.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrat sig är i princip positiva till förslaget. *Länsstyrelsen i Skåne* län anser att bosättningskommunen även bör ha ansvaret när någon måste ta sig till annan ort innan socialtjänsten hinner fatta ett biståndsbeslut.

Skälen för regeringens bedömning

Allmänt om personer som utsätts för våld eller andra övergrepp

Personer som utsätts för våld eller andra övergrepp är en utsatt grupp som i vissa fall kan tvingas flytta mellan olika kommuner, antingen tillfälligt eller permanent. Många gånger drabbas hela familjen av situationen då de kan tvingas flytta många gånger innan de hittar en stadigvarande lösning eller hotet upphör. I vissa fall kan den enskilde återvända till sin gamla bostadsort efter en tid, även om det inte alltid är till den tidigare bostaden.

En person som utsätts för våld eller andra övergrepp och dennes anhöriga kan få sina personuppgifter skyddade genom olika åtgärder, t.ex. sekretessmarkering eller kvarskrivning. I de allra flesta fall är även polisen involverad i denna typ av ärenden och ansvarar för att den enskilde och dess anhöriga får det skydd som krävs. Alla händelser polisanmäls dock inte utan den hotade kan vända sig direkt till en ideell organisation eller socialtjänsten. Polisens och socialtjänstens bedömningar kan också se olika ut i det enskilda fallet.

År 2007 ändrades 5 kap. 11 § socialtjänstlagen för att tydliggöra socialnämndens skyldighet att särskilt beakta brottsoffers behov av stöd och hjälp, framför allt när det gäller kvinnor och barn som bevitnat våld. Socialtjänsten ansvarar för att bistå med stöd och hjälp oavsett om polisen i det enskilda fallet gör en annan bedömning eller inte är inkopplad. Socialstyrelsen presenterade i december 2009 allmänna råd (SOSFS 2009:22) om socialnämndens arbete med våldsutsatta kvinnor och barn som bevitnat våld för att stödja kommunerna i sitt arbete.

Tillfälligt boende

Det är inte acceptabelt att den enskilde nekas stöd och hjälp med hänvisning till att en annan kommun har ansvaret. Ett uteblivet stöd för denna grupp av personer, t.ex. de med skyddat boende, kan få mycket allvarliga konsekvenser både för den hotade personen och för hans eller hennes anhöriga.

Till skillnad från utredaren anser regeringen att det inte behövs någon särskild reglering för dessa fall. Av den föreslagna formuleringen i 2 a kap. 2 och 3 §§ SoL (se avsnitt 5.2) framgår att bosättningskommunen ska ha kvar ansvaret för en enskild även när denne vistas tillfälligt i en annan kommun. Om en person som utsätts för våld eller andra övergrepp tillfälligt måste flytta för att undvika att utsättas för brott, följer det således av nämnda paragraf att bosättningskommunen behåller ansvaret.

En person som utsätts för våld eller andra övergrepp måste ibland ge sig av snabbt och hinner inte få, eller behöver inte, socialtjänstens stöd för att ta sig bort från hemmet. Om den hotade på eget initiativ akut beger sig till en annan kommun och under vistelsen där söker stöd och hjälp gäller vistelsekommunens yttersta ansvar i den akuta situationen. Enligt förslagen i denna proposition har bosättningskommunen det huvudsakliga ansvaret för den enskilde även om han eller hon vistas i en annan kommun. Vistelsekommunen är dock enligt regeringens förslag alltid skyldig att genomföra de insatser som den akuta situationen kräver, t.ex. skyddat boende och ekonomiskt bistånd, i avvaktan på att bosättningskommunen erbjuder behövliga insatser. Vid bedömningen av när en vistelsekommun övergår till att vara bosättningskommun, kan det finnas anledning att ta särskild hänsyn till denna grupps speciella situation och därmed tillåta den enskilde att vistas tillfälligt i en kommun under längre tid utan att den gamla bosättningskommunens ansvar upphör och övergår till vistelsekommunen i egenskap av ny bosättningskommun. Detta gäller självfallet under förutsättning att den enskilde inte uppger sig vilja byta bosättningskommun permanent.

Regeringen vill understryka vikten av att kommunerna hanterar ärenden som rör personer med skyddade personuppgifter med stor försiktighet. Dessa personer lever många gånger under stor press och upplever ofta rädsla för att deras personuppgifter ska röjas vilket kan vara förödande. Ett röjande skulle exempelvis kunna leda till att den enskilde och dennes familj tvingas flytta igen.

Permanent boende

Enligt utredaren förekommer det många gånger tvister om ansvarsfördelningen mellan kommunerna när en hotad person måste byta bostadsort permanent. Regeringen föreslår i likhet med utredaren att socialtjänstlagen ska kompletteras med en bestämmelse som ger den enskilde rätt att i förväg ansöka om stöd- och hjälpinsatser hos den kommun som han eller hon vill flytta till (se avsnitt 9.1).

Exempel

Emil och hans familj har under en längre tid utsatts för hot om våld i kommun X där de bor. Socialtjänsten i X kommun gör bedömningen att Emil och hans familj i vart fall under en period bör bo i en annan kommun och beslutar om ett tillfälligt skyddat boende i kommun Y. Kommunen X som fortfarande är Emils bosättningskommun har kvar ansvaret för familjens stöd- och hjälpbehov, t.ex. det skyddade boendet. Det visar sig att Emil och hans familj under inga omständigheter vill återvända till

kommun X utan vill fortsätta bo permanent i kommun Y. Eftersom Emils familj inte längre har för avsikt att återvända, är vistelsen i kommun Y inte längre tillfällig. Kommun Y har därmed övergått till att vara familjens bosättningskommun med hela ansvaret för familjens stöd- och hjälpbehov. Kommun X som har ett pågående ärende om skyddat boende, får ansöka skriftligt om att detta ärende flyttas över till kommun Y. Om familjen har en stadigvarande bostad kvar i kommun X och det inte står klart att familjen faktiskt bytt bosättningskommun, har familjen ändå möjlighet att ansöka om insatser i kommun Y enligt de föreslagna reglerna i 2 a kap. 8 § 2.

Emma bor i kommun A. Hon hotas och flyr akut tillsammans med sin son till en annan kommun (B) där hon söker om hjälp. Vistelsekommunen (B) beviljar i den akuta situationen stöd till skyddat boende. Hon beviljas även ekonomiskt bistånd eftersom hon inte fick med sig någonting vid sin flykt. Vistelsekommunen (B) hänvisar dock Emma till kommun A för mer långsiktiga insatser, eftersom kommun A fortfarande är den bosättningskommun som hon tänker återvända till. Kommun A är enligt de föreslagna bestämmelserna i 2 a kap. 3 § skyldig att ansvara för Emmas stöd- och hjälpbehov även om hon tillfälligt befinner sig i en annan kommun. Om kommun B fattat ett beslut som löper under längre tid får kommun B ansöka skriftligt om överflyttning av ärendet till kommun A. Om Emma inte vill kontakta sin bosättningskommun (A), är vistelsekommunen B, så länge Emma har för avsikt att återvända till kommun A, skyldig att vidta alla de insatser som krävs i den akuta situationen (föreslagna 2 a kap. 2 § socialtjänstlagen).

Aven Anna bor i kommun A och lever under ständiga hot och trakasserier. Hennes situation är dock inte lika akut som Emmas. Kommun A erbjuder henne insatser i kommunen, men hon inser att situationen är ohållbar i längden och att hon därför måste flytta till en annan kommun. Innan hon flyttar vill hon dock förvisa sig om att hon kan få hjälp med skyddat boende i den nya kommunen. Hon ansöker därför i förväg om insatser i kommun B enligt den föreslagna 2 a kap. 8 § 2 socialtjänstlagen.

5.2.4 Ansvarig kommun vid semester och andra tillfälliga vistelser under kortare tid

Regeringens bedömning: Det bör inte finnas undantag från bosättningskommunens ansvar vid en enskilds tillfälliga vistelse under en kortare tid i annan kommun, t.ex. vid semester eller kortare studieperioder.

Promemorians bedömning: Överensstämmer med regeringens.

Remissinstanser: Det övervägande antalet remissinstanser instämmer i bedömningen. Sex remissinstanser, *Göteborgs kommun, Jönköpings kommun, Lunds kommun, Skellefteå kommun, Sigtuna kommun* samt *Stockholms kommun*, avstyrker eller är tveksamma till bedömningen och förordar i stället att vistelsekommunen ska ha ansvaret vid tillfälliga vistelser. *Lunds kommun* avstyrker eftersom man anser att den föreslagna lösningen skulle begränsa den enskildes rörelsefrihet och möjlighet att välja var han eller hon i tillfälliga perioder önskar få sitt behov av insat-

ser tillgodosett. Förslaget skulle innebära att en enskild som önskar resa någonstans, först måste få ett besked av hemkommunen om resan kan genomföras. *Skelleftå kommun* anser att begreppet "begränsad tid" kommer att orsaka svårigheter och påpekar att det kan bli fråga om mycket annat än semestervistelser och att vistelsetiderna kan variera kraftigt. *Stockholms kommun* anser att kommuner med många sommarboende genom förändringarna i fastighetsskatten har fått en kompensation för ökade kostnader medan Stockholm som har förhållandevis få sommarboende riskerar att drabbas ekonomiskt både av den mellankommunala regleringen av fastighetsskatten och av detta förslag. Stockholms kommun anser att den kommun som utför tjänsterna ska svara för kostnaderna och att det innebär onödigt krångel med fakturering. *Piteå kommun* anser att det är angeläget att se över gränsdragningen och övergången mellan tillfällig vistelse, planerad längre tids vistelse och permanent boende. *Specialpedagogiska skolmyndigheten* efterfrågar en förklaring av vad som menas med "kortare tids studier på annan ort" och betonar vikten av att studerande med funktionsnedsättning ska kunna fullfölja årlånga studier på folkhögskola med stöd från hemkommunen, vilket även *Folkbildningsrådet* anför. *Kommunförbundet i Stockholms län* anser att det bör tydliggöras vem som har ansvaret i de fall då den enskilde inte har behov av bistånd i bostättningskommunen utan endast i semesterkommunen. *Pensionärernas Riksorganisation* menar att fördelarna med bostättningskommunens ansvar överväger nackdelarna. *Sveriges Pensionärsförbund* (SPF) ser med stor tillfredsställelse att förslaget underlättar för äldre att åtnjuta hjälp även när de önskar befinna sig tillfälligt i annan kommun. SPF uppfattar också förslaget som en praktisk tillämpning av de nyligen införda stadgandena rörande individuellt värdighetsmål i socialtjänsten.

Skälen för regeringens bedömning

Vistelseutredningen föreslår i betänkandet Ingen får vara Svarte Petter (SOU 2009:38) att vistelsekommunen ska ansvara för stöd- och hjälpinsatser till en person som avser att vistas i kommunen för en begränsad tid och till följd av hög ålder, funktionsnedsättning eller allvarlig sjukdom har behov av sådana insatser för att kunna genomföra vistelsen. Utredarens förslag innebär ett undantag från principen om att vistelsekommunen endast ska ansvara för akuta insatser när en annan kommun har huvudansvaret.

I promemorian Ansvarsfördelning mellan kommuner i vissa fall (Ds 2010:21) har det föreslagits att bostättningskommunen ska behålla det huvudsakliga ansvaret för enskilda i så stor utsträckning som möjligt. Ett sådant system är praktiskt för den enskilde och underlättar för honom eller henne att röra sig mellan olika kommuner. Personen behöver inte på nytt ansöka om insatser varje gång han eller hon tillfälligt önskar vistas i en annan kommun under en begränsad tid. Han eller hon behöver bara vända sig till sin ordinarie biståndsbedömare i bostättningskommunen. För personen blir det enklare att planera en eventuell semestervistelse med sin ordinarie biståndshandläggare. Handläggaren känner personen och hans eller hennes behov. Det blir istället biståndsbedömaren i bostät-

tningskommunen som får stå för samordning och kontakterna med vistelsekommunens hemtjänst för att diskutera de praktiska detaljerna kring individens hjälpbehov. Regeingen delar den bedömning som redovisas i promemorian. Lunds kommun befarar att bestämmelsen skulle begränsa den enskildes rörelsefrihet. Regeringens avsikt är dock den motsatta, d.v.s. att underlätta och förenkla för den enskilde att röra sig mellan olika kommuner.

Bostättningskommunen ska således ansvara för den enskilde personen så länge han eller hon inte bosätter sig i en annan kommun eller får starkare anknytning till den andra kommunen. Detta gäller också om den enskilde tillfälligt vistas i en annan kommun, oavsett hur länge vistelsen pågår. Det kan handla om en längre tids studier eller arbete på annan ort, men också en semestervistelse under några månader i sommarhuset, en kurs på annan ort eller ett kortare besök med ledsagning för att gå på teater. Ansvaret ska gälla så länge inte bedömningen av vilken kommun som är bostättningskommun förändras på grund av att vistelsen och anknytningen till den andra kommunen blir så stark att den ska betraktas som bostättningskommun.

Skulle det under en tillfällig vistelse uppkomma helt nya behov, t.ex. på grund av att den enskildes hälsa försämras, är det vistelsekommunens ansvar att besluta om nödvändiga insatser i den akuta situationen. Det handlar främst om behov som inte är kända utan uppstår oförutsett under vistelsen (se avsnitt 5.1).

Regeringen delar inte den uppfattning som framförts av några remissinstanser att behovet av bistånd ska begränsas till vissa insatser. Behovet av bistånd enligt socialtjänstlagen ska prövas på sedvanligt sätt utifrån vad som är skäligen levnadsnivå, och kan omfatta flera olika åtgärder beroende på omständigheterna i den enskilda fallet. Avsikten är inte att bedömningen av vad som utgör skäligen levnadsnivå ska ändras.

Kommunförbundet i Stockholms län anser att det bör tydliggöras vem som har ansvaret i de fall då den enskilde inte har behov av bistånd i bostättningskommunen utan endast i semesterkommunen. Enligt förslagen så ska bostättningskommunen pröva ansökningen i detta fall. Om däremot behovet skulle uppstå akut under det att personen vistas i sommarbostaden är det enligt här föreslagna regler vistelsekommunens ansvar.

För att underlätta för vissa persongrupper att genomföra kortare vistelser i andra kommuner föreslås särskilda skyldigheter för vistelsekommunerna i dessa fall, se avsnitt 6.

Regeringens förslag: Placeringskommunens ansvar för insatser ska inte vara begränsat utan omfatta alla stöd- och hjälpinsatser enligt socialtjänstlagen.

En kommun ska också behålla ansvaret för stöd- och hjälpinsatser om en enskild till följd av ett beslut vistas i en annan kommun i annat boende, om det inte är klarlagt vilken kommun som är den enskildes bosättningskommun.

Utredarens förslag: Överensstämmer i princip med regeringens.

Remissinstanserna: De flesta av de remissinstanser som yttrat sig i frågan är positiva. *Örebro kommun* anser att det är oklart hur länge ansvaret ska kvarstå samt hur omfattade ansvaret ska vara.

Skälen för regeringens förslag: Enligt gällande rätt ska placeringskommunen ansvara för bistånd enligt 4 kap. 1 § socialtjänstlagen, individuellt behovsprövat stöd och individuellt behovsprövade sociala tjänster enligt 3 kap. 6 § och 5 kap. 1 och 9 §§ socialtjänstlagen som den enskilde kan behöva när han eller hon efter beslut av en kommun vistas i en annan kommun i familjehem, hem för vård eller boende eller sådan boendeform eller bostad som avses i 5 kap. 5 § andra stycket, 5 kap. 7 § tredje stycket och 7 kap. 1 § första stycket 2. Placeringskommunens ansvar upphör om ärendet överflyttas enligt 16 kap. 1 §.

Enligt utredarens lagförslag ska placeringskommunen ansvara för samtliga stöd- och hjälpinsatser i dessa fall. Regeringen delar utredarens uppfattning och vill därmed främja enhetlighet och ett sammanhållet vårdansvar för den enskilde.

Utredaren föreslår också att en kommun som beslutat om att placera en person i en tillfällig boendeform ska behålla ansvaret för de stöd- och hjälpinsatser som han eller hon kan behöva. Regeringen stödjer utredarens förslag. Regeringen föreslår att den kommun som beslutat om boende i en annan kommun behåller ansvaret för stöd- och hjälpinsatser, om det inte är klarlagt vilken kommun som är den enskildes bosättningskommun. Det avser framförallt olika grupper av personer som är hemlösa, t.ex. enskilda för vilka bosättningskommunen inte är klarlagd eller när en hotad person som beviljats skyddat boende inte har någon klar bosättningskommun. Så snart bosättningskommunen är klarlagd kan kommunen ansöka om att ärendet överflyttas dit. Denna bestämmelse omfattar samtliga insatser som den enskilde kan ha behov av, inte bara de som har samband med det ursprungliga hjälpbehovet.

Den kommun som beslutat om boende i en annan kommun enligt LSS ska enligt regeringens bedömning också behålla ansvaret för insatser enligt socialtjänstlagen (se vidare avsnitt 10 om förslag om ett sammanhållet ansvar).

Regeringens förslag: Den kommun där den enskilde är folkbokförd ska ansvara för samtliga stöd- och hjälpinsatser enligt socialtjänstlagen under kriminalvård i anstalt och vård på sjukhus samt inför avslutningen av sådan vård.

Utredarens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag.

Remissinstanserna: *Kriminalvården* efterfrågar ett förtydligande av att folkbokföringskommunens ansvar under kriminalvård i anstalt även ska avse tiden under pågående utslussningsaktiviteter, till exempel vid en vistelse på behandlingshem i annan kommun än hemkommunen. *Socialstyrelsen* påpekar att flera kommuner kan komma att bli ansvariga i ett och samma ärende, t.ex. bosättningskommun, folkbokföringskommun samt vistelsekommun.

Skälen för regeringens förslag: Enligt gällande rätt ska folkbokföringskommunen ansvara för bistånd enligt 4 kap. 1 § socialtjänstlagen, individuellt behovsprövat stöd och individuellt behovsprövade sociala tjänster enligt 3 kap. 6 § och 5 kap. 1 och 9 §§ socialtjänstlagen när en enskild vistas i kriminalvårdsanstalt eller på sjukhus, samt vid avslutande av sådan vård. Enligt utredarens lagförslag ska folkbokföringskommunen ansvara för samtliga stöd- och hjälpinsatser i dessa fall. Regeringen, som med de lagändringar som föreslås, vill främja enhetlighet och ett sammanhållet ansvar för den enskilde, delar utredarens uppfattning.

Kriminalvården har efterfrågat ett förtydligande kring omfattningen av folkbokföringskommunens ansvar när den enskilde verkställer en påföljd. I förarbetena till socialtjänstlagen (prop. 1996/97:124) konstaterar regeringen att folkbokföringskommunen ska vara ansvarig när den enskilde genom beslut av annan huvudman avtjänar fängelsestraff. Ansvaret gäller såväl under vistelse på anstalten som i anslutning till att vården upphör. När en person inte är folkbokförd i Sverige har vistelsekommunen biståndsansvaret (prop. 1996/97:124 s.161 ff och s. 191).

Folkbokföringskommunens ansvar omfattar hela den tid den enskilde avtjänar sitt fängelsestraff, således både under anstaltstiden och under den tid utslussningsåtgärder pågår. Regeringen anser därför inte att det finns behov av att göra några förändringar i lagtexten.

Regeringen delar Socialstyrelsens uppfattning att det kan uppstå situationer när det tolkas som att flera kommuner kan ha ansvaret samtidigt. Regeringen saknar däremot underlag för att föreslå ett förtydligande i dessa fall. När problemet uppstår får det i stället lösas genom överenskommer eller en begäran om överflyttning.

BESLUT

Datum
2021-09-21

Dnr
6300-2018

Sid
1 (25)

Vistelsen hos kriminalvården

NN avstämde ett långt fängelsestraff och hade vid flera tillfällen under verkställigheten matvägrat. Under perioder hade han varit intagen vid den rättspsykiatriska regionkliniken i Växjö (RPK Växjö), senast från 2013 till maj 2017, när han återkom till Kriminalvården. Under en placering i anstalten Kumla begärde NN den 7 maj 2018 att han skulle placeras i avskildhet.¹ Samma dag talade han om för kriminalvårdspersonalen att han skulle sluta äta mat. NN uttryckte vid flera tillfällen att han åter ville placeras vid RPK Växjö.

Den 11 maj 2018 bedömde anstalten Kumla att NN var i behov av att byta miljö och att han därför borde omplaceras till en annan anstalt. Anstalten tog samma dag fram ett placeringsunderlag till placeringssektionen inom Kriminalvården och NN underrättades om innehållet. Han transporterades den 16 juni 2018 till anstalten Saltvik. Kriminalvårdens beslut om omplacering är daterat den 19 juni 2018, dvs. tre dagar efter NN:s ankomst till anstalten Saltvik. NN underrättades om beslutet den 21 juni 2018.

NN:s ankomst till anstalten Saltvik

När NN anlände till anstalten Saltvik den 16 juni 2018 hade han matvägrat en dryg månad. Han begärde att han skulle placeras i avskildhet och Kriminalvården placerade honom i en standardinredd normalcell på anstaltens avskildhetsavdelning (s.k. ISOL). En sjuksköterska bedömde i samband med inskrivningen att NN kunde stå under normal tillsyn av kriminalvårdspersonal. Normaltillsyn innebär att den intagne ses till vid några tillfällen per dygn, främst under dag- och kvällstid. Sjuksköterskan fattade ett beslut om att upprätta en mat- och vätskelista. Enligt en instruktion skulle kriminalvårdspersonal erbjuda NN måltider och se till att han hade ”en kanna med vatten”. Vid sänkt medvetandegrad, förvirring eller andra tecken på vätskebrist skulle personalen kontakta 112 eller 1177 om anstaltens sjukvårdspersonal inte var på plats.

Med anledning av NN:s matvägran träffade han tre dagar efter ankomsten en läkare som upprättade en åtgärdsplan. Enligt planen skulle NN fortsätta att få normal tillsyn på avskildhetsavdelningen och besök av sjukvården en gång per vecka. Vidare angavs förhållningsregler för hur kriminalvårdspersonalen skulle agera om NN:s tillstånd försämrades. Av handlingarna framgår vidare att NN, i samband med att läkare besökte honom den 19 juni 2018, avböjde alla livsuppehållande åtgärder genom hjärt-lungräddning (HLR). Läkaren antecknade i patientjournalen att han skrev ”ett sådant dokument”. Även den 20 juni 2018 när NN träffade en psykiater uttryckte NN på nytt att han avböjde all HLR. Denna läkare bedömde att HLR måste startas i händelse av akut incident men att patienten vid långsamt borttynande i obotlig sjukdom inte borde ges

¹ 6 kap. 4 § fängelselagen (2010:610).

Kriminalvårdens behandling av en intagen som matvägrat

Beslutet i korthet: I juli 2018 avled en intagen i anstalten Saltvik, efter mer än två månaders matvägran. ChefsJO har granskat omständigheterna kring dödsfallet. I sitt beslut uttalar hon sig om Kriminalvårdens ansvar för intagna som matvägrar och framhåller bl.a. att det inte är en godtagbar ordning att det enbart är personal utan hälso- och sjukvårdsutbildning som ansvarar för den dagliga kontakten med en intagen med vård- och omsorgsbehov. De omvårdnadsinstruktioner som lämnas av sjukvården till övrig kriminalvårdspersonal ska vara baserade på aktuell information. Det förutsätter att kvalificerad sjukvårdspersonal dagligen träffar den intagne och gör en värdering av om beslutade insatser är tillräckliga.

I beslutet uttalar sig chefsJO vidare om Kriminalvårdens skyldighet att föra en intagen från en anstalt till en sjukvårdsinrättning, om det behövs för att den intagne ska kunna undersökas eller behandlas på ett lämpligt sätt. Enligt henne kan det uppkomma situationer där Kriminalvården bör överväga att föra en intagen till sjukhus även om den intagne uttryckt att han eller hon inte samtycker till transporten. Förutsättningarna för att göra en grundlig undersökning vid allvariga tillstånd får normalt anses vara bättre vid en sjukvårdsinrättning än i en anstalt, där det i en akut situation också kan vara svårt att få en tillförlitlig bedömning av den intagnes beslutsförmåga.

ChefsJO uttalar sig även om möjligheten att besluta om hjärt-lungräddning mot en intagens vilja och anstaltens planering av en transport av den intagne till sjukhus.

Bakgrund till initiativet

I samband med en Opcat-inspektion den 14 augusti 2018 av anstalten Saltvik kom det fram uppgifter om att en intagen (NN) avlidit i anstalten den 19 juli samma år (se JO:s protokoll, dnr 6027-2018). Vid inspektionen inhämtades incidentrapport, daganteckningar i Kriminalvårdsregistret (KVR), patientjournal och tjänsteanteckningar. Mot bakgrund av den information som stod att finna i dessa handlingar beslutade jag att utreda omständigheterna kring dödsfallet i ett initiativärende.

Utredningen

Inledningsvis finner jag skäl att beskriva händelseförloppet och några av de åtgärder som Kriminalvården vidtog vid behandlingen av NN under hans vistelse i anstalten Saltvik.

akuta insatser som förlängde livet. En sjuksköterska antecknade den 29 juni 2018 att NN avböjt alla åtgärder i fråga om HLR vid akut sjukdom och att ett sådant dokument skrivits. Fem dagar efter NN:s ankomst till anstalten Saltvik, den 21 juni 2018, hade dock anstaltschefen beslutat att sådana insatser skulle påbörjas vid behov.

Tillsynen av NN

Kriminalvårdspersonalen som genomförde normaltillsynen upprättade dagliga anteckningar om vad NN erbjöds ifråga om mat och dryck, samt vad han tagit emot eller tackat nej till. Dessa anteckningar sammanställdes i en veckosammanfattning som lämnades till sjukvårdspersonalen. Av sammanfattningarna framgår t.ex. att NN drack vatten och vissa dagar juice. Vidare finns det några anteckningar om att sjukvården hade besökt honom, och att han vid ett antal tillfällen uttryckt önskemål om att få träffa sjukvården. Vissa dagar antecknades hur mycket urin som tömts från hans särskilda urinflaska.

Den 26 juni 2018 antecknade en läkare i patientjournalen att han rekommenderade näringsdryck om NN skulle avbryta sin matvåggran. Sjukvården erbjöd därefter NN näringsdryck vid några tillfällen. En sjuksköterska förmedlade den 29 juni 2018 att NN skulle ha särskild tillsyn (omvårdnadstillsyn) en gång i timmen på grund av hans försämrade hälsotillstånd. I en anteckning i patientjournalen samma dag noterades följande: "Åtgärdsplaneringen är enligt riktlinjer och vår bedömning i dag att han ska ha 60 min tillsyn på ISOL, sköterska och läkare en gång per vecka." Samma dag beslutade kriminalvårdspersonalen att NN utöver omvårdnadstillsyn skulle stå under kamerabevakning till dess att han "påvisade ett förbättrat tillstånd/attityd".² NN flyttades därför till en sterilcell, dvs. en cell som endast är inredd med en säng, på anstaltsens avskildhetsavdelning. Den 1 juli 2018 försågs han även med ett trygghetsslarm för att han med säkerhet skulle kunna kontakta kriminalvårdspersonal.

Av handlingarna framgår att NN träffade en sjuksköterska dagligen den 2-4 juli 2018 och att han vid dessa kontakter meddelade att han inte ville föras till sjukhus. En läkare besökte NN den 5 juli 2018, och av patientjournalen framgår att läkaren meddelat NN att om han blev frånvarande, svarslös, medvetandesänkt eller liknande skulle personalen komma att ringa ambulans och han skulle föras till sjukhus. Den 9 juli 2018 meddelade NN att han önskade prata med psykiater eller föras till sjukhus. En sjuksköterska hänvisade till att det skulle göras en läkarbedömning två dagar senare. Vid midnatt natten mellan den 9 och 10 juli 2018 önskade NN något att äta och i samråd bestämde ett vakthavande befäl och två kriminalvårdare att man skulle servera honom en portion med kyckling och pasta. Den 11 juli 2018 avbröts kamerabevakningen och NN

² Kriminalvårdens beslut fattades enligt den då gällande kameravaktningslagen (2013:460) som ersatts av kamerabevakningslagen (2018:1200).

flyttades till en normalcell på avskildhetsavdelningen. Samma dag träffade NN en läkare och han uttryckte att han fortsatte att matvägra. Vidare noterades en sjuksköterska i patientjournalen att det i nuläget inte fanns behov av daglig tillsyn av sjukvården då NN var mer stabil i sitt mående.

På förmiddagen den 19 juli 2018 uppträckte kriminalvårdspersonal att NN bl.a. hade trycksår. En sjuksköterska bedömde kl. 11.10 att anstalten inte kunde tillgodose hans behov av hälso- och sjukvård och att han behövde föras till sjukhus. En kriminalvårdspersonal beslutade att NN skulle transporteras till sjukhus med personal mellan kl. 14 och 21. NN hitades avliden i sin cell ca kl. 14.

Remitteringen

JO upprättade en promemoria och remitterade den till Kriminalvården som uppmannades att besvara ett antal frågor. Kriminalvården ombads att vid utformningen av remissvaret samråda med myndighetens medicinskt ansvarige.

I sitt remissvar anförde Kriminalvården, genom dåvarande anstalts- och häkteschefen, bl.a. följande:

Särskilt om N.N.'s vistelse i anstalten Saltvik

Under vistelsen i anstalten Saltvik träffade N.N. läkare vid sju tillfällen. Vid tre av dessa tillfällen var det fråga om besök av psykiatriker. Han träffade även sjuksköterska vid minst nio tillfällen. Psykiatrikern bedömde vid de två första tillfällena att N.N. var medveten om de hälsorisor som han utsatte sig för genom sin matvåggran. Det bedömdes vidare att N.N. var kapabel att fatta beslut i frågor avseende sin hälsa. Det sista besöket av psykiatriker ägde rum den 11 juli 2018 och N.N. vägrade vid detta tillfälle att medverka i undersökningen. Läkaren bedömde dock att det inte fanns behov av att vidta någon särskild åtgärd samt att N.N. kunde behandlas i anstalten.

Den 18 juli 2018 uppmärksammade anstaltsens personal att N.N.'s hälsotillstånd återigen hade försämrats. N.N. vägrade dock att låta sjuksköterska undersöka honom. Den 19 juli 2018 kl. 11.10 besökte sjuksköterska honom på nytt och vid detta tillfälle noterades det att ett missänt trycksår hade uppkommit på N.N. samt att det dessutom saknades urin i hans flask. Han vägrade emellertid fortsätta att bli undersökt. N.N. påträffades livlös i sitt bostadsrum kl. 13.55 av anstaltsens personal. Personalen inledde hjärt- och lunggräddning, vilken övertogs av ambulanspersonal vid deras ankomst till anstalten. Upplivningsförsöken avslutades kl. 14.40 och N.N. dödförklarades runt kl. 16.00 av läkare som tillkallats till anstalten.

Kriminalvårdens redogörelse när det gäller JO:s särskilda frågeställningar

Allmänt om Kriminalvårdens hälso- och sjukvårdsverksamhet

Kriminalvården har inte något särskilt uppdrag att bedriva hälso- och sjukvård men varje anstalt ska ha tillgång till legitimerad läkare och personal med lämplig sjukvårdsutbildning (jfr 25 § fängelseförordningen [2010:2010], FäF). Kriminalvården har även ett ansvar för att samverka med andra myndigheter samt att aktivt verka för att den intagnes behov identifieras och, så långt som det är möjligt, tillgodoses (se bl.a. prop. 2009/10:135 s. 64).

Myndighetens skyldigheter i detta avseende medför dock inte att den intagnes eget ansvar i det enskilda fallet sänts åt sidan. Kriminalvårdens ansvar för att

tillgodose de intagnas behov av stöd- och vårdinsatser är begränsat av den s.k. normaliseringsprincipen, vilken innebär att det är de ordinarie myndigheterna som primärt ansvarar för de intagnas behov av t.ex. hälso- och sjukvård. Endast i de fall där den intagne omhändertagits på ett sådant sätt att det förhindrar andra myndigheters medverkan eller där stödsatserna uteslutande har sin grund i Kriminalvårdens uppdrag anses det vara motiverat att göra avsteg från denna princip.

Kriminalvården bedriver av praktiska skäl och med hänsyn till säkerheten hälso- och sjukvård motsvarande primärvård och viss psykiatrisk öppenvård. Vid beslut inom hälso- och sjukvårdsverksamheten har Kriminalvården att respektera bl.a. patientens rätt till självbestämmande och integritet. Hälso- och sjukvård får normalt inte heller ges utan patientens samtycke (jfr 5 kap. 1 § 3 hälso- och sjukvårdslagen [2017:30], HSL, samt 4 kap. 1 och 2 §§ patientlagen [2014:821]). Kriminalvården förfogar vidare inte över frågan om en intagen ska tas in på sjukvårdsinrättning. Det är respektive landsting som beslutar om intagning på sjukhus och som har att bedöma patientens tillstånd i förhållande till exempelvis platsstillgången vid en sjukvårdsinrättning samt patientens inställning i vårdfrågan.

Kriminalvårdens särskilda rutiner

JO har efterfrågat vilka rutiner eller former för samarbete Kriminalvården har som innebär att sjukvårdspersonalen är skyldig att hålla anstaltsledningen underrettad om händelseutvecklingen i fall som riskerar att leda till ett för den intagne livshotande tillstånd. I denna del kan följande nämnas.

Utgångspunkten är att uppgifter om en enskilds hälsotillstånd eller andra personliga förhållanden som förekommer inom Kriminalvårdens hälso- och sjukvårdsverksamhet omfattas av sekretess enligt 25 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. När det gäller uppgifter som förekommer i den kriminalvårdsspecifika delen av myndighetens verksamhet tillämpas en annan sekretessbestämmelse, 35 kap. 15 § OSL. Kriminalvårdsverksamheten och hälso- och sjukvårdsverksamheten anses därför utgöra olika verksamhetsgrenar med en mellanliggande sekretessgräns (jfr. prop. 2004/05:176 s. 55 ff.). En sekretessprövning måste därmed normalt göras för att uppgifter ska kunna lämnas mellan verksamheterna.

Uppgifter exempelvis om en enskilds hälsotillstånd som förekommer i hälso- och sjukvårdsverksamheten kan lämnas ut till Kriminalvårdens övriga verksamhet om en sekretessbrytande bestämmelse eller en bestämmelse om undantag från sekretess är tillämplig, t.ex. när det är fråga om ett nödvändigt utlämnade (jfr 10 kap. 2 § OSL). Den s.k. generalklausulen är emellertid inte tillämplig (se 10 kap. 27 § andra stycket OSL).

Det finns dessutom föreskrifter i FäF som medger att vissa uppgifter av ifrågakarande slag lämnas ut. Om hälso- och sjukvårdspersonal får kännedom om att en intagen lider av viss typ av smittsam sjukdom ska chefen för kriminalvårdsanstalten underrättas, om det inte står klart att det inte finns risk för smittspridning (28 § FäF). Vidare gäller att om hälso- och sjukvårdspersonal har bedömt att det finns risk för att en intagen kan komma att allvarligt skada sig själv ska de uppgifter om den intagnes hälsotillstånd eller andra personliga förhållanden som behövs för att förebygga att den intagne utför en självskadande handling lämnas till chefen för kriminalvårdsanstalten (29 § FäF).

När det gäller hälso- och sjukvårdsverksamheten inom Kriminalvården finns det centrala rutiner samt en handbok tillika ledningssystem för hälso- och sjukvården (2018:4). Av handboken framgår bl.a. följande (avsnitt 12.4).

Om personalen inom hälso- och sjukvården bedömer att det skulle vara av värde för behandlingen av den enskilde att en uppgift om dennes hälsotillstånd eller andra personliga förhållanden lämnas till den övriga Kriminalvården, bör personalen förklara detta för den intagne och fråga om

denne samtycker till att uppgiften lämnas vidare. Ett samtycke ska dokumenteras i patientjournalen.

Den särskilda sekretess som råder för hälso- och sjukvården hindrar inte att viktiga uppgifter i särskilda fall lämnas från hälso- och sjukvården till övriga Kriminalvården. Om hälso- och sjukvården har eller får information om att det finns en självmordsrisk beträffande en intagen ska detta omgående anmälas till berörd kriminalvårdspersonal så att nödvändiga åtgärder kan vidtas. Detsamma gäller uppgifter om akut sjukdom eller uppgifter som annars behövs för att undvika att den intagne utsätts för en allvarlig medicinsk risk under sin vistelse inom Kriminalvården eller i samband med en transport. Vid tvksamhet om en uppgift ska lämnas, bör kontakt omedelbart tas med anstalts-häkteschefen för ställningstagande.

Även i Kriminalvårdens handbok i sekretessfrågor (2011:1) anges hur ifrågakarande situation ska hanteras och utformningen av denna handbok i aktuell del motsvarar i princip vad som redogjorts för ovan.

Kriminalvårdens rutiner när det särskilt gäller hantering av matvägran från en intagen angavs tidigare i myndighetens säkerhetshandbok. Avsnittet om matvägran har emellertid utgått ur den nya versionen av säkerhetshandboken, men finns fortfarande tillgängligt för samtliga medarbetare inom Kriminalvården genom myndighetens intranät. Av dessa riktlinjer framgår i huvudsak följande.

Åtgärdsplanering avseende matvägran omfattar bl.a.:

En uttaland hotellse om vägran att inta mat eller dryck eller misstanke om att intagen varken äter eller dricker ska anmälas omgående till kriminalvårdschefen och verksamhetställets sjuksköterska eller läkare. Rapporten ska om möjligt ange orsaken till vägran.

Verksamhetställets sjuksköterska (eller läkare) ska skriftligen anvisa personal om åtgärder som ska vidtas så länge förhållandet varar. Sådana åtgärder ska lämpligen omfattas (vad som anvisas här kan även i tillämpliga delar omfatta intagens vägran att inta ordinerad medicin):

- Former för tillsyn (vad som ska observeras och hur ofta). Särskild information ges till nattpersonalen.
- Former för återrapportering till ansvarig sjuksköterska eller läkare.
- Personalens eventuella åtgärder dokumenteras och förmedlas till ansvarig sjuksköterska eller läkare.
- Tillse att den intagne får i sig vätska. Vätskeintag ska dokumenteras och rapporteras till sjukvårdspersonal. Läkares bedömning om hur länge den intagne kan vara utan vätska.
- Intagna som uppgiver sig mätstrejka ska observeras noga. Laktageiser ska rapporteras till sjukvårdspersonal.
- Anvisningar ska lämnas om att agera lugnt och följa ett normalt mönster de första dagarna utan några dramatiska åtgärder. Sysselsättning som vanligt, normala samtal.
- Vid behov undersöks den intagne av sjukvårdspersonal som informerar om konsekvenserna av agerandet.
- Diskutera med läkare om lämplig kost när den intagne upphör med sin matvägran.

I detta sammanhang bör även framhållas att det för närvarande pågår ett arbete med att utforma nya rutiner för hantering av mat- och dryckesvägran från en intagen.

JO har vidare efterfrågat vilka rutiner Kriminalvården har som reglerar anstaltsledningens skyldighet att i de nu aktuella situationerna vidta särskilda åtgärder, exempelvis att hämta in ett s.k. second opinion av en extern läkare i syfte att bedöma behovet av vårdintyg.

Det kan konstateras att det, när det gäller frågan om en patients rätt till en s.k. second opinion (i svensk lagstiftning används begreppet "ny medicinsk bedömning"), finns vissa bestämmelser som är tillämpliga inom Kriminalvårdens hälso- och sjukvårdsverksamhet.

I 6 kap. 7 § andra stycket patientsäkerhetslagen (2010:659) anges att den som har ansvaret för hälso- och sjukvården av en patient ska medverka till att patienten får en ny medicinsk bedömning enligt vad som anges i 8 kap. 1 § patientlagen. Medan motsvarande bestämmelse i HSL (10 kap. 3 §) anger kraven på vårdgivaren riktar sig bestämmelsen ovan till hälso- och sjukvårdspersonalen och anger dess skyldigheter (jfr. prop. 2013/14:67 s. 39). Det bör nämnas att bestämmelsen i HSL endast anger *landstingets* skyldigheter att erbjuda en ny medicinsk bedömning, och att den således inte omfattar Kriminalvårdens hälso- och sjukvårdsverksamhet.

Enligt 8 kap. 1 § patientlagen ska en patient med livshotande eller särskilt allvarlig sjukdom eller skada få möjlighet att inom eller utom det egna landstinget få en ny medicinsk bedömning. Patienten ska erbjudas den behandling som den nya bedömningen kan ge anledning till om

1. behandlingen står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet, och
2. det med hänsyn till den aktuella sjukdomen eller skadan och till kostnaderna för behandlingen framstår som befogat.

När det gäller Kriminalvårdens särskilda rutiner i detta avseende kan återigen hänvisas till handboken tillika ledningssystemet för hälso- och sjukvården (2018:4), i vilken det återfinns ett avsnitt avseende patientens rättsliga ställning (avsnitt 7.2). I avsnittet hänvisas till lagstiftningen, varefter bl.a. följande anges.

Med tanke på att Kriminalvårdens intagna inte har samma möjligheter till vårdkontakter som befolkningen i övrigt bör dessa ges möjlighet till förnyad medicinsk bedömning även vid andra sjukdomstillstånd [utöver livshotande eller allvarliga sjukdomar eller skador] som kan ge komplikationer eller framtida men. Om en sådan bedömning görs av en annan konsultläkare är det angeläget att bedömningen ska vara helt oberoende och självständig gentemot den första bedömningen.

Kriminalvården har – för kriminalvårdspersonal i häkten, anstalter och nationella transportenheten – en handbok avseende hälso- och sjukvården inom myndigheten (2012:11). I handboken behandlas främst frågor om hälso- och sjukvårdens utformning inom Kriminalvården och tillhandahållande av läkemedel. Som bilagor till handboken finns även rutiner för första hjälpen samt checklista vid akutsjukdom för vakthavande befäl. Närmare rutiner om hantering av intagna med psykisk sjukdom återfinns i Kriminalvårdens handbok om psykiatrisk sjukhusvård av intagna i häkte och anstalt (2012:5). Av denna handbok framgår bl.a. följande (avsnitt 2.1).

Frågan om vilken vård som klienten ska ges avgörs av läkare. En intagen som behöver akut psykiatrisk vård kan således vårdas utanför anstalten eller häktet. Vårdbehov och formerna för behandlingen av klienten avgör om vården kan ges i öppen vård eller om slutet vård är nödvändig. Målsättningen är att all psykiatrisk vård ska vara frivillig och med den intagnes samtycke. Bedömning av en läkare på häktet eller anstalten eller läkare vid närmaste psykiatriska akutmottagning är första ledet i denna kedja. Eventuellt kan distriktsläkare kallas till anstalten/häktet för att göra bedömningen. Accepterar den intagne att remitteras till sjukhus skrivs en remiss, men om den intagne vägrar måste ett därefter skrivs. Läkare på den psykiatriska sjukvårdsenheten avgör därefter vårdbehovet.

Utöver vad som redogjorts för ovan finns inte några centrala rutiner inom Kriminalvården vad avser den aktuella frågan.

Anstalten Saltviks försäkringar samt vidtagna åtgärder

Anstalten Saltvik har en erfaren grupp av hälso- och sjukvårdspersonal bestående av allmänläkare, sjuksköterskor med ett flertal vidareutbildningar, specialister inom psykiatri och psykologer. I de fall de intagnas vårdbehov inte kan tillgodoses av enhetens resurser anlitas den allmänna sjukvården.

I det nu aktuella fallet kan det, utöver vad som ovan angetts, konstateras att hälso- och sjukvårdspersonal vid flera tillfällen har informerat övrig kriminalvårdspersonal om N.N:s tillstånd, vilket framgår av patientjournalen. Personalen har även fått ta emot omvårdnadsinstruktioner avseende N.N. Det bör vidare framhållas att kriminalvårdspersonal regelbundet har dokumenterat N.N:s situation i det centrala kriminalvårdsregistret. Det har inte kommit fram att personalen på något sätt frångått de rutiner som gäller inom Kriminalvården.

Som ovan nämnt undersöktes N.N. under vistelsen i anstalten Saltvik av läkare vid sju tillfällen, varav tre av besöken genomfördes av specialläkare inom psykiatri. Det har varit fråga om besök från två olika psykiatriker. Av läkarbedömningarna framgår att N.N. inte bedömdes lida av en allvarlig psykisk störning samt att han var beslutningskapabel och tillräckelig. Anstalten ansåg därför att det inte fanns skäl för ytterligare bedömning av en extern vårdgivare.

Den 21 juni 2018 beslutade kriminalvårdschefen om att hjärt- och lungrehabilitering vid en eventuell incident skulle genomföras för N.N. fram till det att sjukvårdspersonal anländer till anstalten. Det har därutöver beslutats om andra åtgärder i form av bl.a. särskild tillsyn av N.N., tillhandahållande av trygghetslarm samt kameratövervakning. Det bör också nämnas att samma dag som N.N. avled, dvs. den 19 juli 2018, genomfördes omvårdnadstillsyn av honom vid sammanlagt åtta tillfällen mellan kl. 10.46–13.55.

Av 9 kap. 1 § fängelselagen (2010:610), FäL, framgår att en intagen som behöver hälso- och sjukvård ska vårdas enligt de anvisningar som ges av läkare. Om den intagne inte kan undersökas eller behandlas på ett lämpligt sätt i anstalten, ska den allmänna sjukvården anlitas. Om det behövs, ska den intagne föras över till sjukhus.

Enligt Kriminalvårdens mening måste det vid tillämpningen av ovanstående bestämmelse emellertid även beaktas vad som anges i hälso- och sjukvårdslagstiftningen bl.a. om att patientens rätt till självbestämmande och integritet ska respekteras samt att hälso- och sjukvård normalt inte får ges utan patientens samtycke. Av FäL framgår vidare att en intagen inte får åläggas att underkasta sig behandling av medicinsk karaktär (se 3 kap. 2 § tredje stycket).

Det kan således uppkomma situationer när det bedöms att den intagne inte kan undersökas eller behandlas på ett lämpligt sätt i anstalten men när denne samtidigt inte samtycker till att ta emot vård vid sjukvårdsinrättning. Kriminalvården kan emellertid konstatera att myndighetens skyldighet att överföra den intagne till sjukhus vid behov är obligatorisk. Av förarbetena framgår att den nuvarande utformningen av 9 kap. 1 § FäL – i förhållande till tidigare lagstiftning – medför en skärpt formulering på så sätt att "får" har ersatts med "ska" samt att syftet med detta har varit att ge den intagne ett utökat skydd (se prop. 2009/10:135 s. 158). Enligt Kriminalvårdens mening kan ett beslut endast om att överföra en intagen till sjukhus inte heller anses utgöra medicinsk behandling eller undersökning. Kriminalvården anser att det därför inte finns något generellt hinder mot att i en situation när den intagne motsätter sig vård eller behandling ändå besluta om överförande till sjukhus.

När det gäller den nu aktuella situationen, dvs. att N.N:s hälsotillstånd var nedsatt bl.a. på grund av matvägran, kan det vidare konstateras att förutsättningarna för att göra en grundlig bedömning av ett sådant tillstånd normalt får anses vara bättre vid en sjukvårdsinrättning än i en anstalt. Under sådana omständigheter kan det hävdas att anstalten Saltvik rättligen borde ha låtit N.N. undersökas vid en sjukvårdsinrättning, eller att en kontakt i vart fall borde ha upprättats med den allmänna sjukvården, i syfte att få till stånd en ny medicinsk

bedömning. Detta har emellertid inte skett. Kriminalvården kan dock konstatera att anstalten Saltvik, vid varje givet tillfälle, har behandlat N.N. helt i enlighet med de anvisningar som har getts av läkare. Enligt Kriminalvårdens mening har det inte heller kommit fram några skäl att ifrågasätta de medicinska bedömningar som de olika läkarna har gjort i ärendet.

Beslutet om kameraövervakning av N.N.

Vid tidpunkten för beslutet om kameraövervakning av N.N. gällde den nu uppräpnade kameraövervakningslagen (2013:460). Kameraövervakning av en sådan plats som den ifrågavarande fick enligt 23 § kameraövervakningslagen bedrivas utan den övervakades samtycke om övervakningen behövdes för att förebygga, avslöja eller utreda brott, förhindra olyckor eller andra berättigade ändamål, och övervakningsintresset vägrade tyngre än den enskildes intresse av att inte bli övervakad. Vid denna bedömning skulle särskilt beaktas hur övervakningen utfördes, om teknik som främjar skyddet av den enskildes personliga integritet användes och vilket område som övervakades.

Ett övergripande syfte med sådan kameraövervakning av ett bostadsrum i en avskildhetsavdelning som nu är fråga om är att Kriminalvårdens personal ska kunna försäkra sig om den integräns säkerhet och kontrollera den integräns hälsotillstånd samt snabbt kunna ingripa vid en incident. JO har i tidigare ärende inte haft någon principiell invändning mot att en anstalt övervakar ett avskildhetsrum med kamera i de fall anstalten bedömer att övervakningsintresset väger tyngre än den enskildes intresse av att inte bli övervakad (se JO:s beslut den 15 mars 2018 i ärende dnr 1365-2016).

När det gäller den nu aktuella situationen beslutade anstalten den 27 juni 2018 om särskild tillsyn av N.N. på grund av hans försämrade hälsotillstånd. Den 29 juni 2018 beslutades vidare att N.N. skulle stå under kameraövervakning till det att han uppvisade ett förbättrat tillstånd. Han hade dessförinnan flyttats till en sterilcell i vilken utrustning för kameraövervakning fanns tillgänglig. Syftet med kameraövervakningen var att kunna upprätthålla en bättre kontroll av N.N:s hälsotillstånd samt att snabbt kunna ingripa om något inträffade. Övervakningsintresset får anses ha vägt tyngre än N.N:s intresse av att inte bli övervakad.

Tillsynen över N.N. har genomgående dokumenterats av anstaltens personal. Som ovan nämnt avslutade N.N. sin matvägran tillfälligt den 10 juli 2018. I samband med detta önskade han även att få titta på TV, vilket inte var möjligt i den sterilcell som han visades i. Den 11 juli 2018 flyttades han därför till en normalcell utan utrustning för kameraövervakning. Kameraövervakningen av honom avslutades följaktligen vid detta tillfälle.

Beslutet om permission för N.N.

När det gäller beslutet om permission för N.N. den 19 juli 2018 fattades detta i samband med att hans hälsotillstånd kraftigt försämrats. Permissionen avsåg transport till akutmottagning mellan kl. 14.00–21.00 och beslutet motiverades med att N.N. bedömdes vara i behov av hälso- och sjukvård samt att detta behov inte kunde tillgodoses i anstalten.

Rent generellt gäller att Kriminalvården, vid ett beslut om utövelse i samband med exempelvis ett sjukhusbesök, har att göra en risk- och säkerhetsbedömning utifrån individuella och aktuella faktorer. Ett beslut om permission kan vid behov förenas med villkor om bl.a. fängsel, om det är nödvändigt av säkerhetsskal.

Vid det aktuella tillfället var N.N. visserligen försvagad på grund av sitt nedsatta hälsotillstånd. Utifrån den information som fanns tillgänglig bedömdes det emellertid finnas en stor risk för fritagning. Enligt den aktuella säkerhetsbedömningen skulle en begäran om hjälp ställas till Polismyndigheten vid en utövelse av nu aktuellt slag. Beslutet om permission var därför även förenat med villkor om att utövelsen skulle ske med bevakning samt att N.N. skulle bära fängsel. Det beslutades vidare att tre personalresurser skulle följa med transporten.

Det är möjligt att N.N:s hälsotillstånd hade kunnat påverka bedömningen av om han skulle beläggas med fängsel när den aktuella transporten väl skulle genomföras. Eftersom N.N. avled innan transporten påbörjades gjordes dock inte någon särskild bedömning av detta.

Efterföljande utredningar, anmälningar och åtgärder

I samband med N.N:s dödsfall upprättade anstalten Saltvik en incidentrapport med högsta allvarighetsgrad. Sektionen för särskilda utredningar vid Kriminalvårdens huvudkontor har med anledning av händelsen därefter genomfört en incidentutredning. Ärendet avslutades den 21 december 2018 och av utredningens sammanfattande bedömning framgår i huvudsak följande.

Anstaltens personal har agerat enligt gällande regelverk och anvisningar genom att de utifrån sjukvårdens riktlinjer har skött mat- och vätskelistor samt utfört tillsyn minst en gång i timmen. Personal har även efterfyllt anstaltschefens beslut om att utföra hjärt- och lunggräddning fram till det att sjukvårdspersonal anlände till platsen. Utifrån underlaget i ärendet – bl.a. de kontinuerliga läkarbedömningarna som utförts samt uppgifterna om N.N:s inställning till vård – bedöms det inte ha funnits skäl för att transportera honom till en extern vårdgivare för bedömning. Även om det skulle ha funnits en mer informativ och reviderad rutin för mat- och vätskevården med tillhörande checklistor skulle det troligen inte ha påverkat utgången.

Kriminalvården har även, i egenskap av vårdgivare, den 27 februari 2019 lämnat in en s.k. lex Maria-anmälan enligt 3 kap. 5 § patientsäkerhetslagen till Inspektionen för vård och omsorg.

Vad gäller övriga åtgärder som har vidtagits hänvisas det till vad som ovan har angetts avseende det arbete som pågår inom Kriminalvården med att revidera och ta fram en ny rutin för intagnas mat- och vätskevården.

Kompletterande utredningsåtgärder

JO begärde in ytterligare handlingar efter det att remissyttrandet kom in.

Kriminalvården anmälde den 27 februari 2019 händelsen enligt Lex Maria³ till Inspektion för vård och omsorg, IVO. I anmälan uppgav Kriminalvården att den avsåg en händelse som medfört allvarlig vårdskada.

IVO avslutade ärendet den 18 maj 2020 och anger i beslutet att myndigheten kan komma att följa upp hur de åtgärder som vårdgivaren aviserat i sin anmälan har genomförts.

Enligt uppgift från Kriminalvården den 27 augusti 2021 pågår fortfarande ett arbete inom myndigheten med att ta fram nya riktlinjer för omhändertagandet vid mat- och vätskevården av en intagen.

Rättsliga utgångspunkter

Kriminalvården har redogjort för en del av den relevanta rättsliga regleringen. Jag berör i det följande även vissa andra regler och rekommendationer.

³ Anmälan av händelser som har medfört eller hade kunnat medföra en allvarlig vårdskada (Lex Maria), 3 kap. 5 § patientsäkerhetslagen (2010:659).

Skydd för grundläggande fri- och rättigheter

Enligt regeringsformen är var och en gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp.⁴ Vidare är var och en gentemot det allmänna skyddad mot frihetsberövanden. Enligt regeringsformen får skyddet under vissa förutsättningar begränsas genom lag.⁵

När det gäller Europakonventionens skydd för grundläggande fri- och rättigheter har Europadomstolen fattat flera avgöranden som rör intagna i anstalt och häkte som hungerstrejkar/matvägrar. Målen har aktualiserat hur myndigheter ska förhålla sig till de intagnas rättigheter och vilka avvägningar som bör ske när olika intressen står mot varandra.

Ett avgörande, *Horoz mot Turkiet*, gäller en häktad intagen som dog till följd av sin matvägran. Här fann domstolen att Europakonventionens artikel 2 om rätten till liv inte hade kränkts. Domstolen konstaterade bl.a. att myndigheterna hade respekterat den intagnes fysiska integritet genom att tillhandahålla lämplig medicinsk behandling, men samtidigt godtagit den intagnes vägran att ta emot sådan.⁶

En av de huvudsakliga ärendekategorierna som rör matvägran i Europadomstolens praxis handlar om utrymmet för myndigheter att tvångsmata intagna. En viktig utgångspunkt för domstolen i dessa mål är att en medicinskt godtagbar livsuppehållande åtgärd i sig i princip inte kan utgöra en sådan omänsklig eller förnedrande behandling som är förbjuden enligt Europadomstolens artikel 3.⁷ Tvångsmatning får emellertid endast ske om den är nödvändig och efter ett beslut som tagit hänsyn till rättssäkerhetsgarantier angivna i en särskild process. När dessa villkor inte har efterlevts, har domstolen i ett par ärenden bedömt tvångsmatningen som tortyr. Det handlar om situationer där åtgärden genomförts med särskilda hjälpmedel (som "munvidgare" och gummislangar) och där den intagne gjort fysiskt motstånd, eller tvångsmatningen genomförts på ett mycket plågsamt sätt.⁸

Hälsö- och sjukvårdslagstiftning

Utgångspunkten i hälso- och sjukvården är att verksamheten ska bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet. Det innebär att patienten som huvudregel ska ge sitt informerade samtycke till vård och behandling.⁹

⁴ Se 2 kap. 6 § regeringsformen.

⁵ Se 2 kap. 20 § första stycket 2 och 3 regeringsformen.

⁶ *Horoz mot Turkiet*, 1639/03, dom den 31 mars 2009.

⁷ Se Lex. *Jallohi mot Tyskland*, 54810/00, dom i stor sammansättning den 11 juli 2006, p. 94.

⁸ Se *Nevmerzhiysky mot Ukraina*, 54825/00, dom den 5 april 2005, och *Giorap mot Moldavien*, 12066/02, dom den 19 juni 2007.

⁹ 4 kap. 1–4 §§ patientlagen (2014:821).

Inom hälso- och sjukvården uppkommer ofta situationer då patienter av olika skäl inte har möjlighet att samtycka till nödvändiga insatser. En patient ska enligt patientlagen få den hälso- och sjukvård som behövs för att avvärja fara som akut och allvarligt hotar patientens liv eller hälsa om en patients vilja på grund av medvetlöshet eller av någon annan orsak inte kan utredas.¹⁰ I

förarbetena anges att bestämmelsen även är tillämplig när en person som mer varaktigt får anses sakna beslutsförmåga befinner sig i en nödsituation.¹¹ Vidare anges att med "annan orsak" avses bl.a. att patienten är okontaktbar på grund av chock, är på väg in i medvetlöshet eller är påverkad av exempelvis narkotiska preparat.

Om patientlagen inte ger stöd för genomförande av den aktuella behandlingen kan brotsbalkens bestämmelse om ansvarsfrihet för handlingar som företagits i nöd ge visst utrymme för vårdpersonal att i akuta situationer behandla patienter utan samtycke. Nöd föreligger bl.a. när fara hotar liv och hälsa.¹² Det krävs dock att den handling som vidtas inte är oförsvarlig. Det innebär att den gärning som företas i nöd ska vara påkallad av ett intresse av betydligt större vikt än det som offras.¹³ Bestämmelsen är avsedd att tillämpas endast i undantagsfall.¹⁴ En nödsituation kan endast föreligga en kortare tid och det bör därmed inte vara möjligt att behandla en patient någon längre tidsperiod med stöd av den allmänna nödregeln.

En intagen i en kriminalvårdsanstalt som behöver hälso- och sjukvård ska vårdas enligt de anvisningar som ges av läkare. Om den intagne inte kan undersökas eller behandlas på ett lämpligt sätt i anstalten, ska den allmänna sjukvården anlitas. Om det behövs, ska den intagne föras över till sjukhus.¹⁵

En intagen får vidare ges rättspsykiatrisk vård om

1. han eller hon lider av en allvarlig psykisk störning,
2. han eller hon med hänsyn till sitt psykiska tillstånd och sina personliga förhållanden i övrigt har behov av psykiatrisk vård, som kan tillgodoses genom att han eller hon är intagen på en sjukvårdsinrättning, och
3. han eller hon motsätter sig sådan vård eller det till följd av hans eller hennes psykiska tillstånd finns grundad anledning att anta att vården inte kan ges med hans eller hennes samtycke.¹⁶

¹⁰ 4 kap. 4 § patientlagen.

¹¹ Se prop. 2013/14:106 s. 120.

¹² 24 kap. 4 § andra stycket brotsbalken.

¹³ Se prop. 1993/94:130 s. 35.

¹⁴ Se prop. 1962:10 s. 334 B.

¹⁵ 9 kap. 1 § första stycket fängelselagen.

¹⁶ 4 § första stycket lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård.

Beslut om intagning för rättspsykiatrisk vård fattas av en chefsöverläkare vid en sjukvårdsinrättning som drivs av en region. För ett sådant beslut krävs att ett vårdintyg har utfärdats av någon annan läkare. En fråga om intagning för rättspsykiatrisk vård ska avgöras skyndsamt efter undersökning av patienten. I vissa situationer krävs inte något vårdintyg utan det är tillräckligt att chefsöverläkaren fattar ett beslut om intagning för rättspsykiatrisk vård, grundat på de ovan angivna kriterierna. Så kan till exempel vara fallet om en intagen i kriminalvårdsanstalt förts för frivillig psykiatrisk vård till en sjukvårdsinrättning som drivs av en region.¹⁷ I en sådan situation rör det sig om ett s.k. konverteringsfall, dvs. att vården konverteras från frivillig vård till tvångsvård av en patient som tagits in på sjukvårdsinrättning i frivilliga former men av något skäl inte längre samtycker till vården.¹⁸

Socialstyrelsens föreskrifter

Enligt Socialstyrelsens föreskrifter ansvarar vårdgivaren för att det finns ett ledningssystem för verksamheten.¹⁹ Systemet ska användas för att systematiskt och fortlöpande utveckla och säkra verksamhetens kvalitet. Vidare ska vårdgivaren identifiera, beskriva och fastställa de processer i verksamheten som behövs för att säkra verksamhetens kvalitet.²⁰ För varje aktivitet ska vårdgivaren även utarbeta och fastställa de rutiner som behövs för att säkra verksamhetens kvalitet. Rutinerna ska dels beskriva ett bestämt tillvägagångssätt för hur en aktivitet ska utföras, dels ange hur ansvaret för utförandet är fördelat i verksamheten. Slutligen ska vårdgivaren säkerställa att verksamhetens personal arbetar i enlighet med de processer och rutiner som ingår i ledningssystemet.²¹

Hjärt-lungräddning

Hjärt-lungräddning, HLR, är en första hjälpen-behandling som ges för att få ingång hjärtverksamheten och andningen hos någon som har fått hjärtstopp. Svenska läkarsällskapet, Svensk sjuksköterskeförening och Svenska HLR-rådet tog 2013 fram Etska riktlinjer för hjärt-lungräddning där det bland annat anges att ansvarig läkare kan fatta ett förhandsbeslut att avstå från HLR i en framtida akut situation. Enligt riktlinjerna, som reviderades i februari 2021, är ett skäl som kan motivera ett förhandsbeslut att avstå HLR, att patienten har uttryckt en tydlig önskan om att en sådan åtgärd inte ska sättas in. Ställningstagandet ska

¹⁷ 5 § lagen om rättspsykiatrisk vård.

¹⁸ Se Grönvall m.fl., Psykiatrin, tvånget och lagen, JUNO version 7, kommentaren till 5 § LRV.

¹⁹ Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om ledningssystem för systematiskt kvalitetsarbete (SOSFS 2011:9), 3 kap. 1 §.

²⁰ Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om ledningssystem för systematiskt kvalitetsarbete, 4 kap 2 och 4 §§.

²¹ Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om ledningssystem för systematiskt kvalitetsarbete, 6 kap. 1 §.

grundas på en individuell bedömning. Läkaren ska väga samman relevanta individuella faktorer som aktuellt hälsotillstånd, prognos, risk i förhållande till nytta, patientens egen inställning till behandlingen och patientens egen bedömning av sin livskvalitet. Det är varken försvarbart eller tillåtet att fatta beslut om att rutinmässigt avstå HLR för en grupp patienter eller med hänvisning till deras vårdform. Om en beslutsförmögen och välinformerad patient framför önskemål om att inte ges HLR ska detta önskemål respekteras och dokumenteras av ansvarig läkare. Vidare anges att det är viktigt att försöka utesluta att en patients önskan om att avstå från HLR inte beror på någon missuppfattning eller är ett uttryck för tänkande starkt influerat av en depressiv episod eller påverkan av annat övergående och behandlingsbart tillstånd.

Kriminalvårdens interna styrdokument

Jag redovisar nedan vissa avsnitt i den arbetsordning och Handbok och ledningssystem för Hälso- och sjukvården inom Kriminalvården (2018:4) som gällde för myndigheten vid tiden för NN:s matvägran.

Arbetsordning för Kriminalvården

Enligt Kriminalvårdens arbetsordning är generaldirektören vårdgivare för den hälso- och sjukvård som myndigheten bedriver.²² Där det bedrivs hälso- och sjukvårdsverksamhet ska det finnas någon som svarar för verksamheten (verksamhetschef).²³ Det är regionchefen som inom Kriminalvården är verksamhetschef och i den egenskapen ansvarig för den hälso- och sjukvårdsverksamhet som myndigheten bedriver inom regionen.²⁴

Kriminalvårdschefer har inom sitt ansvarsområde ansvar för bl.a. att säkerställa att de rutiner som krävs för att utföra det klientnära arbetet är i enlighet med nationell och regional inriktning.²⁵

Om det finns motstridiga dokument som har beslutats på olika nivåer har dokument som beslutats av generaldirektören eller annan överordnad chef företräde. Det är inte tillåtet att reglera sådant som redan är reglerat i ett styrande dokument på högre nivå eller att reglera i strid med sådana dokument. Regioncheferna och kriminalvårdscheferna ansvarar för att kontrollera att berörda dokument är förenliga med styrande dokument på högre nivå.²⁶

²² Arbetsordning för Kriminalvården, rev. 1 juli 2020, avsnitt 4.1.

²³ 4 kap. 2 § hälso- och sjukvårdslagen (2017:30), HSL.

²⁴ Arbetsordningen för Kriminalvården, avsnitt 8. Anstalten Salvik tillhör Kriminalvårdens Region Nord.

²⁵ Arbetsordningen för Kriminalvården, avsnitt 9.3. Anstaltschefen för anstalten Salvik har befattningen kriminalvårdschef.

²⁶ Arbetsordningen för Kriminalvården, avsnitt 9.3.

Handbok och ledningssystem för hälso- och sjukvården inom Kriminalvården

Av Kriminalvårdens handbok och ledningssystem för hälso- och sjukvården framgår bl.a. följande. Till stöd för generaldirektören i rollen som vårdgivare finns även en medicinsk rådgivare som på uppdrag av generaldirektören fullgör de uppgifter som tillkommer vårdgivaren enligt 3 kap. patientsäkerhetslagen (2010:659). Kriminalvårdschefen är – i egenskap av arbetsgivare för hälso- och sjukvårdspersonalen – ansvarig för att organisera sjukvården på enheten och också ytterst ansvarig för säkerheten på enheten. En kriminalvårdsinspektör kan vara ansvarig för den direkta arbetsledningen av hälso- och sjukvårdspersonal.²⁷

Verksamhetschefen är enligt avsnitt 6 i handboken skyldig att dels inom ramen för vårdgivarens ledningssystem säkerställa att fastställda rutiner är kända och följs, dels anpassa rutiner och ansvar för samarbete och samverkan mellan olika personalkategorier samt med andra vårdgivare. I samma avsnitt anges också att hälso- och sjukvårdspersonal ska fullgöra sina medicinska arbetsuppgifter, för vilka han eller hon själv bär ansvaret enligt 6 kap. patientsäkerhetslagen.²⁸

Internationella normer

Europeiska kommittén mot tortyr

Den europeiska kommittén mot tortyr (European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, CPT) är sammansatt av oberoende experter som har till uppdrag att i Europarådets 47 medlemsstater besöka platser där personer kan hållas frihetsberövade. Efter varje besök publicerar kommittén en rapport som vanligen innehåller ett antal rekommendationer till det besökta landet och syftar till att förbättra situationen för frihetsberövade personer. CPT gör även mer generella uttalanden om tematiska frågor, bl.a. i kommitténs årsrapporter.

CPT har i rapporter uttalat att alla patienter som har beslutskapacitet är fria att vägra behandling och andra medicinska ingrepp.²⁹ Alla avvikelser från denna fundamentala princip ska enligt CPT endast kunna ske med lagstöd och då det finns tydliga och klart definierade exceptionella omständigheter som är tillämpliga och som ger en likvärdig behandling av patienter. I några länder kan det uppställas krav på myndigheter och professionella organisationer att läkare ska ingripa för att förhindra dödsfall så snart en patients medvetandegrad blir allvarligt nedsatt. I andra länder kan det finnas reglering i lag som anger att det är ett kliniskt beslut av behandlande läkare att avgöra om behandling med tvång kan ske efter att denne har sökt råd och vägt in alla relevanta omständigheter.

²⁷ Kriminalvårdens handbok och ledningssystem för hälso- och sjukvården inom Kriminalvården, 2020:1, s.13.

²⁸ Kriminalvårdens handbok för ledningssystem för hälso- och sjukvården inom Kriminalvården, 2020:1, s. 13.

²⁹ CPT/Inf/E (2002) 1 – rev 2010.

Fängelsereglerna

Europarådet har antagit särskilda regler för behandlingen av frihetsberövade personer i t.ex. fängelse och häkte, de s.k. europeiska fängelsereglerna, som reviderades 2020.³⁰ Som medlem av Europarådet har Sverige varit med vid antagandet av detta dokument. Som jag tidigare framhållit bör internationella standarder av detta slag enligt min mening beaktas bl.a. vid proportionalitetsbedömningen i enskilda fall, liksom vid Kriminalvårdens arbete med riktlinjer och rutiner.³¹

Enligt de europeiska fängelsereglerna ska läkare eller sjuksköterska som rapporterar till en läkare, särskilt uppmärksamma hälsotillståndet hos intagna som hålls i isolering. En läkare eller en sjuksköterska som rapporterar till en läkare ska dagligen besöka sådana intagna och omedelbart ge dem läkarvård på begäran av dem själva eller fängelsepersonalen.³² Vidare ska läkare rapportera till fängelsechefen närhelst det bedöms att en intagens fysiska eller psykiska hälsa allvarligt äventyras av fortsatt fängslande eller av något annat förhållande under vilket fängslandet äger rum, inklusive förhållanden vid isolering.³³

Vidare anges i fängelsereglerna att fängelsechefen ska beakta de rapporter och råd som läkaren eller annat behörigt organ lämnar och ska, om fängelsechefen instämmer i de rekommendationer som lämnats, omedelbart vidta åtgärder för att genomföra dem.³⁴ Om läkarens rekommendationer ligger uanförlig fängelsechefens befogenheter, eller om fängelsechefen inte instämmer i dem, ska denne omedelbart vidarebefordra läkarens råd och ett eget yttrande till överordnat organ.³⁵ Fängelsereglerna innehåller även regler om hur tillhandahållandet av hälso- och sjukvård ska ske. Som exempel kan nämnas att intagna som är i behov av specialbehandling ska överföras till specialiserade fängelser eller till civila sjukhus om behandlingen inte är tillgänglig i fängelserna. Om ett fängelse har sin egen sjukvårdsinrättning ska denna vara lämpligt bemannad och utrustad för att ge erforderlig vård och behandling åt intagna som remitteras till den.³⁶

World Medical Association

Den icke-statliga internationella organisationen World Medical Association, där bl.a. Sveriges läkarförbund ingår, har antagit en deklaration angående hungerstrejkande (den s.k. Malta-deklarationen). Av deklarationen framgår bl.a. att en patients självbestämmande i samband med matvägran/matsstrejk alltid

³⁰ Recommendation Rec(2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules, den 1 juli 2020.

³¹ Se JO 2017/18 s. 131.

³² Regel 43.2.

³³ Regel 43.3.

³⁴ Regel 45.1.

³⁵ Regel 45.2.

³⁶ Regel 46.

måste respekteras. En läkare behöver för att kunna bedöma denna rätt till självbestämmande undersöka den intagne för att därefter bedöma hans eller hennes psykiska tillstånd. Bedöms den intagne vara tillräckligt psykiskt frisk för att kunna fatta beslut om sin egen hälsa bör läkaren försäkra sig om den intagnes syfte med sin matvägran och att han eller hon till fullo förstår vilka konsekvenser den medför för hans eller hennes hälsa. Genom att ställa frågor till den intagne kan läkaren försäkra sig om att denne har förstått informationen. Vidare anges att läkare dagligen bör försäkra sig om en intagen vill fortsätta att matvägra och vilka önskemål den intagne har när han eller hon inte längre kan göra sig förstådd, dvs. om den intagne vill fortsätta strejken, även om syftet med strejken inte uppnås, tills han eller hon dör. Den intagnes uttalanden måste dokumenteras. Vid en konflikt mellan myndighetens ansvar att hålla en intagen vid liv och den intagnes önskan, är läkarens ansvar i första hand att tillgodose patientens, den intagnes vilja.³⁷

Bedömning

Inledande överväganden

Mitt syfte med detta ärende har varit att försöka utreda hur förhållandena var för NN under hans matvägran och om Kriminalvården brutit i sin behandling av honom. Jag noterar att Kriminalvården i sitt yttrande pekar på att myndighetens ansvar för att tillgodose de intagnas behov av stöd- och vårdinsatser är begränsat av den s.k. normaliseringsprincipen, vilken innebär att det är de ordinarie myndigheterna som primärt ansvarar för de intagnas behov av t.ex. hälso- och sjukvård. I sitt remissvar uppger Kriminalvården att endast i de fall där en intagen omhändertagits på ett sådant sätt att det förhindrar andra myndigheters medverkan eller där stödinsatserna uteslutande har sin grund i Kriminalvårdens uppdrag anses det vara motiverat att göra avsteg från denna princip. I ärendet aktualiseras således Kriminalvårdens ansvar som vårdgivare och frågan om myndighetens organisation medförde några begränsningar i NN:s tillgång till hälso- och sjukvård.

Kriminalvårdens beslut om omplacering av NN

Av det placeringsunderlag som anstalten Kumla upprättade i maj 2018 framgår inte att NN hade matvägrat sedan en tid tillbaka. Underlaget lades till grund för placeringssektionens prövning och i omplaceringsbeslutet den 19 juni 2018, som innebär att NN skulle vara placerad i anstalten Saltvik, omnämns inte att han matvägrade. Utifrån den dokumentation som jag har haft tillgång till är det således inte möjligt att utläsa om placeringssektionen kände till denna viktiga omständighet och om den vägdes in i bedömningen.

³⁷ Se Declaration of Malta on Hunger Strikers, reviderad oktober 2017.

Av betydelse i sammanhanget är vidare att NN:s tillstånd med största sannolikhet hade försämrats under den dryga månad av matvägran som förlutit mellan anstalten Kumlas begäran om omplacering och det att han transporterades till anstalten Saltvik. Omplaceringen innebär dessutom att NN, som även hade en underliggande allvarlig sjukdom, flyttades från Kriminalvårdens enda anstalt med en omvårdnadsavdelning. Det framgår inte om placeringssektionen vägt in dessa förhållanden i sitt beslut. Det enda skäl som angetts för omplaceringen var att det bedömdes föreligga en förhöjd risk för fortsatt misskötsamhet och att en förflyttning till anstalten Saltvik bedömdes nödvändig för att ordningen och säkerheten skulle kunna upprätthållas. Av beslutet framgår vidare att lämplig sysselsättning kunde tillhandhållas och NN erbjudas placering i gemensamhet.

Det är enligt min mening allvarligt att Kriminalvården vid beslutet om omplaceringen inte tycks ha beaktat vare sig det förhållandet att NN matvägrade eller vad en omplacering skulle ha för inverkan på möjligheterna att ge honom en adekvat vård. Av handlingarna i ärendet står det vidare klart att NN transporterades från anstalten Kumla innan det hade fattats ett beslut om omplacering. Detta förhållande har inte närmare kommenterats av myndigheten. Enligt min mening är det djupt otillfredsställande att hanteringen av omplaceringen har skett i vad som måste beskrivas som en omvänd ordning, och att beslutsfattaren i praktiken endast bekräftade ett redan fullbordat faktum. Genom Kriminalvårdens agerande berövades NN möjligheten att begära en omprövning av beslutet innan det verkställdes.

Sammantaget är jag mycket kritisk till de brister i Kriminalvårdens hantering som jag här har uppmärksammat.

Tillsynen av NN

Kriminalvården bedriver viss hälso- och sjukvård och är att anse som vårdgivare i den mening som avses i hälso- och sjukvårdslagen. Av Kriminalvårdens yttrande framgår att sjuksköterskor i anstalten Saltvik träffade NN "minst" nio gånger från det att han ankom den 16 juni 2018 till dess han avled den 19 juli samma år. Därutöver träffade NN anstaltens läkare vid sju tillfällen. Tre av dessa besök genomfördes av en psykiater. Ansvaret för de dagliga kontakterna med NN låg på övrig kriminalvårdspersonal, dvs. personal som i regel saknar hälso- och sjukvårdsutbildning.

Frågor om Kriminalvårdens ansvar för intagna som matvägrar uppmärksammas redan under 1980-talet i vissa lagförarbeten.³⁸ Där framhölls bl.a. följande:³⁹

Men även om den första undersökningen visar att den [hunger]strejkande inte lider av en psykisk sjukdom eller därmed jämställd psykisk abnormitet, bör han

³⁸ Se prop. 1983/84:148 s. 19 ff.

³⁹ Se prop. s. 24.

uppenbarligen stå under fortsatt tillsyn av läkare. Det kan inte ankomma på kriminalvårdens personal att bedöma om och när överförande till sjukvård bör ske och medicinska åtgärder bör sättas in med anledning av strejken. Detta är frågor som uteslutande måste bedömas av läkare.

Det finns goda skäl för en sådan ordning och jag ställer mig bakom de redovisade förarbetsutalandena.

De anvisningar som lämnades av läkare och sjuksköterska i NN:s fall har tagits om hand genom att kriminalvårdspersonal i samband med den dagliga tillsynen för hand dokumenterade bl.a. NN:s väskintag. Dessa anteckningar sammanställdes veckovis och dokumenterades i KVR, med avsikt att hälso- och sjukvårdspersonalen skulle få del av dem. Den i flera avseenden bristfälliga dokumentationen i KVR gör det svårt att följa om och i så fall vilka instruktioner som sjukvården lämnat till kriminalvårdspersonal och när detta skett. Det leder till att en granskning i efterhand av händelseförloppet försvårats, vilket är otillfredsställande. Av handlingarna framgår att sjukvården inte blev kontaktad av kriminalvårdspersonal i samband med beslutet om kamerabevakning. Med hänsyn till den utsatta situation som NN befann sig i ifrågasätter jag starkt om det var rimligt att kamerabevakningen fick bli ett komplement till omvårdnadstillsynen.

Det som kommit fram tydliggör att det, som jag redan redovisat, inte är en godtagbar ordning att det enbart är personal utan hälso- och sjukvårdsutbildning som ansvarar för den dagliga kontakten med en intagen med vård- och omsorgsbehov. Detta gör sig naturligtvis särskilt gällande i förhållande till intagna med så omfattande behov som NN. En viktig aspekt är nämligen att de omvårdnadsinstruktioner som lämnas av sjukvården till övrig kriminalvårdspersonal måste vara baserade på aktuell information. Det förutsätter att kvalificerad sjukvårdspersonal löpande, dvs. dagligen, träffar den intagne för en bedömning av dennes hälsotillstånd och utifrån det gör en värdering av om beslutade insatser är tillräckliga eller om de bör förändras. En sådan ordning motsvarar bättre de ovan nämnda förarbetsutalandena rörande matvägrande intagna och ligger även i linje med de europeiska fängelsereglerna samt vad som rekommenderas i Maltadeklarationen om att en patients självbestämmande i samband med matvägran alltid måste respekteras, och att en läkare dagligen bör försäkra sig om en intagen vill fortsätta sin matvägran.

Jag noterar att anstalten Saltvik vid den aktuella tidpunkten inte hade några riktlinjer för hur personalen skulle ta om hand en intagen som matvägrar. Kriminalvården har i sitt remissyttrande hänvisat till att man höll på att ta fram myndighetsgemensamma riktlinjer för sådana situationer. Efter remissyttrandet har en översyn gjorts av myndighetens handbok för hälso- och sjukvård. Som framgått ovan har dock Kriminalvårdens arbete med myndighetsgemensamma riktlinjer för situationer där en intagen matvägrar ännu inte slutförts. Enligt min uppfattning behöver Kriminalvården i samband med det arbetet se över hur kontakterna mellan kriminalvårdspersonal och hälso- och sjukvård ska ske när intagna bedöms ha behov av omvårdnadstillsyn. Det är även nödvändigt att Kriminalvården beaktar den tidigare nämnda Maltadeklarationen och den

vägledning deklARATIONEN ger för hur enskilda ska bemötas vid matvägran under vistelse i en anstalt eller i ett häkte.

Kriminalvårdens bedömning av NN:s behov av sjukhusvård

När NN:s matvägran fortskred behövde Kriminalvården ta ställning till om han kunde ges nödvändig vård i anstalt eller om det fanns skäl att överföra honom till sjukhus.⁴⁰ En viktig fråga i det här sammanhanget är om det är möjligt att mot en intagens vilja föra denne från anstalten till en sjukvårdsinrättning, för en undersökning. Som redan nämnts är utgångspunkten för all hälso- och sjukvård att den ska tas emot på frivillig basis. En intagen får inte åläggas att underkasta sig behandling av medicinsk karaktär.⁴¹ Med sådan behandling avses såväl somatisk som psykiatrisk behandling. Medicinsk behandling av en intagen kan, liksom annars i samhället, alltså normalt endast ges på frivillig grund.⁴² I sammanhanget bör uppmärksammas att en persons matvägran under längre tid i sig kan ge upphov till sjukdomstillstånd som faller under den psykiatriska tvångsvårdslagsstiftningen. Frågan om i vilken utsträckning vårdinsatser i strid med patientens uttryckliga vilja i övrigt kan anses försvarliga är komplicerad. Beträffande angelägen kroppssjukvård av patienter som är föremål för psykiatrisk tvångsvård uttalas i förarbetena att samhället har åtagit sig ett särskilt ansvar för de personer som omhändertagits med tvång på en vårdinrättning, och att det därför inte bör råda någon tvekan om att livräddande åtgärder får vidtas mot patientens vilja.⁴³ För egen del vill jag framhålla att bedömningen även i dessa fall måste grundas på antaganden om bristande beslutsförmåga. Jag har således svårt att se att enbart det förhållandet att en person är frihetsberövad skulle påverka rätten till självbestämmande i fråga om medicinsk vård och behandling. Nödrätten är vidare avsedd att tillämpas endast i undantagsfall där hälsofaran är verkligt allvarlig och överhängande.

En central fråga i ärendet är vilken information som hälso- och sjukvården lämnade till kriminalvårdschefen när NN:s hälsotillstånd försämrades.⁴⁴ Som framgått ovan uttryckte NN ambivalens i förhållande till sjukhusvård. Enligt min mening är därför en anteckning som en sjuksköterska gjorde måndagen den 9 juli 2018 i patientjournalen problematisk. Av anteckningen framgår följande:

Klienten önskar prata med psykiatriker, säger sig ha svårt att särskilja vad som är verkligt och inte. Ut, hänvisar till psykiatrikerbedömning på onsdag. Ej aktuellt att köra klienten ut för bedömning idag som klienten har önskemål om r/t klienten inte ter sig vårdintygsmässig. Vid dagens undersökningstillfälle ter sig ändå klienten adekvat i det avseende att han kan hålla tråden i samtalet, kan återge vad som sagts vid tidigare bedömningar och när detta skett.

⁴⁰ 9 kap. 1 § fängelselagen.

⁴¹ 3 kap. 2 § tredje stycket fängelselagen.

⁴² Prop. 2009/10 s. 129.

⁴³ Prop. 1990/91:58 s. 257.

⁴⁴ 29 § fängelseförordningen (2010:2010).

Jag vill understryka att det endast är läkare som, efter egen undersökning av den intagne, kan göra en bedömning av om det finns skäl för ett vårdintyg enligt lagen om rättspsykiatrisk vård. Ett sådant intyg avser dock förutsättningarna för psykiatrisk vård utan samtycke och är inte avgörande för om en patient ska anses sakna förmåga att själv ta ställning till angelägen kroppssjukvård. Även bedömningar av den senare frågan, som kan ha betydelse för nödreglernas tillämplighet, bör dock i första hand göras av en läkare. Av detta skäl borde ansvarig beslutsfattare inom kriminalvården ha underrättats för ett ställningstagande till om NN skulle föras till sjukhus för bedömning eller om en läkare skulle tillkallas.

Under den månadslånga vistelsen i anstalten Saltvik besöktes NN som redan nämnts vid tre tillfällen av en psykiater. Den sista psykiatriska bedömningen av NN ägde rum den 11 juli 2018. Efter besöket skrev läkaren en anteckning i patientjournalen om NN:s hälsotillstånd. Anteckningen innehåller inte någon redovisning av nytilkommen information sedan den senaste bedömningen den 5 juli 2018. Vidare saknas uppgifter om NN:s fysiska och psykiska status samt resonemang om skäl för och emot ett eventuellt vårdintyg. Dessa brister gör att det i efterhand är svårt att förstå läkarens bedömning, och om Kriminalvården kunde tillgodose NN:s behov av vård och behandling. Det tyder på att det fanns en osäkerhet om hans hälsotillstånd vid denna tidpunkt vilket visar på brister i omhändertagandet av NN i den utsatta situation som han befann sig i.

Till hälso- och sjukvården räknas också sjuktransporter.⁴⁵ Urgångspunkten är således att en beslutskompetent patient kan tacka nej till exempelvis en ambulanstransport. När det gäller kriminalvårdens transporter för att fullgöra skyldigheten enligt fängelselagen att i vissa situationer föra en intagen till sjukhus, framskrå situationen dock inte som riktigt lika klar, bl.a. mot bakgrund av att myndigheten endast i vissa fall agerar som vårdgivare. Om en intagen inte kan undersökas eller behandlas på ett lämpligt sätt i anstalten, har myndigheten en lagstadgad skyldighet att anlita den allmänna sjukvården. I vissa fall kan personal från den allmänna hälso- och sjukvården komma till anstalten för en bedömning av vårdbehovet men om det behövs ska den intagne föras över till sjukhus. Sker transporten utan medverkan av hälso- och sjukvårdspersonal bör den enligt min mening inte betraktas som en sjuktransport i hälso- och sjukvårdslagens mening. Det skulle därmed vara först i samband med ankomsten till sjukvårdsinrättningen som den intagnes vilja att ta emot vård och behandling på frivillig basis kan bedömas. Även när det gäller intagnas möjligheter att tacka nej till en ambulanstransport kan kravet på frivillighet ibland få stå tillbaka, när det i en akut situation inte finns förutsättningar för att

⁴⁵ 2 kap. 1 § 2 HSL.

få till stånd en tillförlitlig bedömning av den intagnes beslutsförmåga. Jag vill därför framhålla att det inte är en nödvändig förutsättning att det finns ett vårdintyg för att en intagen ska kunna transporteras till en sjukvårdsinrättning mot hans eller henne vilja.

Utredningen visar att det kan uppkomma situationer där Kriminalvården bör överväga att föra en intagen till sjukhus om han eller hon inte kan undersökas eller behandlas på ett lämpligt sätt i anstalten, även om den intagne tidigare uttryckt att han eller hon inte samtycker till att ta emot vård vid en sjukvårdsinrättning.⁴⁶ Kriminalvården anför i sitt remissyttrande att om det uppkommer sådana situationer har myndigheten en skyldighet att överföra den intagne till sjukhus. Vidare uppger myndigheten att förutsättningarna för att göra en grundlig undersökning vid allvarliga tillstånd normalt får anses vara bättre vid en sjukvårdsinrättning än i en anstalt. Jag delar denna uppfattning och enligt min mening borde sjukvårdspersonalen självständigt ha bedömt om NN:s vårdbehov under hälso- och sjukvårdslagarna kunde tillgodoses hos Kriminalvården samt meddelat sin bedömning till behörig kriminalvårdschef.⁴⁷

Sammantaget framstår det som att Kriminalvården förhållit sig alltför passiv i förhållande till vilka åtgärder som var möjliga och rimliga att vidta. Enligt min mening skulle det ha varit en högst rimlig åtgärd att snarast överföra NN till sjukhus för undersökning och behandling när han själv uttryckte en sådan önskan och hans allmäntillstånd var allvarligt nedsatt på grund av långvarig matvägran. Även om NN inte samtyckte till en transport anser jag att en sådan ändå skulle ha kunnat genomföras om han inte kunde undersökas eller behandlas på ett lämpligt sätt i anstalten och därför behövde föras till sjukhus för att få en kvalificerad bedömning av sitt hälsotillstånd och sin beslutsförmåga. I båda fallen skulle NN ha fått tillgång till relevant information samt möjlighet att i sjukhusmiljö uttrycka sin inställning till vård och behandling av sin sjukdom och matvägran. Slutligen uppmanar jag Kriminalvården att säkerställa att det finns tillräckliga rutiner och förutsättningar för samverkan mellan hälso- och sjukvårdspersonalen och kriminalvårdspersonal beträffande intagna i behov av hälso- och sjukvård.

Kriminalvårdens inställning till den intagnes vilja om att inte ges HLR
Som framgått ovan bör utgångspunkten enligt min mening vara att en frihetsberövad som matvägrar liksom andra människor som bedöms beslutskapabla anses ha rätt att vägra att ta emot vård och behandling. Det är en uppfattning som överensstämmer med vad som anges i såväl hälso- och sjukvårdslagsiftningen som fängelselagen om bl.a. att patientens rätt till

⁴⁶ 9 kap. 1 § fängelselagen.

⁴⁷ 29 § fängelseseförordningen.

självbestämmande och integritet ska respekteras samt att hälso- och sjukvård normalt inte får ges utan patientens samtycke.⁴⁸

Av handlingarna framgår att anstaltschefen den 21 juni 2018 beslutade att HLR skulle inledas när en akut situation uppstod. Eftersom läkaren vid den tidpunkten gjorde bedömningen att det inte fanns förutsättningar för ett vårdintyg och det inte heller i övrigt kom fram några uppgifter om att NN inte var beslutskompetent, har jag svårt att se att anstaltschefens beslut var riktigt. Enligt min mening borde anstaltschefen ha respekterat den vilja som NN gav uttryck för i sina kontakter med läkare, om att inte ta emot HLR. Anstaltschefen borde dock ha säkerställt att kvalificerad hälso- och sjukvårdspersonal gjorde dagliga bedömningar av NN:s mående för att löpande kunna bedöma om NN kunde behandlas i anstalten eller om det fanns behov att föra honom till sjukhus. Jag är även i detta avseende mycket kritisk till Kriminalvården hantering av NN:s tillgång till hälso- och sjukvård.

Placeringen i avskildhet

En intagen får, om det är lämpligt, på egen begäran hållas avskild från andra intagna.⁴⁹ Vid alla beslut om avskildhet ska en intresseavvägning göras utifrån proportionalitetsprincipen i 1 kap. 6 § fängelselagen eftersom det handlar om en tvångs- och kontrollåtgärd. Kriminalvården ska göra en samlad bedömning i varje enskilt fall och avgöra om den intagens begäran ska medges.

Kriminalvården medgav NN:s begäran om att han skulle placeras i avskildhet och han vistades huvudsakligen i en vanlig cell på avskildhetsavdelningen. Jag noterar dock att han under en 14-dagarsperiod var placerad i en s.k. sterilcell, inredd endast med en säng. Under vistelsen i anstalten Saltvik nekade han vid något tillfälle att överföras till sjukcell. Av KVR framgår vidare att NN endast vid ett fåtal tillfällen vistades utomhus. Under övrig tid befann han sig i sin cell.

En placering i avskildhet innebär en stor risk för att en intagen blir isolerad. Enligt vad som framkommit har de isoleringsbrytande åtgärder som NN åtnjutit under vistelsen i anstalten Saltvik varit mycket få. Jag har tidigare uttalat att Kriminalvården ska arbeta mot att försöka bryta isoleringen av en intagen för att i förlängningen kunna avsluta avskiljandet. NN träffade läkare vid sju tillfällen under den dryga månad som han vistades i anstalten Saltvik och sjuksköterska vid ca nio tillfällen. Enligt min uppfattning var sjukvården inte i tillräckligt hög grad delaktig i omvårdnaden av NN, t.ex. genom att dagligen besöka honom. Jag noterar att det i Kriminalvårdens hälso- och sjukvårdshandbok finns en hänvisning till de europeiska fängelsereglerna och att vikten av dagliga besök

⁴⁸ 4 kap. 1 och 2 §§ patientlagen och 3 kap. 2 § tredje stycket fängelselagen.

⁴⁹ 6 kap. 4 § första stycket fängelselagen.

hos avskilda intagna framhålls.⁵⁰ Min uppfattning är dock att det finns skäl för Kriminalvården att överväga om inte ytterligare åtgärder krävs, t.ex. en reglering av frågan i myndighetens föreskrifter.

Brist på informationsöverföring rörande intag av näring

Den dokumentation som jag tagit del av belyser att det kan uppstå riskfyllda situationer vid brist på informationsöverföring mellan sjukvårds- och kriminalvårdspersonal. Det framgår visserligen av anteckningarna i patientjournalen att hälso- och sjukvårdspersonal vid några tillfällen lämnade omvårdnadsinstruktioner till kriminalvårdspersonalen. Av sjukjournalen framgår att en läkare hade rekommenderat näringsdryck om NN skulle avbryta sin matvägran. Det går dock inte att utläsa av handlingarna om kriminalvårdspersonalen fått några instruktioner om lämplig kost för det fall NN upphörde med sin matvägran. Mot bakgrund av kriminalvårdspersonalens agerande, när den vid ett tillfälle under den senare delen av NN:s matvägran serverade honom kyckling och pasta, kan jag inte dra någon annan slutsats än att läkarens rekommendation inte var känd för dem. Enligt min mening visar det inträffade på ett behov av att Kriminalvården säkerställer att det finns centrala riktlinjer och rutiner för hur informationsöverföring mellan hälso- och sjukvårdspersonal och kriminalvårdspersonal ska ske.⁵¹

Beslutet om transport till sjukhus

Som jag redovisat ovan framgår av patientjournalen att en läkare efter ett besök hos NN den 5 juli 2018 på nytt upplyst honom om att han skulle skjutas till sjukhus om han blev frånvarande, svarslös, medvetandesänkt eller liknande. Vidare antecknades att personalen då skulle kontakta ambulans för ”vidare medicinskt omhändertagande efter för vad som stunden bedömes indicerat och möjligt”.

En sjuksköterska var på plats i anstalten när kriminalvårdspersonal den 19 juli 2018 uppmärksammade att NN var sämre och hade trycksår. Vid en undersökning kl. 11.10. konstaterade sjuksköterskan att NN:s hälsotillstånd kraftigt hade försämrats men att han vägrade bli undersökt. Kriminalvården beslutade då att NN skulle föras till akutmottagningen mellan kl. 14 och 21. Beslutet motiverades med att han bedömdes vara i behov av hälso- och sjukvård samt att detta behov inte kunde tillgodoses i anstalten. Av beslutet framgår att NN skulle ha fängsel och övervakas av tre kriminalvårdare.

NN avled ensam i sin cell tre timmar efter att det hade uppmärksammats att hans hälsotillstånd allvarligt försämrats.

⁵⁰ Kriminalvårdens handbok och ledningssystem för hälso- och sjukvård inom Kriminalvården, 2020:1, s. 34.

⁵¹ Se JO:s beslut med dnr 5243-2018.

Jag kan konstatera att det trots att det finns anteckningar av läkare om hur sjukvårdspersonal skulle agera vid en akut situation är det tydligt att det funnits brister i kommunikationen mellan sjukvården, kriminalvårdspersonalen och ledningen för anstalten. Det går inte att utläsa i KVR om anstalten haft en tydlig planering för hur man skulle agera när NN allvarligt försämrades.

Kriminalvården beslutade om egen transport av NN i stället för att tillkalla ambulans. Det framgår inte av patientjournalen hur akut behovet av sjukhusvård ansågs vara. Trots det torde det varit uppenbart att NN, efter drygt 60 dagars matvägran, i detta skede inte hade lång tid kvar att leva. Jag ställer mig därför frågande till att Kriminalvården inte omedelbart tillkallade ambulans.

Eftersom Kriminalvården beslutade om en egen transport vill jag hänvisa till att jag tidigare kritiserat myndigheten för att riskbedömningar inför transporter inte i tillräcklig utsträckning har skett utifrån individuella och aktuella faktorer, utan snarare grundats på standardiserade säkerhetsbedömningar. I detta fall var det fråga om en akut transport av en svårt sjuk person. Trots detta har Kriminalvården uppgett att det fanns en risk för fritagning, och att det därför fanns ett behov av att NN skulle beläggas med fängsel. Det säger sig självt att det tar längre tid att ordna en sådan transport än att ringa efter en ambulans via 112. Jag vill därför återigen understryka att Kriminalvården måste säkerställa att riskbedömningarna blir mer individualiserade och att säkerhetsarrangemangen vid transporter och utevistelser anpassas efter den intagnes aktuella tillstånd och situation.⁵²

Myndigheten behöver ta denna uppgift på allvar då det är avgörande för att säkerställa att en skynsam och individuell prövning äger rum när det uppstår ett akut behov av transport till sjukhus. I detta fall borde det enligt min mening ha funnits en beredskap och tydligare planering för hur NN skulle tas omhand vid en allvarlig försämring. När Kriminalvården inte lyckades ordna med en snabb transport ledde det till att NN fick avlidna ensam i en cell. Jag är mycket kritisk till hur myndigheten hanterade den uppkomna situationen och förutsätter att Kriminalvården, om inte så redan skett, åtgärdar de brister som jag här påtalat.

Ärendet avslutas.

⁵² JO 2017/18 s. 131.

BESLUT

Datum
2021-09-21

Sid
1 (28)

Innehållsförteckning

1. Initiativet.....	4
2. Utredning.....	4
2.1 Inspektion av BUP Haldygnsvård i Stockholm.....	4
2.2 Inspektion av BUP Haldygnsvård i Malmö.....	5
2.3 Fortsatt utredning.....	5
3. Rättslig reglering	5
3.1 Vissa grundläggande bestämmelser.....	5
3.2 Allmänt om frivillig hälso- och sjukvård.....	6
3.3 Vårdnadshavares rättigheter och skyldigheter.....	7
3.4 Psykiatrisk tvångsvård.....	8
3.5 Journalföring.....	10
3.6 Brottsbalkens nödbestämmelse.....	10
4. Bedömning.....	11
4.1 Allmänna utgångspunkter.....	11
4.2 Barns rättsliga ställning i hälso- och sjukvården.....	12
4.2.1 Förhållandet mellan barnets vilja och vårdnadshavarens inställning.....	12
4.2.2 Generella möjligheter till vård utan samtycke.....	13
4.2.3 Tvång som utövas av vårdnadshavare eller med vårdnadshavarens samtycke	14
4.2.4 Barn och LPT.....	15
4.2.5 Särskilt om vårdnadshavarnas delaktighet.....	17
4.2.6 Slutatsar i denna del	18
4.3 Tillförsel av läkemedel och näring med stöd av tvångslagstiftningen.....	19
4.3.1 Åstörning som en allvarlig psykisk störning	19
4.3.2 Allmänna förutsättningar för behandling utan samtycke enligt 17 § LPT	19
4.3.3 Tillförsel av näring och vätska med stöd av 17 § tredje stycket LPT	20
4.3.4 Tillvägagångssätt vid tillförsel av näring och läkemedel via sond mot patientens vilja.....	22
4.3.5 Särskilt om fastspänning och fasthållning i LPT	22
4.3.6 Förhållandet mellan 17 § LPT och nödrätten	24
4.3.7 Dokumentation och rapportering.....	25
4.3.8 Slutatsar i denna del	25
4.4 Det enskilda fallet.....	26

Uttalanden i vissa frågor om tvångsanvändning vid psykiatrisk heldygnsvård av underåriga patienter

Beslutet i korthet: ChefsJO har inom ramen för ett initiativående granskat vissa frågor som rör barns rättsliga ställning inom den psykiatriska heldygnsvården. I beslutet uppmärksammar chefsJO att det finns oklarheter i flera centrala avseenden när det gäller behandlingen av dessa barn, bl. a. i fråga om barnets egen inställning i förhållande till vårdnadshavarnas ansvar för barnets hälso- och sjukvård, i vilka situationer det behövs ett beslut om vård enligt lagen om psykiatrisk tvångsvård (LPT) för att vård ett barn mot dess vilja och de närmare förutsättningarna för att ge barnet behandling utan samtycke med stöd av 17 § LPT. ChefsJO konstaterar också att det inte är närmare reglerat vilket tvång som vårdpersonalen har rätt att använda för att få till stånd en behandling utan samtycke enligt 17 § tredje stycket LPT och att det rättsliga stödet för det tvång som faktiskt används inom tvångsvården i dag kan ifrågasättas. Detta är enligt chefsJO djupt otillfredsställande.

Vidare uttalar chefsJO att det från ett rättssäkerhetsperspektiv givetvis är angeläget att hälso- och sjukvårdslagstiftningen är tydlig och tillämpas enhetligt över hela landet. Det är särskilt viktigt med tydliga regler och vägledande förarbetsuttalanden i de fall där ingripande beslut, om exempelvis behandling utan samtycke eller rent av med hjälp av fysiskt tvång, inte kan överklagas och ytterligare ledning inte går att få genom rättspraxis på området. ChefsJO uttalar att konsekvenserna av den knapphändiga regleringen av barns rättsliga ställning inom hälso- och sjukvården blir att bedömningen av svåra frågor om grundläggande rättigheter överläts till sjukvårdspersonalen, vilket är mycket otillfredsställande.

Sammantaget konstaterar chefsJO att det finns behov av ytterligare klargöranden när det gäller förutsättningarna för vård och behandling av barn inom hälso- och sjukvården oberoende av barnets och vårdnadshavarnas vilja. Regeringen har nyligen gett en särskild utredare i uppdrag att se över vissa frågor enligt bl. a. LPT. Utredningen omfattar dock enligt direktiven endast vissa av de frågor som berörs i detta ärende. ChefsJO finner därför anledning att uppmärksamma regeringen på behovet av en översyn av lagstiftningen som på ett mer fullständigt sätt kan komma till rätta med de brister som berörs.

4.5 Avslutande synpunkter	27
Bilaga	
Socialstyrelsens yttrande	1
Inspektionen för vård och omsorgs (IVO) yttrande	9
Styrelsen för Stockholms läns sjukvårdsområdes (SLSO) yttrande	16
Regionstyrelsen för Region Skånes yttrande	19

1. Initiativet

Den 15–19 juni 2017 genomförde JO:s Opcat-enhet en inspektion av barn- och ungdomspsykiatri, BUP, i Stockholm (BUP Haldygnsvård) inom Stockholms läns sjukvårdsområde (SLSO), Region Stockholm (JO:s ärende med dnr 3816-2017). Efter inspektionen hämtades vissa handlingar in och granskades. I protokollet beslutade jag att öppna ett särskilt initiativärende med anledning av vad som kommit fram vid inspektionen om förhållandena för en underårig patient som mot sin vilja tillfördes näring och läkemedel via sond.

2. Utredning

2.1 Inspektion av BUP Haldygnsvård i Stockholm

I protokollet från inspektionen av BUP Haldygnsvård i Stockholm antecknades under rubriken Tvångsåtgärder bl.a. följande:

Särskilt om en patient som mot sin vilja tillfördes näring och medicin via en sond

Av rutinen Lokala rutiner för omvårdnad av barn och ungdomar vid sondning med tvång (Barn och ungdomspsykiatriska kliniken Stockholm. 2010-07-07, tillägg 2014-12-15) framgår: "En patient som vårdas med LPT får enligt Socialstyrelsen endast sondas med tvång vid livshotande tillstånd". Vidare framgår det att ett beslut om sondning med tvång ska fattas inför varje tillfälle, och alltså inte kan utföras enligt en stående ordination.

En LPT-patient var sedan några veckor före inspektionen intagen för att hon gradvis hade slutat att äta och dricka. En överläkare uppgav att patienten borde behandlas inom den somatiska vården, men hon blir inte mottagen där. Patienten hade ännu inte fått någon psykiatrisk diagnos. Några av de läkare som kunde fatta ett beslut om att använda sond hade, med stöd av rutinen, inledningsvis inte velat göra det med hänvisning till att det vid tillfället inte förelåg ett livshotande tillstånd för patienten. Efter påtryckning av patientens föräldrar fick patienten nu, mot sin vilja, näring, vatten och medicin via en sond två gånger per dygn. Varje sondtillfälle tog ca 15 minuter och fem anställda deltog.

Personal framhöll att det har varit frustrerande för dem att läkarna inledningsvis hade olika uppfattning vad gäller användningen av sond på patienten, och att det dröjde innan de fick besked om de inte får tvinga patienten upp ur sängen mot hennes vilja.

I samband med en avslutande genomgång gavs representanter för kliniken möjlighet att kommentera de iakttagelser som gjorts vid inspektionen. Under rubriken Frågor med anledning av att tvångsåtgärder vidtas antecknades bl.a. följande:

Särskilt om en patient som mot sin vilja tillfördes näring och medicin via en sond

Ledningen uppgav att det enligt rutinen krävs ett livshotande tillstånd för att ett vårdintyg ska kunna utfärdas i syfte att inleda en behandling som omfattar användning av sond med tvång. Det anges i rutinen att det krävs att det föreligger vitalindikation inför varje sondtillfälle. För den aktuella patienten har kliniken dock gjort en vid tolkning som innebär att det inte behövs föreliggande ett livshotande tillstånd varje gång.

2.2 Inspektion av BUP Haldygnsvård i Malmö

Den 9-11 april 2019 genomförde jag och mina medarbetare en inspektion av BUP Haldygnsvård i Malmö inom Region Skåne (JO:s ärende med dnr 1559-2019). Frågor om behandling av underåriga patienter med ätstörningar uppkom även vid den inspektionen, bl.a. om tillförsel av näring via sond som utförs mot patienters vilja. I protokollet från inspektionen antecknades under rubriken Tvångsåtgärder bl.a. följande:

Användning av tvångsåtgärder vid kliniken

Vid det avslutande mötet uppgav företrädarna för kliniken bl.a. följande: Behandling av unga patienter med ätstörningsproblematik väcker svåra frågor för personalen, bl.a. från vilken ålder vård enligt LPT kan bli aktuell och vilka åtgärder en vårdnadshavare kan godkänna för barnets räkning. När det gäller tillförsel av näring via sond som genomförs utan patientens samtycke, exempelvis genom fasthållning, är det normalt bestämmelsen i 17 § tredje stycket LPT om nödvändig behandling som tillämpas. När det gäller avskiljande så händer det att kliniken stänger ner en avdelning och låter en patient vistas ensam där med personal. Det bedöms i så fall som avskiljande och ett formellt beslut fattas.

2.3 Fortsatt utredning

Rutindokument Tvångssondning med stöd av LPT, som gäller från den 1 februari 2018, hämtades in från BUP Stockholm (regnr RUT-15778-v.1.0).

Vissa handlingar rörande den patient (AA) som tillfördes läkemedel och näring mot sin vilja hos BUP Stockholm begärdes även in från Förvaltningsrätten i Stockholm och Inspektionen för vård och omsorg (IVO). Av handlingarna framgick bl.a. att AA:s behandling hos BUP Stockholm var föremål för utredning hos IVO.

IVO fattade beslut den 14 maj 2019 i ärendet som gäller AA.

En promemoria med de iakttagelser som JO hade gjort upprättades i ärendet. Socialstyrelsen, IVO, Styrelsen för SLSO och Regionstyrelsen för Region Skåne uppmärksades därefter att yttra sig över denna promemoria med ett antal särskilda frågeställningar.

JO:s sammanställning av remissvaren återfinns i en bilaga till beslutet. De särskilda frågeställningarna framgår av respektive yttrande.

Under handläggningen av ärendet kom en överläkare, BB, in med ett yttrande till JO tillsammans med en PM om heldygnsvård av anorexi-patienter som varit i bruk vid BUP Haldygnsvård i Malmö inom Region Skåne.

3. Rättslig reglering

3.1 Vissa grundläggande bestämmelser

Den offentliga makten ska enligt regeringsformen (RF) utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet (1 kap. 2 §). Var och en är mot det allmänna skyddad mot bl.a. påtvingat

kroppsligt ingrepp och frihetsberövanden (2 kap. 6 och 8 §§ RF). Dessa grundläggande fri- och rättigheter kan endast begränsas genom lag och då bara i syfte att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle (2 kap. 20 och 21 §§ RF).

I den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) anges bl.a. att envars rätt till liv ska skyddas genom lag (artikel 2.1). Där föreskrivs emellertid också att ingen får utsättas för omänsklig eller föredrande behandling eller bestraffning (artikel 3) samt att var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv (artikel 8.1).

FN:s konvention om barnets rättigheter (Barnkonventionen) blev svensk lag den 1 januari 2020 (se lagen [2018:1197] om FN:s konvention om barnets rättigheter). Som barn räknas enligt konventionens första artikel varje människa under 18 år. Som en övergripande princip gäller enligt artikel 3 att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ. I konventionen erkänner konventionsstaterna vidare barnets rätt till bl.a. liv och utveckling (artikel 6), att få uttrycka sina åsikter i frågor som rör barnet självt och att få dem beaktade, i förhållande till ålder och mognad (artikel 12), skydd för sitt privatliv (artikel 16), skydd mot alla former av fysisk och psykisk misshandel, övergrepp eller vanvård (artikel 19) samt bästa möjliga hälsa och tillgång till hälso- och sjukvård och rehabilitering (artikel 24). Rättigheterna ska tillförsäkras varje barn utan åtskillnad (artikel 2.1).

3.2 Allmänt om frivillig hälso- och sjukvård

Enligt hälso- och sjukvårdslagen (2017:30), HSL, ska vården ges med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans värdighet. Den som har det största behovet av hälso- och sjukvård ska ges företräde till vården (3 kap. 1 § andra stycket HSL). En utgångspunkt är att vården ska vara frivillig och genomföras i samråd med den som är i behov av vård. Hälso- och sjukvårdsverksamhet ska bedrivas så att kraven på en god vård uppfylls, vilket bl.a. innebär att vården särskilt ska bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet (5 kap. 1 § 3 HSL). Vården ska ha en medmänsklig och förstående inriktning och genomföras i samråd med patienten. Eftersom vården är helt frivillig kan en patient motsätta sig att en viss vårdåtgärd vidtas (prop. 1984/85:181 s. 96).

En motsvarande bestämmelse om patientens självbestämmande och integritet finns i 4 kap. 1 § patientlagen (2014:821). I patientlagen slås även fast att hälso- och sjukvård inte får ges utan patientens samtycke om inte annat följer av lag. Ett samtycke kan lämnas skriftligen, muntligen eller genom att patienten på annat sätt visar att han eller hon samtycker till den aktuella åtgärden (4 kap. 2 § patientlagen). När patienten är ett barn ska barnets inställning till den

aktuella vården eller behandlingen så långt som möjligt klargöras. Barnets insällning ska tillmätas betydelse i förhållande till hans eller hennes ålder och mognad (4 kap. 3 § patientlagen). Patienten ska få den hälso- och sjukvård som behövs för att avvärja fara som akut och allvarligt hotar patientens liv eller hälsa, även om hans eller hennes vilja på grund av medvetlöshet eller av någon annan orsak inte kan utredas (4 kap. 4 § patientlagen). När hälso- och sjukvård ges till barn ska barnets bästa särskilt beaktas (1 kap. 8 § patientlagen och 5 kap. 6 § HSL).

I patientlagen finns även bestämmelser om patientens rätt till information och delaktighet. Där anges bl.a. att patienten ska få information om sitt hälsotillstånd samt om möjligheten att välja behandlingsalternativ och att få en ny medicinsk bedömning (se 3 kap. 1 och 2 §§). När patienten är ett barn ska även barnets vårdnadshavare få den informationen (3 kap. 3 §). Vidare anges att hälso- och sjukvården så långt som möjligt utformas och genomförs i samråd med patienten (5 kap. 1 §) och att patientens närstående ska få möjlighet att medverka vid utformningen och genomförandet av vården, om det är lämpligt och om bestämmelser om sekretess eller tystnadsplikt inte hindrar detta (5 kap. 3 §).

3.3 Vårdnadshavares rättigheter och skyldigheter

Vårdnadshavares ansvar för sina barn regleras i 6 kap. föräldrabalken. Där anges bl.a. att vårdnadshavaren ska se till att barnets behov av omvårdnad, trygghet och en god fostran blir tillgodosedda (1 och 2 §§). Vidare anges att ett barns vårdnadshavare har rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter (6 kap. 11 §). Vårdnadshavaren ska därvid i takt med barnets stigande ålder och utveckling ta allt större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål. Står barnet under vårdnad av två vårdnadshavare, ska vad som sägs i bl.a. 11 § gälla dem tillsammans (6 kap. 13 § första stycket). Står barnet under vårdnad av två vårdnadshavare och samtycker endast den ena till en åtgärd till stöd för barnet, får socialnämnden besluta att åtgärden får vidtas utan den andra vårdnadshavarens samtycke om det krävs med hänsyn till barnets bästa och åtgärden gäller bl.a. psykiatrisk eller psykologisk utredning eller behandling som omfattas av hälso- och sjukvårdslagen (6 kap. 13 a § första stycket 1).

I barnkonventionen anges att konventionsstaterna ska respektera det ansvar och de rättigheter och skyldigheter som tillkommer barnets föräldrar eller annan vårdnadshavare att på ett sätt som står i överensstämmelse med den fortlöpande utvecklingen av barnets förmåga ge lämplig ledning och råd då barnet utövar de rättigheter som erkänns i barnkonventionen (artikel 5). Vidare anges att barnets föräldrar eller andra vårdnadshavare gemensamt har huvudansvaret för barnets uppföstran och utveckling, med statens stöd (artikel 18). Det är dock konventionsstaterna som ytterst ansvarar för att barns rättigheter förverkligas, och staterna ska därför vidta alla lämpliga lagstiftningsåtgärder och administrativa åtgärder (se artikel 3.1 och 18.1).

Det är ytterst de kommunala socialnämnderna som ansvarar för att barn växer upp under goda och trygga förhållanden. Socialnämnderna har dels ett särskilt ansvar för barn och unga enligt socialtjänstlagen (2001:453), dels en möjlighet att omhänderta barn som far illa enligt lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU). Enligt LVU ska vård bl.a. beslutas om det på grund av fysisk eller psykisk misshandel, otillbörligt utnyttjande, brister i omsorgen eller något annat förhållande i hemmet finns en påtaglig risk för att den unges hälsa eller utveckling skadas (2 §).

Hälso- och sjukvårdspersonalen är skyldig att genast anmäla till socialnämnden om de i sin verksamhet får kännedom om eller misstänker att ett barn far illa (14 kap. 1 § socialtjänstlagen, och jfr 10 kap. 28 § offentlighets- och sekretesslagen [2009:400], OSL).

Enligt 12 kap. 3 § OSL gäller sekretess till skydd för en enskild, om den enskilde är underårig, även i förhållande till dennes vårdnadshavare. Sekretessen gäller dock inte i förhållande till vårdnadshavaren i den utsträckning denne enligt 6 kap. 11 § föräldrabalken har rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör den underåriges personliga angelägenheter, såvida inte det kan antas att den underårige lider betydande men om uppgiften röjs för vårdnadshavaren, eller det annars anges i offentlighets- och sekretesslagen. Om sekretess inte gäller i förhållande till vårdnadshavaren förfogar denne enligt 2 § ensam eller, beroende på den underåriges ålder och mognad, tillsammans med den underårige över sekretessen till skydd för den underårige.

3.4 Psykiatrisk tvångsvård

I 1 § lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, LPT, anges att föreskrifterna i hälso- och sjukvårdslagen och patientlagen gäller all psykiatrisk vård samt att kompletterande föreskrifter om psykiatrisk vård som är förenad med frihetsberövande och annat tvång (tvångsvård) ges i denna lag.

Av 2 § framgår att tvångsvård enligt LPT ges som sluten psykiatrisk tvångsvård eller, efter sådan vård, som öppen psykiatrisk tvångsvård. Vård som ges när patienten är intagen på en sjukvårdsinrättning benämns sluten psykiatrisk tvångsvård. Annan vård enligt LPT benämns öppen psykiatrisk tvångsvård. Enligt bestämmelsens andra stycke ska tvångsvården syfta till att sätta patienten i stånd att frivilligt medverka till nödvändig vård och ta emot det stöd som han eller hon behöver.

Tvångsåtgärder vid vård enligt LPT får endast användas om de står i rimlig proportion till syftet med åtgärden (2 a § LPT). Är mindre ingripande åtgärder tillräckliga, ska de användas. Tvång ska utövas så skonsamt som möjligt och med största möjliga hänsyn till patienten.

Tvångsåtgärder i syfte att genomföra vården får användas endast om patienten inte genom en individuellt anpassad information kan förmås att frivilligt

medverka till vård (2 b § LPT). De får inte användas i större omfattning än vad som är nödvändigt för att förstå patienten till detta.

Enligt 3 § LPT får tvångsvård endast ges om patienten lider av en allvarlig psykisk störning och på grund av sitt psykiska tillstånd och sina personliga förhållanden i övrigt har ett oundgängligt behov av psykiatrisk vård, som inte kan tillgodoses på annat sätt än genom att patienten är intagen på en sjukvårdsinrättning för kvalificerad psykiatrisk dygnetruntvård (sluten psykiatrisk tvångsvård), eller behöver iakta särskilda villkor för att kunna ges nödvändig psykiatrisk vård (öppen psykiatrisk tvångsvård). En förutsättning för vård enligt LPT är att patienten motsätter sig sådan vård, eller det till följd av patientens psykiska tillstånd finns grundad anledning att anta att vården inte kan ges med hans eller hennes samtycke.

I 17 § LPT föreskrivs att i fråga om behandlingen under vårdtiden ska samråd äga rum med patienten när det kan ske. Samråd ska ske också med patientens närstående, om det inte är olämpligt. Behandlingsåtgärderna ska anpassas till vad som krävs för att uppnå syftet med tvångsvården enligt 2 § andra stycket. Om det är nödvändigt får patienten, efter chefsöverläkarens beslut, ges behandling utan samtycke.

En patient får enligt 18 § LPT hindras att lämna vårdinrättningens område eller den del av inrättningen där han ska vistas. Om andra åtgärder inte är tillräckliga, får det tvång användas som är nödvändigt för att hindra patienten att lämna vårdinrättningens område eller den del av inrättningen där denne ska vistas, för att upprätthålla ordningen på vårdinrättningen eller för att tillgodose säkerheten i vården.

Chefsöverläkaren ska, så snart patientens tillstånd tillåter det, se till att patienten erbjuds ett uppföljningssamtal efter genomförd tvångsåtgärd (18 a § LPT).

I 19 § första stycket LPT föreskrivs att om det finns en omedelbar fara för att en patient allvarligt skadar sig själv eller någon annan, får patienten kortvarigt spännas fast med bälte eller liknande anordning. Hälso- och sjukvårdspersonal ska vara närvarande under den tid patienten hålls fastspänd. Om det finns synnerliga skäl, får det enligt andra stycket beslutas att patienten ska hållas fastspänd längre än som anges i första stycket. Chefsöverläkaren beslutar om fastspänning. IVO ska utan dröjsmål underrättas om beslut enligt andra stycket.

Sedan den 1 juli 2020 finns en särskild bestämmelse i 19 a § LPT som gäller fastspänning av barn. I bestämmelsen föreskrivs att om det finns en omedelbar fara för att en patient som är under 18 år lider allvarlig skada och det är uppenbart att andra åtgärder inte är tillräckliga får patienten spännas fast med bälte. Ett beslut om fastspänning fattas av chefsöverläkaren. Beslutet gäller högst en timme. Tiden för fastspänningen får förlängas genom nya beslut som gäller under högst en timme i taget. Hälso- och sjukvårdspersonal ska vara närvarande under den tid patienten hålls fastspänd. IVO ska utan dröjsmål

underrättas om patienten hålls fastspänd under en sammanhängande tid som överstiger en timme. Det har även införts en ny bestämmelse i 22 c § LPT som anger att om en patient som är under 18 år har blivit föremål för någon eller några tvångsåtgärder i form av fastspänning, avskiljning eller inskränkning i sin rätt att använda elektroniska kommunikationsjänster vid minst tre tillfällen under vårdperioden, ska IVO underrättas om dessa åtgärder.

Chefsöverläkarens beslut om intagning för tvångsvård och vissa andra beslut enligt LPT får överklagas till allmän förvaltningsdomstol (se 32 och 33 §§ LPT). Beslut om behandling utan samtycke och om tvångsåtgärder enligt bl.a. 18, 19 och 19 a §§ LPT får dock inte överklagas.

I ett mål enligt LPT ska förvaltningsrätten hålla muntlig förhandling, om det inte är uppenbart obehövligt (36 §) och patienten har i många mål rätt till ett offentligt biträde (38 a §). Om patienten har fyllt 15 år, har han rätt att själv föra sin talan i mål och ärenden enligt LPT (44 §). En patient som är yngre bör höras, om det kan vara till nytta för utredningen och det kan antas att patienten inte tar skada av att höras.

3.5 Journalföring

En patientjournal ska innehålla de uppgifter som behövs för en god och säker vård av patienten, bl.a. väsentliga uppgifter om vidtagna och planerade åtgärder, uppgift om den information som lämnats till patienten, dennes vårdnadshavare och övriga närstående och om de ställningstaganden som gjorts i fråga om val av behandlingsalternativ och om möjligheten till en ny medicinsk bedömning samt uppgift om att en patient har beslutat att avstå från viss vård eller behandling (3 kap. 6 § patientdatalagen [2008:355]).

Av Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (HSLF-FS 2016:40) om journalföring och behandling av personuppgifter i hälso- och sjukvården framgår bl.a. att vårdgivaren ska säkerställa att en patientjournal, i förekommande fall, innehåller uppgifter om aktuellt hälsotillstånd och medicinska bedömningar, utredande och behandlande åtgärder samt bakgrunden till dessa, samtycken och återkallade samtycken samt patientens önskemål om vård och behandling (5 kap. 5 §).

3.6 Brottsbalkens nödbestämmelse

I brottsbalkens 24 kap. finns regler om grunder för ansvarsfrihet. Där föreskrivs bl.a. att en gärning som någon begår i nöd utgör brott endast om den med hänsyn till farans beskaffenhet, den skada som åsamkas aman och omständigheterna i övrigt är oförsvarlig (24 kap. 4 §). Nöd föreligger när fara hotar liv, hälsa, egendom eller något annat viktigt av rättsordningen skyddat intresse.

4. Bedömning

4.1 Allmänna utgångspunkter

Utgångspunkten i hälso- och sjukvården är att verksamheten ska bygga på respekt för patientens självbestämmande och integritet. Det innebär att patienten, även om patienten är ett barn, som huvudregel ska ge sitt informerade samtycke till vård och behandling (se 4 kap. 1–4 §§ patientlagen). Samtidigt har ett barns vårdnadshavare långgående befogenheter att bestämma över barnet, bl.a. i fråga om vilka vårdande och stödjande insatser barnet ska få från hälso- och sjukvården (se 6 kap. 11 och 13 §§ föräldrabalken och prop. 2011/12:53 s. 12 f. och 15). Under vissa förhållanden kan också långgående inskränkningar av enskildas grundläggande fri- och rättigheter medges med stöd av LPT, bl.a. när det gäller skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp och frihetsberövande.

Barnets bästa ska särskilt beaktas när hälso- och sjukvård ges till ett barn (se bl.a. artikel 3 i barnkonventionen och 1 kap. 8 § patientlagen). Vad som är barnets bästa måste avgöras utifrån förhållandena i varje enskilt fall (se prop. 2013/14:106 s. 63 och 112). Bedömningen ska bygga på vetenskap och beprövad erfarenhet och ska, beroende på barnets ålder och mognad, utgå från underlag från vårdnadshavare och det som barnet själv ger uttryck för. I vissa fall kan det även vara relevant att inhämta underlag från andra personer som har kunskap om barnet. Så långt som möjligt bör såväl långsiktiga som kortsiktiga konsekvenser av att exempelvis ge eller avstå från att ge barnet viss vård eller behandling beaktas.

I JO:s verksamhet, såväl vid inspektioner och klagomålsärenden som när JO besvarar lagstiftningsremisser, aktualiseras återkommande frågor som rör behandling av barn inom den psykiatriska heldygnsvården. Såväl vårdpersonal som patienter och vårdnadshavare har vittnat om att det inom detta område finns svårigheter vid tillämpningen av barns rättigheter i förhållande till vårdnadshavarnas bestämmanderätt över barnet och tvångsvårdslagstiftningen. Centrala frågor i det här ärendet är bl.a. vems samtycke – barnets eller vårdnadshavarens – som krävs för en viss vårdinsats, i vilka situationer det kan bli aktuellt att besluta om vård enligt LPT samt under vilka förutsättningar det är möjligt att tvångsvis tillföra en underårig patient näring och läkemedel via sond.

Ärendet aktualiserar således flera komplexa frågeställningar. Jag vill redan här framhålla att JO:s uppgift är att utöva tillsyn över hur lagar och andra föreskrifter tillämpas i offentlig verksamhet. Granskningen är av rättslig art och tar främst sikte på frågan om myndigheterna handlägger sina ärenden på ett formellt riktigt sätt. JO kan inte ändra eller upphäva myndigheters beslut och brukar inte uttala sig om deras bedömningar och beslut i sakfrågor. Detta gäller särskilt när det rör sig om sakområden där JO saknar egen kompetens. Ett viktigt syfte med JO:s verksamhet är emellertid att främja rättssäkerheten och särskilt se till att medborgarnas grundläggande fri- och rättigheter respekteras i den offentliga verksamheten. JO fullgör även uppdraget som nationellt

besöksorgan (NPM) enligt det fakultativa protokollet till FN:s konvention mot tortyr (Opcat). Syftet med det uppdraget är att förebygga omänsklig behandling av människor som hålls frihetsberövade. Ombudsmännen ska vidare verka för att brister i lagstiftningen avhjälps. JO kan bl.a. undersöka om de lagar och andra föreskrifter som finns på ett visst område ger tillräcklig ledning för de myndigheter och befattningshavare som ska följa dem. Är regelverket utformat på ett sätt som försvårar en enhetlig och rättssäker tillämpning kan det vara JO:s uppgift att påtala ett eventuellt behov av författningsändring till riksdagen eller regeringen.

4.2 Barns rättsliga ställning i hälso- och sjukvården

4.2.1 Förhållandet mellan barnets vilja och vårdnadshavarens inställning

Som framgått av redogörelsen för den rättsliga regleringen har ett barns vårdnadshavare rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter men ska därvid i takt med barnets stigande ålder och utveckling ta allt större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål (6 kap. 11 § föräldrabalken). Av förarbetena framgår att bestämmelsen inte i sig anses innebära att vårdnadshavaren ska vara förhindrad att sätta sig över barnets vilja i de fall barnets bästa kräver det, men att det ska göras en individuell bedömning i varje fall (se prop. 1981/82:168 s. 24 f.).

Frågan om vilket inflytande barn ska ha i medicinska frågor är komplicerad och har avhandlats bl.a. i ett antal utredningar, rättsfall, artiklar och JO-uttalanden (se bl.a. prop. 2013/14:106 s. 64 f. med vidare hänvisningar). Av central betydelse i diskussionen om barns möjlighet till inflytande är konflikten mellan å ena sidan barnets rätt till självbestämmande och integritet, och å andra sidan barnets behov av skydd samt vårdnadshavarnas möjlighet att utöva sin skyldighet att tillgodose barnets behov.

Hälso- och sjukvård av barn kräver som huvudregel vårdnadshavarnas samtycke om det inte står klart att barnet har nått en sådan mognad att det självt kan ta ställning till åtgärden. Var den gränsen går kan inte anges generellt utan måste avgöras från fall till fall. Det finns dock avgöranden i praxis som talar för att vårdnadshavaren normalt har bestämmanderätten över små barn medan huvudregeln anses vara den motsatta för barn över 15 år (se bl.a. prop. 2013/14 s. 106 s. 66, RÅ 1996 ref. 65 och JO 1975/76 s. 244). Gränsdragningen är svårare för de barn som varken är riktigt små eller har nått de övre tonåren. Av förarbetena till patientlagen framgår att det centrala för bedömningen av om barnet ska anses moget nog att ensamt få besluta om viss vård eller behandling är om barnet kan tillgodogöra sig relevant information och överblicka vilka konsekvenser som hans eller hennes beslut kan få (se prop. 2013/14:106 s. 64 f. och 120). Det framgår vidare att vilken mognad som krävs i det enskilda fallet beror på vårdåtgärdens art och angelägenhetsgrad samt att det krävs en avsevärd mognad för att ett barn ska kunna ta ställning till mer omfattande behandling och ingrepp medan yngre barn däremot på egen hand i vissa fall kan samtycka till enklare åtgärder. I syfte att skapa enhetlighet presenterade Socialstyrelsen

2015 ett kunskapsstöd för att bedöma barns mognad (Bedöma barns mognad för delaktighet. Kunskapsstöd för socialtjänsten, hälso- och sjukvården samt tandvården, Socialstyrelsen 2015, artikelnummer 2015-12-22).

En närliggande fråga är hur långt barnets eget positiva självbestämmande sträcker sig, dvs. om det finns gränser för vilka insatser ett barn själv kan få till stånd utan att vårdnadshavarna har formell rätt att förhindra detta. Vissa beslut kan dock vara av sådan karaktär att barn aldrig kan uppnå full självbestämmanderätt. Vårdnadshavarnas inställning väger t.ex. tungt när det gäller frågor om var ett barn ska bo. Ett beslut om inläggning vid en psykiatrisk vårdinrättning påverkar bl.a. var barnet ska bo och vistas och kan anses ha så ingripande betydelse för relationen mellan föräldrar och barn att det inte är möjligt att överlämna den frågan till barnet att själv bestämma om (se bl.a. Svensson, Barns rättsliga ställning i den psykiatriska vården, I Engström [red.], Tvingad till hjälp – om tvång, etik och tillit i barn- och ungdomspsykiatrisk vård, Studentlitteratur, Lund, 2006 s. 224 f. Jfr även Lundgren och Sunesson, Nya sociallagarna [Version 34, JUNO], kommentaren till 11 kap. 10 § socialtjänstlagen samt JO 2011/12 s. 415 och JO 2020/21 s. 485).

4.2.2 Generella möjligheter till vård utan samtycke

Inom hälso- och sjukvården uppkommer ofta situationer där patienter av olika skäl inte har möjlighet att samtycka till nödvändiga insatser. En patient ska enligt patientlagen få den hälso- och sjukvård som behövs för att avvärja fara som akut och allvarligt hotar patientens liv eller hälsa om en patients vilja på grund av medvetlöshet eller av någon annan orsak inte kan utredas (4 kap. 4 §). I förarbetena anges att bestämmelsen även kan tillämpas när en person som mer varaktigt får anses sakna beslutsförmåga befinner sig i en nödsituation (prop. 2013/14:106 s. 120). Vidare anges att med "annan orsak" avses bl.a. att patienten är okontakbar på grund av chock, är på väg in i medvetlöshet eller är påverkad av exempelvis narkotiska preparat. Om bestämmelsen ska tillämpas på något speciellt sätt när det gäller barn anges inte i förarbetena.

Om 4 kap. 4 § patientlagen inte kan tillämpas ger brottsbalkens bestämmelse om ansvarsfrihet för handlingar som begåtts i nöd visst utrymme för vårdpersonal att behandla patienter i akuta situationer utan samtycke. Nöd föreligger bl.a. när fara hotar liv och hälsa (24 kap. 4 § andra stycket brottsbalken). Det krävs dock att den handling som vidtas inte är oförvarlig. Det innebär att den gärning som företas i nöd ska vara påkallad av ett intresse av betydligt större vikt än det som offras (se prop. 1993/94:130 s. 35). Bestämmelsen är avsedd att tillämpas endast i undantagsfall (se prop. 1962:10 s. B334). En nödsituation kan endast föreligga en kortare tid och det är inte möjligt att behandla en patient en längre tidsperiod med stöd av nödregelein.

I icke akuta situationer är det mer oklart vad som gäller för personer som mer eller mindre varaktigt saknar förmåga att lämna rättsligt bindande samtycke till vård och behandling. Om information rörande patienten inte kan lämnas till

patienten själv ska patientens närstående såvitt möjligt informeras om det inte hindras av sekretess (3 kap. 4 och 5 §§ patientlagen). De närstående kan många gånger lämna värdefulla upplysningar om patientens förmodade inställning men har inte någon bestämmanderätt över patienten. Inte heller anses en god man eller förvaltare fullt ut kunna företräda patienten i frågor som gäller just hälso- och sjukvård. Frågan om vem som ska bestämma i stället för en vuxen patient som bedöms sakna beslutsförmåga har behandlats i flera statliga utredningar utan att någon lagstiftning kommit till stånd (se bl.a. SOU 2020:14, 2015:80 och 2013:2).

Psykiiskt sjuka patienter har som utgångspunkt samma rätt till självbestämmande som alla andra. Inom psykiatin accepteras dock tvångsvård på ett sätt som saknar motsvarighet i den somatiska vården. LPT möjliggör i vissa fall påtvingad behandling av personer som lider av en allvarlig psykisk störning, har ett oundgängligt behov av psykiatrisk vård och som motsätter sig sådan vård, eller där det till följd av patientens psykiska tillstånd finns en grundad anledning att anta att vården inte kan ges med hans eller hennes samtycke (3 § LPT). LPT har inte någon nedre åldersgräns och reglerar även tvångsvård inom barn- och ungdomspsykiatin. I lagen finns numera även vissa särskilda bestämmelser som rör barn (se t.ex. 19 a och 20 a §§ LPT).

4.2.3 Tvång som utövas av vårdnadshavare eller med vårdnadshavarens samtycke

De grundläggande fri- och rättigheter som anges i regeringsformen och Europakonventionen gäller i relationen mellan enskilda och det allmänna. I relationen mellan barnet och barnets vårdnadshavare är den rättighetsregleringen inte direkt tillämplig, men det allmänna har enligt Barnkonventionen långtgående skyldigheter att tillförsäkra alla barn de rättigheter som anges i konventionen.

När det gäller de allra minsta barnen är det oftast inte möjligt att motivera barnet till att frivilligt medverka vid vissa behandlingsåtgärder genom information och andra åtgärder. En vårdnadshavare anses ha ett visst utrymme att använda tvång i syfte att möjliggöra att vård ges till ett barn så länge det inte strider mot det s.k. agaförbudet i 6 kap. 1 § föräldrabalken, bestämmelserna i Barnkonventionen eller brottsbalkens regler om t.ex. misshandel, olaga tvång eller olaga frihetsberövande (se Kindström Dahlin, Att tvinga ett barn – om barns rättigheter i hälso- och sjukvården och behovet av en tydligare tvångsvårdslagstiftning, Förvaltningsrättslig tidskrift 2016, s. 270).

Vilket utrymme som finns för en vårdnadshavare att för sitt barns räkning samtycka till vårdinsatser som innebär inskränkningar av grundläggande fri- och rättigheter är inte tydligt reglerat vare sig i föräldrabalken, Barnkonventionen eller hälso- och sjukvårdslagstiftningen. En bedömning måste göras i varje enskilt fall med beaktande av barnets mognad, åtgärdens angelägenhetsgrad och de negativa effekterna av tvånget (se prop. 2013/14:106

s. 64 f. och 120 f.). I vart fall torde tvångsanvändning mot äldre barn kräva särskilt lagstöd, antingen genom en speciallag eller undantagsvis genom att tillämpa brottsbalkens nödregler.

Huvudregeln är att både vårdnadshavarnas samtycke krävs till behandlingsåtgärder av ingripande karaktär, t.ex. psykiatrisk vård (se 6 kap. 13 § andra stycket föräldrabalken och JO 2003/04 s. 311). Om den ena vårdnadshavaren motsätter sig en åtgärd som gäller en psykologisk eller psykiatrisk behandling får socialnämnden dock besluta att åtgärden ändå får vidtas, om det krävs med hänsyn till barnets bästa (6 kap. 13 a § föräldrabalken). Det gäller oavsett om den andra vårdnadshavaren uttryckligen motsätter sig åtgärden, håller sig undan eller väljer att inte medverka (se prop. 2011/12:53 s. 26). Somatisk vård omfattas däremot inte av bestämmelsen (se prop. 2011/12:53 s. 27). Om barnet inte kan ges angelägen vård på grund bristande samtycke från vårdnadshavarna, kan detta utgöra grund för ett ingripande enligt LVU. Ett barn som vårdas enligt LVU kan ges psykiatrisk vård, men LVU ger inte i sig lagstöd för att använda tvång inom vården. Om det inte rör sig om en nödsituation eller om förutsättningarna för LVU inte är uppfyllda blir det betydligt svårare att garantera barnets rätt till psykiatrisk vård i de fall där båda vårdnadshavarna motsätter sig vården.

4.2.4 Barn och LPT

Den psykiatriska vården har, som jag tidigare redogjort för, en viss särställning genom att det där är möjligt med behandling mot patientens vilja med stöd av bestämmelserna i LPT. Samtidigt är vården förenad med vissa särskilda rättsäkerhetsgarantier i form av exempelvis rätten att skyndsamt få lagligheten av den psykiatriska tvångsvården prövad i domstol, en presumption för muntlig förhandling och vissa legala ramar för de tvångsåtgärder som har vidtagits (se bl.a. 17–25, 32, 33, 35 och 36 §§ LPT).

Det finns inte någon uttrycklig åldersgräns för vård enligt LPT. Socialstyrelsen och IVO har anfört att det inte går att fastställa någon generell nedre åldersgräns för när psykiatrisk tvångsvård behöver beslutas för att behandling av ett barn ska kunna ske mot barnets vilja. Av SLSO:s remissvar framgår att det inom regionen är mycket ovanligt med behandling av ingripande karaktär för barn som inte uppnått tonåren men att LPT behöver tillämpas om det blir aktuellt att tillföra näring och läkemedel mot barnets vilja. Region Skåne har anfört att små barn (runt åtta år eller yngre) oftast inte har mognadsmässiga förutsättningar att förstå grunderna i LPT och att ett beslut om psykiatrisk tvångsvård därför inte skulle vara förenligt med dessa barns bästa. Enligt Region Skåne bereds så små barn i stället nödvändig psykiatrisk vård med vårdnadshavarnas samtycke och stöd, i linje med den typ av vård som ges inom den somatiska vården.

En studie av domar från Förvaltningsrätten i Göteborg från åren 2010–2015 visade att i vart fall barn som uppnått tolv års ålder där ansågs ha rätt att vägra ta emot psykiatrisk vård och behandling (se Vahne Westerhäll, Barnets bästa

vid psykiatrisk tvångsvård – exemplet anorexia nervosa, Förvaltningsrättslig tidskrift 2016, s. 110 f.). Jag noterar dock att det i Svenska Psykiatriska Föreningens (SPF) kliniska riktlinjer för åtsörningar anges att när tvångsvård blir aktuell för barn och ungdomar gäller att minderåriga barn (under 15 år) med föräldrarnas medgivande kan läggas in och hållas kvar i slutenvård utan tvångsåtgärd. Blir det nödvändigt med tvångsåtgärder som exempelvis tvångssondning gäller inte föräldrarnas medgivande. Man måste då överföra patienten till LPT-vård (se SPF, Åtsörningar – kliniska riktlinjer för utredning och behandling, 2015, s. 68).

I LPT finns vissa särskilda bestämmelser som rör barn, dvs. patienter under 18 år (se bl.a. 19 a och 20 a §§ LPT). Därutöver anges att en patient som har fyllt 15 år själv har rätt att föra sin talan i mål och ärenden enligt LPT (se 44 § LPT). Bestämmelsen reglerar vem som är processbehörig och innebär att om en patient är under 15 år är det vårdnadshavarna som för barnets talan. Däremot rör den inte vem som ska ta ställning till frågor om vård och behandling av barnet. I de nu 30 år gamla förarbetena till bestämmelsen anges att det endast undantagsvis torde bli aktuellt att ge psykiatrisk tvångsvård åt någon som är strax under 15 år (se prop. 1990/91:58 s. 284).

Av särskilt intresse när det gäller tvångsvård av barn är rekvisitet i 3 § att patienten ska motsätta sig vård, eller att det till följd av patientens psykiska tillstånd finns grundad anledning att anta att vården inte kan ges med patientens samtycke. I förarbetena anges att det är patientens egen inställning till den vård som är nödvändig som ska tillmätas självständig betydelse och att det gäller i princip även om patienten är underårig eller har en förvaltare eller god man förordnad för sig (se prop. 1990/91:58 s. 242). En eventuell vårdnadshavares, förvaltares eller god mans inställning till vården är inte avgörande i detta hänseende.

Det faktum att vårdnadshavarna har ett visst utrymme att besluta i vart fall för de mindre barnens räkning medför emellertid att frågor uppkommer om var gränserna går och vilken skillnad det gör om ett barns bristande beslutsförmåga bedöms bero på en psykisk störning eller på bristande ålder och mognad. Under vilka förhållanden LPT kan komma i fråga i dessa fall behandlas inte närmare i förarbetena. Där anges dock att det kan bli aktuellt att tillämpa bestämmelsen i vissa fall, bl.a. om patienten är helt avskärnad från verkligheten och inte kan ge uttryck för en egen vilja i vårdfrågan, t.ex. som följd av ett omfattande missbruk av droger (se prop. 1990/91:58 s. 242). Bestämmelsen ska dock endast tillämpas i uppenbara fall, och det ska finnas ett orsakssamband mellan patientens allvarliga psykiska störning och patientens oförmåga att ge uttryck för ett grundat ställningstagande i frågan.

När det gäller möjligheten att samtycka till tvångsåtgärder vill jag här även påminna om att skyddet mot påtvingade åtgärder från det allmännas sida kommer till uttryck redan i den svenska grundlagen och endast får begränsas

genom lag (se 2 kap. RF). Med anledning av de höga krav som ställs på rättighetsbegränsningar har JO i flera ärenden uttalat att samtycke till inskränkningar i grundläggande fri- och rättigheter inte kan ersätta lagstöd, exempelvis när det gäller tvångsåtgärder enligt LPT (se bl.a. JO 2008/09 s. 338 och JO 2018/19 s. 98, jfr även JO 1991/92 s. 114).

En annan fråga som ibland aktualiseras är om tvångsvård med stöd av LPT kan beslutas för ett barn mot en vårdnadshavares vilja, utan att vårdnadshavarnas bestämmanderätt har begränsats genom ett föregående beslut om vård enligt LVU eller 6 kap. 13 a § föräldrabalken. Såväl SLSO som Region Skåne har i sina remissvar anförut att det är den medicinska bedömningen som får styra och att det händer att ett barn eller en ungdom vårdas mot en eller båda vårdnadshavares vilja. Det finns även förvaltningsrättsdomar som ger uttryck för den uppfattningen (se bl.a. Vahlne Westerhäll, Barnets bästa vid psykiatrisk tvångsvård – exemplet anorexia nervosa, Förvaltningsrättslig tidskrift 2016, s. 107 f.).

Varje begränsning i en vårdnadshavares möjlighet att utöva vårdnaden av sitt barn innebär en begränsning av artikel 8 i Europakonventionen (se HFD 2015 ref. 5). I de fall där ett barn uppfyller förutsättningarna för vård enligt LPT är det emellertid denna särskilda tvångsvårdslagstiftning som träder in. Enligt min mening har chefsöverläkaren då möjlighet att enbart med stöd av LPT besluta om vård även i strid med den ena eller båda vårdnadshavarnas vilja (se bl.a. prop. 2002/03:53 s. 88 f.). Jag noterar dock att det finns andra uppfattningar i den frågan (se t.ex. Kindström Dahlin, Att tvinga ett barn – om barns rättigheter i hälso- och sjukvården och behovet av en tydligare tvångsvårdslagstiftning, Förvaltningsrättslig tidskrift 2016, s. 274).

4.2.5 Särskilt om vårdnadshavarnas delaktighet

Även i de fall där vårdnadshavarna inte har någon formell bestämmanderätt har de en viktig roll när barn vårdas inom hälso- och sjukvården. I förarbetena till patientlagen understryks att även då ett barn är moget nog att själv fatta beslut om viss vård eller behandling bör hälso- och sjukvårdspersonalen sträva efter att ändå involvera vårdnadshavarna, om inte barnet motsätter sig det eller det inte kan anses vara till barnets bästa. Vårdnadshavarna har även fortsättningsvis ett lagstadgat ansvar för barnet, som kan vara i behov av råd och stöd i större utsträckning än en vuxen patient (prop. 2013/14:106 s. 66). Det är alltså angeläget att vårdnadshavarna aktivt involveras i vården genom att få information kontinuerligt och möjlighet att framföra sina åsikter. Detta är även viktigt för att de ska kunna fullgöra sina uppgifter som vårdnadshavare, t.ex. när det gäller barnets behandling efter att barnet lämnat vårdinrättningen. I vilken grad vårdnadshavarna ska göras delaktiga varierar i varje enskilt fall beroende på barnets ålder och mognad, åtgärdens karaktär och vad som är barnets bästa. En förutsättning är givetvis också att sekretessen inte hindrar sådan information och delaktighet.

Om ett barn vårdas enligt LPT är det ytterst chefsöverläkaren som beslutar om behandlingen och eventuella tvångsåtgärder, även om lagen föreskriver att samråd ska äga rum med patienten när det kan ske samt med patientens närstående, om det inte är olämpligt. Patientlagens bestämmelser om delaktighet och information gäller vidare även under tvångsvård. Vårdnadshavarna är inte heller framtagna sina övriga rättigheter och skyldigheter enligt föräldrabalken. Som remissinstansen anförut är barnets och vårdnadshavarnas åsikter även en viktig del i vårdens bedömning av vad som utgör barnets bästa. Vårdnadshavarnas delaktighet är särskilt viktig vid tvångsåtgärder eftersom vårdpersonalen ska försöka få patienten att frivilligt medverka till vården och kunna utföra tvångsåtgärder så skonsamt som möjligt (2 a och 2 b §§ LPT).

4.2.6 Slutsatser i denna del

Både Socialstyrelsen och IVO har anförut att rättsläget till viss del är oklart när det gäller barnets rättsliga ställning i förhållande till vårdnadshavarnas ansvar för barnets hälso- och sjukvård, bl.a. när det gäller i vilken utsträckning vårdnadshavaren med stöd av föräldrabalkens bestämmelser kan sätta sig över barnets vilja att avstå viss behandling och i vilka situationer vårdnadshavarnas samtycke ska inhämtas. Min utredning bekräftar den bilden. Oklarheterna gäller såväl i vilka situationer en behandling kan ges med stöd av enbart vårdnadshavarnas samtycke som vilka åtgärder som kan genomföras oberoende av vårdnadshavarnas inställning.

Psykiatrisk heldygnsvård av ett barn kan vara mycket ingripande för både barnet och vårdnadshavarna, oavsett om vården ges frivilligt eller med stöd av tvångsvårdslagstiftningen. Det är angeläget att det finns tydliga rättsliga ramar för i vilka fall sådan vård av en underårig kan ges med stöd av hälso- och sjukvårdslagen och när det krävs ett beslut om vård enligt LPT. Jag är, i likhet med remissinstansen, mycket tveksam till att det skulle finnas rättsligt stöd för att mot barnets vilja genomföra en ingripande behandling inom den frivilliga psykiatriska vården, t.ex. tillföra näring eller läkemedel via sond, enbart med stöd av vårdnadshavarnas samtycke. Detsamma gäller övriga tvångsåtgärder som regleras i LPT. Vårdnadshavarnas rättigheter och skyldigheter enligt föräldrabalken är allmänt kända, och åtgärder som inskränker barnets grundläggande fri- och rättigheter kräver ett tydligt stöd i lag. En ordning där vårdnadshavarnas samtycke anses tillräckligt skulle också innebära att barnet går miste om tvångslagstiftningens särskilda skydd gentemot det allmänna.

Om en underårig patient uppfyller de lagstadgade kriterierna för psykiatrisk tvångsvård har chefsöverläkaren enligt min mening möjlighet att besluta om sådan vård oberoende av vårdnadshavarnas samtycke. Det finns inte någon nedre åldersgräns för LPT och inte heller några tydliga uttalanden i förarbeten eller praxis om vid vilken ålder tvångsvård kan aktualiseras för de mindre barnen. Som framgått är min utgångspunkt dock att det inte finns lagstöd för att påtvinga barn ingripande psykiatrisk behandling utan att LPT tillämpas. En bedömning av förutsättningarna för psykiatrisk tvångsvård måste således göras i

det enskilda fallet. Det är tydligt att det finns behov av närmare vägledning för hur den bedömningen ska gå till i fråga om underåriga patienter.

Sammantaget kan jag alltså konstatera att det finns behov av en tydligare lagreglering som klargör förhållandet mellan barnets egen och vårdnadshavarnas inställning till vård samt utrymmet för att i vissa fall tillgodose barns behov av hälso- och sjukvård i strid med barnets eller vårdnadshavarnas vilja. Det gäller inte minst inom den psykiatriska vården. Därutöver behövs det även kompletterande vägledning i lägre föreskrifter och kunskapsstöd för vårdpersonalen.

4.3 Tillförsel av läkemedel och näring med stöd av tvångslagstiftningen

4.3.1 Ätstörning som en allvarlig psykisk störning

Tillförsel av näring via sond aktualiseras främst för patienter med olika former av ätstörningar, t.ex. anorexia nervosa. För att en patient ska vårdas med tvång enligt LPT krävs att patienten lider av en allvarlig psykisk störning (3 §). I förarbetena ges exempel på vad som kan anses vara en allvarlig psykisk störning (se prop. 1990/91:58 s. 86 f.). Där anges att till allvarlig psykisk störning bör i första hand räknas tillstånd av psykotisk karaktär. Vidare ingår allvarliga depressioner med självmordstankar, svårartade personlighetsstörningar, alkohol- och drogpsykosor samt allvarliga förvirringstillstånd som kan drabba narkotikamissbrukare eller svårartade abstinensstillstånd.

Ätstörningar nämns inte uttryckligen i förarbetena. Det framgår emellertid att uppräknningen inte är avsedd att vara uttömmande och att man vid en tolkning av begreppet är hänvisad till vissa motivuttalanden och den praxis som utvecklas (se prop. 1990/91:58 s. 86 f.). Praxis visar entydigt att ätstörningar, såsom anorexia nervosa, anses kunna vara en allvarlig psykisk störning. Anorexia nervosa var också den vanligaste huvuddiagnosen vid vårdtillfällen i den slutna psykiatriska tvångsvården för flickor och pojkar sammantaget under 2016 (se prop. 2019/20:84 s. 17).

4.3.2 Allmänna förutsättningar för behandling utan samtycke enligt 17 § LPT

Att en patient vårdas med stöd av LPT innebär inte att behandling med någon form av automatik kan ges mot patientens vilja (se prop. 2016/17:94 s. 24). Även tvångsvården ska så långt det är möjligt utformas och genomföras i samråd med patienten och i förekommande fall patientens vårdnadshavare. Vidare gäller att vården ska utföras i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet och att patienten ska ges sakkunnig och omsorgsfull hälso- och sjukvård som uppfyller dessa krav (se prop. 2016/17:94 s. 24).

När det gäller förutsättningarna för behandling utan samtycke enligt 17 § tredje stycket LPT är det förstås ett grundläggande krav att patienten uppfyller kriterierna för tvångsvård enligt 3 § LPT och att ett intagningsbeslut har fattats. Vidare ska de allmänna förutsättningarna för tvångsåtgärder vara uppfyllda, dvs. åtgärden ska vara proportionerlig och nödvändig (2 a och 2 b §§ LPT).

Samråd ska äga rum med patienten när det kan ske och patientens närstående om det inte är olämpligt (17 § första stycket LPT). Det ska vidare röra sig om en nödvändig psykiatrisk behandling som ges för att uppnå syftet med vården (17 § andra stycket LPT). Om patienten är ett barn ska barnets bästa särskilt beaktas (1 kap. 8 § patientlagen och 5 kap. 6 § HSL).

I förarbetena anges att avsikten inte är att chefsöverläkaren ska besluta i frågan vid varje tillfälle som patienten under pågående behandlingsperiod ska ges t.ex. en viss medicinering, utan bestämmelsen tar sikte på mer övergripande behandlingsbeslut som ger befogenhet för övrig vårdpersonal att genomföra de vårdåtgärder som följer av ett sådant beslut (se prop. 1990/91:58 s. 257).

4.3.3 Tillförsel av näring och vätska med stöd av 17 § tredje stycket LPT

En omdiskuterad fråga gäller möjligheterna att tillföra en patient som är intagen för vård enligt LPT näring eller vätska mot patientens vilja. Bestämmelsen i 17 § omfattar alla psykiatriska behandlingsåtgärder (se prop. 1990/91:58 s. 257 f.). Somatisk behandling omfattas däremot inte, vilket kan leda till gränsdragningsproblem. I förarbetena anges bl.a. följande (se prop. 1990/91:58 s. 258 f.):

Vårdåtgärder som företas trots att patienten motsatt sig dem innebär ett allvarligt ingrepp i den personliga integriteten. Detta gäller självfallet även om en patient som är intagen på en sjukvårdsinrättning för psykiatrisk tvångsvård skulle ges somatisk behandling mot sin vilja. Samhället har emellertid åtagit sig ett särskilt ansvar för de personer som omhändertagits med tvång på en vårdinrättning. Det bör därför inte råda någon tvekan om att livräddande åtgärder får vidtas mot patientens vilja. Om somatisk behandling även i övrigt kan ges i fall av fara för hälsan, torde få bedömas från fall till fall. En allvarlig psykisk störning kan t.ex. vara direkt orsakad av en svår somatisk sjukdom och en somatisk behandlingsåtgärd kan då tänkas vara ofrånkomlig. Av betydelse för ställningstagandet i särskilda fall bör vara bl.a. patientens psykiska tillstånd, den somatiska sjukdomens art och den typ av åtgärd det gäller. Nödrätten torde inte kunna utnyttjas annat än om hälsofaran är verkligt allvarlig och överhängande.

När det gäller behandling av patienter med ätstörningar framgår bl.a. följande av Barnpsykiatrikommitténs utredning från 1998, om vård och stöd till barn och ungdomar med psykiska problem (se SOU 1998:31 s. 400):

I dag vet vi att framgångsrik behandling av ätstörningar kräver mer än bara en god allmänpsykiatri. Oberoende av ätstörningens orsaksbakgrund är det viktigt att komma tillrätta med det störda åtbeteendet och den uppkomna näringsbristen i sig. Då kroppen befinner sig i ett svälttillstånd, som vid utvecklad anorexi, genererar detta hyperaktivitet och ångest som i sin tur vidmakthåller det anorektiska symmetet. I dag är flertalet experter på området därför överens om att det är viktigt att också se till somatisk status och åtbeteendet, och att detta i många fall är en förutsättning för att nå framgång med behandling av eventuella bakomliggande orsaker till anorexi (American Psychiatric Association 1993, Medicinska Forskningsrådet 1993).

I en samtida utvärdering av bl.a. LPT uttalade Tvångspsykiatrikommittén bl.a. följande (se SOU 1998:32 s. 391):

Patienter som är intagna för psykiatrisk tvångsvård får som huvudregel inte ges somatisk vård med stöd av LPT och LRV. Det innebär att behövlig somatisk vård får anstå till dess tvångsvården upphört eller patienten amars kan ta

grundad ställning i frågan och vård ges med patientens samtycke. Om patientens psykiska störning relaterar till den somatiska sjukdomen ingår nödvändig somatisk behandling som en del av den vård som ges med stöd av LPT eller LRV. Detta gäller tex. patienter med ätstörningar (anorexi och bulemi). I övrigt får somatisk vård mot patientens vilja endast ges i livshotande situationer och i andra akuta situationer när det finns en verkligt överhängande och allvarlig fara för patientens hälsa.

I de tidigare nämnda kliniska riktlinjerna från SPF om ätstörningar nämns näringstillförsel och tvångssondning som exempel på en tvångsbehandling som kräver LPT-vård (se SPF, Ätstörningar – kliniska riktlinjer för utredning och behandling, 2015, s. 65 och 68). Vidare anges i föreningens riktlinjer för psykiatrisk tvångsvård i ett avsnitt om tvångsåtgärder för barn som är föremål för LPT bl.a. att tillförsel av näring via sond då och då förekommer som en del av behandlingen av patienter med svår anorexia nervosa (se SPF, Psykiatrisk tvångsvård – kliniska riktlinjer för vård och behandling, 2013, s. 99).

Jag uppfattar att även Socialstyrelsens inställning är att tillförsel av näring kan vara en nödvändig psykiatrisk behandling för att uppnå syftet med tvångsvården och därför ges med stöd av 17 § LPT. Samma inställning har också IVO gett uttryck för. Styrelsen för SL-SO har anfört att tillförsel av näring med tvång bedöms vara motiverat om det finns en allvarlig fara för liv och hälsa på grund av otillräckligt näringsintag hos en LPT-patient som motsätter sig näringsintag. Av Region Skånes yttrande framgår att myndigheten anser att tillförsel av näring och medicin bör betraktas som en nödvändig medicinsk behandling under vård enligt LPT och inte som en tvångsåtgärd. Regionen har vidare anfört att så anses vara fallet om näringstillförseln är absolut livsnödvändig, dvs. om barnet befinner sig i livshotande svält, och hjärtrat är påverkat med risk för ett hjärtstillestånd som följd.

Jag kan konstatera att det finns stöd i förarbeten och statliga utredningar för att viss somatisk behandling kan ges inom ramen för LPT om det finns ett samband mellan den psykiska störningen och det somatiska tillståndet. Tillförsel av näring och vätska torde i vissa fall kunna ses som en behandlingsåtgärd och ges med stöd av 17 § tredje stycket LPT, exempelvis till patienter med svåra ätstörningar. Min utredning visar att det även sker i praktiken. Frågan är dock inte tydligt reglerad i lag och behandlas inte heller i förarbetena. Remissinstansen i det nu aktuella ärendet har uttryckt sig på olika sätt, och det är i vissa fall svårt att riktigt förstå deras inställning till om behandlingen betraktas som en tvångsåtgärd och i vilka situationer en sådan behandling ges med stöd av 17 § tredje stycket LPT. Jag vill därför framhålla att den här typen av behandling alltid är att betrakta som en tvångsåtgärd om den ges mot patientens vilja.

JO har tidigare uttalat att det ytterligare bör klargöras vilka behandlingsinsatser som avses i 17 § LPT (se prop. 2016/17:94 s. 25 och JO:s remissvar över departementspromemorian Delaktighet och rättssäkerhet vid psykiatrisk

tvångsvård [Ds 2014:28] i JO:s ärende med dnr R 69-2014). Några sådana klargöranden har dock inte kommit till stånd.

4.3.4 Tillvägagångssätt vid tillförsel av näring och läkemedel via sond mot patientens vilja

Det regleras inte i 17 § LPT hur vårdpersonalen ska gå till väga när behandling med näring eller läkemedel ska ges till en patient utan patientens samtycke. Av naturliga skäl kan det dock finnas behov av att använda visst fysiskt tvång i dessa situationer om en patient fysiskt motsätter sig den aktuella behandlingen. Att vårdpersonalen kan behöva ta till tvång framgår också indirekt av 2 b § LPT, där det föreskrivs att tvångsåtgärder i syfte att genomföra vården får användas endast om patienten inte genom en individuellt anpassad information kan förmås att frivilligt medverka till vård samt inte i större omfattning än vad som är nödvändigt för att förmå patienten till detta. Enligt den allmänna bestämmelsen i 2 a § LPT ska tvång utövas så skonsamt som möjligt och med största möjliga hänsyn till patienten. Några närmare anvisningar finns dock såvitt jag kan se inte heller i lagens förarbeten (se bl.a. prop. 1990/91:58 s. 131 f., 1999/00:44 s. 80 f. och 2016/17:94 s. 24 f.). Behovet av lagreglering har dock tidigare påtalats av bl.a. Psykiatrilagsutredningen liksom av JO (se SOU 2012:17 s. 397 f. och protokollet i JO:s ärende med dnr 2222-2016).

Genom utredningen har det framkommit att tillförsel av näring och läkemedel via sond inom SL-SO genomförs medan patienten är fastspänd om inte särskilda skäl talar för att fasthållning är att föredra (se Tvångssondning med stöd av LPT, som gäller från den 4 juni 2019, regnr RUT-15778-v.3.0). Region Skåne har i sitt remissvar anfört att myndigheten förespråkar ett kortvarigt hållande av erfaren personal i kombination med gott barnpsykiatriskt omvårdnadsarbete framför att ge nödvändig näringstillförsel via sond under fastspänning.

Socialstyrelsen och IVO har påtalat att det sätt som är mest skonsamt kan skilja sig åt mellan olika patienter. Tillvägagångssättet behöver därför anpassas i varje enskilt fall efter patientens förutsättningar och önskemål samt i nära samråd med patienten och patientens anhöriga. Innan en tvångsåtgärd används ska patienten som nyss nämnts även ha fått individuellt anpassad information för att förmås att frivilligt medverka till vård (2 b § LPT).

Det är svårt att i detta sammanhang redogöra för hur hälso- och sjukvårdspersonalen bör gå tillväga för att ta reda på vilket alternativ som är mest skonsamt för en enskild patient. Det är inte heller JO:s uppgift att avgöra. En grundläggande fråga som aktualiseras i sammanhanget är emellertid vilket lagstöd som finns för det tvång i form av fasthållning eller fastspänning som i många fall används av vårdpersonalen i dessa situationer. Jag finner därför anledning att behandla den frågan närmare.

4.3.5 Särskilt om fastspänning och fasthållning i LPT

Om det finns en omedelbar fara för att en patient allvarligt skadar sig själv eller någon annan, får patienten kortvarigt spännas fast med bälte eller liknande

anordning (19 § LPT). För en patient som är under 18 år krävs att det finns en omedelbar fara för att patienten lider allvarlig skada och det är uppenbart att andra åtgärder inte är tillräckliga (19 a § LPT). Barn får enligt bestämmelsen bara spännas fast med bälte. I förarbetena anges att bestämmelserna om fastspänning tar sikte främst på hastigt uppkomna faresituationer som inte kan bemästras på något annat sätt än genom att patienten spänns fast med bälte (se prop. 1990/91:58 s. 260 och prop. 2019/20:84 s. 28 och 56). I omedelbarhetskravet ligger att det ska vara fråga om att avvärja en plötslig händelse. Det kan enligt min mening därmed inte annat än i undantagsfall anses förenligt med de aktuella bestämmelserna att spänna fast en patient i syfte att få till stånd behandling utan samtycke enligt 17 § tredje stycket LPT.

Frågan om fasthållning är inte uttryckligen reglerad i LPT utöver att 18 § andra stycket möjliggör ett fasthållande för att t.ex. hindra patienten att lämna vårdinrättningens område, upprätthålla ordningen på vårdinrättningen eller tillgodose säkerheten i vården. Förslag om att införa en särskild bestämmelse om fasthållning i LPT har övervägts vid flera tillfällen, senast i utredningen om tvångsåtgärder mot barn i psykiatrisk tvångsvård För barnets bästa? (se SOU 2017:111 s. 229 f.). I mitt remissvar över betänkandet anförde jag att det från rättsäkerhetssynpunkt inte är acceptabelt om det förekommer fasthållning inom den psykiatriska tvångsvården utan att det dokumenteras och att det mot den bakgrunden kan framstå som önskvärt med en tydligare reglering av förutsättningarna för fasthållning (se mitt yttrande den 11 maj 2018 i JO:s ärende med dnr R 10-2018). Utredningens förslag innebär dock enligt min mening vissa gränsdragningssvårigheter i den praktiska tillämpningen och därmed också svårigheter att avgöra när en skyldighet att fatta ett formellt beslut uppkommer. Jag ansåg därför att förslaget behövde bearbetas ytterligare. I den proposition som behandlade betänkandet anfördes bl.a. följande (se prop. 2019/20:84 s. 34):

Regeringen konstaterar att fasthållning av en patient är en åtgärd som förekommer ofta i den psykiatriska tvångsvården utan att hälso- och sjukvårdspersonalen synes tänka på att det handlar om ett ingrepp i den enskildes rättsfär. För att sätta gränser i fråga om när och hur fasthållande får komma till användning finns å ena sidan skäl att uttryckligen reglera detta i lag. Avsaknaden av en reglering kan innebära att personalen hamnar i tvivel om vad som får eller inte får göras och en patient kan inte bedöma vilka åtgärder som får vidtas och under vilka förutsättningar. En uttrycklig bestämmelse medför å andra sidan en risk att hälso- och sjukvårdspersonalen tar bestämmelsen till intäkt för att också tillgripa åtgärden.

Mot bakgrund av den kritik som riktats mot förslaget om fasthållning ansåg regeringen att det med aktuellt beredningsunderlag inte var möjligt att gå vidare med en ny lagstiftning i frågan.

Jag kan alltså konstatera att bestämmelserna om fastspänning och fasthållning inte är avsedda att reglera tvångsanvändning vid behandling med stöd av 17 § tredje stycket LPT. Trots detta framgår det av utredningen att sådana åtgärder vidtas regelbundet och tycks vara indirekt sanktionerade av myndigheterna (se

avsnitt 4.3.7 nedan om dokumentation och rapportering). Några andra särskilda bestämmelser om hur personalen ska gå tillväga när patienten motsätter sig behandlingen finns inte i LPT. Jag har förståelse för att det kan finnas behov av att använda visst våld eller tvång för att få till stånd behandling mot patientens vilja. Det handlar emellertid om ingripande åtgärder, och det är därför otillfredsställande att lagstiftningen inte ger någon närmare vägledning om vilka tillvägagångssätt som kan komma i fråga. Särskilt när det gäller fastspänning kan det inte minst av rättssäkerhetsskäl finnas anledning att uppfatta de jämförelsevis preciserade förutsättningarna i 19 och 19 a §§, med tillhörande förarbetsuttalanden, som uttömmande.

4.3.6 Förhållandet mellan 17 § LPT och nödrätten

Som jag tidigare redovisat ger brottsbalkens nödbestämmelse visst utrymme för vårdpersonal att i akuta situationer behandla patienter utan samtycke. Det råder inte någon tvekan om att tillförsel av näring eller läkemedel i allmänhet är åtgärder som skulle kunna anses försvärliga i nödparagrafens mening för att rädda en patient, om faran för dennes liv eller hälsa är överhängande (se prop. 1983/84:148 s. 21 f.). När det gäller patienter vars vilja på grund av medvetlöshet eller av någon annan orsak inte kan utredas, regleras denna typ av situationer dock numera i huvudsak av 4 kap. 4 § patientlagen, om vård i akuta situationer.

Frågan om i vilken utsträckning angelägna vårdinsatser i strid med patientens uttryckliga vilja kan anses försvärliga är mer komplicerad. När det gäller åtgärder med stöd av hälso- och sjukvårdslagen torde det framför allt kunna vara fallet vid bristande eller ifrågasatt beslutskompetens. I förarbetena till LPT anges att för personer som omhändertagits med tvång på en vårdinrättning har samhället åtagit sig ett särskilt ansvar varför utrymmet att vidta livräddande åtgärder mot patientens vilja är större (se prop. 1990/91:58 s. 258). För egen del ifrågasätter jag dock om inte bedömningen även i dessa fall måste grundas på antaganden om bristande beslutsförmåga. Jag har således svårt att se att enbart det faktum att en person är frihetsberövad skulle påverka rätten till självbestämmande (se även beträffande matvågande intagna i kriminalvården mitt beslut denna dag i ärende med dnr 6300-2018, med där gjorda hänvisningar). Nödrätten är dock avsedd att tillämpas i undantagsfall och framför allt i akuta situationer.

Jag har ovan konstaterat att det under vissa förutsättningar är möjligt att besluta att utan samtycke tillföra både läkemedel och näring med stöd av 17 § tredje stycket LPT. Om en sådan situation är för handen bör det i normalfallet inte vara aktuellt att tillämpa nödrätten, utan behandlingen måste kunna ges i enlighet med tvångsvårdslagstiftningen. Däremot skulle nödrätten kunna aktualiseras i de fall där de aktuella åtgärderna inte vidtas för att uppnå syftet med tvångsvården, eller när det inte har varit möjligt att fatta ett beslut enligt 17 § tredje stycket LPT, t.ex. i mycket hastigt uppkomna situationer.

Det skulle kunna hävdas att brottbalkens nödbestämmelse i undantagsfall även skulle kunna åberopas för att rättfärdiga visst tvång som används av vårdpersonalen för att genomföra en behandling utan samtycke enligt 17 § tredje stycket LPT. Nödreglerna är dock mycket allmänt hållna och inte avsedda att tillämpas i fall där förutsebara situationer har reglerats i ordinarie regelverk. Enligt min mening är det mycket otillfredsställande om vårdpersonalen ska behöva förlita sig på nödrätten för att hantera dessa situationer som regelmässigt uppkommer vid behandling inom den psykiatriska tvångsvården.

4.3.7 Dokumentation och rapportering

Jag delar remissinstansernas uppfattning att behandling mot en patients vilja givetvis ska dokumenteras i patientens journal (se 3 kap. 6 § patientdatalagen och Socialstyrelsens föreskrifter HSLF-FS 2016:40). Av dokumentationen bör även framgå bakomliggande skäl, händelseförlopp, tillvägagångssätt, vilken personal som har deltagit vid åtgärden och om ett barn behandlats mot sin vilja men med stöd av barnets vårdnadshavares samtycke. Kravet på dokumentation gäller såväl för den frivilliga hälso- och sjukvården som för den psykiatriska tvångsvården.

Den som bedriver verksamhet inom hälso- och sjukvården är skyldig att lämna vissa uppgifter till Socialstyrelsens patientregister, PAR (se Socialstyrelsens föreskrifter om uppgiftsskyldighet till Socialstyrelsens patientregister [SOSFS 2013:35]). Det gäller bl.a. uppgifter om läkemedelstillförelse eller annan åtgärd utförd under fastspänning eller fasthållande och anläggande av sond (se Baslista för KVÅ i psykiatrisk slutenvård, som gäller fr.o.m. 2019-01-01, s. 6 och 15).

Styrelsen för SLSO har anförut att all behandling som sker mot patientens vilja med stöd av fastspänning eller fasthållning dokumenteras med fasta svarsalternativ i den elektroniska patientjournalen varefter det maskinellt skapas datafiler som rapporteras in till PAR. Vidare framgår det av yttrandet att rapportering av näringsstillförelse via sond under fastspänning eller fasthållande görs genom en kombination av flera koder, vilket är avsevärt mer komplicerat både vad gäller inrapportering och produktion av statistik. I Region Skånes remissvar anges att behandling mot patientens vilja med stöd av 17 § LPT rapporteras om den är förenad med en rapporteringsskyldig tvångsåtgärd.

Under rättelse om beslut om tvångsåtgärder ska även i vissa fall göras till IVO (se bl.a. 19 och 19 a §§ LPT, 8 § LRV och 4 kap. 7 § Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd [SOSFS 2008:18]) om psykiatrisk tvångsvård och rättspsykiatrisk vård. Det gäller bl.a. beslut om fastspänning enligt 19 eller 19 a § LPT.

4.3.8 Slutsatser i denna del

Jag kan konstatera att olika former av åstörningar enligt praxis kan betraktas som en allvarlig psykisk störning och läggas till grund för vård enligt LPT. Vidare talar förarbetena för att näring och vätska i vissa fall kan tillföras mot en patients vilja med stöd av 17 § tredje stycket LPT. En förutsättning är då att

behandlingen anses nödvändig för att uppnå syftet med den psykiatriska vården. Det är dock inte klart angivet i lag eller förarbeten vilka behandlingsinsatser som avses i 17 § LPT. Som JO tidigare har uttalat kan det finnas behov av vissa klargöranden i denna del.

Vidare framgår det inte närmare av bestämmelserna i LPT vilka rättsliga ramar som finns för det tvång som kan behöva användas vid behandling utan samtycke inom den psykiatriska tvångsvården. Det är enligt min mening olyckligt att det inte uttryckligen framgår av 17 § att vårdpersonalen har rätt att använda visst tvång för att genomföra den behandling som anses nödvändig, utan att detta får utläsas av den allmänna bestämmelsen i 2 b §. Inte annat än i undantagsfall kan det tvång som används anses falla in under övriga bestämmelser om tvångsåtgärder i LPT eller rättfärdigas med stöd av nödrätten. Dessa brister är djupt otillfredsställande, och det finns enligt min mening behov av klargöranden från lagstiftarens sida. Utredningen har även visat på vissa svårigheter och brister när det gäller uppföljning och rapportering av de åtgärder som vidtas i samband med behandling enligt 17 § tredje stycket LPT.

Jag noterar vidare att de två regioner som har yttrat sig i ärendet har olika uppfattningar i fråga om vilket tillvägagångssätt – fasthållning eller fastspänning – som i allmänhet anses mest skonsamt och därför i första hand bör användas vid tillförelse av näring mot en patients vilja. Det kan av den anledning finnas behov av vägledning i dessa svåra frågor för att få en enhetlig tillämpning i hela landet. Här vill jag dock särskilt framhålla vikten av att patienten och patientens vårdnadshavare får information och möjlighet att uttrycka önskemål samt får dessa tillgodose i den mån det går. Det är också viktigt att åtgärden genomförs av erfaren personal med god kännedom om patienten och att patientens upplevelse av tvångsåtgärden går igenom vid det uppföljningssamtal som ska hållas efteråt (se 18 a § LPT). Det kan även möjliggöra att en eventuell ny tvångsåtgärd genomförs på ett mer skonsamt sätt.

Jag noterar i sammanhanget att Socialstyrelsen i en utredning bedömt att det föreligger ett behov av kunskapsstöd om åstörningar i form av nationella riktlinjer såväl som kunskapsstöd till hälso- och sjukvårdspersonal (se Socialstyrelsen, Kunskapsläget om vård av åstörningar, publicerad i november 2019, artikelnummer 2019-11-6439). Såvitt framkommit har något sådant arbete ännu inte slutförts.

4.4 Det enskilda fallet

IVO har utrett ett ärende om den patient vars förhållanden på BUP Stockholm låg till grund för det här initiativärendet. I sitt beslut har IVO uttalat viss kritik mot vårdgivarens behandling av patienten. Det har även framkommit att de rutiner för tvångssondning med stöd av LPT som inledningsvis tycks ha försvårat behandlingen av patienten nu har uppdaterats av SLSO. Mot den bakgrunden avstår jag från att göra några särskilda uttalanden om det enskilda fallet.

4.5 Avslutande synpunkter

Behandlingen av barn inom den psykiatriska heldygnsvården aktualiserar flera frågor som rör grundläggande fri- och rättigheter. Jag har i min utredning uppmärksammat att det finns oklarheter i flera centrala avseenden när det gäller behandlingen av dessa barn, bl.a. när det gäller barnets egen inställning i förhållande till vårdnadshavarnas ansvar för barnets hälso- och sjukvård, i vilka situationer det behövs ett beslut om vård enligt LPT för att vårda ett barn mot dess vilja och de närmare förutsättningarna för att ge barnet behandling utan samtycke med stöd av 17 § LPT. Min granskning har också visat att det inte är närmare reglerat vilket tvång som vårdpersonalen har rätt att använda för att få till stånd en behandling utan samtycke enligt 17 § tredje stycket LPT samt att det rättsliga stödet för den tvångsanvändning som faktiskt äger rum inom tvångsvården i dag kan ifrågasättas. Detta är djupt otillfredsställande.

Från ett rättssäkerhetsperspektiv är det givetvis angeläget att hälso- och sjukvårdslagsstiftningen är tydlig och tillämpas enhetligt över hela landet. Det är särskilt viktigt med tydliga regler och vägledande förbetsutalanden i de fall där ingripande beslut, om exempelvis behandling utan samtycke eller rent av med fysiskt tvång, inte kan överklagas och ytterligare ledning inte går att få genom rättspraxis på området. Konsekvenserna av den knapphändiga regleringen av barns rättsliga ställning inom hälso- och sjukvården blir att bedömningen av svåra frågor om grundläggande rättigheter överläts till sjukvårdspersonalen. Det är mycket otillfredsställande. Trots de förtydliganden som har gjorts, genom exempelvis bestämmelserna i patientlagen och 6 kap. 13 a § föräldrabalken, finns det enligt min mening behov av ytterligare klargöranden när det gäller förutsättningarna för vård och behandling av barn inom hälso- och sjukvården oberoende av barnets och vårdnadshavarnas vilja. Annars finns det en uppenbar risk för att barn inte får sina grundläggande behov tillgodosedda eller utsätts för rättsstridiga tvångsåtgärder.

Det har kommit till min kännedom att regeringen har gett en särskild utredare i uppdrag att se över vissa frågor enligt LPT och lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård, LRV, i syfte att ytterligare stärka barnrättsperspektivet, rättssäkerheten och säkerheten i vården för de personer som tvångsvårdas med stöd av LPT och LRV (se S 2021:02 Översyn av vissa frågor gällande den psykiatriska tvångsvården och den rättspsykiatriska vården och dir. 2021:36). Jag finner därför skäl att skicka en kopia av beslutet till utredningen för kännedom. Såvitt frangår av direktiven omfattar utredningens uppdrag dock endast vissa av de frågor som berörs i detta ärende.

Mot denna bakgrund finner jag även anledning att, enligt 4 § lagen (1986:765) med instruktion för Riksdagens ombudsmän, väcka frågan om en översyn av lagstiftningen som på ett mer fullständigt sätt kan komma till rätta med de brister som berörts. Jag överlämnar därför en kopia av detta beslut till regeringen.

Vad som i övrigt har kommit fram i ärendet föranleder inte några uttalanden från min sida.

Ärendet avslutas.

Kraven på läkarintyg för sjukpenning

En lagstridig begränsning av den allmänna sjukförsäkringen?

RUTH MANNELOVIST¹

1 Inledning

”Arbetet ger oss mening i livet”. Citatet är hämtat från en artikel i tidningen *Arbetsliv*, som är en branschtidning inom arbetsmiljöområdet.² I artikeln framhålls arbetets ekonomiska och socialpsykologiska funktioner. Arbetet anses bland annat vara viktigt för vår identitet, det skapar självkänsla och är en social markör. Vidare är arbete många gånger en förutsättning för att kunna ta del av det allmänna socialförsäkringssystemet, innehållande exempelvis sjuk- och pensionsförsäkring. Ja, man kan helt enkelt säga att arbete skapar välfärd, ur flera olika perspektiv. Skydd mot arbetets negativa aspekter, som dåliga arbetsvillkor, bristande arbetsmiljö med enformiga eller innehållslösa arbetsuppgifter, fysiskt krävande och belastande arbete, eller låga löner och begränsade möjligheter att påverka arbetet, förväntas begränsas av exempelvis arbetsrättslig lagstiftning och kompenseras genom ett väl utbyggt och inkluderande socialförsäkringssystem.

I ett pågående tvärvetenskapligt forskningsprojekt som handlar om rättsliga aspekter på ett hållbart arbetsliv har jag och två andra kollegor³ förmånen att få samarbeta med Örjan Edström.⁴ Med bredd och djup, inom såväl det rättsvetenskapliga som det samhällsvetenskapliga forskningsområdet, bidrar Örjan med entusiasm, reflektion, ambition och engagemang i projektet. Våra diskussioner har varit många – och intressanta – med analyser och problematiseringar av rättsliga och beteendevetenskapliga förutsättningar för ett hållbart arbetsliv.

¹ Professor vid Juridiska institutionen Umeå universitet.

² Tidningen *Arbetsliv* är en facktidning inom området arbetsmiljö. Utgivare är Prevent, en ideell förening inom arbetsmiljöområdet med Svenskt Näringsliv, LO och PTK som huvudmän. Artikeln är publicerad 7 augusti 2015.

³ Deltagande i projektet är, förutom Örjan och jag, Johan Holm vid Juridiska institutionen och Anita Pettersson-Strömbäck vid Institutionen för psykologi, Umeå universitet.

⁴ Projektet ”Ett hållbart arbetsliv – arbetsgivares rättsliga ansvar och faktiska åtgärder för förebyggande av ohälsa och rehabilitering” finansieras av Forte (dnr 2016-00792).

Förutom arbetsrättslig reglering, med arbetsmiljö och anställningsskydd som viktiga komponenter, återfinns rättsliga förutsättningar för ett hållbart arbetsliv också inom socialförsäkringsrätten. Utgångspunkten för såväl den rättsliga regleringen som forskningsprojektet är att *arbeta* utgör både en förutsättning för som en del av välfärden och socialförsäkringen, och då inte minst sjukförsäkringen.

Samtidigt kan vi notera att allt färre får ta del av just sjukförsäkringen, då allt fler anses sakna medicinska förutsättningarna för ersättning. En orsak till detta är Försäkringskassans krav på läkarintygets innehåll och utformning. Det här kapitlet handlar därför om en ytterst begränsad, men principiellt mycket central aspekt inom sjukförsäkringen, nämligen Försäkringskassans normering av läkarintyg för sjukpenning. Frågan är vilken normgivningskompetens Försäkringskassan egentligen har i detta avseende, och vilka konsekvenser som nuvarande myndighetsnormering medför?

Kapitlet inleds med en kort beskrivning av den del av sjukförsäkringen som utgörs av sjukpenning samt rättsliga aspekter på läkarintyg. Därefter diskuteras Försäkringskassans normering, och vilka konsekvenser normeringen medför och kapitlet avslutas med en kort reflektion omkring följderna för rätten, välfärden och individen.

2 Läkarintyg som förutsättning för sjukpenning

Sjukförsäkringen innehåller ett flertal ersättningstyper, där sjukpenning är den vanligaste. Sjukpenning är avsedd att täcka inkomstbortfall vid ”kortare” sjukfrånvaro, det vill säga frånvaro som sammanlagt understiger ett år som huvudregel.⁵ Rätten till ersättning förutsätter att den försäkrade har en nedsatt arbetsförmåga som beror på sjukdom och att nedsättningen kan styrkas med ett läkarintyg.⁶

Bedömningen av arbetsförmågan sker i olika steg i något som kallas rehabiliteringskedja.⁷ Den innebär att den nedsatta funktionsförmågan som sjukdomen resulterar i ska bedömas i relation till olika typer av arbeten i vissa lagstadgade tidsintervaller. Under de första 90 dagarna ska förmågan fastställas genom en prövning mot det ordinarie arbetet som en försäkrad har, eller andra arbeten som arbetsgivaren tillfälligt kan erbjuda. Efter 90 dagar vidgas bedömningsgrunden och då ska även andra arbeten som arbetsgivaren kan erbjuda ingå i prövningen. Ur arbetsrättsligt perspektiv betyder det att bedömningen görs

⁵ 27 kap. 21 § socialförsäkringsbalken (2010:110) SFB.

⁶ 27 kap. 2 § och 25 § SFB.

⁷ 27 kap. 46–49 §§ SFB.

mot arbete som arbetsgivaren erbjuder genom omplacering, med de nya arbetsvillkor som en omplacering kan innebära. Anses arbetstagaren ha arbetsförmåga för att klara ett sådant arbete förlorar hen sin ersättning från sjukförsäkringen (oavsett om hen accepterar omplaceringen).

Efter sex månader – eller 180 dagar – vidgas prövningen ytterligare och görs då i relation till normalt förekommande arbeten på arbetsmarknaden. Motivet till att vidga bedömningen att omfatta arbetsmarknaden är bland annat att försäkringen inte ska utgöra en yrkesförsäkring. Finns arbetsförmåga mot annat arbete förväntas den enskilde ställa sig till arbetsmarknadens förfogande, och har därmed inte längre någon rätt till ersättning.⁸

Ur rättsligt perspektiv behöver läkarintyget således innehålla både en medicinsk bedömning av sjukdomen och dess konsekvenser, samt en beskrivning av mot vilket arbete förmågan relateras.⁹ Läkarintyget förväntas således innehålla en reflektion över sjukdomens konsekvenser för att klara arbetet. Det finns emellertid också andra – av Försäkringskassans uppsatta – krav på läkarintyg för sjukpenning. Men hur förhåller sig med myndighetens rättsliga möjligheter att ställa ytterligare krav på läkarintyget?

3 Försäkringskassans normgivningskompetens för läkarintyg

Utöver den normeringsmakt som riksdagen och regeringen har enligt lag, kan riksdagen medge att regeringen överläter åt förvaltningsmyndigheter att meddela föreskrifter. Genom sådan subdelegering kan regeringen besluta om både omfattningen av den vidaredelegerade kompetensen och valet av myndighet (8 kap. 10 § RF). Regeringen har också rätt att i förordning delegera rätten att meddela verkställighetsföreskrifter och föreskrifter inom restkompetensen till underordnade myndigheter (8 kap. 11 § RF). Riksdagen kan inte påverka regeringens möjligheter att utnyttja denna delegeringsrätt på annat sätt än genom att lagstifta i ämnet.¹⁰

⁸ Prop. 1996/97:28 Kriterier för rätt till ersättning i form av sjukpenning och förutspension, s. 14 ff. Mannelqvist, Ruth (2019) Rättsfallskommentar: HFD 2018 ref. 51 (I och II). Normalt förekommande arbete på arbetsmarknaden, FT 2019, s. 119–125.

⁹ Se bl.a. Vahne Westerhäll, Lotta, Thorpenberg, Stefan, Jonasson, Magnus (2009) Läkarintyget i sjukförsäkringsprocessen: Styrning, legitimitet och bevisning samt Mannelqvist, Ruth (2012) Arbetsförmåga i sjukförsäkringen: Rätt och tillämpning.

¹⁰ Ds 1998:66 Gröna boken (Statsrådsberedningens riktlinjer för författningsskrivning), prop. 1973:90 Proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m., SOU 2008:42 Normgivningsmakten, Expertgrupp, Grundlagsutredningen.

Myndigheter är således behöriga att besluta om externt bindande föreskrifter, dock endast efter bemyndigande eller delegation från regeringen. Försäkringskassan har rätt att besluta om rättsligt bindande föreskrifter enligt bemyndigandeförordningen¹¹ och enligt annan lagstiftning, bland annat socialförsäkringsbalken^{12,13}. Bemyndigandeförordningen innehåller särskilda normgivningsbemyndiganden samt en rätt för Försäkringskassan att meddela verkställighetsföreskrifter.

Riksdagen har gett en subdelegation till regeringen när det gäller läkarintyg enligt 27 kap. 25 § 2 st. socialförsäkringsbalken. Delegationen är emellertid begränsad och omfattar endast möjligheten att medge undantag från skyldigheten att lämna läkarintyg från och med sjunde dagen efter sjukperiodens första dag, eller om den ska gälla från och med en annan dag. Den avser således inte innehållet i eller formen för ett läkarintyg.

I 2 § bemyndigandeförordningen ges Försäkringskassan befogenheten att meddela föreskrifter om bland annat skyldighet för den som har rätt till sjukpenning att lämna de uppgifter som är av betydelse för tillämpningen av socialförsäkringsbalken.¹⁴ Formuleringen av normgivningsbemyndigandet i 2 § tyder på att regeringen inte meddelat några egna föreskrifter i det aktuella hänseendet, varför avgränsningen av delegationen enligt socialförsäkringsbalken gäller.¹⁵

Försäkringskassan ges också rätt att meddela ytterligare föreskrifter om *verkställighet* av sjukpenning med mera.¹⁶ Verkställighetsföreskrifter ska i huvudsak avse regler av administrativ eller kompletterande karaktär som gäller tillämpningen av en lag eller förordning, och ska således inte tillföra regelverket något väsentligt nytt.¹⁷

Försäkringskassan har å sin sida reglerat undantaget från skyldigheten att lämna läkarintyg i en särskild föreskrift.¹⁸ Bestämmelserna står helt i överensstämmelse med den delegation som myndigheten tilldelats enligt socialförsäkringsbalken. I

¹¹ Förordning 1998:562 med vissa bemyndiganden för Försäkringskassan.

¹² SFS 2010:110.

¹³ För diskussion om normgivning inom socialförsäkringsområdet; Vahne Westerhäll, Lotta (2011) Maktdelegation och normgivning på socialförsäkringsområdet, i Relferd nr 4, s. 20–37.

¹⁴ Förutom sjukpenning omfattas föreskriftsrätten även andra ersättningar enligt 8–13 kap. eller 23–37 kap. SFB.

¹⁵ Ds 1998:66, s. 69 ff.

¹⁶ 3 § bemyndigandeförordningen.

¹⁷ Prop. 1973:90, s. 211. Se även Ds 2014:10 En tydligare beredning av myndighetsföreskrifter, samt Lavin, Rune (2008) Regeringsrätten och normkontrollen, i Festskrift till Hans-Heinrich Vogel.

¹⁸ 6–8b §§ Riksförsäkringsverkets föreskrifter (RFFS 1998:13) om kontroll i sjukpenningärenden och ersättning för merutgifter vid resa till och från arbetet, m.m.

samma föreskrift framgår att i ärenden om sjukpenning ska de formulär för läkarintyg och särskild läkarutlåtande som Försäkringskassan fastställt i samråd med Socialstyrelsen användas.¹⁹ Här har emellertid Försäkringskassan gått utöver den lagenliga normgivningen som tilldelats myndigheten, eftersom Försäkringskassans normering i detta avseende är begränsad enligt 27 kap. 25 § 2 st. socialförsäkringsbalken, som framgått ovan.

4 Konsekvenser av Försäkringskassans reglering av läkarintyget

Det är emellertid inte endast en bokstavstolkning av bestämmelsen i socialförsäkringsbalken som leder till slutsatsen att Försäkringskassan gått utöver sitt mandat för normgivning omkring läkarintyg för sjukpenning. Som framgått tidigare ska den försäkrade styrka hans eller hennes nedsatta arbetsförmåga på grund av sjukdom genom läkarintyg.²⁰ Bestämmelsen anger bevismedel (och beviskrav), där läkarintyget således i första hand får ses som den försäkrades bevismedel, även om det också omfattas av Försäkringskassans utredning och ingår därmed i myndighetens beslutsunderlag.²¹

I såväl Försäkringskassans handläggning som förvaltningsprocess gäller principerna om fri bevisföring och fri bevisprövning, vilken innebär att en försäkrad får föra in vilken bevisning som helst i ett mål eller ärende. Med detta följer också principen om fri bevisvärdering, det vill säga att det som regel inte bestäms vilket värde ett bevis ska ges eller vilka bevis som får beaktas i rättsregler.²² Kravet på att den försäkrade ska styrka sin rätt till ersättning genom ett läkarintyg som bevismedel innebär inget undantag från dessa principer, och Försäkringskassan kan därmed inte införa begränsningar genom formaliakrav eller krav på visst innehåll i läkarintygen.²³

Detta kan jämföras med det uttryckliga bemyndigande som Försäkringskassan har att meddela föreskrifter när det gäller krav på skriftliga utlåtanden som ska sammanställas vid försäkringsmedicinska utredningar.²⁴ En annan jämförelse är läkarintyg som utfärdas vid särskilda personutredningar vid brottmål, där det uttryckligen framgår att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer (i detta fall Rättsmedicinalverket i samråd med Socialstyrelsen) får meddela

¹⁹ 9 § RFFS 1998:13.

²⁰ 27 kap. 25 § 1 st. socialförsäkringsbalken.

²¹ 23 § förvaltningslagen (2017:900).

²² 35 kap. 1 § rättegångsbalken och 8 § förvaltningsprocesslagen.

²³ Se Vahlne Westerhäll, Thorpenberg och Jonasson (2009) och Mannelqvist (2012).

²⁴ 10 § 2 st. lagen (2018:744) om försäkringsmedicinska utredningar. Det är en utredningsform som har särskilt stöd i Försäkringskassans utredningsbefogenheter enligt 110 kap. 14 § SFB.

föreskrifter om innehåll och utformning av rättspsykiatriskt utlåtande samt så kallade §7-läkarintyg.²⁵ Motsvarande bemyndigande saknas när det gäller läkarintyg för sjukpenning. Bestämmelsen i föreskriften kan inte heller ses som en verkställighetsföreskrift, eftersom den dels går utanför det verkställande uppdraget, dels innebär att Försäkringskassan tillfört regleringen väsentliga inslag.

4.1 Krav på diagnoskod

Som konstaterats saknar Försäkringskassan normgivningskompetens att föreskriva om visst formulär för läkarintyg. I formuläret finns därtill krav på att läkaren måste ange den enskildes sjukdom i en så kallad diagnoskod. Formuläret för läkarintyg innehåller nämligen ett antal rutor som förväntas fyllas i av läkaren.²⁶ Enligt ruta 4 ska den eller de sjukdomar som orsakar nedsatt arbetsförmåga åtföljas av diagnoskoder, enligt ICD-10 SE. Det är den svenska versionen av en internationell sjukdomsklassifikation med förkortningen ICD, som är en statistisk klassifikation med diagnoskoder för att gruppera sjukdomar och dödsorsaker för att kunna göra översiktliga statistiska sammanställningar och analyser. Utöver sjukdomar innehåller den många olika former av relaterade hälsoproblem som kan förankra kontakt med hälso- och sjukvården, och klassifikationen är således inte en lista över godkända sjukdomar. Den är inte heller bindande för formuleringen av diagnoser som anges i patientjournaler eller annan medicinsk dokumentation.²⁷

Trots kodifikationen syften är uppgift om ICD-kod i läkarintyget en ”obligatorisk” uppgift som måste lämnas av läkaren. Det får därför antas att bedömningen av det socialförsäkringsrättsliga sjukdomsbegreppet i hög utsträckning baseras på de sjukdomar och hälsoproblem som återfinns i kodifikationen, vilket innebär en överhängande risk för att Försäkringskassans definition och tillämpning av sjukdomsbegreppet inte överensstämmer med gällande rätt.²⁸

4.2 Bedömning utifrån DFA-kedjan

Vidare innehåller läkarintyget krav på att bedömningen av arbetsförmågan görs utifrån den så kallade DFA-kedjan, det vill säga diagnos-funktion-aktivitet. DFA-

²⁵ Lag (1991:2041) om särskild personutredning i brottmål m.m.

²⁶ Läkarintyg för sjukpenning (FK 7804).

²⁷ Socialstyrelsen (2019) Internationell statistisk klassifikation av sjukdomar och relaterade hälsoproblem, Systematisk förteckning, Svensk version, del I-III.

²⁸ Se vidare Westerhäll-Gisselsson, Lotta (1983) Sjukdom och arbetsförmåga: Om rätten till sjukpenning samt Vahlne Westerhäll, Thorpenberg, Jonasson (2009).

kedjan lanserades som utredningsmetod för Försäkringskassan i en offentlig utredning år 2009, och bygger i stor utsträckning på ICF, det vill säga Internationell klassifikation av funktionsstillstånd, funktionshinder och hälsa. Till skillnad från ICD, som alltså utgör en klassifikation av sjukdomar, beskrivs ICF som en klassifikation av funktionsstillstånd och funktionshinder som sammanhänger med hälsotillstånd.²⁹ DFA-kedjan har sedan år 2010 införlivats i myndighetens utredningsmetodik samt lagts in som obligatoriska delar i läkarintyget genom rutorna 5 och 6.³⁰ Försäkringskassan använder DFA-kedjan för att fastställa en försäkrads nedsatta arbetsförmåga på grund av sjukdom.³¹ Den innebär att utöver att fastställa den nedsättning av funktioner som en sjukdom leder till, och hur den påverkar den försäkrades möjligheter att utföra sina arbetsuppgifter i arbetet eller på arbetsmarknaden, ska också förmågan till aktivitet beläggas. Vad som avses med aktivitet är inte helt klart, men i Försäkringskassans vägledning framgår att med aktivitetsbegränsning avses hur sjukdomens påverkan på den försäkrades funktioner begränsar förmågan till aktiviteter i det dagliga livet och olika arbetsmoment.³² Aktiviteten behöver således inte vara helt relaterad till arbete, utan kan även omfatta andra aspekter.

Här är det viktigt att understryka att det är en tydlig skillnad mellan en allmän funktions- eller aktivitetsförmåga, vilka omfattar olika livsområden, och arbetsförmåga, som avser en särskild aktivitet i ett specifikt sammanhang, nämligen de krav som återfinns i arbete eller på arbetsmarknaden. Bedömningen av rätten till ersättning kopplad till en allmän förmåga om aktivitet uppvisar istället övervägande gemensamma drag med behovsprövade ersättningar, exempelvis den tidigare handikappersättningen och den nu införda merkostnadsersättningen.³³ Även i dessa bedömningar hänvisar Försäkringskassan till DFA-kedjan.³⁴ Sammantaget innebär Försäkringskassans obligatoriska krav på att en försäkrads förmåga ska bedömas gentemot en generell aktivitetsförmåga vid sjukpenning att myndigheten infört ytterligare ett pseudo-rekvisit som saknar motsvarighet i den rättsliga regleringen. Rätten till sjukpenning ska bedömas i relation till den försäkrades förmåga att arbeta, och inte i relation till andra aktiviteter.

²⁹ Socialstyrelsen (2003) Klassifikation av funktionsstillstånd, funktionshinder och hälsa.

³⁰ SOU 2009:89 Gränsländer mellan sjukdom och arbete: Arbetsförmåga/Medicinska förutsättningar för arbete/Försörjningsförmåga. Slutbetänkande av Arbetsförmågeutredningen.

³¹ 27 kap. 2 § socialförsäkringsbalken.

³² Försäkringskassans Vägledning 2015:1 Sjukpenning, rehabilitering och rehabiliteringsersättning, Version 10, s. 232.

³³ 50 kap. SFB.

³⁴ Se Läkarutlåtande för omvårdnadsbidrag och merkostnadsersättning, FK 3220.

5 En begränsning av försäkringen och välfärden

Sammantaget kan konstateras att Försäkringskassans föreskrift begränsar såväl innehåll som utformning av läkarintyg för sjukpenning i relation till både bestämmelsen i 27 kap. 25 § socialförsäkringsbalken och grundläggande rättsprinciper om fri bevisföring, bevisprövning och bevisvärdering.³⁵ Försäkringskassan går därmed utanför den normgivningskompetens som ankommer myndigheten. Den utfärdade bestämmelsen står i strid med gällande rätt, eftersom det saknas rättsligt stöd att kräva särskild form eller särskilt formulär för läkarintyg för sjukpenning. Vidare saknas stöd i lagstiftning att kräva att det rättsliga begreppet sjukdom måste omdefinieras i diagnoskoder, eller att det ska finnas en beskrivning enligt DFA-kedjan för att sjukpenning ska utgå. Rätten till ersättning ska baseras på en bedömning av den försäkrades nedsatta arbetsförmåga på grund av sjukdom och kraven på diagnoskod och DFA-kedja innebär att förvaltningsmyndigheten gått utanför de rättsliga ramarna som uppställts i socialförsäkringsbalken och därmed utanför sitt uppdrag. Reglering av form och innehåll i läkarintyget för sjukpenning är således inte förenligt med svensk gällande rätt.

För den enskilde blir konsekvensen att det sker en urholkning av principen om fri bevisföring, vilket i sin tur kan leda till att rätten till ersättning begränsas. Men det här riskerar också att omvandla sjukförsäkringen till en behovsprövad ersättning utan närmare koppling till arbete, något som i förlängningen urholkar välfärden och undergräver förutsättningarna för ett hållbart arbetsliv.

³⁵ 9 § Riksförsäkringsverkets föreskrift (RFFS 1998:13) om kontroll i sjukpenningärenden och ersättning för merutgifter vid resa till och från arbetet m.m.

D. Violence against children (arts. 19, 24, para. 3, 28, para. 2, 34, 37 (a) and 39)

Torture and other cruel or degrading treatment or punishment

25. The Committee is seriously concerned about the practice of solitary confinement of children in conflict with the law in remand prisons and police cells and about the large number of children in the latter, as well as about the coercive and involuntary treatments inflicted on children with disabilities in mental health-care settings, in particular the use of restraining straps or belts for up to two hours, and of seclusion.

26. **With reference to the Committee's general comment No. 8 (2006) on the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment, and its general comment No. 13 (2011) on the right of the child to freedom from all forms of violence, the Committee urges the State party to:**

(a) **Immediately remove all children from solitary confinement, and revise its legislation to prohibit the use of solitary confinement in all circumstances;**

(b) **Legally prohibit the use of straps or belts and of seclusion in mental health-care settings and in any other institution;**

(c) **Ensure that children in all care institutions have access to an independent complaints mechanism, that the conditions in such institutions are regularly and effectively monitored, and that reports of cruel, inhuman or degrading treatment of detained children are promptly and impartially investigated;**

(d) **Provide training to medical and non-medical staff on non-violent and non-coercive methods of care;**

(e) **Standardize the reporting mechanisms of the police concerning children detained in police cells.**

Abuse and neglect

27. The Committee welcomes the appointment in 2012 of a national coordinator to combat domestic violence. The Committee is concerned however about the significant rise in child abuse, especially of children up to 6 years of age, and is disappointed that only a few reports of such abuse result in prosecution. Furthermore, the Committee notes with concern that:

(a) Child victims of abuse and neglect frequently experience difficulties in accessing rehabilitation services and mental health care, notably due to the lack of clarity as to the care chain in large parts of the State party;

(b) Personnel in schools and institutions are not properly trained to recognize the early signs of abuse and neglect, a situation which results in only a few cases being reported to social services.

28. **The Committee recommends that the State party take all the necessary measures to create a coherent and coordinated child protection system and to further strengthen awareness-raising and education programmes, including campaigns, with the involvement of children, in order to encourage the reporting of cases of child abuse and violence against children, and to formulate a comprehensive strategy for preventing and combating child abuse and neglect, and:**

(a) **To allocate adequate human, technical and financial resources for the implementation of long-term programmes to address the root causes of violence and abuse;**

remedying violence and/or abuse for children in care are available; and that placement decisions are regularly reviewed;

(b) Strengthen the rule of law in all operations of the National Board of Institutional Care (SiS), including by addressing the application of coercive measures and violence, and ensure provision of customised care for all children in alternative care including regular access to psychiatric support;

(c) Increase the number and strengthen the capacity of professionals working with families and children, in particular social workers, to ensure customised support, to enhance their awareness of the specific needs of children in alternative care and to guarantee respect for children's views;

(d) Allocate sufficient financial, technical and human resources to social services and improve their collaboration with education and health authorities;

(e) Ensure that foster care is available, especially for very young children, strengthen its system of foster care, including through regular review of placements, and provide continuous training, support and counselling for foster families and parents of children who return to their families after being placed in alternative care;

(f) Strengthen measures aimed at providing education, skills and opportunities for social reintegration and independent living for children leaving alternative care.

Children of incarcerated parents

30. The Committee recommends that the State party strengthen the capacity of municipalities to provide information and assistance to children with incarcerated parents and support to maintain regular personal contact with parents.

F. Children with disabilities (art. 23)

31. The Committee recommends that the State party:

(a) Ensure the right of children with disabilities to be heard and to receive appropriate communication support in all decision-making that affect them, that all decisions are based on individual assessments and that information on the basis for decisions is accessible;

(b) Reinforce the support for social inclusion and individual development of children with disabilities, including by strengthening their access to personal assistance, rehabilitation and assistive devices;

(c) Increase the number of support teachers and build the capacities of parents, teachers and other professionals to recognize the needs of children with disabilities and in particular the value of inclusive education.

G. Basic health and welfare (arts. 6, 18 (3), 24, 26, 27 (1)–(3) and 33)

Health and health services

32. The Committee recommends that the State party:

(a) Strengthen measures, including through training for health-care professionals, to ensure prompt and efficient access to high-quality health services for children in disadvantaged or marginalized situations, including children in alternative care, children living in poverty, asylum-seeking and refugee children and children who do not identify with the gender given to them at birth;

(b) Raise awareness of the importance of breastfeeding among families and monitor the implementation of the International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes.

Mental health

33. Noting with concern the prevalence of depression, anxiety and self-harm among children, and long waiting lists for children seeking mental health services, the Committee recommends that the State party:

(a) Strengthen mental health services and programmes for children, including by ensuring: (i) the availability of therapeutic mental health services in schools and within communities in all regions; (ii) a sufficient number of qualified professionals, including child psychologists and psychiatrists, to meet children's mental health needs in a timely manner; and (iii) that such services are tailored to address the specific needs of girls, asylum-seeking and refugee children, children with disabilities, and lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex children;

(b) Invest in preventive measures, address the underlying causes of suicide and poor mental health among children, and ensure that children's perspectives are included in the development of response services available for them;

(c) Ensure that the prescription of drugs for children, including for anxiety, depression, psychosomatic disorders and attention deficit hyperactivity disorder is used only when strictly medically indicated and after an individualized assessment of the best interests of the child, and that medical practitioners, children and their parents are properly informed about non-medical alternatives and possible side effects associated with such drugs;

(d) Provide community-based education and support to parents of children with mental health issues including periodic home visits.

Adolescent health

34. Recalling its general comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, the Committee recommends that the State party:

(a) Ensure that all children receive age-appropriate sexual and reproductive health education that includes education on gender equality, sexual diversity, sexual and reproductive health rights and violence prevention;

(b) Strengthen efforts to prevent and address the incidence of drug, alcohol and tobacco use by adolescents especially in schools, and ensure the early identification and adequate referral of adolescents requiring treatment;

(c) Ensure that children and adolescents with gaming disorders, gambling addiction or other forms of online addiction receive the necessary help and support.

Impact of climate change on the rights of the child

35. While commending the State party for reducing greenhouse gas emissions between 1990 and 2020 by 29 per cent and for adopting a Climate Act and climate policy action plans, the Committee recommends that the State party:

(a) Ensure that national policies and programmes on climate change and mitigation and adaptation are implemented in accordance with the rights of the Convention and take into account the urgency of children's needs and views;

(b) Promote, with the active participation of schools, children's awareness of and preparedness for climate change, including by incorporating the subject into school curricula and teacher training programmes;

(c) Undertake legislative and other measures to uphold its extraterritorial obligations concerning impacts on the environment that affect children's rights abroad, including in the context of business operations and international cooperation operating in or managed from the State party's territory.



UPPSALA
UNIVERSITET

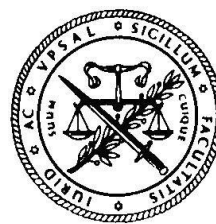
Kompendium i speciell förvaltningsrätt

Migrationsrätt

Terminskurs 6



Uppsala universitet
Juridiska institutionen
Fr.o.m. VT 2024



Innehållsförteckning

Migrationsrätt

EU-domstolens dom mål C-465/07 <i>Elgafaji</i> , 17 februari 2009	s. 207
EU-domstolens dom i mål C-285/12 <i>Diakite</i> , 30 januari 2014	s. 213
EU-domstolens dom i mål C-901/19, <i>Bundesrepublik Deutschland</i> , 10 juni 2021	s. 217
Migrationsverkets rättsliga ställningstagande RS 042/2021 angående prövning av internationellt skydd vid urskillningslöst våld av sådan art att alla och envar riskerar att drabbas	s. 223
MIG 2013:2	s. 227
MIG 2015:18	s. 231
MIG 2018:14	s. 235
MIG 2022:9	s. 237
Prop. 2023/24:18 s. 10-21	s. 239
Skyddsgrundsdirektivet	s. 245

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)
den 17 februari 2009 (*)

"Direktiv 2004/83/EG – Miniminormer för beviljande av flyktingstatus eller status som alternativt skyddsbehövande – Personer som kan komma i åtnjutande av alternativt skydd – Artikel 2 e – Verklig risk att utsättas för allvarliga hot – Artikel 15 c – Allvarligt och personligt hot mot en civilpersoners liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt – Bevis "

I mål C-465/07,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artiklarna 68 EG och 234 EG, framställd av Raad van State (Nederländerna) genom beslut av den 12 oktober 2007, som inkom till domstolen den 17 oktober 2007, i målet

M. E.,

N. E.
mot

Staatssecretaris van Justitie,

meddelar
DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts och M. Ilešič samt domarna G. Arestis, A. Borg Barthet, J. Malenovský, U. Lohmus och L. Bay Larsen (referent),

generaldoktorat: M. Poiares Maduro,
justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,
efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 8 juli 2008,
med beaktande av de ytranden som avgetts av:
– M. och N. E., genom A. Hekman, advocaat,

- Nederländernas regering, genom C. Wissels och C. ten Dam, båda i egenskap av ombud,
 - Belgiens regering, genom C. Pochet och L. Van den Broeck, båda i egenskap av ombud,
 - Greklands regering, genom M. Michelogiannaki, T. Papadopoulos och G. Papagianni, samtliga i egenskap av ombud,
 - Frankrikes regering, genom J.-C. Nolle, i egenskap av ombud,
 - Italiens regering, genom R. Adam, i egenskap av ombud, biträdd av P. Gentili, avvocato dello Stato,
 - Finlands regering, genom J. Heliskoski, i egenskap av ombud,
 - Sveriges regering, genom S. Johansson och C. Meyer-Seitz, båda i egenskap av ombud,
 - Förenade kungarikets regering, genom V. Jackson, i egenskap av ombud, biträdd av S. Wordsworth, barrister,
 - Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Condou-Durande och R. Troosters, båda i egenskap av ombud,
- och efter att den 9 september 2008 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 15 c i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet (EUT L 304, s. 12, och rättselse EUT L 204, 2005, s. 24) (nedan kallat direktivet), jämförd med artikel 2 e i samma direktiv.
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan M. och N. E. (nedan kallade makarna E.), båda irakiska medborgare, och å andra sidan Staatssecretaris van Justitie, angående den sistnämndes avslag på makarnas ansökan om tidsbegränsat uppehållstillstånd i Nederländerna.

Tillämpliga bestämmelser

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

3 I artikel 3 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), föreskrivs följande under rubriken "Förbud mot tortyr":

"Ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning."

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

4 I skäl 1 i direktivet anges följande:

"En gemensam asylpolitik, som omfattar ett gemensamt europeiskt asylsystem, utgör en integrerande del av Europeiska unionens mål att gradvis inrätta ett område med frihet, säkerhet och rättvisa som är öppet för personer som tvingade av omständigheterna söker skydd inom Europeiska gemenskapen på laglig väg."

5 Skäl 6 i direktivet har följande lydelse:

"Huvudsyftet med detta direktiv är dels att garantera att medlemsstaterna tillämpar gemensamma kriterier för att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd, dels att garantera att en miniminivå av förmåner är tillgänglig för dessa personer i samtliga medlemsstater."

6 I skäl 10 i direktivet stadgas följande:

"Detta direktiv står i överensstämmelse med de grundläggande rättigheter och principer som erkänns särskilt i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [vilken proklamerades i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s.1)]. Direktivet syftar särskilt till att säkerställa full respekt för den mänskliga värdigheten och de asylsökandes och deras medföljande familjemedlemmars rätt till asyl."

7 Skälen 24–26 har följande lydelse:

"24) Det bör även fastställas miniminormer för definitionen och innebörden av status som alternativt skyddsbehövande. Status som alternativt skyddsbehövande bör fungera som ett komplement till den status för skydd av flyktingar som finns i Genèvekonventionen [angående flyktingars rättsliga ställning, undertecknad i Genève den 28 juli 1951].

25) Det är nödvändigt att införa kriterier för att fastställa vilka av dem som ansöker om internationellt skydd som är berättigade till status som alternativt skyddsbehövande. Kriterierna bör hämtas från de internationella förpliktelserna enligt instrumenten för mänskliga rättigheter och från medlemsstaternas praxis.

26) Risker som en befolkningsgrupp i ett land eller ett segment av befolkningen överlag är utsatta för utgör i normalfallet i sig inte ett personligt hot som kan betecknas som allvarlig skada."

8 I artikel 1 i direktivet föreskrivs följande:

"Syftet med detta direktiv är att införa miniminormer för när tredjelandsemborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd och innehålls i det beviljade skyddet."

9 Enligt artikel 2 c, e och g används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

" ...

c) '*flykting*': en tredjelandsemborgare som med anledning av välgrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, religion, nationalitet, politisk åskådning eller tillhörighet till viss samhällsgrupp befinner sig utanför det land där han eller hon är medborgare och som inte kan eller på grund av sin fruktan inte vill begagna sig av det landets skydd, ...

" ...

e) '*person som uppfyller kraven för att betecknas som alternativt skyddsbehövande*': en tredjelandsemborgare eller statslös person som inte uppfyller kraven för att betecknas som flykting, men där det finns grundad anledning att förmoda att den berörda personen, om han eller hon återsänds till sitt ursprungsland, eller, i fråga om en statslös person, till det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort, skulle utsättas för en verklig risk att lida allvarlig skada enligt artikel 15 ... och som inte kan, eller på grund av en sådan risk inte vill begagna sig av det landets skydd.

" ...

g) '*ansökan om internationellt skydd*': en ansökan om skydd som ges in till en medlemsstat av en tredjelandsemborgare eller statslös person och där det finns skäl att anta att personen söker flyktingstatus eller status som alternativt skyddsbehövande ..."

10 Enligt artikel 4.1, 4.3 och 4.4 i direktivet, som återfinns i kapitel II under rubriken "Bedömning av ansökningar om internationellt skydd", gäller följande:

– Medlemsstaterna får betrakta det som den sökandes skyldighet att så snart som möjligt lägga fram alla faktorer som behövs för att styrka ansökan om internationellt skydd.

– Bedömningen av en ansökan om internationellt skydd ska vara individuell. Flera omständigheter beträffande ursprungslandet vid den tidpunkt då beslut fattas om ansökan och beträffande sökandens personliga ställning och förhållanden ska beaktas.

– Det faktum att den sökande redan har varit utsatt för allvarlig skada, eller för direkta hot om sådan skada, är en allvarlig indikation på att det finns en verklig risk för att sökanden kommer att lida allvarlig skada.

11 Artikel 8.1 i samma kapitel har följande lydelse:

"Medlemsstaterna får som ett led i bedömningen av en ansökan om internationellt skydd besluta att en sökande inte är i behov av internationellt skydd om det i en del av ursprungslandet inte finns någon välgrundad fruktan för förföljelse eller någon verklig risk för att lida allvarlig skada, och sökanden rimligen kan förväntas uppehålla sig i den delen av landet."

12 Artikel 15 i direktivet återfinns i kapitel V under rubriken "Förutsättningar för att betraktas som alternativt skyddsbehövande". I denna artikel föreskrivs följande under rubriken "Allvarlig skada"

"Allvarlig skada utgörs av

- a) dödsstraff eller avrättning,
 - b) tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning av en sökande i ursprungslandet, eller
 - c) allvarligt och personligt hot mot en civilpersonens liv eller lem på grund av urskilningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt."
- 13 Enligt artikel 18 i direktivet ska medlemsstaterna bevilja en tredjelandsmedborgare eller en statslös person status som alternativt skyddsbehövande om han eller hon uppfyller kraven för att betecknas som alternativt skyddsbehövande enligt kapitlet II och V.

De nationella bestämmelserna

14 I artikel 29.1 b och d i utlänningslagen från år 2000 (Vreemdelingenwet 2000) (nedan kallad Vw 2000) föreskrivs följande:

"Ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt artikel 28 får beviljas en utlänning om

...

b) han eller hon visar att det föreligger grundad anledning att förmoda att vederbörande vid en avvisning skulle löpa en verklig risk att utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning,

...

d) det på grund av det allmänna läget i hans eller hennes ursprungsland av ministern bedöms som särskilt farligt för vederbörande att återvända dit."

15 I punkt C 1/4.3.1 i utlänningscirkuläret från år 2000 (Vreemdelingencirculaire 2000), i den lydelse som gällde den 20 december 2006, anges följande:

"Enligt artikel 29.1 b i [Vw 2000] ska ett uppehållstillstånd beviljas en utlänning om han eller hon visar att det föreligger grundad anledning att förmoda att vederbörande vid en avvisning skulle löpa en verklig risk att

utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.

Denna bestämmelse har sitt ursprung i artikel 3 [i Europakonventionen]. Att återsända en person till ett land där han eller hon löper en verklig risk ('real risk') att utsättas för en sådan behandling utgör således en överträdelse av denna artikel. Om en sådan verklig risk har visats eller visas föreligger ska ett tidsbegränsat uppehållstillstånd (asy) i princip utfärdas.

..."

16 En ny artikel 3.105 d infördes i 2000 års utlänningsförordning (Vreemdelingenbesluit 2000) för att, med verkan från den 25 april 2008, uttryckligen införliva artikel 15 c i direktivet.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

17 Den 13 december 2006 ansökte makarna E. om tidsbegränsat uppehållstillstånd i Nederländerna. I ansökan angavs omständigheter för att styrka att de skulle löpa en verklig risk om de avvisades till sitt ursprungsland, Irak. Till stöd för sin argumentation åberopade de uppgifter avseende sin personliga ställning och förhållanden.

18 De anförde bland annat att M.E. är shiit och att han från augusti 2004 till september 2006 arbetade för ett brittiskt företag som ansvarar för säkerheten vid persontransporter mellan flygplatsen och den "gröna zonen". De har vidare gjort gällande att M.E.s farbror, anställd inom samma företag, döddes av milismän och att det i dödsfallsintyget angavs att han avled i en terroristattack. Kort tid därefter fästes ett hotbrev på dörren till den bostad som M.E. delade med sin maka N.E., som är sunnit. I hotbrevet stod "död åt kollaboratörerna".

19 Genom olika beslut av den 20 december 2006 avslog Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie (ministern för utlännings- och integrationsfrågor, nedan kallad ministern), som var behörig att avgöra utlänningsärenden fram till den 22 februari 2007 då behörigheten övergick på Staatssecretaris van Justitie, makarna E:s ansökningar om tidsbegränsat uppehållstillstånd. Han ansåg bland annat att de åberopade omständigheterna inte hade styrkts i tillräcklig utsträckning och följaktligen att de inte visat att det förelåg en verklig risk för att de skulle utsättas för allvarliga och personliga hot vid avvisning till sitt ursprungsland. Deras situation omfattades därför enligt ministern inte av tillämpningsområdet för artikel 29.1 b i Vw 2000.

20 Enligt ministern är bevisbördan densamma för skydd enligt artikel 15 b i direktivet som för skydd enligt artikel 15 c. Asylsökande ska, enligt dessa bestämmelser och i likhet med vad som föreskrivs i artikel 29.1 b i Vw 2000, styrka sin personliga situation samt att de riskerar att utsättas för allvarliga och personliga hot om de avvisas till sitt ursprungsland. Då makarna E. inte inkommit med någon sådan

bevisning enligt artikel 29.1 b i Vw 2000 kan de inte med framgång återropa artikel 15 c i direktivet.

21 Sedan deras ansökan om tidsbegränsat uppehållstillstånd avslägs överklagade makarna E. till Rechtbank te' s-Gravenhage, som biföll deras talan.

22 Nämnda domstol kom fram till att artikel 15 c i direktivet gäller situationer då det föreligger en väpnad konflikt i den skyddsökandes ursprungsland och att det inte krävs att hotet ska vara riktat mot en viss person i lika hög grad som enligt artikel 15 b och artikel 29.1 b i Vw 2000. Det är således lättare att bevisa att det föreligger ett allvarligt och personligt hot mot de personer som ansöker om skydd med stöd av artikel 15 c i direktivet jämfört med dem som ansöker om skydd med stöd av artikel 15 b.

23 Rechtbank te' s-Gravenhage upphävde därför besluten av den 20 december 2006 att inte bevilja makarna E. tidsbegränsat uppehållstillstånd, då beviskravet enligt artikel 15 c i direktivet hade anpassats till beviskravet vid tillämpning av artikel 15 b, vilket krav även upptagits i artikel 29.1 b i Vw 2000.

24 Enligt denna domstol borde ministern ha undersökt om det fanns skal att bevilja makarna E. ett tidsbegränsat uppehållstillstånd med stöd av artikel 29.1 d i Vw 2000 på grund av att det förelåg allvarliga hot enligt artikel 15 c i direktivet.

25 Sedan detta avgörande hade överklagats till Raad van State fann denna domstol att de relevanta bestämmelserna i direktivet gav upphov till tolkningsvägrigheter. Raad van State fann vidare att artikel 15 c här inte hade införts med nederländsk rätt den 20 december 2006 då ministerns omtvistade beslut antogs.

26 Under dessa omständigheter beslutade Raad van State att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Ska artikel 15 ... c i direktivet ... tolkas så, att bestämmelsen endast ger skydd i en situation som även omfattas av artikel 3 i [Europakonventionen], såsom denna tolkats i rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna eller ger förstnämnda bestämmelse, i jämförelse med artikel 3 i [Europakonventionen], ett kompletterande eller annat skydd?

2) Om artikel 15... c i direktivet i jämförelse med artikel 3 i [Europakonventionen] ger ett kompletterande eller annat skydd, vilka kriterier ska i sådant fall användas för att bedöma huruvida en person, som hävdar att han eller hon ska betecknas som alternativt skyddsbehövande, löper en verklig risk att utsättas för allvarligt och personligt hot på grund av urskillningslöst våld i den mening som avses i artikel 15 ... c, jämförd med artikel 2 ... e, i direktivet?"

Prövning av tolkningsfrågorna

27 Det finns inledningsvis anledning att påpeka att den hänskjutande domstolen önskar få förtydligat vilket skydd som garanteras enligt artikel 15 c i direktivet i förhållande till det skydd som ges enligt artikel 3 i Europakonventionen, såsom denna tolkats av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna i sin rättspraxis (se bland annat Europadomstolens dom av den 17 juli 2008 i målet NA, mot Förenade kungariket, ännu inte publicerad i *Recueil des arrêts et décisions*, §§ 115–117 och där angiven rättspraxis).

28 Även om den grundläggande rättighet som föreskrivs i artikel 3 i Europakonventionen utgör en allmän gemenskapsrättslig princip vars efterlevnad domstolen ska säkerställa och även om rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna beaktas vid tolkningen av denna rättighets omfattning inom gemenskapernas rättsordning, är det emellertid artikel 15 b i direktivet som i huvudsak motsvarar nämnda artikel 3. Innehållet i artikel 15 c i direktivet skiljer sig däremot från innehållet i artikel 3 i Europakonventionen. Bestämmelsen ska därför ges en självständig tolkning samtidigt som de i Europakonventionen garanterade grundläggande rättigheterna iakttas.

29 De ställda frågorna, som ska prövas tillsammans, avser således tolkningen av artikel 15 c i direktivet, jämförd med artikel 2 e i detsamma.

30 Med hänsyn till dessa inledande synpunkter och mot bakgrund av omständigheterna i det nationella målet ska den hänskjutande domstolen anses ha ställt frågorna för att få klarhet i huruvida artikel 15 c i direktivet jämförd med artikel 2 e i detsamma ska tolkas så, att det, för att ett allvarligt och personligt hot ska anses föreligga mot liv eller lem för en person som ansöker om alternativt skydd, krävs att denne visar att hoten är specifikt riktade mot honom på grund av omständigheter som är hänförliga till hans situation. Om frågan besvaras nekande, vill den hänskjutande domstolen få klarhet i vilka kriterier som ska tillämpas för att fastställa att sådana hot föreligger.

31 För att besvara frågan ska domstolen jämföra de tre olika typer av allvarliga hot som anges i artikel 15 i direktivet, vilka utgör förutsättningar för att en person ska kunna betraktas som alternativt skyddsbehövande då det, i enlighet med artikel 2 e i samma direktiv, finns grundad anledning att förmoda att den berörda personen, om han eller hon återsänds till sitt ursprungsland, skulle utsättas för en "verklig risk att lida [sådan] skada".

32 Det ska härvid påpekas att uttrycken "dödsstraff", "avrättning" och "tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning av en sökande", som används i artikel 15 a och b i direktivet, avser situationer då det finns en specifik risk för att den som ansöker om alternativt skydd kommer att lida en viss typ av skada.

33 Den typ av skada som definieras i artikel 15 c i direktivet och som avser "allvarligt och personligt hot mot en [sökandes] liv eller lem" avser däremot en mer generell risk för skada.

34 Den bestämmelsen rör nämligen mer allmänt "hot mot en ... persons liv eller lem", snarare än specifikt våld. Dessa hot ska dessutom vara följden av en allmän situation av "internationell eller intern väpnad konflikt".

Det aktuella våldet som ligger bakom hoten ska slutligen vara "urskillningslöst", vilket innebär att det kan riktas mot människor utan hänsyn till deras personliga situation.

35 I detta sammanhang ska uttrycket "personligt" förstås så, att det avser angrepp som riktas mot civilpersoner utan hänsyn till deras identitet när det urskillningslösa våld som kännetecknar den pågående väpnade konflikten – vilket våld ska bedömas av de behöriga nationella myndigheter som ska ta ställning till en ansökan om alternativt skydd eller av domstolar i en medlemsstat som har att pröva ett överklagande av ett beslut om avslag på en sådan begäran – är så allvarligt att det finns grundad anledning att förmoda att en civilperson om han eller hon återsändes till det aktuella landet eller, i förekommande fall, till den aktuella regionen, genom sin blotta närvaro där, skulle löpa en verklig risk att utsättas för sådana allvarliga hot som avses i artikel 15 c i direktivet.

36 Denna tolkning innebär att artikel 15 c i direktivet ges ett eget tillämpningsområde och motsägs inte av ordalydelsen i skäl 26, vari anges att "frisker som en befolkningsgrupp i ett land eller ett segment av befolkningen överlag är utsatta för utgör i normalfallet i sig inte ett personligt hot som kan betecknas som allvarlig skada".

37 Enligt detta skäl är det förvisso i princip inte tillräckligt att objektivt konstatera att det föreligger en risk som sammanhänger med den allmänna situationen i ett land för att villkoren i artikel 15 c i direktivet ska vara uppfyllda avseende en viss person. Genom att uttrycket "i normalfallet" används i bestämmelsen görs emellertid en reservation för det fall då det föreligger en exceptionell situation som kännetecknas av så allvarliga risker att det finns grundad anledning att förmoda att den berörda personen personligen skulle utsättas för risken i fråga.

38 Att situationen ska vara exceptionell bekräftas även av att det aktuella skyddet är alternativt och av systematiken i artikel 15 i direktivet. De skador som anges i artikel 15 a och b kräver nämligen en tydlig individualisering. Det är förvisso riktigt att kollektiva omständigheter spelar en viktig roll för tillämpning av artikel 15 c i direktivet, på så sätt att den berörda personen, i likhet med andra, tillhör en grupp potentiella offer för urskillningslöst våld vid en väpnad inre eller internationell konflikt. Bestämmelsen ska dock ges en systematisk tolkning med beaktande av de andra situationer som avses i nämnda artikel 15 och således tolkas på ett sätt som i hög grad beaktar denna individualisering.

39 Det ska i detta avseende påpekas att ju lättare den sökande har för att visa att hoten är specifikt riktade mot honom på grund av omständigheter som är hänförliga till hans situation desto lägre krav ställs på det urskillningslösa våldet för att vederbörande ska komma i åtnjutande av alternativt skydd.

40 Det ska vidare tilläggas att följande omständigheter kan beaktas vid den individuella bedömningen av en ansökan om alternativt skydd enligt artikel 4.3:

- Det urskillningslösa våldets geografiska utbredning samt den sökandes verkliga destination om han eller hon återsänds till det aktuella landet, såsom framgår av artikel 8.1 i direktivet.

- Huruvida det i förekommande fall finns en allvarlig indikation på att en verklig risk av den typ som avses i artikel 4.4 i direktivet föreligger. Om det föreligger en sådan indikation kan kravet på urskillningslöst våld för att komma i åtnjutande av alternativt skydd sänkas.

41 Vad gäller det nu aktuella målet emmar domstolen slutligen om att även om artikel 15 c i direktivet inte uttryckligen införivats med det nationella rättssystemet förrän efter det att de omständigheter som gett upphov till tvisten vid den hänskjutande domstolen ägt rum, ankommer det på den sistnämnda att tolka nationell rätt, i synnerhet artikel 29.1 b och d i Vw 2000, på ett sätt som överensstämmer med direktivet.

42 Enligt fast rättspraxis är nämligen den nationella domstolen vid tillämpningen av nationell rätt, oavsett om det rör sig om bestämmelser som antagits före eller efter ett direktiv, skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås och därmed agera i överensstämmelse med artikel 249 tredje stycket EG (se, bland annat, dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, *Marleasing*, REG 1990, s. I-4135, punkt 8, svensk specialutgåva, volym 10, s. 575, och av den 24 juni 2008 i mål C-188/07, *Commune de Mesquer* (REG 2008, s. I-0000), punkt 84).

43 Med hänsyn till samtliga ovan redovisade överväganden ska de frågor som ställts besvaras enligt följande. Artikel 15 c i direktivet, jämförd med artikel 2 e i samma direktiv, ska tolkas så

- att det, för att ett allvarligt och personligt hot ska anses föreligga mot liv eller lem för en person som ansöker om alternativt skydd, inte krävs att sökanden visar att hoten är specifikt riktade mot honom på grund av omständigheter som är hänförliga till hans personliga situation,

- att förekomsten av sådana hot i undantagsfall kan anses styrkt när det urskillningslösa våld som kännetecknar den pågående väpnade konflikten – vilket våld ska bedömas av de behöriga nationella myndigheter som ska ta ställning till en ansökan om alternativt skydd eller av domstolar i en medlemsstat som har att pröva ett överklagande av ett beslut om avslag på en sådan begäran – är så allvarligt att det finns grundad anledning att förmoda att en civilperson om han eller hon återsändes till det aktuella landet eller, i förekommande fall, till den aktuella regionen, genom sin blotta närvaro där, skulle löpa en verklig risk att utsättas för sådana hot.

44 Det ska slutligen tilläggas att den tolkning av artikel 15 c i direktivet, jämförd med artikel 2 e i samma direktiv, som följer av ovanstående punkter till fullo överensstämmer med Europakonventionen, inklusive rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna beträffande artikel 3 i Europakonventionen (se särskilt målet NA mot Förenade kungariket, §§ 115–117 och där angiven rättspraxis).

Rättegångskostnader

45 Eftersom förbandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

Artikel 15 c i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållit i det beviljade skyddet, jämförd med artikel 2 e i samma direktiv, ska tolkas på följande sätt:

- För att ett allvarligt och personligt hot ska anses föreligga mot liv eller lem för en person som söker om alternativt skydd krävs inte att denne visar att hoten är specifikt riktade mot honom på grund av omständigheter som är hänförliga till hans personliga situation.
- Förekomsten av sådana hot kan i undantagsfall anses styrkt när det urskillningslösa våld som kännetecknar den pågående väpnade konflikten – vilket våld ska bedömas av de behöriga nationella myndigheter som ska ta ställning till en ansökan om alternativt skydd eller av domstolar i en medlemsstat som har att pröva ett överklagande av ett beslut om avslag på en sådan begäran – är så allvarligt att det finns grundad anledning att förmoda att en civilperson om han eller hon återsändes till det aktuella landet eller, i förekommande fall, till den aktuella regionen, genom sin blotta närvaro där, skulle löpa en verklig risk att utsättas för sådana hot.

Underskrifter

² Rättegångspråk: nederländska.

den 30 januari 2014 (6)

”Direktiv 2004/83/EG – Miniminormer för när flyktingstatus eller status som alternativt skyddsbehövande ska beviljas – Person som uppfyller kraven för att betecknas som alternativt skyddsbehövande – Artikel 15 c – Allvarigt och personligt hot mot en civilpersoners liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av väpnad konflikt – Begreppet intern väpnad konflikt – Självständig tolkning i förhållande till internationell humanitär rätt – Bedömningskriterier”

I mål C-285/12,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Conseil d'État (Belgien) genom beslut av den 16 maj 2012, som inkom till domstolen den 7 juni 2012, i målet

A.D.

mot

Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden L. Bay Larsen (referent), domstolens vice ordförande K. Lenaerts, tillförordnad domare på fjärde avdelningen, samt domarna M. Safjan, J. Malenovský och A. Prechal,

generaladvokat: P. Mengozzi,

justitiesekreterare: handläggaren V. Tourrès,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 29 maj 2013,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- A. D., genom D. Caccamisi, avocate,
- Belgiens regering, genom T. Materne och C. Pochet, båda i egenskap av ombud,
- Tysklands regering, genom T. Henze, N. Graf Vitzthum och B. Beutler, samtliga i egenskap av ombud,
- Frankrikes regering, genom D. Colas, i egenskap av ombud,
- Förenade kungarikets regering, genom L. Christie och A. Robertson, båda i egenskap av ombud, biträdda av J. Simor, barrister,
- Europeiska kommissionen, genom M. Condou-Durande, i egenskap av ombud,

efter att den 18 juli 2013 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 15 c i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsemborgare eller statslösa personer ska betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet (EUT L 304, s. 12, och rättselse EUT L 204, 2005, s. 24) (nedan kallat direktivet).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan den guineanske medborgaren A.D. och Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (generalkommissionariatet för flyktingar och statslösa, nedan kallat Commissaire général), avseende det sistnämnda beslut att inte bevilja den förstnämnda status som alternativt skyddsbehövande.

Tillämpliga bestämmelser

Internationell rätt

- 3 De fyra Genèvekonventionerna av den 12 augusti 1949, det vill säga första Genèvekonventionen angående förbättrande av sårades och sjukas behandling vid stridskrafterna i fält, andra Genèvekonventionen angående förbättrande av behandlingen av sårade, sjuka och skeppsbrutna tillhörande stridskrafterna till sjöss, tredje Genèvekonventionen angående krigsfångars behandling respektive fjärde Genèvekonventionen angående skydd för civilpersoner under krigstid (nedan kallade de fyra Genèvekonventionerna), har en gemensam artikel 3, med följande lydelse:

”För den händelse väpnad konflikt, som icke är av internationell karaktär, uppkommer på en av de höga fördragsslutande parternas territorium, skall varje part i konflikten vara skyldig att tillämpa åtminstone följande bestämmelser:

- 1) Personer, som icke direkt deltaga i fientligheterna, däribland medlemmar av stridskrafterna, som nedlagt vapnen, och personer, som försatts ur stridbart skick genom sjukdom, särskada, fängenskap eller av varje annat skäl, skola under alla förhållanden behandlas med humanitet ...

I detta syfte äro och förbliva i vad avser ovannämnda personer följande handlingar ... förbjudna

a) våld mot liv och person ...

...

c) kränkning av den personliga värdigheten, särskilt förödmjukande och nedsättande behandling;

...”

4 Artikel 1 i tilläggsprotokollet till Genèvekonventionerna den 12 augusti 1949 rörande skydd för offren i icke-internationella väpnade konflikter (Protokoll II) av den 8 juni 1977 har följande lydelse:

”1. Detta protokoll, som utvecklar och kompletterar den för [de fyra Genèvekonventionerna] gemensamma artikel 3 utan att ändra de villkor som gäller för dess tillämpning, skall tillämpas på alla väpnade konflikter som inte täcks av artikel 1 i tilläggsprotokollet till [de fyra Genèvekonventionerna] rörande skydd för offren i internationella väpnade konflikter (Protokoll I) och som äger rum på en hög fördragslutande parts territorium mellan dess stridskrafter och upproriska väpnade styrkor eller andra organiserade grupper som under ansvarigt kommando utövar sådan kontroll över en del av dess territorium att de kan utföra sammanhängande och samordnade militära operationer samt tillämpa detta protokoll.

2. Detta protokoll är icke tillämpligt på situationer som uppkommit till följd av interna störningar och spänningar, såsom upplöpp, enstaka och sporadiska våldshandlingar och andra liknande handlingar vilka icke är att betrakta såsom väpnade konflikter.”

Unionsrätt

5 Skälen 5, 6 och 24 i direktivet har följande lydelse:

”(5) I slutsatserna från Tammerfors anges även att bestämmelserna om flyktingstatus bör kompletteras med åtgärder för andra former av skydd som erbjuder en lämplig status för den som behöver ett sådant skydd.

(6) Huvudsyftet med detta direktiv är dels att garantera att medlemsstaterna tillämpar gemensamma kriterier för att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd, dels att garantera att en minimnivå av förmåner är tillgänglig för dessa personer i samtliga medlemsstater.

...

(24) Det bör även fastställas miniminormer för definitionen och innebörden av status som alternativt skyddsbehövande. Status som alternativt skyddsbehövande bör fungera som ett komplement till den status för skydd av flyktingar som finns i [konventionen om flyktingars rättsliga ställning, undertecknad i Genève den 28 juli 1951 [Förenas nationernas fördragssamling, volym 189, s. 150, nr 2545 (1954)].”

6 I enlighet med artikel 2 e i direktivet menas med ”*person som uppfyller kraven för att betecknas som alternativt skyddsbehövande*: en tredjelandsmedborgare eller statslös person som inte uppfyller kraven för att betecknas som flykting, men där det finns grundad anledning att förmoda att den berörda personen, om han eller hon återsänds till sitt ursprungsland, eller, i fråga om en statslös person, till det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort, skulle utsättas för en verklig risk att lida allvarlig skada enligt artikel 15 ... och som inte kan, eller på grund av en sådan risk inte vill begagna sig av det landets skydd.”

7 I artikel 15 i direktivet, med rubriken ”Allvarlig skada”, föreskrivs följande:

”Allvarlig skada utgörs av:

...

c) allvarligt och personligt hot mot en civilpersoners liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt.

Belgisk lagstiftning

8 Artikel 48/4 i lagen av den 15 december 1980 om utlännings inresa, uppehålls rätt, bosättning och utvisning (loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers) (nedan kallad lagen av den 15 december 1980), har följande lydelse:

”1 §. Status som alternativt skyddsbehövande ska beviljas en utlännings som varken kan betecknas som flykting eller kan omfattas av artikel 9ter, men där det finns grundad anledning att förmoda att den berörda personen, om han eller hon återsänds till sitt ursprungsland, eller, i fråga om en statslös person, till det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort, skulle utsättas för en verklig risk att lida allvarlig skada enligt 2 § och som inte kan, eller på grund av en sådan risk inte vill, begagna sig av det landets skydd...”

2 §. Allvarlig skada utgörs av:

...

c) allvarligt hot mot en civilpersoners liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

9 Den 21 februari 2008 lämnade A. D. in en första asylansökan i Belgien och återopade att han hade utsatts för förtryck och våld i sitt ursprungsland på grund av att han hade deltagit i protesterörelser mot den härskande regimen.

10 Generalkommissariatet beslutade att inte bevilja A. D. flyktingstatus eller status som alternativt skyddsbehövande. Detta dubbla beslut fastställdes av Conseil du contentieux des étrangers (utlänningsdomstolen)

11 A. D. lämnade in en andra asylansökan till de belgiska myndigheterna den 15 juli 2010, utan att i mellantiden ha rest tillbaka till sitt ursprungsland.

12 Den 22 oktober 2010 fattade Commissaire général ett nytt beslut om att inte bevilja honom flyktingstatus eller status som alternativt skyddsbehövande. Beslutet att inte bevilja status som alternativt skyddsbehövande motiverades med att det inte föreligger någon situation med urskillningslöst våld eller väpnad konflikt i Guinea i den mening som avses i artikel 48/4 2 § i lagen av den 15 december 1980.

13 Detta dubbla beslut överklagades till Conseil du contentieux des étrangers, som genom dom av den 6 maj 2011 fastställde Commissaire générales dubbla avslag.

14 A. D. överklagade domen från Conseil du contentieux des étrangers till Conseil d'Etat, (högsta förvaltningsdomstolen), i den del det i nämnda dom konstateras, utifrån den definition som Internationella krigsförbrytartribunalen för f.d. Jugoslavien har fastställt, att det villkor om förekomst av en väpnad konflikt som föreskrivs i artikel 48/4 2 § i lagen från den 15 december 1980 inte är uppfyllt.

15 Enligt Conseil d'État är det med hänsyn till domen av den 17 februari 2009, i mål C-465/07, E. (REG 2009, s. I-921), inte uteslutet att begreppet väpnad konflikt i den mening som avses i artikel 15 c i direktivet kan tolkas självständigt och ges en annan innebörd än den som fastslagits i Internationella krigsförbryttartribunalen för f.d. Jugoslaviens rättspraxis.

16 Mot denna bakgrund beslutade Conseil d'État att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen

"Ska artikel 15 c i [direktivet] ..., tolkas så, att skyddet i denna bestämmelse enbart kan göras gällande i en situation där det pågår en 'intern väpnad konflikt', enligt tolkningen i den internationella humanitära rätten och särskilt i förhållande till den artikel 3 som är gemensam för samtliga de fyra Genèvekonventionerna ...?"

Om begreppet intern väpnad konflikt i artikel 15 c i ... direktivet ska tolkas självständigt i förhållande till den artikel 3 som är gemensam för samtliga de fyra Genèvekonventionerna ..., vilka kriterier ska i sådant fall användas för att bedöma huruvida en sådan intern väpnad konflikt föreligger?"

Prövning av tolkningsfrågan

17 Den nationella domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida artikel 15 c i direktivet ska tolkas så att förekomsten av en väpnad konflikt ska prövas enligt de kriterier som fastslagits i internationell humanitär rätt och, om så inte är fallet, vilka kriterier som ska användas för att bedöma huruvida en sådan konflikt föreligger i syfte att fastställa om en tredjelandsmedborgare eller en statslös person uppfyller kraven för att betecknas som alternativt skyddsbehövande.

18 Det ska erinras om att de tre olika typer av allvarlig skada som anges i artikel 15 i direktivet utgör förutsättningar för att en person ska kunna betraktas som alternativt skyddsbehövande när det, i enlighet med artikel 2 e i direktivet, finns grundad anledning att förmoda att den berörda personen, om han eller hon återsänds till sitt ursprungsland, skulle utsättas för en verklig risk att lida sådan skada (se domen i ovan nämnda mål E., punkt 31).

19 Den skada som definieras i artikel 15 c i direktivet utgörs av allvarligt och personligt hot mot en civilpersoners liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt.

20 Det kan konstateras att unionens lagstiftare har använt sig av uttrycket "internationell eller intern väpnad konflikt", vilket skiljer sig från de begrepp som utgör själva grunden för internationell humanitär rätt, vilken skiljer på "internationell väpnad konflikt" och "icke-internationell väpnad konflikt".

21 Mot denna bakgrund ska det konstateras att unionens lagstiftare har önskat bevilja status som alternativt skyddsbehövande till berörda personer inte enbart i fall av internationell väpnad konflikt och icke-internationell väpnad konflikt, såsom de definierats i den internationella humanitära rätten, utan också vid interna väpnade konflikter, under förutsättning att dessa konflikter präglas av ett urskillningslöst våld. Det är i detta hänseende inte nödvändigt att alla kriterier som åberopas i den för de fyra Genèvekonventionerna gemensamma artikel 3 och i artikel 1.1 i tilläggsprotokoll II av den 8 juni 1977, som utvecklar och kompletterar denna artikel, är uppfyllda.

22 Det kan för övrigt konstateras att den internationella humanitära rätten gäller för hanteringen av internationella väpnade konflikter och för väpnade konflikter som ej är av internationell karaktär, vilket innebär att förekomsten av en sådan konflikt utgör ett villkor för tillämpningen av de regler som den slår fast (dom i överklagandekammaren i Internationella krigsförbryttartribunalen för f.d. Jugoslavien av den 2 oktober 1995 i målet Tadić, ärende nr IT-94-I-AR72, punkt 67).

23 Den internationella humanitära rätten syftar bland annat till att, inom konfliktzonen, tillhandahålla skydd åt civilbefolkningen och begränsa krigets effekter på människor och egendomar, men föreskriver inte, till skillnad från artikel 2 e i direktivet, i förening med artikel 15 c i detsamma, beviljande av ett internationellt skydd till vissa civila utanför konfliktzonen och de i konflikten deltagande parternas territorium. Definitionerna av begreppet väpnad konflikt i internationell humanitär rätt syftar således inte till att identifiera de situationer i vilka ett sådant skydd är nödvändigt och bör ges av behöriga myndigheter i medlemsstaterna.

24 Det ska mer allmänt understrykas att, såsom generaladvokaten har konstaterat i punkterna 66 och 67 i sitt förslag till avgörande, den internationella humanitära rätten och det system för alternativt skydd som föreskrivs i direktivet har olika mål och skapar tydligt skilda skyddsmekanismer.

25 Såsom generaladvokaten har slagit fast i punkt 70 i sitt förslag till avgörande, ger för övrigt vissa överträdelser av den internationella humanitära rätten upphov till ett individuellt straffrättsligt ansvar. Internationell humanitär rätt har därför en mycket nära koppling till internationell straffrätt, medan ett sådant förhållande inte existerar när det gäller den mekanism för alternativt skydd som föreskrivs i direktivet.

26 Med hänsyn till de specifika områdena för vart och ett av de båda system som definieras i internationell humanitär rätt respektive i artikel 2 e i direktivet, i förening med artikel 15 c i detsamma, får möjligheten att omfattas av det senare systemet inte villkoras av att det slås fast att villkoren för tillämpning av det förra är uppfyllda.

27 I avsaknad av en definition av begreppet intern väpnad konflikt i direktivet, ska beslut om betydelser och räckvidden av dessa ord fastställas, i enlighet med domstolens fasta rättspraxis, i överensstämmelse med deras normala betydelse i vanligt språkbruk, med beaktande av det sammanhang i vilket de används och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som de ingår i (dom av den 22 december 2008 i mål C-549/07, Wallentin-Hermann, REG s. I-11061, punkt 17, och av den 22 november i mål C-119/12, Probst, punkt 20).

28 I sin normala betydelse i vanligt språkbruk avser begreppet intern väpnad konflikt en situation i vilken de reguljära styrkorna i en stat konfronterar en eller flera väpnade grupper eller i vilken två eller flera väpnade grupper drabbar samman.

29 Medan det i det förslag från kommissionen som ledde till antagandet av direktivet (KOM (2001) 510 slutlig) föreskrevs, i definitionen av allvarlig skada i artikel 15 c i direktivet, att hot mot sökandens liv, säkerhet och frihet kunde inträffa antingen i en väpnad konflikt eller vid systematiska eller generella kränkningar av de mänskliga rättigheterna, bestående unionens lagstiftare slutligen att enbart behålla det fall som rör hot mot en civilpersoners liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av intern eller internationell väpnad konflikt.

30 Det ska vidare påpekas att förekomsten av en intern väpnad konflikt endast kan leda till att status som alternativt skyddsbehövande beviljas i fall då sammandrabbningarna mellan de

reguljära styrkorna i en stat och en eller flera väpnade grupper, eller mellan två eller flera väpnade grupper, undantagsvis anses skapa ett allvarligt och personligt hot mot liv eller lem för den som ansöker om alternativt skydd i den mening som avses i artikel 15 c i direktivet, därför att det urskillningslösa våld som kännetecknar sammandrabbningarna är så allvarligt att det finns grundad anledning att förmoda att en civilperson, om han eller hon återsändes till det aktuella landet eller, i förekommande fall, till den aktuella regionen, genom sin blotta närvaro där, skulle löpa en verklig risk att utsättas för sådana hot (se domen i ovannämnda mål E., punkt 43).

31 Domstolen har angående detta förtydligat att ju lättare den sökande har för att visa att hoten är specifikt riktade mot honom på grund av omständigheter som är hänförliga till hans personliga situation, desto lägre krav ställs på det urskillningslösa våld som måste föreligga för att vederbörande ska komma i åtnjutande av alternativt skydd (se domen i ovannämnda mål E., punkt 39).

32 I detta sammanhang är det inte nödvändigt att vid handläggning av en ansökan om beviljande av alternativt skydd göra en särskild bedömning av intensiteten i dessa sammandrabbningar för att oberoende av bedömningen av allvaret hos det våld som följer av dem avgöra om villkoret avseende förekomsten av en väpnad konflikt är uppfyllt.

33 Det framgår för övrigt av skälen 5, 6 och 24 i direktivet att minimikriterierna för beviljande av status som alternativt skyddsbehövande bör kunna komplettera det skydd för flyktingar som fastställs i konventionen om flyktingars rättsliga ställning, undertecknad i Genève den 28 juli 1951, genom att identifiera personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd och att erbjuda dem en lämplig status.

34 Såsom generaladvokaten har gjort gällande i punkt 92 i sitt förslag till avgörande, ska följaktligen inte fastställande av att det föreligger en väpnad konflikt vara beroende av en bestämmd grad av organisation hos de närvarande väpnade styrkorna eller av en viss varaktighet på konflikten, då dessa räcker för att de sammandrabbningar som de väpnade styrkorna ägnar sig åt ska generera ett så allvarligt våld som nämns i punkt 30 i denna dom, och således skapar ett verkligt behov av internationellt skydd för en sökande som löper en verklig risk att lida allvarliga och individuella skador mot liv eller lem.

35 Mot bakgrund härav ska den ställda frågan besvaras enligt följande. Artikel 15 c i direktivet ska tolkas så att det ska anses föreligga en intern väpnad konflikt, vid tillämpningen av denna bestämmelse, när de reguljära styrkorna i en stat konfronterar en eller flera väpnade grupper, eller när två eller flera väpnade grupper drabbar samman, utan att det är nödvändigt att denna konflikt kan kvalificeras som en väpnad konflikt som ej är av internationell karaktär i den mening som avses i internationell humanitär rätt och utan att intensiteten i de väpnade sammandrabbningarna, graden av organisation hos de närvarande väpnade styrkorna eller konfliktens varaktighet görs till föremål för en bedömning som skiljer sig från den som gäller hur allvarligt det rådande våldet i det berörda området är.

Rättegångskostnader

36 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

Artikel 15 c i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet ska tolkas enligt följande. Det ska anses föreligga en intern väpnad konflikt, vid tillämpningen av denna bestämmelse, när de reguljära styrkorna i en stat konfronterar en eller flera väpnade grupper eller när två eller flera väpnade grupper drabbar samman, utan att det är nödvändigt att denna konflikt kan kvalificeras som en väpnad konflikt som ej är av internationell karaktär i den mening som avses i internationell humanitär rätt och utan att intensiteten i de väpnade sammandrabbningarna, graden av organisation hos de närvarande väpnade styrkorna eller konfliktens varaktighet görs till föremål för en bedömning som skiljer sig från den som gäller hur allvarligt det rådande våldet i det berörda området är.

Underskrifter

— Rättegångspråk: franska.

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 10 juni 2021

”Begäran om förhandsavgörande – Gemensam politik avseende asyl och subsidiärt skydd – Direktiv 2011/95/EU – Villkor för beviljande av subsidiärt skydd – Artikel 15 c – Begreppet ’allvarligt och personligt hot’ mot en civilpersoners liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt – Nationella bestämmelser om att det ska finnas ett minsta antal civila offer (dödade eller skadade) i den berörda regionen”

I mål C-901/19,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Förvaltningsöverdomstolen i Baden-Württemberg, Tyskland) genom beslut av den 29 november 2019, som inkom till domstolen den 10 december 2019, i målet

CF,

DN

mot

Bundesrepublik Deutschland,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Prechal samt domarna N. Wahl, F. Biltgen, L.S. Rossi (referent) och J. Passer,

generaladvokat: P. Pikamäe,

justitiesekreterare: enhetschefen D. Dittert,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 19 november 2020,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- CF och DN, genom A. Kazak, Rechtsanwältin,
- Tysklands regering, genom J. Möller och R. Kanitz, båda i egenskap av ombud,
- Frankrikes regering, genom E. de Moustier och D. Dubois, båda i egenskap av ombud,

– Nederländernas regering, genom M.K. Bulterman och M. Noort, båda i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, genom J. Tomkin och M. Wasmeier, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 11 februari 2021 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 2 f och 15 c i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet (EUT L 337, 2011, s. 9).

2 Begäran har framställts i två mål mellan å ena sidan CF och DN, två afghanska medborgare, och å andra sidan Bundesrepublik Deutschland (Förbundsrepubliken Tyskland) – företrädd av Bundesminister des Innern, für Bau und Heimat (förbundsministern för inrikes frågor, byggnation och hemland), i sin tur företrädd av direktören för Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Förbundsmyndigheten för migrations- och flyktingfrågor, Tyskland) – angående nämnda myndighets avslag på CF:s och DN:s asylansökningar.

Tillämpliga bestämmelser**Unionsrätt**

3 I skälen 6, 12, 13 och 33–35 i direktiv 2011/95 anges följande:

”(6) I slutsatserna från Tammerfors anges även att bestämmelserna om flyktingstatus bör kompletteras med åtgärder för andra former av skydd som erbjuder en lämplig status för den som behöver ett sådant skydd.

...

(12) Huvudsyftet med detta direktiv är dels att garantera att medlemsstaterna tillämpar gemensamma kriterier för att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd, dels att garantera att en miniminivå av förmåner är tillgänglig för dessa personer i samtliga medlemsstater.

(13) Tillnämningen av reglerna om erkännande och innebörd av flyktingstatus och status som subsidiärt skyddsbehövande bör bidra till att begränsa sekundära förflyttningar mellan medlemsstaterna för personer som ansöker om internationellt skydd när sådana förflyttningar endast motiveras av skillnader i de rättsliga ramarna.

...

(33) Det bör även fastställas normer för definitionen och innebörden av status som subsidiärt skyddsbehövande. Status som alternativt skyddsbehövande bör fungera som ett komplement till den status för skydd av flyktingar som finns i Genèvekonventionen [angående flyktingars rättsliga ställning, undertecknad i Genève den 28 juli 1951].

(34) Det är nödvändigt att införa gemensamma kriterier för att fastställa vilka av dem som ansöker om internationellt skydd som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande. Kriterierna bör hämtas från de internationella föppliktelsema enligt instrumenten för mänskliga rättigheter och från medlemsstaternas praxis.

(35) Risker som en befolkningsgrupp i ett land eller ett segment av befolkningen överlag är utsatta för utgör i normalfallet i sig inte ett personligt hot som kan betecknas som allvarlig skada.”

4 I artikel 2 i direktivet, med rubriken ”Definitioner”, anges följande:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

a) *internationellt skydd*: flyktingstatus och status som subsidiärt skyddsbehövande enligt definitionerna i leden e och g.

b) *person som beviljats internationellt skydd*: person som har beviljats flyktingstatus eller status som subsidiärt skyddsbehövande i enlighet med definitionerna i leden e och g.

218

f) *person som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande*: en tredjelandsmedborgare eller statslös person som inte uppfyller kraven för att betecknas som flykting, men där det finns grundad anledning att förmoda att den berörda personen, om han eller hon återsänds till sitt ursprungsland, eller, i fråga om en statslös person, till det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort, skulle utsättas för en verklig risk att lida allvarlig skada enligt artikel 15 och som inte omfattas av artikel 17.1 och 17.2 och som inte kan, eller på grund av en sådan risk inte vill begagna sig av det landets skydd.

g) *status som subsidiärt skyddsbehövande*: en medlemsstats erkännande av en tredjelandsmedborgare eller en statslös person som en person som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande.

...

5 I artikel 4 i direktivet, med rubriken ”Bedömning av fakta och omständigheter”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna får betrakta det som den sökandes skyldighet att så snart som möjligt lägga fram alla faktorer som behövs för att styrka ansökan om internationellt skydd. Det är medlemsstaternas skyldighet att i samarbete med den sökande bedöma de relevanta faktorerna i ansökan.

...

3. Bedömningen av en ansökan om internationellt skydd ska vara individuell, och följande ska beaktas:

a) Alla relevanta uppgifter om ursprungslandet vid den tidpunkt då beslut fattas om ansökan, ...

b) De relevanta utsagor och handlingar som den sökande har lämnat, inklusive information om huruvida sökanden har varit eller kan bli utsatt för förföljelse eller allvarlig skada.

c) Sökandens personliga ställning och förhållanden, inklusive faktorer som bakgrund, kön och ålder, så att det kan bedömas huruvida de handlingar den sökande har blivit eller skulle kunna bli utsatt för, på grundval av sökandens personliga omständigheter, skulle innebära förföljelse eller allvarlig skada.

...

4. Det faktum att den sökande redan har varit utsatt för förföljelse eller annan allvarlig skada, eller för direkta hot om sådan förföljelse eller sådan skada, är en allvarlig indikation på att den sökandes fruktan för förföljelse är välgrundad eller att det finns en verklig risk för att han eller hon kommer att lida allvarlig skada, såvida det inte finns goda skäl till att anta att sådan förföljelse eller allvarlig skada inte kommer att upprepas.

...

6 Artikel 8 i samma direktiv, med rubriken ”Internt skydd”, har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna får som ett led i bedömningen av en ansökan om internationellt skydd besluta att en sökande inte är i behov av internationellt skydd om han eller hon i en del av ursprungslandet

a) inte känner någon välgrundad fruktan för förföljelse eller löper någon verklig risk för att lida allvarlig skada, eller

b) har tillgång till skydd mot förföljelse eller allvarlig skada enligt definitionen i artikel 7, och han eller hon på ett säkert och lagligt sätt kan resa till och beviljas rätt till inresa i den delen av landet och rimligen kan förväntas bosätta sig där.

2. Vid prövning av om en sökande känner en välgrundad fruktan för förföljelse eller löper en verklig risk för att lida allvarlig skada, eller har tillgång till skydd mot förföljelse eller allvarlig skada i en del av ursprungslandet i enlighet med punkt 1, ska medlemsstaterna, när de fattar beslut om ansökan, beakta de allmänna omständigheter som råder i den delen av landet och sökandens personliga förhållanden i enlighet med artikel 4. ...”

7 I artikel 15 i direktiv 2011/95, med rubriken ”Allvarlig skada”, föreskrivs följande:

”Allvarlig skada utgörs av

a) dödsstraff eller avrättning, eller

b) tortyr eller omänsklig eller föredrande behandling eller bestraffning av en sökande i ursprungslandet, eller

c) allvarligt och personligt hot mot en civilpersoners liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt.”

8 I artikel 18 i direktivet, med rubriken ”Beviljande av status som subsidiärt skyddsbehövande”, föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska bevilja en tredjelandsmedborgare eller en statslös person status som subsidiärt skyddsbehövande om han eller hon uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande enligt kapitlet II och V.”

Tysk rätt

9 Direktiv 2011/95 har införlivats med tysk rätt genom Asylgesetz (asylagen, BGBl. 2008 I s. 1798) i den lydelse som var i kraft vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet (nedan kallad AsylG).

10 I 3e § AsylG, med rubriken ”Internt skydd”, fastställs villkoren för att det ska finnas en möjlighet till skydd inom landet. Bestämmelsen har följande lydelse:

”1) En utlänning kan inte ges flyktingsstatus om

1. han eller hon i en del av ursprungslandet inte känner någon välgrundad fruktan för förföljelse eller har tillgång till skydd från förföljelse enligt 3d § och

2. han eller hon på ett säkert och lagligt sätt kan resa till och beviljas rätt till inresa i den delen av landet och rimligen kan förväntas bosätta sig där.

(2) Vid prövningen av om en del av ursprungslandet uppfyller kraven i stycke 1 ska de allmänna omständigheter som råder i den delen av landet och utlänningens personliga förhållanden beaktas i enlighet med artikel 4 i direktiv 2011/95/EU när beslut fattas om ansökan. För detta ändamål ska exakt och aktuell information inhämtas från relevanta källor, såsom FN:s flyktingkommissariat och Europeiska stödkontoret för asylfrågor.”

11 I 4 § styckena 1 och 3 AsylG, som införlivar artiklarna 2 och 15 i direktiv 2011/95, anges villkoren för beviljande av subsidiärt skydd på följande sätt:

”(1) En utlänning är subsidiärt skyddsbehövande om det finns grundad anledning att förmoda att denne i sitt ursprungsland skulle riskera att lida allvarlig skada. Allvarlig skada utgörs av

1. dödsstraff eller avrättning,

2. tortyr eller omänsklig eller föredrande behandling eller bestraffning,

3. allvarligt och personligt hot mot en civilpersoners liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt.

...

(3) 3c–e §§ ska gälla i tillämpliga delar. Förföljelse, skydd mot förföljelse respektive välgrundad fruktan för förföljelse ska ersättas av risk för allvarlig skada, skydd mot allvarlig skada respektive verklig risk för allvarlig skada. Flyktingsstatus ska ersättas av subsidiärt skydd.”

Målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12 CF och DN är två afghanska civila medborgare med ursprung i provinsen Nangarhar. Förbundsmyndigheten för migrations- och flyktingfrågor avslog deras asylansökningar. CF och DN överklagade utan framgång dessa beslut till förvaltningsdomstolen i Karlsruhe respektive Freiburg (Tyskland) utan framgång.

13 CF och DN överklagade avgörandena till Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Förvaltningsöverdomstolen i Baden-Württemberg, Tyskland) och yrkade att de skulle beviljas subsidiärt skydd i enlighet med 4 § AsylG.

14 I detta sammanhang vill den hänskjutande domstolen få klarlagt vilka kriterier som gäller för beviljande av subsidiärt skydd vid allvarligt och personligt hot mot en civilpersoners liv eller lem på grund av ”urskillningslöst våld i situationer av ... väpnad konflikt” i den mening som avses i artikel 15 c, jämförd med artikel 2 f i direktiv 2011/95.

15 Trots att vissa klagoranden gjordes i domen av den 17 februari 2009, Elgafaji (C-465/07, EU:C:2009:94, punkt 35), har EU-domstolen ännu inte uttalat sig om vilka kriterier som ska tillämpas för att fastställa vilken grad av våld som krävs för att fastställa att det föreligger ett allvarligt och personligt hot på grund av urskillningslöst våld i situationer av väpnad konflikt. Andra domstolars praxis på området är dessutom inte enhetlig. Medan det ibland görs en helhetsbedömning på grundval av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, grundar sig andra synsätt huvudsakligen på en analys som grundar sig på antalet civila offer.

16 Den hänskjutande domstolen har i synnerhet understrukit att med avseende på fastställandet av att en person, som inte är specifikt utsatt på grund av omständigheter som utmärker hans eller hennes personliga förhållanden, är utsatt för ett allvarligt och personligt hot skiljer sig praxis från Bundesverwaltungsgericht (Federala högsta förvaltningsdomstolen, Tyskland) avseende 4 § stycke 1 första och andra meningens punkt 3 AsylG, genom vilken artikel 15 c i direktiv 2011/95 jämförd med artikel 2 f i samma direktiv har införlivats med tysk rätt, avsevärt från den praxis som grundar sig på en helhetsbedömning av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall som görs av domstolar i andra medlemsstater och av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.

17 Enligt Bundesverwaltungsgericht (Federala högsta förvaltningsdomstolen) förutsätter konstatandet att det föreligger ett allvarligt och personligt hot med nödvändighet en kvantitativ bedömning av ”risken för att dödas eller skadas”, vilken uttrycks genom förhållandet mellan antalet offer i det berörda området och det totala antalet individer som finns i befolkningen i detta område, varvid det resultat som uppnås måste uppnå en viss miniminivå. Om denna lägsta nivå inte har uppnåtts är det inte nödvändigt att göra någon ytterligare bedömning av intensiteten av risken, och inte ens en helhetsbedömning av de specifika omständigheterna i det enskilda fallet kan leda till ett konstaterande av att ett allvarligt och personligt hot föreligger.

18 När det gäller CF och DN har den hänskjutande domstolen angett att den inte är övertygad om att de på grund av sina personliga förhållanden berörs specifikt av det våld som råder i provinsen Nangarhar. Med hänsyn till den allmänna säkerhetssituationen i denna provins, och i synnerhet den omständigheten att regionen är skådeplats för strider mellan fragmenterade styrkor (inklusive terroristgrupper) med starka kopplingar till civilbefolkningen, och att ingen av parterna i konflikten är i stånd att effektivt kontrollera regionen eller skydda civilbefolkningen som är offer för rebeller och regeringsstyrkor anser emellertid den hänskjutande domstolen att CF och DN – för det fall de återsändes dit – genom sin blotta närvaro i området skulle löpa en verklig risk att utsättas för ett allvarligt och personligt hot på grund av det urskillningslösa våld som konflikten gett upphov till. Om CF och DN blev tvungna att återvända till Afghanistan skulle de, med hänsyn till deras särskilt utsatta situation, inte heller förfoga över ett godtagbart alternativ till tillflyktsort inom landet, eftersom det allmänt sett skulle vara oförnuftigt att de bosätter sig på andra tänkbara platser (såsom Kabul, Herat och Mazar-e Sharif).

19 Den hänskjutande domstolen anser således att om man gör en helhetsbedömning, där hänsyn även tas till andra omständigheter som ger upphov till risker, bör våldet i provinsen Nangarhar för närvarande anses vara av sådan omfattning att klagandena i det nationella målet, som inte har tillgång till skydd inom landet, skulle vara allvarligt hotade genom sin blotta närvaro i det berörda området. Om det däremot förhöll sig så att konstateerandet av att det förekommer ett allvarligt och personligt hot i huvudsak beror på antalet civila offer borde klagandenas ansökningar om subsidiärt skydd avslås.

20 Mot denna bakgrund beslutade Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Förvaltningsöverdomstolen i Baden-Württemberg) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen.

”1) Utgör artiklarna 15 c och 2 f i direktiv 2011/95 hinder mot en tolkning och tillämpning av en nationell bestämmelse, enligt vilken det endast kan föreligga ett allvarligt hot mot en civilpersonens liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av väpnad konflikt (i den bemärkelsen att en civilperson genom sin blotta närvaro i det berörda området skulle löpa en verklig risk att utsättas för ett sådant hot) – i sådana situationer där hoten inte är specifikt riktade mot vederbörande på grund av omständigheter som är hänförliga till dennes personliga förhållanden – för det fall ett minsta antal civila offer (döda och skadade) redan har konstaterats?

2) Om fråga 1 besvaras jakande: Ska prövningen av huruvida det föreligger ett sådant hot göras genom en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet? Om detta inte är fallet: Vilka andra unionsrättsliga krav ställs på denna bedömning?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

21 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 15 c i direktiv 2011/95 ska tolkas så, att den utgör hinder för en tolkning av en nationell bestämmelse enligt vilken det för att det ska anses att det föreligger ett allvarligt och personligt hot mot en civilpersonens liv eller lem på grund av ”ett urskillningslöst våld i händelse av väpnad konflikt”, i den mening som avses i denna bestämmelse – för det fall en civilperson inte är specifikt utsatt på grund av omständigheter som utmärker hans eller hennes

personliga förhållanden – krävs att andelen offer i det berörda området, i förhållande till det totala antalet individer som finns i befolkningen i detta område, har uppnått en viss miniminivå.

22 För att besvara denna fråga erinrar domstolen om att direktiv 2011/95, som antagits med stöd av bland annat artikel 78.2 b FEUF, bland annat syftar till att införa ett enhetligt system för subsidiärt skydd. Det framgår för övrigt av skäl 12 i direktivet att ett av direktivets huvudsakliga syften är att garantera att medlemsstaterna tillämpar gemensamma kriterier för att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd (se dom av den 23 maj 2019, Bilali, C-720/17, EU:C:2019:448, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

23 Det framgår av artikel 18 i direktiv 2011/95, jämförd med definitionen av en ”person som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande” i artikel 2 f i direktivet och av ”status som subsidiärt skyddsbehövande” i artikel 2 g, att subsidiärt skydd i den mening som avses i direktivet i princip ska beviljas en tredjelandsmedborgare eller statslös person som löper en verklig risk för att lida allvarlig skada i den mening som avses i artikel 15 i direktivet, om han eller hon återsänds till sitt ursprungsland, eller till det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort (se dom av den 23 maj 2019, Bilali, C-720/17, EU:C:2019:448, punkt 36 och där angiven rättspraxis).

24 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 16 i sitt förslag till avgörande upphävs och ersatte direktiv 2011/95 rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehålllet i det beviljade skyddet (EUT L 304, 2004, s. 12) med verkan från den 21 december 2013. Att ett direktiv ersattes av ett annat har inte medfört någon ändring av regelverket för beviljande av subsidiärt skydd, inte ens vad avser numreringen av de berörda bestämmelserna. Ordalydelsen i artikel 15 c i direktiv 2011/95 är således helt identisk med lydelsen i artikel 15 c i direktiv 2004/83, varför rättspraxis avseende den sistnämnda bestämmelsen är relevant vid tolkningen av den förstnämnda (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 januari 2021, Bundesrepublik Deutschland (Flyktingstatus för en statslös palestiniere), C-507/19, EU:C:2021:3, punkt 37).

25 I artikel 15 i direktiv 2011/95 föreskrivs tre typer av ”allvarlig skada” vilka, när de har fastställts, kan medföra att den person som åsamkats skadan beviljas subsidiärt skydd. Vad gäller grunderna ”dödsstraff eller avrättning” i punkt a och ”tortyr eller omänsklig ... behandling” i punkt b omfattar dessa fall av ”allvarlig skada” situationer då det finns en specifik risk för att den som ansöker om subsidiärt skydd kommer att lida en viss typ av skada (dom av den 17 februari 2009, Elgafaji, C-465/07, EU:C:2009:94, punkt 32).

26 Den skada som avses i artikel 15 c i direktivet, vilken består i ett ”allvarligt och personligt hot mot en [persons] liv eller lem” avser däremot, såsom domstolen har klargjort, ”en mer generell” risk för skada än de risker som avses i punkterna a och b i samma artikel. Den bestämmelsen rör således mer allmänt ”hot mot en ... persons liv eller lem”, snarare än våld av ett specifikt slag. Detta hot ska dessutom vara följden av en allmän situation av väpnad konflikt som ger upphov till urskillningslöst våld, vilket innebär att våldet kan riktas mot människor utan hänsyn till deras personliga förhållanden (dom av den 17 februari 2009, Elgafaji, C-465/07, EU:C:2009:94, punkterna 33 och 34).

27 För att det ska kunna konstateras att det föreligger ett "allvarligt och personligt hot" i den mening som avses i artikel 15 c i direktiv 2011/95, krävs det med andra ord inte – i likhet med vad generaladvokaten har påpekat i punkt 20 i sitt förslag till avgörande – att den som ansöker om subsidiärt skydd visar att hoten är specifikt riktade mot honom på grund av omständigheter som är hänförliga till hans personliga förhållanden.

28 I detta sammanhang ska nämligen uttrycket "personligt" förstås så, att det omfattar angrepp som riktas mot civilpersoner utan hänsyn till deras identitet när det urskillningslösa våld som kännetecknar den pågående väpnade konflikten – vilket våld ska bedömas av de behöriga nationella myndigheter som ska ta ställning till en ansökan om subsidiärt skydd eller av domstolar i en medlemsstat som har att pröva ett överklagande av ett beslut om avslag på en sådan ansökan – är så allvarligt att det finns grundad anledning att förmoda att en civilperson om han eller hon återsändes till det aktuella landet eller, i förekommande fall, till den aktuella regionen, genom sin blotta närvaro där, skulle löpa en verklig risk att utsättas för ett sådant allvarligt hot som avses i artikel 15 c i direktivet (dom av den 17 februari 2009, Elgafaji, C-465/07, EU:C:2009:94, punkt 35).

29 Såsom angetts i punkt 18 ovan är den hänskjutande domstolen inte övertygad om att klagandena i det nationella målet på grund av sina personliga förhållanden berörs specifikt av det våld som råder i provinsen Nangarhar. Däremot anser den att klagandena i det nationella målet, mot bakgrund av den allmänna säkerhetssituationen i denna provins, om de återsändes dit, genom sin blotta närvaro där skulle löpa en verklig risk att utsättas för ett allvarligt och personligt hot på grund av det urskillningslösa våld som konflikten ger upphov till.

30 Såsom det även har erinrats om i punkt 17 ovan följer emellertid av praxis från Bundesverwaltungsgericht (Federala högsta förvaltningsdomstolen) att konstaterandet av att det föreligger ett sådant allvarligt och personligt hot med nödvändighet förutsätter en kvantitativ bedömning av "risken för att dödas eller skadas", vilken uttrycks genom antalet offer i det berörda området i förhållande till det totala antalet individer som finns i befolkningen i detta område, varvid det resultat som uppnås måste uppnå en viss miniminivå. Om miniminivån inte uppnås görs ingen helhetsbedömning av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet.

31 Domstolen finner i detta avseende, å ena sidan, att det kriterium som Bundesverwaltungsgericht (Federala högsta förvaltningsdomstolen) har fastställt, enligt vilket konstaterandet av att det föreligger ett "allvarligt och personligt hot", i den mening som avses i artikel 15 c i direktiv 2011/95, förutsätter att det antal offer som redan konstaterats, med beaktande av hela befolkningen i den berörda regionen, har uppnått en viss miniminivå, förvisso kan anses vara relevant vid bedömningen av huruvida det föreligger ett sådant hot.

32 Ett högt antal faktiska offer för de våldshandlingar som parterna i konflikten har begått mot den berörda regionens civilbefolkningens liv eller integritet jämfört med den sammanlagda civilbefolkningen i regionen kan nämligen leda till slutsatsen att det i framtiden kan komma att bli fler civila offer i nämnda region. Ett konstaterande av att dessa omständigheter är för handen gör det således möjligt att fastställa att det föreligger ett allvarligt hot enligt artikel 15 c i direktiv 2011/95.

33 Detta konstaterande får emellertid, å andra sidan, inte utgöra det enda avgörande kriteriet vid prövningen av huruvida det förekommer ett "allvarligt och personligt hot" i den mening som avses i artikel 15 c i direktiv 2011/95. I synnerhet kan avsaknaden av ett sådant

konstaterande inte i sig räcka för att det konsekvent och under alla omständigheter ska anses att det inte föreligger en risk för ett sådant hot som avses i denna bestämmelse med den följden att subsidiärt skydd automatiskt och undantagslöst nekas.

34 Ett sådant synsätt skulle nämligen för det första strida mot syftet med direktiv 2011/95, som är att subsidiärt skydd ska beviljas varje person som är i behov av sådant skydd. Såsom framgår av skälen 6 och 12 i direktivet är huvudsyftet med detta bland annat att garantera att medlemsstaterna tillämpar gemensamma kriterier för att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd och ger dem en lämplig status.

35 Om de behöriga myndigheterna i en medlemsstat konsekvent tillämpar ett enda kvantitativt kriterium – vars tillförlitlighet kan ifrågasättas med hänsyn till den konkreta svårigheten att finna objektiva och oberoende informationskällor i närheten av de väpnade konfliktområdena – såsom ett minsta antal skadade eller dödade bland civilbefolkningen för att neka subsidiärt skydd, kan detta leda till att nationella myndigheter avslår ansökningar om internationellt skydd i strid med medlemsstaternas skyldighet att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av detta subsidiära skydd.

36 För det andra skulle en sådan tolkning kunna få till följd att de som ansöker om internationellt skydd begär sig till medlemsstater som inte tillämpar kriteriet om en lägsta andel redan konstaterade offer, eller som tillämpar ett lägre tröskelvärde. Detta skulle kunna uppmuntra så kallad forum shopping för att kringgå reglerna i direktiv 2011/95. Enligt skäl 13 i detta direktiv bör tillnärmningen av reglerna om erkännande och innebörd av flyktingsstatus och status som subsidiärt skyddsbehövande bidra till att "begränsa sekundära förflyttningar mellan medlemsstaterna för personer som ansöker om internationellt skydd" när sådana förflyttningar endast motiveras av skillnader i de rättsliga ramarna.

37 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första frågan besvaras enligt följande. Artikel 15 c i direktiv 2011/95 ska tolkas så, att den utgör hinder för en tolkning av en nationell bestämmelse enligt vilken det för att det ska anses att det föreligger ett allvarligt och personligt hot mot en civilpersonens liv eller lem på grund av "ett urskillningslöst våld i händelse av väpnad konflikt" i den mening som avses i denna bestämmelse – för det fall en civilperson inte är specifik utsatt på grund av omständigheter som utmärker hans eller hennes personliga förhållanden – krävs att antalet offer i det berörda området i förhållande till det totala antalet individer som finns i befolkningen i detta område, har uppnått en viss miniminivå.

Den andra frågan

38 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 15 c i direktiv 2011/95 ska tolkas så, att det för att fastställa huruvida det föreligger ett "allvarligt och personligt hot", i den mening som avses i denna bestämmelse, krävs en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet och, om så inte är fallet, vilka andra krav som ska vara uppfyllda i detta avseende.

39 För att besvara denna fråga konstaterar domstolen inledningsvis, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 56 i sitt förslag till avgörande, att begreppet "allvarligt och personligt hot" mot liv eller lem för den som ansöker om subsidiärt skydd, i den mening som avses i artikel 15 c i direktiv 2011/95, ska ges en vid tolkning.

40 För att fastställa huruvida det föreligger ett "allvarligt och personligt hot", i den mening som avses i artikel 15 c i direktiv 2011/95, krävs det således att det görs en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet, särskilt de omständigheter som utmärker situationen i sökandens ursprungsland.

41 När det gäller en ansökan om internationellt skydd som lämnas in enligt artikel 15 c i direktiv 2011/95 följer det nämligen av artikel 4.3 i direktivet att en sådan ansökan ska bli föremål för en individuell bedömning, vid vilken en hel rad omständigheter ska beaktas, även om ansökan inte innehåller några uppgifter om sökandens specifika förhållanden.

42 Bland dessa omständigheter återfinns bland annat, enligt artikel 4.3 a i direktivet, "alla relevanta uppgifter om ursprungslandet vid den tidpunkt då beslut fattas om ansökan".

43 Närmare bestämt kan, såsom generaladvokaten har angett i punkterna 56 och 59 i sitt förslag till avgörande, även intensiteten i de väpnade sammandrabbningarna, graden av organisation hos de inblandade väpnade styrkorna eller konflikternas varaktighet anses vara relevanta vid bedömningen av huruvida det föreligger en verklig risk för allvarlig skada i den mening som avses i artikel 15 c i direktiv 2011/95 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2014, Diakité, C-285/12, EU:C:2014:39, punkt 35), på samma sätt som andra omständigheter, exempelvis det urskillningslösa våldets geografiska omfattning, sökandens faktiska destination vid återsändande till det berörda landet eller den berörda regionen och de stridandes eventuellt avsiktliga attacker på civilbefolkningen.

44 Härav följer att en konsekvent tillämpning av de behöriga myndigheterna i en medlemsstat av ett kriterium, såsom ett minsta antal skadade eller dödade i civilbefolkningen för att fastställa intensiteten i en väpnad konflikt utan att det görs en bedömning av samtliga relevanta omständigheter som är utmärkande för situationen i det land som den som ansöker om subsidiärt skydd kommer ifrån, strider mot direktiv 2011/95, eftersom det kan leda till att dessa myndigheter avslår ansökningar om internationellt skydd i strid med medlemsstaternas skyldighet att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av nämnda skydd.

45 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den andra frågan besvaras enligt följande. Artikel 15 c i direktiv 2011/95 ska tolkas så, att det för att fastställa huruvida det föreligger ett "allvarligt och personligt hot", i den mening som avses i denna bestämmelse, krävs en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet och särskilt av de omständigheter som är utmärkande för situationen i sökandens ursprungsland.

Rättegångskostnader

46 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) **Artikel 15 c i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och**

för innehållet i det beviljade skyddet ska tolkas så, att den utgör hinder för en tolkning av en nationell bestämmelse enligt vilken det för att det ska anses att det föreligger ett allvarligt och personligt hot mot en civilpersonens liv eller lem på grund av "ett urskillningslöst våld i händelse av väpnad konflikt" i den mening som avses i denna bestämmelse – för det fall en civilperson inte är specifikt utsatt på grund av omständigheter som utmärker hans eller hennes personliga förhållanden – krävs att antalet offer i det berörda området i förhållande till det totala antalet individer som finns i befolkningen i detta område, har uppnått en viss miniminivå.

2) **Artikel 15 c i direktiv 2011/95 ska tolkas så, att det för att fastställa huruvida det föreligger ett "allvarligt och personligt hot", i den mening som avses i denna bestämmelse, krävs en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet och särskilt av de omständigheter som är utmärkande för situationen i sökandens ursprungsland.**

Underskrifter

* Rättegångsspråk: tyska

Prövning av internationellt skydd
vid urskillningslöst våld av sådan art
att alla och envar riskerar att drabbas

RS/042/2021



Innehållsförteckning

Fakta om rättsliga ställningstaganden	1
1. Sammanfattning.....	3
2. Bakgrund	3
3. Rättslig bedömning.....	4
3.1 Rättslig bakgrund.....	4
3.2 Rättsregler.....	4
3.3 EASO och medlemsstaterna.....	5
3.4 Rättslig analys.....	5
3.5 Rättslig slutsats	6
Bilaga: Rättsutredning angående prövningen av internationellt skydd vid urskillningslöst våld av sådan art att alla och envar riskerar att drabbas	9

Fastställelsebeslut: RA/073/2021	Version 1.0
Beslutsdatum: 2021-03-25	
Gäller för: hela myndigheten	
Gäller från och med: 2021-03-25	

Datum för revidering	Version	Avsnitt som reviderats	Beslutsbeteckning
ange datum	nummer	innehåll	XXXXXX/XXXX
ange datum	nummer	innehåll	XXXXXX/XXXX

Fakta om rättsliga ställningstaganden

Rättsliga ställningstaganden utgör Migrationsverkets uttalanden om hur en författning bör tolkas och är styrande för myndighetens medarbetare. De beslutas av chefen för rättsavdelningen.

Rättsliga ställningstaganden förs in i en särskild dokumentserie, RS-serie. Dokumentserien är gemensam för hela myndigheten. Beslut om fastställande, ändringar och uppläggande av ett rättsligt ställningstagande förs in i beslutsdokumentserien för chefen för rättsavdelningen.

1. Sammanfattning

En civilperson som bara genom att vistas i ett område riskerar att drabbas av urskillningslöst våld pga. en yttre eller inre väpnad konflikt ska omfattas av artikel 15 c skyddsgrundsdirektivet. I en sådan situation ska 4 kap. 2 § första stycket 1 andra ledet utlänningslagen (2005:716) tillämpas.

2. Bakgrund

I ett rättsligt ställningstagande den 15 juni 2012 angående säkerhetsläget i Syrien bedömde Migrationsverket att den rådande situationen av generellt våld i Syrien nådde upp till kriterierna för alternativt skyddsbehov. Denna bedömning gjordes efter den rättsutveckling som ägde rum genom framförallt Europadomstolens dom i målet Sufi och Elmi mot Storbritannien.¹

Eftersom 4 kap. 2 § första stycket 1 första ledet utlänningslagen i allt väsentligt korresponderar med artikel 3 Europakonventionen och även artikel 15 b skyddsgrundsdirektivet bedömdes den som hade skyddsbehov pga. säkerhetsläget i Syrien som alternativt skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 § första stycket 1 första ledet utlänningslagen. Migrationsverket har därefter under en tid tillämpat detta synsätt när våldet i ett land varit urskillningslöst och av sådan art att alla och envar riskerar att drabbas.²

Denna tillämpning skiljer sig från tillämpningen i flera andra EU-länder, vilka istället i ovanstående situation tillämpar artikel 15 c skyddsgrundsdirektivet. En rättsutredning³ som Migrationsverket låtit göra visar att det inte föreligger någon egentlig skillnad vad gäller skyddet i artikel 15 b och c skyddsgrundsdirektivet och artikel 3 Europakonventionen, i en situation där det råder urskillningslöst våld pga. väpnad konflikt och alla och envar riskerar att drabbas. Rättsutredningen visar även att det finns fördelar med att harmonisera vår tillämpning av artikel 15 skyddsgrundsdirektivet med EASO⁴ och andra medlemsstater.

Detta ställningstagande ska förklara varför Migrationsverket i en situation av generellt och urskillningslöst våld ska tillämpa artikel 15 c skyddsgrundsdirektivet istället för artikel 15 b direktivet och att en person i en sådan situation ska omfattas av 4 kap. 2 § första stycket 1 andra ledet utlänningslagen.

¹ Europadomstolens dom den 28 juni 2011 i målet Sufi och Elmi mot Förenade kungariket, nr 8319/07 och nr 11449/07

² Rättschefen har fastställt detta i landspecifika rättsliga ställningstaganden.

³ Se vidare bilagan Rättsutredning angående prövningen av internationellt skydd vid urskillningslöst våld av sådan art att alla och envar riskerar att drabbas.

⁴ European Asylum Support Office.

3. Rättslig bedömning

3.1 Rättslig bakgrund

Inom EU växte i slutet av 1990-talet idén om ett gemensamt regelverk angående urskillningslöst skydd sig stark. Med subsidiärt skydd avses skyddsbehov som inte hänför sig till flyktenskap. Många länder hade någon form av reglering av subsidiärt skydd, men innehåll och tillämpningen skilde sig åt. EU:s

gemensamma förslag fick namnet ”skyddsgrundsdirektivet”. Detta var inte tänkt som ett nytt regelverk utan som en kodifikation av medlemsstaternas praxis.

Förslaget innebar att gemensamma minimiregler infördes inom EU, vilket skulle minska skillnaderna i tillämpningen av subsidiärt skydd.⁵

Inför förhandlingarna vid framtagandet av skyddsgrundsdirektivet fanns det enighet om att en bestämmelse som enbart omfattade tortyr och illabehandling (artikel 15 b) inte var tillräckligt. Det behövdes en särskild bestämmelse som omfattar de situationer där det föreligger urskillningslöst våld pga. internationell eller intern väpnad konflikt.⁶ Artikeln skulle således tillföra något utöver bestämmelsen i artikel 15 b.

3.2 Rättsregler

Enligt artikel 2 f skyddsgrundsdirektivet är en person subsidiärt skyddsbehövande när han eller hon som tredjelandsmedborgare eller statslös person inte uppfyller kraven för att betecknas som flykting, men där det finns grundad anledning att förmoda att den berörda personen, om han eller hon återsänds till sitt ursprungsland, eller i fråga om en statslös person, till det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort, skulle utsättas för en verklig risk att lida allvarlig skada enligt artikel 15 och som inte kan, eller på grund av en sådan risk inte vill, begagna sig av det landets skydd.

Med allvarlig skada i artikel 15 b menas tortyr eller omänsklig eller föredrande behandling eller bestraffning av en sökande i ursprungslandet. Med allvarlig skada i artikel 15 c menas ett allvarligt och personligt hot mot en civilpersons liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt.

Skyddsgrundsdirektivet infördes i svensk rätt år 2010. I 4 kap 2 § utlänningslagen ges definitionen av alternativt skyddsbehövande (subsidiärt skyddsbehövande enligt direktivets terminologi). Artikel 15 b har i utlänningslagen implementerats genom 4 kap. 2 § första stycket 1 första ledet medan artikel 15 c finns i lagrummets andra led.

⁵ McAdam, Jane. *Complementary Protection in International Refugee Law*. Oxford University Press 2007, s. 53-59.

⁶ UNHCR, *UNHCR Statement on Subsidiary Protection Under the EC Qualification Directive for People Threatened by Indiscriminate Violence*, januari 2008.

Artikel 18 direktivet föreskriver en skyldighet för medlemsstaterna att bevilja alternativt skyddsstatus för en person som uppfyller rekvisiten i artikel 15 och som inte är utesluten från att anses som alternativt skyddsbehövande enligt artikel 17.

3.3 EASO och medlemsstaterna

Enligt EASO:s dokument,⁷ som bygger på gällande praxis och medlemsstaternas tillämpning av artikel 15 c i skyddsgrundsdirektivet, kan urskillningslöst våld förekomma på följande sätt.

-När våldet i ett område är så allvarligt att det finns grundad anledning att förmoda att en civilperson, om han eller hon återsändes, genom att bara vistas i området, utan att det behöver föreligga något specifikt hot riktat mot sökanden, skulle löpa en verklig risk att utsättas för sådant hot som avses i artikel 15 c direktivet (i detta dokument även kallad en "alla och envar" situation).

-När våldet inte är så allvarligt att det finns grundad anledning att förmoda att en civilperson bara genom att vistas i det berörda området löper en verklig risk att utsättas för sådant hot som avses i artikel 15 c direktivet, måste det göras en mera ingående individuell prövning av den sökandes utsatthet enligt "den glidande skalan".

Av EASO:s dokument får anses framgå att artikel 15 c ska tillämpas när våldet är så intensivt att alla och envar riskerar att drabbas av det.⁸ EASO utarbetar gemensam rättslig vägledning för medlemsstaterna vad gäller säkerhetssituationen i olika länder i syfte att främja ökad överensstämmelse i EU-ländernas beslutspraxis på det migrationsrättsliga området.⁹ Riktlinjerna är inte bindande och hindrar inte medlemsstaterna från att ha en annan praxis.

3.4 Rättslig analys

Europakonventionen ger formellt inte någon rätt till uppehållstillstånd som skyddsbehövande till skillnad från skyddsgrundsdirektivet. Europakonventionen förhindrar, enligt praxis, endast återsändande av en person som riskerar behandling enligt artikel 3 samma konvention.

Den praxis som har utvecklats ger dock stöd för att en person som är skyddad från verkställighet enligt artikel 3, även är att anse som skyddsbehövande enligt skyddsgrundsdirektivet.¹⁰

⁷ EASO, *The Implementation of Article 15 (c) QD in EU Member States*, juli 2015, s. 12. EASO, *Article 15 (c) QD (2011/95/EU) – A judicial analysis*, december 2014, s. 32.

EASO, *Practical Guide: Qualification for International Protection*, april 2018, s. 31.

EASO Country Guidance: *Afghanistan - Guidance note and common analysis*, december 2020 s. 104

⁸ EASO, *Article 15 (c) QD (2011/95/EU) – A judicial analysis*, december 2014, s. 24

EASO Country Guidance: *Afghanistan - Guidance note and common analysis*, december 2020

⁹ EASO Country Guidance: *Iraq*, EASO Country Guidance: *Syria*, EASO Country Guidance: *Nigeria*, EASO Country Guidance: *Afghanistan*

¹⁰ Tiedemann Paul, *Subsidiary protection and the function of article 15(c) of the Qualification directive*, Refugee Survey Quarterly, vol. 31, nr. 1, 2012, s. 124-129.

Utvecklingen i praxis har även medfört att skillnaderna mellan artikel 15 b och artikel 15 c skyddsgrundsdirektivet har suddats ut. I Europadomstolens dom *Sufi och Elmi* uttalar domstolen att den mot bakgrund av slutsatserna i EU-domstolens avgörande i *Elgafaji*¹¹ inte är övertygad om att artikel 3 i Europakonventionen inte skulle kunna ge samma skydd som artikel 15 c i skyddsgrundsdirektivet och pekar på att båda bestämmelserna är tillämpliga i exceptionella fall av generellt våld vid väpnad konflikt.

Det finns även i doktrinen stöd för uppfattningen att det numera, mot bakgrund av rättsutvecklingen, inte finns några egentliga skillnader vad gäller tillämplighet mellan artikel 15 b och c skyddsgrundsdirektivet och artikel 3 Europakonventionen vid sådant våld.

Artikel 3 Europakonventionen och artikel 15 b och c skyddsgrundsdirektivet erbjuder därför likvärdigt skydd i en "alla och envar" situation pga. urskillningslöst våld i en väpnad konflikt.¹²

Skillnaden mellan bestämmelserna är att bara artikel 15 b och artikel 3 kan bli tillämpliga då det inte föreligger någon väpnad konflikt utan endast personliga skyddsskäl. Vidare omfattar artikel 15 c bara civilpersoner medan artikel 15 b och artikel 3 också omfattar kombattanter. Både civilpersoner och kombattanter kan dock bli föremål för uteslutande från skydd enligt 4 kap. 2 b och c §§ utlänningslagen.

Prövningen av skyddsbehov ska ske hierarkiskt, dvs. det ska först undersökas om sökanden är flykting och därefter om denne kan anses vara alternativt skyddsbehövande. Enligt denna princip ska en person, vid prövningen om denne är alternativt skyddsbehövande enligt artikel 15 skyddsgrundsdirektivet, först prövas enligt artikel 15 a och därefter enligt artikel 15 b och c direktivet. EASO menar dock att grunderna i artikel 15 inte är avsedda att tillämpas hierarkiskt utan utgör en uppräknning av situationer som innebär att rekvisitet "allvarlig skada" är uppfyllt.¹³

En annan princip inom juridiken är principen om *lex specialis*. Denna princip innebär att en regel eller lag som särskilt reglerar något ska ges företräde framför en mer allmän bestämmelse eller lag (lex generalis).

3.5 Rättslig slutsats

Som tidigare har redovisats erbjuder artikel 15 b och c skyddsgrundsdirektivet och artikel 3 Europakonventionen likvärdigt skydd för civilpersoner som har skyddsskäl i en "alla och envar" situation pga. urskillningslöst våld i en väpnad konflikt.

¹¹ EG-domstolens dom den 17 februari 2009 i målet *Elgafaji*, C-465/07 (stora avdelningen).

¹² Se vidare bilagan *Rättsutredning rörande prövningen av internationellt skydd vid urskillningslöst våld av sådan art att alla och envar riskerar att drabbas*.

¹³ EASO, *Qualification for International Protection (Directive 2011/95/EU) – A Judicial Analysis*, December 2016, s. 103-104.

Vid prövning enligt artikel 15 skyddsgrundsdirektivet skulle det kunna argumenteras för att prövningen ska ske i den ordning som följer av regeln dvs. först om personen är subsidiärt skyddsbehövande enligt artikel 15 a och därefter artikel 15 b och sist artikel 15 c direktivet. EASO menar dock att det inte råder någon sådan ordning och att grunderna därför inte behöver prövas hierarkiskt. Vidare har regeln i artikel 15 c skyddsgrundsdirektivet tillkommit som en särskild bestämmelse (*lex specialis*) som skulle omfatta situationer där det förelåg urskillningslöst våld pga. internationell eller intern väpnad konflikt. Den bestämmelsen var således tänkt att tillämpas för just den specifika situationen. Mot bakgrund av EASO:s bedömning att prövningsordningen i artikel 15 skyddsgrundsdirektivet inte är hierarkisk och med hänsyn till principen om *lex specialis* bör därför artikel 15 c tillämpas före artikel 15 b vid en "alla och envar" situation.

Om utlänningen anför individuella skäl måste emellertid dessa alltid prövas först. Först prövas skälen mot flyktigbestämmelsen och sedan mot bestämmelsen om alternativt skyddsbehov enligt artikel 15 a och b skyddsgrundsdirektivet och 4 kap. 2 § första stycket 1 första ledet utlänningslagen. Därefter ska frågan om det finns grundad anledning att anta att en civilperson riskerar att utsättas för sådana skada med anledning av inre eller yttre väpnad konflikt som avses i artikel 15 c skyddsgrundsdirektivet och 4 kap. 2 § första stycket 1 andra ledet utlänningslagen bedömas. Våldet kan antingen vara av sådan art att alla och envar riskerar skyddsgrundande behandling eller inte vara så allvarligt att alla som vistas där riskerar att skadas. I det senare fallet måste det göras en mera ingående individuell prövning av den sökandes utsatthet enligt "den glidande skalan".¹⁴

Som tidigare har nämnts utarbetar EASO enligt sitt uppdrag gemensam rättslig vägledning (Country Guidance) för medlemsstaterna vad gäller säkerhetssituationen i olika länder. Dokumenten syftar till att främja ökad överensstämmelse i EU-ländernas beslutspraxis på det migrationsrättsliga området.

I EASO:s Country Guidance och även i andra dokument från EASO tillämpas artikel 15 c skyddsgrundsdirektivet vid en "alla och envar" situation. Riktlinjerna är visserligen inte bindande och hindrar inte medlemsstaterna från att ha en annan praxis. Migrationsverket bör dock göra detsamma för att harmonisera med EASO. Det blir annars både svåröverskådligt och svårhanterligt om Sveriges tillämpning är annorlunda, inte minst när nya bedömningar ska göras av säkerhetssituationen i ett land. Artikel 15 b skyddsgrundsdirektivet kan dock bli tillämplig i andra situationer då en person riskerar skyddsgrundande behandling pga. personliga skyddsskäl eller om personen inte är en civilperson.

Enligt utlänningslagens bestämmelser är skyddet mot verkställighet svagare för en utlänning som fått skydd enligt 4 kap. 2 § första stycket 1 andra ledet samma lag än för en utlänning som fått skydd enligt första ledet i samma bestämmelse. Bestämmelsen i andra ledet korresponderar mot 12 kap. 3 § utlänningslagen medan bestämmelsen i första ledet korresponderar mot 12 kap. 1 § samma lag.

¹⁴ Vid denna prövning ska konflikthvån bedömas på så sätt att ju lägre konflikthvån är desto högre krav ställs på den sökandes individuella utsatthet för att personen ska bedömas vara skyddsbehövande och vice versa. Se EU-domstolens dom i målet Elgafaji.

Bestämmelserna i 12 kap. 1-3 §§ utlänningslagen måste emellertid ses i ljuset av den rättsutveckling som skett med anledning av bl.a. avgörandet Sufi och Elmi. Kriterierna och skyddet mot refoulement i artikel 3 Europakonventionen är inkorporerat i artikel 15 b skyddsgrundsdirektivet. Då det kan konstateras att skyddet mot verkställighet vid en "alla och envar" situation är detsamma enligt artikel 15 b och c, måste således skyddet som utgångspunkt vara detsamma oavsett om tillståndet beviljats enligt det första eller andra ledet i 4 kap. 2 § första stycket 1 utlänningslagen. Följaktligen omfattas en person som beviljats skydd enligt andra ledet pga. en "alla och envar" situation av det absoluta verkställighetshindret i 12 kap. 1 § utlänningslagen och får därför inte anses ha ett sämre skydd mot verkställighet. Det innebär att personer som beviljas uppehållstillstånd pga. en "alla och envar" situation i 4 kap. 2 § första stycket 1 andra ledet utlänningslagen har samma skydd mot återsändande som en person som beviljas uppehållstillstånd pga. individuella skäl i första ledet samma regel.

Sammantaget finns det skäl att tillämpa artikel 15 c direktivet i en situation där alla och envar riskerar att drabbas av våld pga. en yttre eller inre väpnad konflikt. Följden blir då att 4 kap. 2 § första stycket 1 andra ledet utlänningslagen ska tillämpas. Detta gäller dock enbart situationen då det föreligger en "alla och envar" situation. Vid bedömningen av en utlännings individuella skyddsskäl gäller alljämt prövningsordningen och hierarkin i 4 kap. utlänningslagen.

Målnummer: UM2953-12 **Avdelning:** 1

Avgörandedatum: 2013-02-11

Rubrik: Frågan om ett internt flyktalternativ föreligger ingår som en del i prövningen av om en person är flykting eller skyddsbehövande. Det ankommer på migrationsdomstolen att se till att detta blir prövat i målet.

Lagrum: • 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291)

• 4 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716)

- Artikel 8 i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandssmedborgare eller statslösa personer ska betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet (skyddsgrundsdirektivet)
- MIG 2007:9
- MIG 2007:33 II
- MIG 2008:20
- MIG 2009:4

Rättsfall:

REFERAT

A ansökte den 21 juni 2011 om uppehålls- och arbetsstillstånd i Sverige. Migrationsverket, som ifrågasatte trovärdigheten i A:s berättelse, avsåg ansöka den 27 oktober 2011 och beslutade bl.a. att utvisa honom till Afghanistan.

A överklagade beslutet till migrationsdomstolen.

Förvaltningsrätten i Göteborg, migrationsdomstolen (2012-03-08, ordförande Huldén samt tre nämndemän, varav en skiljaktig), biföll överklagandet och beviljade A permanent uppehållstillstånd samt status som alternativt skyddsbehövande. Domstolen anförde bl.a. följande. Den berättelse som A lämnat är sammanhängande och detaljerad. Vid den muntliga förhandlingen har A berättat fritt och svarat på alla frågor som ställts och förklarat oklarheter på ett trovärdigt sätt. Berättelsen har också stöd i återopad landinformation. Vid en framåtsyftande riskbedömning framstår det inte som orimligt att hotbilden mot A kvarstår vid ett återvändande till hemorten. Det finns därmed grundad anledning att anta att A vid ett återvändande riskerar att straffas med döden, utsätts för

kroppstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Av landinformationen framgår att det saknas en fungerande myndighetsstruktur i Afghanistan varför A inte kan få skydd av myndigheterna i hemlandet. Han bereds därför skydd såsom alternativt skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716). Uppehållstillståndet ska vara permanent. Någon uteslutandegrund har inte framkommit.

Migrationsverket överklagade domen och yrkade att migrationsdomstolens dom skulle upphävas och att målet skulle återförvisas till migrationsdomstolen för förnyad handläggning. Till stöd för sitt överklagande anförde Migrationsverket i huvudsak följande.

I svensk rätt har möjligheterna till internflykt alltid varit en integrerad del av skyddsprövningen. Rättsläget vad avser prövning av internt flyktalternativ har också klarlagts genom Migrationsöverdomstolens praxis. Av praxis framgår tydligt att möjligheterna till internflykt ska utgöra en integrerad del av prövningen av skyddsskäl. En utlännings är inte i behov av internationellt skydd om det beträffande en del av ursprungslandet inte finns någon välgrundad fruktan för förföljelse eller någon verklig risk för att lida allvarlig skada och utlännings rimligen kan förväntas uppehålla sig i den delen av landet (se MIG 2008:20 och MIG 2007:33 II).

Av 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, framgår också att rätten i varje mål ska tillse att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Vid behov ska rätten anvisa hur utredningen bör kompletteras.

Vid en prövning av A:s skyddsskäl mot förhållandena på hemorten i provinsen Day Kundi i Afghanistan har verket bedömt att skyddsbehov inte föreligger. Frågan om ett internt flyktalternativ har därför inte varit föremål för verkets prövning. Eftersom internflyktsfrågan är en integrerad del av skyddsprövningen uppkom behovet av att utreda och pröva frågan om internflykt först när domstolen gjorde bedömningen att A var skyddsbehövande mot hemorten. Vid denna tidpunkt aktualiserades förutom frågan om internt flyktalternativ även domstolens utredningsskyldighet enligt förvaltningsprocesslagen. Migrationsverket har aldrig uttryckt en uppfattning av innebörd att möjlighet till internflykt för A skulle saknas. Det framgår inte heller av domstolens dom att verket skulle ha gett uttryck för en sådan inställning. Migrationsdomstolen har inte angett några skäl till varför man inte har prövat internflyktsfrågan. Närmast till hands ligger att detta berott på ett förbiseende.

Domstolens utredningsskyldighet medför att migrationsdomstolen var skyldig att vid en prövning av A:s skyddsbehov inhämta parternas argumentation runt möjligheterna till internflykt. Domstolen borde därför ha förhört sig om parternas inställning i frågan så att tillräcklig utredning för domstolens prövning inhämtats. Den omständigheten att Migrationsverket enligt praxis har bevisbördan för att det föreligger ett relevant och rimligt internflyktsalternativ kan inte föranleda annan bedömning.

A bestred bifall till överklagandet och anförde i huvudsak följande.

Migrationsverket har redan i sitt beslut och även under den fortsatta handläggningen i migrationsdomstolen haft alla möjligheter att ta upp frågan om internflykt och närmare redogöra för bevisning och utredning avseende denna fråga. Migrationsverket har emellertid inte gjort detta. Migrationsverket har åberops- och bevisbörda för att det föreligger ett internt flyktalternativ som gör att utlännigen inte kan anses vara i behov av internationellt skydd. För att därefter möjliggöra en prövning om det föreligger ett internflyktalternativ har Migrationsverket att visa på ett tillräckligt precist och konkret område som de anser utgör ett internflyktalternativ för sökanden. Inget av ovanstående har uppfyllts av

Migrationsverket (jfr MIG 2009:4 samt UNHCR:s Guidelines on International Protection: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the context of article 1 A (2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, avsnitt III, A. 33-34).

Migrationsverket tar vanligen upp frågan om internflykt i sina beslut även om ansökan avslås redan vid prövningen av skyddsskäl. Så har emellertid inte skett i aktuellt ärende. Med beaktande av vilken avgörande betydelse frågan om internflykt kan ha i aktuellt mål måste Migrationsverkets agerande i denna del ses som ett aktivt ställningstagande mot att internflykt skulle vara tillämpligt.

Utredningsskyldigheten är till skydd för den enskilda parten och för att tillse att denne inte blir lidande genom att beslutsunderlaget är ofullständigt eller bristfälligt i något hänseende (se RÅ 2006 ref. 46). Migrationsverket måste antas besitta den kompetens som krävs för att sköta sin processföring på egen hand.

Den nya instans- och processordningen i utlänningsärenden har i än högre utsträckning gjort Migrationsverkets ansvar i nu aktuellt avseende tydligt. Migrationsverket förväntas agera mer aktivt i partsställning där den enskildes möjligheter att utveckla sina egna ställningstaganden kan öka. Det är fråga om en kontradictorisk process och frågan om internflykt har legat utanför den ram inom vilken förvaltningsrättens prövning legat. Den enskilde parten förväntas genom tvärpartsprocessen och Migrationsverkets agerande få bättre kännedom om vilka förhållanden och omständigheter som är tvistiga och senare kan bli föremål för rättsens prövning samt på så sätt i god tid få möjlighet att bemöta dem (jfr Wennergren, Förvaltningsprocesslagen m.m., s. 159).

Migrationsverkets inställning att man inte beretts tillfälle att avge sin inställning och yttra sig över möjligheterna till internflykt är felaktig. Migrationsverket har haft alla möjligheter att peka på ett rimligt och relevant internflyktalternativ såsom det åligger dem att göra.

I förvaltningsrättens protokoll från den muntliga förhandlingen bekräftas att Migrationsverket vidhöll sin tidigare angivna inställning. Det kan inte anses ankomma på migrationsdomstolen att närmare utreda frågan om internflykt.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2013-02-11, Linder, Aldestam och Krüll, referent), yttrade:

Vad Migrationsöverdomstolen ska pröva

Migrationsverket har i sitt överklagande inte ifrågasatt förvaltningsrättens bedömning att A riskerar att utsättas för angrepp vid ett återvändande till hemorten. Inte heller Migrationsöverdomstolen har anledning att, på grundval av den utredning som finns i målet, ifrågasätta den hotbild som gjorts gällande.

Frågan här är istället om det ändå saknas behov av internationellt skydd på grund av att det finns ett internt flyktalternativ i Afghanistan och framför allt, vilket ansvar domstolarna har för att utreda och pröva om ett sådant internt flyktalternativ föreligger.

Vad prövningen om internationellt skydd omfattar

Enligt 4 kap. 2 § utlänningslagen avses med alternativt skyddsbehövande en utlännings som inte är flykting men som ändå befinner sig utanför det land som han eller hon är medborgare i därför att det finns grundad anledning att anta att han eller hon vid ett återvändande till hemlandet skulle löpa risk att straffas med döden eller att utsättas för kroppsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller fömedrande behandling eller bestraffning, eller som civilperson löpa en allvarlig och personlig risk att skadas på grund av urskillningslöst våld med anledning av en yttre eller inre väpnad konflikt, och han eller hon inte kan, eller på grund av sådan risk som nämns ovan inte vill, begagna sig av hemlandets skydd. Det är ingen skillnad om det är landets myndigheter som är ansvariga för att han eller hon löper sådan risk eller om myndigheterna inte kan antas erbjuda trygghet mot att han eller hon utsätts för sådan risk genom handlingar från enskilda personer.

Vid en prövning av om en asylsökande är att se som flykting eller alternativt skyddsbehövande enligt 4 kap. 1 och 2 §§ utlänningslagen ska en individuell prövning göras av de skyddsskäl den asylsökande åberopar till stöd för sitt påstående om behov av internationellt skydd. Detsamma gäller beträffande frågan om det är möjligt för just denne person att återvända till sitt hemland eller till den del av ett land dit verkställighet av ett beslut ska ske (jfr MIG 2007:9).

Av punkten 91 i UNHCR:s handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning enligt 1951 års konvention och 1967 års protokoll angående flyktingars rättsliga ställning samt artikel 8 i skyddsgrundsdirektivet (Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandmedborgare eller statslösa personer ska betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet) framgår att fruktan för förföljelse inte alltid behöver avse hela ursprungslandets territorium. En asylsökande är inte i behov av internationellt skydd om det beträffande en del av

ursprungslandet inte finns någon välgrundad fruktan för förföljelse eller någon verklig risk för att lida allvarlig skada, och den asylsökande rimligen kan förväntas uppehålla sig i den delen av landet. Under sådana förhållanden har den asylsökande ett internt flyktalternativ.

Frågan om ett internt flyktalternativ har berörts ett flertal gånger i förarbetena till svensk migrationslagstiftning. I prop. 2005/06:6 (s. 28) konstateras att det inre flyktalternativet, dvs. att den enskilde kan få skydd på en annan plats i hemlandet, är en internationellt vedertagen princip och att kravet på avsaknad av hemlandets skydd och frågan om det finns ett s.k. inre flyktalternativ ska bedömas på samma sätt oavsett vilken grund för förföljelse som är aktuell. I prop. 1996/97:25 (s. 101) framhålls vidare att vid inre oroligheter då inte hela landet är drabbat finns det ett inre flyktalternativ och i sådana fall föreligger självfallet inte något behov av fristad i Sverige. Slutligen anförts det i prop. 2009/10:31 (s. 135) att varken Genèvekonventionens eller utlänningslagens flyktbegrepp innefattar en utlännings som har möjlighet att begagna sig av skydd i någon del av hemlandet.

Även i Migrationsöverdomstolens praxis har det konstaterats att en asylsökande inte är i behov av internationellt skydd och inte kan vara flykting, om han eller hon kan få ett effektivt skydd i någon del av hemlandet samt att Migrationsverket och domstolarna har att pröva om det är rimligt att tillämpa ett internt flyktalternativ (MIG 2007:33 II och MIG 2008:20).

Att prövningen ska göras på samma sätt oavsett om man har att bedöma om en asylsökande är att se som flykting eller alternativt skyddsbehövande framgår av såväl förarbeten som praxis (se prop. 2009/10:31 s. 135 samt MIG 2007:9).

Det är alltså en förutsättning för att ett skyddsbehov ska anses föreligga att det inte finns något internt flyktalternativ. Därav följer också att det måste ingå i prövningen av om en person är flykting eller skyddsbehövande att ta ställning till om personen ifråga skulle kunna få skydd på en annan plats i hemlandet. Att en sådan prövning ska göras får även anses följa av Sveriges internationella åtaganden inom området. Det går därmed inte att komma till slutsatsen att en asylsökande är i behov av internationellt skydd utan att ha beaktat dennes möjlighet att bosätta sig på annan plats inom sitt hemlands territorium.

Frågan som därefter uppkommer är hur detta praktiskt ska hanteras hos Migrationsverket och hos migrationsdomstolarna.

Vad migrationsdomstolen måste utreda

Enligt 8 § första stycket FPL ska rätten se till att mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. I andra stycket stadgas att rätten vid behov anvisar hur utredningen bör kompletteras samt att överflödigt utredning får avvisas.

Av förarbetena till bestämmelsen (prop. 1971:30 s. 529 f.) framgår bl.a. att det ytterst är domstolen som har ansvaret för utredningen i målet samt att ansvaret sträcker sig olika långt i olika typer av mål. Vidare anförts att även om rätten ytterst har ansvaret för att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver måste det i stor utsträckning ankomma på parterna själva att skaffa fram utredningen. Rättens initiativ i utredningshänseende bör därför normalt ha den formen att rätten ger part besked om att hans talan behöver kompletteras. Rättens aktivitet måste dock växla, beroende på bl.a. vad för slags mål det är fråga om, om det finns en offentlig motpart i målet och om en enskild part har ombud i målet. Vidare gäller att behovet av vägledning normalt är större i underinstanserna än i överinstanserna.

I förarbetena till utlänningslagen (prop. 2004/05:170 s. 154) framhålls också att en rättssäker prövning inom rimlig tid hos överinstansen förutsätter att tyngdpunkten av prövningen ligger i första instans. Överinstansens prövning underlättas om alla omständigheter tidigare utretts. Den kan då inrikta sig på det som är omstritt i ärendet.

Då det i prövningen av om en person är att anse som flykting eller skyddsbehövande även ingår att bedöma den asylsökandes möjlighet till internflykt, måste domstolen givetvis se till att den har tillräckligt med utredning för att kunna ta ställning också till den frågan. För det fall det saknas information om vilka internflyktsmöjligheter som finns eller vilken inställning sökanden har till detta måste domstolen använda sin processledning så att det klargörs. Att det är Migrationsverket som har bevisbördan för att det finns ett rimligt och relevant internflyktsalternativ (se MIG 2009:4) fråntar inte domstolen ansvaret för att se till att möjligheten till internflykt provas i samband med prövningen av frågan om skyddsbehovet.

Vad migrationsdomstolen har prövat

I samband med att Migrationsverket har kommunicerat asylutredningen med sökanden har verket också kommunicerat viss landinformation av vilken det framgår att verket anser att det kan vara relevant och rimligt att hänvisa sökanden till internflykt i Afghanistan. Det framgår vidare av asylutredningen med A att han anser att han inte kan bosätta sig i någon annan del av Afghanistan.

Migrationsdomstolen har gjort bedömningen att det finns grundad anledning att anta att A riskerar att utsättas för angrepp om han återvänder till hemorten. Vidare konstaterar domstolen att det av landinformationen framgår att det saknas fungerande myndighetsstruktur i Afghanistan, varför A inte kan få skydd av myndigheterna i hemlandet. Härfter har domstolen ansett att han ska beredas skydd som alternativt skyddsbehövande.

Om och i så fall hur migrationsdomstolen har bedömt frågan om internflykt framgår emellertid inte av migrationsdomstolens dom. Då denna fråga, som anförts ovan, är en del av den prövning som måste göras, borde migrationsdomstolen även ha tagit ställning till frågan om internflykt är

möjlig. Eftersom det inte klart kan utläsas av migrationsdomstolens dom att detta har gjorts, och då det i princip är avgörande för om uppehållstillstånd ska beviljas eller ej, bör målet återförvisas till migrationsdomstolen för fortsatt handläggning. Migrationsdomstolens beslut om uppehållstillstånd och status som alternativt skyddsbehövande ska därför upphävas.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen upphäver migrationsdomstolens dom såvitt gäller uppehållstillstånd och status som alternativt skyddsbehövande samt återförvisar målet till migrationsdomstolen för fortsatt handläggning.

Sökord: Asylprövning; Bevisbörda; Hemlandets skydd;

Internationellt skydd; Internt flyktalternativ;

Officialprincipen; Utredningsansvar; Utredningsskyldighet

Prop. 1971:30 s. 529 f.; Prop. 1996/97:25 s. 101; Prop.

2004/05:170 s. 154; Prop. 2005/06:6 s. 28; Prop.

2009/10:31 s. 135; UNHCR:s handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga

ställning enligt 1951 års konvention och 1967 års

protokoll angående flyktingars rättsliga ställning, punkten

91

AH överklagade Migrationsverkets beslut till migrationsdomstolen och yrkade i första hand att hon skulle beviljas flyktingstatusförklaring och resedokument, i andra hand alternativt skyddsstatusförklaring och i sista hand övrig skyddsstatusförklaring.

Förvaltningsrätten i Stockholm, migrationsdomstolen (2014-12-09, ordförande Larsson), biföll överklagandet och beviljade AH flyktingstatusförklaring och resedokument med följande motivering. Migrationsdomstolen delar Migrationsverkets bedömning att de av AH anförda individuella skyddsskälerna inte är av sådan karaktär att hon är att betrakta som flykting. Vidare är den omständigheten att hennes dotter riskerar könsstympning vid ett återvändande ingenting som kan härledas till AH och hon riskerar inte själv skyddsgrundande behandling på grund av den förföljelse dottern sannolikt skulle utsättas för vid ett återvändande. Nästa fråga domstolen har att ta ställning till är om AH ändå till följd av principen om familjens enhet ska anses vara flykting. Artikel 23.1 i skyddsgrundsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om regler för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet [omarbetsning]) talar för att principen om familjens enhet är tillämplig även när det är ett barn som har de individuella skyddsskälerna. Detta stämmer väl överens med både principen om barnets bästa och principen om likhet inför lagen. Att UNHCR:s handbok refererar till "familjens överhuvud" kan i dagsläget ses som ett föråldrat uttryck för en syn där man utgick ifrån att det var mannen i familjen som hade de individuella skyddsskälerna. Ändamålet med principen om familjens enhet, att hålla samman familjen utifrån den högsta skyddsstatus som någon enskild familjemedlem har beviljats, talar för att principen gäller även i situationer där barnet har bedömts vara flykting. Mot bakgrund av att UNHCR:s handbok även anger att principen om familjens enhet ska tillämpas i generös anda och har som utgångspunkt att samtliga familjemedlemmar i en kärnfamilj ska omfattas, bedömer migrationsdomstolen att AH bör omfattas av den aktuella principen. Med hänsyn till att det inte har kommit fram någon uteslutandegrund och att AH inte förekommer i Schengens informationssystem ska hon beviljas flyktingstatusförklaring i enlighet med principen om familjens enhet. Eftersom hon bedöms vara flykting ska hon även beviljas resedokument enligt 4 kap.4 § utlänningslagen (2005:716).

Migrationsöverdomstolen

Migrationsöverdomstolen

Migrationsverket överklagade migrationsdomstolens dom och yrkade att Migrationsöverdomstolen skulle fastställa verkets beslut att inte bevilja AH flyktingstatusförklaring och resedokument. Migrationsverket anförde bl.a. följande till stöd för sin talan. Som huvudregel innebär principen om familjens enhet att familjemedlemmar till den person som har erhållit flyktingstatus beviljas samma status. Det finns dock situationer när det finns skäl att frågå denna huvudregel. Ett exempel på detta är när familjemedlemmen har ansökt om skydd med egna asylskäl som grund. Det är inte förenligt med principen om familjens enhet att alla familjemedlemmar ovillkorligen ska beviljas samma status när de har anförat skilda asylskäl. Syftet med reglerna om familjens enhet är att hålla familjen samlad och ge dem möjlighet att fortsätta leva som en familj även när en familjemedlem är flykting. Många gånger drabbas även övriga familjemedlemmar av den förföljelse som är grunden för flyktingskapet. Då har de rätt till samma status som den utsatta familjemedlemmen. Att hennes dotter riskerar könsstympning kan inte leda till att AH själv riskerar förföljelse. Migrationsverket har gjort bedömningen att AH för egen del inte uppfyller kraven för att få skydd i Sverige. Verket har därefter, med beaktande av principen om familjens enhet, beslutat att hon ska beviljas permanent uppehållstillstånd med effekten att familjen hålls samlad. Därmed får Migrationsverket anses ha respekterat hennes rätt till familjeliv.

AH bestred bifall till Migrationsverkets överklagande och anförde i huvudsak följande. Principen om familjens enhet ska skydda familjer från att splittras och syftar till att hålla samman familjen utifrån den högsta skyddsstatus som någon i familjen har beviljats. Det innebär att nära anhöriga till en flykting normalt också ska

MIG 2015:18

MIG 2015:18

MIG 2015:18

Flyktingstatusförklaring kan inte beviljas en utlännings enbart på grund av att en familjemedlem har beviljats uppehållstillstånd som flykting, utan det måste alltid göras en individuell bedömning av risken för förföljelse.

AH sökte asyl i Sverige i maj 2013 tillsammans med sin minderåriga dotter. Som asylskäl återopade hon följande. Hon är född i södra Somalia och bodde där fram till 2009, då hon flydde till Etiopien tillsammans med sin make, sin svärmor och sina barn. Bakgrunden till flykten var att hon hade utsatts för en våldtäkt av medlemmar i AI Shabaab. Därefter hade medlemmar i AI Shabaab anklagat henne för att ha haft en sexuell förbindelse utanför äktenskapet och sagt att de ville döda henne. Efter tre år i Etiopien lämnade hon landet tillsammans med sin dotter, eftersom hennes svärmor ville omskära dottern. Även i Somalia fanns det släktingar som ville utföra ingreppet. Vid ett återvändande till Somalia skulle hon riskera att straffas av AI Shabaab och hennes dotter skulle riskera att utsättas för könsstympning. AH återopade även att hon tillhör en minoritetsklan och saknar manligt nätverk, varför hon riskerar att bli våldtagen och att utsättas för kränkande behandling. För det fall att hennes dotter skulle beviljas uppehållstillstånd återopade hon även sin anknytning till henne.

Migrationsverket beslutade den 25 april 2014 att bevilja AH:s dotter permanent uppehållstillstånd, flyktingstatusförklaring och resedokument eftersom hon riskerade att utsättas för könsstympning vid ett återvändande till Somalia. Migrationsverket beslutade samma dag att bevilja AH permanent uppehållstillstånd på grund av anknytning till dottern och att avslå hennes yrkanden om statusförklaring och resedokument. Migrationsverket bedömde att AH sannolikt hade sin hemvist i Somaliland, varför hennes asylansökan prövades mot den delen av Somalia. Till grund för denna bedömning lade verket resultatet av en s.k. direktanalys, de uppgifter som AH lämnat om sin hemvist, sin klan tillhörighet och sina hemförhållanden samt den landinformation som tillförts ärendet. På grund av den bedömning som hade gjorts beträffande hennes hemvist ansåg verket att hon inte hade gjort sannolikt att det fanns någon personlig och konkret hotbild från AI Shabaab. Hon ansågs heller inte ha gjort sannolikt att hon tillhörde den klan som hon hade uppggett eller att hon saknade nätverk, varför det enligt verket inte fanns någonting som talade för att hon, vid ett återvändande till Somaliland, riskerade att utsättas för skyddsgrundande behandling. Enligt Migrationsverket kunde AH heller inte anses vara flykting enbart på grund av att hennes dotter hade bedömts vara flykting och beviljats flyktingstatusförklaring. Detta eftersom det enligt Förenta nationernas flyktingkommissaries handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning, här efter UNHCR:s handbok, endast är i de fall då familjens överhuvud bedöms vara flykting som övriga familjemedlemmar beviljas flyktingstatus enligt principen om familjens enhet. AH ansågs inte heller vara alternativt eller övrig skyddsbehövande.

Migrationsdomstolen

Migrationsdomstolen

beviljas flyktingsstatus även om de inte själva har flyktingskäl. Medlemmar av samma familj bör ges samma status som huvudsökanden. Att hon och hennes dotter har anförut skilda asylskäl kan inte leda till slutsatsen att hon går miste om att omfattas av principen om familjens enhet.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2015-11-30, Fridström, Axelsson och C. Bohlin, referent), yttrade:

1. Frågan i målet

AH:s minderåriga dotter har beviljats uppehållstillstånd med status som flykting. Frågan i målet är om denna omständighet också innebär att AH ska beviljas flyktingsstatusförklaring och resedokument.

2. Tillämpliga bestämmelser m.m.

2.1. Utlänningslagen och dess förarbeten

Med flykting avses en utlänning som befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att han eller hon känner välggrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, nationalitet, religiös eller politisk uppfattning eller på grund av kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp, och inte kan, eller på grund av sin fruktan inte vill, begagna sig av detta lands skydd (4 kap. 1 § första stycket utlänningslagen). Detta gäller oberoende av om det är landets myndigheter som är ansvariga för att utlänningen riskerar att utsättas för förföljelse eller om utlänningen riskerar att utsättas för förföljelse från enskilda och inte kan antas bli erbjuden ett effektivt skydd som inte är av tillfällig natur (andra stycket samma paragraf). En utlänning, som med åberopande av skyddsskäl ansökt om uppehållstillstånd, ska förklaras vara flykting (flyktingsstatusförklaring) om han eller hon omfattas av definitionen i 1 § och inte är utesluten från att anses som flykting enligt 2 b § (4 kap. 3 § första stycket utlänningslagen). Det finns situationer där flyktingsstatusförklaring ändå får vägras en utlänning (andra stycket samma paragraf). Resedokument får utfärdas bl.a. för flyktingar (4 kap. 4 § utlänningslagen).

Vid genomförandet av 2004 års skyddsgrundsdirektiv angavs bl.a. följande i förarbetena. En grundprincip inom utlänningsrätten är att hålla samman kärnfamiljen, principen om familjens enhet. Denna princip, som tillämpas i enlighet med punkterna 181-188 i UNHCR:s handbok, innebär att nära anhöriga till en flykting i regel får uppehållstillstånd som flyktingar även om de inte själva har sådana skäl. En individuell prövning görs i varje enskilt fall, varvid den omständigheten att sökanden är nära anhörig till en person som beviljats uppehållstillstånd som flykting tillmäts stor betydelse vid bedömningen av om sökanden löper risk för förföljelse vid ett återvändande till hemlandet. Någon rätt för familjemedlemmar till en flykting att beviljas motsvarande status kan dock inte härledas ur Genèvekonventionen eller direktivet. Regeringen ansåg därför att någon rätt som innebär att familjemedlemmar normalt ska beviljas samma status som den familjemedlem som är flykting eller skyddsbehövande inte skulle införas i utlänningslagen. (Prop. 2009/10:31 s. 74 och 145.)

Regeringen hade även anledning att beröra principen om familjens enhet vid genomförandet av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet. I propositionen föreslogs en ny bestämmelse i utlänningslagen som ger en förälder till ett ogift barn som är flykting eller annan skyddsbehövande rätt till uppehållstillstånd, i syfte att hålla samman familjen. Några remissinstanser ansåg att en sådan reglering riskerade att urholka principen om familjens enhet. Regeringen delade inte denna uppfattning. (Prop. 2013/14:248 s. 47.) Regeringen ansåg vidare att det med hänsyn till denna princip redan före lagändringen var mycket osannolikt att en förälder inte skulle beviljas skyddsstatus eller uppehållstillstånd om barnet beviljades skyddsstatus och därmed också uppehållstillstånd (a. prop. s. 56).

2.2. Skyddsgrundsdirektivet

I artikel 23 i skyddsgrundsdirektivet finns bestämmelser om sammanhållning av familjer. Medlemsstaterna ska se till att familjen hålls samlad (artikel 23.1). Medlemsstaterna ska också se till att familjemedlemmar till den person som har beviljats internationellt skydd och som för egen del inte uppfyller kraven för att erhålla sådant skydd, får ansöka om bl.a. uppehållstillstånd och resedokument i enlighet med nationella förfaranden och i den mån detta överensstämmer med familjemedlemmens personliga rättsliga status (artikel 23.2). Begreppet familjemedlem omfattar, enligt artikel 2 j), bl.a. fadern, modern eller någon annan vuxen som ansvarar för den person som beviljats internationellt skydd enligt lag eller praxis i den berörda medlemsstaten om den som beviljats internationellt skydd är underårig och ogift. I punkt 36 i ingressen till skyddsgrundsdirektivet anges att familjemedlemmar kan, enbart på grund av sin relation till flyktingen, normalt komma att utsättas för förföljelse på ett sätt som kan utgöra grund för flyktingsstatus.

2.3. Genèvekonventionen och UNHCR:s handbok m.m.

Principen om familjens enhet ingår inte i den definition av begreppet flykting som finns i Genèvekonventionen (1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning). I UNHCR:s handbok anges följande. Om familjens överhuvud uppfyller definitionens kriterier tillerkänns i regel övriga familjemedlemmar ställning som flykting i enlighet med principen om familjens enhet. Det är emellertid uppenbart att formellt flyktingerklämmande inte bör ges en familjemedlem om detta är oförenligt med hans rättsliga ställning. Sålunda kan en medlem av flyktingsens familj vara medborgare i asyllandet eller i ett annat land och åtnjuta det landets skydd. Att under sådana omständigheter tillerkänna honom ställning som flykting är inte motiverat. (Punkt 184.) Om en anhörig till en flykting inryms under en uteslutandeklausul bör han vägras ställning som flykting (punkt 188).

När det gäller vilka som omfattas av principen om familjens enhet är minimikravet, enligt handboken, att man inbegriper make eller maka och minderåriga barn. I praktiken omfattas vanligen även andra familjemedlemmar såsom gamla föräldrar under förutsättning att de tillhör samma hushåll. Om å andra sidan familjens överhuvud inte är flykting, finns inget som hindrar att vilka som helst av familjens övriga medlemmar söker och blir erkända som flyktingar under förutsättning att de kan åberopa egna skäl för flyktingskap. Med andra ord verkar principen om familjens enhet till förmån för anhöriga, inte tvärtom. (Punkt 185.)

Som komplettering till handboken har UNHCR bl.a. gett ut riktlinjer rörande barns asylansökningar; Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims under Articles 1(A)(2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. Av punkt 9 i riktlinjerna framgår att i fall där föräldrar söker asyl på grund av rädsla för att deras barn ska förföljas kommer barnet normalt att vara huvudsökande. På samma sätt som ett barn kan få ställning som flykting till följd av att en förälder har erkänts som flykting kan föräldern i ett sådant fall få ställning som flykting på grund av att barnet har sådan ställning.

2.4. Praxis

Utlänningsnämnden har hänvisat till principen om familjens enhet i flera avgöranden. I avgörandet UN 356-96 förde nämnden ett tämligen utförligt resonemang kring denna princip. Ärendet gällde en kvinna som, sedan hon kommit till Sverige och sökt asyl, hade gift sig med en man som hade betraktats som flykting fram till dess att han beviljats svensk medborgarskap. Utöver sina egna asylskäl åberopade kvinnan dels att ytterligare risker tillkommit genom relationen till maken, dels att hon borde erkännas som flykting enligt principerna om familjeenheter. Nämnden konstaterade att principen om familjens enhet i UNHCR:s handbok tar sikte på den familj som flyktingen har vid flykttillfället, men att den i svensk praxis tillämpats också ifråga om personer som först senare blir medlemmar av flyktingsens familj. Därefter uttalade nämnden att det - lika lite som vid tillämpning av bestämmelserna i UNHCR:s handbok - är fråga om en automatisk rätt till flyktingsstatus. En individuell prövning får göras i varje enskilt fall, varvid den omständigheten att sökanden är nära anhörig till en person som tillerkänts flyktingsstatus får tillmätas stor betydelse vid bedömningen om sökanden löper risk för

förföljelse vid ett återvändande till hemlandet. Nämnden uttalade vidare att det ligger i sakens natur att den som först efter flykt till föllet blir medlem i familjen normalt har svagare skäl än den som ingått i familjen redan i hemlandet. Nämnden ansåg att det inte kunde uteslutas att kvinnan, främst till följd av sin nära relation till mannen, vid ett återvändande till hemlandet skulle riskera förföljelse i utlänningslagens mening. Hon var därför att betrakta som flykting och hon beviljades permanent uppehållstillstånd.

Migrationsöverdomstolen har bl.a. i avgörandena [MIG 2012:14](#) och [MIG 2013:16](#) uttalat sig om principen om familjens enhet. Det förstnämnda avgörandet avsåg en far och en vuxen son som tillsammans reste in i Sverige och ansökte om asyl. Faderns skyddsskäl ledde till att han beviljades permanent uppehållstillstånd och flyktingstatusförklaring. Vad beträffade sonen hade han till följd av faderns verksamhet utsatts för förföljelse och Migrationsöverdomstolen fann att förhållandena var sådana att sonen skulle omfattas av principen om familjens enhet och även han beviljas permanent uppehållstillstånd och flyktingstatusförklaring.

[MIG 2013:16](#) gällde en vuxen man vars mor hade beviljats uppehållstillstånd i Sverige som flykting. Enligt Migrationsöverdomstolen kunde mannens egna asylskäl inte utgöra grund för uppehållstillstånd och det hade heller inte gjorts sannolikt att han riskerade att utsättas för förföljelse på grund av sin relation till modern. Det var därför nödvändigt att överväga om han med tillämpning av principen om familjens enhet i linje med bestämmelserna i UNHCR:s handbok och artikel 8 i Europakonventionen (1950 års europeiska konvention om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna), för att skydda familjen från att splittras, ändå skulle beviljas uppehållstillstånd som flykting. Migrationsöverdomstolen fann att mannen och hans mor måste betraktas som en familj såväl enligt bestämmelserna i UNHCR:s handbok som i Europakonventionens mening och att en utvisning av mannen inte kunde anses vara proportionerlig. Han beviljades därför, i likhet med sin mor, uppehållstillstånd med stöd av [5 kap. 1 §](#) utlänningslagen. När det gällde frågan om han även skulle beviljas statusförklaring och resedokument konstaterade Migrationsöverdomstolen att mannen skulle beviljas uppehållstillstånd på grund av familjerelationen med modern som i sin tur beviljats uppehållstillstånd som flykting. Eftersom han av denna anledning beviljades uppehållstillstånd enligt bestämmelsen som avser bl.a. flyktingar skulle han av samma anledning beviljas flyktingstatusförklaring och resedokument.

3. Migrationsöverdomstolens bedömning

AH har beviljats permanent uppehållstillstånd på grund av anknytning till sin dotter. Det som Migrationsöverdomstolen nu ska pröva avser alltså inte frågan om hennes rätt att leva i Sverige tillsammans med dottern, utan enbart frågan om statusförklaring och resedokument.

Vid denna prövning anser Migrationsöverdomstolen, mot bakgrund av vad som har förekommit i målet, att AH inte kan beviljas flyktingstatusförklaring och resedokument på grund av de egna skyddsskäl som hon har åberopat. I målet har det inte heller framkommit några omständigheter som tyder på att AH skulle riskera att utsättas för förföljelse på grund av sin relation till sin dotter. Hon kan därför inte heller på den grunden beviljas flyktingstatusförklaring och resedokument. Frågan är därmed om hon ska beviljas detta enbart på grund av att hennes dotter har beviljats uppehållstillstånd som flykting.

Såvitt framgår av ordalydelsen i [4 kap. 1 §](#) utlänningslagen är det en förutsättning för att en person ska anses som flykting i utlänningslagens mening att personen har ett skyddsbehov. Såväl i ovan redovisade förarbeten som i Utlänningsnämndens avgörande UN 356-96 ges uttryck för att familjemedlemmar till en flykting inte omfattas av någon automatisk rätt att själva betraktas som flyktingar, utan att en individuell prövning får göras i varje enskilt fall. Vid denna prövning tillmäts den omständigheten att sökanden är nära anknöpt till en person som tillerkänts flyktingstatus stor betydelse vid bedömningen av om sökanden löper risk för förföljelse vid ett återvändande till hemlandet. Migrationsöverdomstolen har, i det ovan redovisade avgörandet MIG 2013:16, visserligen beviljat en man som inte själv riskerade förföljelse, men vars mor var flykting, såväl

uppehållstillstånd som flyktingstatusförklaring och resedokument. Avgörande för frågan om uppehållstillstånd i det målet var dock att familjen annars riskerade att splittras, varför en utvisning ansågs vara oproportionerlig. Eftersom modern var flykting beviljades mannen uppehållstillstånd enligt den bestämmelse som avser bl.a. flyktingar, dvs. [5 kap. 1 §](#) utlänningslagen. Av samma anledning beviljades mannen också flyktingstatusförklaring och resedokument.

I UNHCR:s handbok föreskrivs inte någon ovillkorlig rätt för familjemedlemmar till en flykting att själva beviljas sådan ställning. Tvärtom anges uttryckligen flera fall där ett formellt flyktingerkännande inte bör ges. Det framgår inte av handboken om denna uppräknning av undantag bör betraktas som uttömmande. Oavsett hur det förhåller sig med den saken konstaterar dock Migrationsöverdomstolen att ordalydelsen i [4 kap. 1 §](#) utlänningslagen inte medger en tolkning som innebär att en person som saknar skyddsbehov ska betraktas som flykting vid tillämpningen av utlänningslagens bestämmelser och därmed i princip ha rätt till flyktingstatusförklaring och resedokument enbart av den anledningen att en nära anknöpt är flykting. I linje med de förarbeten och den praxis som har redovisats ovan anser Migrationsöverdomstolen alltså att det, även när det gäller en familjemedlem till en person som är flykting, alltid måste göras en individuell bedömning av risken för förföljelse. En annan sak, vilket också påpekas i ingressen till skyddsgrundsdirektivet, är att familjemedlemmar normalt kan komma att utsättas för förföljelse på ett sätt som kan utgöra grund för flyktingstatus enbart på grund av sin relation till flyktingen. Ofta är den förföljelse som flyktingen riskerar att utsättas för av sådan karaktär att även flyktingens familjemedlemmar kan komma att utsättas för den. Detta kan antas vara vanligast förekommande när flyktingen är en vuxen person, men det kan också förekomma situationer där ett barn riskerar förföljelse som är av sådant slag att även barnets föräldrar eller syskon kan komma att drabbas av den. När det saknas risk för att den förföljelse som en flykting riskerar att utsättas för vid ett återvändande ska drabba även flyktingens familjemedlemmar finns det dock ingen anledning att betrakta också dem som flyktingar.

Migrationsöverdomstolen har ovan konstaterat att AH inte kan beviljas flyktingstatusförklaring och resedokument på grund av de skyddsskäl som hon själv har åberopat och att det inte heller har framkommit någonting som tyder på att hon skulle riskera att utsättas för förföljelse på grund av sin relation till sin dotter. Vid denna prövning har Migrationsöverdomstolen gjort en individuell bedömning av de omständigheter som har framkommit och särskilt beaktat det förhållandet att dottern har tillerkänts flyktingstatus. Det saknas därmed anledning att betrakta AH som flykting och att bevilja henne flyktingstatusförklaring och resedokument. Migrationsdomstolens dom ska därför upphävas och Migrationsverkets beslut fastställas i den delen. Migrationsdomstolen har inte prövat AH:s yrkanden om att hon ska beviljas alternativt skyddsstatusförklaring eller övrig skyddsstatusförklaring. I enlighet med instansordningsprincipen återförvisar Migrationsöverdomstolen därför målet i den delen till migrationsdomstolen för prövning av dessa yrkanden.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen upphäver migrationsdomstolens dom och fastställer Migrationsverkets beslut att inte bevilja AH flyktingstatusförklaring och resedokument samt visar målet åter till migrationsdomstolen för prövning av om AH ska beviljas alternativt eller övrig skyddsstatusförklaring.

Sökord: Familjens enhet; Flykting, Flyktingstatus; Flyktingstatusförklaring

Litteratur: Prop. [2009/10:31 s. 74](#) och 145; Prop. [2013/14:248 s. 47](#) och 56; Skyddsgrundsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandssmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet [omarbeting]), punkt 36 i ingressen samt artikel 2 j) och artikel 23; Genèvekonventionen (1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning); UNHCR:s handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning, punkterna 184, 185 och 188;

Målnummer: UM9720-14

Avgörandedatum: 2015-11-30

Avdelning: 1

Migrationsöverdomstolen			MITG 2018:14
Målnummer:	UM16509-17	Avdelning:	1
Avgörandedatum:	2018-06-19		
Rubrik:	Frågan om det finns ett internt flyktalternativ aktualiseras först om en asylsökande anses ha skyddsskäl mot någon del av hemlandet. Den asylsökande kan därför inte hänvisas till internflykt utan att det först har skett en individuell prövning av de åberopade skyddsskälerna.		
Lagrum:	• 4 kap. 1 § och 2 § utlänningslagen (2005:716) • Artikel 8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet (omarbetning) • MIG 2007:9 • MIG 2007:12 • MIG 2007:33 II • MIG 2009:4		
Rättsfall:			
REFERAT			
GA ansökte i september 2015 om asyl i Sverige. Som skyddsskäl åberopade han bl.a. följande. Han kommer från en by i provinsen Daikundi i Afghanistan. När han var 15 år gammal flyttade han till Iran på grund av en hotbild från en mulla på hemorten. Mullan har bl.a. fångslat och misshandlat honom samt spridit ett falskt rykte om att han hade rivit sönder en koran. Vid ett återvändande till Afghanistan riskerar han att dödas av mullan, talibaner eller IS. Han är inte säker i någon del av hemlandet. Migrationsverket beslutade den 12 september 2017 att avslå GA:s ansökan och utvisa honom ur Sverige. Av skälen för beslutet framgick bl.a. följande. Det finns en individuell hotbild mot GA från mullan, men den kan inte kopplas till någon av flyktinggrunderna. Det finns inte anledning att anta att mullan skulle eftersöka honom i andra delar av Afghanistan än på hemorten. GA har inte gjort sannolikt att hotbilden mot honom kan kopplas till den inre väpnade konflikten i Mazar-e-Sharif, Herat och Kabul. Det är alltså både relevant och rimligt att han bosätter sig på någon av dessa platser. Han är därför inte heller alternativt skyddsbehövande. GA överklagade beslutet. Förvaltningsrätten i Stockholm, migrationsdomstolen (2017-11-27, ordförande Gefvert samt tre nämndemän), avslog överklagandet med i huvudsak följande motivering. Utan att ta ställning till huruvida lämnade uppgifter avseende anförda asylskäl är tillförlitliga och utan att ta ställning till GA:s trovärdighet, delar migrationsdomstolen Migrationsverkets bedömning om att det finns såväl relevanta som rimliga interntflyktsalternativ för honom på sätt som anges i verkets beslut. Det klaganden anförde är därmed inte tillräckligt för att göra honom berättigad till internationellt skydd. Han kan därmed inte beviljas uppehållstillstånd till följd av skyddsbehov. GA överklagade domen och yrkade att han skulle beviljas uppehållstillstånd m.m. och anförde bl.a. att bedömningen i fråga om internflykt är felaktig. Migrationsverket ansåg att migrationsdomstolens dom skulle upphävas och att			

målet skulle visas åter till domstolen. Verket anförde bl.a. följande. En förutsättning för att frågan om internflykt ska aktualiseras är att GA anses ha skyddsskäl mot sin hemort. Av migrationsdomstolens dom framgår det inte om domstolen anser att han har gjort sannolikt att han har ett sådant behov av skydd.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2018-06-19, Linder, Eriksson och Gullfeldt, referent), yttrade:

1. Vad målet gäller

Frågan i målet är när en möjlighet till internflykt ska prövas och om migrationsdomstolen, innan GA hänvisades till internflykt, borde ha gjort en individuell prövning av hans skyddsskäl.

2. Gällande rätt och praxis

2.1. Tillämpliga bestämmelser m.m.

Med flyktning avses en utlänning som befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att han eller hon känner välggrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, nationalitet, religiös eller politisk uppfattning eller på grund av kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp, och inte kan, eller på grund av sin fruktan inte vill, begagna sig av detta lands skydd (4 kap. 1 § första stycket utlänningslagen (2005:716)).

Med alternativt skyddsbehövande avses en utlänning som i andra fall än som avses i flyktningbestämmelsen befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att

1. det finns grundad anledning att anta att utlänningen vid ett återvändande till hemlandet skulle löpa risk att straffas med döden eller att utsättas för kropsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, eller som civilperson löpa en allvarlig och personlig risk att skadas på grund av urskillningslöst våld med anledning av en yttre eller inre väpnad konflikt, och

2. utlänningen inte kan, eller på grund av sådan risk som avses i 1 inte vill, begagna sig av hemlandets skydd (4 kap. 2 § första stycket utlänningslagen).

En utlänning saknar behov av internationellt skydd om det beträffande en del av ursprungslandet inte finns någon välggrundad fruktan för förföljelse eller någon verklig risk för att lida allvarlig skada, och utlänningen rimligen kan förväntas uppehålla sig i den delen av landet. Under sådana förhållanden har utlänningen ett internt flyktalternativ. Detta följer av punkt 91 i UNHCR:s handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning enligt 1951 års konvention och 1967 års protokoll angående flyktingars rättsliga ställning samt artikel 8 i skyddsgrundsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet [omarbetning]).

2.2. Praxis

Migrationsöverdomstolen har i ett antal avgöranden uttalat sig angående hur åberopade skyddsskäl bör prövas. Av denna praxis framgår bl.a. följande.

Vid prövningen av om en asylsökande ska betraktas som flykting eller alternativt skyddsbehövande ska en individuell bedömning göras av de skyddsskäl som åberopas. Detsamma gäller beträffande frågan om det är möjligt för just denne person att återvända till sitt hemland eller till den del av

ett land dit verkställighet av ett beslut ska ske. (MIG 2007:9)

Vad gäller metoden för prövning av skyddsskäl ska Migrationsverket och domstolarna först bedöma om sökanden har gjort sin identitet och sitt uppgivna medborgarskap eller hemland sannolikt. Därefter ska de åberopade skyddsskälerna prövas. Detta inbegriper två delmoment, nämligen dels frågan om sökandens asylberättelse i sig är tillräcklig för att kriterierna för skydd ska vara uppfyllda (första ledet), dels frågan om sökanden har gjort sin berättelse sannolik antingen genom åberopad bevisning eller genom att han eller hon bedöms som trovärdig och därför tillerkänts förmånen av uppkommet tvivelsmål (andra ledet). Det är inte givet att prövningen alltid måste ske i denna ordning och i vissa fall kan det även räcka med att enbart pröva ett av dessa två led. (MIG 2007:12)

Frågan om det finns ett interntflyktsalternativ aktualiseras först när en utlännings bedöms ha skyddsskäl mot någon del av sitt hemland (MIG 2007:33 II). För att ett internt flyktalternativ ska anses finnas måste det dels vara fråga om ett relevant alternativ, det vill säga att den asylsökande på annan ort eller annat område måste ha tillgång till ett effektivt skydd, dels vara rimligt att utlännings beagagnar sig av ett sådant alternativ. Det är Migrationsverket som har bevisbördan för att ett internt flyktalternativ finns. (MIG 2009:4)

3. Migrationsöverdomstolens bedömning

Som följer av redogörelsen ovan är interntflyktsbedömningen en integrerad del av skyddsbehovsprövningen och frågan om det finns ett internt flyktalternativ aktualiseras först när en asylsökande har skyddsskäl mot någon del av hemlandet. Det går knappast att bedöma om ett interntflyktsalternativ är relevant och rimligt om det inte först görs en bedömning av vilka skyddsskäl den sökande har. Till exempel konstaterade Migrationsöverdomstolen i MIG 2009:4 att mot bakgrund av den hotbild som förelåg gentemot den asylsökande var det inte möjligt att hänvisa personen till ett internt flyktalternativ. Den anförda hotbildens räckvidd måste alltså prövas för att avgöra om den omfätrar hela eller endast en del av hemlandet. Att det görs en grundlig prövning av skyddsskälerna är väsentligt eftersom bedömningen också kan få betydelse om det senare skulle göras gällande att det finns hinder mot verkställigheten. Exempelvis kan den allmänna situationen i utlännings hemland ha förändrats. Det kan även bli svårt att bedöma om de omständigheter som åberopas i ett ärende om verkställighetshinder är nya i den meningen att de inte tidigare har varit föremål för prövning.

Av migrationsdomstolens dom framgår att domstolen inte har prövat GA:s skyddsskäl. Domstolen har, utan att ta ställning till om uppgifterna är tillförlitliga och utan att ta ställning till hans trovärdighet, ansett att Mazar-e-Sharif, Herat och Kabul utgör relevanta och rimliga interntflyktsalternativ för honom. Migrationsöverdomstolen konstaterar att en hänvisning till interntflykt förutsätter att det görs en individuell prövning av skyddsskälerna och att prövningen leder fram till att det finns ett skyddsbehov som är begränsat till någon del av hemlandet. Migrationsdomstolen har alltså gjort fel som hänvisat GA till interntflykt utan att först ta ställning till hans skyddsskäl.

Migrationsdomstolens handläggning är så bristfällig att den överklagade domen ska upphävas, utom såvitt avser ersättning till det offentliga biträdet, och målet ska visas åter till migrationsdomstolen för ny handläggning.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen upphäver migrationsdomstolens dom, utom såvitt avser ersättning till det offentliga biträdet, och visar målet åter till migrationsdomstolen för ny handläggning.

Sökord:

Migrationsöverdomstolen				MIG 2022:9
Målnummer:	UM12725-21	Avdelning:	1	
Avgränsadatum:	2022-11-10			
Rubrik:	Principen om familjens enhet medför inte någon separat rätt till flyktingstatus för en utlänning som är familjemedlem till en flykting men som saknar egna skyddsskäl.			
Lagrum:	• 4 kap. 1 § och 3 § utlänningslagen (2005:716)			
Rättsfall:	• EU-domstolens dom i mål C-91/20, Bundesrepublik Deutschland (sammanhållning av familjer), EU:C:2021:898			

REFERAT

WT och EA, som är medborgare i Syrien, kom till Sverige och sökte asyl i september 2018. Deras gemensamma son L, som också är medborgare i Syrien, föddes i Sverige i januari 2019 och sökte asyl i mars samma år. Migrationsverket beslutade i november 2020 att bevilja familjen tidsbegränsade uppehållstillstånd och status som alternativt skyddsbehövande. Migrationsverket avslag deras ansökningar om flyktingstatusförklaring.

Familjen överklagade beslutet och yrkade att de skulle beviljas flyktingstatusförklaring. Förvaltningsrätten i Luleå, migrationsdomstolen (2021-11-25, ordförande Sandell), biföll överklagandet och beviljade WT flyktingstatusförklaring med hänvisning till att han vid ett återvändande till Syrien sannolikt kommer att kallas in till militärtjänstgöring. EA ansågs vara flykting på grund av sin religiösa tillhörighet. I fråga om L angav migrationsdomstolen följande som skäl för sitt avgörande. L riskerar inte flyktinggrundande förföljelse på grund av egna skäl eller på grund av sina föräldrars skäl. Frågan är då om han kan få derivativ flyktingstatus med anledning av att hans föräldrar bedömts som flyktingar. Migrationsdomstolen anser att barn som fötts i Sverige, i vart fall de som prövas tillsammans med sin familj, har rätt till derivativ skyddsstatus om en familjemedlem uppfyller kriterierna för skyddsstatus och förutsatt att det inte är oförenligt med barnets rättsliga ställning. Domstolen anser därmed att L är flykting.

Migrationsverket överklagade beslutet och yrkade att Migrationsöverdomstolen skulle upphäva migrationsdomstolens dom i den del som avser L och fastställa Migrationsverkets beslut. Migrationsverket förde fram följande. I situationer när ett barn föds i Sverige efter att övriga familjen anlänt hit rör det sig inte om en familj som har splittrats vid flykttillfället. Barnet har därför inte rätt till derivativ skyddsstatus. L är född i Sverige och det finns inte förutsättningar att bevilja honom flyktingstatusförklaring.

L ansåg att överklagandet skulle avslås och förde fram att han är en del av kärnfamiljen och därför har rätt till samma statusförklaring som sina föräldrar. Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2022-11-10, Liljeqvist, Wahren, referent, och Johansson / föredragande Tell Rosenkvist), yttrade.

1. Frågan i målet

L:s föräldrar har beviljats flyktingstatusförklaring. Frågan i målet är om denna omständighet innebär att även L, som är ett minderårigt barn, ska beviljas flyktingstatusförklaring.

2. Rättsliga utgångspunkter

Flyktingstatusförklaring ska beviljas en utlänning som uppfyller villkoren för att anses som flykting om utlänningen inte är utesluten från att vara flykting eller ska vägras flyktingstatusförklaring. Bestämmelserna om detta finns i 4 kap. 1 § och 3 § utlänningslagen (2005:716). Det finns ingen bestämmelse i utlänningslagen om rätt till statusförklaring för en flyktings familjemedlemmar. Lagstiftaren har tvärtom tagit aktiv ställning mot införandet av en sådan bestämmelse (prop. 2009/10:31 s. 145).

Utlänningslagens definition av flykting grundas på den som finns i artikel 1 A.2 i 1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning (Genèvekonventionen). Principen om familjens enhet ingår inte i konventionens definition av begreppet flykting. Däremot nämns den i slutdokumentet från den konferens som antog konventionen, där staterna rekommenderas att säkerställa att flyktingfamiljens enhet behålls. Vägledning för tolkning av flyktingbestämmelsen kan hämtas i Förenta nationernas flyktingkommissaries handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning (UNHCR:s handbok).

Enligt artikel 23 i skyddsgrundsdirektivet (direktiv 2011/95/EU om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehålllet i det beviljade skyddet [omarbetning]) ska medlemsstaterna se till att familjen hålls samman och att familjemedlemmar till den person som har beviljats internationellt skydd, och som för egen del inte uppfyller kraven för att erhålla sådant skydd, får ansöka om vissa förmåner, däribland uppehållstillstånd.

Det framgår av EU-domstolens praxis att skyddsgrundsdirektivet inte medför någon skyldighet för medlemsstaterna att bevilja flyktingstatusförklaring för den som är nära anhörig till en flykting men inte själv riskerar förföljelse (dom av den 9 november 2021, Bundesrepublik Deutschland [Sammanhållning av familjer], C-91/20, EU:C:2021:898, punkt 35-36).

3. Migrationsöverdomstolens bedömning

Vid prövningen av om en utlänning är flykting måste det alltid göras en individuell bedömning av risken för förföljelse. I vissa fall riskerar utlänningen förföljelse av skäl som är direkt hänförliga till honom eller henne själv. I andra fall kan frågan om utlänningen har ett skyddsbehov på grund av sin relation till en anhörig aktualiseras.

Utlänningslagen innehåller inte någon bestämmelse om flyktingstatus i situationer där den enskilde inte har något skyddsbehov. Statusförklaring kan inte heller grundas på skyddsgrundsdirektivet. Frågan är därför om den princip om familjens enhet som kommer till uttryck i UNHCR:s handbok innebär att det ändå finns en sådan rätt.

Principen innebär i fall som det aktuella att familjen ska hållas samman. UNHCR:s handbok föreskriver dock inte någon ovillkorlig rätt för familjemedlemmar till en flykting att själva betraktas som flyktingar. Formuleringarna i punkterna 181-188 i handboken måste tolkas utifrån sitt syfte och mot bakgrund av att flyktingskap är det enda verktyg till skydd mot utvisning som regleras i Genèvekonventionen.

Det är en grundprincip inom svensk migrationsrätt att familjen i möjligaste mån ska hållas samman. Att en familjemedlem som saknar egna skyddsskäl inte beviljas statusförklaring innebär därför inte att familjen splittras. En familjemedlem till en skyddsbehövande utlännings kan efter en individuell prövning i stället beviljas uppehållstillstånd med stöd av bestämmelserna om anknytning alternativt på grund av särskilt eller synnerligen ömmande omständigheter. Det finns därför inte något behov av att utvidga beviljandet av statusförklaring till utlännings som saknar egna skyddsskäl för att säkerställa sammanhållning av familjen.

Principen om familjens enhet medför alltså inte någon separat rätt till flyktningstatus för en utlännings som är familjemedlem till en flykting men som saknar egna skyddsskäl.

Eftersom frågan är om L ska beviljas flyktningstatusförklaring har Migrationsöverdomstolen, mot bakgrund av det ovan sagda, att pröva om han riskerar förföljelse. Det har inte kommit fram att L riskerar att utsättas för förföljelse på grund av någon omständighet som är hänförlig till honom själv. Inte heller ger utredningen stöd för att L riskerar förföljelse på grund av sin relation till sina föräldrar. Eftersom L inte riskerar förföljelse ska han inte beviljas flyktningstatus. Migrationsdomstolens dom ska därför upphävas, och Migrationsverkets beslut fastställas, i den överklagade delen.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen upphäver migrationsdomstolens dom, och fastställer Migrationsverkets beslut, i den del som avser L.

Sökord:

Litteratur:

Prop. 2009/10:31 s. 145; Artikel 23 i direktiv 2011/95/EU om normer för när tredjelandsemborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet (omarbetning); Förenta nationernas flyktingkommissaries handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning punkterna 181-188.

4 Skärpta villkor för anhöriginvandring i vissa fall

4.1 Ändrat krav för att vara anknytningsperson med tidsbegränsat uppehållstillstånd

Regeringens förslag: För att en utlänning som har tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 1 eller 6 § eller enligt 12 kap. 18 § utlänningslagen ska kunna vara anknytningsperson ska det krävas att han eller hon har välgrundade utsikter att beviljas varaktigt uppehållstillstånd, i stället för välgrundade utsikter att beviljas uppehållstillstånd under en längre tid.

Utkastets förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Många remissinstanser har inga synpunkter på eller yrtrar sig inte särskilt över förslaget. *Uddevalla kommun* ställer sig bakom förslaget och *Förvaltningsrätten i Stockholm* hänvisar till att domstolen i ett tidigare remissförfarande har tillstyrkt ett motsvarande förslag. Ett flertal remissinstanser, t.ex. *Asylrättscentrum*, *Barnombudsmannen*, *Sundsvalls kommun*, *Sveriges advokatsamfund* och *UNICEF Sverige* avstyrker eller är negativt inställda till förslaget. Av de remissinstanser som yrtrar sig över förslaget anser många att det är otidligt vilken ändring som avses och t.ex. *Lunds universitet* ifrågasätter om ändringen behövs för att EU-domstolens praxisutveckling ska beaktas. *Förvaltningsrätten i Luleå* och *Rädda Barnen* m.fl. påtalar att begreppet ”varaktigt uppehållstillstånd” inte förekommer i utlänningslagen och menar att det finns risk för tillämpningssvårigheter. Flera efterfrågar särskilt förtydliganden av vilken prövning som ska göras för att avgöra om en person har välgrundade utsikter att beviljas varaktigt uppehållstillstånd, däribland Sveriges advokatsamfund som framhåller vikten av en tydlig och förutsägbär lagstiftning. Barnombudsmannen och *Länsstyrelsen i Stockholms län* anser att förslaget kan leda till att familjeåterförening fördröjs och ifrågasätter om förslaget därmed är förenligt med FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen). *Migrationsverket* anför att bedömningen av om anknytningspersonen har välgrundade utsikter att beviljas ett uppehållstillstånd under en längre tid är knuten till den tidpunkt när personen tidigast kan ansöka om ett permanent uppehållstillstånd och att myndighetens preliminära bedömning är att motsvarande samband kommer att finnas även med den föreslagna lydelsen. Förslaget förväntas därför få en begränsad påverkan på myndighetens prövning av ansökningar om uppehållstillstånd på grund av anknytning. Asylrättscentrum efterfrågar en större översyn av bestämmelserna som reglerar när en utlänning med tidsbegränsat uppehållstillstånd kan vara anknytningsperson.

Skälen för regeringens förslag: I utlänningslagen finns bestämmelser om uppehållstillstånd på grund av anknytning i bl.a. 5 kap. 3 och 3 a §§. Bestämmelserna i 5 kap. 3 § UtL tar bl.a. sikte på anknytningspersonens make eller sambo liksom ogifta barn till anknytningspersonen eller anknytningspersonens make eller sambo, och bygger huvudsakligen på

rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening (familjeåterföreningsdirektivet). I 5 kap. 3 a § UtL finns ytterligare bestämmelser om uppehållstillstånd på grund av anknytning som inte grundar sig på detta direktiv. För att en utländsk medborgare eller en statslös person ska kunna vara anknytningsperson enligt 5 kap. 3 och 3 a §§ UtL krävs som utgångspunkt att han eller hon har permanent uppehållstillstånd i Sverige (jfr prop. 2005/06:72 s. 28 och prop. 2020/21:191 s. 82). Även den som har ett tidsbegränsat uppehållstillstånd kan dock vara anknytningsperson i vissa fall. Sedan den 20 juli 2021 finns bestämmelser i 5 kap. 3 § tredje stycket och 3 a § första stycket 1 b och 2 UtL som uttryckligen anger när den som har ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som flykting eller alternativt skyddsbehövande, på grund av synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter eller på grund av verkställighetshinder enligt 12 kap. 18 § UtL kan vara anknytningsperson. Bestämmelserna, som infördes i samband med övergången till en permanent ordning med tidsbegränsade uppehållstillstånd som huvudregel för skyddsbehövande m.fl. (prop. 2020/21:191, bet. 2020/21:SFU28, rskr. 2020/21:412), innebär att det i dessa fall ställs krav på att anknytningspersonen har välgrundade utsikter att beviljas uppehållstillstånd under en längre tid.

Det nuvarande kravet på att anknytningspersonen ska ha välgrundade utsikter att beviljas uppehållstillstånd *under en längre tid* avviker till sin ordalydelse från familjeåterföreningsdirektivets reglering enligt vilken en sådan person, för att ha rätt till familjeåterförening, ska ha välgrundade utsikter att få ett *varaktigt* uppehållstillstånd (artikel 3.1). Migrationskommittén ansåg att kravet skulle formuleras som ett krav på välgrundade utsikter att beviljas varaktigt uppehållstillstånd, dvs. enligt ordalydelsen i direktivet (SOU 2020:54 s. 253–254). I propositionen Andrade regler i utlänningslagen föreslog dock den dåvarande regeringen, bl.a. med anledning av remissynpunkter och i syfte att förtydliga vilken prövning som ska göras, i stället den nuvarande formuleringen, dvs. att anknytningspersonen ska ha välgrundade utsikter att beviljas uppehållstillstånd under en längre tid (prop. 2020/21:191 s. 83).

I utkastet föreslås att det nuvarande kravet i 5 kap. 3 § tredje stycket och 3 a § första stycket 1 b och 2 UtL ändras och i stället formuleras på så sätt att anknytningspersonen ska ha välgrundade utsikter att beviljas varaktigt uppehållstillstånd. Flera remissinstanser anser att det är otidligt vilken ändring förslaget innebär i praktiken. Vissa befarar också att ändringen kan orsaka tillämpningssvårigheter. För att upprätthålla en restriktiv migrationspolitik är det viktigt att det svenska regelverket inte är mer generöst än vad som krävs enligt EU-rätten och internationella konventioner. Som anförts i utkastet kan det med den nuvarande formuleringen, under en längre tid, inte uteslutas att de krav som ska ställas på en utlänning med tidsbegränsat uppehållstillstånd för att han eller hon ska kunna vara anknytningspersonen blir lägre än om kravet formuleras på ett sätt som utgår från ordalydelsen i familjeåterföreningsdirektivet. Eftersom familjeåterföreningsdirektivet är ett så kallat minimidirektiv påverkar direktivets bestämmelser inte medlemsstaternas möjligheter att anta eller behålla förmånligare bestämmelser i sin nationella rätt (jfr artikel 3.5 i direktivet). Det preciseras inte i familjeåterföreningsdirektivet vad som avses med att anknytningspersonen ska ha välgrundade utsikter

att få ett varaktigt uppehållstillstånd och det saknas även vägledande avgöranden från EU-domstolen där detta har tolkats i mål om familjeåterförening (jfr MIG 2018:19). Genom att samma begrepp används i lagtexten som i direktivet blir det tydligare för rättslämparen att tolkningen måste följa eventuell praxisutveckling inom EU-rätten även när den går i en mer restriktiv riktning. Därigenom ökar förutsättningarna för en tillämpning som inte går utöver vad som följer av miniminivån i direktivet. Regeringen anser att kravet därför bör ändras och formuleras så att anknypningspersonen ska ha välgrundade utsikter att beviljas *varaktigt* uppehållstillstånd. För att bibehålla en enhetlig reglering i utlänningslagen bör begreppet ändras i såväl 5 kap. 3 § tredje stycket som i 5 kap. 3 a § första stycket 1 b och 2 UtL.

I väntan på eventuell praxisutveckling inom EU bör vägledning när det gäller vilken prövning som ska göras av om en person har välgrundade utsikter att beviljas varaktigt uppehållstillstånd även fortsättningsvis kunna hämtas från förarbetena till nuvarande regler (jfr prop. 2020/21:191 s. 160–163). Det innebär t.ex., som även *Migrationsverket* konstaterar, att bedömningen av om anknypningspersonen har välgrundade utsikter att beviljas ett varaktigt uppehållstillstånd på motsvarande sätt som i dag kommer att vara knuten till den tidpunkt när personen tidigast kan ansöka om ett permanent uppehållstillstånd. Risken för tillämpningssvårigheter, liksom för brister i tydlighet och förutsägbarhet som bl.a. *Sveriges advokatsamfund* pekar på, bör därmed vara begränsade. Som *Migrationsverket* är inne på bör förslaget inverkan på tillämpningen, åtminstone inledningsvis, vara begränsad. Regeringen bedömer att regleringen fortsatt är förenlig med svenska konventionsåtaganden, inklusive barnkonventionen (jfr prop. 2020/21:191 s. 83).

En sådan större översyn av bestämmelserna om uppehållstillstånd på grund av anknytning som efterfrågas av t.ex. *Asylrättscentrum* ryms inte inom ramen för detta lagstiftningsprojekt.

4.2 Höjd åldersgräns för att vägra uppehållstillstånd på grund av anknytning

Regeringens förslag: Upphållstillstånd på grund av anknytning ska få vägras om någon av makarna eller samborna är under 21 år.

Utkastets förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Många remissinstanser har inga synpunkter på förslaget eller yttrar sig inte särskilt över det. *Sundsvalls kommun* och *Uddevalla kommun* instämmer i förslaget och *Förvaltningsrätten i Stockholm* hänvisar till att domstolen i ett tidigare remissförfarande har tillstyrkt ett motsvarande förslag. Ett flertal remissinstanser avstyrker eller är negativt inställda till förslaget, däribland *Malmö kommun*, *Rädda Barnen* och *Umeå kommun* som förordar att 18-årsgränsen behålls. Bland andra *Asylrättscentrum* och *Svenska Röda Korset* påtalar att krav på en minimiålder enligt EU-rätten endast får ställas för att garantera en bättre integrering och förhindra tvångsäktenskap och *Göteborgs kommun* ifrågasätter om dessa syften uppnås genom att åldersgränsen höjs.

Förvaltningsrätten i Göteborg saknar en analys av hur förslaget förhåller sig till andra internationella åtaganden vid sidan av familjeåterföreningsdirektivet. Domstolen utesluter inte att förslaget medför tillämpningssvårigheter, bl.a. med anledning av att åldersgränsen för att ingå äktenskap och få ett utländskt äktenskap erkänt i Sverige är 18 år. Även andra remissinstanser påtalar att åldersgränsen för att ingå äktenskap i Sverige är 18 år, t.ex. *Sveriges advokatsamfund* som anser att förslaget av den anledningen strider mot likabehandlingsprincipen och *Lunds universitet* som framför att förslaget i ljuset av den svenska äktenskapsåldern framstår som diskriminerande. *Migrationsverket* förutsätter inte att förslaget i normalfallet kommer att ge upphov till några betydande tillämpningssvårigheter men påtalar att den individuella prövning som ska göras kan bli mer resurs- och utredningskrävande. Flera remissinstanser efterfrågar mer vägledning för tillämpningen och t.ex. *Barnombudsmannen* efterlyser specifikt ett mer utvecklat resonemang om vad det har för betydelse för prövningen att det finns barn i förhållandet. Vikten av att barnrättsperspektivet beaktas och att en individuell prövning görs påpekas särskilt av bland andra *Asylrättscentrum* och *Svenska Röda Korset*.

Skälen för regeringens förslag: Enligt 5 kap. 17 a § andra stycket 3 UtL får uppehållstillstånd vägras för anknypningspersonens make eller sambo om någon av makarna eller samborna är under 18 år. Vid bedömningen av om uppehållstillstånd bör vägras ska hänsyn tas till utlännings övriga levnadsmöjligheter och familjeförhållanden (tredje stycket). Bestämmelserna grundar sig på artiklarna 4.5 och 17 i familjeåterföreningsdirektivet. I artikel 4.5 anges att medlemsstaterna för att garantera en bättre integration och förhindra tvångsäktenskap får kräva att anknypningspersonen och dennes make eller maka ska ha uppnått en viss lägsta ålder, högst 21 år, innan maken eller maken kan återförenas med anknypningspersonen.

I utkastet till lagrådsremiss föreslås att åldersgränsen för när uppehållstillstånd vid anknytning får vägras på grund av ålder höjs från 18 år till 21 år, dvs. motsvarande den åldersgräns som anges i artikel 4.5 i familjeåterföreningsdirektivet. Som bland andra *Asylrättscentrum* och *Svenska Röda Korset* påtalar får uppehållstillstånd med hänvisning till makarna eller sambornas ålder endast vägras i syfte att garantera bättre integration och förhindra tvångsäktenskap. Regeringen kan konstatera att detsamma redan gäller i dag i förhållande till nuvarande reglering i utlänningslagen. Den enda skillnad som nu föreslås är att åldersgränsen höjs. Det har tidigare konstaterats att tvångsäktenskap främst drabbar barn och unga vuxna (se t.ex. propositionen Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap samt tillträde till Europarådets konvention om våld mot kvinnor, prop. 2013/14:208 s. 20). Förslaget att även unga vuxna ska omfattas av möjligheten att vägra uppehållstillstånd på grund av ålder bör därmed innebära dels att fler tvångsäktenskap kan förhindras, dels att färre unga vuxna tvingas leva i redan ingångna tvångsäktenskap. Regeringen bedömer därför, i likhet med *Sundsvalls kommun* och *Uddevalla kommun*, att en höjd åldersgräns är positivt utifrån målsättningen att förhindra tvångsäktenskap. Med hänsyn till detta anser regeringen att åldersgränsen bör höjas från 18 år till 21 år och att det bör gälla för samtliga anhöriga som omfattas av bestämmelsen. Det senare innebär även att regleringen

blir enhetlig, vilket bör öka förutsägbarheten och underlätta vid tillämpningen. Förslaget motsvarar vad som anges i riksdagens tillkännagivande om att regeringen ska återkomma med förslag om att uppehållstillstånd på grund av anknytning får vägras om någon av makarna eller samborna är under 21 år (bet. 2020/21:SfU28 punkt 27, rskr. 2020/21:412).

Några remissinstanser anför rättighetsaspekter, däribland *Förvaltningsrätten i Göteborg* som efterfrågar en analys av hur förslaget förhåller sig till internationella åtaganden vid sidan av familjeåterföreningsdirektivet. Som nämns ovan följer det av direktivet att medlemsstaterna får kräva att anknytningspersonen och dennes make ska ha uppnått en lägsta ålder innan maken kan återförenas med anknytningspersonen och att den får uppgå till högst 21 år. Av direktivets ingress framgår vidare att direktivet respekterar de grundläggande rättigheter och iaktar de principer som erkänns särskilt i artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) och i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheter (skäl 2). Den aktuella bestämmelsen är dessutom fakultativ och innebär således en möjlighet, inte en skyldighet, att vägra uppehållstillstånd. Detta innebär att det, precis som flera remissinstanser påtalar, ska göras en individuell bedömning av om uppehållstillstånd bör vägras. Regeringen bedömer att förslaget är förenligt med svenska konventionsåtaganden, inklusive Europa-konventionen och barnkonventionen. Till skillnad från *Sveriges advokatsamfund* och *Lunds universitet* anser regeringen vidare att en höjd åldersgräns är motiverad och godtagbar ur likabehandlings- och diskrimineringsynpunkt.

Flera remissinstanser efterfrågar mer vägledning för tillämpningen och t.ex. *Barnombudsmannen* efterlyser ett mer utvecklat resonemang om vad det har för betydelse för prövningen att det finns barn i förhållandet. Som regeringen konstaterat ovan innebär bestämmelsen en möjlighet, inte en skyldighet, att vägra uppehållstillstånd för personer under 21 år i syfte att bl.a. motverka tvångsäktenskap. Av lagtexten framgår vidare uttryckligen att det vid bedömningen av om uppehållstillstånd bör vägras ska tas hänsyn till utlänningens levnadsomständigheter och familjeförhållanden. Den omständigheten att det t.ex. finns gemensamma barn i ett förhållande är alltså en sådan omständighet som kan beaktas redan enligt gällande rätt. I fall som rör barn ska också, i enlighet med portalparagrafen om barnets bästa i 1 kap. 10 § UtL, särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver. Utöver faktorer av humanitärt slag kan även religiösa och kulturella aspekter beaktas (jfr prop. 2005/06:72 s. 43). Även om förslaget om höjd åldersgräns innebär att en individuell bedömning av om det finns förutsättningar att vägra uppehållstillstånd kan behöva göras i fler fall bedömer regeringen, i likhet med *Migrationsverket*, att förslaget i normalfallet inte bör ge upphov till några betydande tillämpningssvårigheter.

4.3 Begränsade möjligheter till undantag från försörjningskravet vid anhöriginvandring för vissa skyddsbehövande

Regeringens förslag: En anknytningsperson som har beviljats uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande eller förklarats vara alternativt skyddsbehövande ska inte längre omfattas av den möjlighet till undantag från försörjningskravet som finns när ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning har gjorts inom tre månader efter att anknytningspersonen har beviljats uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande eller förklarats vara alternativt skyddsbehövande. En sådan anknytningsperson ska dock fortsatt omfattas av den möjligheten till undantag om sökanden befinner sig i Sverige och beslutet om sökandens asylansökan fattas i samband med beslutet om anknytningspersonens asylansökan.

Bestämmelsen om att trenådersfristen för kvotflyktingar ska räknas från inresan ska tas bort.

Utkastets förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Uddevalle kommun* ställer sig bakom förslaget att begränsa möjligheten att medge undantag från försörjningskravet när anknytningspersonen är alternativt skyddsbehövande med hänvisning till vikten av att snabbt komma i arbete och egen försörjning. Flera remissinstanser har inga synpunkter eller yttrar sig inte särskilt över förslaget. Många remissinstanser, t.ex. *Barnombudsmannen*, *Bodens kommun*, *Göteborgs kommun*, *Institutet för mänskliga rättigheter*, *Länsstyrelsen i Västerbottens län*, *Malmö kommun*, *Sundsvalls kommun* och *Svenska Röda Korset*, avstyrker eller är negativt inställda till förslaget. Av de remissinstanser som yttrar sig anför många att förslaget kan medföra att familjeåterförening fördröjs eller omöjliggörs. Bland andra Göteborgs kommun och Länsstyrelsen i Västerbottens län påtalar att det ofta tar flera år för nyanlända att genomgå etableringsprocess, få arbetsrelaterad inkomst och en rimlig bostad. Några remissinstanser, bl.a. *Myndigheten för delaktighet* och *Sveriges advokatsamfund*, anför att förslaget riskerar att slå hårt mot utsatta grupper som har svårare att etablera sig på arbetsmarknaden, t.ex. kvinnor, äldre och personer med funktionsnedsättning. *Arbetsförmedlingen* anser att förslaget kan leda till att fler personer som har erfarenhet och utbildning inom bristyrken tar lägre kvalificerade arbeten vilket t.ex. kan bidra till undanträngning av arbetstillfällen för arbetslösa med lägre kvalifikationer. Myndigheten för delaktighet påtalar vidare att bostadskravet kan vara särskilt svårt att uppfylla för personer med funktionsnedsättning. Bland andra Länsstyrelsen i Västerbottens län ser en ökad risk för att nyanlända utnyttjas av oseriösa aktörer på bostads- och arbetsmarknaden och *Esksluna kommun* pekar på risken för att det skapas en marknad för fiktiva anställningar. Flera remissinstanser ifrågasätter också om förslaget verkligen leder till en förbättrad integration, däribland Arbetsförmedlingen och Malmö kommun som anför att även om ett försörjningskrav kan ha positiva effekter så kan en fördröjd familjeåterförening påverka integrationen negativt och att detta gäller

såväl för anknytningspersonen som för anslutande familjemedlemmar. Flera remissinstanser uppmärksammar situationen för barn och barnfamiljer särskilt och bl.a. Barnombudsmannen efterfrågar en tydligare barnrättsanalys.

Flera remissinstanser ifrågasätter vidare om förslaget är förenligt med svenska konventionsåtaganden, i synnerhet Europakonventionen och barnkonventionen. *Asylrättscentrum* och Institutet för mänskliga rättigheter m.fl. hänvisar bl.a. till praxis från Europadomstolen som rör hur väntetid för familjeåterförening förhåller sig till artikel 8 i Europakonventionen respektive artikel 14 jämförd med artikel 8 i konventionen. Svenska Röda Korset och *UNHCR:s representation för de nordiska och baltiska länderna* m.fl. är negativa till att det görs en åtskillnad mellan flyktingar och alternativt skyddsbehövande och hänvisar bl.a. till EU-kommissionens riktlinjer för tillämpningen av familjeåterföreningsdirektivet. Sveriges advokatsamfund anser att åtskillnaden kan utgöra en sådan särbehandling av grupper i likartad situation som riskerar att stå i strid med Sveriges internationella åtaganden vad gäller icke-diskriminering. Flera remissinstanser anser att förslaget kan slå särskilt hårt mot barn och barnfamiljer och bl.a. Barnombudsmannen och *Rädda Barnen* ifrågasätter om det är förenligt med barnkonventionen. Asylrättscentrum anser att förslaget även kan strida mot familjeåterföreningsdirektivet. *Kammarrätten i Stockholm* förutsätter att förslaget kommer att leda till komplexa frågor gällande om det finns särskilda skäl att medge undantag från försörjningskravet enligt ventilen i 5 kap. 3 f § UttL och efterlyser ytterligare vägledning kring hur bedömningen enligt ventilen ska göras. *Förvaltningsrätten i Luleå* konstaterar att det i vissa fall kan handla om en tillämpning där gränsen passerats för vad som är förenligt med konventionsåtaganden vilket komplicerar prövningen. Även *Migrationsverket* konstaterar att det i fler fall än tidigare kan behöva avgöras om det i det enskilda fallet är förenligt med internationella åtaganden att upprätthålla ett försörjningskrav och anför att prövningen av försörjningskravet är såväl komplicerad som resurs- och tidskrävande. *Lunds universitet* och Svenska Röda Korset påtalar vikten av att ventilen inte tillämpas för restriktivt.

En majoritet av remissinstanserna som ytrar sig avstyrker, är negativt inställda till eller har synpunkter på förslaget i utkastet att tremånadersfristen för kvotflyktingar inte längre ska räknas från kvotflyktingens inresa i Sverige, t.ex. *Alingsås kommun*, *Asylrättscentrum*, Göteborgs kommun, Institutet för mänskliga rättigheter, *Länstyrelsen i Stockholms län*, Rädda Barnen och UNHCR:s representation för de nordiska och baltiska länderna. Uddevalla kommun är positiv till förslaget. Ett flertal remissinstanser ifrågasätter om förslaget uppfyller syftet att likställa kvotflyktingar med övriga flyktingar och om det är ändamålsenligt. Flera remissinstanser påtalar att det kan ta tid innan kvotflyktingen anländer till Sverige, bl.a. Migrationsverket och *Sveriges ambassad i Addis Abeba* som anför att kvotflyktingar i mycket få fall hinna överföras till Sverige inom tre månader och ambassaden påpekar vidare att detta ofta beror på omständigheter utanför kvotflyktingens kontroll. Sveriges ambassad i Addis Abeba framhåller också, i likhet med bl.a. Institutet för mänskliga rättigheter och UNHCR:s representation för de nordiska och baltiska länderna, att det kan finnas praktiska svårigheter

för kvotflyktingar att ansöka om familjeåterförening före inresan i Sverige. Flera remissinstanser, däribland Institutet för mänskliga rättigheter och Sveriges advokatsamfund, menar att förslaget därmed riskerar att medföra att kvotflyktingar hamnar i en betydligt sämre än andra flyktingar. *Förvaltningsrätten i Göteborg*, *Förvaltningsrätten i Stockholm* och Migrationsverket m.fl. förutsätter att förslaget kommer att innebära en ökning av antalet mål respektive ärenden där en bedömning behöver göras av om det finns särskilda skäl att göra undantag från försörjningskravet enligt ventilen i 5 kap. 3 f § UttL. Förvaltningsrätten i Luleå påminner, i likhet med flera andra remissinstanser, om Migrationsöverdomstolens avgörande MIG 2021:5, i vilket en kvotflykting undantogs från det försörjningskrav som gällde enligt lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (den tillfälliga lagen) när det på grund av särskilda omständigheter var objektivt sett ursäktligt att ansökan om familjeåterförening hade lämnats in efter att tremånadersfristen löpt ut.

Skälen för regeringens förslag

Möjligheten att medge undantag från försörjningskravet när anknytningspersonen är alternativt skyddsbehövande

Upphållstillstånd på grund av anknytning får som huvudregel endast beviljas om anknytningspersonen kan försörja sig och den anhörige som ansöker om uppehållstillstånd samt har en bostad av tillräcklig storlek och standard för sig och den anhörige (5 kap. 3 b § UttL). Undantag från försörjningskravet kan dock medges i vissa situationer, t.ex. om anknytningspersonen har beviljats uppehållstillstånd som flykting eller alternativt skyddsbehövande eller förklarats vara flykting eller alternativt skyddsbehövande. Då gäller försörjningskravet endast om ansökan om uppehållstillstånd görs senare än tre månader efter att anknytningspersonen beviljats uppehållstillstånd som flykting eller alternativt skyddsbehövande eller förklarats vara flykting eller alternativt skyddsbehövande, om familjeåterförening är möjlig i ett land utanför EU som familjen har särskild anknytning till, eller om sökanden och anknytningspersonen inte har sammanbott utomlands en längre tid och det inte heller på annat sätt står klart att förhållandet är väl etablerat (5 kap. 3 d § första stycket UttL).

Regeringen anser att det är en rimlig utgångspunkt att den som vill återförenas med sina anhöriga i Sverige också kan försörja dem. Det gäller också alternativt skyddsbehövande. Försörjningskravet vid anhöriginvandring, som infördes i utlänningslagen 2010, syftar framför allt till att stärka integrationen. I förarbetena uttalades bl.a. att avgörande faktorer för en god integration är arbete, språkkunskaper och bostad för den egna familjen. Bedömningen som gjordes då, att om anknytningspersonen redan har etablerats i samhället genom att han eller hon är egenförsörjande och har en bostad så främjas även de nyanlända familjemedlemmarnas integration (prop. 2009/10:77 s. 19), gör sig enligt regeringens mening fortfarande gällande. Som ett led i arbetet med att komma till rätta med de nuvarande problemen med bristande integration och växande utanförskap anser regeringen därför att försörjningskrav vid anhöriginvandring bör gälla i fler fall än i dag.

Många remissinstanser avstyrker eller är kritiska till förslaget i utkastet att möjligheten att medge undantag från försörjningskravet i de fall anknýtningsspersonen har beviljats uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande eller förklarats vara alternativt skyddsbehövande ska begränsas. Flera remissinstanser befarar att förslaget kommer att fördröja och i vissa fall omöjliggöra familjeåterförening och pekar bl.a. på att det ofta tar flera år för nyanlända att genomgå etableringsprocess, få arbetsrelaterad inkomst och en rimlig bostad. Det påpekas också att förslaget riskerar att slå hårt mot utsatta grupper som t.ex. har svårare att etablera sig på arbets- och bostadsmarknaden, liksom mot barn och barnfamiljer. *Arbetsförmedlingen* och *Malmö kommun* påtalar att även om ett försörjningskrav har positiva effekter så kan osäkerhet kring möjligheten att återförenas med familjemedlemmar bidra till en oro som kan försvåra integrationsprocessen.

Att det kan uppstå en osäkerhet kring när eller om familjeåterförening kan ske kan, som bl.a. *Svenska Röda Korset* och *Rädda Barnen* är inne på, t.ex. påverka den psykiska hälsan negativt. Eftersom barn och vuxna inte uppfattar tid på samma sätt kan den tid som barn och föräldrar tvingas vara åtskilda dessutom ha en allvarigare effekt på barn än på vuxna (jfr MIG 2018:20). Som *Länstyrelsen i Stockholms län* konstaterar behövs därför adekvata arbetsmarknadsinsatser för att underlätta en snabb etablering. I det sammanhanget kan nämnas att Utredningen om en förbättrad arbetsmarknadstabellering för utrikes födda kvinnor (Ju 2022:05, numera Utredningen om en målstyrd integrationspolitik) i delbetänkandet Etablering för fler – jämställda möjligheter till integration (SOU 2023:24) har lämnat förslag som bl.a. syftar till att göra Arbetsförmedlingens etableringsprogram mer flexibelt för nyanlända som står långt från arbetsmarknaden. Förslagen bereds för närvarande även gett Regeringskansliet. Genom tilläggsdirektiv har regeringen även gett utredningen i uppdrag att bl.a. se över målstrukturen för integrationspolitiken samt hur regelverket för ersättningar till nyanlända bör förändras för att öka incitamenten för arbete. Sedan tidigare har också Arbetsförmedlingen i uppdrag att prioritera arbetet med personer som är eller riskerar att bli långtidsarbetslösa för att dessa personer ska övergå till rimlig tid. Regeringen bedömer vidare, som *Uddevalla kommun* är inne på, att ett försörjningskrav ökar drivkrafterna för anknýtningsspersonen att komma i arbete och bli självförsörjande, liksom att ordna en bostad för familjen. Därigenom bör integrationen främjas för såväl anknýtningsspersonen i Sverige som de anhöriga som kommer att beviljas uppehållstillstånd i Sverige framöver. Även med beaktande av att förslaget kan leda till negativa konsekvenser för vissa enskilda bedömer regeringen att förslaget att uppställa ett försörjningskrav i fler fall utgör ett nödvändigt led i arbetet med att åstadkomma en ansvarsfull migrationspolitik och för att främja förutsättningarna för en fungerande integration. Genom den befintliga ventilen i 5 kap. 3 f § Utfl som möjliggör att undantag från försörjningskravet vid anknýtningsspersonens invandring kan medges om det finns särskilda skäl kan det, som regeringen återkommer till nedan, också säkerställas att förslagen i dessa delar inte leder till orimliga konsekvenser

i enskilda fall. Regeringen konstaterar vidare att även om det är viktigt att motverka sådana risker för utnyttjande och missbruk på arbets- och bostadsmarknaden som bl.a. *Eskilstuna kommun* anför, liksom sådana risker för undanträngningseffekter på arbetsmarknaden som Arbetsförmedlingen påtalar, är det risker som finns och som måste hanteras även med befintlig reglering.

Flera remissinstanser ifrågasätter även om förslaget är förenligt med familjeåterföreningsdirektivet och med svenska konventionsåtaganden, i synnerhet Europakonventionen och barnkonventionen. Den nuvarande tremånadersfristen som gäller om anknýtningsspersonen är flykting eller alternativt skyddsbehövande grundar sig på bestämmelser i artiklarna 9.2 och 12.1 i familjeåterföreningsdirektivet (jfr prop. 2020/21:191 s. 110). Regeringen konstaterar, i likhet med t.ex. *Lunds universitet*, att familjeåterföreningsdirektivet inte är tillämpligt på alternativt skyddsbehövande. Det finns alltså inte någon skyldighet enligt direktivet att även undanta alternativt skyddsbehövande från försörjningskravet. Till skillnad från *Asylrättscentrum* anser regeringen att den omständigheten att EU-domstolen i sin praxis i vissa situationer har ansett sig behöva att tolka familjeåterföreningsdirektivet i mål där anknýtningsspersonen beviljats uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande inte ger anledning till någon annan bedömning.

Av särskild betydelse för rätten till familjeåterförening för en alternativt skyddsbehövande är däremot Europakonventionen och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Enligt artikel 8 i Europakonventionen har var och en rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutandet av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter. Av Europadomstolens praxis följer att artikel 8 inte medför en övergripande skyldighet för en stat att respektera immigranter val av bopåställe och att tillåta familjeåterförening på sina territorier. Omfattningen av en stats skyldigheter varierar beroende på den berörda personens särskilda situation och på allmänintresset. Faktorer att beakta i denna bedömning är i vilken utsträckning familjelivet hindras, vilken anknýtning till konventionsstaten som familjemedlemarna har och om det finns oöverstigliga hinder för familjeliv i hemlandet samt om det finns omständigheter som rör immigrationskontroll eller överväganden med hänsyn till offentliga intressen som talar mot familjeåterförening. När det gäller barn ska hänsyn tas till barnets bästa. Vad barnets bästa kräver kan inte vara ensamt utslagsgivande, men ska vara en tungt vägande omständighet. (Se bl.a. Europadomstolens domar den 10 juli 2014 i mål Mugenzi mot Frankrike punkterna 43–45 och den 9 juli 2021 i mål M.A. mot Danmark punkterna 130–133, se även MIG 2018:20). Av Europadomstolens praxis följer vidare att det i princip inte är orimligt att uppställa försörjningskrav som villkor för familjeåterförening (se t.ex. Europadomstolens domar den 26 april 2007 i mål Konstatinov mot Nederländerna och den 20 oktober 2005 i mål Haydarie m.fl. mot Nederländerna). I artikel 14 i Europakonventionen finns som

utgångspunkt ett förbud mot diskriminering när det gäller åtnjutande av fri- och rättigheter enligt konventionen. I stadgan om de grundläggande rättigheterna finns bestämmelser om respekt för privatlivet och familjelivet i artikel 7. FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen), som gäller som svensk lag, innehåller vidare bestämmelser som bl.a. anger att vid alla åtgärder som rör barn ska i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa (artikel 3). En motsvarande bestämmelse om barnets bästa finns i artikel 24 i stadgan om de grundläggande rättigheterna.

När det gäller förslaget förenlighet med svenska konventionsåtaganden hänvisar några remissinstanser, t.ex. Asylrättscentrum och *Institutet för mänskliga rättigheter*, till praxis från Europadomstolen som rör frågan om hur viss lagstadgad väntetid när det gäller familjeåterförening förhåller sig till artikel 8 i Europakonventionen respektive artikel 14 jämförd med artikel 8 i konventionen. Det handlar bl.a. om Europadomstolens dom den 20 oktober 2022 i målet M.T. m.fl. mot Sverige, som rörde den begränsning av möjligheten till familjeåterförening som gällde för alternativt skyddsbehövande enligt den tillfälliga lagen under åren 2016–2019. Regeringen vill i detta sammanhang understryka att utkastets förslag innebär att ett försörjningskrav som villkor vid anhörginvandring ska tillämpas i fler situationer och att det inte föreslås en sådan begränsning av möjligheten att beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning till vissa skyddsbehövande som gällde enligt den tillfälliga lagen. Av Europadomstolens praxis följer som nämnts i stycket ovan att det i princip inte är orimligt att uppställa försörjningskrav som villkor för familjeåterförening. Regeringen konstaterar också att alternativt skyddsbehövande redan enligt nuvarande ordning som huvudregel omfattas av ett försörjningskrav om ansökan om uppehållstillstånd har lämnats in efter trenådersfristens utgång. Även om förslaget att alternativt skyddsbehövande inte längre ska omfattas av en trenådersfrist skulle innebära att familjeåterförening fördöjs i flera fall än i dag, bedömer regeringen att en sådan ordning som utgångspunkt är förenlig med Sveriges konventionsåtaganden och stadgan om de grundläggande rättigheterna.

Det kan emellertid inte uteslutas att det i ett enskilt fall skulle kunna bedömas stå i strid med svenska konventionsåtaganden eller stadgan att neka uppehållstillstånd på grund av att försörjningskravet inte är uppfyllt. Som utvecklas nedan finns dock en möjlighet inom ramen för den så kallade ventilen i 5 kap. 3 f § UtLL att helt eller delvis medge undantag från försörjningskravet om det finns särskilda skäl. Den bestämmelsen möjliggör att en individuell bedömning kan göras av varje sökandes situation utifrån omständigheterna i det enskilda ärendet och med beaktande av t.ex. relevant praxis från EU-domstolen och Europadomstolen (jfr prop. 2020/21:191 s. 112, se även vidare nedan). Som Lunds universitet påtalar innehåller därmed svensk lagstiftning en sådan flexibilitet som krävs enligt Europakonventionen. Sammantaget anser regeringen att alternativt skyddsbehövande, i situationer som handlar om återförening av familjemedlemmar i Sverige, inte längre bör omfattas av trenådersfristen.

Vissa familjemedlemmar till alternativt skyddsbehövande som befinner sig i samma medlemsstat som den alternativt skyddsbehövande i fråga om

ansökan om internationellt skydd har dock en rätt till uppehållstillstånd i Sverige som grundas på bestämmelserna om familjesammanhållning i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet (omarbetning), fortsättningsvis det omarbetade skyddsgrundsdirektivet. I de undantagsfall som en sådan familjemedlem inte själv kan beviljas uppehållstillstånd som skyddsbehövande kan uppehållstillstånd beviljas t.ex. med stöd av anknytningsreglerna i utlänningslagen (jfr prop. 2013/14:248 s. 46 och MIG 2022:9). I en sådan situation bör det inte ställas upp ett försörjningskrav och dessa utlännings bör därför även fortsättningsvis omfattas av trenådersfristen. I 5 kap. 3 § första stycket 5 UtLL finns en bestämmelse som genomför det omarbetade skyddsgrundsdirektivets bestämmelser om uppehållstillstånd för familjemedlemmar (jfr prop. 2013/14:248 s. 47–48 och 62). Regleringen bör utformas med den bestämmelsen som förebild. Det nuvarande undantaget i 5 kap. 3 d § UtLL bör därför ändras så att trenådersfristen, i de fall anknytningspersonen har beviljats uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande eller förklarats vara alternativt skyddsbehövande, endast ska gälla om sökanden befinner sig i Sverige och beslutet om hans eller hennes asylansökan fattas i samband med beslutet om anknytningspersonens asylansökan.

Även om regeringen ovan gör bedömningen att förslaget som utgångspunkt är förenligt med Sveriges konventionsåtaganden och stadgan kan det inte uteslutas att det i ett enskilt fall skulle kunna bedömas stå i strid med dessa att neka uppehållstillstånd för att försörjningskravet inte är uppfyllt. Det kan också finnas andra undantagsfall där det framstår som orimligt att ställa upp ett försörjningskrav. I dessa situationer finns en möjlighet att helt eller delvis medge undantag från försörjningskravet om det finns särskilda skäl med stöd av ventilen i 5 kap. 3 f § UtLL. Den bestämmelsen möjliggör som nämns ovan en individuell bedömning av varje sökandes situation (jfr prop. 2020/21:191 s. 112). Lunds universitet och Svenska Röda Korset påtalar vikten av att ventilen inte tillämpas för restriktivt och *Kammarrätten i Stockholm* efterlyser ytterligare vägledning kring hur bedömningen enligt ventilen ska göras. Regeringen konstaterar att det rör sig om en befintlig bestämmelse som redan i dag kan komma att tillämpas när en anknytningsperson är alternativt skyddsbehövande, t.ex. i de fall en ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning har lämnats in efter trenådersfristens utgång. Som framgår av tidigare förarbetsuttalanden får en bedömning göras i varje enskilt fall av om det finns särskilda skäl att göra undantag. Vid den prövningen ska samtliga omständigheter beaktas, dvs. såväl omständigheter som hänför sig till anknytningspersonen som till sökanden (jfr prop. 2009/10:77 s. 34 och prop. 2020/21:191 s. 112). I de fall som rör barn ska dessutom, i enlighet med portalparagrafen om barnets bästa i 1 kap. 10 § UtLL, särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver. Även om tillämpningen skulle underlättas av ytterligare vägledning anser regeringen, som även Lunds universitet är inne på, att det varken är möjligt eller lämpligt att redogöra för alla situationer där det

DIREKTIV

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2011/95/EU
av den 13 december 2011

om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet

(omarbetning)

EUROPAPARLAMENTET OCH EUROPEISKA UNIONENS RÅD HAR
ANTAGIT DETTA DIREKTIV

med beaktande av fördraget om Europeiska unionens funktions-sätt, särskilt artikel 78.2 a och 78.2 b,

med beaktande av Europeiska kommissionens förslag,

med beaktande av Europeiska ekonomiska och sociala kommit-téns yttrande ⁽¹⁾,

i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet ⁽²⁾, och

av följande skäl:

- (1) Ett antal väsentliga ändringar kommer att göras i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om minimi-normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa per-soner ska betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet ⁽³⁾. Det direktivet bör omarbetsas av tydlighetskäl.
- (2) En gemensam asylpolitik, som omfattar ett gemensamt europeiskt asylsystem, utgör en integrerad del av Euro-peiska unionens mål att gradvis inrätta ett område med frihet, säkerhet och rättvisa som är öppet för personer som tvingade av omständigheterna söker skydd inom unionen på laglig väg.

- (3) Europeiska rådet enades vid sitt särskilda möte i Tam-merfors den 15 och 16 oktober 1999 om att arbeta för att inrätta ett gemensamt europeiskt asylsystem, grundat på en fullständig och absolut tillämpning av Genèvekon-ventionen om flyktingars rättsliga ställning av den 28 juli 1951 (Genèvekonventionen), kompletterad genom New

⁽¹⁾ EUT C 18, 19.1.2011, s. 80.

⁽²⁾ Europaparlamentets ståndpunkt av den 27 oktober 2011 (ännu ej offentliggjord i EUT) och rådets beslut av den 24 november 2011.

⁽³⁾ EUT L 304, 30.9.2004, s. 12.

- (9) I Stockholmsprogrammet bekräftarade Europeiska rådet sitt engagemang för målet att i enlighet med artikel 78 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) senast 2012 upprätta ett gemensamt område för skydd och solidaritet som grundar sig på ett geme-n-samt ansvar för flyktingar och en enhetlig status för personer som beviljats internationellt skydd.

- (10) Med hänsyn till resultaten av de undersökningar som genomförts är det i detta skede lämpligt att bekräfta de principer som ligger till grund för direktiv 2004/83/EG och att sträva efter att uppnå en högre grad av tillnär-m-ning av bestämmelserna om erkännande av internatio-n-ellt skydd och om innehållet i detta skydd på grundval av högre standard.

- (11) Resurser från Europeiska flyktingfonden och Europeiska stödkontoret för asylfrågor bör mobiliseras för att på lämpligt sätt stödja medlemsstaternas arbete med att ge-nomföra de normer som fastställs under den andra etap-pen av det gemensamma europeiska asylsystemet, särskilt arbetet i de medlemsstater vars asylsystem utsätts för ett särskilt och oproportionerligt hårt tryck, främst på grund av deras geografiska eller demografiska situation.

- (12) Huvudsyftet med detta direktiv är dels att garantera att medlemsstaterna tillämpar gemensamma kriterier för att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd, dels att garantera att en miniminivå av förmåner är tillgänglig för dessa personer i samtliga medlemsstater.

- (13) Tillnärmingen av reglerna om erkännande och innebörd av flyktingstatus och status som subsidiärt skyddsbehö-vande bör bidra till att begränsa sekundära förflyttningar mellan medlemsstaterna för personer som ansöker om internationellt skydd när sådana förflyttningar endast mo-tiveras av skillnader i de rättsliga ramarna.

- (14) Medlemsstaterna bör ha befogenhet att införa eller be-hålla förmånligare bestämmelser än de normer som fast-ställs i detta direktiv för tredjelandsmedborgare eller stats-lösa personer som ansöker om internationellt skydd i en medlemsstat, om en sådan ansökan anses bygga på för-utsättningen att personen i fråga antingen är flykting i den mening som avses i artikel 1 A i Genèvekonventio-nen, eller en person som uppfyller kraven för att beteck-nas som subsidiärt skyddsbehövande.

- (15) De tredjelandsmedborgare eller statslösa personer som tilläts stanna inom medlemsstaternas territorier av skäl som inte hänför sig till ett behov av internationellt skydd utan efter en skönsmässig bedömning av ömmande eller humanitära skäl, faller utanför tillämpningsområdet för detta direktiv.

- (16) Detta direktiv står i överensstämmelse med de grundläg-gande rättigheter och principer som erkänns särskilt i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättig-heterna. Direktivet syftar särskilt till att säkerställa full respekt för den mänskliga värdigheten och de asylsök-an-de och deras medföljande familjemedlemmars rätt till asyl, och till att främja tillämpningen av artiklarna 1, 7, 11, 14, 15, 16, 18, 21, 24, 34 och 35 i stadgan och bör därför genomföras på ett sätt som överensstämmer med detta ändamål.

- (17) När det gäller behandlingen av personer som omfattas av detta direktiv är medlemsstaterna bundna av sina skyld-igheter enligt de internationella rättsliga instrument som de är parter i, särskilt de instrument som förbjuder dis-kriminering.

- (18) Medlemsstaterna bör i första hand ta hänsyn till barnets bästa när de genomför detta direktiv, i enlighet med 1989 års FN-konvention om barnets rättigheter. Vid en bedömning av barnets bästa bör medlemsstaterna särskilt beakta principen om familjesammanhållning, den under-åriges välfärd och sociala utveckling, överväganden om trygghet och säkerhet och den underåriges synpunkter med hänsyn till hans eller hennes ålder och mognad.

- (19) Det är nödvändigt att begreppet familjemedlemmar bred-das så att hänsyn tas till de särskilda omständigheter av olika slag som kan förekomma vid fall av beroendeställ-n-ning och till den särskilda omsorg som bör ägnas åt att tillvarata barnets bästa.

- (20) Detta direktiv påverkar inte tillämpningen av protokollet om asyl för medborgare i Europeiska unionens medlems-stater, som fogats till fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget) och EUF-fördraget.

- (21) Erklämandet av flyktingstatus är en fastställelse av redan existerande rättigheter.

- (22) Samråd med FN:s flyktingkommissariat (UNHCR) kan ge medlemsstaterna värdefull vägledning när det gäller att fastställa flyktingstatus enligt artikel 1 i Genèvekonven-tionen.

- (23) Det bör fastställas normer för definitionen och innebör-den av flyktingstatus för att vägleda medlemsstaternas behöriga myndigheter vid tillämpningen av Genèvekon-ventionen.

- (24) Det är nödvändigt att införa gemensamma kriterier för när asylsökande kan erkännas som flyktingar i den me-n-ning som avses i artikel 1 i Genèvekonventionen.

- (25)

Det är särskilt nödvändigt att införa en gemensam uppfattning av följande begrepp: skyddsbehov på plats (*sur place*), upphov till skada och källor till skydd, internt skydd samt begreppet förföljelse, inklusive orsakerna till förföljelse.

(26)

Skydd kan ges antingen av staten eller av sådana parter eller organisationer, inklusive internationella organisationer, som uppfyller villkoren i detta direktiv och som kontrollerar en region eller ett större område på statens territorium, samt har viljan och förmågan att erbjuda skydd. Skyddet bör vara verkamt och inte av en tillfällig natur.

(27)

Internt skydd mot förföljelse eller allvarlig skada bör vara faktiskt tillgängligt för sökanden i en del av ursprungslandet som han eller hon på ett säkert och lagligt sätt kan resa till och beviljas rätt till inresa i samt där han eller hon rimligen kan förväntas bosätta sig. I de fall då staten eller statens företrädare är de aktörer som utövar förföljelse eller allvarlig skada bör det finnas en presumption att sökanden inte kan ges effektivt skydd. Om sökanden är ett ensamkommande barn bör tillgången till lämpliga omsorgs- och förmyndararrangemang som är för det ensamkommande barnets bästa utgöra en del av bedömningen av om effektivt skydd är tillgängligt.

(28)

När underåriga ansöker om internationellt skydd är det nödvändigt att medlemsstaterna vid sin prövning beaktar former av förföljelse som är specifika för barn.

(29)

Ett av villkoren för att kunna betraktas som flykting i den mening som avses i artikel 1 A i Genèvekonventionen är att det finns ett orsakssamband mellan förföljelsegrunderna, nämligen ras, religion, nationalitet, politisk åskådning eller tillhörighet till en viss samhällsgrupp, och förföljelsen eller avsaknaden av skydd mot förföljelse.

(30)

Det är också nödvändigt att införa ett gemensamt begrepp för förföljelsegrunden *tillhörighet till vis samhällsgrupp*. Vid definitionen av en viss samhällsgrupp bör hänsyn tas till faktorer som hänger samman med sökandens kön, inbegripet könsidentitet och sexuell läggning, som kan ha samband med vissa rättsstridigheter eller se-der som leder till t.ex. könsstympning, tvångsterilisering eller tvångsabort, i den mån de hör ihop med den sökandes välgrundade fruktan för förföljelse.

(31)

Handlingar som är oförenliga med Förenata nationernas syften och principer anges i inledningen och artiklarna 1 och 2 i Förenata nationernas stadga och ingår bl.a. i Förenata nationernas resolutioner om åtgärder för terrorismbekämpning, enligt vilka handlingar, metoder och bruk som utgör terrorism strider mot Förenata nationernas syften och principer och att även avsiktlig finansiering, planering och anstiftan av terroristhandlingar är oförenliga med Förenata nationernas syften och principer.

(32)

Såsom anges i artikel 14 kan status även innefatta flyktingstatus.

(33)

Det bör även fastställas normer för definitionen och in-nehörden av status som subsidiärt skyddsbehövande. Sta-tus som subsidiärt skyddsbehövande bör fungera som ett komplement till den status för skydd av flyktingar som finns i Genèvekonventionen.

(34)

Det är nödvändigt att införa gemensamma kriterier för att fastställa vilka av dem som ansöker om internationellt skydd som uppfyller kraven för att betecknas som sub-sidiärt skyddsbehövande. Kriterierna bör hämtas från de internationella förpliktelserna enligt instrumenten för mänskliga rättigheter och från medlemsstaternas praxis.

(35)

Risker som en befolkningsgrupp i ett land eller ett seg-ment av befolkningen överlag är utsatta för utgör i nor-malfallet i sig inte ett personligt hot som kan betecknas som allvarlig skada.

(36)

Familjemedlemmar kan, enbart på grund av sin relation till flyktingen, normalt komma att utsättas för förföljelse på ett sätt som kan utgöra grund för flyktingstatus.

(37)

Begreppet nationell säkerhet och allmän ordning omfat-tar också fall då en tredjelandsmedborgare är medlem i en sammanslutning som stöder internationell terrorism eller stöder en sådan sammanslutning.

(38)

Vid beslut om beviljande av de förmåner som anges i detta direktiv bör medlemsstaterna ta lämplig hänsyn såväl till barnets bästa som till de särskilda omständighe-terna för hur nära släktingar som redan befinner sig i medlemsstaten och som inte är familjemedlemmar till personen som beviljats internationellt skydd står i bero-endeställning till den person som beviljats internationellt skydd. I undantagsfall, då en nära släkting till den person som beviljats internationellt skydd är en gift underårig som inte följs av sin make eller maka, kan det anses vara bäst för den underåriga att han eller hon får vara tillsammans med sin ursprungliga familj.

(39)

Hänsyn bör tas till Stockholmsprogramets uppmärns-om att inrätta en enhetlig status för flyktingar och per-soner som uppfyller kraven för att betecknas som sub-sidiär skyddsbehövande, med undantag för de avvikelser som är nödvändiga och objektivt motiverade, och perso-ner som innehar status som subsidiärt skyddsbehövande bör beviljas samma rättigheter och förmåner som de som flyktingar beviljas enligt detta direktiv, och på samma villkor som dessa.

(40)

Medlemsstaterna får, inom de gränser som följer av in-ternationella åtaganden, föreskriva att beviljande av för-måner avseende tillräde till sysselsättning, sociala för-måner, hälso- och sjukvård samt tillgång till integrations-främjande åtgärder förutsätter att ett uppehållstillstånd har utfärdats.

(41)

För att personer som beviljats internationellt skydd på ett bättre sätt ska kunna tillgodogöra sig de rättigheter och förmåner som föreskrivs i detta direktiv i praktiken är det nödvändigt att ta hänsyn till deras specifika behov och de integrationsproblemen de står inför. Ett sådant hänsyns-tagande bör normalt inte leda till en förmånligare behand-ling än den som de ger sina egna medborgare, utan att det påverkar medlemsstaternas möjligheter att införa eller behålla förmånligare bestämmelser.

(42)

I detta sammanhang bör ansträngningar göras för att i synnerhet komma till rätta med sådana problem som hindrar personer som beviljats internationellt skydd att i praktiken ha tillgång till arbetsmarknadsrelaterade ut-bildningsmöjligheter och fortbildning, bland annat avse-ende ekonomiska hinder.

(43)

Detta direktiv är inte tillämpligt på ekonomiska förmåner från medlemsstaterna som beviljas för att främja utbild-ning.

(44)

Man bör överväga att vidta särskilda åtgärder för att på ett effektivt sätt lösa de praktiska svårigheter som perso-ner som beviljats internationellt skydd ställs inför när det gäller att bestyrka utländska akademiska eller yrkesmäs-siga examens-, utbildnings- och andra behörighetsbevis, särskilt när dessa svårigheter beror på att personerna i fråga saknar nödvändig dokumentation eller inte kan bära de kostnader som är förknippade med erkännande-förfarandena.

(45)

Särskilt för att undvika sociala lidande är det lämpligt att personer som beviljats internationellt skydd tillhandahålls tillräckliga sociala förmåner och medel för uppehälle, utan diskriminering och inom ramen för det sociala stö-det. När det gäller socialt stöd bör villkoren och de när-mare föreskrifterna för tillhandahållande av grundläg-gande förmåner till personer som innehar status som subsidiärt skyddsbehövande fastställas i den nationella lagstiftningen. Möjligheten att begränsa sådant stöd till att omfatta endast grundläggande förmåner bör tolkas så att detta begrepp omfattar åtminstone miniminkomst-stöd, bistånd vid sjukdom eller graviditet samt föräldraer-sättning, i den mån dessa förmåner beviljas medborgare i enlighet med nationell rätt.

(46)

Tillräde till hälso- och sjukvård, såväl fysisk som psykisk vård, bör garanteras personer som beviljats internationellt skydd.

(47)

Integrationsprogram för personer som innehar flyktings-tatus eller status som subsidiär skyddsbehövande bör så långt möjligt vara utformade på ett sätt som tar hänsyn till dessa personers särskilda behov och den speciella situation som de befinner sig i, inbegripet i förekom-mande fall språkundervisning och tillhandahållande av information om de rättigheter och skyldigheter som är förbundna med deras skyddsstatus i den berörda med-lemnsstaten.

(48)

Genomförandet av detta direktiv bör utvärderas regelbun-det med särskilt beaktande av utvecklingen av medlems-staternas internationella skyldigheter när det gäller non-refoulement samt utvecklingen av arbetsmarknaderna i medlemsstaterna och av de gemensamma grundläggande principerna för integration.

(49)

Eftersom målen för detta direktiv, nämligen att fastställa normer för medlemsstaternas beviljande av internationellt skydd till tredjelandsmedborgare och statslösa personer, för en enhetlig status för flyktingar och personer som upp-fyller kraven för att betecknas som subsidiärt skydds-behovande, och för innehållet i det beviljade skyddet, inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemssta-terna och de därför, på grund av direktivets omfattning och verkningar, bättre kan uppnås på unionsnivå, kan unionen vidta åtgärder i enlighet med subsidiaritetsprin-cipen i artikel 5 i EU-fördraget. I enlighet med propor-tionalitetsprincipen i samma artikel går direktivet inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål.

(50)

I enlighet med artiklarna 1, 2 och 4a.1 i protokoll (nr 21) om Förenade kungarikets och Irlands ställning med av-seende på området med frihet, säkerhet och rättvisa, fö-r-gat till EU-fördraget och EU-fördraget, och utan att det påverkar tillämpningen av artikel 4 i det protokollet, deltar dessa medlemsstater inte i antagandet av detta direktiv, som inte är bindande för eller tillämpligt på Danmark.

(51)

I enlighet med artiklarna 1 och 2 i protokoll (nr 22) om Danmarks ställning, fogat till EU-fördraget och EU-för-draget, deltar Danmark inte i antagandet av detta direktiv, som inte är bindande för eller tillämpligt på Danmark.

(52)

Skyldigheten att införliva detta direktiv med nationell lagstiftning bör endast gälla de bestämmelser som inne-bär en innehållsmässig ändring i förhållande till direktiv 2004/83/EG. Skyldigheten att införliva de oförändrade bestämmelserna följer av det direktivet.

(53)

Detta direktiv bör inte påverka medlemsstaternas skyldig-heter avseende den tidsfrist för införlivande av direktiv 2004/83/EG i nationell lagstiftning som anges i bilaga I del B.
- 246

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

KAPITEL 1

ALLMÄNNA BESTÄMMELSER

Syftet med detta direktiv är att införa normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar och personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet.

Syfte

Artikel 1

Definitioner

I detta direktiv gäller följande definitioner:

- a) *internationellt skydd*: flyktingstatus och status som subsidiärt skyddsbehövande enligt definitionerna i leden e och g.
- b) *person som beviljats internationellt skydd*: person som har beviljats flyktingstatus eller status som subsidiärt skyddsbehövande i enlighet med definitionerna i leden e och g.
- c) *Genèvekonventionen*: konventionen om flyktingars rättsliga ställning undertecknad i Genève den 28 juli 1951, ändrad genom New York-protokollet av den 31 januari 1967.
- d) *flykting*: en tredjelandsmedborgare som med anledning av välggrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, religion, nationalitet, politisk åskådning eller tillhörighet till viss samhällsgrupp befinner sig utanför det land där han eller hon är medborgare och som inte kan eller på grund av sin fruktan inte vill begagna sig av det landets skydd, eller en statslös person som av samma skäl som nämns ovan befinner sig utanför det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort och som inte kan eller på grund av sin fruktan inte vill återvända dit och som inte omlämnas av artikel 12.
- e) *flyktingstatus*: en medlemsstats erkännande av en tredjelandsmedborgare eller en statslös person som flykting.
- f) *person som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande*: en tredjelandsmedborgare eller statslös person som inte uppfyller kraven för att betecknas som flykting, men där det finns grundad anledning att förmoda att den berörda personen, om han eller hon återsänds till sitt ursprungsland, eller, i fråga om en statslös person, till det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort, skulle utsättas för en verklig risk att lida allvarlig skada enligt artikel 15 och inte omlämnas av artikel 17.1 och 17.2 och som inte kan, eller på grund av en sådan risk inte vill begagna sig av det landets skydd.

m) *upphållstillstånd*: tillstånd som utfärdas av myndigheterna i en medlemsstat i enlighet med den statens lagstiftning och som ger en tredjelandsmedborgare eller statslös person rätt att uppehålla sig på dess territorium.

n) *ursprungsländ*: det land eller de länder där en person är medborgare eller, i fråga om statslösa personer, tidigare haft sin vanliga vistelseort.

Förmånligare bestämmelser

Medlemsstaterna får införa eller behålla förmånligare bestämmelser för att fastställa vem som ska betraktas som flykting eller som en person som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande och för att fastställa innebörden av internationellt skydd, förutsatt att de är förenliga med detta direktiv.

KAPITEL II

BEDÖMNING AV ANSÖKNINGAR OM INTERNATIONELLT SKYDD

Artikel 4

Bedömning av fakta och omständigheter

1. Medlemsstaterna får betrakta det som den sökandes skyldighet att så snart som möjligt lägga fram alla faktorer som behövs för att styrka ansökan om internationellt skydd. Det är medlemsstaternas skyldighet att i samarbete med den sökande bedöma de relevanta faktorerna i ansökan.

2. De faktorer som det hänvisas till i punkt 1 utgörs av den sökandes utsagor och alla handlingar som den sökande förfogar över angående den sökandes ålder, bakgrund, inklusive relevanta släktingars bakgrund, identitet, nationaliteter), tidigare bosättningsland(länder) och -ort(er), tidigare asylansökningar, resvägar och resehandlingar samt orsakerna till ansökan om internationellt skydd.

3. Bedömningen av en ansökan om internationellt skydd ska vara individuell, och följande ska beaktas:

- a) Alla relevanta uppgifter om ursprungslandet vid den tidpunkt då beslut fattas om ansökan, inbegripet lagar och andra författningar i ursprungslandet samt det sätt på vilket dessa tillämpas.
- b) De relevanta utsagor och handlingar som den sökande har lämnat, inklusive information om huruvida sökanden har varit eller kan bli utsatt för förföljelse eller allvarlig skada.
- c) Sökandens personliga ställning och förhållanden, inklusive faktorer som bakgrund, kön och ålder, så att det kan

bedömas huruvida de handlingar den sökande har blivit eller skulle kunna bli utsatt för, på grundval av sökandens personliga omständigheter, skulle innebära förföljelse eller allvarlig skada.

d) Om den sökande efter att ha lämnat ursprungslandet ägnat sig åt en verksamhet, vars enda syfte eller vars huvudsyfte var att skapa de nödvändiga förutsättningarna för att ansöka om internationellt skydd, ska man bedöma om denna verksamhet skulle utsätta den sökande för förföljelse eller allvarlig skada om han eller hon återvänder till landet.

e) Om man rimligen kan förvänta sig att den sökande begagnar sig av skyddet i ett annat land där han eller hon kan hävda medborgarskap.

4. Det faktum att den sökande redan har varit utsatt för förföljelse eller annan allvarlig skada, eller för direkta hot om sådan förföljelse eller sådan skada, är en allvarlig indikation på att den sökandes fruktan för förföljelse är välggrundad eller att det finns en verklig risk för att han eller hon kommer att lida allvarlig skada, såvida det inte finns goda skäl till att anta att sådan förföljelse eller allvarlig skada inte kommer att upprepas.

5. När medlemsstaterna tillämpar principen att det är den sökandes skyldighet att styrka sin ansökan om internationellt skydd, och den sökandes uppgifter inte kan styrkas av skriftliga eller andra bevis, ska sådana uppgifter inte behöva bekräftas om följande villkor är uppfyllda:

a) Sökanden har gjort en genuin ansträngning för att styrka sin ansökan.

b) Alla relevanta faktorer som den sökande förfogar över har lagts fram och en tillfredsställande förklaring har lämnats till varför andra relevanta faktorer saknas.

c) Sökandens uppgifter befinns vara sammanhängande och rimliga och strider inte mot tillgänglig specifik och allmän information som rör den sökandes ärende.

d) Sökanden har ansökt om internationellt skydd så tidigt som möjligt, såvida inte sökanden kan framföra goda skäl till varför han eller hon inte gjort det.

e) Sökandens allmänna trovärdighet är fastställd.

Artikel 5

Internationellt skyddsbehov ”sur place”

1. En välggrundad fruktan för förföljelse eller en verklig risk för att lida allvarlig skada kan grunda sig på händelser som har ägt rum efter det att sökanden lämnade ursprungslandet.

2.

En välgrundad fruktan för förföljelse eller en verklig risk för att lida allvarlig skada kan grunda sig på verksamhet som sökanden ågнат sig åt sedan han eller hon lämnade ursprungslandet, i synnerhet om det kan fastställas att den verksamhet som åberopas är ett uttryck för och en fortsättning på åsikter eller en inställning som sökanden hade i ursprungslandet.
3.

Utan att det påverkar Genevekonventionen får medlemsstaterna besluta att en sökande som lämnar in en efterföljande ansökan normalt inte ska beviljas flyktingsstatus om risken för förföljelse grundar sig på omständigheter som den sökande genom eget beslut har skapat efter att ha lämnat ursprungslandet.
- gruppens medlemmar har en gemensam väsentlig egen-skap eller en gemensam bakgrund som inte kan andras eller har en gemensam egenskap eller övertygelse som är så grundläggande för identiteten eller samvetet att de inte får tvingas avsvära sig den, och
- gruppen har en särskild identitet i det berörda landet eftersom den upplätas som annorlunda av omgivningen.

Beroende på omständigheterna i ursprungslandet kan en sär-skild samhällsgrupp omfatta en grupp grundad på en geme-n sam egenskap, t.ex. sexuell läggning. Sexuell läggning får inte tolkas så att det innefattar handlingar som anses brottsliga enligt medlemsstaternas nationella lagstiftning. Vid bedömi- ningen av om en person ska anses tillhöra en viss samhälls- grupp eller när ett karakteristiskt drag hos en sådan grupp ska fastställas ska vederbörlig hänsyn tas till könrelaterade aspekter, inbegripet könsidentitet.

- e)

Begreppet politisk åskådning ska särskilt inbegripa när någon har en åsikt, tanke eller tro i en fråga som rör de potentiella aktörer som utövar förföljelse enligt artikel 6 och deras po- litik eller metoder, oavsett om sökanden har handlat i linje med denna åsikt, tanke eller tro.

2.

Vid bedömningen av huruvida en sökande har en välgrun- dad fruktan för förföljelse är det irrelevant huruvida sökanden faktiskt har de egenskaper i fråga om ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller politisk åskådning som är skälet till förföljelsen, om en sådan egenskap tillskrivs den sökande av den som utövar förföljelsen.

Artikel 11

Upphörande

1.

En tredjelandsmedborgare eller en statslös person ska upp- höra att vara en flykting om han eller hon
- a)

av fri vilja på nytt begagnar sig av det lands skydd vari han eller hon är medborgare, eller
- b)

efter att ha förlorat sitt medborgarskap av fri vilja förvärvar det på nytt, eller
- c)

förvärvar ett nytt medborgarskap, och kommer i åtnjutande av det landets skydd, eller
- d)

av fri vilja återvänder för att bosätta sig i det land som han eller hon lämnat eller fortsatt att uppehålla sig utanför på grund av fruktan för förföljelse, eller

3.

När medlemsstaterna bedömer om en internationell orga- nisation kontrollerar en stat eller en betydande del av statens territorium och ger skydd enligt punkt 2, ska de beakta all vägledning som kan finnas i relevanta unionsakter.

Artikel 8

Internt skydd

1.

Medlemsstaterna får som ett led i bedömningen av en ansökan om internationellt skydd besluta att en sökande inte är i behov av internationellt skydd om han eller hon i en del av ursprungslandet

- a)

inte känner någon välgrundad fruktan för förföljelse eller löper någon verklig risk för att lida allvarlig skada, eller
- b)

har tillgång till skydd mot förföljelse eller allvarlig skada enligt definitionen i artikel 7,

och han eller hon på ett säkert och lagligt sätt kan resa till och beviljas rätt till insresa i den delen av landet och rimligen kan förväntas bosätta sig där.

2.

Vid prövning av om en sökande känner en välgrundad fruktan för förföljelse eller löper en verklig risk för att lida allvarlig skada, eller har tillgång till skydd mot förföljelse eller allvarlig skada i en del av ursprungslandet i enlighet med punkt 1, ska medlemsstaterna, när de fattar beslut om ansökan, beakta de allmänna omständigheter som råder i den delen av landet och sökandens personliga förhållanden i enlighet med artikel 4. För detta ändamål ska medlemsstaterna se till att exakt och aktuell information inlämnas från relevanta källor, såsom FN:s flyktingkommissariat och Europeiska stödkontoret för asylfrå- gor.

FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ATT BETRAKTAS SOM FLYKTING

KAPITEL III

Artikel 9

Förföljelse

1.

För att betraktas som förföljelse enligt lydelsen i artikel 1 A i Genevekonventionen krävs att handlingarna i fråga
- a)

är tillräckligt allvarliga till sin natur eller på grund av sin upprepning för att innebära en allvarlig överträdelse av de grundläggande mänskliga rättigheterna, särskilt de rättigheter från vilka det inte går att göra undantag enligt artikel 15.2 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättig- heterna och de grundläggande friheterna, eller
- b)

är en ackumulation av olika åtgärder, däribland sådana över- trädelser av de mänskliga rättigheterna som är tillräckligt allvarliga för att påverka en individ på ett liknande sätt som i led a.

e) inte längre kan fortsätta att vägra att begagna sig av skyddet i det land där han eller hon är medborgare eftersom de omständigheter som ledde till att han eller hon erkändes som flykting inte längre föreligger, eller

f) utan att äga medborgarskap i något land, kan återvända till det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort, eftersom de omständigheter som ledde till att han eller hon erkändes som flykting inte längre föreligger.

2. Vid tillämpningen av punkt 1 e och f ska medlemsstaterna beakta huruvida omständigheterna har ändrats så väsentligt och varaktigt att flyktningens fruktan för förföljelse inte längre kan anses välgrundad.

3. Punkt 1 e och f ska inte tillämpas på flyktingar som kan återropa tungt vägande skäl grundade på tidigare förföljelse för att inte vilja begagna sig av det lands skydd vari han eller hon är medborgare eller, om det är fråga om en statslös person, det land där han eller hon tidigare hade sin varaktiga vistelseort.

Artikel 12
Undantag

1. En tredjelandsmedborgare eller en statslös person kan inte anses som flykting om

a) han eller hon omfattas av artikel 1 D i Genèvekonventionen, som handlar om skydd eller bistånd från andra organ eller kontor inom Förenta nationerna än UNHCR; om sådant skydd eller bistånd har något skäl har upphört, utan att de berörda personernas ställning har fastställs slughtigt i enlighet med de relevanta resolutioner som antagits av FN:s generalförsamling, ska dessa personer automatiskt komma i åtnjutande av förmåerna i detta direktiv,

b) han eller hon av de behöriga myndigheterna i bosättningslandet tillerkänns samma rättigheter och skyldigheter som följer med medborgarskap i det landet eller rättigheter och skyldigheter som motsvarar dessa.

2. En tredjelandsmedborgare eller en statslös person kan inte anses som flykting om det finns synnerliga skäl för att anta att

a) han eller hon har förövat ett brott mot freden, en krigsförbrytelse eller ett brott mot mänskligheten, såsom dessa definieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott,

b) han eller hon har förövat ett grovt icke-politiskt brott utanför tillflyktslandet innan vederbörande fick tillträde till det land som flykting, vilket innebär den tidpunkt då uppehållstillstånd utfärdades på grundval av beviljad

4. Medlemsstater får återkalla, upphäva eller vägra att förnya status som beviljas en flykting av ett regeringsorgan, ett förvaltningsrättsligt organ, en domstol eller ett domstolsliknande organ om

a) det finns skälig anledning att betrakta vederbörande som en fara för säkerheten i den medlemsstat där han eller hon befinner sig, eller

b) vederbörande utgör en samhällsara i medlemsstaten i fråga med hänsyn till att han eller hon genom en lagakraftvunnen dom har dömts för ett synnerligen allvarligt brott.

5. I de situationer som beskrivs i punkt 4 får medlemsstaterna besluta att inte bevilja status för en flykting om ett sådant beslut ännu inte har fattats.

6. Personer som omfattas av punkt 4 eller 5 ska ha de rättigheter som anges i eller som liknar dem som anges i artiklarna 3, 4, 16, 22, 31, 32 och 33 i Genèvekonventionen om de befinner sig i medlemsstaten.

KAPITEL V
FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR SUBSIDIÄRT SKYDD
Artikel 15

Allvarlig skada
Allvarlig skada utgörs av

a) dödsstraff eller avrättning, eller

b) tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning av en sökande i ursprungslandet, eller

c) allvarligt och personligt hot mot en civilpersoners liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt.

Artikel 16
Upphörande

1. En tredjelandsmedborgare eller en statslös person ska inte längre anses uppfylla kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, då de omständigheter som ledde till att status som subsidiärt skyddsbehövande beviljades inte längre föreligger, eller har ändrats i sådan grad att skydd inte längre behövs.

2. Vid beaktande av punkt 1 ska medlemsstaterna ta hänsyn till om omständigheterna har ändrats så väsentligt och varaktigt att personen som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande inte längre är utsatt för en verklig risk för allvarlig skada.

flyktingstatus: särskilt grymma handlingar, även om de begåtts i förment politiskt syfte, får betecknas som allvarliga icke-politiska brott,

c) han eller hon har gjort sig skyldig till gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grunderna enligt inledningen och artiklarna 1 och 2 i Förenta nationernas stadga.

3. Punkt 2 gäller personer som ansätter eller på annat sätt deltar i förövandet av de brott eller gärningar som nämns däri.

KAPITEL IV
FLYKTINGSTATUS
Artikel 13

Bevijande av flyktingstatus

Medlemsstaterna ska bevilja en tredjelandsmedborgare eller en statslös person flyktingstatus om han eller hon kan betraktas som flykting enligt kapitlen II och III.

Artikel 14
Återkallande av, upphävande av eller vägran att förnya flyktingstatus

1. När det gäller ansökningar om internationellt skydd som lämnats efter ikraftträdandet av direktiv 2004/83/EG ska medlemsstaterna återkalla, upphäva eller vägra att förnya en tredjelandsmedborgares eller en statslös persons flyktingstatus som beviljats av ett regeringsorgan, ett förvaltningsrättsligt organ, en domstol eller ett domstolsliknande organ om vederbörande inte längre är flykting enligt artikel 1 i den här artikeln.

2. Utan att det påverkar flyktningens skyldighet enligt artikel 4.1 att uppgä alla relevanta fakta och lämna alla relevanta handlingar som han eller hon förfogar över, ska den medlemsstat som har beviljat flyktingstatus i varje enskilt fall bevisa att den berörda personen har upphört att vara eller aldrig har varit flykting enligt punkt 1 i den här artikeln.

3. Medlemsstaterna ska återkalla, upphäva eller vägra att förnya en tredjelandsmedborgares eller statslös persons flyktingstatus om de berörda medlemsstaterna efter beviljandet av flyktingstatus fastställer att vederbörande

a) inte skulle ha ansetts som eller inte kan anses vara flykting i enlighet med artikel 12,

b) har förvägrat eller utelämnat fakta, inklusive användning av falska handlingar, och detta varit avgörande för beviljandet av flyktingstatus.

e) inte längre kan fortsätta att vägra att begagna sig av skyddet i det land där han eller hon är medborgare eftersom de omständigheter som ledde till att han eller hon erkändes som flykting inte längre föreligger, eller

f) utan att äga medborgarskap i något land, kan återvända till det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort, eftersom de omständigheter som ledde till att han eller hon erkändes som flykting inte längre föreligger.

2. Vid tillämpningen av punkt 1 e och f ska medlemsstaterna beakta huruvida omständigheterna har ändrats så väsentligt och varaktigt att flyktningens fruktan för förföljelse inte längre kan anses välgrundad.

3. Punkt 1 e och f ska inte tillämpas på flyktingar som kan återropa tungt vägande skäl grundade på tidigare förföljelse för att inte vilja begagna sig av det lands skydd vari han eller hon är medborgare eller, om det är fråga om en statslös person, det land där han eller hon tidigare hade sin varaktiga vistelseort.

Artikel 12
Undantag

1. En tredjelandsmedborgare eller en statslös person kan inte anses som flykting om

a) han eller hon omfattas av artikel 1 D i Genèvekonventionen, som handlar om skydd eller bistånd från andra organ eller kontor inom Förenta nationerna än UNHCR; om sådant skydd eller bistånd har något skäl har upphört, utan att de berörda personernas ställning har fastställs slughtigt i enlighet med de relevanta resolutioner som antagits av FN:s generalförsamling, ska dessa personer automatiskt komma i åtnjutande av förmåerna i detta direktiv,

b) han eller hon av de behöriga myndigheterna i bosättningslandet tillerkänns samma rättigheter och skyldigheter som följer med medborgarskap i det landet eller rättigheter och skyldigheter som motsvarar dessa.

2. En tredjelandsmedborgare eller en statslös person kan inte anses som flykting om det finns synnerliga skäl för att anta att

a) han eller hon har förövat ett brott mot freden, en krigsförbrytelse eller ett brott mot mänskligheten, såsom dessa definieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott,

b) han eller hon har förövat ett grovt icke-politiskt brott utanför tillflyktslandet innan vederbörande fick tillträde till det land som flykting, vilket innebär den tidpunkt då uppehållstillstånd utfärdades på grundval av beviljad

Återkallande av, upphävande av eller vägran att förnya status som subsidiärt skyddsbehövande

Artikel 19

1. När det gäller ansökningar om internationellt skydd som lämnats efter ikraftträdandet av direktiv 2004/83/EG ska medlemsstaterna återkalla, upphäva eller vägra att förnya en tredjelandsmedborgares eller en statslös persons status som subsidiärt skyddsbehövande som beviljats av ett regeringsorgan, ett förvaltningsrättsligt organ, en domstol eller ett domstolsliknande organ om vederbörande inte längre uppfyller kraven för att beaktas som subsidiärt skyddsbehövande enligt artikel 16.

2. Medlemsstaterna får återkalla, upphäva eller vägra att förnya en tredjelandsmedborgares eller en statslös persons status som subsidiärt skyddsbehövande som beviljats av ett regeringsorgan, ett förvaltningsrättsligt organ, en domstol eller ett domstolsliknande organ om han eller hon, efter det att status som subsidiärt skyddsbehövande beviljats, inte längre uppfyller kraven för att beaktas som subsidiärt skyddsbehövande i enlighet med artikel 17.3.

3. Medlemsstaterna ska återkalla, upphäva eller vägra att förnya en tredjelandsmedborgares eller en statslös persons status som subsidiärt skyddsbehövande om

a) han eller hon efter beviljandet av status som subsidiärt skyddsbehövande inte borde ha beaktats som eller inte längre uppfyller kraven för att beaktas som subsidiärt skyddsbehövande i enlighet med artikel 17.1 och 17.2,

b) han eller hon har förvärgt eller utelämnat fakta, inklusive användning av falska handlingar, och detta varit avgörande för att bevilja status som subsidiärt skyddsbehövande.

4. Utan att det påverkar tredjelandsmedborgarens eller den statslösa personens skyldighet enligt artikel 4.1 att uppgöra alla relevanta fakta och lämna alla relevanta handlingar som han eller hon förfogar över ska den medlemsstat som har beviljat status som subsidiärt skyddsbehövande i varje enskilt fall bevisa att den berörda personen inte längre uppfyller eller aldrig har uppfyllt kraven för att beaktas som subsidiärt skyddsbehövande i enlighet med punkterna 1, 2 och 3 i den här artikeln.

INNEBÖRDEN AV INTERNATIONELLT SKYDD

KAPITEL VII

Artikel 20

Allmänna bestämmelser

1. Detta kapitel ska inte påverka de rättigheter som följer av Genèvekonventionen.

2. Detta kapitel ska tillämpas på både flyktingar och personer som uppfyller kraven för att beaktas som subsidiärt skyddsbehövande, om inte något annat anges.

3. Vid genomförandet av detta kapitel ska medlemsstaterna beakta situationen för utsatta personer, till exempel underåriga, ensamkommande barn, funktionshindrade, äldre, gravida, ensamstående föräldrar med underåriga barn, offer för människohandel, personer med mentala störningar och personer som utsatts för tortyr, våldtäkt eller andra allvarliga former av psykisk, fysisk eller sexuell våld.

4. Punkt 3 ska endast gälla de personer som man finner har särskilda behov efter en individuell bedömning av deras situation.

5. Medlemsstaterna ska i första hand se till barnets bästa vid genomförandet av de bestämmelser i detta kapitel som rör underåriga.

Artikel 21

Skydd mot avvisning

1. Medlemsstaterna ska i enlighet med sina internationella förpliktelser respektera principen om *non-refoulement*.

2. Om det inte är förbjudet enligt de internationella förpliktelser som avses i punkt 1 får medlemsstaterna avvisa en flykting, vare sig denne formellt erkäns eller ej, om

a) det finns skälig anledning att betrakta vederbörande som en fara för säkerheten i den medlemsstat där han eller hon befinner sig, eller

b) vederbörande utgör en samhällsfara i medlemsstaten i fråga med hänsyn till att han eller hon genom en lagakraftvunnen dom har dömts för ett synnerligen allvarligt brott.

3. Medlemsstaterna får återkalla, upphäva eller vägra att förnya eller bevilja ett uppehållstillstånd för en flykting om han eller hon omfattas av punkt 2.

Artikel 22

Information

Medlemsstaterna ska, så snart som möjligt efter det att flyktingstatus eller status som subsidiärt skyddsbehövande beviljats, ge personer som är berättigade till internationellt skydd tillgång till information på ett språk som de förstår eller rimligen kan förväntas förstå om de rättigheter och skyldigheter som är förbundna med den statusen.

Artikel 23

Sammanhållning av familjer

1. Medlemsstaterna ska se till att familjen hålls samlad.

2. Medlemsstaterna ska se till att familjemedlemmar till den person som har beviljats internationellt skydd, och som för egen del inte uppfyller kraven för att erhålla sådant skydd, får ansöka om de förmåner som avses i artiklarna 24–35 i enlighet med nationella förfaranden och i den mån detta överensstämmer med familjemedlemmens personliga rättsliga status.

3. Punkterna 1 och 2 ska inte vara tillämpliga om familjemedlemmen undantas eller skulle undantas från internationellt skydd enligt kapitlet III och V.

4. Trots vad som sägs i punkterna 1 och 2 får medlemsstaterna vägra, inskränka eller återkalla förmånerna med hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen.

5. Medlemsstaterna får besluta att denna artikel även ska gälla andra nära släktingar som levde tillsammans som en del av familjen vid tidpunkten för avfärd från ursprungslandet, och som då för sin försörjning var helt eller delvis beroende av den person som beviljats internationellt skydd.

Artikel 24

Upppehållstillstånd

1. Så snart som möjligt efter det att internationellt skydd har beviljats, ska medlemsstaterna till de personer som innehar flyktingstatus utfärda ett uppehållstillstånd som ska gälla i minst tre år och vara förnybart om inte tvingande hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen kräver något annat, och utan att det påverkar tillämpningen av artikel 21.3.

Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 23.1 kan det uppehållstillstånd som ska utfärdas till familjemedlemmarna till de personer som innehar flyktingstatus vara giltigt i mindre än tre år och vara förnybart.

2. Så snart som möjligt efter det att internationellt skydd har beviljats ska medlemsstaterna till de personer som innehar status som subsidiärt skyddsbehövande och deras familjemedlemmar utfärda ett förnybart uppehållstillstånd som ska gälla i minst ett år och, om det förnyas, i minst två år, om inte tvingande hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen kräver något annat.

Artikel 25

Resedokument

1. Medlemsstaterna ska till personer som innehar flyktingstatus utfärda resedokument i den form som anges i bilagan till Genèvekonventionen, för resor utanför deras territorier, om inte tvingande hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen kräver något annat.

2. Medlemsstaterna ska till personer som innehar status som subsidiärt skyddsbehövande och som inte kan få ett nationellt pass, utfärda dokument som gör det möjligt för dem att resa utanför deras territorium, om inte tvingande hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen kräver något annat.

Artikel 26

Tillträde till arbetsmarknaden

1. Medlemsstaterna ska ge personer som beviljats internationellt skydd rätt att vara anställda eller bedriva verksamhet som egenföretagare, med förbehåll för de bestämmelser som allmänt tillämpas för yrket och för anställning i offentlig tjänst, om delbart efter det att skyddet har beviljats.

2. Medlemsstaterna ska se till att personer som beviljats internationellt skydd erbjuds aktiviteter såsom arbetsmarknadsrelaterad utbildning för vuxna, yrkesutbildning, inklusive fortbildningskurser för uppdatering av yrkeskunskaper, arbetsplatspraktik och rådgivningstjänster som tillhandahålls av arbetsförmedlingar på likvärdiga villkor som egna medborgare.

3. Medlemsstaterna ska sträva efter att underlätta för personer som beviljats internationellt skydd att få fullständig tillgång till sådan verksamhet som avses i punkt 2.

4. Gällande lagstiftning i medlemsstaterna om ersättning, tillgång till sociala trygghetssystem såsom anställd eller egenföretagare samt övriga anställningsvillkor ska tillämpas.

Artikel 27

Tillträde till utbildning

1. Medlemsstaterna ska fullt ut ge alla underåriga som har beviljats internationellt skydd tillträde till utbildningssystemet på samma villkor som egna medborgare.

2. Medlemsstaterna ska ge vuxna som har beviljats internationellt skydd tillträde till utbildningssystemet, fortbildning och omskolning, på samma villkor som tredjelandsmedborgare som är lagligen bosatta i medlemsstaten.

Artikel 40

Upphävande

För de medlemsstater som är bundna av det här direktivet ska direktiv 2004/83/EG upplävas med verkan från och med den 21 december 2013 dock utan att det påverkar medlemsstaternas skyldigheter när det gäller tidsfristen för införlivande i nationell lagstiftning av det direktiv som anges i bilaga I del B.

För de medlemsstater som är bundna av det här direktivet ska hänvisningar till det upphävda direktivet anses som hänvisningar till det här direktivet och ska läsas i enlighet med jämförelsetabellen i bilaga II.

Artikel 41

Ikraftträdande

Detta direktiv träder i kraft den tjugonde dagen efter det att det har offentliggjorts i Europeiska unionens officiella tidning.

Artiklarna 1, 2, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34 och 35 ska tillämpas från och med den 22 december 2013. De ska genast översända texten till dessa bestämmelser till kommissionen.

Artikel 42

Adressater

Detta direktiv riktar sig till medlemsstaterna i enlighet med fördragen.

Utfärdat i Strasbourg den 13 december 2011.

På Europaparlamentets vägnarJ. BUZEKOrdförande

På rådets vägnarM. SZPUNAROrdförande



UPPSALA
UNIVERSITET

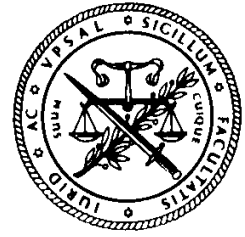
Kompendium i speciell förvaltningsrätt

Miljörätt

Terminskurs 6



Uppsala universitet
Juridiska institutionen
Fr.o.m. VT 2023

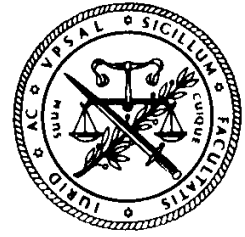


Miljörätt

Miljörätten omfattar frågor om bl.a. luft- och vattenkvalitet, användning av naturresurser, skydd för arter och livsmiljöer, avfall och kemikalier. Miljöbalken som är den centrala svenska miljöförfattningen innehåller olika rättsliga verktyg i form av t.ex. hänsynskrav, miljö kvalitetsnormer, miljökonsekvensbeskrivningar och tillståndsprövning. Vid sidan av miljöbalken finns ett stort antal författningar, t.ex. skogsvårdslagen, som också har betydelse från miljösynpunkt. Den svenska miljölagstiftningen och tillämpningen av denna, påverkas därutöver och i hög grad av den internationella rätten och särskilt EU-rätten.

En närmare introduktion till miljörättsämnet finns i ”Makt, myndighet, människa: en lärobok i speciell förvaltningsrätt”, författare Jan Darpö. För att ni lättare ska kunna lösa seminarieuppgifterna i miljö rätt består kompendiet av utdrag från Michanek & Zetterberg (Iustus, 5:e uppl. 2021) och ett antal avgöranden.

Den svenska lagtext som behövs för de miljörättsliga seminarierna är i huvudsak delar av plan- och bygglagen (2010:900) och miljöbalken (1998:808). Till detta kommer underliggande författningar. I seminarieuppgifterna anges närmare vilket förberedelsematerial som ni behöver ta del av för att kunna besvara frågorna.



Innehållsförteckning

Miljörätt

Litteratur

Michanek, G & Zetterberg, C: *Den svenska miljörätten*, Iustus, 5:e uppl. 2021

Kapitel 8 – <i>De allmänna hänsynsreglerna</i>	s. 259
Kapitel 9 – <i>Hushållningsbestämmelserna</i>	s. 282
Kapitel 10 – <i>Miljö kvalitetsnormer, åtgärdsprogram och adaptiv vattenplanering</i>	s. 293
Kapitel 14 – <i>Verksamheter som orsakar miljöskador</i>	s. 309
Kapitel 15 – <i>Vattenverksamhet</i>	s. 322
Kapitel 23 – <i>Miljöskadestånd samt enskilds och gruppers talan om försiktighetsmått eller förbud</i>	s. 330

Författningstext

<i>Konvention om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor (Århuskonventionen)</i>	s. 336
--	--------

Rättsfall

MÖD 2010:18	<i>Verksamhetsutövarens ansvar</i>	s. 341
MÖD 2011:25	<i>Föreläggande om efterbehandling</i>	s. 352
NJA 2012 s. 921	<i>Vindkraftsanläggning till havs</i>	s. 356
Mål C-127/02	<i>Waddenzee</i>	s. 363
Mål C-263/08	<i>Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening</i>	s. 378
Mål C-451/13	<i>Weser</i>	s. 383

Den svenska miljörätten

Femte upplagan

GABRIEL MICHANEK
CHARLOTTA ZETTERBERG

 **iUSTUS**
FÖRLAG

KAPITEL 8

De allmänna hänsynsreglerna

8.1 Inledning

Måltregeln i miljöbalken, som behandlades i förra kapitlet, står inte på egna ben. Huvudmålet, att främja en ”hållbar utveckling”, liksom de olika delmålen måste rättsligt genomföras i samband med att andra bestämmelser i balken tillämpas. Här har de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken en central roll.¹ Dessa anger nämligen de grundläggande materiella *miljökraven*; de talar om vad som krävs i sak för att skydda miljön (i vid mening). I princip gäller hänsynsreglerna för allt slags verksamhet och för de flesta slags enstaka åtgärder som har eller kan ha reell betydelse för människors hälsa och miljön. Adressat för kraven är normalt var och en.

2 kap. miljöbalken kan i korthet sammanfattas så här:

Verksamheter och många åtgärder omfattas

Hänsynsreglerna gäller för verksamheter och för sådana enstaka åtgärder som inte är av försumbar betydelse i det enskilda fallet (1 § andra stycket).

Bevisskyldigheten

Det är i de flesta situationer den som ansvarar för en åtgärd eller verksamhet som måste visa att hänsynsreglernas krav är uppfyllda (1 § första stycket).

Kraven på förebyggande försiktighetsmått

- Att ha nödvändig kunskap om hur man vid verksamheten kan motverka skada och olägenheter för hälsa och miljö (kunskapskravet, 2 §).
- Att vidta försiktighetsmått av olika slag i syfte att motverka skada och olägenhet för hälsa och miljö och, när det gäller yrkesmässig verksamhet, att i detta syfte använda ”bästa möjliga teknik”, krav som gäller redan när det finns skäl att anta skada eller olägenhet (det generella kravet på försiktighetsmått, försiktighetsprincipen, 3 §).

¹ Jfr prop. 1997/98:45, del 2, s. 5.

- Att inte använda eller sälja kemiska eller biotekniska produkter (eller varor) när det finns alternativa produkter (varor) som är mindre farliga för hälsa och miljö (produktvalskravet, 4 §).
- Att hushålla med råvaror och energi, att utnyttja möjligheter att minska mängden avfall och skadliga ämnen i material och produkter och att minska negativa effekter av avfall samt att utnyttja möjligheter att återvinna avfall. Vidare ska i första hand förnybara energikällor användas (hushållnings- och kretsloppskraven, 5 §).
- Att välja den plats som är lämplig med hänsyn till att ändamålet skall kunna vinnas med minsta intrång och olägenhet för hälsa och miljö (lokaliseringskravet, 6 §).
- Försiktighetsmåten enligt 2–6 §§ ska vidtas såvida kraven sammantaget inte är ”orimliga” (skälighetsregeln, 7 §).²

Det reparativa miljökravet

Den som har orsakat skada eller olägenhet för miljön är i princip skyldig att avhjälpa problemen. Det kan ibland bli fråga om att i stället ersätta kostnader för avhjälpan det om detta utförs av annan (avhjälpanderregeln, 8 §).³

Slutavvägning

I allvarliga fall, och under vissa andra förutsättningar, får verksamheter inte bedrivas eller åtgärder vidtas, även om försiktighetsmått har vidtagits. I sista hand kan regeringen ge dispens, dock inte om det allmänna hälsotillståndet kan försämrats (stoppregeln och dispensregeln, 9–10 §§).

8.2 Verksamheter och åtgärder

Tillämpningsområdet för hela miljöbalken är inte uttryckligt reglerat. Målbalken i 1 kap. 1 § (främst andra stycket) visar vilka som är skyddsintressena, men regeln har ingen klar gräns för vilka företag som faller inom respektive utavdelningen för balken. När det gäller de allmänna hänsynsreglerna är rättskällorna tydligare, även om tillämpningsområdet för dessa bestämmelser i några avseenden är oklart. De allmänna hänsynsreglerna omfattar dels ”verksamheter” och dels ”åtgärder” som på något sätt inverkar på de intressen som anges i målbalken.

² Rättsläget skärps om en miljökvälighetsnorm kan åsidosättas, nedan avsnitt 8.5.7.

³ 10 kap. MB reglerar efterbehandling av förorenade områden, men även det reparativa ansvaret för vissa andra miljöskador.

Balken saknar legaldefinitioner av begreppen ”åtgärd” och ”verksamhet”. Av förarbetena kan man dock utläsa att en åtgärd, till skillnad från en verksamhet, är av ”momentan art”.⁴ Man bör alltså se verksamhet som något som har en varaktighet, antingen den pågår kontinuerligt eller är av återkommande natur. Näringsverksamhet är av detta slag, men även annan, icke yrkesmässig verksamhet omfattas av reglerna. Såväl nya som befintliga och avslutade verksamheter omfattas.⁵ För avslutade verksamheter är dock ansvaret begränsat till skador och olägenheter för miljön. Skyldigheter med anledning av tidigare uppkomna personskador regleras inte av hänsynsreglerna.⁶

Balken använder begreppet ”verksamhet” även i andra kapitel. T.ex. gäller 9 kap. för ”miljöfarlig verksamhet”.⁷ Detta begrepp är snävare än begreppet ”verksamhet” i 2 kap., eftersom ”miljöfarlig verksamhet” förutsätter att mark, byggnader eller anläggningar används, men också med hänsyn till vilket slags miljöpåverkan som omfattas. Ett annat exempel är ”vattenverksamhet”, som också är snävare.⁸ Det är viktigt att skilja på de olika verksamhetsbegreppen. Å ena sidan gäller särskilda regler om t.ex. tillståndsprövning och avgifter för de specialreglerade verksamheterna. Specialkapiteln inrymmer också några specifika hänsynskrav. Å andra sidan har de allmänna hänsynsreglerna en övergripande funktion, ett slags skyddsnet. De omfattar förstås såväl ”miljöfarlig verksamhet” som ”vattenverksamhet”, men därutöver även sådana företeelser som inte rymms inom de snävare definitionerna i specialkapiteln.⁹ I detta sammanhang är det viktigt att tillsynsreglerna omfattar en kontroll av hur hänsynsreglerna som sådana efterlevs. Därmed träffas verksamheter och åtgärder oavsett om de är specialreglerade eller inte.

De allmänna hänsynsreglerna gäller som sagt även för enstaka åtgärder, dock inte alla. En åtgärd som är av ”försumbar betydelse i det enskilda fallet” omfattas inte.¹⁰ Enligt propositionen ska man här bedöma åtgärdens betydelse för balkens mål, med andra ord det övergripande ”hållbar utveckling”, delmålen i 1 kap. 1 § andra stycket och de anknyttande riksdagsbesluten om miljöpoli-

⁴ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 205.

⁵ A.a., s. 26.

⁶ A.a., s. 13.

⁷ 9 kap. 1 § MB.

⁸ ”Vattenverksamhet” definieras i 11 kap. 3 § MB.

⁹ Även den så kallade samrådsregeln i 12 kap. 6 § MB innehåller begreppen verksamhet och åtgärd. 2 kap. är vidare eftersom inte bara ingrepp i naturmiljön omfattas.

¹⁰ 2 kap. 1 § 2 st. MB. Ändringen infördes på inrådan av Lagrådet, som menade att det skulle vara orimligt att låta varje åtgärd som vidtas av en enskild omfattas av hänsynsreglerna, ”även om någon skulle anse den medföra en sådan olägenhet som avses i 1 kap. 1 § andra stycket”; prop. 1997/98:45, del 2, s. 456.

tiska mål.¹¹ Framför allt utesluts ”åtgärder som vidtas av enskilda där en korrekt miljökonsekvensanalys svårigen kan göras”.¹² Som exempel nämns val av bostad och semesterbostad. Det är dock inte den som vidtar åtgärden som är i fokus, utan det är åtgärdens effekt på människors hälsa eller miljö som avgör om den kan kvalificeras som försumbar eller inte.

Avgränsningen av begreppet åtgärd är inte oproblematisk. Dels inrymmer lagtexten oklarheter. Det är svårt att avgöra vad som ska anses som ”försumbart” i det enskilda fallet, liksom när återkommande åtgärder blir så många och inträder vid ett sådant intervall att man kan tala om en ”verksamhet” (och inte en åtgärd) i balkens mening. Dels blir de allmänna hänsynsreglerna inte helt ändamålsenliga instrument för att hantera den komplexitet som präglar miljöproblemen idag. Även om en åtgärd är försumbar i det enskilda fallet kan den tillsammans med de åtgärder som vidtas av andra vara mer eller mindre skadlig.¹³

Ett exempel som belyser problematiken är bilåkning. Om en person en dag tar bilen från hemmet till sommarstugan och får över känsliga markområden eller transporterar skadliga kemikalier, så är detta en åtgärd som omfattas av 2 kap. När det däremot gäller utsläpp av klimatpåverkande gaser från en viss bilfärd, är bidraget så litet i det stora hela att färdens förmodligen är en ”åtgärd av försumbar betydelse i det enskilda fallet” (kursiverat här). Det är knappast möjligt för den enskilde att göra en miljökonsekvensanalys av utsläppen från en sådan färd. Från miljöpolitisk synpunkt är dock problemet att det bilåkande kollektivet (alla enskilda färder) ger ett väsentligt bidrag till de totala utsläppen av klimatpåverkande gaser. I sådana situationer, när man behöver styra stora kollektiv, kan det vara mer ändamålsenligt att använda andra typer av instrument, såsom generella utsläppsgränser (t.ex. för bilavgaser) och ekonomiska styrmedel (skatter, bidrag m.m.).

En bilåkning som upprepas kan ibland vara en ”verksamhet” och den faller då under 2 kap. Pendling med bil mellan hemmet och jobbet är ett sådant exempel, trots att det då inte är fråga om näringsverksamhet.

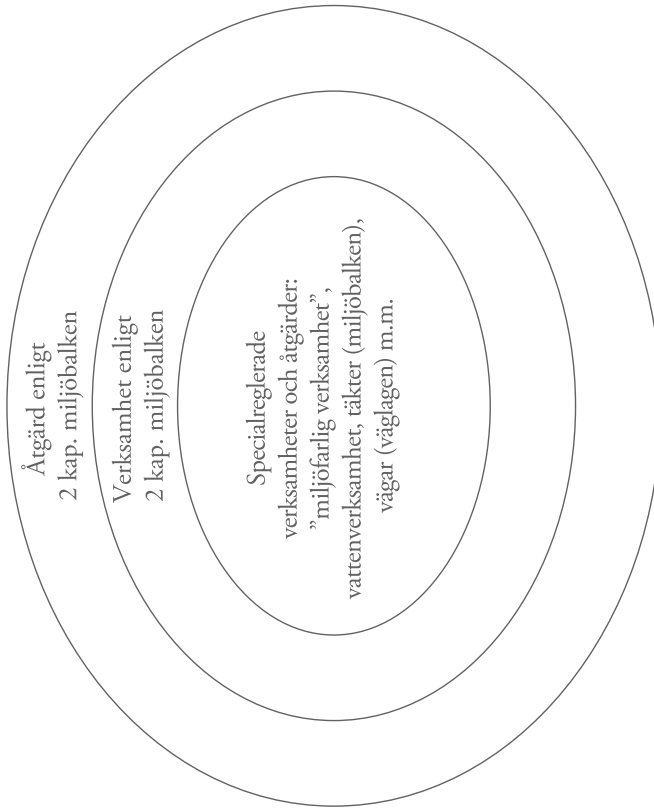
Tillämpningsområdet för de allmänna hänsynsreglerna är som sagt mycket vitt och kan illustreras med nedanstående figur:

¹¹ Jfr ovan avsnitt 7.1.

¹² Prop. 1997/98:45, del 1, s. 205 f. och prop. 1997/98:45, del 2, s. 13.

¹³ Problematiken tas upp i Michanek 2008.

Åtgärd som är av försumbar betydelse i det enskilda fallet



Skälet till att ringen för ”åtgärd enligt 2 kap. miljöbalken” har placerats ytterst är att ”åtgärd” omfattar fler företeelser än ”verksamhet”. Det är som sagt fråga om rent enstaka företeelser, medan det finns ett varaktighetskrav när det gäller ”verksamhet”. För att inte göra tillämpningsområdet för vitt har lagstiftaren begränsat åtgärdsbegreppet så att åtgärder som endast har försumbar betydelse i det enskilda fallet faller utanför.¹⁴ Figuren visar också att det existerar olika slag av specialreglerade verksamheter och åtgärder enligt dels vissa kapitel i balken (vattenverksamhet, ”miljöfarlig verksamhet”, hantering av kemiska produkter m.m.), dels viss lagstiftning vid sidan av balken (vägar, rörledningar

¹⁴ ”Verksamhet” är inte begränsad på detta sätt. Det kan finnas en serie av åtgärder som var för sig är försumbara, men som ändå omfattas av balken därför att de ingår i en verksamhet. I teorin (men kanske inte i praktiken) skulle man kunna tänka sig en situation där verksamheten som helhet har en försumbar betydelse med hänsyn till balkens mål. Det är dock svårt att tänka sig att några krav i ett sådant fall skulle kunna ställas mot bakgrund av hänsynsreglerna, med hänsyn till den skälighetsavvägning som ska ske enligt 2 kap. 7 § MB.

m.m.), med mer avgränsade tillämpningsområden. Dessa överlappar delvis sinsemellan. T.ex. är anläggande av en fiskodling såväl vattenverksamhet som ”miljöfarlig verksamhet”.

8.3 Hänsynsreglernas genomslag

Även om hänsynsreglernas adressater i första hand är var och en, skulle kraven i praktiken vara tämligen tandlösa utan kompletterande regler för att genomföra hänsynskraven. Såväl balken som viss annan lagstiftning, som uttryckligen anknyttits till balkens hänsynsregler, har sådana genomföranderegler. Viktigast i praktiken är reglerna om prövning av tillåtlighet, tillstånd, godkännande och dispens, tillsyn samt sanktioner straff och miljöstraffsavgift. Principiellt viktiga är även de regler som ger enskilda rätt att föra talan om försiktighetsmått och förbud i domstol. Dessa instrument för genomförande av hänsynsreglerna ska nu förklaras närmare.

Regeringen prövar verksamheter enligt 17 kap. miljöbalken. Det är en övergripande så kallad *tillåtighetsprövning* av stora industrier och likartade anläggningar som innebär att värdefulla naturresurser tas i anspråk eller att riskerna för hälsa och miljö är särskilt stora, samtidigt som även andra viktiga samhällsintressen (sysselsättning, utveckling av näringsliv m.m.) typiskt sett berörs.¹⁵ Prövningen har ett politiskt inslag genom att det är regeringen som gör intresseavvägningen, i stället för den ordinarie prövningsmyndigheten (som i de flesta fall skulle vara mark- och miljödomstolen). Regeringen är dock bunden av hänsynsreglerna på samma sätt som andra prövningsmyndigheter.¹⁶

Tillståndsprövning (t.ex. av mark- och miljödomstolen eller länsstyrelsen) är, liksom regeringens tillåtighetsprövning, en förprövning av en verksamhet eller åtgärd, som alltså inte får påbörjas eller ändras utan tillståndet. Prövningsmyndigheten ska pröva om verksamheten eller åtgärden uppfyller hänsynsreglerna och i så fall bestämma vilka villkor som ska gälla. Tillståndsprövad verksamhet kan *omprövas* under vissa förutsättningar och även då tillämpas hänsynsreglerna. Begreppet *godkännande* används i miljöbalken och i föreskrifter som utfärdats med stöd av balken bl.a. i fråga om vissa arbeten vid vattenverksamhet och vid förprövning av nya bekämpningsmedel. Proceduren vid en *godkännande*

¹⁵ Se närmare 17 kap. MB. Regeringens tillåtighetsprövning avser normalt platsvalet och om verksamheten som helhet kan accepteras. Beslutet följs av en tillståndsprövning av en mark- och miljödomstol eller en myndighet. Då fastställs de närmare villkoren för verksamheten.

¹⁶ Enskilda som berörs av beslutet har rätt att begära rättsprövning av regeringens beslut i Högsta förvaltningsdomstolen, nedan avsnitt 20.1.

prövning påminner om tillståndsprövning men är enklare.¹⁷ Även här tillämpas hänsynsreglerna.

En *dispensprövning* handlar om att ett undantag görs från ett förbud eller restriktion, som alltså är huvudregeln. Viktiga exempel är dispens från förbudet att bygga inom strandskyddat område och dispens från förbudet att skada miljö inom ett biotopskyddat område. En dispensprövning är normalt mer restriktiv jämfört med en tillståndsprövning, detta på grund av undantagskaraktern. En annan skillnad mot tillstånd är att ett dispensbesluts rättsverkan begränsas till en specifik fråga (rättsverkan av ett tillstånd är vidare). T.ex. måste den som fått dispens från strandskyddet ändå följa hänsynsreglerna när åtgärden ska vidtas.¹⁸

För somliga typer av verksamheter, bl.a. viss ”miljöfarlig verksamhet” och viss vattenverksamhet, krävs i stället *anmälan*, som är ett lindrigare krav. I detta fall får utövaren en viss tid efter anmälan starta verksamheten, även om myndigheten inte uttryckligen har accepterat den. Ett anmälningsförfarande ger alltså tillsynsmyndigheten tidig information och en möjlighet att reagera innan något påbörjas, främst om hänsynsreglerna inte efterlevs. Eftersom en anmälan inte medför någon rättsverkan i form av trygghet för utövaren, kan tillsynsmyndigheten även ingripa i efterhand, när som helst, för att genomdriva hänsynsreglerna.

Tillsyn är ett mycket vitt begrepp, som innefattar kontroll med olika medel och av olika myndigheter. Här avses endast den operativa tillsynen, som riktar sig direkt mot verksamheter och åtgärder i syfte att kontrollera efterlevnaden av miljöbalkens krav, inte minst de allmänna hänsynsreglerna. Ytterst är det då fråga om att använda tvångsmedel av olika slag.¹⁹ Viktigt i detta sammanhang är att tillsynsmyndigheterna får ge förelägganden med krav på försiktighetsmått och förbud för att genomdriva hänsynsreglerna i ett enskilt fall.²⁰

Straff och miljöstraffsavgift är sanktioner som med ett undantag (miljöfarlig kemikaliehantering) inte är direkt relaterade till överträdelse av hänsynsreglerna, vilka alltså inte ska läggas till grund för ett åtal. Lagstiftaren ansåg att hänsynsreglerna var för oprecisa för att något sådant skulle kunna vara möjligt.²¹ Däremot finns det en indirekt koppling till hänsynsreglerna genom att

¹⁷ Se t.ex. 11 kap. 16 § MB och förordningen (2014:425) om bekämpningsmedel. Om prövning av bekämpningsmedel, se avsnitt 17.3.4.

¹⁸ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 272.

¹⁹ I tillsynsuppgiften ingår också ”mjukare” tillvägagångssätt, såsom rådgivning.

²⁰ Andra tvångsåtgärder är t.ex. inspektioner, se närmare 26 kap. MB.

²¹ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 524.

brott mot villkor i tillstånd m.m. är sanktionerade. Villkoren har som sagt utformats genom tillämpning av hänsynsreglerna.

Under vissa förutsättningar aktualiseras möjlighet till *civilrättslig talan i domstol om försiktighetsmått och förbud*. Det kan t.ex. vara en granne vars hälsa eller egendom riskerar att skadas av antingen en ”miljöfarlig verksamhet” (t.ex. en verksamhet som förorenar) eller en ”vattenverksamhet” (t.ex. en vattenreglering som påverkar fisket). Talan kan grundas på uppfattningen att hänsynsreglernas krav inte följs. Möjligheten till en civilrättslig talan är principiellt viktig, främst om tillsynsmyndigheter är passiva. Dock kan sådan civilrättslig talan inte föras mot ”miljöfarlig verksamhet” med tillstånd. Detta är i praktiken en mycket väsentlig begränsning av instrumentets räckvidd, eftersom de typiskt sett mest miljöpåverkande verksamheterna är tillståndspliktiga.²²

Hänsynsreglerna gäller som sagt direkt mot var och en, som därmed kan drabbas av mer eller mindre långtgående krav. Den enskilde har inte generellt rätt till ersättning från det allmänna i sådana fall. Tvärtom ska den enskilde stå för kostnaden som följer av kraven enligt 2 kap., förutsatt att kraven inte är orimliga enligt 2 kap. 7 §. När det gäller en verksamhet som riskerar att förorena omgivningen följer detta av principen ”förorenaren betalar”.²³ Det finns inte någon regel om kompensation som kopplats direkt till de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap.²⁴

8.4 Hänsynsreglerna och bevisskyldigheten

Adressaterna för hänsynsreglerna i andra kapitlet är i de flesta fall ”*skyldiga att visa att de förpliktelser som följer av detta kapitel iakttas*” (kursiverat här).²⁵ *Bevisbördan* vilar alltså på den som ansvarar för åtgärden eller verksamheten. Ett viktigt exempel i praktiken är när någon söker tillstånd. Det är sökanden som förlorar på att miljökonsekvenserna inte är tillräckligt utredda. Om nämligen en myndighet inte är övertygad om att verksamheten kan bedrivas eller åtgärden utföras på ett miljöomvärdigt godtagbart sätt i förhållande till hänsynsreglerna, så kan tillstånd inte meddelas. Det kan också bli så att tillstånd meddelas, men att kraven på försiktighetsmått ställs högt och blir mycket kostsamma, eftersom sökanden inte kunnat visa att lägre krav räcker från miljösynpunkt.

²² 32 kap. 12 §.

²³ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 213.

²⁴ Se vidare nedan avsnitt 22.2.1.

²⁵ 2 kap. 1 § MB. Frågor om bevisbördan och bevisskyldigheten behandlas ingående i Lindblom 2002, kap. 12.

Att bevisbördan vilar på utövaren säger inget om hur högt *beviskravet* är, med andra ord hur stark bevisningen måste vara. Beviskravet kan antas variera med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, främst miljöriskerna. Här bör man anlägga ett rimlighetstänkande. Det måste t.ex. ställas ett högt beviskrav på den som vill anlägga en ny stor avfallsdeponi, att visa vilken av olika alternativa platser som är bäst från miljösynpunkt (jfr 2 kap. 6 §). Där emot ska inte långtgående utredningar krävas från en privatperson som vill vidta en enstaka åtgärd med relativt liten miljöpåverkan.²⁶

I det enskilda fallet får 2 kap. 7 § stor betydelse. Denna regel avgör om kraven på försiktighetsmått ska sänkas i förhållande till 2 kap. 2–6 §§. Kraven gäller om inte utövaren kan visa att de är ”orimliga”, en mycket stark formulering som infördes i och med miljöbalken.²⁷ Beviskravet är alltså högt, men även här bör kravet variera från fall till fall, beroende på risker m.m.

Bevisbörderegeln i 2 kap. 1 § gäller vid prövning av tillåtlighet, tillstånd (t.ex. till ”miljöfarlig verksamhet” och vattenverksamhet), godkännande (till bekämpningsmedel) och dispens (t.ex. från förbuden vid strandskydd). Den gäller även vid omprövning av tillstånd enligt 24 kap.²⁸ Också i ett fall där en tillsynsmyndighet (t.ex. en kommunal miljönämnd) ingriper är det utövaren som måste visa att kraven i 2 kap. efterlevs.

I ett rättsfall ansågs en kommunal miljö- och samhällsbyggnadsnämnd ha rätt att ingripa mot brister i en avloppsanläggning eftersom verksamhetsutövarna ”inte visat att de vidtagit sådana åtgärder eller försiktighetsmått som det är rimligt att kräva för att motverka skada eller olägenhet av avloppsvattnet”.²⁹

Bevisbördan vilar även på den som inte längre bedriver en verksamhet i fall där denna kan antas ha orsakat skada eller olägenhet för miljön (däremot inte personskada), situationer som främst regleras i 10 kap. miljöbalken. Däremot ligger inte bevisbördan på utövaren vid prövning av straffrättsligt ansvar eller skadestånd enligt miljöbalken. Tvärtom är det åklagaren som måste visa att en gärning är straffbar mot bakgrund av specifika förutsättningar som regleras i respektive straffregel. Likaså är det den som påstår sig ha lidit skada som ska visa att de specifika förutsättningarna för miljöskadestånd är uppfyllda. I praktiken är det ofta svårt att klara dessa beviskrav.

²⁶ Jfr prop. 1997/98:45, del 1, s. 210.

²⁷ A.a., s. 210 och bet. 1997/98:JoU20, s. 39, se vidare nedan avsnitt 8.5.7.

²⁸ Se vidare avsnitt 19.5.

²⁹ MÖD 2004-11-22 i mål M 5263-04.

Bevisbördan ligger inte heller på verksamhetsutövaren när det handlar om att avgöra vad som behövs för att följa en miljö kvalitetsnorm, trots att denna fråga ibland kommer upp vid tillämpningen av allmänna hänsynsreglerna i enskilda fall (2 kap. 7 §, andra stycket). Det är nämligen myndigheter som är adressat för de särskilda kraven kopplade till miljö kvalitetsnormer.³⁰

En särskild fråga är om ”prövning av tillåtlighet” i bevisbörderegeln även innefattar en civilrättslig talan om förbud eller försiktighetsmåt enligt 32 kap. 12 § miljöbalken. Vi återkommer till denna fråga.³¹

8.5 Försiktighetsmått

8.5.1 Några viktiga utgångspunkter

Syftet med hänsynskraven i 2–6 §§ är att miljö störningar helst ska undvikas och, om det inte är möjligt, så långt möjligt dämpas. Dessa regler innebär alltså aldrig formellt sett ett totalförbud för verksamheter eller åtgärder. En annan sak är att kraven i praktiken kan innebära så höga kostnader för utövaren att denne inte kan bedriva verksamheten.

Kraven i 2–6 §§ är delvis överlappande, främst på det sättet att den övergripande hänsynsregeln i 3 § om ”försiktighetsmåt” innefattar alla de åtgärder som krävs enligt övriga regler, som alltså kan sägas precisera vad som utgör särskilt viktiga försiktighetsmått.

Även om syftet är att nå bästa möjliga resultat från miljö synpunkt, ska kraven fastställas efter att hänsyn tagits även till andra intressen och främst kostnaden för försiktighetsmått. Denna bedömning är ganska komplicerad, delvis beroende på oklarheter i reglerna.³² Såväl 3 § som 7 § aktualiseras.

8.5.2 Kunskapskravet (2 §)

”Alla som bedriver eller avser att bedriva en verksamhet eller vidta en åtgärd skall skaffa sig den kunskap som behövs med hänsyn till verksamhetens eller åtgärdens art och omfattning för att skydda människors hälsa och miljö n mot skada eller olägenhet.”

Kunskapskravet gäller för alla, men det varierar. Avgörande för vilken ”kunskap som behövs” i det enskilda fallet är ”alltid den eventuella effekten av en

³⁰ Prop. 2009/10:184, s. 73. Kraven regleras i 5 kap. 4 och 5 §§, se vidare avsnitt 10.3.3.

³¹ Nedan avsnitt 23.4.

³² Nedan avsnitt 8.5.7.

verksamhet eller åtgärd.³³ Typiskt sett ställs relativt låga kunskapskrav i samband med privatpersoners åtgärder i det dagliga livet. Ett sådant krav kan t.ex. vara att ta del av information på innehållsförteckningar till kemiska produkter. Betydligt mer måste begäras av dem som driver industrier eller annan näringsverksamhet. Det kan då bli fråga om att kontinuerligt utbilda personal, att ha ett program för att följa med relevant forskning och teknikutveckling (även utanför landet), att vidta egna utredningar, mätningar m.m. Den typen av krav kan ställas i samband med tillståndsprövning och regleras i tillståndsvillkor. Kunskapskrav kan även ställas i samband med tillsyn, t.ex. ett föreläggande om att en affärsinnehavare har personal med viss kompetens.³⁴

Kunskap behöver tas fram innan verksamheten påbörjas eller åtgärden vidtas.³⁵ Vikten av att ”tänka efter före” kan ses som ett utflöde av försiktighetsprincipen (jfr 3 § andra stycket). Kravet på kunskap är också dynamiskt under tiden tid som en verksamhet pågår och en verksamhetsutövare kan tvingas att inhämta uppgifter efter hand.³⁶ Krav på uppdatering av kunskap kan även preciseras i tillståndsvillkor.

Kunskapskravet i 2 kap. är grunden för andra regler i balken om uppgiftsskyldighet, utredningsskyldighet m.m.³⁷ Det har även samband med vad som krävs enligt andra hänsynsregler, såsom reningsteknik enligt 3 § eller energihushållning enligt 5 §. Ett exempel från praxis är det krav som ställts i flera av Miljöoverdomstolens domar på att verksamhetsutövaren ska skaffa sig kunskap om riskerna med de kemikalier som används i produktionen i syfte att efter hand ersätta farliga kemikalier med mindre farliga (produktvalsregeln i 4 §). Högsta domstolen har dock inte accepterat dessa krav av hänsyn till rättssäkerheten, det återkommer vi till.³⁸

Kunskapskravet kan tillsammans med bevisregeln i 1 § leda till att en verksamhet inte får bedrivas.³⁹

³³ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 211.

³⁴ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 13 f. Vid tillämpning av balken i myndighetsutövning får mycket omfattande krav ställas på kunskap om besluts hälso- och miljö konsekvenser.

³⁵ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 14.

³⁶ NJA 2006 s. 310. I 26 kap. 19 § krävs generellt att verksamhetsutövare fortlöpande planerar och kontrollerar verksamheten för att motverka påverkan på hälsa och miljö. Kraven på kontrollprogram och på att lämna årlig miljö rapport till tillsynsmyndigheten avspeglar också kunskapskravets kontinuitet.

³⁷ Se t.ex. 6 kap. om miljöbedömningar, 14 kap. om produktinformation och uppgiftsskyldighet i samband med tillverkning och hantering av kemikalier samt 26 kap. om egenkontroll.

³⁸ Nedan avsnitt 19.5.

³⁹ Se t.ex. MÖD 2016-06-27 i mål M 11184-15.

8.5.3 Det generella kravet på försiktighetsmått (3 §)

”Alla som bedriver eller avser att bedriva en verksamhet eller vidta en åtgärd skall utföra de skyddsåtgärder, iakta de begränsningar och vidta de försiktighetsmått i övrigt som behövs för att förebygga, hindra eller motverka att verksamheten eller åtgärden medför skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön. I samma syfte skall vid yrkesmässig verksamhet användas bästa möjliga teknik.

Dessa försiktighetsmått skall vidtas så snart det finns skäl att anta att en verksamhet eller åtgärd kan medföra skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön.”

Allmänna utgångspunkter

3 § är den övergripande regeln om preventiva försiktighetsmått och tillämpningsområdet är mycket vitt. Man ska utföra ”skyddsåtgärder” som kan vara av mycket olika slag, iakta ”begränsningar” (såsom av produktionen i stort eller vid speciell väderlek, vid vissa tider m.m. eller av anläggningens storlek⁴⁰). Därutöver ska man vidta ”försiktighetsmått i övrigt”. Genom detta uttryck omfattar regeln alla de hänsynskrav som regleras i 2–6 §§ – kraven på kunskap, hushållning, produktval m.m. – och dessa ska i förhållande till 3 § närmast ses som preciseringar av vilka försiktighetsmått som är särskilt viktiga att vidta. Regeln träffar inte bara fasta källor, utan även rörliga (t.ex. fordon).⁴¹

Den bärande tanken bakom en mycket vid regel om försiktighetsmått är att nå individuell kostnadseffektivitet. Genom att öppna för olika alternativ skapas ett rättsläge där utövaren ska välja det försiktighetsmått, eller snarare den kombination av försiktighetsmått, som i *det enskilda fallet* ger det bästa skyddet för hälsa och miljö inom en rimlig kostnadsram (vi återkommer till den).⁴²

Ett exempel på en bedömning enligt 2 kap. 3 § miljöbalken är prövningen av buller från vindkraftverk. Här ser man tydligt att prövningen är individuell med hänsyn till typen av källa, störning och omgivning. Miljööverdomstolen konstaterade i ett mål att det inte fanns några allmänna riktlinjer för vindkraftverk, såsom Naturvårdsverkets riktlinjer för industribuller. Det fanns däremot indikationer på att vindkraftsbuller uppfattas som mer störande än annat buller genom vissa genomträngande sälljud, bl.a. vissa ”svischljud”. Även det faktum att vindkraftverk ofta uppförs i en för övrigt ostörd omgivning kan vara en förklaring. Naturvårdsverket

⁴⁰ I MÖD 2008-11-19 i mål M 2210-08 begränsades antalet vindkraftverk som fick uppföras inom ett område.

⁴¹ Prop. 1978/79:45, del 1, s. 216 och del 2, s. 16.

⁴² Se avsnitt 8.2.

och andra remissmyndigheter ansåg att det skulle vara strängare bullervärden än för industrier. Miljööverdomstolen instämde och meddelade strängare värden.⁴³

3 § gäller vid ”skada eller olägenhet för människors hälsa”, oavsett om det är fråga om en fysisk eller psykisk inverkan. Utöver ”skada” omfattas alltså sådant som ibland kan vara mindre påtagligt, nämligen ”olägenhet”. I propositionen sägs att detta är en ”störning som enligt en medicinsk eller hygienisk bedömning kan påverka hälsan menligt och som inte är ringa eller tillfällig”.⁴⁴ Också sådana störningar som påverkar välbefinnandet och inte är ringa omfattas, såsom buller;⁴⁵ lukt och termiskt inomhusklimat. Bedömningarna av vad som är störning och olägenhet ska utgå från upplevelsen hos människor i allmänhet och inte baseras på en enskild persons reaktion i det enskilda fallet. Hänsyn får dock tas till personer som är något känsligare än normalt, t.ex. allergiker.

Uttrycket ”skada eller olägenhet för ... miljö” innebär att man ska vidta olika åtgärder för att nå miljöbalkens olika miljömål i 1 kap. 1 §.⁴⁶ Det kan exempelvis handla om att motverka förorening av mark, vatten och luft. Även fysiska ingrepp, t.ex. bortenträning och skogsavverkning, som kan skada biologisk mångfald och andra naturvärden omfattas,⁴⁷ liksom olika åtgärder för att hushålla med naturresurser, material och energi.

Här ges några konkreta exempel på försiktighetsmått som ryms under 3 § (ibland är även andra hänsynsregler parallellt tillämpliga).⁴⁸

- val av reningsutrustning, t.ex. filter, liksom fortlöpande kontroll och skötsel av denna,
- åtgärder för att dämpa buller, t.ex. genom vallar eller isolering,
- val av råvaror, kemikalier, bränsle eller annan energikälla vid industriell produktion (jfr 4 och 5 §§),
- val av mekanisk åtgärd (t.ex. slipning) som alternativ till användning av kemikalier

⁴³ MÖD 2003:106.

⁴⁴ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 15.

⁴⁵ När det gäller buller har dock möjligheten att tillämpa 2 kap. 3 § begränsats 16 kap. 2 b § och 24 kap. 5 a §.

⁴⁶ Även åtgärder för att uppfylla riksdagens miljövalrietsmål omfattas (jfr ovan avsnitt 7.1). Se t.ex. MÖD 2006:53 (målet ”Ingen övergödning”) och MÖD 2004:35 (målet ”Giftfri miljö”).

⁴⁷ Ett exempel som nämns i propositionen är en åtgärd som utförs utanför ett naturreservat eller annat särskilt skyddat område (och därmed inte formellt omfattas av skyddsföreskrifterna för detta). Då ska det skyddade områdets syfte inte motverkas; prop. 1997/98:45, del 2, s. 15.

⁴⁸ De flesta av dessa tas upp i prop. 1997/98:45, del 2, s. 15–18 och prop. 1997/98:45, del 1, s. 215.

- hushållning med energi, råvaror m.m., t.ex. i en industriell process (jfr 5 §),
- återvinning och återanvändning (jfr 5 §),
- behandling av avfallslag med hänsyn till dess särskilda egenskaper (jfr 5 §),
- hantering av kemikalier, t.ex. förpackning, lagring på hårdgjord yta, ventilation och information om ämnets hälso- och miljörisiker,
- åtgärder för att förhindra att vattennivån överstiger eller understiger viss nivå vid uttag eller annan vattenverksamhet,⁴⁹
- säkerhetsåtgärder och faunapassager vid dammar,
- lokalisering av diken med hänsyn till naturmiljön (jfr 6 §),
- buffertzoner mot bebyggelse (t.ex. vid räkt) eller örnbö (t.ex. vid vindkraftverk),
- restriktioner för hur gödsel får spridas eller lagras,
- begränsning av ytan för skogsavverkning så att skada på livsmiljöer undviks,
- placering av kontroller vid orienteringstävling på sådana platser att risken för skada på naturvärden i området minimeras.

Försiktighetsprincipen (3 § andra stycket)

Försiktighetsprincipen innebär att kraven på försiktighetsmått gäller redan vid osäkerhet om huruvida skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön kan uppkomma.⁵⁰ Några säkra samband mellan verksamheten (eller åtgärden) och en miljöeffekt behöver alltså inte fastställas. I uttrycket ”skäl att anta” ligger att krav inte kan grundas på helt lösa påståenden om risker utan måste fastställas på goda vetenskapliga grunder.⁵¹

Anta att en verksamhetsutövare söker tillstånd till en industri med utsläpp av lösningsmedelsrester, som enligt vetenskapliga undersökningar anses kunna påverka människors nervsystem. Anta också att det existerar en dyr teknik som kraftigt skulle reducera föroreningen. Företaget invänder att det inte kan klargöras hur utsläppen skulle kunna skada människors hälsa i just detta fall. Även om invändningen i och för sig kan vara riktig, så är den ändå otillräcklig för att slippa kravet.⁵²

⁴⁹ Se t.ex. MÖD 2016-06-27 i mål M 11184-15.

⁵⁰ Försiktighetsprincipen är en internationellt erkänd princip som kommer till uttryck i ett flertal internationella konventioner. Se vidare om försiktighetsprincipen i prop. 1997/98:45, del 1, s. 209 f. och ovan avsnitt 3.4.

⁵¹ Jfr mål T-13/99 *Pfizer Animal Health*, p. 146.

⁵² Här bortses från att kravet kan vara orimligt på grund av kostnaderna, enligt 3 och 7 §§.

Försiktighetsprincipen är kopplad till samtliga miljömål i balken, inte bara till risker med kemiska ämnen utan även t.ex. om det finns risk för att naturvärden kan skadas vid skogsavverkning eller andra fysiska ingrepp i terrestra eller akvatiska naturmiljöer, eller vid bedömning av frågor som rör hushållning med naturresurser och energi.⁵³

Ändamålet med verksamheten eller åtgärden

En viktig fråga är om det vida begreppet ”försiktighetsmått i övrigt” även betyder att en utövare kan tvingas göra något annat än det som är ändamålet med en verksamhet eller åtgärd. Enligt miljöskyddslagen och lagen om kemiska produkter (som båda gällde tidigare) var detta inte möjligt. Det är inte troligt att rättsläget har ändrats enligt miljöbalken.

Exempel: En industri ska tillverka båtar med viss färg. Färghanteringen medför skadliga utsläpp och avfallsproblem. Just denna färg måste dock användas om båtskrovet ska få den lyster som verksamhetsutövaren vill ha.

I exemplet kan inte krävas att verksamhetsutövaren använder en annan färg, eftersom produkten då skulle bli en annan. Däremot är det möjligt att kraven på t.ex. rening av utsläppen blir mer långtgående och kostsamma än om en annan färg hade valts. Indirekt kan alltså merkostnader leda till att utövare väljer att producera en alternativ produkt (t.ex. ett båtskrov med annan lyster).

Vidare är det nödvändigt att skilja mellan vad som är ändamålet och på vilka sätt man kan nå det. Ett exempel är energiproduktion. Ett företag som vill anlägga ett kolkraftverk kan inte med framgång hävda att just kolkraft är ändamålet. Ändamålet är i stället att producera energi och det kan ske på många sätt, t.ex. genom att elda med biomassa.

Det är som sagt inte troligt att man vid tillämpningen av miljöbalken ska se ändamålet med verksamheten eller åtgärden på annat sätt än tidigare. Bl.a. sägs i propositionen när det gäller kretsloppsprincipen i 5 § att en tillståndsmyndighet inte ska göra någon självständig bedömning av huruvida en producerad vara bör få föras ut på marknaden eller inte.⁵⁴ Även vid tillämpning av den så kallade produktvalsregeln förutsätts, för krav på att en skadlig produkt ska undvikas, att ändamålet ändå kan nås med en alternativ, mindre skadlig produkt.⁵⁵

⁵³ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 210.

⁵⁴ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 223.

⁵⁵ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 22.

Sammanhängande verksamheter och åtgärder

En närliggande fråga är om man kan ställa krav på en viss verksamhet eller produkt som rör effekter i senare led. Detta synsätt fanns tidigare enligt lagen om kemiska produkter, där t.ex. en tillverkare kunde träffas av krav som rörde produktens egenskaper i senare hanteringsled, t.ex. vid transport, försäljning, användning och destruktion.⁵⁶

På samma sätt kan man tänka sig att krav skulle få omfatta t.ex. hantering av avfall som sker i senare led och i annan verksamhet än den som provas.⁵⁷ Man skulle också kunna anlägga samma synsätt när det gäller tidigare led, t.ex. transporter till en anläggning som provas, och detta även om transporterna utförs av annan. I det senare fallet tillkommer komplikationen att kraven indirekt berör någon som inte ansvarar för den verksamhet som provas. Den rättsliga konstruktionen skulle då kunna vara att den vars verksamhet provas ska visa att det finns ett avtal med den som ska hantera avfallet respektive utföra transporterna och att avtalet tillgodoser miljökraven (alternativt att ett tillståndsvillkor eller ett föreläggande kräver att avtal med sådan innebörd ingås). Argumentet för en sådan lösning är att man för att främja en hållbar utveckling enligt 1 kap. 1 § miljöbalken inte kan anlägga ett snävt individuellt bedömningsätt utan måste se till samlade effekter av sammanhängande verksamheter.

I Koncessionsnämndens praxis enligt miljöskyddslagen krävdes i några fall att utövare som hanterade avfall från andra verksamheter, t.ex. kraftvärmeverk som tog emot avfall från olika kommuner, skulle ”verka för” att avfallet insamlades och sorterades på lämpligt sätt. Det var alltså svagt styrande villkor.⁵⁸

I en tillståndsprövning enligt miljöskyddslagen av Hallsta pappersbruk i Norrälje kommun (Holmen Paper) hade länsstyrelsen yrkat att ett villkor skulle fastställas om återföring av vedaska till skogsmark för att motverka förorening. Miljödomstolen avslog yrkandet och länsstyrelsen överklagade. Miljööverdomstolen delade länsstyrelsens uppfattning att återföring av vedaska var angeläget, men ansåg inte att kravet kunde ställas ensidigt på Holmen Paper. Även skogsägarna hade ett betydande ansvar. Däremot menade domstolen att *föresättningarna* för återföring, således frågor om askans renhet och hållbarhet, måste anses ligga på Holmen Paper, som ålades att under en provotid belysa möjligheterna att åstadkomma en aska vars kemiska och fysikaliska egenskaper gör den lämplig för spridning i skogsmark. I

⁵⁶ Jfr Michanek i Miljörättslig tidskrift 1993:2, s. 142. Se vidare om producentansvar i avsnitt 18.3.2.

⁵⁷ Olika typfall där tidigare och senare led berörs behandlas i Michanek 1990, avsnitt 4.3.7–4.3.8.

⁵⁸ Se t.ex. KN 54/82, 106/89, 104/89 och 176/89 och Michanek 1990, avsnitt 4.3.7.2.

villkoret föreskrevs även att försök med spridning med sådan aska skulle genomföras.⁵⁹

I detta sammanhang ska nämnas att det finns flera avgöranden enligt miljöbalken om så kallade ”externa transporter”. Det handlar då om stora industrier som genererar många transporter till och från en fast anläggning, t.ex. en fabrik för tillverkning av pappersmassa m.m. som tar emot en stor lastbil med skogsråvara var sjätte minut dygnet runt och som även har flera dagliga transporter ut från anläggningen med olika pappersprodukter. De betydande luftföroreningar och andra störningar som dessa vägtransporter kan medföra orsakar alltså indirekt av verksamheten vid fabriken. Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 2004 s. 421 i princip förklarat att 3 § är tillämplig på ”externa transporter, något som även finner stöd i förarbetena.”⁶⁰

Bakgrunden var en tillståndsprövning av Stora Ensos massa- och pappersbruk i Hyltebruk. Högsta domstolen menade att transporter inom ett industriområde ska ses som en del av den industriella verksamheten. Transporter till och från en industriell anläggning ansågs ha en anknytning till anläggningen, ”men knappast på ett sådant sätt att de normalt kan anses utgöra en del av själva verksamheten, t.ex. som i detta fall att tillverka massa och papper”. Sådana transporter kan i stället utgöra ”följdföretag” som ska beaktas vid prövningen. Föresättningarna för att ställa miljökrav på följdföretag är dock begränsade, något som var tydligt i målet. Vi återkommer till denna fråga.⁶¹

Bästa möjliga teknik

Ett särskilt krav gäller för *yrkesmässig* verksamhet, nämligen att använda ”bästa möjliga teknik”.⁶² Detta begrepp anknyter till EU:s industriutsläppsdirektiv.⁶³ Enligt propositionen är ”teknik” inte bara den använda teknologin (t.ex. en reningsanordning) utan även det sätt på vilket en anläggning utformas, uppförs, underhålls, drivs samt avvecklas och tas ur bruk. Därmed omfattas inte bara produktionsanordningar utan även metoder för produktion, såsom utbildning och arbetsledning.⁶⁴ Verksamheten ska alltså bedömas i sin hel-

⁵⁹ MÖD 2002-06-25 (DM 59) i mål M 5475-00. Kommenteras i Miljödomar 2002:1, s. 119.

⁶⁰ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 15 f.

⁶¹ Nedan avsnitt 19.3.4.

⁶² Ett krav på bästa möjliga teknik kan ställas även på icke-yrkesmässig verksamhet men då med stöd av 1 stycket och om det inte anses orimligt. Prop. 1997/98:45, del 2, s. 16.

⁶³ Se avsnitt 3.5.1. Direktivet kräver ”Best Available Technique” (BAT), således bästa tillgängliga teknik.

⁶⁴ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 217 och del 2, s. 17. Jfr artikel 3, 10 p. industriutsläppsdirektivet.

het och särskilt ska beaktas användning av avfallsnål teknik, användning av mindre farliga ämnen,⁶⁵ återanvändning och återvinning av föroreningar i utsläppen och andra resprodukter i verksamheten, hushållning med råvaror och energi och åtgärder för att motverka olyckor.⁶⁶

Genom denna vida utformning finns ytterligare en överlappning i hänsynsreglerna, nämligen mellan begreppen ”bästa möjliga teknik” och ”försikrighetsmått”. Denna överlappning gör att lagkonstruktionen inte är särskilt tydlig och pedagogisk. Vårre är att den skapar osäkerhet när det gäller bedömningen av vad kraven får kosta (vi återkommer till det).

I begreppet ”bästa möjliga teknik” ligger utgångspunkten för valet, nämligen den ”bästa” tekniken oavsett om den finns i Sverige eller i något annat land. Dock är det bara den ”möjliga” (se lagtexten) tekniken som kan beaktas. I propositionen står att ”tekniken ska vara ekonomiskt och tekniskt möjlig för branschen typiskt sett”.⁶⁷ Detta innebär att:

- tekniken ska vara *praktiskt möjlig* att använda, med andra ord tillgänglig på marknaden och inte bara förekomma på experimentstadiet.⁶⁸
- tekniken ska vara *ekonomiskt möjlig* att använda ”inom branschen typiskt sett”.⁶⁹ Man ska således göra en bedömning av vad ett typiskt företag i branschen kan klara ekonomiskt, en objektiv bedömning där man alltså utgår ”från branschförhållanden inte den aktuella verksamhetsutövarens betalningsförmåga”.⁷⁰ Det är ett konkurrensneutralt synsätt som för ett företag med relativt svag ekonomi kan innebära ett avgörande hinder mot att realisera planerna (i praktiken på grund av kostnaderna), medan ett onormalt framgångsrikt företag inte drabbas av extra höga krav, även om det skulle finnas ekonomiskt utrymme där.⁷¹

Bedömningen blir olika för nya respektive befintliga verksamheter. De befintliga kan få en övergångstid att införa t.ex. en ny teknisk utrustning.⁷²

⁶⁵ Jfr produktvalsregeln i 2 kap. 4 §.

⁶⁶ Se närmare, bilaga III i industriutsläppsdirektivet. Se även prop. 1997/98:45, del 1, s. 217 f.

⁶⁷ A.a., s. 216.

⁶⁸ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 17.

⁶⁹ Jfr a. st. och uttalandet att det vid utfärdande av generella föreskrifter (om t.ex. utsläppsgränser) ”läggs fast vad som normalt bör kunna krävas av en verksamhet av ett visst slag”, även detta är ett branschtypiskt betraktelsesätt vid fastställande av kravnivån. Se även MÖD 2000:6. Prop. 1997/98:45, del 1, s. 232.

⁷⁰ Jfr prop. 1997/98:45, del 2, s. 15 f. Samma synsätt fanns tidigare vid tillämpningen av 5 § miljöskyddslagen, som också är förebilden till 2 kap. 3 § MB.

⁷² A.a., del 2, s. 17.

Kravet på ”bästa möjliga teknik” är tillämpligt på såväl fasta som rörliga källor, t.ex. en fartygsfrakt. Men det riktas uttryckligen endast mot yrkesmässig verksamhet. Det är rättsligt oklart vilken nivå som är utgångspunkten för hänsynskrav mot icke-yrkesmässig verksamhet eller åtgärd. Även i dessa fall kan det ibland vara fråga om betydande störningar, t.ex. från skjutbanor. I positionen sägs att krav på bästa möjliga teknik ”kan komma ifråga” även mot verksamhet som inte är yrkesmässig, men det klargörs inte närmare vad som menas med detta.⁷³

Utöver individuella krav på bästa möjliga teknik kan verksamheter (främst större industriella anläggningar) omfattas av generella krav, så kallade BAT-slutsatser med olika krav på t.ex. utsläppsvärden, som utfärdats med stöd av industriutsläppsdirektivet.⁷⁴ Observera också att krav på bästa möjliga teknik som regel inte kan ställas på verksamheter som omfattas av lagen (2004:1199) om handel med utsläppsrätter, om kravet har samband med utsläpp av vissa växthusgaser.⁷⁵

8.5.4 Kravet att undvika mindre miljövänliga produkter och varor (4 §)

”Alla som bedriver eller avser att bedriva en verksamhet eller vidta en åtgärd skall undvika att använda eller sälja sådana kemiska produkter eller biotekniska produkter som kan befara 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.”

Den så kallade produktvalsregeln härrör från en motsvarande regel i den tidigare gällande lagen om kemiska produkter, där den kallades för utbytesregeln eller substitutionsprincipen.⁷⁶ Skälet till att regeln fokuserar på vissa slags produkter är att deras egenskaper typiskt sett medför risker för hälsa och miljö.⁷⁷

Regeln gäller alltså för kemiska produkter av olika slag och för biotekniska organismer (främst biologiska bekämpningsmedel). Därutöver gäller den för ”varor som innehåller eller har behandlats med en kemisk produkt eller bio-

⁷³ A.a., s. 16. Se även Westerlund i Miljörättslig tidskrift 1999:2-3, s. 421 f.

⁷⁴ Se vidare avsnitt 13.4.2 och industriutsläppsförordningen (2013:250).

⁷⁵ Se 16 kap. 2 § och 26 kap. 9 § MB och vidare i avsnitt 13.4.4.

⁷⁶ 5 § lagen om kemiska produkter. Principen har behandlats av bl.a. Nilsson 1997, Michanek i Miljörättslig tidskrift 1993:2 och Westerlund 1985.

⁷⁷ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 229.

teknisk organism”, exempelvis behållare som innehåller ett giftigt ämne.⁷⁸ Det är med andra ord en mycket stor mängd produkter och varor som omfattas. Eftersom det är ett försiktighetsmått som träffar såväl yrkesverksamhet som privatpersoners verksamheter och åtgärder, är regelns tillämpningsområde mycket vitt. Kravet gäller t.ex. vid val mellan olika gödselmedel, bekämpningsmedel, rengöringsmedel, färgtyper och bränslen. Nedan behandlas regeln för enkelhetens skull enbart med utgångspunkt från kemiska produkter, men rättsläget är detsamma för biotekniska organismer och för varor.

Räckvidden i produktvalsregeln har begränsats till två slags hanteringar, nämligen användning och försäljning.⁷⁹

En person som köper ett rengöringsmedel för bil träffas vid detta tillfälle inte av produktvalsregeln (försäljaren kan under vissa förutsättningar göra det), även om det finns alternativa medel som är mindre riskabla för miljön. Däremot gäller produktvalsregeln om köparen därefter ska tvätta bilen med medlet och det finns möjlighet att välja ett mindre skadligt medel som skulle ge samma resultat.

Olika kategorier av personer kan vara ”användare”. Bl.a. omfattas den som vid tillverkning använder kemiska produkter i industriella processer eller den som malar eller gödslar.⁸⁰ Det är sannolikt svårare att tillämpa regeln mot säljare än mot användare, trots att detta ofta kan vara lämpligare av såväl miljöskäl (man ingriper i ett tidigare led) som kostnadseffektiva skäl. En säljare kan informera om produkten. För att kravet ”undvika att ... sälja” produkten ska utlösas måste dock säljaren känna till eller åtminstone kunna förutse hur köparen närmare tänker använda produkten.

I propositionen ges produktvalsregeln en självständig roll i den meningen att produkten måste undvikas med hänsyn till *less* ”inneboende egenskaper” och alltså oavsett om det i ett enskilt fall skulle vara möjligt att vidta åtgärder för att begränsa eller hindra skada på hälsa och miljö.⁸¹ Fokus skulle således

⁷⁸ Definitionerna av produkt och vara behandlas nedan i avsnitt 17.3.3.

⁷⁹ Enligt 2 § lagen om kemiska produkter gällde den motsvarande substitutionsprincipen vid allt slags ”hantering”, nämligen tillverkning, bearbetning, behandling, förpackning, förvaring, transport, användning, omhändertagande, destruktion, konvertering, saluförande, överlåtelser och liknande förfaranden. Avgränsningen i boken förefaller motiveras med att det ändå bara skulle vara säljare och användare som regeln kan tillämpas på i praktiken. Det ansågs som orimligt att kräva av t.ex. en transportör att transportera en annan mindre riskabel produkt; prop. 1997/98:45, del 1, s. 227, bet. 1997/98:JoU20, s. 43.

⁸⁰ I Jordbruksutskottets betänkande sågs att också utvecklare och andra som ”styr” användningen av en kemisk produkt eller vara kan omfattas av principen, bet. 1997/98:JoU20, s. 43.

⁸¹ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 226.

ligga på jämförelsen mellan produkter som sådana. Först efter valet skulle man vidta andra slags försiktighetsmått som behövs för att förhindra eller begränsa riskerna vid hanteringen. En sådan fokusering på produkten kan förklaras av att produkten ofta är farlig även i senare hanteringsled. Som utgångspunkt är angreppssättet ändamålsenligt, men i det enskilda fallet bör bedömningen vara mer flexibel, för att maximera miljönyttan.⁸²

Exempel: Anta att det vid prövning av en verksamhet anses möjligt att i den industriella processen, med en relativt billig teknisk skyddsåtgärd (3 §), kraftigt reducera de skadliga verkningarna från en kemisk produkt A (även med beaktande av efterkommande hanteringsled). Om det i ett sådant fall i stället skulle krävas att utöva ren valjer en något mindre skadlig kemisk produkt B, som är avsevärt dyrare, så skulle kravet kunna innebära att utrymmet för att kräva andra försiktighetsmått vid verksamheten blir litet och att miljöpåverkan därmed sammantaget blir större än om produkten A väljs. Det kan också bli så att valet av B medför större miljörisiker än om A, med skyddsåtgärder, väljs, även om man tar hänsyn till efterkommande hanteringsled. En sådan tillämpning av produktvalsregeln skulle inte vara förenlig med den bärande tanken bakom hänsynsreglerna, att vidta de samlade försiktighetsmått som i det enskilda fallet är mest kostnadseffektiva från miljösynpunkt.

Vissa förutsättningar måste vara uppfyllda för att produktvalsregeln ska få genomslag i ett enskilt fall. Förutsättningarna framgår av lagtexten och förarbetena och följer vad som gällde redan enligt lagen om kemiska produkter.

- a) Det måste finnas en alternativ produkt tillgänglig på marknaden och denna ska vara mindre farlig för hälsa eller miljö. Redan risken är alltså tillräcklig och det är användaren/säljaren som har bevisbördan.⁸³ Denne måste visa att inte någon alternativ produkt kan väljas eller annars att alternativen inte är mindre farliga. Riskbedömningen kompliceras om produkterna är farliga i olika avseenden, t.ex. om ett visst bränsle innehåller mer tungmetaller än ett annat som i stället innehåller mer försurande ämnen.
- b) Det måste vara möjligt att nå ändamålet med den alternativa produkten (se lagtexten: ”kan ersättas”). Detta innebär inte att den alternativa produkten måste vara lika effektiv (t.ex. lika snabbverkande), men att samma resultat (ändamål) ska kunna nås (se dock nedan vid c).⁸⁴

⁸² Samma uppfattning Bengtsson m.fl. Miljöbalken (1 jan. 2020), kommentar till 2 kap. 4 §.

⁸³ Jfr ovan avsnitt 8.4.

⁸⁴ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 22.

- c) Kravet får inte vara orimligt enligt 7 §. Så kan det bli om merkostnaden för den mindre skadliga produkten är avsevärt högre samtidigt som miljövinsten med den är liten, men också i vissa andra situationer (se nedan).
- d) Kravet får inte strida mot Sveriges internationella åtaganden.⁸⁵

Om dessa förutsättningar är uppfyllda blir den rättsliga följden *inte* att den alternativa produkten måste väljas, utan att den farligare produkten ska *undvikas* i den aktuella situationen. Detta är en viktig skillnad, eftersom resultatet ibland kan nås på annat sätt än genom att använda en kemisk produkt. T.ex. kan gammal färg ofta tas bort genom slipning eller annan mekanisk ytbehandling, i stället för att använda ett alternativt lösningsmedel. Även om produktvalsregeln inte i sig innebär en sådan skyldighet, kan kravet på annan metod grundas på 3 §, som ett "försiktighetsmått i övrigt".⁸⁶

Produktvalsregeln gäller som sagt för var och en, men hur genomförs kravet? Regeln tillämpas vid tillståndsprövning av främst industrier och annan "miljöfarlig verksamhet" och kan i tillståndsvillkor preciseras som t.ex. förbud mot att använda viss kemisk produkt i en tillverkningsprocess eller visst bränsle vid förbränning. Det kan dock vara olämpligt att produktvalskrav "läses fast" i ett rättskraftigt tillståndsvillkor, eftersom kravet i många fall bör vara dynamiskt; om nya miljövänligare kemiska produkter efter hand tas fram på marknaden, så bör dessa kunna ersätta de som används i verksamheten. Om frågan lämnas utanför tillståndet måste verksamhetsutövaren kontinuerligt tillämpa produktvalsregeln i verksamheten. Det är också relativt enkelt för en tillsynsmyndighet att, om det behövs, med stöd av 26 kap. 9 § meddela ett föreläggande om produktvalsregeln inte efterlevs. Om däremot ett rättskraftigt villkor först måste ändras för att kunna tillämpa produktvalsregeln, så måste myndigheten initiera en tidskrävande process enligt 24 kap.⁸⁷

I rättsfallet MÖD 2007:58 upphävde Miljööverdomstolen ett villkor som förbjöd verksamhetsutövaren att använda tre specificerade kemiska produkter. Miljööverdomstolen ansåg det vara en bättre ordning att bolaget i sin verksamhet ständigt tillämpar produktvalsregeln i 2 kap. 4 §.

Produktvalsregeln kan alltså ligga till grund för ett föreläggande i samband med tillsyn. En kommunal miljönämnd kan under vissa förutsättningar (se ovan

⁸⁵ A.a., s. 24.

⁸⁶ A. s. 23.

⁸⁷ Nedan avsnitt 21.2.2.

punkterna a–d) rikta ett föreläggande om förbud mot att använda eller sälja viss kemisk produkt.⁸⁸ Ett sådant krav kan träffa olika slags yrkesverksamhet (där produktvalet som sagt inte omfattas av rättskraftigt tillståndsvillkor). 4 § gäller dock mot alla och därmed omfattas även privatpersoners åtgärder och verksamheter. Denna situation har kommenterats i förarbetena. Regeln i 7 § om att krav inte får vara orimliga innebär här att hänsyn ska tas till vad som är "vedertaget godtagbart beteende och andra intressen än miljöintressen, såsom personlig integritet och valfrihet".⁸⁹ Det kan exempelvis knappast bli aktuellt att tillämpa produktvalsregeln mot någon som använder ett diskmedel som finns på marknaden, även om det finns alternativ som anses vara bättre för miljön. Uttalandet i propositionen ska dock inte läsas så att produktvalsregeln i praktiken är helt verkningslös mot privatpersoner.⁹⁰

Exempel: En privatperson vill använda ett bekämpningsmedel för att få bort skadedjur i trädgården. Medlet "Värstingen" är effektivt men kan skada en närliggande, känslig biotop med hotade arter. Ett annat bekämpningsmedel, "Green Clean", medför mindre risker för omgivningen, men ger samma resultat mot skadedjuret. Green Clean är dyrare men kostnaden är inte orimlig. I en sådan situation kan en kommunal miljömyndighet förbjuda att "Värstingen" används på det aktuella området.

Tidigare har kommunala tillsynsmyndigheter ingripit med stöd av produktvalsregeln mot yrkesverksamhet.⁹¹ Flera av besluten var kontroversiella och överklagades till högre instans. JO har kritiserat kommunala nämnders förfarande att formulera ett *generellt* krav mot alla verksamhetsutövare i en viss bransch, t.ex. föreståndare för bensinstationer i en kommun.⁹² Det senare anses som ett slags normgivning (krav genom lagstiftning), som kommunerna inte har haft rätt att besluta om. I stället måste myndigheten bedöma varje *enskilt* fall för sig, med hänsyn till de individuella omständigheterna.

Förbud mot användning eller försäljning av en kemisk produkt kan över huvud taget inte meddelas generellt *direkt* med stöd av produktvalsregeln.⁹³ Däremot kan generella förbud mot en viss produkt meddelas genom normgiv-

⁸⁸ 26 kap. 9 §.

⁸⁹ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 23.

⁹⁰ I MB-kommentaren sägs att förelägganden mot enskilda sällan lär bli aktuella i praktiken; Bengtsson m.fl. Miljöbalken (1 jan. 2004), kommentaren till 2 kap. 4 §.

⁹¹ Då tillämpades motsvarande regel i 5 § lagen om kemiska produkter.

⁹² Om JO-beslut se Nilsson 2002, där flera beslut tas upp. Se även Michanek i Miljörättslig tidskrift 1993:2, s. 146–151.

⁹³ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 22.

ning, t.ex. av regeringen i förordning eller av Kemikalieinspektionen i föreskrifter.⁹⁴ Sådana generella förbud kan meddelas även om inte förutsättningarna i produktvalsregeln är uppfyllda. Det behöver t.ex. inte finnas någon alternativ, mindre farlig produkt. När generella föreskrifter har meddelats för viss kemisk produkt begränsas möjligheterna att tillämpa produktvalsregeln,⁹⁵ även om ett ingripande i enskilda fallet inte är omöjligt; det bör bl.a. bero på om föreskrifterna har ett mer begränsat skyddsändamål (t.ex. hälsoskydd) än produktvalsregeln (skydd för hälsa och miljö). Ett generellt förbud måste också vara förenligt med EU-lagstiftningen på kemikalieområdet, bl.a. den övergripande Reach-förordningen.⁹⁶

Det är även möjligt att återropa produktvalsregeln vid enskild talan om försiktighetsmått enligt 32 kap. 12 § mot "miljöfarlig verksamhet" som saknar tillstånd.

Brott mot produktvalsregeln är direkt straffsanktionerad, till skillnad från vad som gäller för övriga hänsynsregler.⁹⁷ Det är således ingen förutsättning att kravet preciserats i t.ex. ett tillståndsvillkor. För straffbarhet krävs dock att gärningen har begåtts med uppsåt eller grov oaksamhet. Under en tid före miljöbalkens tillkomst diskuterades om kriminaliseringen borde tas bort, främst med hänsyn till att regeln är så allmänt hållen och därmed att rättsosäkerhet uppkommer för den enskilde, när det gäller att bedöma var gränsen går för straffbarhet. En invändning mot detta är att det saknas en förprövning av de flesta kemikalier innan de släpps ut på marknaden och att det därför behövs effektiva och preventiva instrument (bl.a. sanktioner) för att kompensera denna brist. Detta tillsammans med att kemikaliekontroll över huvud taget är ett viktigt allmänt intresse anses då väga tyngre än den enskildes intresse av stark rättssäkerhet. Även några andra allmänt hållna hänsynsregler utanför miljöbalken, bl.a. i strålskyddslagen och trafikbrottslagen, är direkt straffsanktionerade, sannolikt av liknande skäl.⁹⁸

Slutligen ska nämnas att även EU:s Reach-förordning innehåller ett produktvalskrav. Regeln är mindre långtgående än 2 kap. 4 § miljöbalken och

⁹⁴ 14 kap. 8 § MB.

⁹⁵ Jfr MÖD 2002:72.

⁹⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1907/2006 av den 18 december 2006 om registrering, utvärdering, godkännande och begränsning av kemikalier m.m. (Reach).

⁹⁷ 29 kap. 3 § MB.

⁹⁸ Se 35 § strålskyddslagen (med hänvisning till vissa kravregler i lagen) och 1 § lagen (1951:649) om straff för vissa trafikbrott.

omfattar endast vissa, särskilt farliga kemikalier, som kräver tillstånd för att framställas.⁹⁹

8.5.5 Kravet på hushållning och kretslopp (5 §)

"Alla som bedriver en verksamhet eller vidtar en åtgärd skall hushålla med råvaror och energi samt utnyttja möjligheterna att

1. minska mängden avfall,
2. minska mängden skadliga ämnen i material och produkter,
3. minska de negativa effekterna av avfall, och
4. återvinna avfall.

I första hand skall förnybara energikällor användas."

Regeln uttrycker de så kallade hushållnings- och kretsloppsprinciperna, som även framgår av målregeln i 1 kap. 1 § andra stycket femte punkten; att tillämpa miljöbalken så att "återanvändning och återvinning liksom annan hushållning med material, råvaror och energi främjas så att ett kretslopp uppnås". Principerna definieras och utvecklas i miljöbalkens förarbeten.¹⁰⁰ Kretsloppsprincipen innebär att "vad som utvinns ur naturen på ett ut hålligt sätt skall kunna användas, återanvändas, återvinnas och bortskaffas med minsta möjliga resursförbrukning och utan att naturen skadas". Det kan även uttryckas så att det är en princip som siktar mot slutna materialflöden.

Hushållningsprincipen innebär att "all verksamhet skall bedrivas och alla åtgärder skall vidtas på ett sådant sätt att råvaror och energi används så effektivt som möjligt och förbrukningen minimeras".

Genom 5 § har kraven på hushållning och anpassning till kretslopp en tydligare och samtidigt mer självständig betydelse än innan miljöbalken.¹⁰¹ Det senare har att göra med att miljöbalkens syfte är vidare än miljöskyddslagens. Balken ska inte bara minimera förorening och andra störningar, utan även reglera miljö- och naturresursfrågor från ett helhetsperspektiv. Som tidigare sagts innebär det krav på hushållning, återanvändning och återvinning samt prioritering av förnybara energikällor oavsett om åtgärderna leder till minskade störningar från just den verksamhet eller åtgärd som träffas av kraven. Det är

⁹⁹ Se närmare Reach, artikel 55 och 60. Även några andra EU-rättsakter har produktvalsregler, t.ex. Industriutsläppsdirektivet (artikel 58).

¹⁰⁰ Se främst prop. 1997/98:45, del 1, s. 221–223 och del 2, s. 20, jfr prop. 2015/16:166, s. 58.

¹⁰¹ Christensen 2000, s. 274 och Michanek 1990, s. 289–293. Se t.ex. MÖD 2000:52, som gällde tillämpningen av miljöskyddslagen. I målet aktualiserades frågor om återvinning av avfall som alternativ till förbränning, bl.a. med koppling till IPPC-direktivet.

alltså en viktig utvidgning i förhållande till den tidigare gällande miljöskyddslagen.¹⁰²

De två principerna är närliggande och de får praktisk betydelse i olika sammanhang. De kan exempelvis resultera i förbud mot att använda naturresurser som inte är förnyelsebara (såsom naturgas) i en produktion, med motivet att de bör sparas för kommande generationer, eller att fosfor ska återvinnas från slam i ett reningsverk¹⁰³ eller att en produkt som tillverkas ska utformas så att den senare kan återanvändas eller återvinnas (förutsatt ändamålet med att produkten uppfylls).¹⁰⁴ Den här typen av krav kan bl.a. föreskrivas i tillståndsvillkor vid en prövning enligt balken.¹⁰⁵

Ytterligare ett exempel: En prövning av ett lager för använt kärnbränsle måste bedömas enligt bl.a. 5 §. Ett alternativ till slutlig deponering är att förvara restprodukten, så att den relativt enkelt och utan stora kostnader kan tas upp och återanvändas som bränsle i kärnkraftverk (tekniken för återanvändning är under utveckling). En sådan återanvändning anses kraftigt minska tiden för att radioaktiviteten i använt bränsle ska avklinga och kan samtidigt vara ett alternativ till fossila bränslen. Ett tillståndsvillkor kan utformas så att en eventuell framtida återanvändning underlättas.

Hushållning med energi är en del av 5 § och sådana krav har formulerats i tillståndsvillkor. Miljööverdomstolen har i flera mål bedömt frågan om energihushållning som försikrighetsmått vid tung industriell verksamhet (gruvor, massaindustrier m.m.).¹⁰⁶ Villkoren är av olika slag: vissa ger precisa begränsningsvärden (högsta tillåtna energiförbrukning). Ett annat exempel är tillvaratagande av spillvärme. Ibland handlar det om villkor med utredningskrav. Krav på energieffektivisering enligt 2 kap. 5 § miljöbalken i samband med tillståndsvillkor.

¹⁰² Se t.ex. KN 16/95 (Älvsundaverkets förbränningsanläggning för avfall) som behandlade frågan om råvarans – i detta fall avfallens – betydelse för prövningen. KN konstaterade just att råvaran enbart kunde få betydelse för prövningen under förutsättning att den påverkar utsläppen eller att utsläppen till följd av råvarans sammansättning/egenskaper inte i tillräcklig utsträckning kunde begränsas genom reningsåtgärder eller liknande.

¹⁰³ Se MÖD 2003:77.

¹⁰⁴ Se prop. 1997/98:45, del 1, s. 223. Det framhålls att en tillståndsmyndighet inte ska göra någon självständig bedömning huruvida den producerade varan bör få föras ut på marknaden eller inte.

¹⁰⁵ Samma uppfattning Bengtsson m.fl. Miljöbalken (1 jan. 2020), kommentaren till 2 kap. 5 §.

¹⁰⁶ T.ex. MÖDs domar 2007:4 (LKAB), 2008:23 (Mondi Dynäs), 2007:56 (Swedish Tissue), och 2009:17 (Scania), MÖD, 2011:23 (Perstorp Oxo). Se närmare Mansikkasalo m.fl. där energieffektivisering i industrin diskuteras utifrån ett nationalekonomiskt och rättsligt perspektiv.

prövning underlättas genom en lag som kräver att energianvändningen kartläggs i stora företag.¹⁰⁷

Särskilda krav på åtgärder för att förebygga och återvinna avfall

2 kap. 5 § ändrades 2016 efter ny EU-reglering om den så kallade avfallshierarkin.¹⁰⁸ Samtidigt infördes nya, mer detaljerade regler i 15 kap. miljöbalken. Syftet med regleringen är att främja slutna kretslopp och effektiv energihushållning men även att minimera skadeverkningarna för människors hälsa och miljö som ämnen, material och produkter kan åstadkomma i olika hantlingsled.¹⁰⁹

5 § innehåller fyra punkter (se ovan) varav de tre första innebär, utan rangordning, en skyldighet att vidta olika slags avfallsförebyggande åtgärder. Det handlar om åtgärder som främjar återanvändning av produkter, t.ex. genom att produkter konstrueras så att de håller längre eller i högre utsträckning kan repareras,¹¹⁰ åtgärder för att minska mängden skadliga ämnen i material och produkter (här finns ibland en överlappning med produktvalsregeln i 4 §) eller att på andra sätt minska de negativa effekterna av avfall, t.ex. att konstruera en produkt så att vissa komponenter som innehåller skadliga ämnen lätt kan avskiljas från produkten och hanteras separat efter att den tjänat ut. Ett annat exempel är krav på märkning av material och produkter som underlättar hanteringen av dem när de blir avfall.¹¹¹

¹⁰⁷ Lagen (2014:266) om energikartläggning i stora företag, som genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/27/EU av den 25 oktober 2012 om energieffektivitet. Se även lag (2014:268) om vissa kostnads-nyttöanalyser på energiområdet samt 22 kap. 1 d § och 25 g § MB.

¹⁰⁸ Artikel 4 Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/98/EG av den 19 november 2008 om avfall (jfr prop. 2015/16:166, s. 34 f.).

¹⁰⁹ Prop. 2015/16:166, s. 36.

¹¹⁰ Prop. 2015/16:116, s. 59.

¹¹¹ A. st. För specifika produkter finns generella krav på ekodesign. Jfr t.ex. Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/125/EG av den 21 oktober 2009 om upprättande av en ram för att fastställa krav på ekodesign för energirelaterade produkter, EUT L 285/10. Krav på ekodesign riktar sig till tillverkare och innebär att energianvändning och miljöpåverkan ska tas med i beräkningen när produkten designas. Se också Kommissionens förordning (EU) nr 1194/2012 av den 12 december 2012 om genomförande av direktiv 2009/125/EG vad gäller krav på ekodesign för riktade lampor, ljusdiodlampor och tillhörande utrustning, EUT L 342/1. Kommissionens förordning (EU) nr 617/2013 av den 26 juni 2013 om genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/125/EG vad gäller krav på ekodesign för datorer och datorservrar, EUT L 175/3. Andra produkter som fått hårdare krav under senare år är tvättmaskiner, diskmaskiner och torktumlare. Om energieffektivitet och ekodesign, se Dalhammar i Nordisk miljörättslig tidskrift 2015:1.

Enligt färde punkten ska möjligheterna till att återvinna avfall (som innebär en bearbetning eller omvandling av produkten, såsom materialåtervinning eller energiåtervinning), utnyttjas. Utförligare bestämmelser om behandlingsmetoder finns i 15 kap. miljöbalken.

Prioritering av förnybara energikällor

5 § andra stycket kräver att förnybara energikällor ska användas i första hand, såsom energi från biomassa, solinstrålning, vind, strömmande vatten (vattenkraft) eller vågor. Utvinning av värme i luft, mark och vatten är ytterligare alternativ. Konkret kan exempelvis krävas att biomassa används i stället för fossila bränslen vid uppvärmning, eller att vindkraftutvinning helt eller delvis tillgodoser behovet av elenergi i en industriell produktion.

I MÖD 2015:27 ansåg Mark- och miljööverdomstolen att den kommunala miljönämnden hade rätt att förelägga en verksamhetsutövare att byta ut befintlig oljeeldning till en värmekälla med lågt eller inget inslag av icke förnybara energikällor (värmepump), trots att bidraget växthusgaser från den aktuella fastighetens oljeeldning var mycket litet i ett globalt perspektiv. Kravet ansågs rimligt bl.a. med hänsyn till att bytet av värmekälla kommer att "innebära en sänkning av värmekostnaderna för fastigheten och att åtgärden kommer att återbetala sig över tid".

8.5.6 Valet av plats (lokaliseringskravet, 6 §)

"För en verksamhet eller åtgärd som tar i anspråk ett mark- eller vattenområde ska det väljas en plats som är lämplig med hänsyn till att ändamålet ska kunna uppnås med minsta intrång och olägenhet för människors hälsa och miljön.

Vid prövning av frågor enligt 7 kap., tillståndsprövning enligt 9 och 11 kap., regeringens tillämplighetsprövning enligt 17 kap. och prövning av verksamheter enligt 9 kap. 6 §, 6 a och 6 b §§, 11 kap. 9 a § och 12 kap. 6 § ska bestämmelserna i 3 och 4 kap. tillämpas endast i de fall som gäller ändrad användning av mark- eller vattenområden.

Ett tillstånd eller en dispens får inte ges i strid med en detaljplan eller områdesbestämmelser enligt plan- och bygglagen (2010:900). Små avvikelser får dock göras, om syftet med planen eller bestämmelserna inte motverkas."¹¹²

Valet av plats är ett slags försiktighetsmått, som placerats i en egen bestämelse. Skälet är att platsvalet ansetts som en särskilt viktig fråga.

¹¹² Bestämmelsen i 6 § 2 st. om hushållningsbestämmelserna i 3 och 4 kap. MB tas upp nedan i avsnitt 9.2.

Kravet är i praktiken viktigast för nya verksamheter och åtgärder. Det gäller även för befintliga verksamheter, men det är ovanligt i praktiken att sådana måste omlokaliseras, eftersom kostnaden ofta skulle bli orimlig enligt 7 §. I vissa fall har strängare krav på skyddsåtgärder än normalt ställts enligt 3 § när platsen ansetts felvald från början.¹¹³ Det finns även några fall där befintlig verksamhet har förbjudits enligt stoppregeln i 9 § ("skada eller olägenhet av väsentlig betydelse") efter att en omlokalisering bedömts som ett orimligt krav enligt 7 §.¹¹⁴ Vid befintlig verksamhet får lokaliseringsregeln främst betydelse när verksamheten ska byggas ut, då kan det ibland anses rimligt att en annan plats väljs för den nya delen.

Kravet på val av plats aktualiseras i samband med tillståndsprövning, vid tillsyn av verksamhet som inte tillståndsprövas (26 kap. 9 §), vid samråd (12 kap. 6 §) och vid enskild talan om försiktighetsmått (32 kap. 12 §). Regeln är även central vid regeringens tillämplighetsprövning (17 kap.).

Regeln omfattar alla slags verksamheter och åtgärder (även t.ex. en dikning som utförs inom skogs- eller jordbruk). Den omfattar inte bara lokalisering av en hel verksamhet, t.ex. en industri, utan även delar av en verksamhet, t.ex. valet av plats för en avfallsdeponi eller en utsläppspunkt inom en industris verksamhetsområde.¹¹⁵

Liksom när det gäller andra försiktighetsmått, kan många olika hälso- och miljöfaktorer få betydelse för vilken plats som ska väljas – föreningar som träffar boende, ingrepp i naturmiljöer, möjligheten att utnyttja förnybara energikällor m.m. – och inte sällan står sådana intressen mot varandra. Detta kom-plicerar förstås bedömningen.¹¹⁶

Lämplig plats och bästa plats

6 § första stycket har två krav. Det första kravet innebär att även om det inte finns bättre alternativa platser från miljösynpunkt, så måste den valda platsen vara "lämplig" i sig.¹¹⁷ Lämpligheten ska bedömas med hänsyn till miljöbalkens

¹¹³ T.ex. MÖD 2016–01–27 i mål M 5957–15 och MÖD 2013:12. Detta skedde redan på miljöskyddslagens tid, se Westerlund 1990, s. 173 f.

¹¹⁴ Se t.ex. MÖD 2005:54 (placering av anläggningsdelar i gruva) och MÖD 2016–01–27 i mål M 5957–15 (placering av en cistern för drivmedel under jord vid en befintlig bensinstation godtog inte enligt 6 § på grund av riskerna för förorening av grundvattnen).

¹¹⁵ Se t.ex. MÖD 2008:24.

¹¹⁶ Se vidare om olika faktorer som inverkar på lokaliseringsprövningen tidigare och som fortfarande bör ha relevans; Bengtsson m.fl. Miljöbalken (2020-01-01), kommentaren till 2 kap. 6 § med hänvisning till praxis.

¹¹⁷ Regelns formulering "lämplig med hänsyn till att ändamålet ska kunna uppnås med minsta intrång och olägenhet" kan snarast läsas som att det är fråga om en enda bedömning och inte

olika mål (vilket som sagt kan vara svårbedömt vid målkonflikter). Vidare kan exempelvis hushållningsbestämmelserna i 3 och 4 kap. miljöbalken och kommunala översiktsplaner ge vägledning vid prövningen av platsens lämplighet.

Det andra kravet innebär att den plats ska väljas där ändamålet kan uppnås ”med *minsta* intrång och olägenhet för människors hälsa och miljö” (kursiverat här), med andra ord bästa plats från miljösynpunkt. Det innebär att man måste se till vilka alternativa platser som kan komma ifråga.

Kravet har samband med bevisskyldigheten enligt 1 §, som läggs på verksamhetsutövaren eller den som ska vidta en åtgärd. Ofta måste verksamhetsutövare, inför en ansökan om tillstånd m.m., göra en miljökonsekvensbeskrivning och i denna redovisa varför en viss plats valts och hur denna förhåller sig till möjliga alternativa platser.¹¹⁸ Det finns en hel del fall där verksamhetsutövarens undersökningar av alternativ inte har övertygat och prövningsmyndigheten därför – redan vid misstanke om att det kan finnas en bättre plats – har nekat tillstånd (se exempel nedan). Dock måste ändamålet kunna uppnås och detta kan begränsa antalet alternativ. Ibland, när verksamheten eller åtgärden är lägesbunden, existerar inga alternativ (eller endast lokala variationer).¹¹⁹

I praxis har lokaliseringsregeln ibland haft en helt avgörande betydelse för beslut att avslå ansökningar om tillstånd till ”miljöfarlig verksamhet” (en praxis som utvecklades redan på miljöskyddslagens tid).¹²⁰ Några exempel:

I ett fall från 2009 avslögs en ansökan om att få bygga en havsbaserad vindkraftsanläggning. Utredningen av alternativ ansågs otillräcklig och det kunde ”inte uteslutas att det finns platser på den aktuella kuststräckan som är lämpliga för vindkraftsetablering”.¹²¹

I ett avgörande 2010 hade Ragn-Sells Avfallsbehandling AB ansökt om tillstånd till behandling och deponering av avfall i bergum vid Fredriksskans (utanför Gävle), som tidigare använts för förvaring av olja. Miljödomstolen meddelade tillstånd, som överklagades av bl.a. Gävle kommuns byggnads- och miljonämnd. Miljööverdomstolen bedömde platsvalet tillsammans med den teknik som företaget avsåg att

¹¹⁸ Se 6 kap. 35 § 1 och 2 MB.
¹¹⁹ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 20, 1 MÖD 2008-05-22 i mål M 4416-07 ansågs lokaliseringen av en befintlig förbränningsanläggning ”nödvändig med hänsyn till utformningen av fjärrvärmenätet i Göteborg”. Ändamålet ansågs inte kunna uppnås på annan plats.
¹²⁰ Se t.ex. KN 9/92. Se även KN 174/89 och KN 33/72 (i båda fallen avslag på grund av otillräcklig utredning från sökandens sida).
¹²¹ MÖD 2009:48.

använda i verksamheten (2 kap. 3 och 6 §§ miljöbalken). Miljööverdomstolen upphävde miljödomstolens dom bl.a. eftersom bolaget inte kunde visa att bergummen i sig var lämpliga som deponi, inte heller att deponering i bergummen skulle vara bättre från miljöskyddssynpunkt än ytjordsdeponier som uppfyller kraven i deponeringsförordningen med topp- och botten tätnings och geologisk barriär.¹²²

Lokaliseringsbedömningen i en dom från 2011 var speciell. Kravet riktades inte mot den verksamhet som störde utan den som utsattes för störningar, nämligen en kommunal förskola i Uppsala som låg 16 meter från en mycket trafikerad väg. Miljö- och hälsoskyddsnämnden hade förbjudit verksamheten på grund av utomhusmiljöns höga halter av små partiklar och höga bullernivåer. Miljööverdomstolen beaktade att vägen och trafiken redan förekom på platsen när förskolan placerades. Domstolen ansåg att platsvalet av förskolan var olämpligt enligt 2 kap. 6 § miljöbalken och att det inte var orimligt att kräva annan lokalisering.¹²³

Kopplingen till 2 kap. 7 § innebär att kravet på val av plats inte får vara orimligt. Här är dock bedömningen objektiv. Man ska bortse från personliga omständigheter, såsom att en verksamhetsutövare redan äger en viss fastighet. Däremot kan bedömas exempelvis hur olika platser ligger i förhållande till kommunikationsleder, elledningar m.m. och vad dessa skillnader innebär från kostnadsynpunkt.

Det måste också göras en rimlighetsbedömning av hur omfattande en alternativutredning ska vara i det enskilda fallet. Hänsyn får då tas till miljöriskerna, liksom vilket slags anläggning det är. Det bör t.ex. krävas en omfattande alternativutredning av platsen för en stor nationell anläggning för behandling av specifikt miljöfarligt avfall, medan utredningen av möjliga platser för en traditionell avfallsanläggning bör begränsas till ett mer lokalt område.

Platsvalsregeln i 2 kap. 6 § och andra regler av betydelse för platsvalet

Valet av plats för byggnader och anläggningar, även miljöstörande sådana, är en central fråga även vid planläggning och prövning av bygglov enligt PBL. Det finns en urkoppling i 2 kap. 6 § miljöbalken (redje strycket) som innebär att ett tillstånd enligt balken ”inte får meddelas ”i strid med” en detaljplan eller områdesbestämmelser”. Planen respektive bestämmelserna är alltså fränstyrande, däremot inte tillsyrande.

Exempel: Anta att en detaljplan avsätter ett område till bostäder. Det är då inte möjligt att ge ett tillstånd till en industri eftersom denna i så fall skulle lokaliseras

¹²² MÖD 2010:29.

¹²³ MÖD 2011:26.

”i strid med” planen (den fränstyrande funktionen). Anta i stället att planen avsåger ett område till viss industri och även att bygglov meddelats enligt PBL. Detta innebär inte att en prövningsmyndighet måste meddela tillstånd till industrin enligt miljöbalken. Tvärtom ska ansökan avslås om lokaliseringen strider mot 2 kap. 6 § miljöbalken.¹²⁴ Om det är en verksamhet som inte är tillståndspliktig enligt miljöbalken kan i stället en tillsynsmyndighet förbjuda den planliga verksamheten om den inte uppfyller förutsättningarna enligt 2 kap. 6 §.

Exemplet visar att miljöbalken och PBL är två parallella lagar. Ett efterföljande beslut enligt miljöbalken som går emot kommunens bedömning i detaljplanen är heller inte så märkligt mot bakgrund av att kommunen vid varken detaljplanering eller bygglovsprövning enligt PBL tillämpar miljöbalkens regel om platsval i 2 kap. 6 §.

PBL har även andra planformer och den viktigaste av dessa är översiktsplanen. En kommunal översiktsplan är inte rättsligt bindande såsom en detaljplan och områdesbestämmelser, men den kan i praktiken – beroende på hur tydlig och aktuell planen är – ha betydelse som beslutsunderlag vid prövningen av plats enligt miljöbalken.¹²⁵ Vid prövning av vindkraftsanläggningar har översiktsplaner ansetts som ett viktigare dokument än en vindkraftspolicy.¹²⁶

En enskild sakägare hade överklagat ett tillstånd till en gruppstation med vindkraftverk i Kävlinge kommun. Den ansökt lokaliseringsstred inte mot kommunens översiktsplan men väl mot kommunens antagna vindkraftspolicy. Domstolen konstaterade med hänvisning till tidigare praxis att en aktuell översiktsplan är ett ”viktigt dokument som har stor betydelse vid lokaliseringssprövningen”. En vindkraftspolicy däremot som inte har förankrats på sätt som gäller för en översiktsplan har ”i princip inte större tyngd än ett yttrande från kommunen”. Efter en bedömning av de faktiska omständigheterna på platsen godtog Miljööverdomstolen sökandens val av plats.¹²⁷

Flera andra miljöregler i balken påverkar valet av plats, vid sidan av 2 kap. 6 §. Hit hör hushållningsbestämmelserna i 3 och 4 kap., särskilt när området anses vara av riksintresse. Vidare innebär rättsligt skyddade naturmiljöer (såsom naturreservat) ofta ett hinder mot att ett område utnyttjas på ett sätt

¹²⁴ Jfr NJA 1977 s. 768. Frågan gällde en plans betydelse vid en tillätlighetsbedömning enligt 1918 års vattenlag. Situationen var i princip densamma som i exemplet.

¹²⁵ Se MÖD 2015-11-27 i mål M 3352-15.

¹²⁶ MÖD 2009:4.

¹²⁷ MÖD 2009:4. Platsen och verksamheten som sådan hade tidigare godtagits av såväl länsstyrelsen som (efter överklagande) miljödomstolen.

som kan skada naturvärdena. Förbuden mot att skada eller störa vissa arter och deras livsmiljöer enligt artskyddsförordningen (under 8 kap. miljöbalken), har i praxis setts som ett slags precisering av platsvalsregeln i 2 kap. 6 § miljöbalken och hindrat att vissa platser väljs för t.ex. vindkraftverk.¹²⁸ Ytterligare ett exempel är den kommunala vetoätten i 16 kap. 4 §, som gäller vid tillståndsprövning av vindkraftverk med viss storlek och som kan hindra att en plats får användas.

Det är väsentligt att som utgångspunkt se 2 kap. 6 § som en parallell regel om platsval (jfr ovan om bygglovsexemplet). Även om exempelvis en verksamhet skulle anses lämplig enligt hushållningsbestämmelserna i 3 och 4 kap. miljöbalken, kan den hindras enligt 2 kap. 6 § om det inte visats att den är den bästa platsen från miljösynpunkt.¹²⁹

I en prövning av två vindkraftverk i Skåne ansåg Miljööverdomstolen att landskapsbilden skulle komma att förändras, dock inte så att skadan blev ”påtaglig” enligt 2 kap. 6 § respektive 3 kap. 1 § naturresurslagen (som motsvarade hushållningsbestämmelserna i 3 kap. 6 § respektive 4 kap. 1 § miljöbalken). Domstolen menade dock att särskilt höga krav skulle ställas på utredningen enligt platsvalsregeln i områden där etablering av vindkraftverk är starkt ifrågasatt. Såväl kommunen som länsstyrelsen hade motsatt sig placeringen och domstolen menade att dessa myndigheters inställning normalt väger tungt. Bolagets utredning ansågs mycket knapphändig och gav inte stöd för lokalisering utanför de områden som kommunen pekat ut som särskilt lämpliga. Bolaget fick inte tillstånd.¹³⁰

Omvänt kan en plats som uppfyller kravet i 2 kap. 6 § miljöbalken hindras av andra regler. Så kan det exempelvis bli ifall kommunen använder sin vetoätt enligt 16 kap. 4 § mot vindkraftverk som skulle ha placerats på en plats där det inte finns några konflikter med miljöintressen.

8.5.7 Krav på försiktighetsmått får inte vara orimliga (7 §)

”Kraven i 2–5 §§ och 6 § första stycket gäller i den utsträckning det inte kan anses orimligt att uppfylla dem. Vid denna bedömning ska särskild hänsyn tas till nytan av skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått jämfört med kostnaderna för sådana

¹²⁸ Se vidare nedan avsnitt 12.3.2.

¹²⁹ Se MÖD 2002:7.

¹³⁰ MÖD 2002:7. Domen kommenteras i Miljödomar 2002:1, s. 24. Jfr MÖD 2001:38.

åtgärder. När det är fråga om en totalförsvarsverksamhet eller en åtgärd som behövs för totalförsvaret, ska vid avvägningen hänsyn tas även till detta förhållande.

Trots första stycket ska de krav ställas som behövs för att följa 5 kap. 4 och 5 §§.”

Grundregeln i 7 § första stycket innebär att kraven på kunskap, skyddsåtgärder, lokalisering, energihushållning, produktval och andra försiktighetsmått, samt mantaget inte får vara orimliga.¹³¹ Regeln aktualiseras vid alla de situationer där hänsynskraven i 2–6 §§ tillämpas, såsom vid tillståndsprövning, vid tillsyn av verksamhet som inte tillståndsprövas¹³² och vid enskild talan enligt 32 kap. 12 §.

7 § första stycket är ett uttryck för proportionalitetsprincipen,¹³³ en princip som gäller generellt inom hela förvaltningsrätten, men 7 § första stycket är mer långtgående genom att bevisbördan ligger på utövaren, som måste visa att kraven enligt 2–6 §§ är ”orimliga”.¹³⁴

Miljönyttan vägs mot kostnaden

Den främsta frågan vid tillämpningen av 2 kap. 7 § första stycket är hur försiktighetsmåttens miljönytta – som ska relateras till de olika miljömålen i 1 kap. 1 § (även t.ex. hushållning med energi)¹³⁵ – förhåller sig till de kostnader som försiktighetsmåttens leder till. Som vi skrev tidigare ska dock kostnader även bedömas när man avgör vad som är ”bästa möjliga teknik” enligt 2 kap. 3 §. Det är nödvändigt att hålla isär dessa två bedömningar:¹³⁶

- Först bedöms kostnaden för de krav som ingår i begreppet ”bästa möjliga teknik”. Denna bedömning har behandlats i ett tidigare avsnitt.¹³⁷ I korthet innebär den att man helst väljer den bästa lösningen i världen förutsatt att den är praktiskt tillgänglig på marknaden. Dock måste tekni-

¹³¹ Formuleringen i 2 kap. 7 § MB är en skärpning i förhållande till vad som gällde tidigare enligt den motsvarande regeln i 5 § miljöskyddslagen, nämligen att utövaren skulle iakta de försiktighetsmått ”som skäligen kan krävas”. Andra liknande skälighetsregler fanns tidigare i t.ex. 3 kap. 7 § vattenlagen och 6 § hälsoskyddslagen.

¹³² Vid tillsyn av miljöfarlig verksamhet eller vattenverksamhet som drivs med rättskraftigt tillstånd är det fråga om kontroll av om givna tillståndsvillkor efterlevs, jfr 26 kap. 9 § 3 st. MB.

¹³³ Jfr ovan avsnitt 3.4.

¹³⁴ 2 kap. 1 §. Se närmare i Bengtsson 2001, s. 82 f. om skillnader mellan skälighetsregeln och proportionalitetsprincipen.

¹³⁵ Se prop. 1997/98:45, del 1, s. 207.

¹³⁶ Frågan om den ekonomiska bedömningen och förhållandet mellan 3 och 7 §§ behandlas i Michanek i vänbok till Westerlund, s. 76–80.

¹³⁷ Ovan avsnitt 8.5.3 med hänvisning till uttalanden i propositionen.

ken vara *ekonomiskt möjlig* att använda för ett typiskt företag i branschen (alltså inte med hänsyn till det enskilda företags ekonomi).¹³⁸

- Därefter bedöms om detta krav är orimligt med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Kravet måste vara *miljömässigt motiverat och ekonomiskt rimligt*.¹³⁹ Först nu är det fråga om en intresseavvägning i egentlig mening. Den viktigaste frågan är om kostnaden motsvarar miljönyttan, där man måste beakta vilken grad och art av påverkan det är fråga om, inte bara störningarnas karaktär utan även känsligheten hos de människor och den miljö som berörs.¹⁴⁰

Det krav som ställs efter slutbedömningen enligt 7 § kallas ibland ”bästa tillgängliga teknik”.¹⁴¹

Exempel: Anta att det för kraftvärmeverk av viss typ brukar krävas ett visst slags reningsutrustning (A) för avsvavling av rökgaser. Konkret betyder det att ett villkor i tillståndet innehåller ett gränsvärde för utsläpp av svaveldioxid som utgår från den teknikens verkningsgrad. Anta också att kostnaden för teknik A är ekonomiskt möjlig att bära för ett typiskt företag i den energibranschen. När mark- och miljödomstolen prövar ett visst sådant kraftvärmeverk visar det sig dock att marken i regionen är ovanligt kalkhaltig och alltså tål försurande ämnen i betydligt högre grad än vad som är normalt. Endast mycket litet av föroreningarna sprids till känsligare regioner.¹⁴² Om det i en sådan situation finns en alternativ reningsutrustning (B) som ger någon procent mer svavelutsläpp men samtidigt kostar avsevärt mindre än teknik A, så är det miljömässigt motiverat och rimligt att utsläppsgränsvärdet i tillståndsvillkoret fastställs med utgångspunkt från verkningsgraden i teknik B.

I en prövning av utsläppen till Öshammarsfjärden från Kruuddens avloppsreningsverk hade miljödomstolen krävt kväverening i enlighet med 5 § i Naturvårdsverkets kungörelse med föreskrifter (SNFS 1994:7) om rening av avloppsvatten från tätbebyggelse. Miljööverdomstolen undanröjde villkoret med hänsyn till att kostna-

¹³⁸ Se MÖD 2014-03-07 i mål M 9888-12, s. 25.

¹³⁹ Uttrycket ”miljömässigt motiverat” har använts länge, se t.ex. Svärd-Rahmn s. 166 och Westerlund 1990, s. 147 f. I propositionen till miljöbalken används uttrycket ”miljömässigt motiverat och ekonomiskt rimligt”; prop. 1997/98:45, del 1, s. 206 och del 2, s. 25. Detta uttryck har även använts i praxis; MÖD 2016-05-03 i mål M 6229-15.

¹⁴⁰ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 45.

¹⁴¹ Det motsvarar industriutsläppsdirektivets begrepp ”Best Available Technique”.

¹⁴² Ett annat exempel kan vara att utspädningsförhållandena i ett vattenområde är ovanligt gynnsamma samtidigt som ämnena bryts ned så fort det inte uppstår långväga miljöproblem vid utsläpp till vatten.

den blev för hög i förhållande till den relativt begränsade effekten av åtgärderna.¹⁴³ I ett annat fall ansågs bullerdämpande åtgärder vid järnväg orimligt dyra.¹⁴⁴

I en annan prövning kom Miljööverdomstolen till motsatt slutsats. Prövningen avsåg verksamheten vid massa- och pappersfabriken i Iggesund, Hudiksvalls kommun. Eftersom recipientförhållandena i Iggesundsfjärden inte skiljer sig från vad som är brukligt i omgivningen kring svenska sulfatfabriker ansåg domstolen att kraven på utsläppen måste ställas utifrån vad som är möjligt för detta slags verksamhet (bästa möjliga teknik, jfr 3 §).¹⁴⁵

Det är endast i undantagsfall som kraven ska sänkas i förhållande till nivån enligt 2–6 §§. Detta följer av ordet ”orimliga” i lagtexten i 7 §. Balkens målregel betyder också att miljöhänsynen, vid tillämpningen av 7 §, väger tyngre idag än tidigare. Enligt propositionen ”bör kraven inte sättas lägre än att allt skall göras som är meningsfullt för att miljöbalkens mål skall uppnås”.¹⁴⁶

Däremot ger vare sig lagtext eller förarbeten stöd för att avvägningen enligt 7 § skulle kunna medföra att kraven sätts högre än det ”tak” som ligger i begreppet ”bästa möjliga teknik” enligt 3 §, med andra ord att man i ett enskilt fall skulle kunna kräva mer än vad som är ekonomiskt möjligt för ett typiskt företag i branschen.¹⁴⁷

Situationen blir dock annorlunda om en rättsligt bindande miljökvalitetsnorm – *gränsvärdesnorm* – hotas av en verksamhet eller åtgärd. Det kan t.ex. handla om utsläpp som kan medföra att en gräns överskrids för tillåten kvävehalt i en sjö eller för högsta tillåtna mängd stofpartiklar i luften. Denna situation regleras närmare i 5 kap. 4 och 5 §§ och behandlas i ett annat avsnitt i boken.¹⁴⁸ Här tar vi upp hur gränsvärdesnormen förhåller sig till den ekonomiska bedömningen i 2 kap. 3 och 7 §§.

¹⁴³ MÖD 2003:102.

¹⁴⁴ MÖD 2006:34. Se även MÖD 2006:11 där krav på undersökande åtgärder inte ansågs vara miljöomåttligt motiverade.

¹⁴⁵ MÖD 2003:130.

¹⁴⁶ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 232. Se t.ex. MÖD 2014:15. I Bengtsson m.fl. Miljöbalken (1 jan. 2020), kommentaren till 2 kap. 7 §, framhålls att just kopplingen till balkens mål leder till en strängare bedömning än enligt äldre rätt.

¹⁴⁷ Flera författare ansluter sig till denna uppfattning: Michanek i vänbok till Westerlund, s. 76–80, Christensen 2000, s. 292, 306, 313, Gipperth 1999, s. 168, Westerlund i Miljöbalkens 10-årsjubileum 1999:2-3 s. 361 f., 418 ff. Annan uppfattning, se Bengtsson 2001, s. 56. Se också Vängby 1999/2000 s. 706, som i och för sig inte uttalar sig om kravnivån särskilt utan mer allmänt kritiserar det faktum att det görs ansträngningar att tona ned betydelsen av hänsynsreglerna.

¹⁴⁸ Nedan avsnitt 10.3.3.

Frågan är om krav på försiktighetsmått nu – för att inte strida mot gränsvärdesnormen – kan ställas som är högre än ”bästa möjliga teknik”, alltså ett krav som medför högre kostnader än vad ett typiskt företag i branschen anses klara. I 7 § andra stycket sägs: ”*Första första stycket* ska de krav ställas som behövs för att följa en miljökvalitetsnorm (kursiverat här)”. Det är alltså en uttrycklig hänvisning till den avvägning som ska ske enligt 7 § första stycket för att fastställa ”bästa tillgängliga teknik”, men inte till bedömningen av ”bästa möjliga teknik” enligt 3 §. I enlighet med vad som sagts ovan skulle det betyda, å ena sidan, att det aldrig är ”miljöomåttligt motiverat” att sätta ett lägre krav än vad som följer av 2–6 §§, å andra sidan att kravet inte heller kan sättas *högre* än vad som framgår av dessa bestämmelser. För yrkesmässig verksamhet skulle alltså kravet vara ”bästa möjliga teknik” enligt 3 §.¹⁴⁹ I propositionen påstås att kraven kan sättas högre i dessa situationer,¹⁵⁰ men detta uttalande är inte tydligt jämfört med lagtexten i 7 §.¹⁵¹

Rättsläget bör dock ses utifrån ett EU-rättsligt perspektiv (svenska miljökvalitetsnormer har som regel en bas i EU-direktiv). Utgångspunkten är att de svenska nationella rättskällorna inte är tydliga. Dels definieras ”bästa möjliga teknik” inte i lagtext utan i förarbeten till miljöbalken och förarbeten är inte en bindande rättskälla. Dels är dessa förarbeten delvis motsägelsefulla när det gäller hur situationen ska hanteras. I det läget finns utrymme för en fördragsenlig tolkning. Eftersom industriutsläppsdirektivet och ramvattendirektivet inte uppställer något tak för kravnivån när en miljökvalitetsnorm kan överskridas, så bör även den svenska regleringen tolkas så att ”bästa möjliga teknik” inte utgör ett tak när frågan gäller efterlevnad av en miljökvalitetsnorm (gränsvärde) som bygger på EU-rätten.¹⁵²

Vid Miljööverdomstolens tillståndsprövning 2007 av Renovas avfallskraftvärmeverk i Göteborg ställdes särskilda krav på transporter till och från anläggningen, såsom aktiv transportstyrning, förutbildning enligt särskilt program och skyldighet att i 75 % av transportarbetet använda fordon av lägst miljöklass 2008. Syftet var att minska utsläppen av kvävedioxider. Kravet grundades bl.a. på ”svårigheterna att i denna region klara gällande miljökvalitetsnormer”. Domstolen ansåg att det i detta fall är motiverat att genom villkor säkerställa att miljökvalitetsnormer på grund

¹⁴⁹ Samma uppfattning, Gipperth 1999, s. 174–178.

¹⁵⁰ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 263.

¹⁵¹ Annan uppfattning Bengtsson m.fl. Miljöbalken (1 jan. 2020), kommentaren till 2 kap. 7 §, som menar att lagtextformuleringen måste anses ”ge klart stöd för en sådan tolkning”, (d.v.s. en skärpning i förhållande till tidigare), ”även fränsett den betydelse reglerna i 1 kap. 1 § får i sammanhanget”.

¹⁵² Jfr artikel 18 industriutsläppsdirektivet och artikel 10 ramvattendirektivet.

av avfallstransporterna även i fortsättningen begränsas (jämför 2 kap. 7 § andra stycket miljöbalken). Det är möjligt att domstolen här krävde mer än vad som är ekonomiskt möjligt för ett typiskt företag i branschen ("bästa möjliga teknik"), men domskälen berör inte uttryckligen denna fråga.¹⁵³

Andra intressen i rimlighetsavvägningen

Vid sidan av kostnaderna kan enligt 7 § första stycket andra intressen vägas mot miljönyttan, såsom behovet av råvaruförsörjning och kommunikationer. Totalförsvarets intressen ska ges en särskild tyngd enligt lagtexten, dock inte så att detta intresse alltid ska ges företräde. Vidare kan olika miljöintressen komma att stå emot varandra vid avvägningen. T.ex. kan ett långtgående krav på skyddsåtgärder för att hindra störningar för grannar eller naturmiljö stå mot samhällets intresse av att främja hushållning med naturresurser och energi.

I MÖD 2016-05-03 i mål M 6229-15 orsakade verksamheten vid en återvinningsstation buller för närboende. Mark- och miljööverdomstolen gjorde en intresseavvägning: "Vid bedömning av vilka krav på åtgärder som är miljömässigt motiverade och rimliga för att begränsa olägenheten måste det beaktas att det föreligger ett starkt allmänintresse av att verksamheten bedrivs i nära anslutning till bostadsområden för att uppnå uppsatta mål beträffande återvinning av förpackningar."

I vissa situationer, främst när inte yrkesmässig verksamhet berörs, kan man även beakta vad som är "vedertaget godtagbart betedande" och om krav på försiktighetsmått kan anses "otrimliga med hänsyn till personliga valfriheten".¹⁵⁴ Vi tog upp denna aspekt i samband med produktvalsregeln.¹⁵⁵

8.5.8 Avhjälpanderregeln (8 §)

"Alla som bedriver eller har bedrivit en verksamhet eller vidtagit en åtgärd som medfört skada eller olägenhet för miljön ansvarar till dess skadan eller olägenheten har upphört för att denna avhjälpas i den omfattning det kan anses skäligt enligt 10 kap. I den mån det föreskrivs i denna balk kan i stället skyldighet att ersätta skadan eller olägenheten uppkomma."

Medan hänsynskraven i 2-6 §§ syftar till att förebygga skador och olägenheter, en preventiv funktion, syftar 8 § till att avhjälpas skador och olägenheter

¹⁵³ MÖD 2007:5.

¹⁵⁴ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 232.

¹⁵⁵ Ovan avsnitt 8.5.4.

som redan har uppkommit.¹⁵⁶ Funktionen är alltså reparativ. Gränsen mellan preventiv och reparativ är dock inte skarp. I praktiken kan ett avhjälpande av en miljöskada även förhindra framtida miljöpåverkan, såsom när sanering av skadad mark leder till att förorenade ämnen inte längre riskerar att nå grundvattnet. En skillnad mot de preventiva hänsynsreglerna är att kravet på avhjälpande endast kan tillämpas vid skada och olägenhet för miljön, inte vid skada på människors hälsa (här gäller däremot skadestandsreglerna i 32 kap. MB).

Ansvar för avhjälpande vilar på den som har orsakat en skada eller olägenhet, i näringsverksamhet eller i det privata. Ibland kan det vara svårt att fastställa vem som är ansvarig, t.ex. om ett moderbolag kan läggas ett ansvar för ett dotterbolags skadliga verksamhet.¹⁵⁷ Ansvar enligt 2 kap. 8 § gäller "till dess skadan eller olägenheten har upphört", alltså även efter att en verksamhet har upphört eller överlåtits till annan, men det finns en tidsgräns i 8 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, som bl.a. innebär att verksamhetens faktiska drift ska ha pågått efter 30 juni 1969, vi återkommer till denna regel.¹⁵⁸

8 § kan medföra att den som orsakat skadan själv ska avhjälpas problemet, t.ex. genom att ta bort förorenade jordmassor. I praktiken kan det dock ofta vara lämpligt att annan med särskilda kunskaper och resurser utför det praktiska arbetet medan den som orsakat problemet får betala. Ibland kan det vara nödvändigt att en myndighet omedelbart ordnar ett avhjälpande (t.ex. för att snabbt hindra att skadlig förorening sprids), även om det inte då kan avgöras vem som orsakat skadan, och att myndigheten i efterhand utreder ansvaret och kräver finansiering.¹⁵⁹

8 § ger alltså uttryck för principen "förorenaren betalar".¹⁶⁰ Regelns viktiga funktion i praktiken är också att förorenade områden ska undersökas, saneras och på andra sätt efterbehandlas. Avhjälpanderregeln är dock inte begränsad till förorening, utan omfattar t.ex. även fysiska skador i naturen.¹⁶¹

2 kap. 8 § formulerar grunderna för det reparativa ansvaret, men i praktiken hanteras frågor om avhjälpande i de flesta fall i stället genom andra regler.

¹⁵⁶ Frågor om efterbehandling av förorenade områden behandlas ingående i en doktorsavhandling av Darpö 2001.

¹⁵⁷ Se nedan avsnitt 13.3.1 om begreppet verksamhetsutövare.

¹⁵⁸ Nedan avsnitt 14.3.

¹⁵⁹ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 235.

¹⁶⁰ A.a., del 1, s. 234.

¹⁶¹ Jfr kraven på kompensationsåtgärder i 7 kap. 7 § MB respektive 16 kap. 9 § MB. Bengtsson kritiserar utformningen av regeln, med anledning av att den omfattar alla möjliga typer av olägenheter, t.ex. estetiska störningar. Han menar bl.a. att lagstiftningen kan tyda på att den som avverkar skog och skadar växt- och djurliv i området kan bli skyldig att bekosta ett återställande. Se närmare Bengtsson 2010, s. 161 f.

Viktigast är 10 kap. miljöbalken, som behandlas i kapitel 14 i boken.¹⁶² Här finns bl.a. regler om ansvarets omfattning; krav på att avhjälpande ska vara dels miljömässigt motiverat (det ska finnas ett verkligt behov av avhjälpande) och dels skäligt med hänsyn till omständigheter kopplade till den ansvarige personen (såsom hur lång tid som gått sedan utsläpp skedde).

8.6 Slutavvägning

8.6.1 Stoppregeln (9 §)

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

En verksamhet eller åtgärd får inte bedrivas eller vidtas om den medför risk för att ett stort antal människor får sina levnadsförhållanden väsentligt försämrade eller miljön försämrats avsevärt.

Vad som sägs i första och andra stycket gäller inte, om regeringen har tillåtit verksamheten enligt 17 kap. 1, 3 eller 4 §.”

Allmänna utgångspunkter

Även om det vidtas försiktighetsmått (2–6 §§), som inte är orimliga (7 §), kan riskerna för hälsa och miljö i ett enskilt fall anses så stora att åtgärden eller verksamheten som helhet inte bör tillåtas, om det inte finns motstående intressen som klart överväger riskerna. Den frågan ska avgöras i en slutavvägning där stoppregeln i 9 § är central.

Stoppregeln omfattar alla slags verksamheter (såväl nya som befintliga) och åtgärder. Den gäller alltså inte bara för industrier och annan ”miljöfarlig verksamhet” och vattenverksamhet, utan även t.ex. genteknisk verksamhet, hantering av kemikalier och fysiska ingrepp i naturmiljön.

Liksom när det gäller andra regler i 2 kap. tillämpas stoppregeln i olika sammanhang, bl.a. vid prövning, tillsyn och enskild talan (mot miljöfarlig verksamhet som saknar tillstånd). Stoppregeln tillämpas även av regeringen vid tillätlighetsprövning av stora anläggningar enligt 17 kap. När sådana anläggningar i efterhand tillståndsprövas av mark- och miljödomstol enligt andra kapitel i balken, t.ex. som ”miljöfarlig verksamhet” enligt 9 kap., kan domsto-

¹⁶² Här kan även nämnas reglerna om krav på att kompensera skada, som aktualiseras efter ett beslut om tillstånd m.m. (7 kap. 7 §, 16 kap. 9 § samt 7 kap. 29 och 29 a §§), liksom reglerna om miljöskadestånd i 32 kap.

len inte förbjuda verksamheten (2 kap. 9 § tredje stycket). Däremot kan det finnas förutsättningar att begära rättsprövning av regeringsbeslutet vid Högsta förvaltningsdomstolen.

Det är inte bara 2 kap. 9 § som kan hindra en åtgärd eller verksamhet på viss plats. Platsvalsregeln, liksom bindande miljökvalitetsnormer (gränsvärdesnormer) kan få en sådan effekt. Ytterligare exempel är föreskrifter till naturreservat eller andra områdesskydd. Omvänt kan en åtgärd eller verksamhet hindras av 2 kap. 9 § miljöbalken, även efter att den accepterats enligt annan lagstiftning, t.ex. i en bearbetningskoncession enligt minerallagen, en detaljplan enligt PBL eller en arbetsplan enligt väglagen. Det är även möjligt att föra civilrättslig talan mot en sådan väg enligt 32 kap. 12 § miljöbalken.¹⁶³

Stoppregeln i 2 kap. 9 § har tre bedömningsled:

- Befaras ”skada eller olägenhet av väsentlig betydelse” (första stycket)?
- I så fall, finns det ändå ”särskilda skäl”, för regeringen, att tillåta verksamheten eller åtgärden (första stycket)?
- Finns det ”risk för att ett stort antal människor får sina levnadsförhållanden väsentligt försämrade eller miljön försämrats avsevärt”? I så fall nås en kvalificerad skadenivå som gör verksamheten eller åtgärden otillätlig (andra stycket).

Utöver dessa regler finns det ett anknyttande fjärde led i 10 § (nedan avsnitt 8.6.2). Regeringen får ge dispens trots att den kvalificerade skadenivån är nådd enligt 9 § andra stycket, dock förutsatt att verksamheten eller åtgärden är av ”synnerlig betydelse från allmän synpunkt” (vi återkommer till den dispensregeln).

Liksom när det gäller försiktighetsmåten är det utövarn som har bevisskyldigheten. Detta gäller vid alla bedömningsled (2 kap. 1 §).¹⁶⁴

”Skada eller olägenhet av väsentlig betydelse”

I det första ledet bedöms om ”skada eller olägenhet av väsentlig betydelse” befaras, trots de försiktighetsmått som är möjliga att kräva med stöd av 2–7 §§. Redan risken är alltså tillräcklig.¹⁶⁵ Människors hälsa är förstås ett viktigt skyddsobjekt, men även ”miljön” som sådan omfattas, t.ex. olägenheter för den

¹⁶³ NJA 2004 s. 88.

¹⁶⁴ Ovan avsnitt 8.4.

¹⁶⁵ ”Kan ... befaras föranleda” (lagtexten).

biologiska mångfalden eller hushållningen med naturresurser eller energi.¹⁶⁶ Såväl bestående inverkan som tillfälliga effekter omfattas av regeln.¹⁶⁷ Vidare ska skadenivån ges en ”absolut innebörd” och inte påverkas av verksamhetens betydelse (denna får däremot betydelse i dispensbedömningar, se nedan).

Det är omöjligt att säga exakt var gränsen ”väsentlig betydelse” ligger. Nivån har knappast förändrats jämfört med vad som gällde tidigare enligt miljöskyddslagen,¹⁶⁸ däremot är som sagt miljöbegreppet vidare i balken. Bedömningen ska ske efter objektiva grunder och ”om en olägenhet är vanligt förekommande i landet under liknande förhållanden” så är den, enligt propositionen, ”normalt inte av väsentlig betydelse”.¹⁶⁹ Samtidigt framhålls att man ska ta hänsyn till lokala förhållanden och till utvecklingen av miljösituationen i stort. Som sägs i miljöbalkskommentaren bör det därför inte vara en tung invändning att liknande olägenheter konstaterats på annat håll, om riskerna är större än man tidigare trott.¹⁷⁰

Trots vagheten i rättskällorna kan sammanfattningsvis sägas att tröskeln i 9 § är hög och detta styrks också av tidigare praxis enligt miljöskyddslagen. Av det stora antalet ärenden som bedömdes enligt den lagen var det mycket få som ledde till förbud. Det är inte heller tanken att 2 kap. miljöbalken (eller motsvarande kravregler i miljöskyddslagen) i första hand ska stoppa verksamheter och åtgärder som påverkar miljön, tvärtom ligger tyngdpunkten i att dämpa påverkan med normalt höga krav enligt hänsynsreglerna. Som det sägs i propositionen: ”Stoppregeln skall alltså kunna tillämpas i sista hand”.¹⁷¹

En viktig fråga vid bedömningen av vad som utgör ”skada eller olägenhet av väsentlig betydelse” är vad detta begrepp ska relateras till.

Exempel: En jordbrukare vill uppodla ny mark och gödsla denna. Den nya verksamheten riskerar att läcka mycket små mängder kväve till ett stort vattenområde, som redan är kraftigt övergött. Det egna befintliga jordbruket bidrar redan med visst läckage, men miljöproblemet i vattnet är ett resultat av påverkan från ett stort kollektiv av källor, främst många jordbruk och flera kommunala reningsverk.

¹⁶⁶ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 237.

¹⁶⁷ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 27.

¹⁶⁸ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 237. Se vidare om innebörd och tillämpning av miljöskyddslagens motsvarande ”stoppregel” i Westerlund 1990, s. 217 ff.

¹⁶⁹ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 27.

¹⁷⁰ Bengtsson m.fl. Miljöbalken (1 jan. 2020), kommentaren till 2 kap. 9 §.

¹⁷¹ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 237. I MÖD 2005:54 konstaterades en minifarm medföra olägenhet av väsentlig betydelse genom bl.a. spridning av flugor och infiltrering av förorenat vatten till grundvattnet, varvid ansökan om förnyat tillstånd avslögs.

Enligt propositionen är det en verksamhets eller åtgärds ”sammanlagda olägenheter” som är avgörande. Det innebär att man i exemplet ovan inte kan bedöma den nya odlingsens befärade förening separat från den befintliga odlingsens. Det är också så att indirekta effekter av en verksamhet omfattas. Om, exempelvis, det vid en tillsrandsprövning av en hamn, som är en vattenverksamhet, det kan bli störningar av den framtida båttrafiken till och från hamnen, så ska även dessa störningar beaktas när man bedömer hamnens risker för skada och olägenhet (trots att båttrafiken som sådan inte är ”vattenverksamhet” enligt miljöbalken).¹⁷²

En anknytande fråga är om man även ska beakta, eller t.o.m. utgå från, miljötillståndet som sådant. I propositionen sägs:

”I vissa fall, t.ex. om en verksamhet medför ytterligare påverkan på ett redan mycket belastat eller ett särskilt känsligt område, behöver påverkan från den aktuella verksamheten inte heller vara så stor i sig för att det skall vara miljömässigt motiverat att förbjuda verksamheten.”¹⁷³

Citatet ovan visar att det befintliga tillståndet i miljön får betydelse. I ett hårt belastat område kan det vara tillräckligt med en ”ringa grad av påverkan” från en viss verksamhet. Det är därför fullt möjligt, men inte helt säkert, att stoppregeln skulle hindra den nya uppodlingen med gödsling i exemplet ovan, även om läckaget av förorenande ämnen från den befintliga och nya odlingsen samtaget anses litet.

I praktiken kan stoppregeln i 9 § skärpa kraven på försiktighetsmått, nämligen när ”skada eller olägenhet av väsentlig betydelse” kan undvikas om högre krav ställs än vad som är ”bästa möjliga teknik” och utövaren medger detta. Det innebär att kostnaden blir högre än vad ett typiskt företag i branschen klarar.¹⁷⁴

Särskilda skäl

Vi övergår nu till det andra ledet i stoppregeln. Även om det är risk för ”skada eller olägenhet av väsentlig betydelse”, ska verksamheten eller åtgärden tillåtas om det finns ”särskilda skäl”. Här ligger alltså ett slags slutavvägning där stor

¹⁷² Prop. 1997/98:45, del 2, s. 27.

¹⁷³ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 238.

¹⁷⁴ Så tillämpades 6 § miljöskyddslagen tidigare, se Westerlund 1990, s. 223 f. Se t.ex. KN B 85/98.

miljöpåverkan ställs mot andra intressen. Den ordinarie miljömyndigheten ska inte bedöma detta, utan måste hänskjuta slutavvägningen till regeringen.¹⁷⁵

Enligt motiven ska det kunna ”visas att verksamheten medför fördelar som från allmän och enskild synpunkt klart överväger skadan”, alltså en betydande nyttoövervikt.¹⁷⁶ Det kan finnas ”särskilda skäl” att tillåta t.ex. en anläggning för behandling av miljöfarligt avfall som måste omhändertas, en kommunikationsanläggning av stor betydelse för infrastrukturen eller en försvarsanläggning.¹⁷⁷ Med tanke på den vaghet som karaktäriserar begreppen ”väsentlig betydelse” och ”särskilda skäl” samt att bedömningen tas över av regeringen, finns kanske en risk för att tillämpningen kan påverkas av politiska värderingar snarare än av rättsäkerhetsprinciper (t.ex. principen om likabehandling).

Den kvalificerade skadenivån

Det tredje ledet i stoppregeln aktualiseras vid mycket stora miljörisiker, alltså en skadenivå som överstiger ”skada eller olägenhet av väsentlig betydelse”. Här är det fråga om att ”ett stort antal människor får sina levnadsförhållanden väsentligt försämrade eller miljöns försämrats avsevärt”. I sådana situationer ska regeringen förbjuda verksamheten, trots att det finns ”särskilda skäl” enligt andra bedömningsledet. Återigen går det inte att klart precisera vad som avses med uttrycket. Vid tillämpningen av 6 § miljöskyddslagen var det endast mycket få fall som bedömdes vara så allvarliga.¹⁷⁸

8.6.2 Regeringsdispens vid kvalificerad skadenivå (10 §)

”Om en verksamhet eller åtgärd är av synnerlig betydelse från allmän synpunkt kan regeringen tillåta denna, även om förutsättningarna är sådana som anges i 9 § andra stycket. Detta gäller dock inte om verksamheten eller åtgärden kan befaras försämrade allmänna hälsotillståndet.

Beslut enligt första stycket får förenas med villkor för att tillgodose allmänna intressen.”

¹⁷⁵ Se närmare 19 kap. 2 § MB och 21 kap. 7 § MB. Detta är en skillnad mot vad som tidigare gällde enligt miljöskyddslagen. Se även nedan avsnitt 23.4 om förhållanden till 32 kap. 12 § MB.

¹⁷⁶ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 27.

¹⁷⁷ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 238 och del 2, s. 27. Även enligt 6 § miljöskyddslagen krävdes en klar övervikt på nytrosidan. Se SOU 1966:65, s. 222, Westerlund 1975, s. 234 och Westerlund 1990, s. 224 f.

¹⁷⁸ Bland dessa finns KN 22/86 (Aspa sulfatfabrik vid Värtern), KN 55/71 (Scanraffs oljeraffinaderi vid Brofjärden i Bohuslänns skärgård) och KN 3/73 (Bolidens metallverk Rönnskärsverken vid Östersjöskusten nära Skellefteå).

Det fjärde och sista bedömningsledet regleras i en egen paragraf. Även om man bedömt att den kvalificerade skadenivån nås enligt 9 § andra stycket, kan regeringen ge dispens i undantagsfall. Verksamheten ska då vara av synnerlig betydelse från allmän synpunkt, t.ex. på grund av sysselsättningen. Motsvarande regel fanns i 6 § miljöskyddslagen.¹⁷⁹ Nyttosidan måste klart överväga olägenheterna.¹⁸⁰ Om det finns fara för att det ”allmänna hälsotillståndet” kan försämrats, får dock dispens inte meddelas. Vad detta innebär är inte tydligt (undantaget har aldrig tillämpats i praktiken). Enligt propositionen är det fråga om att ”människor på orten mer allmänt kan ta skada av föroreningar eller liknande störningar”.¹⁸¹ Allergiska och liknande mer specifika hälsoproblem bör alltså inte omfattas.

¹⁷⁹ Regeringen gav dispens i samtliga de fall som nämns i föregående not.

¹⁸⁰ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 28.

¹⁸¹ A.st.

Hushållningsbestämmelserna

9.1 Hushållningsbestämmelsernas bakgrund och räckvidd

3 och 4 kap. miljöbalken innehåller så kallade "hushållningsbestämmelser". Dessa fungerar, liksom de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap., som grundläggande materiella miljöregler i balken. Skillnaden är att hushållningsbestämmelserna enbart fokuserar på användning av mark- och vattenområden. Detta beror på att reglerna har rötter i plan- och marklagstriftningen, närmare bestämt i den tidigare gällande naturresurslagen. Den lagen var i sin tur en kodifiering av vissa riktlinjer för den statliga fysiska riksplaneringen.¹ Naturresurslagen kritiserades för att vara för vag och på annat sätt oklar. Trots detta överflyttades reglerna i 2 och 3 kap. naturresurslagen, med endast ett fåtal kosmetiska ändringar, till 3 respektive 4 kap. miljöbalken.

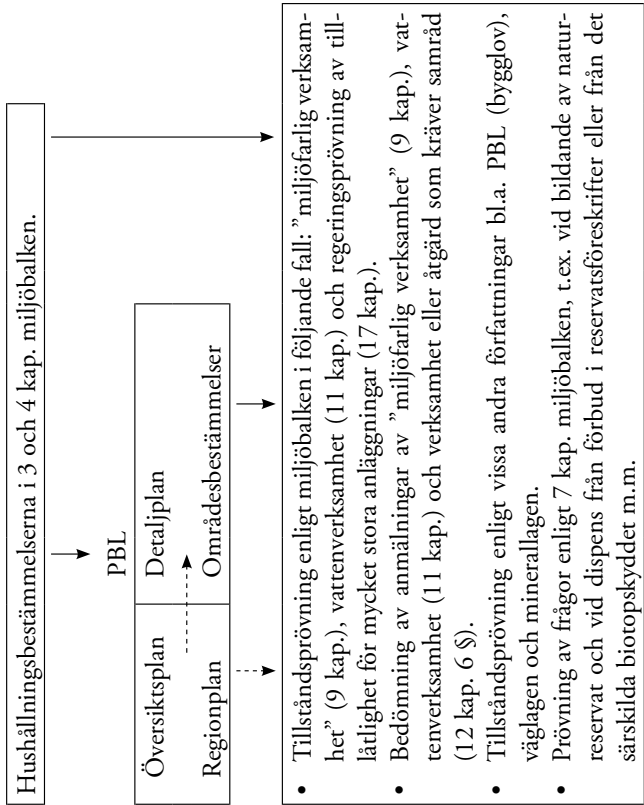
3 kap. innehåller balkens "grundläggande" hushållningsbestämmelser. Dessa omfattar användning av olika typer av mark- och vattenområden, oavsett var i landet dessa finns. 4 kap. har i stället "särskilda" hushållningsbestämmelser. Dessa styr användningen av vissa, i lagtexten angivna, geografiska områden i landet.

Eftersom hushållningsbestämmelserna har influit i balken nästan helt utan ändring, blir rättsläget mycket likt det som tidigare gällde enligt naturresurslagen. Förarbetena till den lagen, liksom praxis, är fortfarande relevanta rättskällor.² Det finns dock en viktig förändring jämfört med tidigare. Hushållningsbestämmelserna ska nu tolkas i ljuset av målregeln i 1 kap. 1 §. Vi återkommer till detta.

¹ Se vidare ovan avsnitt 4.3.3.
² Prop. 1997/98, del 2, s. 29.

9.2 När ska hushållningsbestämmelserna tillämpas?

Hushållningsbestämmelserna ska tillämpas i vissa ärenden enligt miljöbalken: vid frågor som prövas enligt 7 kap. (t.ex. dispens från förbud vid strandskydd, biotopskydd m.m.), tillståndsprövning av "miljöfarlig verksamhet" (9 kap.) och vattenverksamhet (11 kap.), regeringens tillåtighetsprövning enligt 17 kap. samt vissa anmälningsärenden.³ Dessutom tillämpas hushållningsbestämmelserna i ärenden som regleras i andra författningar, såsom plan- och bygglagen. Schematiskt kan hushållningsbestämmelsernas funktion i det miljörättsliga lagssystemet beskrivas på följande sätt.



Den fysiska planeringen enligt PBL har en viktig funktion. Den konkretiserar hushållningsbestämmelserna med hänsyn till lokala förhållandena. Planerna påverkar sedan efterföljande tillståndsprövningar m.m. Översiktsplaner och regionplaner är här vägledande (streckade linjer i figuren) medan detalplaner och områdesbestämmelser är rättsligt bindande (hela linjer i figuren). Den lod-

³ 2 kap. 6 § 2 st. MB.

råta linjen längst till höger visar att hushållningsbestämmelserna som sådana ska bedömas av prövande myndigheter, oavsett om de konkretiserats i en plan eller inte.

Figuren visar att hushållningsbestämmelserna har en stor räckvidd inom miljörätten. Tanken var också, när hushållningsbestämmelserna infördes i naturresurslagen 1987, att de skulle bli som man sa ”gemensamma grundregler” inom miljörätten. Mot den bakgrunden är det otillfredsställande att reglerna är vaga och oklara, eftersom detta tvärtom kan leda till en tillämpning som inte är enhetlig.

Desutom finns det viktiga miljörättsliga beslutssituationer där hushållningsbestämmelserna inte ska tillämpas (2 kap. 6 § andra stycket). Det gäller ibland vid tillsyn av olika slags verksamheter enligt miljöbalken, såsom när en kommunal miljönämnd riktar ett föreläggande mot en person som ska bedriva ”miljöfarlig verksamhet” eller vattenverksamhet, som varken kräver tillstånd eller anmälan. Ytterligare en situation är när enskild eller grupper väcker en civilrättslig talan i miljödomstol om förbud eller försiktighetsmätt enligt 32 kap. 12 § miljöbalken. Det är inte fråga om myndighetskontroll här och därför tillämpas inte heller hushållningsbestämmelserna.

Reglernas räckvidd begränsas också på ett annat sätt. Liksom tidigare ska hushållningsbestämmelserna inte tillämpas mot ”pågående markanvändning”. Det är en viktig generell begränsning som bl.a. betyder att skogsbruk normalt inte berörs eftersom detta i de allra flesta fall anses vara pågående markanvändning.⁴ Inte heller berörs t.ex. befintliga industriens pågående utsläpp av föroreningar. Däremot gäller reglerna för nya verksamheter, med andra ord sådana som rättsligt ses som ”ändrad markanvändning”.⁵

9.3 Grundläggande hushållningsbestämmelser

9.3.1 Tillämpningsområdet

I detta avsnitt behandlas först de typer av mark- eller vattenområden som omfattas av de grundläggande hushållningsbestämmelserna i 3 kap., vilka intressen som främjas och hur så kallade ”riksintressen” regleras. I avsnitt 9.3.2 visas hur konflikter mellan olika intressen hanteras i 3 kap.

⁴ 2 kap. 6 § 2 st. MB. Se även prop. 1985/86:3, s. 14 och 96.

⁵ Jfr nedan avsnitt 22.2.2.

Områdestyperna

De grundläggande hushållningsbestämmelserna i 3 kap. omfattar följande områdestyper:

3 kap. 2–9 §§

Förklaring

”Stora” områden som inte alls eller endast obetydligt är påverkade av ”exploateringsföretag” eller ”andra ingrepp” i miljön.⁶

”exploateringsföretag” (t.ex. industri-anläggningar och trafikleder), men även föreningar och andra ”ingrepp i miljön”.⁷

Områden som är ”särskilt känsliga från ekologisk synpunkt”.⁸

Hit hör t.ex. områden med instabila produktionsförhållanden eller där försättningarna för återväxt är ogynnsamma och områden med utrotningshotade djur- eller växtarter. Vidare omfattas ömtåliga områden som samtidigt utgör genbank eller på annat sätt är särskilt värdefulla från ekologisk synpunkt. Ett viktigt syfte med regeln är att slå vakt om den biologiska mångfalden. Regeln tar dock sikte på små områden, inte t.ex. hela landsdelar som är påverkade av försurning och därför känsliga.⁹

⁶ 3 kap. 2 § MB.

⁷ Jfr prop. 1985/86:3, s. 156 och 171. Se även prop. 1997/98:45, s. 30.

⁸ 3 kap. 3 § MB.

⁹ Prop. 1997/98, del 2, s. 30 f. och prop. 1985/86:3, s. 157.

”Brukningsvärd jordbruksmark” och ”skogsmark som har betydelse för skogsnäringen”.¹⁰

De areella näringarna jordbruk och skogsbruk är enligt lagtexten av ”nationell betydelse”. Derta uttryck är inte detsamma som ”riksintresse”, ett begrepp som ger särskilda rättsverknningar och som behandlas närmare nedan. När det gäller jordbruksmark är syftet endast att motverka ett slags markanvändning, nämligen ”bebyggelse eller anläggningar”. Beträffande skogsmark är syftet däremot att avstyra alla slags åtgärder som kan försvåra skogsbruk, såväl exploateringar (bebyggelse m.m.) som beslut om avverkningsförbud m.m.

Områden som har betydelse för rennärigen, yrkesfisket eller vattenbruk.¹¹

Olika slags hot aktualiseras mot dessa näringar och omfattas av regeln. Bl.a. kan renskötseln försvåras om mineral, vattenkraft eller andra naturresurser får utvinas i ett fjällområde. Yrkesfiske och vattenbruk påverkas t.ex. av var farleder lokaliseras och av föroreningar. Även beslut om att bevara områdena kan hindra eller begränsa de tre näringarna.

¹⁰ 3 kap. 4 § MB.

¹¹ 3 kap. 5 §.

”Mark- och vattenområden samt fysisk miljö i övrigt som har betydelse från allmän synpunkt på grund av deras naturvärden eller kulturvärden eller med hänsyn till friluftslivet.”¹²

Det kan t.ex. vara fråga om områden med ett rikt fågelliv, en ovanlig flora eller flera värdefulla egenskaper som kombinerat innebär ett stort naturvärde.¹³ Regeln, som delvis överlappar reglerna med skydd för stora orörda respektive ekologiskt känsliga områden, riktar mot olika slags exploateringar och liknande åtgärder som hotar skyddsintressena. Även friluftslivet kan ibland skada bevarandevärden. Omvänt kan bevarandet av en känslig ekologi innebära att friluftslivet utestängs och därmed försvåras i ett populärt område.

Områden som innehåller ”värdefulla ämnen eller material”.¹⁴

Här avses fyndigheter av grus och mineral, utvinningsbara torvmossor och andra geografiskt koncentrerade förekomster av samhällsekonomiskt värdefulla resurser. Däremot omfattas inte skog och andra resurser som är allmänt förekommande.¹⁵ Såväl exploateringar o.d. inom områdena, som ett beslut om bevarande (t.ex. att inrätta ett naturreservat) är åtgärder som kan försvåra en framtida utvinning. Regeln omfattar alltså förekomster av olika icke-förnyelsebara resurser.¹⁶

¹² 3 kap. 6 §.

¹³ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 32.

¹⁴ 3 kap. 7 §.

¹⁵ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 33 och prop. 1985/86:3, s. 65.

¹⁶ I betänkandet till naturresurslagen föreslogs en kompletterande regel som krävde särskild återhållsamhet med resurser ”på vilka brist råder eller kan förväntas uppkomma”. Syftet var att främja hushållning och undvika miljöstörningar. Sådana resurser skulle få ”utvinas eller i stor omfattning användas endast om det saknas rimliga möjligheter att tillgodose föreliggande behov genom att befintliga gruvor eller räkter utnyttjas eller genom att redan använt material eller annat ersättningsmateriel används”; Ds Bo 1984:3, s. 64. Förslaget förkastades av regeringen som ansåg att marknadskrafterna borde styra uttagen; prop. 1985/86:3, s. 72. En mer allmänt hållen regel om hushållning med råvaror finns nu i 2 kap. 5 § MB.

Områden som är ”särskilt lämpliga” för anläggningar för industriell produktion, energiproduktion, energidistribution, kommunikationer, vattenförsörjning eller avfallshantering,¹⁷

Här regleras områden som är *särskilt* lämpliga för anläggningar med samhällsviktiga funktioner,¹⁸ såsom blåsiga kustområden för stora vindkraftverk, vattendrag med fallhöjder där vattenkraft effektivt kan utvinna, strategiska ”passager” i landskapet för ledningar och kustplatser med naturliga förutsättningar för djuphamnar.¹⁹

Syftet är dels att hindra beslut som innebär att områdena bevaras för naturskydd o.d., dels att styra bort konkurrerande exploateringsföretag, t.ex. bostäder. Regeln gäller mot åtgärder som ”kan ... försvåra tillkomsten eller utnyttjandet” av en anläggning (alltså även befintliga anläggningar). Uttrycket omfattar även det fallet att områden intill störande anläggningar tas i anspråk, t.ex. att bostäder lokaliseras i närheten av en industri med luftutsläpp.²⁰

¹⁷ 3 kap. 8 §.

¹⁸ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 34.

¹⁹ A.a., s. 75 och 167.

²⁰ A.a., s. 167.

Områden som har betydelse för total- Regeln omfattar områden för olika slag av militär verksamhet, t.ex. skjutfält. I totalförsvaret ingår dock även annat än det militära försvaret, bl.a. beredskaps- och fredstidslagring av energiresurser m.m.²² Återigen kan en försvårande åtgärd vara såväl en konkurrerande exploatering som ett bevarande av området. Bl.a. ligger flera militära skjutfält vid kusten. Dessa områden kan även vara sträcklokaler för flyttfågel. Ett beslut om att skydda fåglarnas rastplats skulle motverka försvarsintresset.

Utöver de särskilda områdestyperna i 3 kap. 2–9 §§ finns regeln i 3 kap. 1 § som gäller *alla* mark- och vattenområden, alltså även sådana som är intressanta för annat slags utnyttjande eller bevarande än som anges i 2–9 §§, t.ex. för placering av bostäder.²³

Sammanfattningsvis omfattar alltså 3 kap. mycket olika intressen, som i huvudsak kan indelas i två kategorier. Det är dels *bevarandevärden* (naturskydd m.m.) som kan *skadas* om exploateringar eller andra ingrepp tillåts. Det är dels vissa *utnyttjanden* (areella näringar, rekreation, industribyggnad, försvarsverksamhet m.m.) som kan *försåras* om andra utnyttjanden tillåts, men också om myndigheter meddelar restriktioner mot att utnyttja området i enlighet med regelns syfte, t.ex. genom föreskrifter i ett naturreservat.

I praktiken är det mycket vanligt att ett mark- eller vattenområde har betydelse för flera av de intressen som regleras i 3 kap. T.ex. finns våtmarker med känsliga och unika arter (3 och 6 §§), men som också innehåller värdefulla torvfyndigheter (7 §). Ett kustområde kan vara en lämplig plats för såväl en industrihamn (8 §) som för ett vindkraftverk (8 §) och ett vattenbruk (5 §).

Endast ”påtagliga” skador och försvåranden kan hindras

En begränsning i 3 kap. är att det normalt endast är ”påtagliga” skador på bevarandevärden respektive ”påtagliga” försvåranden av utnyttjanden som kan

²¹ 3 kap. 9 §.

²² Prop. 1985/86:3, s. 77.

²³ Nedan avsnitt 9.3.2, typfall A.

hindras av reglerna i 3 kap. Regeln om ekologiskt känsliga områden och regeln om jordbruksmark har något annorlunda formuleringar, men det är också här fråga om väsentlig skada på intressena:

3 § gäller mot åtgärder som kan "skada" ekologin. Eftersom det är fråga om ekologiskt *särskilt* känsliga områden kan man förutsätta att redan ett litet ingrepp kan medföra svåra konsekvenser.²⁴

4 § gäller mot "bebyggelse och anläggningar" som kan "tillgodose väsentliga samhällsintressen". Det är alltså främst fråga om betydande fysiska ingrepp, t.ex. bostadsbebyggelse.

Uttrycket "påtagligt" är oklart. I propositionen sägs att "bagatellartad påverkan" utesluts och vidare att åtgärden ska ha "en bestående negativ inverkan på det aktuella intresset" eller "tillfälligt ... mycket stor negativ inverkan på detta".²⁵ Med så oklara direktiv har lagstiftaren bäddat för tolkningsproblem och för dålig förutsebarhet i den praktiska tillämpningen.

Rikssintressen i 3 kap.

Enligt 3 kap. kan ett område vara av "rikssintresse" för ett eller flera av följande näringar och intressen: rennärings och yrkesfiske, naturvård, kulturmiljövård och friluftsliv, utvinning av värdefulla ämnen eller material, lokalisering av anläggningar för industri, för produktion och distribution av energi, för kommunikationer, vattenförsörjning och för avfallshantering samt anläggningar för totalförsäkring.²⁶

Det har betydelse om ett område enligt 3 kap. är av rikssintresse eller inte. Det beror på att rikssintresseområden "skall skyddas" och inte som i normalfallet "så långt möjligt" skyddas.²⁷ Dessutom har rikssintresset en annan viktig rättsföljd. Staten får bryta det kommunala planmonopolet i PBL, bl.a. ska länsstyrelsen överpröva planbeslut som strider mot rikssintressen.²⁸

²⁴ Varken lagtext eller förarbeten förklarar tydligt varför förstärkningsordet "påtagligt" saknas i denna regel. Se dock prop. 1985/86:3, s. 157, som anger att skadan "måste bedömas med utgångspunkt i naturmiljöns känslighet för ingrepp i de olika områdena och ingreppens beskaffenhet".

²⁵ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 30 och prop. 1985/86:3, s. 155.

²⁶ 5–9 §§. Några områdestyper som regleras i 3 kap. är aldrig av rikssintresse i lagens mening, nämligen jordbruksmark, skogsmark och områden för vattenbruk (4 och 5 §§). Detsamma gäller för stora och samtidigt opåverkade områden (2 §) eller ekologiskt särskilt känsliga områden (3 §), men sådana områden kan vara av rikssintresse enligt 6 §.

²⁷ Nedan avsnitt 9.3.2, D-fallen. Se även E-fallen, när flera rikssintressen strider mot varandra.

²⁸ 11 kap. 10 § PBL. Se vidare nedan avsnitt 25.1.3.

Hur *upptår* ett rikssintresse enligt 3 kap.? Dessa regler pekar inte ut, såsom 4 kap., vilka geografiska områden i landet som är rikssintressanta. Lagen har inte heller några generella kriterier för vad som kännetecknar ett rikssintresse. Motiven anyder att området måste vara ganska unikt i landet eller i en region, men uttalandena är inte precisa. Så sägs t.ex. när det gäller 6 § (natur-, kultur- och/eller rekreationsvärden), att området ska ha "få motsvarigheter i landet".²⁹

I motiven förutsattes att statliga sektorsmyndigheter (t.ex. på naturskyddsområdet) skulle precisera vilka områden som är av rikssintresse i visst avseende.³⁰ Så har också skett i praktiken. Myndighetsansvaret regleras i förordningen (1998:896) om hushållning med mark- och vattenområden. Det är Naturvårdsverket som ska bedöma vilka områden som är av rikssintresse för naturvård och friluftsliv, Riksan tikvarieämbetet vilka områden som är av rikssintresse för kulturmiljövård, Trafikverket vilka områden som är av rikssintresse för flygplatser o.s.v. Vid framtagnandet av rikssintresseområden samarbetar de centrala myndigheterna med länsstyrelserna.

Sektorsmyndigheternas beslut är dock *aldrig rättsligt bindande*. Det finns inget lagligt bemyndigande till myndigheterna att fatta sådana juridiska beslut. Huruvida ett område är av rikssintresse eller inte enligt 3 kap. måste därför avgöras i det enskilda fallet. En prövningsmyndighet kan således bedöma att ett område är av rikssintresse trots att det inte är utpekad som sådant av en sektorsmyndighet. Omvänt kan en myndighets rikssintresserförklaring underkännas i en efterföljande prövning.

Exempel: Anta att Naturvårdsverket för trettio år sedan "klassade" en våtmark med rödlistade, sällsynta växter som rikssintressant för naturvård (6 §). Ett energibolag söker tillstånd enligt miljöbalken för att utvinna kraft i vattendraget uppströms våtmarken. Utvinningen skulle medföra att avsevärt mindre vatten tillförs våtmarken och växtligheten skulle då skadas. Energibolagets ekologiska experter påstår att Naturvårdsverkets klassning inte längre är relevant därför att floran har förändrats och numera är trivial. Om domstolen, mot bakgrund av dokumentation, yttranden m.m., anser att bolagets påstående är trovärdigt ska den i prövningen utgå från att området inte är av rikssintresse enligt 6 §.

²⁹ Prop. 1985/86:3, s. 164. 7 § 2 st. avser främst områden med "fyndigheter av sådana ämnen och material som är eller bedöms kunna bli av stor betydelse från försörjningsberedskapssynpunkt för landet"; a.a., s. 166.

³⁰ A.a., s. 161 (5 §), 164 f. (6 §), 166 (7 §) och 169 (9 §).

Slutligen ska framhållas att inte heller ett riksintresse ger något heltäckande skydd. Liksom i normalfallet är det endast *påtagliga* skador och försåvåranden som kan hindras.³¹

9.3.2 Konfliktlösning enligt 3 kap. miljöbalken

I avsnitt 9.3.1 behandlades tillämpningsområdet för 3 kap. miljöbalken. Sammanfattningsvis gäller reglerna generellt för områden av viss karaktär. Man kan också säga att det är vissa intressen som företräds i reglerna. Syftet är att områdena ibland ska skyddas mot åtgärder som kan skada eller försåvårda intressena. Det förutsätts normalt att den negativa effekten (skadan eller försåvårandet) är påtaglig, ett begrepp som är oklart. I detta avsnitt diskuteras frågan hur 3 kap. hanterar *konflikter* mellan olika intressen. Man kan då skilja mellan olika typfall (A–E).³²

A. De ”rena” 1 §-fallen

3 kap. 1 § anger huvudprinciper för hur intressekonflikter ska bedömas. Reglen har på detta sätt egentligen två funktioner, dels att komplettera avvägningskriterierna i 3 kap. 2–9 §§, den funktionen behandlas i nästa delavsnitt (fall B), dels att ta hand om de ”restfall” som inte sorterar under 2–9 §§. Dessa ”rena” 1 §-fall behandlas här. Det kan t.ex. vara fråga om en planerad exploatering av ett område för bostäder. Området kan vara lämpat för detta ändamål, men även för t.ex. ett framtida sjukhus.

3 kap. 1 § har följande formulering:

”Mark- och vattenområden skall användas för det *eller de* ändamål för vilka områdena är mest lämpade med hänsyn till beskaffenhet och läge samt föreliggande behov.³³ Företräde skall ges en sådan användning som medför en från *allmän* synpunkt god hushållning” (kursiverat här).

Några bedömningsgrunder kan utläsas av lagtext och motiv. Långsiktiga behov ska ges stor tyngd.³⁴ En *kombinerad* användning måste alltid beaktas (jämför

³¹ I MÖD 2014:12 (Seminarieparken) ansågs ett beslut om att anta en detaljplan för ny bebyggelse i ett parkområde i Uppsala innebära påtaglig skada på riksintresset för kulturmiljövård. Den nya bebyggelsen skulle medföra irreversibel skada på centrala element i seminariet anläggningen. Den helhet som byggnader, park, trädgård och idrottsplats utgör skulle gå förlorad.

³² Kategoriseringen i detta avsnitt följer den i Michanek 1990, s. 60 ff. men analysen är mer ingående där.

³³ Med ”föreliggande behov” avses dels bevarande, dels förändring jfr prop. 1985/86:3, s. 154.

³⁴ A. st.

lagtexten: ”det eller de ändamål”) och *allmänna* intressen prioriteras framför enskilda om intressena är oförenliga (lagtexten). Även om lagtext och motiv ger viss vägledning, så är styrningen på det hela taget svag. I många konfliktssituationer är det olika allmänna intressen som konkurrerar, intressen som var för sig kan anses tillgodose långsiktiga behov och där kombinerad användning är utesluten. I sådana fall ger 3 kap. 1 § inte något besked.

Avvägningen ska dock alltid ske i belysning av 1 kap. 1 § miljöbalken, som ju anger att balken ”skall tillämpas så att” vissa intressen ”tillgodoses”. Det gäller bl.a. skyddet för människors hälsa och miljön, bevarandet av den biologiska mångfalden och kretsloppsprincipen. För att vara en målregel är formuleringen relativt tydlig (”skall ... tillgodoses”).³⁵ Detta bör innebära att de angivna miljöintressena generellt ska ges större tyngd vid avvägningen enligt 3 kap. 1 § miljöbalken än enligt motsvarande regel i naturresurslagen.³⁶ Trots det kan ibland motstående intressen få betydelse även vid tillämpning av balkens målregel, eftersom denna även innebär att ”balken skall tillämpas så att ... mark, vatten och fysisk miljö i övrigt används så att en från ekologisk, social, kulturell och samhällsekonomisk synpunkt långsiktigt god hushållning tryggas” (våra kursiveringar).³⁷ En likalydande regel fanns tidigare i naturresurslagen (1 kap. 1 §) och enligt motiven till den regeln innefattar begreppet ”god hushållning” att en ”avvägning måste göras mellan å ena sidan intresset av att bevara naturresurser för framtiden och å andra sidan värdet av att ta en resurs i anspråk”.³⁸

B. Fall som rymms under 2–9 §§, utan att riksintressen berörs

Här är det t.ex. fråga om att dra fram en strategiskt viktig väg i ett ekologiskt särskilt känsligt område (3 § och 8 §), att underlätta för rörligt friluftsliv i ett område med stora bevarandevärden (6 §) eller att besluta om förbud mot bostäder i syfte att underlätta framtida utbyggnad av vindkraftverk i området (8 §).

Som framgår av exemplen finns det tre underfall till typfall B. Det kan vara en konflikt mellan intressen som omfattas av olika regler i 3 kap. (B1). Det kan i stället gälla en konflikt mellan olika intressen som omfattas av samma regel (B2). Slutligen finns faller att ett område som omfattas av någon av reglerna i 2–9 §§ ”hotas” av en åtgärd som inte representeras i dessa regler (B3).

³⁵ Ovan avsnitt 7.2.

³⁶ 2 kap. 1 §. Lagtexten var identisk med den i 3 kap. 1 § MB.

³⁷ 1 kap. 2 st. 4.

³⁸ Prop. 1985/86:3, s. 151.

I fallen B1 och B2 är "hotet" representerat i någon av 2–9 §§, däremot inte i fallet B3. Har denna skillnad någon betydelse? Lagtexten i 2–9 §§ är formulerad så att *alla slags* skadande/försvårande åtgärder bör undvikas i området.³⁹ Sannolikt har det ändå någon betydelse i en avvägning om "hotet" är representerat i 2–9 §§. Lagstiftaren har ju därmed *främhallat* dessa intressen framför andra.⁴⁰ En sådan tolkning är desto rimligare om ett område skulle vara av riksintresse för åtgärdens ändamål.⁴¹

I en konflikt mellan olika intressen ska en avvägning göras mellan dessa, detta följer av uttrycket "så långt möjligt" i de olika reglerna. Det finns ingen klar styrning av denna avvägning,⁴² i motiven sägs allmänt att man ska göra samhällsekonomiska överväganden och då beakta regionalpolitiska och sysselsättningspolitiska intressen. Även berörda enskilda intressen ska ges betydelse.⁴³ Av motiven till naturresurslagen kan också utläsas att alternativa platser ska beaktas.⁴⁴ Vidare ska man lägga till bedömningsgrunderna i 1 § – att beakta det långsiktiga perspektivet, möjligheter att kombinera intressen och att prioritera allmänna intressen framför enskilda. Målregeln i 1 kap. 1 § får också betydelse.⁴⁵

I ett mål 2005 om tre vindkraftverk i Sotenäs kommun (Bohuslän) tolkade Miljööverdomstolen 3 kap. 6 § miljöbalken i belysning av 1 kap. 1 § miljöbalken.⁴⁶ Miljööverdomstolen menade att området var "attraktivt med vacker utsikt och av kulturhistoriskt intresse" och att "uppförande av vindkraftverk på platsen skulle medföra en påverkan på landskapsbilden och även på de närmaste omgivningarna på grund av vägdragningar". Området var dock inte av riksintresse och någon påtaglig skada på kulturmiljön ansågs inte uppkomma. I en sammantagen bedömning fann Miljööverdomstolen "att det allmänna intresset att bygga ut vindkraften för att främja en hållbar utveckling (se 1 kap. 1 § miljöbalken) talar för ett bifall till bola-

³⁹ Det är i princip samma funktion som i en fysisk plan enligt PBL, att "reservera" området för viss markanvändning och hindra sådant som kan äventyra genomförandet.

⁴⁰ Prop. 1985/86:3, s. 61. Dep.ch. uttalar: "De verksamheter som tas upp i de följande bestämmelserna i 2 kap. (2–9 §§, vår anm.) ... har där gets försteg framför andra verksamheter och intressen i avvägningssituationer."

⁴¹ Jfr kategori D, konkurrens mellan två riksintressen enligt 10 §.

⁴² Lagrådet ansåg att en så oklar formulering – "så långt möjligt" – för att ange när en avvikelse från skyddet är möjlig, inte är "godtagbar"; prop. 1997/98:45, del 2, s. 462, men synpunkten medförde ingen förändring.

⁴³ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 30 och prop. 1985/86:3, s. 155.

⁴⁴ Prop. 1985/86:3, s. 61 (allmänt, men med vattenbruk, 5 §, som exempel), s. 161 (vattenbruk särskilt), s. 49 f. och 156 (gruvor, råtker och andra exploateringsföretag i opåverkade områden, 2 §), s. 64 och 163 (förändringar i natur- och kulturmiljöer, 6 §).

⁴⁵ Jfr ovan fall A.

⁴⁶ MÖD 2005:66.

gets ansökan vid prövning enligt 3 kap. 6 § miljöbalken. De motsärande intressena är inte av sådan styrka att de utgör hinder för en vindkraftetablering på platsen."

Domstolens resonemang har principiell betydelse. Domstolen anser i målet att utvinning av energi från en förnyelsebar resurs är mer förenlig med "uthållig utveckling" än skyddet för natur- och kulturmiljövärdena. Man bör ändå vara försiktig med slutsatserna. Konflikten med miljövärdena var måttlig. När målet avgjordes i Miljööverdomstolen (men inte tidigare) var dessutom lokaliseringen av vindkrafts- verket förenlig med den kommunala översiktsplanen.

Formuleringen i 4 §, om "brukningsvärd jordbruksmark", avviker från övriga regler.⁴⁷ Sådan mark får tas i anspråk för bebyggelse eller anläggningar endast om det "behövs för att tillgodose väsentliga samhällsintressen och detta behov inte kan tillgodoses på ett från allmän synpunkt tillfredsställande sätt genom att annan mark tas i anspråk". Här kräver alltså redan lagtexten att alternativa lokaliseringar beaktas.⁴⁸ Däremot är det tämligen oklart vad som utgör "väsentliga samhällsintressen".⁴⁹

C. Fall där endast ett riksintresse under 3 kap. berörs

Här antas att ett område är av "riksintresse" enligt någon av reglerna i 3 kap. 5–9 §§. När ett område som är av riksintresse för ett visst ändamål, hotas av en åtgärd, är lagen helt klar i ett avseende: *ingen avvägning* ska ske. Lagen säger att området "skall skyddas" och inte som i B-fallen (normalfallen) "så långt möjligt skyddas". Men för detta "skydd" förutsätts tre saker, nämligen att "hotet" inte utgör "pågående markanvändning",⁵⁰ att försvärandet eller skadan är "påtaglig" samt att området verkligen är av riksintresse.⁵¹

D. Fall med olika, motstridiga riksintressen under 3 kap.

I dessa fall är ett område av riksintresse enligt 3 kap. 5–9 §§ för *flera*, motstridiga intressen. En våtmark kan t.ex. vara av riksintresse för energiorvåkt enligt 7 § och samtidigt för naturvård enligt 6 §. En dalgång kan vara av riksintresse

⁴⁷ Om tillämpningsområdet för 4 §, jfr ovan avsnitt 9.3.1.

⁴⁸ Se även prop. 1997/98:45, del 2, s. 31. Med "tillfredsställande sätt" menar dep.ch. att den alternativa lokaliseringen ska vara "fullt godtagbar från samhällssynpunkt", "tekniskt och funktionellt lämplig samt ekonomiskt rimlig"; a. st.

⁴⁹ Av motiven kan utläsas att bostadsförsörjningen är ett sådant intresse, vilket är förvärande med hänsyn till att bostadsförsörjningen inte är ett intresse som upptas i 3 kap. 2–9 §§. Motiven nämner även exemplet "väl fungerande och lämpliga tekniska försörjningssystem"; prop. 1985/86:3, s. 53.

⁵⁰ Ovan avsnitt 9.2.

⁵¹ Begreppet "påtaglig" är oklart, ovan avsnitt 9.3.1, vid not 25.

för vägdragnings, ledningsdragnings och vindkraftutvinning, intressen som alla omfattas av 8 §. Exempler är många.

Lagen har förutsett dessa situationer. Enligt 3 kap. 10 § ska företrädare normalt ges åt ”det eller de ändamål som på lämpligast sätt främjar en långsiktig hushållning med marken, vattnet eller den fysiska miljön i övrigt”. Rättsläget är detsamma som i A-fallen; styrningen i regeln är svag, men det finns några riktlinjer för bedömningen. Återigen ska avvägningen göras i belysning av målregeln i 1 kap. 1 §.⁵² Vad som också ska tillmätas betydelse vid prioritering av riksintressen är Sveriges internationella åtaganden, t.ex. att en våtmark skyddas enligt våtmarkskonventionen.⁵³

Mark- och miljööverdomstolen avgjorde tre parallella mål 2011 om en vindkraftspark (maximalt 80 vindkraftverk) som skulle placeras i ett område i Jämtland, och som är av riksintresse för såväl vindkraftutvinning (3 kap. 8 §, energiproduktion) som rennärning (3 kap. 5 §). Ett tillstånd till vindkraftsparken skulle kanske betyda att en flyttled för renar i området inte kunde användas. Domstolen framhåller allmänt att ”vindkraft är en förnyelsebar och ren energikälla” som därmed kan ”bidra till miljöbalkens mål om hållbar utveckling enligt 1 kap. 1 §”. Domstolen betonar även kraven på Sverige med anledning av EU:s klimatåtagande och riks- dagens nationella planeringsmål för vindkraften. Domstolen utgår vidare från att vindkraftverk ska etableras på många platser i landet och att det därför är ”särskilt angeläget” att områden av riksintresse för vindkraft kan användas. Den aktuella vindkraftsparken skulle dock inte få utföras på ett sätt som ”äventyrar förutsättningarna för samebarns fortsatta bedrivande av en ekonomiskt bärkraftig rennärning”. Vid avvägningen enligt 3 kap. 10 § ansåg domstolen att vindkraftsintresset skulle ges företräde framför skyddet för flyttleden. Det var dock avgörande för domstolen att, om det visade sig att flyttleden inte längre kunde användas på grund av parken, så skulle renar kunna flyttas med lastbil och stödfodring kunna ske som kompensations för bortfall av bete. Dessa krav ingick därför i ett särskilt prövotidsvillkor i tillståndet.⁵⁴

Ett fall av konkurrens är reglerat särskilt. Om ett visst område är av *riksintresse* för lokalisering av anläggningar för totalförsvaret, så har denna användning enligt 3 kap. 10 § alltid företräde.⁵⁵ En inte ovanlig konflikt i praktiken är placering av vindkraftverk i närheten av militär flygplats. Det ska dock noteras

⁵² Jfr ovan vid typfall A. Se även prop. 1985/86:3, s. 78 f.

⁵³ SÖ 1975:76.

⁵⁴ Mark- och miljööverdomstolens domar 2011-11-23 i mål M 824-11, 825-11 och 847-11.

⁵⁵ Att det bara är riksintressfall som ger totalförsvaret företräde framgår av 10 § jft med 3 kap. 9 § 1 st. respektive 2 st.: ”behövs” för totalförsvaret.

att det inte är totalförsvaret generellt som är av riksintresse, utan ett visst geografiskt område för totalförsvarets verksamhet, en viktig skillnad som inte alltid uppmärksammas i praktiken.

E. Fall med konflikt mellan flera riksintressen, som regleras under 3 respektive 4 kap. miljöbalken

Skillnaden mot D-fallen är att minst ett av de riksintressen som regleras i 3 kap. 5–9 §§ även omfattas av 4 kap. T.ex. kan ett vattendrag vara av riksintresse för utvinning av vattenkraft enligt 3 kap. 8 § och samtidigt vara, inte bara av riksintresse enligt 3 kap. 6 §, utan även ett av de som riksintresse utpekade vattenområdena i 4 kap. 6 §. Enligt 3 kap. 10 § andra stycket har 4 kap. företräde i sådana konflikter mellan kapitlen. En speciell situation är när något av undantagen i 4 kap. 1 § är tillämpligt. Gäller då 3 kap.? Den frågan återkommer vi till (avsnitt 9.4.2).

9.4 Särskilda hushållningsbestämmelser

9.4.1 Särskilda i lagen utpekade områden av riksintresse

I 4 kap. har lagstiftaren anggett att ett antal geografiska områden i landet är av riksintresse.⁵⁶ Den rättsliga osäkerhet som följer av att en specialmyndighet ”klassar” områden som riksintressanta enligt 3 kap., finns alltså inte vid tillämpningen av 4 kap. En annan skillnad mot 3 kap. är att områdena i 4 kap. är av riksintresse enbart för naturvård, kulturmiljövård och/eller friluftsliv, således aldrig för mineralbrytning eller andra exploateringsföretag.

Det är fråga om geografiskt bestämda områden av följande slag:⁵⁷

- områden av stor betydelse för turism och friluftsliv, såsom Hallandskusten och skogs- och sjöområdet Tiveden,
- öröda kuster och skärgårdar, bl.a. Höga kusten i Ångermanland,
- högexploaterade kuster och skärgårdar där det fortfarande återstår i huvudsak öröda delområden, bl.a. vid Gotlandskusten,
- fjällområden med stora bevarandevärden, t.ex. Sarek,
- vattenområden, bl.a. de fyra öröda nationalälvarna Torneälven, Kalixälven, Piteälven och Vindelälven,

⁵⁶ 4 kap. motsvarar den fysiska riksplaneringens områdesanknutna riktlinjer, jfr ovan avsnitt 4.3.3.

⁵⁷ 2–8 §§.

- nationalstadsparker, hitrills endast en sådan; ett stort grönområde i Stockholm,⁵⁸ samt
- särskilda skydds- och bevarandeområden (Natura 2000).⁵⁹

En fråga som inte reglerats tydligt i 4 kap. är områdenas geografiska gränser. Bl.a. innehåller lagtexten formuleringar som ”skärgården i Bohuslän” och ”Sjö- och åslandskapet vid Romeleåsen i Skåne”.⁶⁰ I ett enskilt ”gränsfall” kan det därför vara osäkert huruvida reglerna gäller.⁶¹

9.4.2 Krav och undantag

4 kap. har särskilda krav för de olika områdesslagen i var och en av 2–8 §§. Dessa särskilda krav ska ses tillsammans med ett generellt krav och flera generella undantag i 1 §. Vi återkommer till 1 §.

De särskilda kraven har alltså kopplats till respektive områdesslag. T.ex. är det i princip förbjudet att lokalisera vissa slags stora samhällsviktiga verksamheter som omfattas av 17 kap. miljöbalken till de orörda kustområdena och till de ännu orörda delarna av de högexploaterade kustområdena. Inom dessa områden, liksom i fjällområdena, finns också vissa restriktioner mot olika former av bebyggelse.⁶²

Syftet med 5 § är att bevara den obrutna karaktären i vissa fjällområden. Så som lagtexten är utformad innebär förbuden att ”bebyggelse och anläggningar” får komma till stånd endast om de tillgodoser rennärningen, den bofasta befolkningen, den vetenskapliga forskningen eller det rörliga friluftslivet. När det gäller ”[a]ndra åtgärder” än bebyggelse och anläggningar, t.ex. uppdamning av en älv i syfte att utvinna vattenkraft, innebär 5 § ett hinder om ”områdenas karaktär påverkas”. Den senare, skönmässiga bedömningen ska alltså inte ske ifall t.ex. en ledning, väg eller

⁵⁸ Området Ulriksdal-Haga-Brunnsviken-Djurgården, 7 §.

⁵⁹ Denna bestämmelse i 4 kap. 8 MB behandlas i samband med reglerna om särskilda skydds- och bevarandeområden i 7 kap. MB, nedan avsnitt 12.2.8.

⁶⁰ 2 §.

⁶¹ I prop. 1985/86:3, s. 115 sägs att det inte är lokaliseringen av en anläggning m.m. på viss plats som har betydelse utan dess ”inverkan på riksintresset”. Således skulle reglerna gälla även om en anläggning lokaliserades utanför. Detta uttalande måste man dock bortse från vid tillämpning av vissa av reglerna, där lagtexten är klart snävare än uttalandet i propositionen, såsom i 3 §: ”Inom kustområdena och skärgårdarna ... får anläggningar som avses i 4 kap. 1 § inte komma till stånd.”

⁶² 3–5 §§.

ett vindkraftverk (”anläggning”) ska uppföras. Uttalandena i propositionen stöder denna tolkning.⁶³

Den särskilda regeln för rekreationsområden (2 §) är mer allmänt hållen. Vid prövning av exploateringar och andra ingrepp ska ”turismens och friluftslivets, främst det rörliga friluftslivets, intressen särskilt beaktas”. Tydligare och starkare är skyddet för vissa vattenområden och vattenströkor (t.ex. nationalälvarna), även om det endast gäller för vattenkraftverk eller vattenreglering eller vattenöverledning för kraftändamål, inte andra slags ingrepp. Regeln (6 §) skärptes 2018. Helt nya vattenkraftsprojekt är inte längre tillåtna. Det är däremot möjligt att vidta åtgärder som behövs för att upprätthålla, underhålla eller ändra en befintlig (laglig) anläggning eller verksamhet, förutsatt att ågårderna inte medför någon ökad bestående negativ miljöpåverkan. En tillfällig negativ ökad påverkan är tillåten, t.ex. om det är nödvändigt att torrlägga ett område framför en damm under den period när det sker underhållsarbeten av dammen.⁶⁴

Relativt starkt är även förbudet mot att lokalisera bebyggelse och anläggningar till nationalstadsparker. Detta är möjligt endast om det kan ske ”utan intrång i parklandskap eller naturmiljö och utan att det historiska landskapets natur- och kulturvärden i övrigt skadas”.⁶⁵ Regeln hindrar alltså i princip skador även om de inte är ”påtagliga”, vilket annars är det som normalt krävs enligt hushållningsbestämmelserna. Regelns styrka bekräftades i en dom av Regeringsrätten.⁶⁶

Frågan gällde om trafikleden Norra länken skulle få byggas genom nationalstadsparken i Stockholm. Den största delen skulle gå i en tunnel under parken, men ett visst område av markytan skulle också tas i anspråk och där skada naturvärden av betydelse. Stockholms kommun och regeringen hade först politiskt beslutat att tillåta leden. Därefter beslutade riksdagen om att införa regeln om skydd för nationalstadsparker (då i 3 kap. 7 § natururslagen). I förarbetena uttalades uttryckligen att just Norra länkens dragning genom den planerade nationalstadsparken inte hindrades av den nya regeln.⁶⁷ I den följande rättsliga prövningen enligt PBL antogs detaljplanen för vägprojektet, trots det lagliga förbudet mot ”intrång” och ”skada” (se ovan). Besluren fattades återigen av Stockholms kommun och, efter överklagan-

⁶³ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 39.

⁶⁴ Prop. 2017/18:243, s. 190.

⁶⁵ 7 §. Skyddet försvagades något efter en lagändring (SFS 2009:293). Åtgärder som medför ”ett tillfälligt intrång eller en tillfällig skada” medges under vissa förutsättningar (se vidare lagtexten).

⁶⁶ RÅ 1997 ref. 18.

⁶⁷ Prop. 1994/95:3, s. 45 f.

de, av regeringen. Några grannar berördes av det planerade vägprojektet och som sakägare begärde de rättsprövning i Regeringsrätten. Domstolen upphävde planbeslutet med motiveringen att vägprojektet skulle innebära intrång i nationalstadsparkens naturmiljö. Domstolen satte lagtexten i 7 § framför de otvetydiga, men med lagtexten oförenliga, uttalandena i propositionen.

Det *generella kravet* i 4 kap. 1 § första stycket kompletterar som sagt de särskilda kraven i 2–8 §§ och innebär att inget exploateringsföretag eller annat ingrepp får ske som kan ”påtagligt skada” områdenas natur- och kulturvärden. Regeln fångar alltså upp sådana ingrepp som inte reglerats särskilt i 2–8 §§, t.ex. en vattenrätt i en skyddad vattensträcka enligt 6 §. Begreppet ”påtagligt” är dock lika oklart i 4 kap. som i 3 kap. Avsikten är inte att hindra all skadlig verksamhet, tvärtom tolereras enligt förarbetena ibland bl.a. industrier och areella näringar.⁶⁸ En svaghet i skyddet är också att man enligt motiven ska bedöma skadan med utgångspunkt från de *samlade* natur- och kulturvärdena som finns i *hela* det berörda området av riksintresse.⁶⁹

Frågan om vad som ska ses som ”påtaglig skada” var uppe 1993 i Regeringsrätten vid en rättsprövning av ett regeringsbeslut att tillåta en mycket stor bro (”Vedabron”) och väg vid Höga kusten i Angermanland. Anläggningarna medförde utan tvekan ett stort lokalt ingrepp, men detta ansågs inte innebära en påtaglig skada på riksintesseområdet i sin helhet.⁷⁰

Så till de *generella undantagen* i 4 kap. 1 § andra stycket. Dessa kan med fog ses som stora hål i ”skyddsnetet” i 4 kap. Varken de speciella kraven i 4 kap. 2–6 §§, eller den generella kravregeln i 4 kap. 1 § första stycket får nämligen hindra ”utvecklingen av befintliga tätorter eller av det lokala näringslivet”, inte heller ”utförandet av anläggningar som behövs för totalförsvaret”. Och om ett område under 4 kap., t.ex. ett fjällområde ”skyddat” enligt 5 §, dessutom är av riksintresse enligt 3 kap. 7 §, för mineralbrytning el. dyl., så hindras inte en exploatering om det finns ”särskilda skäl”.

Undantaget för ”utvecklingen av befintliga tätorter eller av det lokala näringslivet” är problematiskt. I propositionen anses utveckling av befintliga tätorter

⁶⁸ Enligt dep.ch. ”bör ... anläggningar inom huvudparten av industrins olika grenar kunna tillåtas i flertalet av områdena, under förutsättning att lokaliserings- och utformningsfrågorna behandlas med tillräcklig omsorg”, och vidare vill dep.ch. ”betona att bestämmelserna inte hindrar ett normalt jord- eller skogsbruk inom huvuddelen av områdena”; prop. 1985/86:3, s. 172.

⁶⁹ A.a., s. 171 f.

⁷⁰ RÅ 1993 not 550.

vara ”förändringar av bebyggelse och anläggningar som behövs med hänsyn till normal befolkningsutveckling, förändringar i bostadsstandarden, behovet av trafikleder, grönområden, service, sysselsättning etc.” Med utveckling av lokalt näringsliv avses en ”tillväxt i befintliga näringsgrenar eller tillkomst av nya verksamheter i en omfattning som innebär att det finns tillräckliga sysselsättningsstillfällen för befolkningen”. Man ska också ta hänsyn till den befintliga näringslivsstrukturen och tätortsstorleken.⁷¹ Lagtexten och propositionen anvisar alltså en mycket vid undantagsregel.

Det är ingen tvekan om att regeln öppnar för ett stort antal skadliga exploateringar. T.ex. skulle det kunna vara tillåtet enligt 4 kap. 1 § andra stycket att bygga vägar i fjällområden som är ”skyddade” enligt 5 §, eller urned kuster som faller under 4 § (t.ex. Höga kusten), om vägen utgör del i utvecklingen av lokal turistnäring. Ett nytt kraftvärmeverk, med utsläpp av tungmetaller och försurande ämnen, kan behövas för att tillgodose energibehovet i en växande tätort. Vattenkraftsutbyggnad kan ses som ”lokalt näringsliv” i stora delar av Norrland och vad är i så fall skyddet för nationalälvorna i 6 § värt? De enda slag av områden som klarar sig är nationalstadsparker och Natura 2000-områden (7 och 8 §§). Undantagen gäller inte för dessa.

Det är anmärkningsvärt att undantagen för lokalt näringsliv och befintliga tätorter är så oprecist avgränsade och samtidigt att reglerna inte medger någon avvägning mot miljövärdena.⁷² Åtgärden hindras aldrig enligt 4 kap., inte ens om nyttan är liten och skadorna katastrofala.

Vad som nu sagts innebär dock *inte* ”grönt ljus” för ett projekt. Flera andra rättsliga miljökrav gäller parallellt, bl.a. de allmänna hänsynsreglerna i miljöbalken och där exempelvis platsvalsregeln i 6 §. Vidare är det ofta så att området är av riksintresse för bevarande även enligt de grundläggande hushållningsbestämmelserna i 3 kap. miljöbalken.

Anta att några i huvudsak orörda skärgårdsöar utanför en tätort omfattas av uppräkningen av områden i 4 kap. 2 §. Skärgårdsmiljön har höga naturvärden, den är relativt lugn och av stor betydelse för tätortsbornas behov av rörligt friluftsliv. Öarna är av riksintresse ”med hänsyn till de natur- och kulturvärden som finns i områdena” (jfr 4 kap. 1 § första stycket). En ny sexflig genomfartsled planeras i utkanten av tätorten för att leda undan trafik från centrum och för att förbättra kommunikationerna med vissa förorter. Vägbygget skulle innebära att skärgårdsöarna delvis exploateras, att stora broar byggs mellan öarna samt att buller och luftföroreningar

⁷¹ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 36 f.

⁷² Däremot ska avvägning ske när det är fråga om en konflikt mellan 4 kap. och 3 kap. 7 § (mineralutvinning m.m.). Detta ligger i begreppet ”särskilda skäl”.

från vägtrafiken skulle spridas till naturen i omgivningen. Anta vidare att det råder enighet om att skadan på naturvärdena skulle bli påtaglig, men också om att vägen utgör en utveckling av den befintliga tätorten och att undantagsregeln i 4 kap. 1 § första stycket därmed är tillämplig. På grund av de höga naturvärdena har Naturvårdsverket (helt riktigt) beslutat att öarna ska ses som riksintresse även enligt 3 kap. 6 §. Även i förhållande till denna regel bedöms skadan bli påtaglig.

I exemplet ovan hindras ingreppet på grund av 3 kap. 6 §. I 3 kap. finns inte någon undantagsregel motsvarande den i 4 kap. 1 §. Rättsläget blir dock delvis ett annat om ett område är av riksintresse även med hänsyn till vissa exploateringsintressen enligt 3 kap.

Anta nu att den korridor i landskapet där vägen är tänkt att dras fram är sträckt mycket lämplig med hänsyn till befintliga och planerade bostäder och industriområden. Alternativen är få och klart sämre från trafiksynpunkt. Korridoren bedöms därför vara av riksintresse för kommunikationer enligt 3 kap. 8 §.

I en situation där det finns flera konkurrerande riksintressen enligt 3 kap. 5–9 §§ aktualiseras som sagt 3 kap. 10 § första stycket miljöbalken. En avvägning ska ske mellan dessa riksintressen (i exemplet enligt 3 kap. 6 och 8 §§). Enligt regelns andra stycke får resultatet av avvägningen ("beslutet") inte "strida mot bestämmelserna i 4 kap.". Den formuleringen kan inte läsas så att undantagen i 4 kap. 1 § första stycket kan slå ut ett skydd enligt 3 kap. Om avvägningen enligt 3 kap. 10 § första stycket i exemplet utfaller så att skärgårdsöarna inte får exploateras på grund av ett starkare riksintresse i 3 kap. 6 §, så kan vägbygget inte heller tillåtas med stöd av undantaget i 4 kap. 1 § första stycket. Enligt lagtexten gäller dessa undantag i förhållande till restriktioner enligt 1 § "första stycket och 2–6 §§", således endast krav som regleras i vissa regler i 4 kap. Det är också logiskt att 3 kap. blir ett skydds nät när "falluckan" öppnas i 4 kap. 1 § andra stycket, eftersom syftet med 4 kap. inte gärna kan vara att ge de geografiskt bestämda områdena ett *svagare* rättsligt "skydd" än vad som kan uppnås med en tillämpning av de *grundläggande* hushållningsbestämmelserna i 3 kap.⁷³

⁷³ Se även Torp 1995.

9.4.3 Havspanaler

År 2014 antog EU det så kallade havspanaleringsdirektivet,⁷⁴ i syfte att på unionsnivå hantera konkurrensen om marina områden, för sjöfart, fiske, etablering av vindkraftverk m.m. Regeringen ska, enligt 4 kap. 10 §, och med hjälp av Havs- och vattenmyndigheten, besluta om havspanaler för Bottniska viken, Östersjön och Västerhavet. Havspanaler är instrument för statlig planering av hushållning av havsområden. Länsstyrelserna har sedan ett särskilt ansvar för att havspanalerna beaktas i planerings- och beslutsprocesser.⁷⁵ Havspanalerna gäller från en nautisk mil från baslinjen till den yttersta gränsen för Sveriges ekonomiska zon.⁷⁶ Havspanaler kan således överlappa kommunal planering enligt PBL som sker på territorialhavet, men inte vattenmyndigheternas planering med utgångspunkt från ramdirektivet för vatten.⁷⁷ Användningen av kontinentalsockeln omfattas av havspanaler.⁷⁸ Havspanaler ska omfatta inte bara havet utan även utrymmet ovanför havsytan, liksom havsbotten och underliggande jordlager.⁷⁹ Planerna kan därmed inverka på många olika slags verksamheter, såsom fiske, sjö- och luftfart, utvinning av mineral m.m. från havsbotten och lokalisering av vindkraftverk och andra energianläggningar i havet. Havspanalerna är endast vägledande, men regeringen kan enligt 4 kap. 10 § andra stycket meddela bindande restriktioner för att uppnå syftet med en havspanal.

⁷⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/89/EU av den 23 juli 2014 om upprättandet av en ram för havspanaler (havspanaleringsdirektiv). Se också FN:s havsriktskonvention, UNCLOS, SÖ 2000:1 och Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/56/EG av den 17 juni 2008 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på havsmiljöpolitikens område (Ramdirektivet om en marin strategi), EUT L 164/19.

⁷⁵ 3 § förordningen (1998:896) om hushållning av mark- och vattenområden.

⁷⁶ Regeln gör undantag för enskilda fastigheter som sträcker sig längre ut än 1 nautisk mil från kusten (i praktiken mycket långgrunda områden). Gränsen mellan enskilt och allmänt vatten fastställs närmare i lagen (1950:595) om gräns mot allmänt vattenområde. Gränserna för Sveriges ekonomiska zon framgår av förordning (1992:1226) om Sveriges ekonomiska zon.

⁷⁷ Ramvattendirektivet är endast tillämpligt i havet en nautisk mil från kusten. Se vidare avsnitt 10.4.

⁷⁸ Lagen (1966:314) om kontinentalsockeln och kontinentalsockelförordningen (1966:315).

⁷⁹ Prop. 2013/14:186, s. 33.

Miljökvalitetsnormer, åtgärdsprogram och adaptiv vattenplanering

10.1 Inledning

Svenska regler om kontroll av föroreningar inriktades länge mot att dämpa utsläpp och andra påverkande aktiviteter vid varje enskild källa. 1969 års miljöskyddslag hade den funktionen.¹ Som beskrivs i den allmänna delen i denna bok är det dock inte långsiktigt hållbart att enbart lita till en rättslig kontroll av störningskällor, oavsett om den sker genom myndigheters individuella prövning och kontroll (som vid ”miljöfarlig verksamhet”) eller med generella utsläppsgränser uttryckta i en författning (som i en EU-förordning om typgodkännande av motorfordon).² Man behöver därutöver en rättslig kontroll som *utgår* från miljön (recipienten), såsom vattnet eller luften, och som bestämmer en gräns för vilken kvalitet som miljön minst måste ha. Miljökvalitetsnormer har en sådan funktion. De skapar i princip ett tak för påverkan från olika källor. Eftersom normen gäller för kollektivet miljöpåverkare måste det dock ske en rättslig ”operationalisering” som innebär att krav kan fördelas mellan och genomföras mot de individuella källorna. Denna operation, genom så kallade åtgärdsprogram, är rätstekniskt delvis problematisk.³

Miljökvalitetsnormer och andra regler om miljökvalitet har länge varit centrala skyddsinstrument inom EU-miljörätten. Flera direktiv med miljökvalitetsnormer antogs redan i mitten av 1970-talet, för att ange kvalitetsgränser för badvatten, yrråvatten (dricksvatten) sötvatten (med koppling till fisk) och

¹ Ändå diskuterades gränsvärden i form av system av emissions- och immissionsgränser i förarbetena till 1969 års miljöskyddslag. Diskussionen stannade dock vid att enbart föreslå att Naturvårdsverket skulle ange riktvärden och rekommendationer. Rättsligt bindande normer skulle undvikas; prop. 1969:28, s. 219 f.

² Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 715/2007 av den 20 juni 2007 om typgodkännande av motorfordon med avseende på utsläpp från lätta personbilar och lätta nyttofordon (Euro 5 och Euro 6) och om tillgång till information om reparation och underhåll av fordon, EUT L 171/2007.

³ Nedan avsnitt 10.3.4.

skaldjursvatten. Ett särskilt direktiv reglerade högsta förekomst av vissa farliga kemiska ämnen i vatten.⁴ Sedan 2006 har EU även haft miljökvalitetsnormer för grundvatten.⁵ Ett mycket omfattande ramvattendirektiv antogs år 2000.⁶ Vi återkommer till detta.

EU-rätten innehåller även luftkvalitetsnormer för olika ämnen, bl.a. kvävedioxid, svaveldioxid, bly och partiklar.⁷ Det finns ett särskilt direktiv med kvalitetsnormer för buller.⁸

Samtliga nu nämnda direktiv är minimidirektiv.⁹ Flera av dem har kommit till av hälsoskäl snarare än av miljöskäl. I Sverige infördes motsvarande gränsvärden för luftkvalitet under 1990-talet främst genom hälsoskyddslagstiftningen, men då fanns inget rättsligt system för genomförande av normerna.¹⁰ Vissa gränsvärden i EU-direktiv saknade länge motsvarighet i svensk lagstiftning. En systematisk reglering av miljökvalitetsnormer kom först med miljöbalken 1999, närmare bestämt i 5 kap.

Detta kapitel är disponerat på följande sätt. Först behandlas olika slags miljökvalitetsnormer och deras funktion (10.2). Därefter diskuteras det ganska komplexa genomförandet av miljökvalitetsnormer (10.3) i samband med planläggning enligt PBL och vid kontroll genom tillståndsprövning m.m. av enskilda verksamheter och åtgärder. Genomförandet är som sagt också kopplat till särskilda åtgärdsprogram. Ramvattendirektivet tas upp i det sista delavsnittet (10.4). Direktivet är i hög grad kopplat till både miljökvalitetsnormer och åtgärdsprogram, men eftersom direktivet har ett eget utvecklat system med adaptiv planering (förvaltning) av vattenförekomster, vill vi redogöra för det enhetligt, i ett särskilt avsnitt. Det är oundvikligt med en del överlappningar mellan delavsnitten, men genom våra korshänvisningar bör missförstånd undvikas.

⁴ Dessa kvalitetsnormer regleras numera i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/105/EG av den 16 december 2008 om miljökvalitetsnormer inom vattenpolitikens område, EUT L348/84.

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/118/EG av den 12 december 2006 om skydd för grundvatten mot föroreningar och försämring, EUT L372/19.

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60 av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område, EGT 327/1 (ramvattendirektivet).

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/50/EG av den 21 maj 2008 om luftkvalitet och renare luft i Europa, EUT L152/1, (luftkvalitetsdirektivet).

⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/49/EG av den 25 juni 2002 om bedömning och hantering av omgivningsbuller, EGT L189/12, (bullerdirektivet).

⁹ En medlemssat får ha strängare krav i den nationella lagstiftningen.

¹⁰ Den enda direkta rättsverkan som inträdde vid överskridna miljökvalitetsnormer var att mätning skulle ske; 14 a § hälsoskyddslagen.

10.2 Tillkomsten av miljökvalitetsnormer och olika kategorier av sådana

Miljökvalitetsnormer enligt 5 kap. miljöbalken kan utfärdas för hela landet eller för avgränsade områden, t.ex. ett starkt trafikerat område i en storstad eller en havsvik i en jordbruksbygd. De administrativa gränserna för kommuner och län är inte avgörande. Det är också möjligt att utfärda miljökvalitetsnormer generellt för typer av områden, t.ex. viss biotop.¹¹

Svenska miljökvalitetsnormer kan antas för att uppfylla våra egna nationella miljökvalitetsmål, eller med lagtextens ord: ”för att varaktigt skydda människors hälsa eller miljö eller för att avhjälpa skador på eller olägenheter för människors hälsa eller miljö”.¹² Regeringen (genom förordning) får utfärda sådana normer, däremot inte någon myndighet. Miljökvalitetsnormer kan även antas för att överföra EU-rättens miljökvalitetsnormer till svensk rätt. I dessa fall kan regeringen välja att delegera till Naturvårdsverket, Havs- och vattenmyndigheten eller annan myndighet att besluta om normerna.¹³ De flesta av våra nu gällande miljökvalitetsnormer är en direkt överföring av motsvarande siffrvärden i EU-rättsliga direktiv.

Flera svenska författningar överför ramvattendirektivet, bl.a. miljöbalken och vattenförvaltningsförordningen (2004: 660). Vidare regleras vattenkvalitet i förordningen (2001:554) om miljökvalitetsnormer för fisk- och musselvatten och badvattenförordningen (2008:218). Luftkvalitetsförordningen (2010:477) överför EU:s luftkvalitetsdirektiv.¹⁴ Förordningen (2004:675) om omgivningsbuller överför bullerdirektivet.

Miljökvalitetsnormer kan reglera olika typer av miljökvalitet. Normen kan avse förekomsten av kemiska produkter (tungmetaller, kväve, syre m.m.) eller biotekniska organismer,¹⁵ buller, strålning eller liknande störningar, liksom vattenstånd och vattenflöden, något som kan vara av stor betydelse för t.ex. livsmiljöerna i en våtmark nedströms en kraftverksdam.

5 kap. 2 § anger fyra typer av miljökvalitetsnormer. En kategori är *gränsvärdesnormer* (första punkten). Dessa är rättsligt bindande vid beslut om

¹¹ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 42.

¹² 5 kap. 1 § MB. Enligt motiven bör en konsekvensanalys göras innan en miljökvalitetsnorm som inte krävs enligt EU-rätten införs; prop. 1997/98:45, del 1, s. 255.

¹³ Så är det ordnat med kvalitetsnormerna för god vattenstatus, se vidare nedan avsnitt 10.4.1.

¹⁴ Se även Luftvårdsförordningen (2018:740) om myndigheters mätning, kontroll m.m.

¹⁵ 14 kap. 2 och 3 §§ MB definierar kemiska produkter resp. biotekniska organismer.

enskilda verksamheter enligt miljöbalken, detta utvecklas närmare nedan. Gränsvärdena kan bestå av ”föreningensnivåer eller störningsnivåer”.¹⁶ Nivån kan motsvara ett högsta tillåtna värde (t.ex. mängden partiklar i luft), eller ett minsta tillåtna värde (t.ex. syrehalt i vatten). Det måste också anges vid vilken tidpunkt gränsvärdet senast ska klaras. Flera tidpunkter möjliggör en etappvis skärpning av kraven.

En viktig och i praktiken ofta svår fråga är att bestämma nivån i gränsvärdesnormer (liksom i andra slags miljökvalitetsnormer). Nivån ska motsvara vad ”människor kan utsättas för utan fara för olägenheter av betydelse eller som miljö eller naturen kan belastas med utan fara för påtagliga olägenheter”. När syftet är att enbart skydda miljö är alltså toleransnivån högre. Bedömningen av vilken ambitionsnivå miljökvalitetsnormen ska motsvara får enbart utgå från kunskaper om vad människan och naturen tål utifrån vetenskapliga kriterier och utan hänsyn till tekniska och ekonomiska förhållanden.¹⁷ Dock utgör EU-rättens bindande miljökvalitetsnormer alltid en miniminivå.

En gränsvärdesnorm ger aldrig rätt att förorena eller störa upp till den angivna nivån. Denna är ett minimikrav. Det innebär att krav mot en enskild verksamhet eller åtgärd enligt bl.a. hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken gäller parallellt med miljökvalitetsnormen. Skyldigheten att använda ”bästa möjliga teknik” vid yrkesmässig verksamhet är således huvudregel även när en miljökvalitetsnorm inte överskrids.¹⁸

Nästa kategori miljökvalitetsnormer är *målnättningsvärden* och *riktvärden* (andra punkten). Även här kan anges nivåer, men dessa är inte direkt rättsligt bindande, såsom vid gränsvärden. Det är i stället fråga om värden ”som skall eftersträvas eller som inte bör” överskridas respektive underskridas.¹⁹ Däremot kan det vara en överträdelse av dessa slags miljökvalitetsnormer att inte göra något eller att tillåta kontraproduktiva åtgärder.²⁰

En tredje kategori är normer med *bioindikatorer* (tredje punkten). Här handlar det om ”förekomst i yt- eller grundvatten av organismer som kan tjäna till

¹⁶ Detta uttryck i lagtexten är inte väl valt med hänsyn till att begreppen förening och störning leder tanken till mänskliga aktiviteter, medan miljökvaliteten även påverkas av naturliga förhållanden. 1 prop. 1997/98:45, del 1, s. 253 framhåller dock att normerna inte ska reglera vad som är tillåtet att släppa ut utan ange den miljökvalitet som skall finnas. Jfr Gipperth 1999, s. 169 f.

¹⁷ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 252. Tekniska och ekonomiska aspekter får däremot betydelse vid genomförandet av normen; a. st.

¹⁸ 2 kap. 3 § MB.

¹⁹ Sådana ”mjukare” värden finns även i EU-rätten.

²⁰ Se nedan avsnitt 10.3.2.

ledning för bedömning av tillståndet i miljön”, t.ex. förekomst av en viss art av alger i vatten.

Slutligen kan miljökvalitetsnormer antas för att genomföra *de krav i övrigt på kvaliteten på miljön som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen* (fjärde punkten). Den öppna formuleringen innebär att Sverige kan välja att införa miljökvalitetsnormer för mycket olika slag av EU-rättsliga miljökrav, såsom ”gynnsam bevarandestatus” enligt livsmiljödirektivet.

Som framgått ovan är gränsvärden rättsligt bindande, nivån måste klaras, medan målsättningsvärden och riktvärden inte medför denna strikta bundenhet till nivån. Denna skillnad tydliggörs i lagtexten till 5 kap. 2 § (första och andra punkterna). Av lagtexten framgår däremot inte uttryckligen vilken rättsverkan som följer av miljökvalitetsnormer som utgör indikatorer eller som följer av EU:s miljökrav i övrigt (tredje och fjärde punkterna). Här får man bedöma frågan från fall till fall. Som visas nedan (avsnitt 10.3.3) har så kallade ekologiska miljökrav för vatten, som baseras på fjärde punkten, getts en rättsligt bindande verkan (se 5 kap. 4 §).

10.3 Genomförandet av miljökvalitetsnormer

10.3.1 Utgångspunkter

Genomförandet av miljökvalitetsnormerna regleras dels i miljöbalken och dels i flera andra författningar och rättsläget varierar beroende på vilken situation det är fråga om. Genomförandet är på det hela taget rätts tekniskt komplicerat.²¹ Grundproblemet är att miljökravet i sig inte anger vad var och en ska göra om gränsen överskrids, normen saknar alltså direkt rättslig verkan mot de enskilda miljöpåverkarna.²²

En särskild komplikation ligger i att verkligheten ofta är komplex. Typiskt i samband med förorening är att flera verksamhetsutövare belastar miljön i ett område, vissa av dessa på ett diffust sätt (trafik, jord- och skogsbruk, fiske m.m.). Även verksamhet i andra länder kan påverka hur normen följs. Vidare är miljökravet beroende av naturliga händelser som människan inte kan påverka, t.ex. väder och vind.²³ Att kontrollera miljökravet genom mät-

²¹ Se vidare Michanek m.fl. 2016. Se även den mer detaljerade, rättsliga analysen i Olsen Lund 2015.

²² Miljökravet i sig inte knuten till straffrättsliga sanktioner.

²³ Jfr Gipperth 1999, s. 184 om icke-linjära och oförutsägbara faktorer vid genomförandet av de svenska reglerna. Se även den mer principiella diskussionen i a.a., kap. 3.

ningar är därför en viktig åtgärd för myndigheterna enligt såväl EU-rätten som den svenska lagstiftningen.²⁴

Grundregeln för genomförandet finns i 5 kap. 3 § miljöbalken. Det är *myndigheter och kommuner* som på olika sätt ska ”ansvara för att miljökrav följs”. Denna regel kräver alltså inte direkt att enskilda ska följa normen. Dessa träffas i stället i ett senare led, när domstolar och myndigheter formulerar krav som grundar sig på en miljökravets norm. Detta sker ofta i samband med att 2 kap. miljöbalken tillämpas i enskilda ärenden.

2 kap. miljöbalken och en miljökravets norm inverkar vid *tillsändsprövning* av ny eller ändrad verksamhet, liksom vid omprövning av äldre tillstånd och villkor.²⁵ Eftersom miljökravets normer ofta rör en situation där flera verksamheter belastar miljön, kan det vara kostnadseffektivt att flera utövare vidtar gemensamma åtgärder. Sådana lösningar kan regleras i tillstånd och villkor efter så kallad ”grupprövning” enligt miljöbalken.²⁶ Grupprövning kan leda till att förutsättningarna för att följa en miljökravets norm ökar.

Vidare har myndigheterna ett ansvar att se till att normen följs av verksamheter som inte tillståndsprövas, med andra ord i anmälningssärenden och vid *tillsyn* i övrigt. Myndigheten kan t.ex. förelägga om att skyddsåtgärder ska vidtas för att minska kväveläckage till en sjö i samband med en förestående skogsavverkning, i syfte att följa en vattenkravets norm för kvävehalt. Detta är ett förvaltningsbeslut i ett enskilt fall.

Ibland är det lämpligare att meddela *generella föreskrifter* (normgivning) med miljökrav som riktas till ett kollektiv. Generella föreskrifter kan antas för att följa luftkravets normer. Det kan t.ex. handla om att generellt begränsa småskalig vedeldning i en ort för att följa en norm för bensen i luften eller att generellt förbjuda användning av dubbdäck på Hornsgatan i Stockholm för att klara kvalitetsnormen för partiklar. På motsvarande sätt kan krav i generella föreskrifter riktas mot t.ex. areella näringar (gödslingskrav m.m.) eller enskilda avlopp (reningskrav) i syfte att följa vattenkravets normer.

I de följande delavsnitten (inom 10.3) behandlas situationen att en miljökravets norm överträds eller riskerar att överträddas. Uppgiften för myndigheterna och kommunerna är som sagt att se till att normen följs. Vi skiljer mellan olika situationer. Först behandlas miljökravets normens inverkan vid *planläggning*

²⁴ 5 kap. 9 § MB. Se även 26 § luftkravets förordningen samt Naturvårdsverkets föreskrifter (NFS 2010:8) om kontroll av luftkvalitet.

²⁵ Myndighet kan initiera en omprövning tidigare än tio år efter förra tillståndsbeslutet bara under vissa förutsättningar. En sådan är att ”verksamheten med någon betydelse medverkar till att en miljökravets norm överträds”; 24 kap. 5 §, 1 st. 2 MB.

²⁶ 16 kap. 8 § MB.

enligt PBL. Sedan diskuteras vad som gäller gentemot en *enskild utövare* i olika situationer. Därpå redogörs för åtgärdsprogram, som syftar till att samordna genomförandet av miljökvalitetsnormer i förhållande till ett *kollektiv* av miljöpåverkare. Avsnittet avslutas med det omvända perspektivet, nämligen med utgångspunkt från de *enskilda vars hälsa påverkas* av föroreningar och andra störningar. Vilken rätt till miljökvalitet innebär miljökvalitetsnormer för dessa personer (och miljöorganisationer), mot bakgrund av internationell rätt och EU-rätt?

10.3.2 Planläggning enligt PBL

Vid planläggning (och även vid prövning av bygglov m.m.) enligt PBL ska miljökvalitetsnormer "följas".²⁷ Denna regel gäller vid beslut om alla slags planer enligt PBL.²⁸ Planerna kan konkretisera hur exempelvis bebyggelse och trafikanläggningar ska utvecklas i ett område utan att komma i konflikt med miljökvalitetsnormerna.

Det är kommunerna som primärt ansvarar för fysisk planering (kommunala planmonopolet). Om en kommun planlägger utan att iakttä miljökvalitetsnormer ska dock (den statliga) länsstyrelsen påtala bristen under planprocessen, i samband med granskning av planförslag. Om kommunen ändå antar en plan som innebär att en miljökvalitetsnorm inte följs, ska (inte får) länsstyrelsen överpröva och upphäva beslutet, förutsatt att detta avser en detaljplan eller områdesbestämmelser.²⁹ Däremot saknas motsvarande maktmedel vid beslut om översiktsplan och regionplan.

Reglerna i PBL gör ingen skillnad mellan gränsvärden och andra slags miljökvalitetsnormer. Som lagtexten är utformad är alltså länsstyrelsen skyldig att överpröva beslut om detaljplan eller områdesbestämmelser som medför att miljökvalitetsnormer med t.ex. målsättningsvärden (eller riktvärden) för buller, inte följs. Konstruktionen bäddar för bedömningssvårigheter eftersom gränsen i sig i ett målsättningsvärde inte är rättsligt bindande. Ett sådant planbeslut ska enligt vår mening överprövas om det innebär att kommunen inte ens kan anses sträva efter att följa normen,³⁰ t.ex. om planen skulle släppa fram verksamhet

²⁷ 2 kap. 10 § PBL.

²⁸ PBL har fyra huvudtyper av planer, dels översiktsplan och regionplan, som inte är rättsligt bindande, dels detaljplan och områdesbestämmelser, som är rättsligt bindande. Planläggning enligt PBL behandlas i avsnitt 25.1.3.

²⁹ 11 kap. 10 § PBL.

³⁰ Jfr definitionen i 5 kap. 2 § 1 st. 2: "föroreningsnivåer eller störningsnivåer som skall eftersträvas".

som ökar belastningen och därmed försämrar kvaliteten i ett område där normen idag inte följs.

PBL ger kommunen rätt att själv i detaljplan införa gränsvärden för luftföroreningar och liknande störningar, något som utnyttjas mycket sällan i praktiken.³¹ Denna möjlighet regleras helt separat från miljöbalkens regler om miljökvalitetsnormer.

10.3.3 Genomförande av miljökvalitetsnormer mot enskilda verksamheter och åtgärder

I bokens kapitel 8 behandlas de allmänna hänsynsreglerna. Dessa tillämpas mot enskilda i olika situationer, bl.a. vid tillståndsprövning och tillsyn. En grundregel är att försiktighetsmått ska vidtas enligt 2–6 §§, men dessa får inte vara orimliga enligt 7 §, framför allt ska kostnaden vara motiverad med hänsyn till åtgärdernas miljönytta. I detta avsnitt förutsätter vi att det finns en rättsligt bindande miljökvalitetsnorm som kan påverkas av verksamheten eller åtgärden. Då blir rättsläget ett annat. Kraven på försiktighetsmått skärps och desutom finns särskilda stoppregler (vid sidan av den allmänna stoppregeln i 2 kap. 9 §). Efter en lagändring 2018 ska verksamheten eller åtgärden bedömas utifrån förutsättningarna i 5 kap. 4 §, för vattenkvalitet, respektive 5 §, för luft och annan miljökvalitet.

Vattenkvalitet – 5 kap. 4 §

5 kap. 4 § gäller för kvaliteten på såväl ytvatten som grundvatten och är en direkt följd av den så kallade Weserdomen.³² I domen tillämpar EU-domstolen artikel 4.1 i ramvattendirektivet. Direktivet behandlas närmare i avsnitt 10.4, men för att förstå den svenska regeln tar vi upp vissa aspekter på direktivet redan här. Vi tar även upp det viktigaste i den banbrytande Weserdomen.

Ramvattendirektivet har miljömål för ytvatten och grundvatten som ska vara uppfyllda senast visst år. Ytvattenförekomster ska uppnå "god" kemisk och ekologisk vattenstatus. Kemisk status preciseras i form av gränsvärdesnormer för vissa farliga ämnen. Ekologisk status består av olika "kvalitetsfaktorer" (och parametrar till dessa), bl.a. förekomst av fisk och halten näringsämnen (se vidare avsnitt 10.4.2). I Sverige har kvalitetsfaktorer inarbetats i eko-

³¹ 4 kap. 12 § 3 PBL.

³² Mål C-461/13 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV mot Bundesrepublik Deutschland*.

logiska miljöklassificeringsnormer, som inte formellt är gränsvärdesnormer,³³ men som genom 5 kap. 4 § ändå får en rättsligt bindande verkan. För vissa yrvattenförekomster, t.ex. en utbyggd älv, får medlemsstaterna sätta ett lägre mål än god status: god ekologisk potential.³⁴ Grundvattnen har en kemisk status och en kvantitativ status. Även grundvattnen, som regleras genom gränsvärdesnormer, ska uppnå ”god” vattenstatus vid viss tidpunkt.³⁵

Bakgrunden i Weserdomen var denna:

Vatten- och sjöfartsförvaltningen för nordvästra Tyskland hade meddelat tillstånd till muddringar i tre områden i floden Weser. Syftet var att floden skulle fördjupas så att fartyg kunde nå vissa hamnar utmed floden. Projektet ansågs bl.a. orsaka vissa hydrologiska och morfologiska effekter i floden. Efter överklagande av en tysk miljöorganisation prövades muddringen av Högsta förvaltningsdomstolen i Tyskland, som ansåg att det fanns osäkerheter om hur ramvattendirektivet skulle förstås i vissa avseenden och som därför begärde förhandsbesked av EU-domstolen.

EU-domstolen klargjorde två principiellt viktiga frågor, båda med utgångspunkt i artikel 4.1 ramvattendirektivet.³⁶ För det första är medlemsstaterna skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt, när detta antingen kan orsaka en *försämring* av den aktuella statusen hos en yrvattenförekomst, eller när projektet *äventyrligt uppnåendet i tid av god status* (eller god potential) hos en yrvattenförekomst. Direktivets mål är således inte bara något som ska eftersträvas av medlemsstaterna på ett övergripande plan, de är direkt avgörande vid bedömningen av ett enskilt ärende. De ska alltså ses som kravregler (stoppreglar) i detta sammanhang. Om målen riskerar att åsidosättas kan ett projekt tillåtas bara om någon av undantagsreglerna är uppfyllda.

För det andra ska frågan om en försämring kan uppkomma bedömas efter *status quo-teorin*: om ett projekt kan medföra att en enda kvalitetsfaktor (t.ex. den biologiska kvalitetsfaktorn fisk) degraderas till en lägre statusnivå (t.ex. från god till måttlig), så är det fråga om ”försämring” av vattenstatusen. Det är

³³ Se främst 4 kap. 8 b § vattenförvaltningsförfordningen som endast pekar ut kvalitetskrav för kemisk status som gränsvärdesnormer enligt 5 kap. 2 § 1 st. 1 MB. De svenska miljöklassificeringsnormerna för ekologisk status som bygger på ramvattendirektivets krav, följer av 5 kap. 2 § 1 st. 4 MB. I vissa fall ryms de även under punkt 3 samma regel (indikatorarter).

³⁴ I Sverige återfinns miljöklassificeringsnormerna i Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter om klassificering och miljöklassificeringsnormer avseende yrvatten (HVMFS 2013:19).

³⁵ Sveriges Geologiska Undersöknings föreskrifter om miljöklassificeringsnormer och statusklassificering för grundvattnen (SGU-FS 2013:2).

³⁶ Domens innebörd och konsekvenser analyseras i Michanek i JP 2015.

med andra ord inte nödvändigt att hela vattenförekomsten hamnar i en lägre klass (statusklass-teorin).³⁷

Weserdomen har som sagt medfört en ny reglering i Sverige. Enligt huvudregeln i 5 kap. 4 §, får en domstol, kommun eller annan myndighet inte tillåta att en verksamhet eller åtgärd påbörjas eller ändras, om det blir en ökad förorening eller annan störning (t.ex. en förändring av vattennivån), som leder till något av följande (vi fokuserar här på yrvatten, men rättsläget är i princip detsamma för grundvattnen):

- Vattenmiljön *försämrats* ”på ett otillåtet sätt”. Som framgår av Weserdomen får den *aktuella* vattenstatusen inte bli sämre. Halten farliga kemiska ämnen får alltså inte bli högre. När det gäller ekologisk status/potential uppkommer som sagt en försämring normalt om en enda kvalitetsfaktor i vattnet (t.ex. fisk eller näringsämnen) hamnar i en lägre statusklass. En fråga som inte tas upp i Weserdomen är hur status quo-teorin ska tillämpas på stora vattenförekomster; ska man utgå från hela vattenförekomsten eller det närområde som främst berörs? Frågan prövades av Mark- och miljöoverdomstolen 2017. Prövningen avsåg tillstånd till en fiskodling i södra Storsjön i Jämtland, som genom fosforutsläpp skulle påverka den fysikalisk-kemiska kvalitetsfaktorn näringsämnen. Domstolen framhöll att bedömningen ska utgå från vattenförekomsten, som utgörs av *hela* Storsjön. Därmed ansågs inte fiskodlingen riskera en försämring av kvalitetsfaktorn.³⁸

- Det *äventyrligt möjligt att inom utsatt tid uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en miljöklassificeringsnorm*. Om t.ex. en havsvik ska ha god ekologisk vattenstatus 2021, och detta mål äventyras av en planerad småbåtshamn, så kan verksamheten inte tillåtas. I ordet ”äventyra” ligger, enligt propositionen, ”ett moment av hasard, högt spel, vågspel eller chanstagande, dvs. att man medvetet tar en så stor risk att den inte kan betraktas som acceptabel när det gäller möjligheten att uppnå rätt vattenkvalitet eller tillåter att möjligheten att uppnå rätt vattenkvalitet lämnas åt slumpen”.³⁹ Det finns således, enligt propositionen, ”ett ganska stort utrymme för att tillåta verksamheter eller åtgärder som i och för sig innebär påfrestningar för arbetet att förbättra vattenmiljön eller gör

³⁷ Om en kvalitetsfaktor redan befinner sig i lägsta klassen (dålig) är det fråga om en försämring ifall en av parametrarna för kvalitetsfaktorn degraderas till en lägre klass.

³⁸ MÖD 2017-03-13 i mål M 8374-15. Inte heller äventyrades målet god ekologisk status, trots att den aktuella statusen var måttlig.

³⁹ Prop. 2017/18:243, s. 193

det svårare att uppnå rätt kvalitet”.⁴⁰ Ordet ”äventyra” används även i Weserdomens domskäl, men utan närmare förklaring. Det är inte givet att EU-domstolen skulle acceptera den för verksamhetsutövaren relativt generösa tolkningen i propositionen.

Om någon av de två situationerna föreligger hindras alltså verksamheten eller åtgärden, som huvudregel. I en tillståndsprövning eller en omprövning (24 kap. miljöbalken) ska dock myndigheten i första hand i villkor kräva de försiktighetsmått ”som behövs” enligt 2 kap. 2–6 §§, alltså även om dessa måste vara strängare än ”bästa möjliga teknik” (5 kap. 4 § andra stycket). På samma sätt kan en tillsynsmyndighet förelägga om långgående försiktighetsmått enligt 26 kap. 9 §, t.ex. mot gödsling i jordbruket, för att stoppregeln i 5 kap. 4 § inte ska aktualiseras.⁴¹

Enligt regeln ska hänsyn tas till om det vidtas ”åtgärder för att minska föroreningar eller störningar från andra verksamheter” (första stycket). Sådana åtgärder kan leda till att det sammantaget inte anses uppkomma någon förorening eller att målen äventyras, trots den nya verksamheten eller åtgärden. Hänsyn ska enligt propositionen tas även till planerade verksamheter och åtgärder.⁴² Det finns dock inget direkt stöd i Weserdomen för detta hänsynstagande och särskilt en bedömning av planerade aktiviteter kan vara mer eller mindre osäker. Eftersom EU-rätten – i detta fall kraven i artikel 4.1 ramvattendirektivet – ska genomföras fullt ut nationellt, kan man anta att myndigheten i det enskilda fallet måste vara övertygad om att sådana planer kommer att realiseras i närtid och då leda till den positiva effekten på vattenkvaliteten.

5 kap. 4 § kan ses som en relativt långtgående stoppregel. Ett undantag regleras i 4 kap. 11 och 12 §§ vattenförvaltningsförordningen, regler som tillämpas av myndigheter och kommuner i enskilda fall, t.ex. i en tillståndsprövning.⁴³ Regeln uppställer flera förutsättningar. Det är tillåtet att ändra en vattenförekomsts ”fysiska karaktär” (t.ex. uppdämning av vatten för utvinning av vattenkraft), men bara om

- det finns stort allmänintresse eller om fördelarna ”för människors hälsa och säkerhet eller för hållbar utveckling uppväger nackdelarna”,

⁴⁰ A.st.

⁴¹ Detta är möjligt trots att lagtexten i 5 kap. 4 § inte tar upp situationen. Jfr prop. 2017/18:243, s. 194.

⁴² A.st.

⁴³ Om en kommun beslutar om undantag ska alltid länsstyrelsen pröva om beslutet uppfyller lagliga materiella och formella förutsättningar; 19 kap. 3 a § MB.

- det ”av tekniska skäl eller på grund av orimliga kostnader inte är möjligt att uppfylla syftet med verksamheten eller åtgärden på något annat sätt som är väsentligt bättre för miljön”, samt
- att ”alla genomförbara åtgärder vidtas för att mildra de negativa konsekvenserna för vattenförekomstens status”.

Undantaget har en motsvarighet i artikel 4.7 ramvattendirektivet och har tillämpats av EU-domstolen i fallet ”Schwarze Sulm”.⁴⁴

Tillstånd hade meddelats till ett mycket litet vattenkraftverk i Österrike i ett vattendrag som ansågs ha ”hög” ekologisk status (högsta nivå, bättre än ”god”). Det bedömdes att den ekologiska vattenstatusen skulle försämrats. EU-kommissionen stämde Österrike för föredragsbrott vid EU-domstolen. Domen bekräftar först vad som uttalats i Weserdomen, således att tillstånd inte får ges om vattenstatusen kan försämrats och detta är fallet redan när en kvalitetsfaktor degraderas till en lägre statusnivå. Därefter prövades om undantagsregeln i artikel 4.7 var tillämplig på vattenkraftsuthyggnaden (artikeln hade överförts till österrikisk lagstiftning). I tillståndsprövningen i Österrike ansågs att vattenkraftverket representerade ett allmänintresse av större vikt (utveckling av förnyelsebar energi), att projektets fördelar översvägade nackdelarna och att det saknades bättre alternativ. Den österrikiska prövningen byggde på en särskild bakgrundstudie. Trots vattenkraftverkets mycket svaga kapacitet (2 promille av den regionala och 0,4 promille av den nationella elproduktionen), och trots att vattenförekomsten hade ”hög” status, godtog EU-domstolen den bedömning som gjorts enligt undantagsregeln. En möjlig bidragande förklaring till utgången i målet är att kommissionen inte hade framfört några specifika anmärkningar mot den åberopade studien, som kunde visa att den var ofullständig eller felaktig.⁴⁵ Kommissionen har bevisbördan i överträdelseärenden.

En viktig begränsning i undantagsregeln är att den endast gäller verksamhet eller åtgärd som direkt ändrar en vattenförekomsts *fysiska* karaktär, t.ex. att vattennivån eller strömningshastigheten förändras vid dammbyggen m.m., däremot inte om enbart vattnets kemiska karaktär påverkas, såsom om en industriell anläggning behöver öka utsläppen och detta skulle leda till försämrad vattenstatus eller att miljömålen äventyras.

Exempel: Anta att en tätort växer och att det befintliga reningsverket inte klarar en ökad belastning. Företaget söker nytt tillstånd för anläggningen och begär att

⁴⁴ Mål C-346/14 *Kommissionen mot Österrike*.

⁴⁵ Mål C-346/14, p. 82.

få ett villkor med högre utsläppsgränsvärden än idag. Utsläppen når en havsvik. Även om företaget skulle använda den mest avancerade reningstekniken, så kommer kvalitetsfaktorn näringsämnen (ekologisk status) i havsviken att hamna i en lägre statusklass, något som är otillåtet enligt huvudregeln (se ovan). Eftersom det inte är fråga om en *fysisk* förändring är undantagsregeln inte tillämplig. Tillstånd kan därmed inte ges, såvida inte avloppsvattnet kan tas om hand på annat sätt än genom utsläpp till havsviken.

Annan miljö kvalititet – 5 kap. 5 §

5 kap. 5 § gäller när en gränsvärdesnorm för annan vattenkvalitet, t.ex. luft- eller markkvalitet, kan påverkas i ett enskilt fall.

5 § första stycket gäller såväl vid tillståndsprövning (främst av ”miljöfarlig verksamhet”) som vid tillsyn. Myndigheten ska ställa de krav ”som behövs för att följa” miljö kvalitetsnormen, även om kraven måste gå utöver vad som är ”bästa möjliga teknik”.⁴⁶ I uttrycket ”som behövs för att följa” normen ligger att myndigheten ska beakta redan risken för att gränsvärdet inte klaras.⁴⁷ Uttrycket innebär också ett visst utrymme för skön vid behovsbedömningen. Enligt propositionen kan ett lägre krav ställas om störningsbidraget i det aktuella fallet är obetydligt i det större sammanhanget.⁴⁸ Det synsättet kan vara problematiskt i förhållande till EU-rättsliga krav ifall miljötillståndet orsakas av små bidrag från många källor.

”Om det finns ett åtgärdsprogram som har fastställts för att följa normen, ska det vara vägledande för bedömningen av behovet.” I anslutning till denna lagtextmening anses i propositionen att det normalt inte ska ställas strängare krav om ett åtgärdsprogram saknas, eftersom programmen, typiskt sett, anger vilka typer av källor som behöver åtgärdas, hur förbättringskraven ska förde-las och hur mycket de olika typerna av källor behöver begränsas.⁴⁹ Endast ”i vissa situationer, t.ex. om det är klart att normen inte kan följas och att det till övervägande del beror på en enda verksamhet, kan det dock bli aktuellt att ställa längre gående krav”, enligt propositionen.⁵⁰ Inget i lagtexten ger dock stöd för att förekomsten av ett åtgärdsprogram skulle vara en förutsättning för strängare krav. Tvärtom anger lagtexten att de krav ”ska” ställas som behövs för att klara gränsvärdet. Det med lagtexten oförenliga uttalandet i propositionen bör därför bortses från vid tillämpningen av regeln. Detta är också nödvändigt

⁴⁶ Ovan avsnitt 8.5.7. Se även Gipperth 1999, s. 174 ff.

⁴⁷ Prop. 2009/10:184, s. 75.

⁴⁸ A.st.

⁴⁹ A.a., s. 46.

⁵⁰ A.a., s. 73.

för att efterleva industriutsläppsdirektivet.⁵¹ En annan sak är att ett tydligt och konkret utformat åtgärdsprogram kan vägleda myndigheten i valet av försik-tighetsmått.

Även om det i ett enskilt fall krävs de mest långtgående försik tighetsmått en enligt 5 § första stycket (t.ex. för att rena utsläpp av kvävedioxid), kan dessa krav vara otillräckliga för att klara gränsvärdesnormen (t.ex. minimihalten kvävedioxid i en storstad). Då aktualiseras den särskilda stoppregeln i 5 § andra stycket. Den är tillämplig vid bedömning av helt nya verksamheter, liksom vid förändringar av sådana om ändringen leder till ökade bidrag av den störning som normen anger.⁵² Stoppregeln har dock inte samma räckvidd som kravet på försik tighetsmått i första stycket, eftersom andra stycket inte gäller vid tillsyn utan endast vid ”prövning”. Regeln kan dock triggas vid tillsyn om myndig-heten förelägger den enskilde att söka tillstånd.⁵³

Vid en tillämpning av regeln i andra stycket är utgångspunkten att prövning-en gäller ”en verksamhet eller åtgärd som ger en ökad förorening eller störning som kan antas på ett inte *obetydligt* sätt bidra till att ... [en gränsvärdesnorm] inte följs (kursiverat här)”. Med ”obetydligt sätt” avses enligt propositionen små bidrag. Ett exempel som ges i propositionen är att en verksamhet kan ge upphov till ”en försumbar trafikökning som bidrar till att gränsvärdesnor-men inte följs”.⁵⁴ Lagtexten öppnar även för många andra situationer som kan komma att bortses ifrån, såsom små, ökade utsläpp till luft eller vatten direkt från fabriker och andra anläggningar. Lagtexten utesluter inte heller uttryckli-gen att det tillåts små – var för sig ”obetydliga” – bidrag av en viss förorening från många separata källor, ens om den totala ökningen av föroreningen har betydelse för hur normen följs.

Så långt huvudregeln i andra stycket. Det finns flera undantag. Även om en verksamhet eller åtgärd på ett mer än obetydligt sätt medverkar till att normen inte följs får den under vissa förutsättningar tillåtas. Undantagen anges i tre, alternativt tillämpliga punkter.

a) Den första punkten undantar en verksamhet eller åtgärd som är ”för-enlig med ett åtgärdsprogram som har fastställts för att följa normen”. Det kan enligt propositionen handla om ett fall där en verksamhet förutsetts i ett åtgärdsprogram och åtgärdsprogrammet syftar till att kompensera för de ökade

⁵¹ Se artikel 18 industriutsläppsdirektivet.

⁵² Vidare omfattar stoppregeln numera även enstaka åtgärder som prövas.

⁵³ 9 kap. 6 a § MB.

⁵⁴ Prop. 2009/10:184, s. 74.

föreningarna eller störningarna från denna verksamhet. Den skulle då kunna tillåtas.⁵⁵

Lagtextens formulering är inte optimal från miljösynpunkt. Åtgärdsprogram är nämligen inte rättsligt bindande för enskilda. Myndigheter och kommuner är skyldiga att genomföra de åtgärder som riktas till dem i programmet, men det finns inga reglerade sanktioner som kan tillämpas om åtgärderna inte genomförs (se nedan avsnitt 10.3.4). Om kompenserande åtgärder i programmet inte sker eller får avsett resultat, samtidigt som ökade störningar tillåts och faktiskt uppkommer genom tillståndet till den prövade verksamheten, så uppkommer en miljöförlust. Gränsvärdesnormen sätts ur spel och Sverige bryter mot EU-rätten, om normen grundas på exempelvis luftkvalitetsdirektivet. Detta är särskilt anmärkningsvärt eftersom tillstånd och villkor får rättskraft. Föresättningsarna att i efterhand ändra i tillståndet eller villkoren är lagligen begränsade. Till detta kommer att det är ytterligt sällsynt idag att svenska miljömyndigheter (trots lagliga föresattningsarna) i praktiken initierar omprövningar av tillstånd och villkor.

Vidare öppnar formuleringen ”förenlig med” för svårigheter vid rättslämpningen. Åtgärdsprogram är ofta allmänt formulerade; en verksamhet skulle därför i vid mening kunna anses ”förenlig” med programmet utan att detta anger några konkreta åtgärder. Mot bakgrund av gränsvärdesnormernas bindande karaktär och, i många fall, kravet på EU-rättens genomslag, bör regeln tillämpas restriktivt; verksamheter eller åtgärder som ökar miljöpåverkan bör inte tillåtas enligt första punkten om inte samtidigt precisa och konkreta åtgärdsprogram visar hur det ökade bidraget kompenseras.

b) Enligt andra punkten kan verksamheten eller åtgärden tillåtas om den ”förenas med villkor om att vidta eller bekosta kompenserande åtgärder som ökar möjligheterna att följa normen i en utsträckning som inte är obetydlig”.

Den som söker tillstånd (A) kan komma överens med en annan verksamhetsutövare (B) om att A ska bekosta en ny reningsutrustning hos B, som släpper ut samma kemiska ämne. Därmed skapas ett utsläppsurymme för A. Undantaget förutsätter inte att gränsvärdesnormen därmed klaras, men det måste bli en nettominskning av utsläppen totalt från A och B som inte är obetydlig.

c) Den tredje punkten reglerar situationen att de ökade störningarna ”försvarar möjligheterna att följa miljökvalitetsnormen på kort sikt eller i ett litet geografiskt område”, men att de samtidigt ”kan antas ge väsentligt ökade förutsätt-

⁵⁵ A.a., s. 75.

ningar att följa normen på längre sikt eller i ett större geografiskt område”. Ett exempel är att en utbyggnad av anläggningar för kollektivtrafik orsakar ökad föroring av partiklar i luften under byggnadsfasen, men ger långsiktigt minskad partikelförening på sikt när kollektivtrafiken kommer igång. Ett annat exempel är anläggandet av en tunnel för biltrafik. Förändringen kan leda till ökad förening från avgaser vid tunneldmynningarna, men samtidigt mindre förening inom ett större område.⁵⁶

Sammanfattande kommentar

5 kap. 4 och 5 §§ innebär i vissa fall strängare krav jämfört med de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. Det beror i grunden på att miljökvalitetsnormer med rättsligt bindande verkan ska efterlevas. För att inte belasta enskilda verksamheter för hårt har dock skyddet i reglerna mjukats upp i flera avseenden. Det är inte givet att alla dessa lindringar är förenliga med EU-rättsliga krav på genomförande av miljökvalitetsnormer. När det gäller 5 § finns en tilltro till att miljöproblemet i stället ska lösas genom övergripande åtgärdsprogram där bördorna fördelas mellan olika verksamhetsutövare. Det skulle vara en riktig tanke ifall åtgärdsprogrammen var tydliga och effektiva. Vi återkommer till den frågan i det följande avsnittet.

10.3.4 Genomförande av miljökvalitetsnormer mot kollektiv av miljöpåverkare – åtgärdsprogram

Miljökvalitetsnormer rör normalt ett kollektiv av verksamheter och åtgärder, som påverkar miljön i det geografiska område som berörs av normen. Det kan vara t.ex. industrier, reningsverk och liknande anläggningar, jordbruk, skogsbruk, fiske, trafik och hushåll. Om en miljökvalitetsnorm inte nås, eller riskerar att inte nås, uppkommer behov av att samordna genomförandet med krav på olika utövare, så att insatserna blir kostnadseffektiva totalt sett. Även rättvisaspekter i samband med fördelning av bördorna mellan utövare talar för att man först angriper problemen med utgångspunkt från kollektivet. Det instrument som miljöbalken tillhandahåller för detta ändamål är åtgärdsprogram.

⁵⁶ Jfr prop. 2009/10:184, s. 74.

Åtgärdsprogram

Om det behövs för att följa en miljö kvalitetsnorm ska regeringen, statliga myndigheter eller kommuner upprätta och fastställa åtgärdsprogram.⁵⁷ Geografiskt får åtgärdsprogrammet täcka ett större område än det som omfattas av miljö kvalitetsnormen, detta för att få med alla verksamheter som med sina föroreningar eller störningar kan påverka normen.

Det finns regler om innehållet i åtgärdsprogrammet.⁵⁸ Detta får omfatta ”all verksamhet och alla åtgärder som kan påverka möjligheten att uppfylla föreskrivna miljö kvalitetsnormer”. Det spelar ingen roll om tillstånd krävs för aktiviteterna. Programmet ska visa vilka kommuner och myndigheter som berörs, vad dessa ska göra och inom vilken tid. Det kan exempelvis vara fråga om att initiera omprövning av tillstånd och villkor för befintliga industrier, att effektivisera tillsynen mot viss typ av verksamhet eller att meddela genorella föreskrifter för viss slags verksamhet. Andra åtgärder kan vara att fysiskt planera ett område, planera för trafiken, införa ekonomiska styrmedel eller att genomföra utbildning och miljö märkning.⁵⁹

Programmet kan ange åtgärder som inte direkt hänför sig till en utövares egen verksamhet.⁶⁰ Det kan t.ex. vara fråga om att återskapa våtmarker utanför verksamhetsområdet för att hindra kväveläckage eller att utföra bullerdämpande åtgärder inom det störda området (såsom att isolera fönster i bostäder). Sådana åtgärder kan vara särskilt lämpliga för att gemensamt hindra påverkan från flera verksamheter.

Vidare ska programmet visa hur förbättrings krav ska fördelas mellan olika källor. När det gäller gränsvärdesnormer krävs ”uppgifter om den förbättring som var och en av åtgärderna bedöms medföra och hur åtgärderna tillsammans bedöms bidra till att normen följs”. Precisionen och kvaliteten i övrigt på sådana uppgifter kan förmodligen få betydelse för om åtgärdsprogrammet kan grunda ett undantag från skyldigheten att följa gränsvärdesnormen vid prövning av en enskild verksamhet.⁶¹

Programmet ska innehålla en analys av konsekvenserna av de olika åtgärderna och hur dessa ska finansieras. Konsekvensanalysen ska förbättra möjlighe-

⁵⁷ 5 kap. 7 § MB. Se närmare i lagtexten och i prop. 2003/04:2, s. 32 f. om ansvaret för att upprätta åtgärdsprogram. Regeringen har rätt att föreskriva att åtgärdsprogram ska överprövas av regeringen; 5 kap. 10 § MB, jfr 6 kap. 4 § vattenförvaltningsförordningen.

⁵⁸ 5 kap. 9 § MB.

⁵⁹ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 269 f. och del 2, s. 51 f. Se även prop. 2009/10:184 s. 50 ff. Krav på åtgärder kan följa av EU-rätten, detta ska i så fall anges i programmet.

⁶⁰ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 51.

⁶¹ Övan avsnitt 10.3.3 om 5 kap. 5 §.

Miljöbalken

terna för de aktörer som berörs att överblicka följderna.⁶² Ett åtgärdsprogram ska omprövas, senast vart sjätte år.

Avsikten är förstås att åtgärdsprogram ska få genomslag i praktiken, så att miljö kvalitetsnormen nås och upprätthålls. En viktig fråga är då: vilken rättslig verkan har åtgärdsprogram? Som tidigare sagts binder åtgärdsprogram *inte enskilda* som bedriver verksamhet eller vidtar åtgärder som påverkar miljö kvalitetsnormen. Ett beslut om åtgärdsprogram kan inte heller överklagas av enskilda. Åtgärdsprogram adresseras i stället till *myndigheter* och *kommuner*, som är skyldiga att ”vidta de åtgärder som behövs enligt ett åtgärdsprogram”.⁶³

Vad händer om myndigheter och kommuner, trots den formella lagliga bundenheten, är passiva eller rent av beslutar om kontraproduktiva åtgärder? Ett exempel kan vara att en miljö myndighet i strid med programmet underlåter att ansöka om skärpning av utsläppsvillkor för tillståndsgivna verksamheter enligt 24 kap. miljö balken, eller att en kommunal miljö nämnd låter bli att ingripa mot lantbruk som förenar ett vattendrag där den ekologiska statusen försämrats, trots att sådan tillsyn anbefalls i programmet. Svaret är att det saknas rättsliga sanktioner och andra instrument för att genomdriva kraven i dessa situationer.

Detta betyder att, samtidigt som åtgärdsprogrammet i sig inte binder enskilda utövare, säkrar inte heller lagstiftningen att de nödvändiga efterkommande besluten om åtgärder verkligen kommer till stånd. Det är klart tveksamt om den svenska konstruktionen uppfyller EU-direktivs krav på genomförande av miljö kvalitetsnormer. EU-domstolen har visserligen inte i något fall uttryckligen sagt att just åtgärdsprogram måste ha bindande verkan mot enskilda utövare, men domstolen har i allmänhet ställt höga krav på säkerheten i det rättsliga genomförandet av direktivs miljö krav.

I en dom behandlades Nederländernas genomförande av badvattendirektivet. EU-domstolen skriver att Nederländernas ”prospective multiennal programme” (ungefär: flerårig framtidsplan) är ett otillräckligt medel för att genomföra direktivet eftersom programmet endast utgör ”a set of guidelines for those responsible for the supervision of water quality and had no legally binding force”. Kritiken avser således dels att programmet inte var formellt bindande, dels att det endast riktades mot tillsynsmyndigheterna. Domen är ett exempel på domstolens höga krav på säkerställt rättsligt genomförande, även om Nederländerna i detta fall inte enligt

⁶² Konsekvensanalysen anses särskilt angelägen eftersom programmen inte går att överklaga; prop. 2003/04:2, s. 24.

⁶³ 5 kap. 11 § MB.

direktivet var tvunget att använda just åtgärdsprogram som instrument för genomförandet.⁶⁴

Ett effektivt genomförande av miljökvalitetsnormer med åtgärdsprogram är viktigt för att kunna nå det miljötillstånd som miljökvalitetsnormen anger. Men det är också viktigt för verksamhetsutövare. Anta att planläggande myndigheter och tillsynsmyndigheter inte agerar kraftfullt mot icke tillståndspliktiga jordbruk, småindustrier och trafik, trots att dessa verksamheter sammanlagt står för en klar majoritet av den förorening som leder till att en gränsvärdesnorm för en sjö överskrids. Då ökar trycket på industrier och andra verksamheter (och förändringar av sådana) som är tillståndspliktiga och som därmed *tuvingas* in under myndighets granskning och prövning. Som visats tidigare ska som huvudregel hårdare krav än normalt ställas om det finns risk för att en gränsvärdesnorm inte följs (avsnitt 10.3.3).

Utifrån ett samhällsperspektiv kan detta betyda att genomförandet av miljökvalitetsnormer inte blir kostnadseffektivt; nämligen om den summa pengar som en stor industri måste betala för att uppfylla tillståndsvillkorens hårda krav i stället hade använts för att minska påverkan från t.ex. jordbruken eller trafiken och då medfört större miljöförbättring.

En dom i EU-domstolen visar att alltför hårda krav mot en viss verksamhetsutövare kan vara EU-rättsligt oacceptabla när de kommer i konflikt med grundläggande principer i EG-fördraget (numera i Funktionsfördraget).⁶⁵ För att uppfylla två EU-direktiv om luftkvalitet införde Österrike ett förbud för lastbilar över 7,5 ton som transporterade vissa varor, såsom avfall, sten, jord, motorfordon, timmer eller spannmål på en 46 km lång motorvägssträcka, som ansågs vara av strategisk betydelse för transportererna mellan södra Tyskland och norra Italien.⁶⁶ Domstolen menade att trafikförbudet stred mot *proportionalitetsprincipen*. De österrikiska myndigheterna borde ha övervägt mindre ingripande åtgärder. Myndigheterna hade inte undersökt tillräckligt huruvida det faktiskt fanns en realistisk alternativ lösning som

⁶⁴ Mål 96/81 *Kommissionen mot Nederländerna*. Jans och Vedder skriver med anledning av domen: "This implies that if a measure is only effective in respect of a Member State's internal authorities, this will be insufficient to create rights and obligations for individuals"; Jans och Vedder, s. 149.

⁶⁵ Mål C-320/03 *Kommissionen mot Österrike*. EU-domstolen slog fast att trafikförbudet stred mot principen om fri rörlighet för varor.

⁶⁶ Rådets direktiv 96/62/EG av den 27 september 1996 om utvärdering och säkerställande av luftkvaliteten, EGT L 296/55 och rådets direktiv 1999/30/EG av den 22 april 1999 om gränsvärden för svaveldioxid, kvävedioxid och kväveoxider, partiklar och bly i luften, EGT L 163/41.

säkrar transport av varorna via andra transportmedel eller på andra vägleder och särskilt i vad mån det finns tillräcklig och lämplig tågkapacitet.

Reglerna om åtgärdsprogram i 5 kap. miljöbalken ändrades marginellt 2010. Två statliga utredningar hade dessförinnan utrett frågan om åtgärdsprogrammens rättsliga status.⁶⁷ En av utredningarna föreslog att åtgärdsprogram så långt möjligt skulle innehålla rättsligt bindande föreskrifter med miljökrav mot enskilda, detta i syfte att effektivisera genomförandet av miljökvalitetsnormerna och att få bort snedfördelningen som följer av att krav kan komma att träffa verksamhet som tillståndsprövas. Efter fem års betänketid bestämde sig regeringen och riksdagen för att i allt väsentligt behålla nuvarande ordning.

10.3.5 Rätten till en god miljökvalitet

De olika delavsnitten ovan har fokuserat på myndigheternas roller samt rättsläget för enskilda utövare och för kollektiv av sådana. Detta avsnitt utgår i stället från enskilda personer som berörs negativt av miljöstörningar, t.ex. personer som bor i ett bostadsområde där luften på grund av utsläpp är så dålig att en miljökvalitetsnorm överträds. Har sådana personer en rätt till den miljökvalitet som normen reglerar och kan de i så fall hävda denna rätt i en nationell domstol? Även detta är en aspekt på rättsligt genomförande av miljökvalitetsnormer.

Dessa frågor måste ses från ett EU-rättsligt perspektiv och således med koppling till de hälsorelaterade miljökvalitetsnormer som är baserade på olika direktiv. Flera domar från EU-domstolen har intresse, inte minst de så kallade TA-Luft målen.⁶⁸ Dessa rörde tillämpningen av ett luftvårdsdirektiv med miljökvalitetsnormer för bl.a. svaveldioxid.⁶⁹ Domstolen kritiserade Tyskland för bristande genomförande av normerna i den nationella lagstiftningen. Detta hade bl.a. betydelse för berörda enskilda. Domstolen skriver att

"whenever the exceeding of limit values could endanger human health, the persons concerned must be in a position to rely on mandatory rules in order to be able to ascertain their rights."

⁶⁷ SOU 2005:59 och SOU 2005:113.

⁶⁸ Mål C-361/88 *Kommissionen mot Tyskland* och mål C-59/89 *Kommissionen mot Tyskland*. Jfr mål C-58/89 *Kommissionen mot Tyskland*. Här gällde frågan Tysklands bristande implementering av ett direktiv om dricksvattenkvalitet. Även i detta fall utgår domstolen från att enskilda har en rätt till den kvalitet som miljökvalitetsnormerna anger. Även detta direktiv syftar till att skydda människors hälsa.

⁶⁹ Rådets direktiv 80/779/EEG om gränsvärden och vägledande värden för luftkvalitet med avseende på svaveldioxid och svävande partiklar, EGT L 229/30.

Av intresse i detta sammanhang är även den allmänna formuleringen i flera domar (bl.a. TA-Luft målen) som rör kravet på överföring av EU-rätten till nationell rätt. Kravet innebär att det nationella rättsläget ska vara sådant att reglerna

”guarantee the full application of the directive in a sufficiently clear and precise manner so that, where the directive is intended to create rights for individuals (såsom hälsorelaterade miljö kvalitetsnormer, jfr citatet ovan, vår anm.), the persons concerned can ascertain the full extent of their rights and, where appropriate, rely on them before the national courts.”

Domstolens uttalanden i TA-Luft målen bör läsas så att miljö kvalitetsnormer kan ha så kallad ”direkt effekt”.⁷⁰ Normerna i rättsfallet utgör precisa gränsvärden och är samtidigt ovillkorliga och de lämnar inte något alternativt åt medlemsstaterna. Det ska därför vara möjligt för enskilda att åberopa normerna i nationell domstol.

Det är en omdiskuterad fråga om EU-regler med direkt effekt kan skapa ”rättigheter” för enskilda. Jans och Vedder vill undvika att beskriva rättsläget på det sättet. De föredrar en mer neutral beskrivning, med en processuell och inte en materiell innebörd, nämligen att regler med direkt effekt ”can be invoked before a national court”.⁷¹

Oavsett om miljö kvalitetsnormer har överförts till nationell rätt, eller ändå anses gälla inom medlemsstaten på grund av direkt effekt, skulle normen inte ge tillräckligt skydd för den enskilde, om myndigheterna inte ser till att normen efterlevs i praktiken och det samtidigt saknas rättslig möjlighet för den enskilde (eller en miljöorganisation) att få frågan prövad i domstol. Vi illustrerar detta med en diskussion kring ett exempel från Sverige, där rättsläget är problematiskt i detta avseende.

Anta följande: I ett område finns flera stora industrier och energianläggningar med stofutsläpp. Mark- och miljödomstolen har för många år sedan meddelat tillstånd till dessa. Vid tidpunkten för prövningarna överskreds ingen gränsvärdesnorm för stofhalt i luften. Situationen förvärrades efterhand och idag är normen, som syftar till att skydda människors hälsa, överskriden i delar av tätorten, bl.a. i vissa bostadsområden. Enskilda grannar och en miljöorganisation vill därför att tillståndsvill-

⁷⁰ Ovan avsnitt 5.2.5.

⁷¹ Jans och Vedder, s. 186 f.

koren för anläggningarna skärps så att utsläppen minskar och stofthalten kommer under gränsvärdesnormen.

I denna situation kan enskilda eller miljöorganisationer inte föra en egen, civilrättslig talan mot företagen, den hindras uttryckligen i 32 kap. 12 §, eftersom de miljöfarliga verksamheterna har tillstånd (se lagtexten). Verksamheter kan däremot omprövas och utsläppsvillkoren skärpas enligt 24 kap. Naturvårdsverket, länsstyrelsen och vissa andra myndigheter ”får” ansöka om omprövning av tillstånd och villkor.⁷² Enskilda som är berörda eller miljöorganisationer kan begära hos t.ex. länsstyrelsen att myndigheten ansöker om omprövning i mark- och miljödomstol, som i exemplet ovan. Om länsstyrelsen då beslutar att inte ansöka (omprövningsförfaranden är i praktiken mycket sällsynta), kan det beslutet överklagas till mark- och miljödomstol och därefter till Mark- och miljööverdomstolen, genom så kallad ”passivitetstalan”. I början av 2000-talet accepterades inte sådan passivitetstalan utifrån synsättet att behovet av omprövning är en fråga som miljömyndigheterna råder över exklusivt.⁷³ En kursändring skedde genom en dom hösten 2011.⁷⁴ En enskild person hade yrkat att ett tillstånd till miljöfarlig verksamhet skulle återkallas enligt 24 kap. 3 § miljöbalken. Talan hade avvisats i miljödomstolen och sedan överklagats. Mark- och miljööverdomstolen (som just bytt namn från ”Miljööverdomstolen”) konstaterade först att frågan om överklagbarhet av beslut av detta slag inte uttryckligen har författningsreglerats. Inte heller gav förarbetena till miljöbalken någon vägledning. Domstolen fortsatte:

”En allmän förvaltningsrättslig princip är emellertid att enskild har rätt till domstolsprövning av förvaltningsmyndighets beslut om den enskilde är berörd och om beslutet har gått honom eller henne emot. I avsaknad av uttrycklig särreglering gäller principen i här aktuell situation. En sådan tillämpning korresponderar även med de rättigheter som enskilda har tillförsäkrats genom Sveriges internationella åtaganden. Det sagda innebär att om en enskild är berörd och beslutet har gått denne emot, har han eller hon rätt att överklaga ett beslut av en myndighet att inte ansöka om återkallelse eller omprövning enligt 24 kap. miljöbalken.”

⁷² 24 kap. 11 §.

⁷³ MÖD 2000:49. De enskilda ansågs inte ens ha rätt att överklaga, talan avvisades. Se även Darpö i festskrift till Hillert, s. 121. Så var rättsläget redan enligt miljöskyddslagen; se Bjällås-Rahmn, s. 221.

⁷⁴ MÖD 2011:46.

Mark- och miljööverdomstolen hänvisar i fallet till "Sveriges internationella åtaganden" (utan närmare precisering). Sverige är part i Århuskonventionen, som är relevant i detta sammanhang. I den del av konventionen som handlar om rätten till rättslig prövning finns artiklarna 9.2 och 9.3 som innebär en rätt för berörda att få en "underlåtenhet" som strider mot den nationella miljölagstiftningen prövad av domstol eller i administrativ ordning. Underlåtenheten i detta fall är att myndigheten inte initierar en omprövning trots att det finns förutsättningar för sådan.⁷⁵ 2011 års fall har emellertid följts av annat avgörande 2018, som åter ändrar eller i alla fall komplicerar rättsläget.⁷⁶

En förening hade vänt sig till Naturvårdsverket och begärt att myndigheten skulle ansöka om återkallelse av tillstånd till vindkraftverk. Naturvårdsverket beslutade att inte göra en sådan ansökan. Beslutet överklagades och avgjordes slutligen av Mark- och miljööverdomstolen, som med hänvisning till lagtexten i 24 kap. 11 § (en ansökan om prövning "får" göras), uttalade att det inte finns någon skyldighet för Naturvårdsverket att ansöka om prövning "även om förutsättningar föreligger utan det är upp till verket att avgöra detta".

Sammantaget innebär de två domarna att det för närvarande (2020) visserligen finns en formell rätt för enskilda och miljöorganisationer att överklaga en myndighets beslut att inte ansöka om omprövning, men att överklagandet är meningslöst eftersom domstolen (enligt domen 2018) inte anser sig kunna ålägga myndigheten att ansöka om omprövning, även om t.ex. en miljökvalitetsnorm överskrids och det beror på tillståndsgivna industriens utsläpp. Det finns därmed ingen möjlighet i Sverige att få en myndighets underlåtenhet att uppdatera miljökrav prövad i domstol, såsom Århuskonventionen kräver.

Rätten för enskilda som berörs av en störning och miljöorganisationer att få saken prövad i domstol har dock också en koppling till EU-rätten. Utgångspunkten är där att medlemsstaterna har processuell autonomi. De ska alltså själva utforma de processuella reglerna för landet. Det finns dock några undantag från principen och ett är att EU-rätten ska kunna genomföras effektivt i medlemsstaterna (effektivitetsprincipen). Det innebär att medlemsstaten inte kan ha ett rättsläge där det saknas någon möjlighet för en enskild att hävda sina rättigheter som följer av EU-rätten, såsom en miljökvalitet relaterad till hälsa. Jans och Vedder skriver att nationella processuella regler

⁷⁵ 26 kap. 2 §.

⁷⁶ MÖD 2018-06-13 i mål M 9150-17.

"must not render virtually impossible or, at the very least, excessively difficult the exercise of rights conferred by the Union legal order."⁷⁷

Det svenska rättsläget, så som praxis ser ut för närvarande, är enligt vår mening inte förenligt med EU-rätten.

Vad som nu sagts har konsekvenser även för åtgärdsprogram. Dessa ska som sagt ses som det primära instrumentet för att genomföra det skydd som miljökvalitetsnormerna innebär. EU-domstolen har i rättsfallet Dieter Janecek mot Freistaat Bayern prövat frågan om rätten för enskild att begära en reviderad handlingsplan (åtgärdsprogram) i syfte att klara en miljökvalitetsnorm.⁷⁸

Bakgrunden var denna. Janecek bodde vid en central ringväg i München. Mätningar visade att miljökvalitetsnormen för stofpartiklar i luften hade överskridits vid fler tillfällen än som var lagligen tillåtet.⁷⁹ En handlingsplan för luftkvaliteten fanns redan för München, men Janecek väckte talan i tysk domstol och yrkade att Freistaat Bayern skulle tvingas upprätta en handlingsplan för det område där han bodde och att planen skulle ange vilka åtgärder som skulle vidtas för att klara miljökvalitetsnormen. Efter överklaganden hamnade ärendet i Bundesverwaltungsgericht. Domstolen menade att varken tysk rätt eller det tillämpliga EU-direktivet gav Janecek rätt att föra talan i domstol, men hänsköt ändå frågan till EU-domstolen för förhandsavgörande.

Mot bakgrund av tidigare praxis, bl.a. de ovan nämnda TA-luftmålen, skrev EU-domstolen i Janecek-domen att

"fysiska och juridiska personer som omedelbart berörs av en risk för att gränsvärden eller tröskelvärden överskrids har rätt att kräva att berörda myndigheter, i förevarande fall genom att vända sig till behöriga domstolar, upprättar en handlingsplan från den tidpunkt då en sådan risk föreligger."⁸⁰

⁷⁷ Jans och Vedder, s. 229. Se även Pagh 1998, s. 535 och Lindblom 2002, s. 692.

⁷⁸ Mål C-237/07 *Dieter Janecek mot Freistaat Bayern*.

⁷⁹ Rådets direktiv 96/62/EG av den 27 september 1996 om utvärdering och säkerställande av luftkvaliteten, EGT L 296/55, särskilt artikel 7.3.

⁸⁰ Mål C-237/07 *Dieter Janecek mot Freistaat Bayern*, p. 39. Det spelar ingen roll att dessa personer kan ha tillgång till alternativa rättsliga medel enligt den nationella rätten, såsom att begära att miljömyndigheter vidtar åtgärder för att minska föroreningen; domen, p. 40.

10.4 Ramvattendirektivet

10.4.1 Bakgrund

”Vatten är ingen vara vilken som helst utan ett arv som måste skyddas, försvaras och behandlas som ett sådant.”⁸¹

Så inleds ramvattendirektivet. Här finns en tydlig koppling till det långsiktiga perspektivet i hållbar utveckling; när vi idag beslutar om sådant som påverkar vattenkvalitet kan vi inte bara bedöma nu aktuella intressekonflikter, vi måste säkra att de vattenresurser vi efterlämnar till kommande generationer har en god kvalitet.

Ramvattendirektivet har en förhistoria, en rättsutveckling med i huvudsak två faser. Redan i mitten av 1970-talet kom den första vägen med direktiv till skydd för *vattenförekommerna*. Inspirerade av lagstiftningsutvecklingen i USA införde Europeiska gemenskapen vattenkvalitetsnormer (med gränsvärden) för badvatten, ytvatten för dricksändamål, fiskvatten (sörvatten) och skaldjursvatten. Den andra vägen med direktiv kom under 1980- och 90-talen, nu med fokus på att reglera *förebyggande aktiviteter*, såsom industriutsläpp och läckage av näringsämnen från jordbruk. Bland dessa kan nämnas vissa direktiv om farvatten och om åtgärder för att minska förorening med nitrater från jordbruk.⁸²

Med tiden blev det vattenrättsliga området splittrat och svåröverskådligt och ett arbete inleddes under slutet av 1990-talet med ett nytt, samordnande ramvattendirektiv. Direktivet från år 2000 innebär också en stegvis inarbetning från och samtidigt utfasning av ett flertal direktiv. Vissa direktiv som rör vattenfrågor kommer fortfarande att gälla vid sidan av ramvattendirektivet, såsom industriutsläppsdirektivet, fågeldirektivet och livsmiljödirektivet (bl.a. är många våtmarker del i nätverket Natura 2000).

Ramvattendirektivet är dock mycket mer än en samordning. Det har ett helt nytt angreppssätt, som bör ses mot bakgrund av att trycket mot vattnens kvalitet och kvantitet inom unionen är hårt, samtidigt som det långsiktiga behovet av vattenresurser med god kvalitet är stort, för konsumtion, fiske och mycket annat.⁸³ Direktivet gäller allt inlandsvatten och i havet en nautisk mil från kusten. Viktiga komponenter i direktivet är följande:

⁸¹ Ramvattendirektivet, preambeln (1).

⁸² Se närmare om EU:s vattenrättsliga utveckling, Jans och Vedder, s. 391 ff.

⁸³ Preambeln (4).

- Det har ett kombinerat angreppssätt, med regler om såväl vattenkvalitet som krav riktade mot olika aktiviteter. Direktivet omfattar inte bara föroring utan även fysiska ingrepp, t.ex. dammbyggen och markavvattningar.
- Det finns flera miljömål i direktivet. Dessa är ambitiösa, men det finns också flera undantag.
- Tidigare vattendirektiv innehåller generella vattenkvalitetskrav för hela unionen. Sådana finns kvar, men medlemsstaterna har dessutom ett eget ansvar att utifrån anvisningar i direktivet fastställa aktuell vattenstatus och mål för sina enskilda vattenförekomster.
- Direktivet omfattar yt- och grundvatten inom avrinningsområden. I t.ex. norra Sverige sträcker sig ett avrinningsområde från fjällbackarna i väster, via älvar (med biflöden) och sjöar ända ner till älvdeltat (övergångsvatten) vid Bottenviken. Även det närmaste havskustvattnet omfattas, en nautisk mil från kusten. Trots att hela avrinningsområdet är utgångspunkten, så utgår bedömningarna i enskilda fall (t.ex. vid tillståndsprövningar) från kvaliteten i de enskilda vattenförekommerna, som kan vara relativt små områden, t.ex. del av en å eller del av en sjö.⁸⁴
- Nationella vattenmyndigheter ansvarar för vattendistrikt som har ett eller flera avrinningsområden. Det är alltså inte de administrativa gränserna (för t.ex. län) som bestämmer vattenmyndighetens geografiska arbetsområde, utan de naturliga gränserna för avrinningsområdena. I Sverige finns fem vattenmyndigheter, administrativt knutna till fem länsstyrelser. De ansvarar geografiskt för vattendistrikten Bottenviken (Luleå), Bottenviken (Härnösand), Norra Östersjön (Västerås), Södra Östersjön (Kalmar) och Västerhavet (Göteborg).
- Direktivet bygger på en adaptiv planering (förvaltning) av vattenförekommerna, med flera steg. Här har miljö kvalitetsnormer och åtgärdsprogram avgörande funktioner.
- En princip om kostnadstäckning för vattentjänster innebär att medlemsstaterna ska se till att de som använder vattenresurserna (industrier, jordbruk m.m.) ska ersätta staten för utnyttjandet av vatten. Här finns en klar koppling till principen förorenaren betalar. Systemet är kontroversiellt.

De svenska reglerna för genomförande av direktivet utgår från 5 kap. miljöbalken. Mer precisa regler finns i vattenförvaltningsförfordningen. Med stöd av denna har Havs- och vattenmyndigheten och Sveriges Geologiska Undersök-

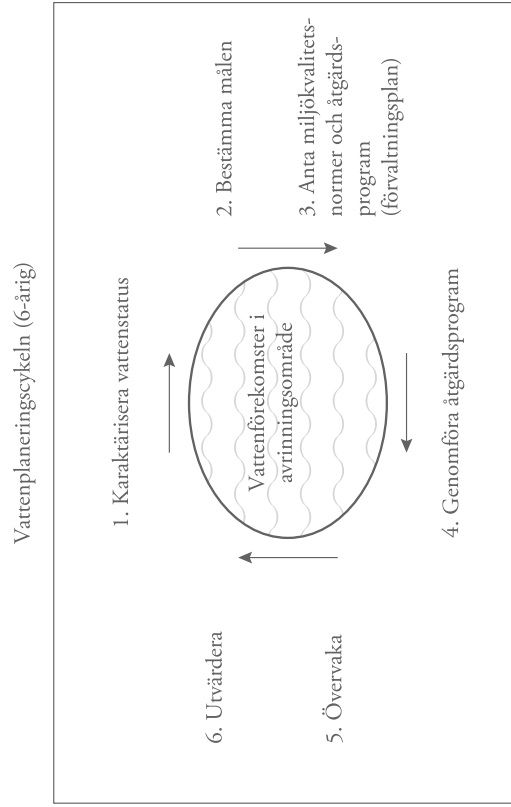
⁸⁴ Se kritiken i Josefsson i Nordisk miljö rättslig tidskrift 2014:3.

ning (SGU) utfärdat föreskrifter med generella kriterier för hur vattenförekommster ska karaktäriseras och hur miljökvälighetsnormer ska fastställas.⁸⁵ Kriterierna är en vidareutveckling och precisering av bilaga V i ramvattendirektivet.

Här ska även nämnas datasystemet VISS (VattenInformationsSystem Sverige), som utvecklats av vattenmyndigheterna, länsstyrelserna och Havs- och vattenmyndigheten. VISS innehåller uppgifter om de specifika vattenförekommsterna, bl.a. statusklassning (efter karaktärisering), miljökvälighetsnormer, mätning, skyddade områden och vidtagna, planerade och möjliga åtgärder. VISS är ingen författning och saknar därmed rättsligt bindande verkan, men har praktisk betydelse som bl.a. beslutsunderlag.⁸⁶

10.4.2 Adaptiv vattenplanering med sexåriga förvaltningsplaner

Ramvattendirektivet innehåller ett system för adaptiv planering (förvaltning) av vattenresurserna. Systemet framgår av följande figur:



⁸⁵ Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter om klassificering och miljökvälighetsnormer avseende ytvatten (HVMFS 2013:19) och Sveriges Geologiska Undersöknings föreskrifter om miljökvälighetsnormer och statusklassificering för grundvatten (SGU-FS 2013:2).

⁸⁶ I MÖD 2014-03-07 i mål M 9888-12, som handlade om fiskvägar vid vattenanläggningar (Brevens bruk), använde domstolen information om miljökvälighetsnormer och åtgärdsprogram från VISS.

Den adaptiva planeringen innebär i korthet att medlemsstaterna först ska karaktärisera statusen i sina vattenförekommster. Därefter anges målet för varje vattenförekommst, som enligt huvudregeln är ”god vattenstatus” senast 2015 (tidpunkten har i många fall skjutits fram). Vattenmyndigheterna ska anta en sexårig förvaltningsplan för varje vattendistrikt, med miljökvälighetsnormer och åtgärdsprogram. Sedan följer genomförandet av åtgärdsprogrammet, som övervakas och därefter utvärderas. Resultatet kan leda till att förändringar måste ske inför nästa sexåriga förvaltningsplan i form av t.ex. ny karaktärisering, andra nivåer i miljökvälighetsnormerna eller skärpta krav i åtgärdsprogrammet.⁸⁷

Syftet med en adaptiv planering av vattenförekommster är alltså att kunna göra anpassningar efter hand. Sådana kan påkallas av att genomförandet av åtgärdsprogrammet har misslyckats, att vattenstatusen påverkats av aktiviteter som vi inte direkt kan styra över (t.ex. utsläpp från andra länder), att ekosystemet har reagerat på sätt som inte förutsetts, att ny effektivare teknik har utvecklats eller helt enkelt därför att vi har fått bättre kunskap om något, t.ex. samspelet mellan olika arter i ett ekosystem. Dynamiken i vattenplaneringscykeln innebär att vi måste vara beredda att ändra i gällande rättslagen för att kunna nå de miljömål som antagits för de olika vattenförekommsterna. Det kan handla om att införa ändringar i såväl lagstiftningen som givna tillståndsvillkor, något som ofta är kontroversiellt.

Det är vattenmyndigheterna som ansvarar för den adaptiva planeringen, men i samverkan med andra myndigheter och så kallade vattenråd (där olika intressen ska vara representerade).

Karaktärisering av vattenstatus

Karaktärisering av vattenförekommsternas status är en krävande uppgift för ett land som Sverige med många vattendrag och sjöar och en lång havskust.⁸⁸ Många av våra vattenförekommster har inte undersökts närmare inför karaktäriseringen.

När det gäller ytvatten ska medlemsstaterna bestämma den aktuella kemiska och ekologiska vattenstatusen i sina vattenförekommster. Den kemiska statusen för ytvatten bestäms utifrån dotterdirektivet 2008/105 om miljökvälighetsnormer inom vattenpolitikens område,⁸⁹ som anger gränser för förekomst av olika farliga ämnen. Vissa av dessa är ”prioriterade”. Vid karaktäriseringen undersöks

⁸⁷ Jfr artikel 11.5 ramvattendirektivet.

⁸⁸ Vidare krävs en översyn av konsekvenserna av mänsklig verksamhet för ytvattens och grundvattens status; artikel 5.

⁸⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv om miljökvälighetsnormer inom vattenpolitikens område.

om yrvattnet klarar alla gränsvärden; i så fall uppnås god status, annars inte. Det är alltså bara två nivåer för kemisk status uttryckt som ”god” eller ”uppnår ej god” status.

Karakteriseringen av ekologisk yrvattenstatus är mer komplicerad och sker med stöd av tre slags *kvalitetsfaktorer*. Utgångspunkten är de biologiska faktorerna: sammansättning och förekomst m.m. av vissa akvatiska arter (såsom alger och fisk). Som stöd för de biologiska faktorerna baseras den ekologiska statusen även på hydromorfologiska faktorer (såsom vattenflödets kvantitet och dynamik) och fysikaliskt-kemiska faktorer (t.ex. floddiupets variation respektive förekomsten av näringsämnen).⁹⁰ Statusen för varje ekologisk kvalitetsfaktor bedöms utifrån vissa *parametrar*. Exempelvis är ”andel laxfiskarter som reproducerar sig på lokalen” en bland flera parametrar för kvalitetsfaktorn ”fisk” och bland parametrarna för kvalitetsfaktorn ”näringsämnen” ingår ”totalfosfor” (totala koncentrationen fosfor i vattnet).⁹¹

Den ekologiska yrvattenstatusen anges i en av fem nivåer: ”hög”, ”god”, ”måttlig”, ”otillfredsställande” eller ”dålig”. Hög vattenstatus innebär att inga eller endast mycket små av människor framkallade förändringar har skett i vattnet. I Sverige finns mycket få sådana vattenförekomster.⁹² Detta närmast ursprungliga naturtillstånd (som kan vara svårbedömt i praktiken) är utgångspunkten även för bestämmandet av övriga nivåer.⁹³ När vattenförekomstens ekologiska status bestäms utifrån de olika kvalitetsfaktorerna tillämpas en metod som kallas ”One out – all out”.⁹⁴ Det är den lägsta nivån som avgör. Om t.ex. såväl de biologiska som de kemiskt fysikaliska faktorerna bedöms ha god status, men de hydromorfologiska faktorerna ligger på nivån måttlig, karakteriseras vattenförekomstens ekologiska status som måttlig.

Medlemsstaterna får under vissa förutsättningar karakterisera yrvattenförekomster som ”konstgjorda” (t.ex. kanaler) eller ”kraftigt modifierade”, med följd att det ekologiska målet sätts lägre (se nedan). I Sverige har många älvssträckor karakteriserats som kraftigt modifierade på grund av redan byggda vattenkraftsdammar och genomförda regleringar av vattenstånd. Vid såväl konstgjorda som kraftigt modifierade vattenförekomster är det fråga om att fysiska

⁹⁰ Ramvattendirektivet, bilagorna II och V. Se även Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter om klassificering och miljökvalitetsnormer avseende yrvatten (HVMFS 2013:19). Se Josefsson 2012, som ifrågasätter utgångspunkter och metoder för bestämmande av ekologisk status.

⁹¹ Bilaga II, p. 7 och 2.2.

⁹² Bl.a. har vissa fjällbäckar ansetts ha hög status.

⁹³ Bilaga V, tabell 1.2.

⁹⁴ Ramvattendirektivet bilaga V, 1.4.2 i).

ingrepp har skett. Tidigare föreningar kan alltså inte i sig leda till att vatten karakteriseras som kraftigt modifierat.

Grundvatten karakteriseras med hänsyn till kemisk och kvantitativ status.⁹⁵ Bristen på grundvatten är påtaglig i vissa av EU:s medlemsstater, bl.a. Spanien.

Bestämmande av miljömålen

Medlemsstaterna fastställer mål för enskilda vattenförekomster med utgångspunkt från artikel 4 i ramvattendirektivet. Här anges miljömål för yrvatten, grundvatten och skyddade områden.⁹⁶ Två centrala mål för yt- och grundvatten är dels att vattenförekomsternas nuvarande status inte försämrats, dels att vattenförekomster ska ha minst god vattenstatus 2015. Yrvatten ska ha god kemisk och god ekologisk vattenstatus, grundvatten god kemisk och god kvantitativ vattenstatus. Det är alltså inte hög utan god ekologisk yrvattenstatus som krävs (det godtas då vattnet kan ha påverkats av små störningar från mänsklig aktivitet), såvida inte vattenförekomsten redan har hög status. I så fall får denna inte försämrats.

Ett annat mål är att gradvis minska förorening från prioriterade ämnen och att utsläpp och spill av prioriterade farliga ämnen (såsom kadmium och kvicksilver) ska upphöra omedelbart eller stegvis elimineras.⁹⁷

Artikel 4 har flera undantag.⁹⁸ För konstgjorda eller kraftigt modifierade yrvattenförekomster (se ovan) gäller inte kravet på god ekologisk status. Kravet är lägre, nämligen ”god ekologisk potential”. Det innebär att medlemstaten även för dessa vatten kan behöva vidta åtgärder för att skydda och förbättra den ekologiska vattenstatusen, såsom att skapa vandringsvägar för fisk vid sidan av kraftverksdammar. För dessa vatten gäller vidare kravet på god kemisk vattenstatus, liksom kravet att den aktuella vattenstatusen (den ekologiska och den kemiska) inte får försämrats. Det finns även ett liknande undantag (som gäller parallellt), som innebär att medlemstaten inte behöver uppnå miljömålen om vattenförekomsten är så påverkad av mänsklig verksamhet, eller när dess naturliga tillstånd är sådant, att uppnåendet av målen skulle vara omöjligt eller oproportionerligt dyrt. Vidare får medlemsstaterna ange en senare tidpunkt

⁹⁵ För grundvattens kemiska respektive kvantitativa status är nivåerna ”god” och ”otillfredsställande”. Utgångspunkterna finns i dotedirektivet 2006/118/EG av den 12 december 2006 om skydd för grundvatten mot föroreningar och försämring, EUT L 372/19.

⁹⁶ Här ingår t.ex. områden som avsatts enligt badvattendirektivet, fågeldirektivet och livsmiljödirektivet (särskilda skyddsområden och särskilda bevarandoområden), se vidare ramvattendirektivet artikel 4.1(c).

⁹⁷ Ramvattendirektivet, bilaga X.

⁹⁸ Ramvattendirektivet, artikel 4.3–4.7.

än år 2015 för målet god vattenstatus (2021 eller 2027). Den möjligheten har använts flitigt, bl.a. i Sverige. Undantag kan även göras för tillfälliga försämringar. Slutligen finns möjlighet att, under vissa restriktiva förutsättningar, tillåta en försämring i samband med ”nya modifieringar i en yvattenförekomsts fysiska karaktäristika eller förändringar i nivån hos grundvattenförekomster”. Undantagsregeln har behandlats ovan i avsnitt 10.3.3.

Miljökvalitetsnormer

Miljömålen för enskilda vattenförekomster (yt- och grundvatten) avspeglas och preciseras i miljökvalitetsnormer. Ramvattendirektivet har regler om miljökvalitetsnormer för kemisk vattenstatus, utvecklade på 4 kap. vattenförvaltningsförordningen. Dessa kriterier har i sin tur utgjort basen för vattenmyndigheternas arbete med att ta fram ekologiska miljökvalitetsnormer för enskilda vattenförekomster.

Åtgärdsprogram

Mål om vattenstatus och preciserande miljökvalitetsnormer kompletteras med ett system för genomförande. Åtgärdsprogram är det första steget i denna process. Direktivet kräver att sådana upprättas. Programmen ska innehålla vissa grundläggande åtgärder (minimikrav). Hit hör bl.a. åtgärder som krävs för att genomföra vissa åtgärder som har samband med andra direktiv, såsom livsmiljödirektivet och badvattendirektivet. Därutöver kan åtgärdsprogrammen innehålla kompletterande åtgärder.¹⁰⁰

Varje vattenmyndighet utfärdar åtgärdsprogram för sitt distrikt. De första åtgärdsprogrammen gällde perioden 2009–2015. Därefter antogs program för perioden 2016–2021. De åtgärder som riktar till myndigheter och kommuner, och som dessa är lagligen skyldiga att genomföra enligt 5 kap. 11 § MB, är av övergripande slag. Det kan exempelvis handla om skyldighet att rapportera, att ställa krav i samband med tillståndsprövningar och att utöva tillsyn på visst

⁹⁹ Direktiv 2008/105/EG, not 4 och Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/118/EG av den 12 december 2006 om skydd för grundvatten mot föroreningar och försämring, EUT L372/19.

¹⁰⁰ Artikel 11.4 och bilaga VI.

sätt. Som vi skrev tidigare saknas rättsliga instrument för att genomdriva åtgärder om myndigheter och kommuner är passiva.¹⁰¹

Till detta kommer att vattenmyndigheternas allmänna åtgärdsprogram inte alls behandlar vad som måste göras för att förbättra vattenkvaliteten för de *enskilda vattenförekomsterna*, så att målen för dessa ska kunna nås inom utsatt tid. I datasystemet VISS redovisas förslag till åtgärder, men alltså inga skyldigheter för berörda myndigheter.

Det kan ifrågasättas om Sverige (och säkert flera andra medlemsstater) har ett tillräckligt effektivt system med åtgärdsprogram för att nå direktivets mål. EU-kommissionen har tidigare riktat viss kritik mot medlemsstaterna allmänt, men har ännu inte (2020) inlett något överrättsärendande mot Sverige som rör åtgärdsprogrammets utformning och genomförande.

10.4.3 Tillämpningen av ramvattendirektiv i enskilda ärenden

Ramvattendirektivet inverkar på olika sätt på bedömningen av enskilda ärenden enligt 2 kap. miljöbalken. Förvaltningsplanens åtgärdsprogram ska inverka på tillämpningen. Vidare har miljökvalitetsnormer som härrör från direktivet (genom Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter) en direkt inverkan, vid sidan av åtgärdsprogrammen.¹⁰² Miljökvalitetsnormer för kemisk status är gränsvärden, som därmed är bindande enligt lagtexten. Ekologiska miljökvalitetsnormer har också genom lagändringar efter Weserdomen gets en rättsligt bindande verkan. De svenska reglerna i främst 2 kap. 7 § andra stycket och 5 kap. 4 § har behandlats tidigare.¹⁰³

10.4.4 Slutkommentar

Ramvattendirektivet innebär ett nytänkande på flera sätt. Medlemsstaterna har tvingats bygga upp ett system för adaptiv planering av hela avinningsområden, som ingår i särskilda vattendistrikt. Den adaptiva planeringen (förvaltningen) medför högre krav än tidigare på att kunna ändra rättslägen, bl.a. givna tillstånd och villkor.

¹⁰¹ Jfr diskussionen ovan, avsnitt 10.3.4.

¹⁰² I ett mål om fiskvägar förbi vattenanläggningar (Brevens bruk), och minimitappning, hämtade Mark- och miljööverdomstolen information om kvalitetskrav och åtgärdsprogram från vattenmyndigheternas databas ”Vatteninformation Sverige” (VISS), MÖD 2014-03-07 i mål M 9888-12.

¹⁰³ Ovan avsnitt 10.3.3.

Det finns flera oklarheter i ramvattendirektivet, som är svåröverskådligt och delvis komplicerat att begripa för den som inte är insatt i de naturvetenskapliga faktorer som regleras i bilagorna. Weserdomen har dock klarlagt dels att målen i artikel 4.1 inte kan ses bara som något som medlemsstaterna ska sträva efter att uppnå genom åtgärdsprogram; målen är att anse som kvalitetskrav som även gäller i enskilda fall, såsom vid en tillståndsprövning. Även om det inte uttalas explicit i domen kan man anta att dessa krav även gäller i andra situationer, såsom vid tillsyn och fysisk planering.¹⁰⁴

Här ska slutligen nämnas en annan EU-rättsakt, nämligen havsmiljödirektivet (ramdirektivet om en marin strategi).¹⁰⁵ Det har konstruerats med ramvattendirektivet som förebild. Målet är ”god miljöstatus” (miljökvalitetsnormer preciserar målet) och en adaptiv planering ska ske genom sexåriga marina strategier, som bl.a. innehåller åtgärdsprogram.¹⁰⁶ Eftersom ramdirektivet för vatten gäller i havet en nautisk mil från kusten, finns en överlappning med havsmiljödirektivet i detta område.

¹⁰⁴ Michanek 2015 i JP, avsnitt 6.1.

¹⁰⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/56/EG av den 17 juni 2008 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på havsmiljöpolitikens område (Ramdirektiv om en marin strategi). Direktivet och bl.a. dess förhållande till fiske analyseras i Michanek och Christensson 2014.

¹⁰⁶ Se även Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter om vad som kännetecknar god miljöstatus samt miljökvalitetsnormer för Nordsjön och Östersjön (HVMFS 2012:18).

KAPITEL 14

Verksamheter som orsakar miljöskador

14.1 Bakgrund

Miljölagsstiftningens viktigaste funktion är att så långt möjligt förebygga skadlig påverkan på hälsa och miljö. Det allmänna kravet på försiktighetsmått i 2 kap. 3 §, miljöbedömningar och tillståndsprövningar är några exempel på rättsliga instrument i miljöbalken som typiskt sett har en sådan *preventiv* funktion. En del miljörättsliga instrument har i stället primärt en *reparativ* funktion.

Grundregeln om reparativa krav i 2 kap. 8 § miljöbalken har behandlats tidigare. Den som genom en verksamhet eller åtgärd ”har orsakat skada eller olägenhet för miljön ansvarar till dess skadan eller olägenheten har upphört” för avhjälpan.¹ Regeln gäller för efterbehandling av förorenade områden, men den omfattar även situationer där miljön har skadats på andra sätt, t.ex. fysiska skador på byggnader efter sprängning eller skakning. 2 kap. 8 § miljöbalken gäller även förstörda livsmiljöer för djur och växter efter torrläggning av våtmarker, avverkning av skog eller andra ingrepp i naturen. För dessa fall finns särskilda regler om kompensation av naturvärden i 7 kap. 7 § och 16 kap. 9 § miljöbalken. Även reglerna om miljöskadestånd i 32 kap. miljöbalken har en viktig reparativ funktion.

De i praktiken viktigaste reglerna om reparativa krav finns i 10 kap. miljöbalken. Här regleras främst frågor kring efterbehandling av förorenade områden. Sådana, ibland kallade ”hot spots”, finns i de flesta länder. Europeiska miljöbyrån uppskattar att det finns totalt 342 000 förorenade områden inom EU.² Skaderiskerna vid dessa områden varierar dock mycket. Enligt Naturvårdsverket finns i Sverige (år 2020) ca 1 150 områden som bedöms utgöra ”mycket stor risk” för miljön och människors hälsa.³ Ytterligare ca 7 900 områden bedöms utgöra ”stor risk”.

¹ Se närmare ovan avsnitt 8.5.8.

² I 15 % av områdena har det vidtagits åtgärder för efterbehandling. Se <https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/progress-in-management-of-contaminated-sites-3/assessment> (2021-05-11).

³ Lägesbeskrivning av arbetet med efterbehandling av förorenade områden 2019, s. 14.

Den viktigaste orsaken historiskt till att förorening lagrats i mark och vatten är att den industriella utvecklingen ofta skett utan tillräckliga miljöskyddsåtgärder. I vissa länder, såsom i baltstaterna och andra delar av den forna Sovjetunionen, finns även stora områden med rester av material från militära verksamheter. Problematiken består då inte bara i föroreningsskador, utan även i risk för explosioner, som komplicerar saneringsarbetena. Dessa stater har också kraftigt förorenade områden vid nedlagda storfjordbruk (kolchoser).

År 2007 utvidgades 10 kap. miljöbalken i syfte att överföra nya krav i EU:s miljöansvarsdirektiv från 2004 till svensk rätt.⁴ Miljöansvarsdirektivet uppställer minimikrav. Medlemsstaterna får alltså gå längre, men Sverige har i huvudsak lagt sig på minimikravnivån. Ett viktigt skäl bakom direktivet var de stora olyckor som inträffat i industrier eller liknande anläggningar med föroreningsskador som följd, t.ex. i Seveso i Italien 1976 (industri), Aznalcollar i Spanien 1998 (avfallsdamm vid gruva) och i Baia Mare och Baia Borsa år 2000 när två rumänska floder förorenades av stora utsläpp. Det har också inträffat flera stora fartygsolyckor som lett till oljeutsläpp med följdskador för det marina livet, t.ex. Torrey Canyon 1967, Amoco Cadiz 1978 och Erika 1999.

Direktivet gäller för tre slag av "allvarlig miljöskada"; skador på vissa utpekade arter eller livsmiljöer (koppling till fågeldirektivet och livsmiljödirektivet), skador på vatten (koppling till ramvattendirektivet) samt markskador. 10 kap. miljöbalken har därmed utvidgats.

Detta kapitel i boken behandlar först de grundläggande reglerna i samband med avhjälpande av föroreningsskador. Därefter redogörs för vad som gäller vid "allvarlig miljöskada", med andra ord de rättsliga krav som har tillkommit på grund av miljöansvarsdirektivet.

14.2 De rättsliga grunderna vid avhjälpande av föroreningsskador

14.2.1 Utgångspunkter och frågeställningar

Avsnitt 14.2 behandlar mark- och vattenområden som har *skadats* av förorening eller där kemikalier *förvaras* på ett sätt som kan leda till förorening, situationer som regleras i 10 respektive 2 kap. miljöbalken. Exempel på "skadefall" är oljeförorenad mark vid en nedlagd bensinstation, rester i marken från verksamhet med tryckimpregnering av virke och fiberbankar som bildats i en

vik efter utsläpp från massfabrik (tungmetaller och andra skadliga ämnen kan lagras i dessa sediment).

Föroreningsskador är när någon förvarar skadligt material på en fastighet, även om det är en annan person som har genererat eller placerat materialet där.⁵ Ett exempel på "föroreningsskador" är lagring av kemikalier i tunnor eller andra behållare. I det renodlade förvaringsfallet finns *risk* för att föroreningar kan komma att spridas i miljön, men en förorening har ännu inte faktiskt skett. Ibland kan det vara fråga om såväl förvaring som skada, såsom när tunnor grävs ned (förvaring) och en del av innehållet läckt ut och skadat omgivande mark.

Det handlar sammanfattningsvis om såväl *reparativa* som *preventiva* åtgärder. Det finns i praktiken ofta en nära koppling mellan dessa två slag av åtgärder. Som framgår av den fortsatta framställningen har detta samband också en rättslig betydelse.

De följande avsnitten utgår främst från 10 kap. miljöbalken, som (utöver vissa slags skador som nämndes ovan) gäller vid "föroreningsskador".⁶ Det är då fråga om en "miljöskada som genom förorening av ett mark- eller vattenområde, grundvatten, en byggnad eller en anläggning kan medföra skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön". Även om det således räcker med en risk för skada eller olägenhet på hälsa eller miljö (såsom biologisk mångfald och andra naturvärden), så är det en förutsättning för ingripande enligt 10 kap. att en *förorening* först har *konstaterats*.

10 kap. reglerar "avhjälpande" åtgärder, som kan vara utredningar eller efterbehandlingsåtgärder. Efterbehandling sker på olika sätt, t.ex. genom att gräva ut området och forsla bort den förorenade jorden eller att behandla föroreningarna kemiskt på platsen. Ibland kan det räcka att i stället isolera en förorening så att den inte sprids ytterligare, t.ex. att täcka över ett utplag som skydd mot regnvatten. Isolering kan i praktiken vara det enda praktiskt lämpliga alternativet, eftersom fysiska ingrepp ibland riskerar att förvärra situationen.

Valet av åtgärd för efterbehandling beror också på vad området ska användas till efteråt. Om ett markområde ska kunna användas för ett ändamål som är särskilt känsligt mot förorening, t.ex. som bostäder eller förskola, kan det vara nödvändigt med mycket långtgående och kostsamma åtgärder. I andra fall (kanske som en konsekvens av just kostnaderna) kan ändamålet vara att använda området för t.ex. en parkeringsplats eller industriutplag. I sådana fall är det inte kostnadseffektivt (miljömässigt motiverat) att utföra långtgående sanering.

⁵ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 107.

⁶ "Föroreningsskador" definieras i 10 kap. 1 § MB.

De avhjälpande åtgärder som kan krävas enligt 10 kap. är således reparativa till sin karaktär, åtminstone delvis. Som redan sagts handlar det ofta också om att vidta preventiva åtgärder, för att hindra framtida miljöpåverkan från förvarade kemikalier eller förorenade områden.⁷ Därför aktualiseras även de förebyggande kraven i 2 kap. 3 § miljöbalken i vissa situationer.

Frågor om avhjälpande av förorenade områden reglerades tidigare i första hand i 5 § miljöskyddslagen, som omfattade såväl preventiva som reparativa åtgärder (före 1999 saknades ett särskilt regelsystem för reparativa krav motsvarande det i 10 kap. miljöbalken). Den praxis som utvecklats enligt miljöskyddslagen har fortfarande viss betydelse och en del av denna återges här.

De följande delavsnitten behandlar främst fyra centrala frågor i samband med efterbehandling av förorenade områden:

- Vem bär ansvaret för efterbehandlingen och vad omfattar detta ansvar (skäligheten)?
- Vad gäller om flera personer är ansvariga?
- Hur långt tillbaka i tiden sträcker sig ansvaret?
- Vad är förutsättningarna för att inrätta ett så kallat "miljöriskområde" och vilken funktion fyller detta lokala skydd?

Även andra frågor får betydelse. Ofta handlar det om nedgrävda eller på annat sätt gömda eller glömda miljösynder från tidigare. Därför finns en särskild upplysningskyldighet: Om en förening upptäcks på en fastighet, och föreningen medför risker för hälsa eller miljö, måste ägaren eller brukaren genast underätta tillsynsmyndigheten.⁸ Skyldigheten att "avhjälpa" innefattar som sagt även ett utredningsansvar, men bara förutsatt att området verkligen är konstaterat förorenat och att föreningen medför risk för skada på hälsa eller miljö.⁹ En tillsynsmyndighet kan kräva att ett område undersöks på ett tidigare stadium, men får då grunda kravet på regler i 26 kap. miljöbalken.¹⁰

14.2.2 Ansvarsfrågans betydelse

Efterbehandling medför ofta mycket höga kostnader. Redan provtagningar i marken och liknande utredningar av det förorenade området kan vara mycket

⁷ Jfr begreppet "avhjälpande" i 10 kap. 1 § MB.

⁸ 10 kap. 11 § MB.

⁹ Se även 10 kap. 10 § MB.

¹⁰ 26 kap. 21 och 22 §§ MB.

dyra. Frågan om vem som ska bära ansvaret för kostnaderna är därför mycket viktig.

10 kap. miljöbalken reglerar det reparativa ansvaret för verksamhetsutövare och markägare (ibland är det samma person). Ansvaret för markägare är subsidiärt.¹¹ Om ingen utövare eller markägare kan göras ansvarig måste staten eller kommunen bekosta efterbehandlingen med skattemedel.¹²

14.2.3 Verksamhetsutövares ansvar

Förorenaren betalar

10 kap. 2 § miljöbalken utgår från principen "förorenaren betalar". Därför faller ansvaret för avhjälpanDET primärt på "den som bedriver eller har bedrivit en verksamhet eller vidtagit en åtgärd som har bidragit till en föroreningskada ... (verksamhetsutövaren)".¹³ Den som tidigare t.ex. har drivit en industri som förorenat omgivningen och som sedan överlåtit verksamheten till annan, blir i princip inte av med miljöskulden (tidsfrågan kan dock få betydelse på vissa sätt, se nedan). Som också framgår av 10 kap. 2 § måste inte en verksamhet vara avslutad för att krav ska kunna ställas med stöd av kapitlet. Även pågående verksamheter omfattas i den mån man kan konstatera att verksamheten har förorsakat en föroreningskada eller en allvarlig miljöskada.¹⁴

Begreppet "verksamhetsutövare" togs upp i ett tidigare avsnitt.¹⁵ Innebörden i begreppet är omdiskuterat. Den som genom utsläpp har skadat ett område de hör som sagt hit, men även markägare och brukare av en fastighet som inte primärt har skapat föroreningsproblemet i ett område kan, som visas nedan, i vissa situationer betraktas som verksamhetsutövare. När flera bolag ingår i en verksamhet kan situationen vara svår att bedöma.

Proton Finishing, som likviderades 2007, var ett helägt dotterbolag till Proton Industries. Länsstyrelsen hade förelägit Proton Industries att vidta åtgärder för efterbehandling av ett område som förorenats på grund av utsläpp från verksamheten vid Proton Finishing. Den avgörande frågan var om moderbolaget Proton

¹¹ MÖD 2014:14.

¹² Naturvårdsverket ska varje år lämna en lägesbeskrivning av arbetet med efterbehandling av förorenade områden till regeringen.

¹³ Normalt handlar det om "miljöfarlig verksamhet", men varken lagtext eller förarbeten anger det som en förutsättning.

¹⁴ Se vidare Darpö i rapport 5242, s. 23.

¹⁵ Övan avsnitt 13.3.1. Frågan om att definiera begreppet "verksamhetsutövare" diskuteras i förarbetena till ändringarna i 10 kap. MB 2007, men liksom i tidigare lagstiftningsärenden undvek regering och riksdag att ta ställning.

Industries kunde anses som verksamhetsutövare och adressat för föreläggandet. Mark- och miljöoverdomstolen tog avstamp i den tidigare Miljöansvarsutredningens uppfattning, att som verksamhetsutövare ska anses den som "rättsligt eller faktiskt utövar eller har utövat en avgörande kontroll över verksamheten". En sådan kontrollmakt kan föreligga bl.a. om "verksamhetens drift i ett dotterbolag är helt beroende av resurser för detta ändamål i moderbolaget".¹⁶ Proton Finishing gick med förlust åren 2003–2007. Moderbolaget Proton Industries understödde och möjliggjorde den fortsatta verksamheten under dessa år genom att bidra med sammanlagt ca 43 miljoner kronor i koncernbidrag. Därigenom hade Proton Industries enligt domstolen "haft ett avgörande inflyrande på den verksamhet som bidragit till föreningarna i fråga". Moderbolaget hade även haft "rättslig och faktisk möjlighet att påverka verksamheten genom sin starka ställning som ensam aktieägare och koncernbidragsgivare". Proton Industries ansågs därför som verksamhetsutövare vid sidan av Proton Finishing och solidariskt ansvarig för efterbehandling.¹⁷

Ingrepp i förorenat område

En situation där en markägare eller brukare kan bli ansvarig är om ett förorenat område ska *användas* på ett sätt som innebär att gamla föroreningar kan spridas, såsom att en industritomt som innehåller oljerester ska exploateras för bebyggelse. Ett annat exempel är åtgärder i samband med avhjälpande, t.ex. när jordmassor eller sediment som innehåller rester av kvicksilver m.m. ska grävas upp och forslas bort. Sådana ingrepp kan som sagt riskera att förvärra situationen. Om denna risk inte är "ringa", måste åtgärden anmälas till tillsynsmyndigheten, som därigenom får möjlighet att kontrollera och styra valet av åtgärder.¹⁸

I dessa fall bedrivs "miljöfarlig verksamhet" enligt 9 kap. 1 § miljöbalken. De preventiva kraven på försiktighetsmått enligt 2 kap. miljöbalken gäller. Om verksamheten alls får utövas i området,¹⁹ måste skyddsåtgärder vidtas enligt 2 kap. 3 §. Men även 10 kap. miljöbalken kan vara tillämplig i dessa situationer, enligt ett avgörande av Högsta domstolen 2012.²⁰

Ett fastighetsbolag hade inlett en sanering av en kraftigt förorenad fastighet i Oxelösund. Åtgärderna hade lett till att föroreningar frigjorts och spridits till omgivning-

¹⁶ Prop. 2006/07:95, s. 57 f.

¹⁷ MÖD 2013:28.

¹⁸ 28 § förordningen (1998:899) om miljöfarlig verksamhet och hälsoskydd.

¹⁹ Den kan hindras på grund av 2 kap. 6 eller 9 § MB.

²⁰ NJA 2012 s. 125. Frågan gällde om en markägare kunde ses som solidariskt ansvarig enligt 10 kap. 6 § MB. Högsta domstolen menade att ansvar förelåg enligt 10 kap. 2 § MB, därmed även ett solidariskt ansvar. Se också MÖD 2012:59.

en. Högsta domstolen såg fastighetsbolaget som verksamhetsutövare enligt 10 kap. 2 § miljöbalken.

Konkursbon

Även konkursbon kan åläggas ett ansvar för avhjälpande enligt miljöbalken (liksom tidigare enligt miljöskyddslagen).²¹ Det gäller om boet fortsätter att driva verksamheten men ibland även annars.

Länsstyrelsen hade förelagt ett konkursbo att vidta åtgärder för efterbehandling i några gruvområden. Konkursboet hade tagit över verksamheten under perioden december 2007–augusti 2008 och då utfört vissa drifts- och underhållsarbeten, förvarat avfall, men inte brutit malm. Verksamheten överläts till ett bolag i augusti 2008. En huvudfråga i målet var om konkursboet kunde anses vara ansvarig för efterbehandlingsåtgärder. Mark- och miljöoverdomstolen anser att gruvverksamhet inte bara omfattar drift av gruva och malmbrytning, utan även åtgärder för drift och underhåll, förvaring och hantering av utvinningsavfall, rening av gruv- och dränagevatten, skötsel av sedimentationsdammar, egenkontroll m.m. Gruvverksamheten vid de båda gruvorna "måste ses som en integrerad helhet där alla nämnda enheter ingår". Vidare skriver domstolen att det är "gruvverksamheten som helhet som orsakar den uppkomna föroreningsskadan". Det pågick alltså "gruvverksamhet" under perioden 2007–augusti 2008 trots att malm inte bröts under perioden. Konkursboet ansågs solidariskt ansvarig för efterbehandlingsåtgärder.²² Högsta domstolens uttalanden i NJA 2012 s. 125 (p. 9) hade viss inverkan på bedömningen i detta fall av konkursboets ansvar. Högsta domstolen menade att reglerna i 10 kap. bör ges en tillämpning som i möjligaste mån underlättar bedömningen av vem som är verksamhetsutövare eftersom syftet att förenkla förfarandet vid ett avhjälpande i annat fall motverkas.

Frågan om boet haft tillräckliga medel har saknat betydelse vid rättstillämpningen. Frågan är dock omdebatterad, eftersom kostnaden för efterbehandling betalas före och vid sidan av den prioriteringsordning som råder enligt konkursrätten.²³

För konkursbon kan det dock uppkomma situationer när boet inte längre ska anses som rätt adressat för avhjälpandekrav.

²¹ Se t.ex. MÖD 2008:13 och MÖD 2008:14.

²² MÖD 2013:36.

²³ 11 kap. 1 § konkurslagen (1987:672). Se SOU 1993:78, s. 147 ff. (Strömberg), Möller, s. 95 ff., Nilsson B, s. 1003 f. och Darpö i Svensk juristräffning 2000, s. 481 ff.

I ett avgörande från maj 2005 hade konkursgäldenären bedrivit verkstadsindustri, bl.a. ytbehandling och pulverlackering, i hyrda lokaler.²⁴ Tillståndet innehöll en skyldighet att vidta markundersökningar m.m. när verksamheten avslutades. Konkursboet hade före konkursen sagt upp hyresavtalet och lämnat den fastighet där verksamheten bedrevs samt underlåtit tillsynsmyndigheten om detta. Boet hade inte fortsatt att bedriva konkursbolagets verksamhet. Någon egentlig verksamhet pågick alltså inte vid eller efter konkursutbrottet. Visserligen skulle konkursboet kunna åberopa tillståndet för att återuppta tillståndsgivna verksamhet, men Miljööverdomstolen ansåg ändå inte att verksamheten skulle anses som pågående. Något föreläggande om efterbehandlingsåtgärder kunde därför inte riktas mot konkursboet i egenskap av verksamhetsutövare. Observera att fallet gällde åtgärder med redan skadad mark. Om det i stället hade gällt en förvaring, som ju är ständigt pågående, skulle konkursboet varit principiellt ansvarigt (se nedan).

Förvaring är ett slags verksamhet som kan leda till skada

Så kallade förvaringsfall, d.v.s. när någon förvarar skadligt material på en fastighet, oavsett om personen själv genererat eller placerat materialet där, utgör en form av ”miljöfarlig verksamhet”. Det kan t.ex. vara fråga om en gammal oljecistern nedgrävd i marken, som härrör från tidigare industriell verksamhet. Redan i praxis som utvecklades på miljöskyddslagens tid har markägare m.fl. likskälls med verksamhetsutövare i dessa fall. Miljömyndigheter har krävt borttagande av förvarade kemikalier. Ett välkänt äldre rättsfall är RÅ 1997 ref. 12, som var en rättsprövning av Koncessionsnämndens beslut KN B 249/94.²⁵

Makarna B hade köpt en jordbruksfastighet från ett konkursbo. På fastigheten hade bedrivits en bilverkstad de senaste fem-sex åren. Strax efter köpet uppräcktade makarna att en urinbrunn på fastigheten var fylld med spillolja. Den som hade bedrivit verkstaden förnekade all kännedom om spilloljan. Miljö- och hälsoskyddsnämnden förelade makarna att forsla bort oljan och att sanera och rengöra brunnen. Beslutet överklagades först till länsstyrelsen, sedan till Koncessionsnämnden, som fastställde att makarna i princip utövade ”miljöfarlig verksamhet” genom förvaringen av olja i brunnen, eftersom det fanns risk för förorening. Regeringsrätten delade synsättet.

I fallet ovan är förutsättningen att det ännu inte har uppkommit någon förorening av marken, all olja är fortfarande förvarad i brunnen. Vad gäller i de fall där föroreningar har spridits från förvaringen och *skadat* ett område? Av

²⁴ MÖD 2005:29.

²⁵ Detta och andra likartade rättsliga avgöranden behandlas i Darpö 2001, s. 76 f.

tidigare praxis enligt miljöskyddslagen kan man dra slutsatsen att Koncessionsnämnden i princip inte var främmande för sådana efterbehandlingskrav.

Ett nedlagt företag hade efterlämnat två tankvagnar med förorenade kemikalier på en fastighet. Efter läckage skadades mark och vatten i området. Makarna K som ägde marken förelades att dels ta bort vagnarna, dels sanera marken. Efter överklagande hamnade ärendet i Koncessionsnämnden, som fastställde kravet på borttagande av vagnarna på grund av framtida miljörisiker. Nämnden underkände däremot föreläggandet om sanering, men motiverade detta med att det i fallet inte fanns tillräckligt underlag för att bedöma jordmassornas miljörisiker.²⁶

Miljööverdomstolen tog ytterligare ett steg i en dom 2002, nu grundad på bl.a. 10 kap. 2 § miljöbalken.²⁷ I detta fall riktades kravet mot ett konkursbo.

En lastbil som tillhörde en enskild firma hade genom läckage av diesel förorenat ett område. Firman gick i konkurs. Lastbilen stod kvar i ytterligare drygt en månad. Miljö- och hälsoskyddsnämnden förelade konkursboet att efterbehandla den skadade marken. Efter överklagande hamnade ärendet slutligen i Miljööverdomstolen, som accepterade den kommunala nämndens krav. Domstolen framhöll att konkursboet hade haft rådighet över lastbilen och därför var adressat enligt 10 kap. 2 §. Domstolen menade att det var skäligt att boet fick stå för efterbehandlingen, bl.a. med hänvisning till att det inte var visat att den förorening som skett efter konkursutbrottet var av begränsad omfattning.

Vi ska nu sammanfatta rättsläget när det gäller förvaring. Vid tillämpningen av miljöbalken är utgångspunkten för krav på avhjälpande i vissa fall 2 kap. 3 §, i andra fall 10 kap. 2 §. Den första bestämmelsen aktualiseras i fall där åtgärden inte avser avhjälpande av uppkommen föroreningsskada.²⁸ Ett exempel är tunnor som lagras och som inte ännu har läckt. Förvaringen är ”miljöfarlig verksamhet” på grund av riskerna. Skyddsåtgärden att ta bort tunnorna har här ett rent preventivt syfte och faller därför under 2 kap. 3 §. 10 kap. aktualiseras först om en förorening kan *konstateras* och denna medför risker för hälsa eller miljö. Om således förvaringen helt eller delvis övergått till skador (tunnor har rostat och oljan sprits i marken) bör markägare, brukare och konkursbon ses

²⁶ KN B 31/91. Fallet behandlas i Darpö i rapport 5242, s. 46 f.

²⁷ MÖD 2002:16.

²⁸ Se lagtexten i 10 kap. 1 § MB.

som verksamhetsutövare enligt 10 kap. 2 § och krav på avhjälpande bör grundas på denna bestämmelse.²⁹

Eftersom olika regler gäller vid förvaring respektive vid skadat område upp- kommer ibland diskussioner om hur man bör definiera en viss situation, såsom i följande rättsfall:

Miljö- och byggnämnden i Ale kommun hade med stöd av 10 kap. miljöbalken förelagt bolaget Exide Technologies AB att utföra en miljöteknisk undersökning av två fastigheter. Avfall hade deponerats på fastigheterna och på det sättet hade markområden fyllts ut. Enligt bolaget var det här fråga om förvaring av avfall, inte förorenad mark. 10 kap. miljöbalken var därför inte tillämplig. Miljööverdomstolen delade inte uppfattningen, utan menade med stöd i tidigare praxis: "Gemensamt för förvaringsfallen enligt både miljöskyddslagen och miljöbalken har varit att det förvarade avfaller eller materialet har varit *väl avgränsat* från omgivningen. Det har varit inneslutet i tunnor ... legat i en urinbrunn ... eller i cisterner ... eller det kan ha varit upplagt i väl avgränsade högar" (kursiverat här). Utfyllnadsområden är enligt domstolen inte att anse som förvaringsfall och jämför med sediment (sådana förekommer t.ex. i vattenområden vid massfabrikens utsläppspunkter) som inte heller satts som förvaring i praxis. Domstolen fästet också vikt vid att avfallet i detta fall var inblandat i andra jordmassor och inte avskilt. Det spelade ingen roll om syftet med depositionen var att bli kvitt avfall eller att göra en utfyllnad. Det var alltså fråga om ett förorenat område och 10 kap. miljöbalken var tillämpligt.³⁰

Skälighetsbedömningen för verksamhetsutövare

Oavsett vem som är ansvarig som verksamhetsutövare, ska *omfattningen* av kraven på åtgärder bedömas i varje enskilt fall. Det är alltså inte alls säkert att den utövare som i princip anses ansvarig ska betala hela kostnaden för efterbehandlingen. Skälighetsbedömningen innebär att kostnadsansvaret kan jämkas, även till noll.

När man kommer in på skälighetsbedömningen får det betydelse vilket kapitel i balken som kraven grundas på (fast det är osäkert hur stor betydelsen är). Preventiva krav som grundas på 2 kap. 3 § miljöbalken får inte vara "örimliga" enligt 2 kap. 7 §. Framför allt ska åtgärderna vara miljömässigt motiverade med hänsyn till kostnaden, men också andra faktorer kan beaktas, såsom anknytningen till tidigare verksamhet och tidsaspekten.

²⁹ Vi använder här begreppet "verksamhet" (och "verksamhetsutövare"). Även "åtgärder" (alltså enskilda handlingar) omfattas.

³⁰ MÖD 2010:10.

Om frågan i stället gäller avhjälpande av föroreningsskada – således ett reparativt krav grundat på 10 kap. 2 § – ska kravens omfattning bedömas enligt 10 kap. 4 § första stycket. Den ansvarige ska "i skälighetsomfattning" utföra eller bekosta åtgärderna. Det är fråga om en sammanhängande bedömning av olika omständigheter enligt denna regel, men också med hänsyn taget till hänsyns- kraven i 2 kap. miljöbalken.³¹ Som Darpö närmare utvecklar kan man tala om två delar i skälighetsbedömningen.³² Den första är den miljömässiga. Det ska vara fråga om åtgärder som "behövs" för att förebygga, hindra eller motverka skador på hälsa och miljö. Förorenings art och omfattning får betydelse. Åtgärderna ska vara miljömässigt motiverade, med andra ord får inte kostna- den vara orimlig jämfört med vad som kan uppnås med efterbehandlingen. Detta är en objektiv bedömning.

Ett exempel är följande fall. Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Uppsala kommun hade förelagt Statens Järnvägar (SJ) att utföra saneringsåtgärder på en fastighet i centrala Uppsala, som tidigare använts för järnvägs- och busstrafik. Jorden var förorenad med bl.a. kreosot. Nämndens föreläggande innebar att marken skulle efterbehandlas till en nivå för "känslig markanvändning", eftersom kommunen planerade att använda området för bostäder. Om området i stället hade använts för fortsatt industriellt ändamål hade betydligt mindre mängder jord behövts trans- porteras bort. Miljööverdomstolen ansåg inte att det var miljömässigt motiverat, och inte heller skäligt, att vidta saneringsåtgärder "till den del som dessa avser att åstadkomma en förädling av området till nivå för känslig markanvändning".³³

I den andra delen av skälighetsbedömningen enligt 10 kap. 4 § beaktas subjek- tiva faktorer kopplade till den verksamhet eller åtgärd som orsakat förorening- en. Tidpunkten för den förorenande åtgärden är en av faktorerna. Det finns vissa lagligen givna tidsgränser som ska iakttas (se nedan), men även om dessa regler inte friar verksamhetsutövaren från ett principiellt ansvar, får tidsfrågan ändå betydelse vid skälighetsbedömningen. I ett rättsfall från 2010 bestämde Miljööverdomstolen vissa generella riktmärken som kan antas få genomslag i den framtida tillämpningen av skälighetsregeln.

Länsstyrelsen i Kronobergs län hade förelagt Södra Skogsägarna (Södra) att vidta saneringsåtgärder vid ett sågverk i Alvesta kommun. Tidsfrågan var central i fallet,

³¹ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 120 f.

³² Se närmare Darpö 2001, s. 70 ff. Ibland är de två stegen tydliga i praxis, se t.ex. MÖD 2010:24, s. 5.

³³ MÖD 2010:19.

bl.a. vid skälighetsbedömningen (se även nedan avsnitt 14.3). Miljööverdomstolen skriver att "förening som uppkommit före och under 1950-talet i princip bör jämkas till noll kronor", med reservationen att det kan finnas "särskilda skäl" för annan bedömning, "t.ex. att verksamheten har bedrivits i strid med gällande regler". Förening som uppkommit under tiden "efter 1950-talet till 1969" (miljöskyddslagen trädde i kraft 1 juli 1969) bör enligt domstolen "beaktas vid skälighetsbedömningen", som ett begränsat ansvar. Slutligen, "när det gäller den del av föreningarna som uppkommit efter 1969 finns det däremot inte anledning att jämka Södras ansvar med hänsyn till tidsaspekten".³⁴

En annan faktor är lagligheten. Den som brutit mot lagliga krav i t.ex. tillståndsvillkor kan knappast undgå allt ansvar, inte ens om föreningen skedde för mycket länge sen. Omvänt kan dock en verksamhetsutövare inte räkna med att slippa ansvar om verksamheten bedrivits lagligt. Principen "förearen betalar" innebär nämligen i grunden ett "strikt ansvar". Vi vet ibland inte med säkerhet hur ett ämne kommer att spridas och reagera i miljön. Okunskap vid prövningen kan också leda till att tillståndet får ett villkor som i efterhand visar sig vara otillräckligt. Detta är omständigheter som förearen i viss utsträckning måste kalkylera med; de är typiska för "miljöfarlig verksamhet". Miljööverdomstolen har uttalat att argumentet att verksamheten har bedrivits i överensstämmelse med lagliga krav, är "inte ensamt ett skäl för jämkning" av ansvaret.

Det får också betydelse om utövaren har bidragit till föreningen endast i begränsad mån, den kanske beror på andra verksamheter, mer eller mindre.³⁵ Även andra omständigheter inverkar. En sådan bör vara kunskapsläget vid tiden för den förenande åtgärden och även senare så länge verkningarna av åtgärden består. Även om verksamheten bedrevs enligt villkoren, vad visste man om de ämnen som släpptes ut? Fanns det varningssignaler från vetenskapssamhället som borde ha föranlett ökad försiktighet och kontroll från verksamhetsutövaren? Fanns det lokala observationer om t.ex. fiskdöd i det vattenområde där utsläppen skedde? Vilka kontakter hade verksamhetsutövaren med tillsynsmyndigheterna med anledning av sådana observationer?

Verksamhetsutövaren kan argumentera för att företaget inte har tillräckligt god ekonomi att utföra åtgärden. I ett rättsfall från 2010 menar Miljööverdom-

stolen generellt att utrymmet för att beakta ekonomiska förhållanden "synes vara litet" när ansvarets omfattning prövas:

"Syftet med reglerna i 10 kap. miljöbalken är att skapa garantier för att förenade områden blir föremål för efterbehandling utan att det belastar statsbudgeten (prop. 1997/98:45 s. 359). En altför generös tillämpning av 10 kap. 4 § miljöbalken skulle leda till att syftet med bestämmelserna inte upprätthålls. Miljööverdomstolen anser inte att skäl till jämkning på grund av bolagets ekonomiska förhållanden föreligger."³⁶

Verksamheter med statusrapport

För många industrier gäller krav på att upprätta en skriftlig så kallad "statusrapport" i syfte att underlätta kontrollen av föreningar i mark och grundvatten som kan härröra från verksamheten.³⁷ Statusrapporten får en särskild betydelse när en verksamhet senare läggs ner. Den som senast bedrev verksamheten ska då återställa området till det skick området hade enligt statusrapporten, "om verksamheten har orsakat en betydande förorening i mark eller grundvatten i området" och "åtgärder för återställande är tekniskt genomförbara", 10 kap. 5 a § miljöbalken. Detta krav, som gäller vid sidan av 10 kap. 4 §, gäller utan bedömning av skälighet.

Hur realiserar krav på avhjälpande mot verksamhetsutövare?

I praktiken brukar ofta krav på avhjälpande realiseras på initiativ från en tillsynsmyndighet. Myndigheten kan meddela ett föreläggande med stöd av 26 kap. 9 § miljöbalken. Det är den väg som är möjlig när tillstånd saknas eller när frågan om avhjälpande inte har omfattats av ett tillstånd till en "miljöfarlig verksamhet".

Frågan om avhjälpande kan även regleras i tillståndsvillkor när en helt ny "miljöfarlig verksamhet" (t.ex. en industri) tillståndsprövas och det finns risk för att omgivningen kommer att förorenas. Sådana framtida problem kan förutses även när en befintlig "miljöfarlig verksamhet" ska byggas ut eller på annat sätt ändras. Också då kan frågan om avhjälpande regleras i villkor med sikte på vad en utbyggnad eller ökad produktion kan tänkas medföra.

³⁶ MÖD 2010:31.

³⁷ Detta är en anpassning till industriutsläppsdirektivet (artikel 22). En statusrapport ska bl.a. beskriva föroreningsstatusen i mark och grundvatten med avseende på relevanta farliga ämnen som använts, producerats eller släppts ut från anläggningen, 1 kap. 23 § industriutsläppsförordningen. Se vidare prop. 2012/13:35, s. 38 f.

Frågan om avhjälpande kan även komma upp om en verksamhetsutövare söker tillstånd till ändring av en verksamhet. Efter en tvärvändning av Miljööverdomstolen ger praxis numera stöd för att tillståndsvillkor kan reglera avhjälpande av föroreningskador som orsakats *tidigare* av den befintliga verksamhet som ändringsansökan avser, i den mån sådana krav är såväl skäliga (jfr 10 kap. 4 § miljöbalken) som lämpliga (förutsättningarna i ett enskilt fall är ibland sådana att det är lämpligare att tillsynsmyndigheten hanterar frågan särskilt).

Miljööverdomstolen (majoriteten) ansåg i en dom 2004 (stälindustri vid Nyby bruk) att krav på avhjälpande (i detta fall undersökning av förorenad mark) över huvud taget inte kunde regleras i tillståndsvillkor om åtgärderna avsåg skador från verksamhet som bolaget bedrivit tidigare.³⁸ I en dom 2007 (Stena Gorthard, industriell återvinningsverksamhet) ansåg Miljööverdomstolen tvärtemot domen 2004 att sådana avhjälpandekrav kunde föreskrivas i villkor (även detta fall handlade om undersökningskrav).³⁹ Kraven ansågs vara såväl lämpliga som skäliga. Bolaget hade bedrivit likartad verksamhet på samma plats sedan 1986, då tillstånd meddelades. Miljööverdomstolen framhöll bl.a. att det därmed finns ”ett klart samband mellan den nu sökte verksamheten och de föroreningar som kan förekomma på fastigheten”. Det förelåg risk för att den fortsatta verksamheten ytterligare skulle förorena området. Verksamhetsområdet var relativt begränsat till sin omfattning. Det framstod vidare som ”ändamålsenligt att ta ett samlat grepp avseende försiktighetsåtgärder inklusive eventuella saneringsåtgärder för hela verksamheten redan nu då det bedrivs faktisk verksamhet”.

14.2.4 Markägaransvar på grund av fastighetsförvärv eller vid värdeökning

Föregående avsnitt visade att markägare kan ha ett ansvar som verksamhetsutövare i olika situationer, enligt 2 kap. 3 § eller 10 kap. 2 § miljöbalken. Därutöver finns ett särskilt markägaransvar enligt 10 kap. 3 § miljöbalken vid vissa typer av förvärv av en fastighet, bl.a. köp, byte och gåva (däremot inte arv). Syftet med regeln är att få igång markundersökningar före förvärv. På så sätt kan marknadens mekanismer bidra till en bättre miljö.⁴⁰ Här inverterar även köparens undersökningsplikt enligt jordabalken.⁴¹

³⁸ MÖD 2004-12-21 i mål M 9923-03.

³⁹ MÖD 2007:14. Jfr den avvikande meningen i 2004 års dom ovan.

⁴⁰ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 359 och del 2, s. 120.

⁴¹ 4 kap. 19 § jordabalken.

Vissa förutsättningar måste uppfyllas för att markägaransvaret ska inträda. Förvärvet måste ha skett efter det att miljöbalken trädde i kraft (1/1 1999). Denna tidsgräns regleras i 15 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken (införandelagen). Vidare är markägaransvaret *subsidiärt*; det gäller först om ingen primärt ansvarig (förorenare) kan utföra eller bekosta avhjälpandet. Av praxis framgår också att markägarens subsidiära ansvar förutsätter att det skulle ha varit lagligen möjligt att utkräva ansvar av en förorenare, om denne hade varit tillgänglig för krav.

En kommunal miljönämnd hade förelagt en fastighetsägare att utföra efterbehandling. Den förorenande verksamhetens faktiska drift hade upphört före den 30 juni 1969. Det var därmed inte möjligt att utkräva ansvar från verksamhetsutövaren, enligt 8 § införandelagen (nedan avsnitt 14.3). Om ansvaret är utsläckt för en verksamhetsutövare kan enligt Mark- och miljööverdomstolen inte heller fastighetsägaren åläggas ett ansvar.⁴²

Ytterligare en förutsättning för det subsidiära markägaransvaret är att ”förvärvaren vid förvärvet kände till föroreningen eller då borde ha upptäckt den”.⁴³ Detta gäller vid förvärv av en näringsfastighet. Vid förvärv av en privatbostadsfastighet är kravet strängare. I så fall ansvarar markägaren endast om hen ”kände till” föroreningen vid förvärvet.

En miljönämnd hade förelagt en fastighetsägare att göra undersökningar på en näringsfastighet med åkermark, men där det bedrivits bildemontering 30 år tidigare. Mark- och miljööverdomstolen kom fram till att, eftersom det vid förvärvet saknades synliga tecken på att det förekommit sådan verksamhet, det inte kan krävas att förvärvaren skulle ha gjort några fördjupade markundersökningar och denne kan därför inte vid köpet anses ha bort upptäcka eventuella föroreningar från bildemonteringsanläggningen.⁴⁴

Också för markägare i förvärvsfallet gäller att ansvaret ska vara skäligt enligt 10 kap. 4 § första stycket miljöbalken. I bedömningen ska beaktas såväl miljö- mässiga faktorer som omständigheter vid förvärvet.⁴⁵

⁴² MÖD 2014:14.

⁴³ 10 kap. 3 § MB. I fråga om förorenad byggnad eller anläggning gäller detsamma för den som förvärvat den fastighet där byggnaden eller anläggningen är belägen. Med förvärv av fastighet likställs förvärv av tomtrett.

⁴⁴ MÖD 2018:3.

⁴⁵ I prop. 1997/98:45, del 2, s. 121 anges att det (jfr med en verksamhetsutövare) kan vara ”mindre motiverat” att en markägare ansvarar för efterbehandling utanför fastighetens gränser.

10 kap. 9 § miljöbalken reglerar ytterligare en typ av markägaransvar: ”värdeökningsskatten”. En markägare som inte är ansvarig som verksamhetsutövare eller förvärvare kan ändå ”i skäligen utsträckning” få betala kostnader för avhjälpande som motsvaras av den värdeökning på fastigheten som åtgärderna medför. Enligt propositionen ska denna regel tillämpas med försiktighet.⁴⁶

14.2.5 Solidariskt ansvar

Ibland har flera verksamhetsutövare bidragit till att förorena ett område. Flera industrier kan ha förorenat samma havsvik. Situationen kan också vara den att flera verksamhetsutövare har avlöst varandra, såsom när en massaindustri med fleråriga utsläpp till en havsvik har drivits av flera företag under olika tidsperioder.⁴⁷ I dessa situationer är ansvarsfrågan typiskt sett komplicerad. Vem eller vilka ska anses ansvariga och för vad?

Om verksamheten fortfarande pågår är det ofta praktiskt att rikta krav på efterbehandling direkt mot den utövaren i första hand.⁴⁸ Det finns dock inget lagligt krav att kanalisera ansvaret till denne utövare. I många fall har också all verksamhet upphört när frågan om avhjälpande aktualiseras. 10 kap. 6 § medger att krav kan riktas mot vem som helst av de verksamhetsutövare som är ansvariga enligt 10 kap. 2 §.⁴⁹

I rättsfallet där Miljö- och hälsoskyddsnämnden hade förelagt S1 att sanera mark i Uppsala,⁵⁰ menade S1 att det förelåg ”nödvändig processgemenskap” på så sätt att Uppsala kommun måste delta i målet eftersom även kommunen hade ansvar för att efterbehandla området. Miljööverdomstolen menade tvärtom att ett föreläggande kan riktas till en av flera ansvariga eftersom ansvaret är solidariskt enligt 10 kap. 6 § miljöbalken.

En anknyttande fråga är hur kostnadsansvaret ska fördelas mellan utövarna. Dessa svarar ”solidariskt i den utsträckning inte annat följer av att ansvaret är begränsat enligt 4 eller 5 §§”,⁵¹ således den regel som innebär att kraven ska

⁴⁶ A. st.

⁴⁷ Jfr bakgrunden i Klippandomen, nedan avsnitt 14.3.

⁴⁸ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 360 f.

⁴⁹ Motsvarande gäller när flera markägare (förvärvare) är ansvariga; 10 kap. 7 § MB.

⁵⁰ MÖD 2010:19. Övan avsnitt 14.2.3, underrubrik ”Skälighetsbedömningen för verksamhetsutövare”.

⁵¹ Jfr prop. 1997/98:45, del 2, s. 122: ”Att ansvaret enligt 4 § första stycket är begränsat innebär att om en bedömning enligt 4 § första stycket skulle medföra att det inte är skäligen

vara skäligen. Denna formulering har tolkats på två sätt. Skillnaden ska beläggas med utgångspunkt från följande exempel:

Vid tillämpningen av 10 kap. 4 § första stycket anses det miljömässigt motiverat att efterbehandla ett område till en kostnad av 100 000. Tre personer är ansvariga. Vid en bedömning av dessa personers ansvar var för sig, där även subjektiva faktorer beaktas, anses det skäligen att A ansvarar med 40 % (40 000) av hela kostnaden för efterbehandling, B och C med 20 % var (20 000 + 20 000).

Den första tolkningen anknyter till vad som gäller i samband med jämkning av skadestånd.⁵² Tolkningen innebär att, om ansvaret begränsats för B efter prövning enligt 4 § första stycket, t.ex. därför att B drev verksamheten endast under 1970-talet med förhållandevis lindriga utsläppsvillor, så kan B aldrig krävas på mer än 20 000.

Den andra tolkningen bygger på att reglerna i 10 kap. inte i grunden är skadeståndsrättsliga utan förvaltningsrättsliga; de tillhandahåller medel för miljömyndigheter att effektivt åtgärda förorenade områden, inte bara i reparation utan också i preventiv mening, med hänsyn till det allmänna intresset av en god miljö.⁵³ Enligt detta synsätt innebär formuleringen ”solidariskt i den utsträckning inte annat följer av att ansvaret är begränsat enligt 4 § första stycket”, att det är den *totala* kostnadsramen för efterbehandlingen som kan vara lägre än vad som är miljömässigt motiverat. I exemplet ovan var det miljömässigt motiverat att betala 100 000 för efterbehandlingen. När man sedan beaktade subjektiva faktorer för var och en av A, B och C begränsades ansvaret till sammanlagt 80 000. Mer än så kan inte utkrävas enligt 6 §. Däremot bör hela beloppet 80 000 kunna utkrävas från vem som helst av A, B eller C.

Vi menar att den andra tolkningen är den rimligaste,⁵⁴ främst med hänsyn till den förvaltningsrättsliga kontexten, men också till att motsvarande skadeståndsrättsliga jämkningsregel avser undantagsfall (såsom minderårighet), medan 10 kap. 4 § som sagt innebär att en allsidig skälighetsbedömning alltid ska göras och där man kan vänta sig att beloppen i de allra flesta fall blir lägre än vad som är miljömässigt motiverat. Om den första tolkningen accepterades

utkräva mer än ett begränsat ansvar från någon eller några av de ansvariga så skall inte det solidariska ansvaret få till följd att ansvar utöver begränsningen utkrävs.”

⁵² Nilsson, B., s. 1006.

⁵³ Darpö i rapport 5242, s. 35 ff.

⁵⁴ Frågan diskuteras ingående i Bengtsson m.fl. Miljöbalken (1 jan. 2020), kommentaren till 10 kap. 6 § MB. Från rättspolitisk synpunkt kan regeln om solidariskt ansvar kritiseras, även om man anser att det senare tolkningsalternativet avspeglar gällande rätt. Se vidare Darpö i Svensk juristidning 2000, s. 489 och 492.

skulle 10 kap. 6 § ha så liren praktisk betydelse att den inte kan sägas uppfylla regelns avsedda funktion, som också uttrycks direkt i lagtexten, att flera ska kunna "svara solidariskt".⁵⁵

I ett rättsfall från Mark- och miljööverdomstolen 2014 anses dock att det skadeståndsrättsliga synsättet ska gälla, i vart fall om ett visst förorenande ämne inte kan ha kommit från verksamheten i fråga.

Företaget Falkvarv AB hade förelagts att utföra undersökning av sediment enligt 10 kap. miljöbalken. Sedimentet hade förorenats med olika kemiska ämnen. Utredningen visade att vissa av de förorenande ämnena (bl.a. arsenik och kadmium) inte härrörde från Falkenbergs verksamhet. Det ansågs därför inte skäligt enligt 10 kap. 4 § att bolaget skulle svara för undersökning av dessa ämnen. Nästa fråga var om det solidariska ansvaret enligt 10 kap. 6 § ändå kunde medföra ett ansvar för undersökning av dessa ämnen. Domstolen menade att lagtextens ordalydelse – "svara solidariskt i den utsträckning inte annat följer av att ansvaret är begränsat enligt 4 eller 5 §" – och förarbetena (prop. 1997/98:45 del 2, s. 122, se ovan) innebar att "det saknas rättsligt stöd för att enligt 10 kap. 6 § miljöbalken göra bolaget ansvarigt för efterbehandlingsåtgärder utöver det ansvar som bestäms enligt 4 § samma kapitel". När det gäller vissa andra förorenande ämnen (exempelvis PCB) där verksamheten hade bidragit, ansågs bolaget ha ett ansvar för undersökning.⁵⁶

I en viss situation är det enligt lagtexten klart att ansvar bortfaller, nämligen om verksamhetsutövaren "visar att hans eller hennes bidrag till föroreningen är så obetydligt att det inte ensamt motiverar efterbehandling".⁵⁷ Om vi ändrar i exemplet ren "endast för den del som motsvarar bidraget".⁵⁷ Om vi ändrar i exemplet ovan så att C bidrog med endast 5 % av föroreningen, kan miljömyndigheten knappast (ens vid ett förvaltningsrättsligt synsätt) kräva att C betalar mer.

Det solidariska ansvaret innebär inte att den som får betala mer än sin andel slutligt ska stå för denna merkostnad. Den som fått betala kan föra en så kallad

⁵⁵ Remissyttrandet från Lunds universitet i lagsiftningsärendet behandlade frågan om solidariskt ansvar relativt utförligt och förespråkade ett skadeståndsrättsligt synsätt samt en formulering av lagtexten som i sak överensstämmer med den slutliga lagtexten i 10 kap. 6 § MB. Detta talar för att regeringen kan ha accepterat ett skadeståndsrättsligt synsätt, men det förhållandet att regeringen inte själv uttalade något i denna viktiga rättsfråga tyder snarare på att den inte uppmärksammat problematiken. Uttalet i prop. 1997/98:45, del 2, s. 122 (se citatet ovan not 51) kan förefalla utgå från ett skadeståndsrättsligt synsätt, men ordet "några" talar möjligen för att det är den samlade skälighetsbedömningen som avses. Man kan inte säga att förarbetena klart anvisar en av lösningarna.

⁵⁶ MÖD 2014:2.

⁵⁷ 10 kap. 6 § 1 st. MB.

regressalan mot de övriga.⁵⁸ Kostnaden ska fördelas mellan utövarna "efter vad som är skäligt med hänsyn till den omfattning i vilken var och en har medverkat till föroreningen och till omständigheterna i övrigt".⁵⁹ Funktionen i 10 kap. 6 § är således inte att omfördela ansvaret mellan utövarna, utan att förenkla för miljömyndigheterna så att medel snabbt blir tillgängliga för att åtgärda miljöproblemet. I praktiken kan det solidariska ansvaret dock innebära att kostnader ändå hamnar hos bara en av utövarna, nämligen om de andra saknar ekonomiska medel.

14.3 Ansvarets utsträckning i tiden

I föregående avsnitt framhölls att tiden mellan föroreningen och ett avhjälpande får betydelse som en bland flera faktorer i skälighetsbedömningen. Det finns också vissa absoluta tidsgränser, som avgör om det alls kan bli fråga om ett ansvar för efterbehandling. Markägares ansvar i *förorefallsfallen* (10 kap. 3 §) gäller som sagt endast om fastigheten förvärvats efter miljöbalkens ikraftträdande, den 1 januari 1999.⁶⁰ För *verksamhetsutövare* gäller en annan tidsgräns:

"2 kap. 8 § och 10 kap. 2 § miljöbalken skall tillämpas i fråga om miljöfarlig verksamhet vars faktiska drift har pågått efter den 30 juni 1969, om verkningsarna av verksamheten alljämt pågår vid tiden för miljöbalkens ikraftträdande enligt 1 §, och det föreligger behov av att avhjälpa skador eller olägenheter som har orsakats av verksamheten."⁶¹

Övergångsregeln gäller endast reparativa åtgärder enligt 10 kap. miljöbalken och alltså inte i förvaringsfallen. Förvaring är ju en pågående "miljöfarlig verksamhet", även om det är en passiv sådan. Detta innebär att det blir avgörande för bedömningen om en viss situation ska ses som förvaring eller som skadad mark. I praktiken kan det dock vara fråga om såväl förvaring som skadat område. Anta att det är fråga om en deponi på vilken inget avfall har tippats efter den 30 juni 1969.⁶² Den som deponerat före denna tidpunkt går fri från ansvar, däremot inte den som idag förvarar avfallet (det kan förstås i praktiken vara samma person).

⁵⁸ Talan väcks i mark- och miljödomstol enligt 21 kap. 1 § 7 p. MB.

⁵⁹ 10 kap. 6 § 2 st. MB. Jfr MÖD 2019:3.

⁶⁰ 15 § införandelagen.

⁶¹ 8 § införandelagen.

⁶² Jfr prop. 1997/98:45, del 2, s. 385.

Verksamheter förändras normalt över tiden. Detta kan försvåra bedömningen av om verksamhetens ”faktiska drift” har fortsatt efter 30 juni 1969.⁶³ Innebär en förändring att det faktiskt startar en helt ny verksamhet på platsen? I så fall skulle verksamhetsutövaren gå fri från ansvar ifall verkningarna idag beror på förening som orsakades av utövarens tidigare verksamhet och denna avslutats senast 30 juni 1969. Frågan aktualiserades i följande avgörande av Miljööverdomstolen 2005.⁶⁴

Företaget AB Kloster hade bedrivit industriell verksamhet på en fastighet i Jönköpings kommun från ca 1910 till 1974. Därefter hade ett annat företag tagit över och drivit verksamheten till 1990, då man utfört vissa markundersökningar och efterbehandlingsåtgärder. 2003 meddelade länsstyrelsen ett vitesföreläggande mot Kloster att utföra en ny detaljerad markundersökning av så kallade PAH-föreningar i marken (vissa av ämnena är cancerogena). Dessa föreningar härrörde från Klosters användning av järnprodukter i produktionen fram till 1961. Därefter ändrade produktionen inriktning. Kloster menade därför att den faktiska driften av den verksamhet som gett upphov till föreningarna hade avslutats före 1 juli 1969. Miljööverdomstolen ansåg däremot att den faktiska driften fortsatt efter detta datum, trots att användningen av järnprodukter upphört innan dess. En ändrad produktionsinriktning innebär alltså inte att den faktiska driften av verksamheten hade upphört.⁶⁵

Frågan om utövares ansvar i tiden har en intressant historik, som inte saknar betydelse idag. Man får gå tillbaka till 1969 års miljöskyddslag och tiden före 1989. Enligt en fast myndighetspraxis ansågs det då ligga i kravet på försiktighetsmått enligt 5 § miljöskyddslagen att, vid sidan av krav på preventiva skyddsåtgärder, det också fanns ett ansvar för efterbehandling. Det fanns enligt lagtexten en skyldighet att ”avhjälpa olägenheter” och detta ansvar ansågs inträda så snart verksamheten påbörjades.

⁶³ Se vidare Darpö 2001, s. 86 och Bengtsson m.fl. Miljöbalken (1 jan. 2020), kommentaren till 10 kap. 6 § MB.

⁶⁴ MÖD 2005:30.

⁶⁵ Tidsaspekten beaktades även i skälighetsbedömningen, men trots att föreningen uppkommit före 1961, och verksamheten antogs ha bedrivits på ett acceptabelt sätt, bedömdes Kloster vara ansvarig för att utföra markundersökningarna. En ledamot var ställjaktig.

I förvaringsfallen kvarstod ansvaret även om den faktiska driften upphört före 1969, däremot ville Koncessionsnämnden inte utkräva ansvar om det var skadad mark som skulle efterbehandlas och verksamheten avslutats före detta årtal.⁶⁶

1989 gjordes ett tillägg i 5 § miljöskyddslagen: ”Skyldigheten att avhjälpa olägenhet kvarstår även efter det att verksamheten har upphört.” I förarbetena (bl.a. Lagrådets yttrande) rådde enighet om att denna ändring var ett *förttydligande* av gällande rätt enligt 5 § miljöskyddslagen, med andra ord så som regeln under lång tid redan hade tillämpats av Koncessionsnämnden.⁶⁷ Denna uppfattning om rättsläget delades dock inte av Regeringsrätten i det omdiskuterade så kallade ”Klippan-målet”, RÅ 1996 ref. 57.

Under perioden 1965–1975 drev Klippan-bolaget en industri för tillverkning av papper och pappersmassa vid Nyboholms bruk, som ligger vid Järnsjön i Emåns vattensystem. 1975 överläts verksamheten till MoDo AB. På grund av Klippans och MoDos verksamheter och utsläpp bildades fiberbankar i Järnsjön. Fiberbankarna innehöll bl.a. PCB. Föreningar i Emån upptäcktes i mitten av 1980-talet och ett saneringsarbete inleddes. I avtal med Naturvårdsverket åtog sig MoDo att betala 12–14 miljoner, som var en del av kostnaden för efterbehandlingen. Någon frivillig uppgörelse kunde inte nås med Klippan. Naturvårdsverket ansökte därför hos Koncessionsnämnden att Klippan skulle bidra med 6–7 miljoner till saneringen. Efter överklagande hamnade ärendet i Regeringsrätten (rättsprövning av regeringsbeslut).

Regeringsrätten delade upp prövningen i två steg. Först fastställde domstolen att det enligt gällande lagstiftning inte var möjligt att kräva efterbehandling om en verksamhet upphört eller överläts före den 1 juli 1989, den tidpunkt då efterbehandlingsansvaret uttryckligen reglerades i 5 § miljöskyddslagen. Lagändringen 1989 hade således skapat ett nytt rättsläge och var inte en kodifiering av vad som gällde tidigare, enligt domstolen. Mot bakgrund av tidigare praxis, uppfattningen i litteraturen och i förarbeten till tidigare lagstiftningsärendet,⁶⁸ var denna ståndpunkt överraskande (säkert även för Klippan-bolaget). Eftersom det i denna fråga

⁶⁶ Det fanns argument för ett mer tillbakavertande efterbehandlingsansvar även i skadefallen; se Darpö 1994, s. 9 ff. och 2001, s. 79 ff. Miljöskyddslagens preventiva krav, också enligt 5 §, gällde även mot verksamheter som påbörjats före 1969 och lagen medgav att tidigare villkor kunde skärpas för dessa. Dessutom fanns redan i 1918 års vattenlag (sedan 1942) krav på att olägenheter skulle avhjälpas. Westerlund ansåg att man principiellt kunde skilja mellan en verksamhets ”aktiva fas” (t.ex. tippning av avfall) och ”passiva fas” (deponin som läcker föreningar); Westerlund 1990, s. 34. Den passiva fasen inkluderade även skadad mark utan nödvändigtvis någon koppling till förvaring, förutsatt att det fanns risk för olägenhet. Distinktionen vann dock inte gehör i praxis.

⁶⁷ Prop. 1987/88:85, s. 218.

⁶⁸ Miljöskyddsutredningens betänkande SOU 1983:20, s. 66.

inte fanns någon motivering värd namnet blev också denna del av domen kritiserad.⁶⁹

Därefter diskuterade domstolen om regeländringen 1989 kunde anses ha *retroaktiv* verkan och på det sättet omfatta även verksamheter som avslutats eller överlätits före 1989. Denna fråga behandlades utförligt, med beaktande av bl.a. EG-rätten. Domstolen menade att 1989 års regeländring inte hade retroaktiv verkan, främst eftersom en sådan avsikt inte uttryckts i lagärendet (vilket inte är förvånande eftersom lagstiftaren som sagt ansåg att lagändringen var en kodifiering).⁷⁰

Regeringsrättens avgörande i Klippanmålet fick omedelbart genomslag i myndighetspraxis. Från miljöpolitiskt håll krävdes en skärpning och lagstiftaren reagerade med att i miljöbalkens införandelag uttryckligen slå fast ett efterbehandlingsansvar för verksamheter avslutade efter 30 juni 1969.⁷¹ Detta ska ses som retroaktiv lagstiftning eftersom Klippandomens tidsgräns vid 1989 var prejudicerande. En följdfråga är om den retroaktiva lagstiftningen var oacceptabel enligt 2 kap. 10 § regeringsformen, bl.a. mot bakgrund av europarätten. Frågan om retroaktivitet behandlades i förarbetena till miljöbalken där Lagrådet, mot bakgrund av Klippan-domen, ansåg det vara tveksamt om man kunde utkräva ett ansvar för efterbehandling i dessa situationer, trots övergångsregeln.⁷² Lagrådet föreslog därför att övergångsregeln i stället skulle gälla fr.o.m. den 1 juli 1989, men regeringen stod fast vid det tidigare datumet.⁷³

Lagrådet uttalande innebär att Klippandomen fortfarande ”spökar”. Det var tydligt i domen mot Södra 2010.⁷⁴

I faller kom som visats ovan tidsfrågan upp i skälighetsbedömningen. Men Södra anförde i fallet också att 8 § införandelagen var otillåten retroaktiv lagstiftning. Miljööverdomstolen underkände Södras argumentation, med stöd av regeringens uttalanden i propositionen till miljöbalken, där det framhålls att regeln inte är grundlagsstridig retroaktiv lagstiftning och dessutom att regeln inte kunde anses gå

⁶⁹ Se t.ex. Darpö, Michanek och Strömberg samt svaret från Regeringsrättens ordförande Wahlgren, båda artiklarna i Miljörättslig tidskrift 1996:2. Därefter har Klippandomen diskuterats mer ingående och från olika aspekter, se artiklar av Darpö i Förvaltningsrättslig tidskrift 1997, s. 283, 1998, s. 255, 2001, s. 3 och 2001 s. 85 samt Warming-Nerpe (i debatt med Darpö) i Förvaltningsrättslig tidskrift 1998, s. 149 och 1998, s. 261.

⁷⁰ Frågan om bedömningen av retroaktivitet, inte minst i belysning av europarätten, har debatterats mycket. Se Darpö 2001, s. 335 ff. och där angivna källor.

⁷¹ 8 § införandelagen.

⁷² Prop. 1997/98:45, del 2, s. 520 ff.

⁷³ A.a., s. 602 ff.

⁷⁴ MÖD 2010:24, s. 5. Avsnitt 14.2.3, underrubrik ”Skälighetsbedömningen för verksamhetsutövare”.

emot vad som kan anses utgöra ”berättigade förväningar” hos berörda verksamhetsutövare.⁷⁵

Frågan om 8 § införandelagen skulle strida mot regeringsformen har inte prövats av Högsta domstolen, som kanske har en annan uppfattning än Miljööverdomstolen i Södra-fallet,⁷⁶ inte minst med hänsyn till att Lagrådet vid tillkomsten av miljöbalken och införandelagen 1998, just mot bakgrund av Klippanmålet, avrådde lagstiftaren från att flytta tidpunkten bakåt. Att Högsta domstolen skulle gå på Lagrådets linje är dock inte alls säkert, eftersom en, delvis oklar, europarätt inte förhindrar all retroaktiv lagstiftning. Frågan om tillåten retroaktiv lagstiftning ska inte diskuteras närmare här.⁷⁷

14.4 Miljöriskområden

Länsstyrelsen kan enligt 10 kap. 15 § miljöbalken besluta att ett visst område ska förklaras som ”miljöriskområde”. Området ska vara ”så allvarligt förorenat att det med hänsyn till riskerna för människors hälsa och miljön är nödvändigt att besluta om begränsningar i markanvändningen eller andra försiktighetsmått”. Det är alltså fråga om en högre risknivå än den som anges i 10 kap. 1 §.⁷⁸

Miljöriskområdets funktion är inte att precisera och genomföra aktiva åtgärder för efterbehandling. Syftet är i stället att skydda människor och omgivningen från att påverkas av föroreningen. Ett led i detta preventiva syfte är att fastighetsmarknaden ska informeras. Därmed ville lagstiftaren främja att frågor kring efterbehandlingsansvar löses av marknadens aktörer.⁷⁹ Miljöriskområden ska registreras.⁸⁰

Mer konkret innebär miljöriskområdet att det utfärdas föreskrifter om inskränkningar i markanvändningen.⁸¹ Det kan vara förbud mot att vidta viss åtgärd (t.ex. grävning, schaktning eller bebyggelse), villkor i samband med viss åtgärd eller krav att anmäla en planerad åtgärd. Överlåtelse av fastighet kan

⁷⁵ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 603.

⁷⁶ Den domen kunde dock inte överklagas till Högsta domstolen.

⁷⁷ Se i stället Darpö 2001, s. 367 och i rapporten 5242, s. 40 ff. och Warming-Nerpe 2002, s. 187, där hon anser att den nämnda övergångsregeln är ”acceptabel”.

⁷⁸ Vid bedömningen ska beaktas föroreningarnas farlighet, graden av förorening, spridningsrisken och omgivningens känslighet; 10 kap. 15 § MB.

⁷⁹ Prop. 1997/98:45, del 1, s. 362. Närmare föreskrifter om förfarandet vid förklaring av ett område till miljöriskområde finns i förordningen (1998:930) om miljöriskområden.

⁸⁰ 12 § förordningen om miljöriskområden.

⁸¹ Se närmare 10 kap. 17 § MB.

göras beroende av att markundersökningar har utförts. Restriktionerna måste dock vara nödvändiga med hänsyn till människors hälsa eller miljön eller till att framtida efterbehandlingsåtgärder annars kan försvåras. Någon ersättning till markägare eller verksamhetsutövare utgår inte. Föreskrifterna bryter igenom eventuella tillstånd som har meddelats tidigare.⁸²

14.5 Allvarlig miljöskada – överföring av miljöansvarsdirektivet till svensk lag

Genom EU:s miljöansvarsdirektiv utvidgades 10 kap. miljöbalken. Det finns tre slags ”allvarlig miljöskada” enligt 10 kap. 1 § andra stycket:⁸³

1. *Markskador*. Här avses varje markförorening som utgör en ”betydande risk för människors hälsa”.
2. Påverkan på ett *vattenområde* eller *grundvatten* som har en ”betydande negativ effekt på kvaliteten på vattenmiljön”.
3. Påverkan som ”i betydande omfattning skadar eller försvårar bevarandet av en djur- eller växtart eller livsmiljön för en sådan art”. Skadan ska avse
 - a. ett särskilt skydds- eller bevarandeområde som ingår i det EU-rättsliga nätverket Natura 2000,
 - b. ett djurs forplantningsområde eller viloplats som skyddas av reglerna om fridlysning i 8 kap. 1 § miljöbalken, eller
 - c. ett eller flera exemplar av en djur- eller växtart, som har fridlysts enligt 8 kap. 1 eller 2 §§ miljöbalken.

Till en betydande del tar miljöansvarsdirektivet sikte på samma slags skador som alltid har reglerats i 10 kap. miljöbalken, nämligen förorenade mark- och vattenområden (föroreningsskador). Det är dock ett annat rättsläge när en föroreningsskada samtidigt är en ”allvarlig miljöskada”, främst genom att skäligheten bestäms på ett annat sätt (nedan). Observera dock att detta gäller endast områden som är förorenade, inte förvaringsfall som regleras i 2 kap. miljöbalken.

Vidare omfattas allvarliga skador på vattenområden som inte är att anse som förorening, såsom när en uppdamning eller annan åtgärd förändrar vattennivån eller vattenföringen och därmed allvarligt skadar det akvatiska livet.

⁸² 24 kap. 1 § MB.

⁸³ Se vidare i förordningen (2007:667) om allvarliga miljöskador.

En annan utvidgning i 10 kap. är att allvarliga skador på viss biologisk mångfald omfattas. I huvudsak handlar det om skador på områden och arter som skyddats enligt fågeldirektivet eller livsmiljödirektivet, men de svenska reglerna är något mer långtgående genom att de skyddar samtliga enligt miljöbalken fridlysta arter och samtliga fridlysta djurs forplantningsområden eller viloplatsar. Sverige har fridlyst även andra arter än de som listas i direktiven. Exploaterade våtmarker, nedhuggna gamla träd med fågelbon och tjuvjakt på t.ex. varg är sådant som statliga myndigheter under vissa förutsättningar ska kunna utkräva ansvar för enligt 10 kap. miljöbalken. Ekologiska skador av detta slag bedömdes tidigare enligt allmänna skadeståndregler. Det var inte helt enkelt eftersom miljövärden skadats utan att det gick att knyta dessa till viss egen-dom.⁸⁴

Ett exempel är NJA 1995 s. 249 där staten fick skadestånd av en person som olagligt dödat fridlysta järvar. Skadan ansågs ligga på gränsen mellan ideell och ekonomisk skada. Eftersom järven är fridlyst förorsakades inte jaktrettsinnehavaren någon ekonomisk förlust. Däremot klargjordes att staten hade stora kostnader för djurartens bevarande och att kostnaderna till en del hade blivit onyttiga genom att järvarna hade dödats och artens forplantningsmöjligheter därför försämrats. Ersättningsbeloppet bestämdes med utgångspunkt i järvens avelsvärde, uppskattat med hänsyn till statens kostnad för att bevaka den fridlysta djurarten.

Det är verksamhetsutövaren som ansvarar vid allvarlig miljöskada. Utövaren har även ett särskilt ansvar att genast underrätta tillsynsmyndigheten när hen upptäcker en allvarlig miljöskada, eller fara för sådan.⁸⁵ Ett subsidiärt markansvar kan aktualiseras i samband med föroreningsskada och då enligt de vanliga reglerna i 10 kap. miljöbalken.

Liksom vid föroreningsskador i allmänhet ska det vid ”allvarlig miljöskada” alltid ske en skälighetsbedömning i det enskilda fallet. Vid allvarlig miljöskada bedöms dock skäligheten enligt en särskild bestämmelse, 10 kap. 5 §. Även i denna regel sker bedömningen i två steg. Först provas om ett avhjälpande behövs från miljösynpunkt. Förutsättningarna preciseras närmare i lagtexten.⁸⁶ Ett fall är att det finns ett omedelbart behov av att förebygga ”ytterligare skada på miljön och risk för människors hälsa”, t.ex. om det befars att skadliga föroreningar i ett markområde kan läcka till grundvattnet och omgivande vattentäkter. Ibland kan det bli fråga om att i stället för (eller tillfälligt,

⁸⁴ Se Bengtsson 2001, s. 167 ff.

⁸⁵ 10 kap. 12 och 13 §§ MB.

⁸⁶ 10 kap. 5 § 1 st. MB.

i avvaktan på återställande kompensera för förlorade naturmiljövärden. Ett exempel är att en exploaterad våtmark inte kan återskapas till att såsom tidigare utgöra rastlokal för flyttfågel. Då kan det vara aktuellt att genom markberedningar m.m. skapa en ny våtmark med samma livsmiljöfunktion.

Om det finns ett miljömässigt behov av avhjälpande, blir nästa steg att bedöma ansvarets omfattning. Bevisbördan ligger då på verksamhetsutövaren.⁸⁷ I bedömningen beaktas om utsläpp eller andra åtgärder var ”uttryckligen tillåtna” i en författning eller ett beslut, t.ex. ett tillståndsvillkor, eller om åtgärderna ”inte ansågs skadliga enligt den vetenskapliga och tekniska kunskap som fanns då”. Här är det alltså förhållanden som är kopplade till den enskilda verksamheten. Resultatet kan bli att ansvar inte utdöms alls, men det kan också bli att ett visst, begränsat ansvar utdöms.⁸⁸

De två skälighetsreglerna i 10 kap. 4 och 5 §§ gäller båda vid förorenings-skador, 5 § dock endast för allvarliga sådana. 4 § öppnar för att beakta mer än vad som anges under 5 §, inte minst genom uttrycket ”omständigheterna i övrigt”. Detta får inte leda till att ansvaret för en allvarlig föroreningskada blir lindrigare än vad som följer av 5 §. Om däremot en tillämpning av 4 § i ett enskilt fall skulle innebära att ansvaret blir mer långtgående än vad som följer av 5 §, gäller detta strängare krav.⁸⁹

⁸⁷ Prop. 2006/07:95, s. 129.

⁸⁸ Se diskussion om detta i prop. 2006/07:95, s. 87 f. Vissa remissinstanser menade att mot-svarande artikel 8.4 b i miljöansvarsdirektivet endast ger rätt att utdöma fullt eller inget ansvar.

⁸⁹ Prop. 2006/07:95, s. 127 f.

Vattenverksamhet

15.1 Inledning

Bakgrund

Vattenverksamhet av olika slag har i betydande grad bidragit till utvecklingen av det moderna svenska samhället, samtidigt som verksamheterna ofta medfört skador och olägenheter för enskilda intressen och miljön. Utbyggnaden av vattenkraftsverksamhet för att utvinna energi ur strömmande vatten (”strömfall”), har varit särskilt kontroversiell. Å ena sidan har vattenkraften mycket länge varit en väsentlig del i svensk elproduktion. Denna förnyelsebara energikälla är idag basen i Sveriges åtagande enligt EU:s förnyelsebarhetsdirektiv, nämligen att andelen energi från förnybara energikällor i den slutliga energianvändningen ska vara 49 % fr.o.m. 2020.¹ En viktig funktion är att vattnet kan lagras i regleringsdammar, vilket gör det möjligt att utvinna kraft kontinuerligt året om. Detta är en viktig skillnad mot exempelvis vind- och solenergi, där utvinningen är väderberoende. Vattenkraften kan alltså ses som en kompletterande baskraft. Å andra sidan har vattenkraftens utbyggnad medfört att naturliga strömfall förstörts och att stora områden torrlagts respektive dämts över. Ekosystemen i och nära vattnen har ibland kraftigt förändrats och landskapsbildning har omskapats. Förutsättningarna för renskötare, fiskare, fjällvandrare och andra att kunna utnyttja de berörda områdena har försämrats, ibland radikalt.

Utbyggnaden av vattenkraft i Sverige har historiskt underlättats av vattenlagstiftningen, dels genom ”tillåtlighetsregler” som gynnat ekonomiskt lönsam utbyggnad och inneburit ett mycket marginellt skydd för naturmiljöer och andra ideella värden, dels genom expropriativa bestämmelser som relativt enkelt har gett exploatörer rätt att tvångsvis ta i anspråk mark och vatten på annans fastighet, låt vara mot ersättning till den drabbade. För att kunna utnyttja vattenkraften har dammar och andra anläggningar byggts i vatten.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/28/EG av den 23 april 2009 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor, bilaga 1.

Vattenstånd och flöden har reglerats fysiskt och vatten letts över mellan olika vattenområden.

Jämfört med förr är utbyggnaden av vattenkraft liten i Sverige idag. Mycket av den kraft som skulle kunna utnyttjas finns i vattendrag som är särskilt skyddade som riksintressen enligt 4 kap. 6 § miljöbalken, bl.a. de fyra nationalälvarna.² Genom klimatpolitiken finns dock ett tryck på att i högre grad utnyttja vattenkraften. Detta sker genom effektiviseringar i befintliga anläggningar och genom nyexploatering för småskalig utvinning. Utvecklingen har gynnats av det så kallade certifikatsystemet, som väsentligt subventionerar utvinning av viss förnyelsebar energi.³

Vattenlagstiftningen har historiskt också tillätit dikning, invallning och annan markavvattning som bl.a. skapat produktiv jordbruksmark, men även medfört att våtmarker med värdefulla livsmiljöer för djur- och växter har försvunnit.

Internationellt och EU

Inte sällan delar flera stater samma vattenområde. Det är t.ex. fråga om floder eller sjöar som sträcker sig över flera staters territorium. Staterna påverkar vattnet genom olika verksamheter, men är också beroende av att kunna utnyttja vattnet som naturresurs (t.ex. för bevattning eller energiutvinning). Det finns flera internationella överenskommelser mellan stater som reglerar användningen av sådana gemensamma vatten.⁴ Några av dem är geografiskt övergripande, såsom 1997 års konvention om användning av internationella vattendrag på annat sätt än genom sjöfart (global, FN)⁵ och 1992 års konvention om skydd och användning av gränsöverskridande vattendrag och internationella sjöar (europeisk).⁶ Andra är snävare geografiskt, t.ex. för att reglera utnyttjande och skydd för specifika gemensamma vattendrag. Ett exempel är 2009 års gränsöverskridande överenskommelse mellan Sverige och Finland (bilateral). Denna gäller för Torne och Muonio älvar. En särskild Gränsöverskridande kommission ska samordna och övervaka verksamhet i gränsälvarna.⁷ Bland de internationella konven-

² Ovan avsnitt 9.4.1.

³ Lagen om elcertifikat.

⁴ Här bortses från de överenskommelser som rör havsmiljön.

⁵ UN Doc. A/51/869, 11 April 1997. 36 ILM 1997, s. 700.

⁶ SÖ 1993:16.

⁷ Enligt lagen (2010:897) om gränsöverskridande överenskommelse mellan Sverige och Finland gäller överenskommelsen som svensk lag (inkorporering). 2009 års överenskommelse ersatte en tidigare från 1971, som hade större direkt inverkan på vattenverksamhet och miljöfarlig verksamhet eftersom Gränsöverskridande kommissionen prövade bl.a. byggande i och utsläpp till vatten. Prövningarna ersatte då en nationell prövning. Se vidare Gooch (doktorsavhandling) som analyserar

tionerna ska här även nämnas 1971 års våtmarkskonvention, som syftar till att skydda naturmiljön, särskilt livsmiljön för fåglar. Våtmarkskonventionen innehåller restriktioner för markavvattning.⁸

Inom EU-rätten finns främst *ramvattendirektivet*, som genom sitt helhetsgrepp på vattenresurserna inte bara omfattar vattenförorenande verksamhet utan även fysiska ingrepp som på annat sätt inverkar på vattenförhållandena, såsom förändrad vattennivå.⁹ Även *havsmiljödirektivet* och *havsplaneringsdirektivet* ska nämnas i sammanhanget.¹⁰

Miljöbalken och annan svensk vattenlagstiftning

Vattenlagstiftning i Sverige har rötter ända till landskapslagarna.¹¹ 1918 respektive 1983 skapades två systematiskt enhetliga vattenlagar. Genom miljöbalken bröts den traditionen. Syftet var harmonisering: vattenverksamhet skulle hanteras på samma sätt som framför allt ”miljöfarlig verksamhet” (industrier m.m.).¹² Genom att ta in vattenverksamhet i balken harmoniserades den rättsliga miljökontrollen av vattenverksamhet och miljöfarlig verksamhet i viktiga avseenden; både vattenverksamhet och ”miljöfarlig verksamhet” måste uppfylla de grundläggande kraven i de allmänna hänsynsreglerna och hushållningsbestämmelserna. Vissa frågor är dock specifika för vattenverksamhet, bl.a. förprovningsskyldighet, och dessa regleras främst i 11 kap.

Ett flertal regler i 1983 års vattenlag passade dock inte in i miljöbalkens regelsystem. Därför skapades en separat lag med särskilda bestämmelser för vattenverksamhet, även kallad ”restvattenlagen”.¹³ Här regleras frågor om samfälligheter och avgifter, liksom grundläggande frågor om ”rådighet” över vatten (nedan avsnitt 15.3.1).

internationell reglering av vattendrag utifrån både rättsligt och naturvetenskapligt (ekologiskt) perspektiv.

⁸ 1971 års konvention angående våtmarker av internationell betydelse i synnerhet som livsmiljö för våtmarksfåglar, SÖ 1975:76.

⁹ Ovan avsnitt 10.4.

¹⁰ Ovan avsnitt 9.4.3 och 10.4.4.

¹¹ Ovan avsnitt 4.3.4.

¹² Det fanns dock rättsliga skillnader mellan verksamhetslagen, som byggdes in i balken, t.ex. när det gäller rätt till ersättning i vissa situationer (för rättegångskostnader och i samband med omprövning). Införandet av vattenlagen i miljöbalken ifrågasattes av flera instanser. Se vidare prop. 1997/98:45, del 1, s. 363 ff. och del 2, s. 447 (Lagrådet).

¹³ Lagen (1998:812) med särskilda bestämmelser för vattenverksamhet. Här låg också en del av kritiken; genom att dela vattenlagen i två delar förlorades en vattenrättslig enhetlighet.

Det finns även annan lagstiftning vid sidan av balken som rör vattenfrågor på ett eller annat sätt. I havet (inom svenskt territorium) och i Väner, Vättern, Hjälmaren och Storsjön i jämtland finns så kallat "allmänt vattenområde".¹⁴ Området omfattas av speciallagstiftning som uttryckligen ger staten rätt att utforska och utvinna vissa slags naturresurser, t.ex. mineral på kontinentalsockeln.¹⁵ Det finns däremot inga regler som ger staten en *generell* råddighet över allmänt vattenområde, något som felaktigt påstås i bl.a. vissa statliga utredningar.¹⁶ Detta innebär dock inte att det är fritt fram att använda området. Inte minst lagliga miljökrav kan hindra eller begränsa verksamheter. Exempel: Ett energibolag vill utvinna vindkraft till havs, på allmänt vattenområde. Staten kan inte hävda en exklusiv råddighet över området eller på civilrättslig grund kräva ersättning från bolaget. Däremot krävs tillstånd enligt miljöbalken. Vindkraftverk måste bl.a. klara kraven i 2–4 kap. miljöbalken. Dessa regler kan innebära begränsningar och även hinder, framför allt genom lokaliseringsskraven.

Ytterligare ett exempel på lagstiftning som har betydelse för hur yt- och grundvatten påverkas är PBL, inte minst genom den fysiska planeringen. I det följande hanteras främst miljöbalkens kontroll av vattenverksamhet. Reglerna ändrades i flera viktiga avseenden 2018, med bl.a. "moderna miljökrav" för vattenkraften.¹⁷

15.2 Vattenverksamhet

Vattenverksamhet är (liksom "miljöfarlig verksamhet") ett nyckelbegrepp i miljöbalken. Flera regler i främst 11 kap. är kopplade till begreppet, såsom kravet att söka tillstånd enligt 11 kap. 9 §. Definitionen i 11 kap. 3 § visar att vattenverksamhet är ganska olikartade företeelser:

- Uppförande, ändring och vissa andra åtgärder med anläggningar i ytvattenområden, t.ex. dammar, pirer, bropelare, ledningar och vindkraftverk,

¹⁴ Gränserna bestäms i lagen (1950:595) om gräns mot allmänt vattenområde. Fram till 300 meter från stranden är vattnet normalt enskilt.

¹⁵ Kontinentalsockellagen, se nedan avsnitt 27.3. Se även lagen om rätt till sand, grus- och stentäkt inom vissa allmänna vattenområden.

¹⁶ Villfärelsen rycks bygga på att lagstifaren i förarbetena till 1983 års vattenlag har misstolkat tidigare lagförarbeten till kontinentalsockellagen (1966). Frågan har utretts i Michanek 1990, s. 506 ff.

¹⁷ SFS 2018:1407. Till grund för lagstiftningen låg en energipolitisk överenskommelse mellan flera partier (S, MP, C, KD och M). Den nya lagstiftningen innebär skärpta krav i flera avseenden, men även en avsevärd försvagning av miljöskyddet genom att den så kallade "båtnadsregeln" togs bort (se nedan avsnitt 15.3.3).

(byggande i vatten).¹⁸ Utanför tillämpningsområdet faller anläggningar som utförs över ett vattenområde, t.ex. en bro utan fysisk anknäring till vattnet, trots att även sådana anläggningar kan inverka på vattenförhållandena, genom att begränsa passagen för fartyg med viss höjd m.m.¹⁹ Med vattenområden avses vattendrag, sjöar, diken, kärr och andra ytvatten.²⁰

- Vissa andra åtgärder i ytvattenområden,²¹ såsom fyllning och pålning. "Fyllning" ska åtminstone delvis syfta till att skapa en vattenanläggning, t.ex. en pir. Om däremot syftet med att tippa material i vattnet endast är att bli av med detta (kvittblivning), är det i stället fråga om "miljöfarlig verksamhet".²² Vidare omfattas "bortledande av vatten", som kan innebära vattentäkt (t.ex. för konsumtion eller energitvinnning)²³ eller att "skadligt" ytvatten förs bort från ett område. Grävning (t.ex. en grus- eller sandtäkt), sprängning och rensning (hit hör även muddring) i vattenområden är också vattenverksamhet.²⁴ Slutligen omfattas åtgärder som "syftar till att förändra vattnets djup eller läge", t.ex. reglering av en sjö eller vattendrag.²⁵
- Vissa åtgärder med grundvatten,²⁶ d.v.s. det vatten som finns under markens yta. Det är åtgärder som minskar vattenmängden, såväl täkt av grundvatten som bortledande av skadligt grundvatten från exempelvis

¹⁸ 11 kap. 3 § 1 MB. Särskilda regler gäller för dammsäkerhet, se 11 kap. 24–26 §§ 26 kap. 19 § MB. Reglerna behandlas inte här.

¹⁹ Bengtsson m.fl. Miljöbalken (2020), kommentaren till 11 kap. 3 §. Jfr MÖD 2000:57. Frågan gällde om en bro över Ångermanälven som bara delvis berörde vatten (två bropelare i vattnet och tre på land) kunde räknas som vattenverksamhet till enbart den delen. Domstolen menade att om en bro utformas så att den delvis kräver byggande i vatten, är hela brobygget vattenverksamhet. Målet gällde fråga om prövningsavgift.

²⁰ Även vissa konstgjorda vattensamlingar hör hit, såsom bevattningsdamm. Simbassänger däremot är inte vattenområde i lagens mening. Definitionen av "vattenområde" finns i 11 kap. 2 § MB: "område som räcks av vatten vid högsta förutsebara vattenstånd".

²¹ 11 kap. 3 § 2–5 MB.

²² 9 kap. 1 § 1 MB. Under vissa förutsättningar kan det vara fråga om dumpning av avfall; 15 kap. 31–33 §§ MB.

²³ 11 kap. 5 § MB: "Med vattentäkt avses bortledande av yt- eller grundvatten för vattenförsörjning, värmeutvinning eller bevattnings."

²⁴ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 126.

²⁵ Med "vattenreglering" avses enligt 11 kap. 5 § MB en "ändring av vattenföringen i ett vattendrag till förmån för annan vattenverksamhet", t.ex. ett kraftverksföretag. "Vattenöverledning" är ett slags vattenreglering, se 11 kap. 5 § MB. 11 kap. 3 § MB omfattar även regleringar som har andra syften, t.ex. att förbättra för sjöfarten.

²⁶ 11 kap. 3 § 6 och 7 MB.

gruva eller jämvägstunnel,²⁷ men även tillförsel av vatten till grundvattenområde (infiltration).²⁸

- *Markavvattnings*.²⁹ Här är det inte bara fråga om åtgärder för att i direkt mening avvattna mark, såsom att dika ut en våtmark, utan även åtgärder för att ”sänka eller tappa ur ett vattenområde eller för att skydda mot vatten”. Ett exempel är att en sjö invallas för att skydda åkrar mot översvämning. Även avledning av vatten omfattas, dock inte avledning av avloppsvatten, som normalt i stället är ”miljöfarlig verksamhet”. För att det ska vara fråga om markavvattnings enligt 11 kap. 2 § miljöbalken måste syftet med åtgärden vara att ”varaktigt öka en fastighets lämplighet för något visst ändamål”, såsom när en våtmark dikas ut för att anlägga skogsplantering eller uppföra bebyggelse. Det är effekten av markavvattnings som ska vara varaktig. Därför omfattas t.ex. inte ”skyddsdikning” inom skogsbruket. Här är syftet enbart att skydda marken mot stigande grundvatten efter en avverkning.³⁰ Trots att det inte är vattenverksamhet omfattas skyddsdikning av de allmänna hänsynsreglerna och särskilda regler om anmälningsplikt gäller.³¹

Utöver vattenverksamhet har 11 kap. regler om ”vattenanläggningar”. Det är anläggningar som tillkommit genom en vattenverksamhet, liksom manöveranordningar som hör till anläggningen. Exempel är dammar, fisktrappor, bropelare och bryggor. Medan således byggande av en kraftverksdamm är vattenverksamhet, är dammen som sådan en vattenanläggning.

²⁷ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 127. Se även Bengtsson m.fl. Miljöbalken (2020), kommentaren till 11 kap. 3 §. Även här anges att bortledandet av grundvatten från tunnlar m.m. (länshällning) är vattenverksamhet, däremot inte åtgärder som inverkar på grundvattnets djup eller läge, t.ex. när tunneldrivning i sig påverkar grundvattenförhållandena, se dock motsatt uppfattning i NJA 2005 s. 109 (avledande av skadligt grundvatten från tunneln i Hallandsås i samband med tunneldrivning). Se även nedan, avsnitt 21.3.2.

²⁸ Även utförande av anläggningar m.m. som används vid bortledandet respektive infiltrationen är vattenverksamhet. Det kan t.ex. vara fråga om pumpar eller ledningar som används i samband med konsumtion eller energiutvinning av vattnet.

²⁹ 11 kap. 3 § 8 MB.

³⁰ Prop. 1997/98, del 2, s. 127.

³¹ Se nedan avsnitt 15.3.4 om 11 kap. 13 § 1 st. MB.

15.3 Företsättningar för vattenverksamhet

15.3.1 Rådigheten, förhandskontrollen och miljökraven

I huvudsak tre företsättningar ska var för sig vara uppfyllda för att få utföra en vattenverksamhet:

- Utövaren ska råda över vattnet. Rådighet över enskilt vatten regleras i restvattenlagen.
- Utövaren ska ha tillstånd för verksamheten enligt 11 kap. miljöbalken, som huvudregel (ibland även enligt andra regler). I vissa fall är det tillräckligt att verksamheten anmäls.
- Verksamheten ska uppfylla miljökraven i bl.a. 2–4 kap. och 11 kap. miljöbalken.

Markägaren har enligt huvudregel rådighet över vatten. Termen rådighet används i stället för äganderätt eftersom vatten typiskt sett är en rörlig naturresurs; markägaren råder över det vatten som vid en viss tidpunkt befinner sig inom fastighetens gränser.³² Markägaren kan frivilligt upplåta vatten till annan, men det finns även regler som under vissa förutsättningar medger tvångsvis ianspråktagande av vattnet. Om det t.ex. är nödvändigt för att utveckla kraftförsörjningen på ett planmässigt sätt, och det finns ett strömfall som inte utnyttjas ändamålsenligt från allmän synpunkt, får regeringen förordna att strömfallet eller särskild rätt till detta tas i anspråk av annan som har särskild kompetens (t.ex. ett energibolag).³³

Nedan behandlas tillståndsplikten och kravreglerna. Kontrollen av markavvattnings avviker delvis från vad som gäller för vattenverksamhet i övrigt och tas därför upp i ett särskilt avsnitt.

15.3.2 Tillstånds- eller anmälningsplikt för vattenverksamhet

Enligt huvudregeln i 11 kap. 9 § miljöbalken krävs tillstånd för vattenverksamhet.³⁴ Den rättsliga konstruktionen är således en annan än den som gäller för ”miljöfarlig verksamhet”, där tillståndsplikten inte omedelbart framgår av

³² 2 kap. 2 § restvattenlagen. Om rådighet, se vidare Michanek 1990, s. 477 f. och där angivna källor.

³³ Se närmare 2 kap. 9 § restvattenlagen. Lagen reglerar flera situationer där huvudregeln om markägarens exklusiva rådighet över vattnet bryts.

³⁴ Innan tillstånd beviljats får inga förberedelsearbeten av större omfattning utföras; 11 kap. 10 § MB.

balken utan av miljöprövningsförfordningen, som specificerar varje tillståndspliktig (eller anmälningspliktig) verksamhet. Det är normalt mark- och miljödomstolen som tillståndsprövar vattenverksamhet.³⁵ Tillstånd till markavvattningsprövas dock i de flesta fall av länsstyrelsen.³⁶

Det finns flera undantag från huvudregeln om tillståndsplikt. Ett generellt undantag för all vattenverksamhet utom markavvattning (nedan avsnitt 15.3.4) regleras i 11 kap. 12 §. Tillstånd behövs inte om det är

”uppenbart att varken allmänna eller enskilda intressen skadas genom vattenverksamhetens inverkan på vattenförhållandena”.

Varken allmänna eller enskilda intressen får skadas genom vattenverksamhetens ”inverkan på vattenförhållandena”. Det senare uttrycket tar sikte på olika slags effekter, inte bara ändring av vattnets djup eller läge utan också inverkan på ett vattenområdes användning, t.ex. för båttrafik. Även vattnets kvalitet omfattas, såsom om vattnet grumlats vid muddring. Ytterligare en ”inverkan” är minskat vatteninnehåll i en våtmark eller i grundvattnet.³⁷

Beviskravet är högt. Det ska vara ”uppenbart” att vattenverksamhetens inverkan på vattenförhållandena inte skadar allmänna eller enskilda intressen. Verksamhetsutövaren har bevisbördan och tar i tveksamma fall en risk om verksamheten startar utan tillstånd. Brott mot tillståndsplikten är straffsanktionerad.³⁸ Det finns dock alltid möjlighet att frivilligt ansöka om tillstånd om man är osäker.

Utöver 11 kap. 12 § finns särskilda undantag för vissa typer av vattenverksamheter, såsom vattentäkter (oavsett mängd) för en ”en- eller tvåfamiljsfastighets eller jordbruksfastighets husbehovsförbrukning eller värmeförsörjning”.³⁹

Det är fråga om husbehovsförbrukning om vattnet används för hushållsändamål, bad, tvätt och rengöring i villor och lantgårdar, liksom för vattning av kreatur och liknande vanligt lantbruksändamål. Bevattnings av jordbruksmark anses inte vara husbehov, däremot bevattnings av egen trädgård. Takt av vatten för kommersiell

³⁵ Vattenverksamhet av större omfattning kan först bli föremål för tillätlighetsprövning av regeringen; 17 kap. 3 § och 4 a § MB.

³⁶ Om prövningen, se vidare avsnitt 19.3.

³⁷ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 134.

³⁸ 29 kap. 4 § MB.

³⁹ 11 kap. 11 § MB.

verksamhet i mindre skala (t.ex. mindre hantverk) kan vara husbehov, däremot inte om vattnet ska användas i t.ex. en industri.⁴⁰

Ett annat undantag gäller för att anlägga odling av fisk, musslor eller kräftor, liksom anläggningar för värmeutvinning (sluret system utan vattentäkt, med slangar som innehåller frostsäddsvätska). Dessa anläggningstyper kräver dock normalt tillstånd eller anmälan enligt 9 kap. miljöbalken, som ”miljöfarlig verksamhet”. Syftet med undantaget är att undvika dubbel kontroll.

Vidare är det i ganska många situationer tillräckligt att, i stället för att ansöka om tillstånd, anmäla en vattenverksamhet. Anmälningsplikt gäller exempelvis för att anlägga en våtmark där vattenområdet är högst fem hektar och för att uppföra en brygga i en sjö eller i havet om den bottenyta som verksamheten omfattar i vattenområdet uppgår till högst 3 000 kvadratmeter.⁴¹ Anmälningsplikten är dock omgärdad med två säkerhetsventiler. Lagstiftaren har *ålägt* tillsynsmyndigheten att agera i vissa fall, något som är ovanligt inom miljö- rätten; myndigheten ”skall” förelägga om försiktighetsmått eller förbud när det behövs för att uppfylla balkens miljökrav, t.ex. i 2–4 kap. Myndigheten ”skall” också förelägga om att tillstånd ska sökas i det enskilda fallet ”om det behövs med hänsyn till verksamhetens påverkan på miljön eller enskilda intressen”, en formulering som inte är tydlig men som inte heller ställer upp någon hög tröskel för negativ inverkan på motstående intressen.⁴²

Det finns ytterligare undantag från tillståndsplikten. Ett avser vissa ändringsarbeten m.m. i akuta situationer.⁴³ Ett annat avser ”rensningar” som utförs för att ”bibehålla vattnets djup eller läge eller för att omedelbart återställa ett vattendrag som har vikt från sitt förra läge eller som på något annat sätt förlorat sitt lopp”.⁴⁴ I praktiken kan detta ibland vara svårbedömt. Tidsfaktorn får betydelse. Ett ”nytt naturtillstånd” kan ha inträtt, t.ex. om ett skogsdike skapades för 30 år sen och därefter inte har underhållits. I ett sådant fall torde tillstånd normalt krävas.⁴⁵

⁴⁰ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 133 och Bengtsson m.fl. Miljöbalken (2020), kommentaren till 11 kap. 11 §.

⁴¹ Anmälningsplikten gäller dock inte om den generella undantagsregeln i 11 kap. 12 § är tillämplig.

⁴² 11 kap. 9 a § MB och 19 och 23 §§ förordningen (1998:1388) om vattenverksamhet.

⁴³ 11 kap. 16 § MB. Årgården ska dock prövas i efterhand.

⁴⁴ Se 11 kap. 15 § MB.

⁴⁵ Se vidare prop. 1997/98:45, del 2, s. 137, där dessa frågor behandlas mer ingående.

I ett straffrättsligt ärende prövade hovrätten om en person Y brutit mot tillståndsplikten för markavvattning. Y hade fördjupat och förstorat – delvis ganska kraftigt – befintliga diken och bäckar i en myr. Dikena hade inte varit rensade på lång tid. Y hade inte bara avsett att rensa dem. Han hade syftat längre, nämligen att sänka vattenhalten i marken för att kunna inrätta färdvägar för skogsmaskiner. Härigenom hade han velat öka fastighetens lämplighet för visst ändamål. Vidare ansåg domstolen att grävningarna kunde ha lett till skador i form av bestående förändringar i livsvillkoren för flora och fauna på platsen. Myrarna var upptagna i en särskild myrskyddsplan. Grävningarna var helt klart tillståndspliktiga. Y dömdes för octlåten miljöverksamhet.⁴⁶

En särskild situation är att någon innehar en befintlig vattenanläggning på grund av urminnes hävd, uråldriga privilegiebrev eller liknande äldre rättighet att förfoga över vatten. Sådana anläggningar (såsom bryggor eller diken) kan sakna tillstånd enligt äldre rätt, eller det kan vara oklart om tillstånd finns. Ägaren kan då begära att själva anläggningen *lagligförklaras*. Det innebär att anläggningens laglighet prövas mot bakgrund av de kravregler som gällde vid dess tillkomst. Efter lagändringen 2018 är det dock inte längre möjligt att lagligförklara en anläggning som används för produktion av vattenkraftsl.⁴⁷

15.3.3 Kravreglerna

Grundkraven

För att få tillstånd till vattenverksamhet ska flera miljökrav i miljöbalken vara uppfyllda. De allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. har krav på lokalisering, försiktighetsmått av olika slag och i allvariga fall förbud. Vattenverksamheten ska vidare vara förenlig med hushållningsbestämmelserna i 3 och 4 kap. Det innebär bl.a. att ny verksamhet för vattenkraftsutvinning hindras i flera vattendrag, bl.a. de fyra nationalälvarna.⁴⁸

I detta sammanhang ska åter nämnas 2 kap. 7 § och 5 kap. 4 § miljöbalken, regler som genomför EU-domstolens krav i den så kallade *Weserdomen* (C-461/13). En vattenverksamhet (t.ex. en muddring, markavvattning eller anläggning för utvinning av vattenkraft) får som huvudregel inte tillåtas om aktuell vattenstatus kan försämrats eller om verksamheten äventyrar uppnåen-

det av god vattenstatus.⁴⁹ Vidare kan reglerna om naturskydd i främst 7 kap. hindra eller begränsa vattenverksamhet, t.ex. genom föreskrifter i naturreservat, vattenskyddsområde eller annat områdeskydd eller de speciella kraven inom särskilt skydds- eller bevarandeområde (Natura 2000). Av de ovan nämnda kraven aktualiseras 2 kap. och, i förekommande fall, reglerna i 7 kap. även mot sådan vattenverksamhet som inte tillståndsprövas enligt 11 kap. miljöbalken.⁵⁰

I vissa fall är prövningen av vattenverksamhet enligt miljöbalken begränsad i materiellt hänseende. Syftet är att undvika dubbelprövning. Det gäller när vissa stora anläggningar har prövats enligt annan lagstiftning, såsom broar enligt väglagen eller rörledningar enligt rörledningslagen.⁵¹ I en efterföljande prövning enligt miljöbalken kan i dessa fall endast stoppregeln i 2 kap. 9 § helt hindra verksamheten. Däremot ska mark- och miljödomstolen pröva och fastställa villkor om försiktighetsmått.

Särskilda miljökrav i 11 kap. – Hänsyn till konkurrens i vattenverksamhet och till fisket

Utöver de grundläggande kraven i 2–4 kap. miljöbalken finns två miljökrav i 11 kap. som gäller specifikt för vattenverksamhet, oavsett om den tillståndsprövas eller inte.⁵² Den första regeln i 11 kap. 7 § utgår från att annan verksamhet i framtiden kan förväntas konkurrera om samma vattenresurs:

”En vattenverksamhet skall utföras så att den inte försvårar annan verksamhet som i framtiden kan antas beröra samma vattentillgång och som främjar allmänna eller enskilda ändamål av vikt. Detta krav gäller om vattenverksamheten kan utföras på detta sätt utan oskälig kostnad.”

Det kan exempelvis handla om att en jordbrukare söker tillstånd till räkta av vatten från en å för att bevattna sina grödor. Domstolen ska då beakta om andra jordbrukare i området i framtiden kan behöva ta ut vatten från samma vattenresurs. Principen först till kvarn gäller alltså inte fullt ut, men hänsynen till framtida konkurrenter får inte medföra oskälig kostnad. Skyddet gäller inte bara för framtida vattenverksamhet utan även för båt fart och annan framtida

⁴⁹ Ovan avsnitt 10.3.3.

⁵⁰ Hushållningsbestämmelserna i 3–4 kap. MB gäller om en ny vattenverksamhet kräver tillstånd eller annålan (2 kap. 6 § 3 st. jämfört med 11 kap. 9 a § MB).

⁵¹ Se närmare 11 kap. 23 § MB.

⁵² 11 kap. 17–22 §§ MB. 11 kap. har även särskilda regler om underhållsansvar för vattenanläggningar och om utrivning, dessa behandlas inte här.

da konkurrerande verksamhet av vikt. Den konkurrerande verksamheten ska antas komma igång inom ”en inte alltför avlägsen framtid”. 10 år säts som en ungefärlig tidsgräns i propositionen.⁵³

Ett rättsfall handlade om uttag av vatten från en grundvattenförekomst på Kristianstadslänen. Det fanns flera långsiktiga osäkerheter kring uttaget, bl.a. effekter av klimatförändringen, framtida grundvattenbildning och framtida konkurrens om samma grundvatten. Flera andra tillsrandsansökningar om vattenuttag var på gång och 11 kap. 7 § var en av de regler som tillämpades i prövningen. Mark- och miljööverdomstolen ansåg att det ”inte ... är rimligt att en enskild verksamhetsutövare kan göra anspråk på en naturresurs som vatten i sådan utsträckning att verksamhetsutövaren får ett för all framtid gällande tillstånd. Samtidigt har [sökanden] ett berättigat intresse av att erhålla tillstånd som är så omfattande i tiden att inte gjorda investeringar riskeras ur ekonomisk synvinkel”. Domstolen tidsbegränsade tillståndet till 25 år på grund av osäkerheterna. Tillståndsvillkoren begränsade mängden grundvatten som fick tas ut.⁵⁴

Den andra specifika kravregeln innebär att den som ska bedriva vattenverksamhet måste vidta olika åtgärder för att motverka negativ inverkan på fisket i det direkt berörda eller i angränsande vattenområden.⁵⁵ Det kan t.ex. vara fråga om att bygga laxtrappor, lekplatser eller andra ”anordningar för fiskens framkomst eller fiskets bestånd”, att släppa fram vatten eller att plantera ut ny fisk i ett annat vattenområde som en kompensationsåtgärd. Hänsynsregeln omfattar inte enbart fisk utan också vattenlevande blötdjur (t.ex. snäckor och musslor) och vattenlevande kräftdjur (kräfter, hummer, räkor m.m.). Åtgärderna måste vara miljömässigt motiverade. Om nyttan med åtgärden ”inte skäligen” kan anses motsvara den kostnad som verksamhetsutövaren därigenom skulle förorsakas, kan denne slippa kravet.⁵⁶

Fram till 2018 fanns ytterligare en specifik kravregel för vattenverksamhet, den så kallade ”båtnadsregeln” i dåvarande 11 kap. 6 §, en ”stoppregel” som innebar att en vattenverksamhet fick bedrivas ”endast om dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna av den” (samhällsekonomisk tillåtlighet). Regeln, som funnits länge i svensk vattenrätt, fyllde

⁵³ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 130.

⁵⁴ MÖD 2013:39.

⁵⁵ 11 kap. 8 § MB. Se även prop. 1997/98:45, del 2, s. 130 f.

⁵⁶ Det är rättsligt oklart hur denna skälighetsbedömning förhåller sig till skälighetsregeln i 2 kap. 7 §, som ju aktualiseras om samma krav skulle grundas på 2 kap. 3 §. Formuleringen i 2 kap. 7 § triggas ju först om kravet är ”orimligt”.

en egen funktion vid sidan av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap.; även om en vattenverksamhet inte medförde ”olägenhet av väsentlig betydelse” (en relativt hög tröskel) enligt 2 kap. 9 §, hindrades den av 11 kap. 6 § om nyttan inte övervägde skadorna och olägenheterna (en jämviktsbedömning). Exempelvis kunde regeln hindra tillstånd till ett minikraftverk med liten energitvinnning (låg nytta) som riskerade att skada biologiska värden i omgivningen (utan att skadan bedömdes vara av väsentlig betydelse). Båtnadsregeln upphävdes 2018. I propositionen motiveras borttagandet med att 2 kap. skulle ge ett likvärdigt skydd till 11 kap. 6 §.⁵⁷ Mångårig praxis, som regeringen kände till, bevisar dock övertydligt motsatsen.⁵⁸

15.3.4 Den särskilda kontrollen av markavvattning

Markavvattning kräver tillstånd enligt 11 kap. 13 § miljöbalken, normalt av länsstyrelsen.⁵⁹ Bakgrunden till det absoluta tillståndskravet är behovet av att skydda resterande våtmarker. Tillståndskravet i regeln gäller bara för markavvattning som är ”vattenverksamhet”,⁶⁰ men regeringen får föreskriva om tillståndspflicht också för annan avvattning, om åtgärden ”kan förväntas få en bestående negativ effekt på växt- och djurlivet”. I praktiken är det framför allt skyddsdiikning av skogsmark som i vissa fall kan få sådana varaktiga konsekvenser, främst vid avvattning av ”sumpskog”, som är naturligt våt och ofta inrymmer skyddsvärda eller hotade arter eller har särskild betydelse för den biologiska mångfalden.⁶¹ Ännu finns dock inga föreskrifter om tillståndspflicht för skyddsdiikning. Årgården är endast anmälningspliktig enligt skogsvårdslagsstiftningen.⁶²

I tillståndsprövningen tillämpas miljöbalkens kravregler, såsom de generella i 2–4 kap., men också (i förekommande fall) de särskilda kraven för vatten-

⁵⁷ Prop. 2017/18:243, s. 165 ff.

⁵⁸ Minst åtta avgöranden av Mark- och miljööverdomstolen enligt miljöbalken och ett äldre avgörande av Högsta domstolen (NJA 1989 s. 58) visar att båtnadsregeln hindrat verksamhet som ansetts uppfylla kraven i 2 kap. MB eller motsvarande regler i 1982 års vattenlag. Ett stort antal remissinstanser tillsyrkte förslaget att upphäva båtnadsregeln, men det avstyrktes av bl.a. Kammarkollegiet, Naturvårdsverket, Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet (yttranden redovisar praxis), huvuddelen av domstolarna och nära hälften av länsstyrelserna.

⁵⁹ Kravet på tillstånd är lindrigare för dränering av jordbruksmark genom täckdiikning med dräneringsrör som är högst 300 mm i diameter. Då behövs tillstånd ”endast om det är sannolikt att allmänna eller enskilda intressen skadas genom verksamheten”.

⁶⁰ ”Markavvattning” definieras i 11 kap. 2 § MB.

⁶¹ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 135.

⁶² 15 § 1 st. 2 skogsvårdsförordningen (1993:1096). Anmälan sker till Skogsstyrelsen som i det sammanhanget kan tillämpa samrådsregeln i 12 kap. 6 § MB som ger rätt att meddela förelägganden och förbud.

verksamhet i 11 kap.⁶³ Om tillstånd meddelas förses det med villkor. Det kan också bli aktuellt att utövarer får vidta kompensationsåtgärder.⁶⁴

Sedan 1975 är Sverige bunden av våtmarkskonventionen (Ramsarkonventionen). Konventionen kräver att våtmarker utpekas nationellt och i Sverige finns ca 50 sådana så kallade "CW-områden" ("Ramsarområden"). För dessa gäller ett särskilt starkt skydd. Konventionen kräver dessutom att staterna beaktar våtmarkers värde generellt. Detta är bakgrunden till att regeringen med stöd av 11 kap. 14 § får "förbjuda markavvattning som skulle kräva tillstånd enligt detta kapitel i områden där det är särskilt angeläget att våtmarkerna bevaras". Det är alltså fråga om en "stopptegel" för markavvattning, som gäller generellt inom vissa län och kommuner och därutöver för vissa enskilda våtmarksområden. Det geografiska skyddet preciseras i en förordning. Det är främst fråga om våtmarker i södra Sverige som skyddas på det här sättet (här har dock de flesta våtmarker redan dikats ut under 1900-talet).⁶⁵

Förbudet är inte absolut. Länsstyrelsen kan meddela dispens om det finns "särskilda skäl". Dispensprövningen ska vara avsevärt mer restriktiv än den ordinarie tillståndsprövningen enligt 11 kap. 13 §. I propositionen anges att dispens förutsätter "att området som berörs av markavvattning i princip saknar betydelse från naturskyddssynpunkt", eller att åtgärden är "så begränsad att naturvärdena inte försämrars".⁶⁶ Om dispens från markavvattningsförbudet meddelas sker tillståndsprövning på vanligt sätt och villkor fastställs för verksamheten.

15.3.5 Moderna miljökrav för vattenkraften

En huvudpunkt i 2018 års lagstiftning är att "moderna miljökrav" ska gälla vid tillståndspliktig "vattenverksamhet för produktion av vattenkraft" (vattenreglering, vattenbortledning, vattenöverledning eller annan påverkan på vattnets flöde), även befintliga sådana.⁶⁷ Det handlar främst om hänsynskraven i 2 kap. miljöbalken och kopplingen till miljökvalitetsnormer och kravet på

⁶³ Ovan avsnitt 15.3.3.

⁶⁴ 16 kap. 9 § MB.

⁶⁵ Se 4-4 c §§ förordningen (1998:1388) om vattenverksamhet m.m.

⁶⁶ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 136. Ett exempel där dispens kan vara motiverad är om dikning behövs för att återställa markens tillstånd sedan vattenproblem uppkommit på grund av åtgärder på intilliggande mark (kompensationsdikning).

⁶⁷ 11 kap. 27–28 §§, jfr 11 kap. 6 §.

icke-försämring i 5 kap. 4 §.⁶⁸ Enligt propositionen handlar det om ca 7 400 befintliga anläggningar, som aldrig prövats utifrån miljöbalkens krav.⁶⁹

Av dessa har 3 600 tillstånd enligt äldre vattenlagstiftning. 3 800 saknar tillstånd och drivs vanligen med stöd av äldre rättigheter såsom urminnes hävd eller privilegiebrev. Genom ett klagörande i den nya lagstiftningen liksom de äldre rättigheterna med rättskraftigt tillstånd enligt miljöbalken.⁷⁰ Rättskraften omfattar dock endast sådana frågor som kan anses ingå i den äldre rättigheten (verksamhetsutövaren har bevisbördan i detta avseende). Om exempelvis ett privilegiebrev visar att en person råder över ett visst vattenområde, men inte vilken verksamhet som får bedrivas där, gäller inte rättskraften för verksamheten och då kan en tillsynsmyndighet relativt smidigt ställa krav på denna med stöd av 26 kap. miljöbalken. Om däremot privilegiebrevet klagör att personen får bedriva vattenkraftsutvinning på visst sätt i ett vattenområde, och det finns skäl att nu ställa nya krav på verksamheten, måste det ske en omprövning enligt 24 kap.⁷¹ I praktiken är det ibland i enskilda fall svårt att utläsa vad äldre rättigheter omfattar och därmed vad som är rättskraftigt prövat.

Sverige måste enligt huvudregeln uppfylla ramvattendirektivets krav på god kemisk och ekologisk vattenstatus i våra vattenförekomster. En förutsättning för det är att befintliga vattenverksamheters tillstånd omprövas men i praktiken har det inte varit möjligt eftersom myndigheterna (främst Kammarkollegiet) saknat resurser att driva ärendena snabbt. Nu ändras ordningen, när det gäller vattenkraftsanläggningar. Enligt en ny regel i 11 kap. 27 § är det *verksamhetsutövaren* som ansvarar för att sådan verksamhet drivs med "moderna miljövillkor" och som därmed måste ta initiativ till omprövning.⁷² Kravet på moderna miljövillkor gäller kontinuerligt; villkoren får aldrig vara äldre än fyrtio år (kortare tid gäller om detta anges i tillståndet).

Sammantaget är det en principiellt viktig förändring i svensk miljö rätt att verksamhetsutövare blir skyldiga att initiera omprövning, men kravet gäller alltså bara vid "vattenverksamhet för produktion av vattenkraft", inte vid annan vattenverksamhet eller vid "miljöfarlig verksamhet". Däremot innebär lagstiftningen 2018 att regeringen får möjlighet att meddela generella forskrifter om olika slags förslutighetsmått för allt slags vattenverksamhet – bl.a. för att genomföra EU-rättsliga

⁶⁸ Ovan avsnitt 10.3.3.

⁶⁹ Prop. 2017/18:243, s. 177 f.

⁷⁰ 5 a § lagen om införande av miljöbalken.

⁷¹ Se närmare om dessa frågor i prop. 2017/18:243, s. 235 f. (författningskommentaren) och s. 98 ff. (kap. 8).

⁷² Se även 24 kap. 10 § MB.

krav – och sådana föreskrifter kan ibland vara ett praktiskt lämpligt alternativ till att ompröva enskilda tillstånd.⁷³

För att systematisera arbetet har regeringen beslutat om en ”nationell plan” för omprövningarna. Planen är endast vägledande vid de enskilda prövningarna, där miljövillkoren bestäms med tillämpning av miljöbalkens regler, bl.a. hänsynsreglerna och miljö kvalitetsnormerna. Planen är även vägledande för klassificeringen av vatten, t.ex. för att ange ett visst vatten som kraftigt modifierat, varvid lägre miljökrav ska gälla (”god ekologisk potential”).⁷⁴

Planen ska bygga på en ”nationell helhetssyn” så att det blir ”största möjliga nytta för vattenmiljön och för nationell tillgång till vattenkraft”.⁷⁵ I formuleringen avses på å ena sidan intresset av att klara ramvattendirektivets miljömål, å andra sidan det klimatpolitiska intresset av att utnyttja den förnyelsebara vattenkraften som energikälla.⁷⁶ I propositionen antas att anpassningen till ramdirektivets miljömål kommer att leda till en viss produktionsförlust på nationell nivå i befintlig vattenkraft.⁷⁷ Planen ska dock utformas för en utbyggnad av vattenkraften, främst genom effekthöjning i befintliga anläggningar. Planen ska även beakta vattenkraftens funktion som reglerkraft (här varierar betydelsen vid olika anläggningar), som blir särskilt viktig mot bakgrund av att Sverige som mål ska ha 100 procent förnybar elproduktion 2040.⁷⁸

Planen ska innehålla tidsmässiga prioriteringar för olika prövningar. Den ska samordna prövningar av verksamheter som bör bedömas i ett sammanhang (t.ex. därför att de ligger vid samma vattendrag), vara adaptiv och kunna ändras vid ny kunskap om t.ex. vattenmiljön eller antikvariska värden.

Genomförandet av planen kommer att innebära stora kostnader. Åtta stora svenska vattenkraftsföretag har skapat ”Vattenkraftens miljöfond Sverige” (tio miljarder) som ska bidra till prövningskostnader och att beslutade miljöåtgärder genomförs. Verksamhetsutövare kan söka medel från fonden.

⁷³ 11 kap. 9 a § MB.

⁷⁴ Prop. 2017/18:243, s. 204.

⁷⁵ 11 kap. 28 § MB.

⁷⁶ Se a.a., s. 90 ff.

⁷⁷ A.a., s. 90.

⁷⁸ A.a., s. 91. Målet är en del i energioverenskommelsen bakom lagstiftningen 2018.

Miljöskadestånd samt enskilds och grupper talan om försiktighetsmått eller förbud

23.1 Inledning

Den moderna svenska miljörätten vilar i huvudsak på idén att det är våra myndigheter som bör genomföra de rättsliga miljökraven, såsom de allmänna hänsynsreglerna i miljöbalken. Kraven genomförs främst i samband med tillståndsprövning, tillsyn och genomdrivande av sanktioner av olika slag. Myndigheterna har i dessa sammanhang ett ansvar för att även enskilda intressen tas till vara. Enskilda och grupper av enskilda har garanterats ett visst inflytande i genomförandet. De har rätt att avge synpunkter och ska i vissa ärenden kallas till samråd om de är direkt berörda. Sakägare och miljöorganisationer har under vissa förutsättningar rätt att överklaga beslut.

Detta avsnitt behandlar regler som på annat sätt syftar till att skydda främst enskilda miljöintressen, även om det allmänna miljöskyddet också kan främjas, indirekt. Det gäller reglerna i 32 kap. miljöbalken om miljöskadestånd och om rätten för enskild, grupper av enskilda och miljöorganisationer att i domstol föra civilrättslig talan om förbud mot eller krav på försiktighetsmått för ”miljöfarlig verksamhet”.

23.2 Allmänt om miljöskador och miljöskadestånd

Miljöskadestånd regleras främst i 32 kap. miljöbalken.¹ Reglerna ger i vissa avseenden ett starkare skydd än den allmänna skadeståndslagen. Detsamma gäller de särskilda regler om miljöskadestånd som finns i ellagen, atomansvarighetslagen och 10 kap. sjölagen.² Skadeståndslagen kompletterar regler-

¹ Reglerna om miljöskadestånd behandlas mer utförligt i Bengtsson 2011, Bengtsson i Karnov, kommentarerna till skadeståndsreglerna i 32 kap. Om miljöskadestånd från ett vidare perspektiv, se Larsson.

² Se nedan avsnitt 30.1, 31.4 och 29.3.1.

na om miljöskadestånd när det gäller frågor som inte reglerats där, t.ex. frågor om medvållande.

11 kap. miljöbalken innehåller också bestämmelser om strikt skadeståndsansvar, nämligen vid dammhaveri.³ Det finns också bestämmelser som innebär att en tillståndshavare kan bli ersättningskyldig eller tvingas lösa in en fastighet när hen får rätt att bedriva vattenverksamhet på annans mark eller på annat sätt tar i anspråk eller skadar annans egendom.⁴ Dessa regler behandlas inte här.⁵

Miljöskadestånd kan utgå för olika typer av skador. En *personskada* uppkommer t.ex. om boende i en storstad får försämrade hörsel på grund av bullrande trafik från en närliggande genomfartsgata eller om skador på nervsystemet uppstår efter utsläpp av lösningsmedelsrester från en industri. En annan typ av skada är *sakskada*. Det kan t.ex. vara fråga om att grundvattnet i en brunn förorenas på grund av läckage från nedgrävda tunnor med kemikalier.

En tredje skadetyper är *ren förmögenhetsskada*, t.ex. att inkomsterna vid hotellverksamhet minskar på grund av dålig lukt från en anläggning med djur eller att fastigheters värde minskar intill en avfallsanläggning på grund av risken för föroreningar från denna. Sådana rena förmögenhetsskador ersätts enligt skadeståndslagen bara om de beror på en brottslig handling, men enligt 32 kap. miljöbalken även i andra fall, förutsatt dock att skadan är av "någon betydelse".⁶

Vanligen aktualiseras anspråk på skadestånd för skador som redan har inträffat. 32 kap. miljöbalken ger dock rätt till skadestånd även för framtida skador, men det förutsätter att skadan kan beräknas på förhand.⁷

En viktig funktion hos miljöskadeståndet är den *reparativa*: att ekonomiskt kompensera den som lider skada på grund av en miljöstörning. Grannar och andra kan ha rätt till ersättning även om verksamheten har tillstånd.⁸ Reglerna om miljöskadestånd kan också fylla en *preventiv* funktion om den som driver en industri eller annan miljöpåverkande verksamhet vidtar åtgärder i syfte att minska risken för skador och därmed undvika en eventuell talan om miljöskadestånd. Även om denna funktion nog kan ha viss betydelse i prakti-

³ Se vidare 11 kap. 18 §.

⁴ 31 kap. 16–19 §§ MB. Se även 24 kap. 18 § om oförusade skador vid vattenverksamhet.

⁵ Miljöbalken hade tidigare regler i 33 kap. om miljöskadeförsäkring och saneringsförsäkring. Reglerna upphävdes 2009.

⁶ 32 kap. 1 § 2 st. MB.

⁷ 32 kap. 9 § MB.

⁸ Ett tillstånd till "miljöfarlig verksamhet" hindrar däremot en civilrättslig talan om försikringshemsrätt och förbud (nedan avsnitt 24.5).

ken, är den förmodligen svag jämfört med verkningarna av annan miljökontroll, i alla fall i Sverige. I praktiken hanteras här mycket få rättsliga ärenden om miljöskadestånd jämfört med antalet ärenden om tillstånd och tillsyn.

23.3 Förutsättningar för miljöskadestånd

Särskilda förutsättningar ska vara uppfyllda för att miljöskada ska kunna ersättas enligt 32 kap. miljöbalken.

a) Det ska vara en verksamhet på en *fastighet* som orsakat viss typ av *störning* för *omgivningen*.⁹ Anknytningen till fastighet betyder t.ex. att bilister inte kan vara skadeståndsansvariga för störningar från fordonen, däremot en kommun som väghållare inom en tätort. Kopplingen till fastighet betyder också att verksamhet på allmänt vattenområde, t.ex. vindkraftverk som byggs till havs, inte omfattas.

Störningen måste nå omgivningen. En störning som endast träffar verksamhetsområdet (t.ex. arbetsmiljöbuller) omfattas alltså inte av miljöbalkens skadeståndsregler. Omgivningen kan vara långt från verksamheten, men också nära denna, t.ex. buller från ett diskotek (där alltså diskoteket är verksamhetsområdet) som stör boende i en annan lägenhet i samma byggnad (fastighetsgränser saknar betydelse).

I NJA 2003 s. 384 hyrde företaget HCI Nordic en del av en lokal för förvaring av kemikalier. Uthyraren, företaget Hyrbörsen, förvarade diskmaskiner i samma lokal.

Maskinerna skadades av utsläpp från förvaringen av kemikalier. Hyrbörsen stämde HCI Nordic och begärde skadestånd. Högsta domstolen (majoriteten) konstaterade att det var fråga om en störning för omgivningen (trots att lokalen var gemensam) i den mening som normalt avses i samband med miljöskadestånd (jämför 9 kap. 1 § miljöbalken), men biföll inte käromålet på grund av hyresförhållandet. På grund av detta "kan en skada på en fastighetsägares och tillika hyresvärdens i lokalen förvarade egendom inte anses ha uppkommit i verksamhetens omgivning i den mening som avses i 32 kap. 1 § MB".¹⁰

Även om det är oklart hur skadestandsreglerna i 32 kap. miljöbalken ska tillämpas i kontraktförhållanden (t.ex. när det finns ett hyresavtal), är majoritetens uppfattning överraskande. Det är sannolikt första gången som begreppet "omgivningen" givits en annan innebörd än ett fysiskt förhållande (avstånd m.m.) mellan skadan och det som orsakat denna. Situationen i faller var dock speciell (den gemen-

⁹ 32 kap. 1–3 §§ MB.

¹⁰ NJA 2003 s. 384, på s. 389.

samma lokalen) och man bör vara försiktig med att dra för långtgående slutsatser av rättsfallet. Förmodligen hade majoriteten kommit till ett annat slut om det funnits en mer påtaglig avgränsning av utrymmena i lokalen. Minoriteten kom till samma slut men utifrån ett mer "klassiskt" grannrättsligt tänkande.

De störningar som omfattas är bl.a. förorening av yt- och grundvattnen, mark och luft, liksom buller, skakning och "annan liknande störning". Det senare begreppet är vitt och täcker bl.a. spridning av virus och bakterier, starkt ljussken, hetta och estetiska störningar (såsom förfylad utsikt).¹¹ Däremot omfattas inte brand som sprider sig från en fastighet till en annan.¹²

Miljöbalkens regler om skadestånd är inte tillämpliga på skador som, enligt 32 kap. 2 § miljöbalken, har

"orsakats av joniserande strålning eller inverkan av elektrisk ström från elektrisk anläggning i fall då särskilda bestämmelser gäller" (kursiverat här).

De särskilda bestämmelserna finns i elsäkerhetslagen (2016:732) och atomansvarighetslagen. Medan dessa lagar gäller vid t.ex. skada av elström från kraftledning respektive joniserande strålning efter en olycka i ett kärnkraftverk, är miljöbalkens skadestandsregler tillämpliga om en kraftledning förfylld land-skapsbilden eller om fastighetsvärdet sjunker på grund av psykiska immisioner hos de boende i omgivningarna till ett kärnkraftverk (exempelvis på grund av oro för en reaktorolycka). Så som lagtexten i 32 kap. 2 § är formulerad (se citatet ovan) bör miljöbalkens skadestandsregler även vara tillämpliga på fall där skadan beror på joniserande strålning eller elektrisk ström, men där elsäkerhetslagen eller atomansvarighetslagen inte gäller. Atomansvarighetslagen är t.ex. inte tillämplig om strålningsskador uppkommer vid hantering av radioaktivt material eller avfall vid sjukhus eller industrier.¹³

b) Skadestandsansvar förutsätter enligt de allmänna principerna i skadestandslagen att en person har orsakat skadan med uppsåt eller genom oaksamhet (culpa). Om en industri under en längre tid släpper ut mer än vad som anges i gränsvärden i tillståndets villkor, är det normalt fråga om ett oaksamt

¹¹ Jfr definitionen av "miljöfarlig verksamhet"; 9 kap. 1 § 1 st. 3 MB.

¹² NJA 2007 s. 663 och MÖD 2018-10-17 i mål M 10718-17.

¹³ Se närmare avsnitt 31.4. Vi har inte undersökt om det finns liknande "fall" som inte täcks av de särskilda bestämmelserna i elsäkerhetslagen.

beteende (om det inte är uppsåtligt). Bedömningen av vad som är oaksamt är beroende av värderingar och dessa förändras över tiden.¹⁴

32 kap. miljöbalken ger ett starkare skydd än skadeståndslagen genom att ibland kräva ansvar av personer som orsakat en miljöskada utan uppsåt eller oaksamhet. Personen har här ett strikt ansvar. Förutsättningen är att störningen inte "skäligen bör tålas med hänsyn till förhållandena på orten" (ortsvanlig störning) eller med hänsyn till dess "allmänna förekomst" (allmänvanlig störning).¹⁵

Exempel: Störningen är normalt ortsvanlig om en bullrande industri lokaliseras till en tätort där avsevärt buller redan finns på grund av befintliga industrier, trafik m.m. Störningen är i de flesta fall allmänvanlig om en ny stor väg bryts genom ett tidigare orört landskap, eftersom sådana störningar är allmänt förkommande i landet.

Undantagen för orts- och allmänvanliga störningar innebär förvisso en väsentlig begränsning av det strikta ansvarets räckvidd. Om dock en orts- eller allmänvanlig störning är sådan att den inte "skäligen bör tålas" gäller det strikta ansvaret ändå.¹⁶ Så kan vara fallet om den störde bor mycket nära en bullrande industri och boendemiljön försämrats radikalt. Och, som Bengtsson framhåller, när det är fråga om skador på människors hälsa, eller risker för sådana skador, kan man sannolikt utgå från att orts- eller allmänvanliga störningar inte skäligen bör tålas. Detsamma bör gälla för de flesta allvarliga egendomsskador.¹⁷

I en dom av Mark- och miljööverdomstolen 2013 ansåg grannar att en ekonomisk skada i form av minskat marknadsvärde uppstått på grund av buller och andra störningar från en väg. Domstolen kom fram till att störningarna var allmänvanliga, att skadan kunde uppskattas till omkring 5 % av marknadsvärdet och störningarna fick tålas utan ersättning.¹⁸

¹⁴ Miljöbalkens förstärkning av miljöintresset innebär enligt Bengtsson att betenden som före balkens tillkomst inte ansågs oaksamma kan numera anses vara det. Bengtsson 2001, s. 136 ff. 32 kap. 1 § 3 st. MB. Liksom när det gäller bedömningen av oaksamhet menar Bengtsson att skälighetsbedömningen kan påverkas av miljöbalkens förstärkning av miljöintressena, inte minst genom målregeln, på så sätt att en person inte ska behöva tåla lika mycket som tidigare. Det strikta ansvaret har i så fall vidgats. Bengtsson 2001, s. 146 f.

¹⁵ Se t.ex. MÖD 2017-05-11 i mål M 6128-16, där en kommuns gatuarbeten som ledde till vibrationer och sprickor i närliggande byggnad bedömdes vara sådana som inte skäligen bör tålas med hänsyn till orts- och allmänvanlighet.

¹⁷ Bengtsson 2018, s. 262. Strikt ansvar gäller även i vissa specifika fall som regleras i 32 kap. 4 och 5 §§ MB, t.ex. spridning av sprängsten. Dessa situationer behandlas inte här.

¹⁸ MÖD 2013-06-12 i mål M 6524-12.

c) En tredje viktig förutsättning för miljöskadestånd är att det finns ett samband mellan verksamhetens störning och den skada som uppkommer. Detta *orsakssamband* är ofta svårt att visa för den som har lidit skada. Även om det är klart att en viss industri släpper ut föroreningar som typiskt sett kan leda till viss skada, är det i praktiken ofta så att det finns flera andra möjliga orsaker till skadan.

Exempel: En vecka efter ett kraftigt överutsläpp av organiskt material från ett kommunalt reningsverk till en sjö dör fisken i en fiskodling i sjön på grund av syrebrist. Samma ämnen har under flera år utlakats till sjön från åkrar som gränsar till sjön. Det går inte att säkert säga om det är reningsverket eller jordbruken som orsakat fiskdöden.

Det är viktigt i detta sammanhang att bevisbördan vilar på den som vill ha skadestånd. Hen måste visa att det finns en skada och dessutom att det finns ett orsakssamband mellan verksamheten, dess störningar och skadan. När det gäller frågan om orsakssamband är dock beviskravet lägre än vad som är normalt inom skadeståndsrätten. Det räcker att den skadelidande visar att det ”med hänsyn till störningens och skadeverkningsart, andra möjliga skadeorsaker samt omständigheterna i övrigt föreligger *övertygande sannolikhet*” (kursiverat här) för ett orsakssamband mellan viss störning och en viss skada.¹⁹ Den skadelidande ska alltså visa att det är mer än 50 % sannolikhet för att skadan beror på en viss störning. Dessutom ska det vara sannolikt i sig att störningen har lett till skadan, inte bara att det är den troligaste förklaringen.²⁰ I exemplet ovan är det troligt att reningsverket skulle anses ha orsakat fiskdöden eftersom denna inträffat strax efter överutsläppet.

Restaurangen Råkan i Göteborg stämde ett fastighetsbolag och yrkade ersättning för minskade intäkter till följd av entreprenadarbeten på en intilliggande fastighet som under ett års tid hade försvårat tillgängligheten till restaurangen. Talan ogilades av miljödomstolen. Råkan överklagade och argumenterade för att skadan (intäktsminskningen) inträffat under arbetsperioden. Fastighetsbolaget pekade på andra orsaker till restaurangens minskade popularitet. Miljööverdomstolen uttalade att bevislätnadsregeln i 32 kap. 3 § tredje stycket innebär att Råkan måste göra det mer sannolikt att det var entreprenadarbetena som hade orsakat intäktsminskningen än något annat förhållande. Domstolen ansåg att entreprenadarbe-

¹⁹ 32 kap. 3 § 3 st. MB.

²⁰ Principen lades först fast i NJA 1981 s. 622 och kodifierades sedan i 1 § 3 st. miljöskadelagen 1986.

tena troligen hade orsakat olägenheter för Råkan. Mot bakgrund av andra möjliga förklaringar till intäktsminskningen och även branschens allmänna trendkänslighet, ansåg dock Miljööverdomstolen att Råkan vid en sammantagen bedömning inte visat att omsättningsminskningen utgjorde en skada som med övervägande sannolikhet orsakats av entreprenadarbetena.²¹

d) Anspråket på skadestånd får inte vara preskriberat. Tidpunkten inträder tio år efter den skadegörande handlingen.²² Denna förutsättning är problematisk när det gäller sådana miljöskador som kan visa sig långt senare, t.ex. förorening som långt senare ger upphov till cancer.

23.4 Civilrättslig talan om försiktighetsmått eller förbud

Enskilda grannar till en industri och andra som berörs av en så kallad ”miljöfarlig verksamhet”, har enligt 32 kap. 12 § miljöbalken under vissa förutsättningar rätt att i mark- och miljödomstol föra talan mot den som bedriver eller har bedrivit verksamheten. Syftet med talan är att kräva skyddsåtgärder eller andra försiktighetsmått för att motverka förorening eller andra störningar. Även krav på efterbehandling av förorenade områden kan aktualiseras. Den enskilde kan även yrka på ett förbud mot en ”miljöfarlig verksamhet”. De kravregler som främst aktualiseras i detta sammanhang är 2 kap. miljöbalken.

Den enskildes rätt att föra talan mot ”miljöfarlig verksamhet” är dock begränsad i ett mycket viktigt avseende. Talan får bara väckas mot den som bedriver eller har bedrivit verksamheten ”utan tillstånd”. Eftersom de flesta ”miljöfarliga verksamheter” av betydelse kräver tillstånd i förhand, kan enskild talan endast sällan aktualiseras i praktiken. I sådana situationer kan dock möjligheten vara viktig för enskilda.

Högsta domstolen prövade 2004 frågan om en fastställd vägplan (då ”arbetsplan”) ska likställas med ett rättskraftigt tillstånd enligt miljöbalken.²³ Av 3 a § väglagen framgår att 2–4 kap. och vissa andra regler i miljöbalken ska tillämpas vid upprättande och prövning av en vägplan enligt väglagen och att ”[f]astställande av vägplan enligt denna lag ska då jäställas med meddelande av tillstånd enligt miljöbalken”. Enligt domstolen innebär detta att miljöprövningen ska göras utifrån i princip

²¹ MÖD 2003:93.

²² 2 § preskriptionslagen (1981:130). Jfr MÖD 2005:21.

²³ Högsta domstolens beslut 2004-02-25 i mål Ö 2920-03.

samma materiella regler, men inte att beslutet om vägplan ska ha sådan rättsverkan att civil talan utesluts enligt 32 kap. 12 § miljöbalken.²⁴

I ett annat mål hade "Skärgårdsstiftelsen" väckt talan om såväl skadestånd (enligt dåvarande miljöskadlagen) som förbud (enligt dåvarande miljöskyddslagen) och begränsningar av färjetrafik i Stockholms skärgård. Talan väcktes mot två redarbog och ett hamnbolag. Färjetrafiken (som inte tillståndsprövats enligt då gällande miljöskyddslag) ansågs orsaka vissa miljöskador, bl.a. erosion på stränderna på grund av svallvågor. Fastighetsägarna hade i avtal överlåtit sina enskilda anspråk till stiftelsen. En avgörande fråga var om stiftelsen hade rätt att väcka talan, främst med hänsyn till att stiftelsen och inte de enskilda fastighetsägarna skulle få betala rättgångskostnaderna om de förlorade målet. Högsta domstolen accepterade överlätsen av anspråket på miljöskadestånd, men inte anspråket med krav på förbud och begränsningar.²⁵

När det gäller industrier och liknande anläggningar som har tillstånd kan tillsynsmyndigheter ge förelägganden som rör en fråga som inte har reglerats i tillståndet och dess villkor.²⁶ Detta torde dock inte vara möjligt enligt 32 kap. 12 §, som ju kategoriskt gäller mot verksamhet "utan tillstånd".²⁷ Tillståndet som sådant förfaller ge skydd för verksamheten.

Den svenske lagstiftaren har inte betraktat 32 kap. 12 § som något väsentligt instrument i miljörätten och den enskildes rätt att föra talan berörs knappast i förarbetena, trots att enskild talan enligt regeln behandlats i flera rättsfall under 1990-talet. Det är möjligt att EU-rätten i framtiden kommer att tvinga Sverige att ge enskilda större befogenheter att väcka talan mot verksamheter som har tillstånd. Det gäller inte minst om en miljökvalitetsnorm överskrids och den enskildes hälsa berörs av normen.²⁸

Lagstiftarens som det verkar nonchalanta behandling av 32 kap. 12 § har medfört att rättsläget i vissa situationer är oklart. Det gäller t.ex. tillämpningen av förbudsregeln i 2 kap. 9 § första stycket när en mark- och miljödomstol finner att det är fråga om risk för "skada eller olägenhet av väsentlig betydelse", men även att det kan finnas "särskilda skäl". I så fall kan enligt lagtexten endast

²⁴ I ett tidigare liknande mål – NJA 1993 s. 645 – kom Högsta domstolen fram till att krav på lokalisering eller förbud inte kunde ställas enligt miljöskyddslagen efter att arbetsplan fastställts enligt väglagen. Slutsatsen har kritiserats i litteraturen. Se Michanek i Miljörättslig tidskrift 1994:1, s. 129–135. Se även Andersson som inte bara tar upp de två målen utan också för en ingående analys av förhållandet mellan prövningar enligt väglagen och miljöbalken från ett processrättsligt perspektiv. Regleringen idag mellan väglagen och miljöbalken är dock annorlunda.

²⁵ NJA 1994 s. 751. Rättsfaller analyseras på olika ställen i Lindblom 2001 och 2002.

²⁶ Jfr ovan avsnitt 19.5, 24 kap. 1 § och 26 kap. 9 § 3 st. MB.

²⁷ Samma uppfattning Lindblom 2002, s. 689.

²⁸ Ovan avsnitt 10.3.5.

regeringen pröva frågan. Men ska en mark- och miljödomstol hänskjuta ärendet till regeringen även i en *civilrättslig* talan enligt 32 kap. 12 §? I så fall gäller att om regeringen tillåter verksamheten på grund av de särskilda skälen kan den enskilde ansöka om rättsprövning och då är ärendet åter i domstol, fast nu i förvaltningsrättslig, nämligen Högsta förvaltningsdomstolen. Detta är, med Anderssons träffande ord, "en närmast parodisk cirkelreglering".²⁹

En annan oklarhet gäller tillämpningen av den i praktiken ofta helt avgörande bevisbörderegeln i 2 kap. 1 § miljöbalken.³⁰ Utövaren har bevisbördan för att verksamheten klarar miljökraven i 2 kap. Detta gäller inte i en civilrättslig skadeståndstalan, på grund av ett uttryckligt undantag i 2 kap. 1 §. Civilrättslig talan om försikringsmätt eller förbud enligt 32 kap. 12 § undantas inte och förarbetena ger inget som helst besked om vad som gäller. Frågan är om denna talan ska ses som en prövning av "tillåtighet" enligt lagtexten i 2 kap. 1 §. I den tidigare miljöskyddslagen bedömdes frågor om platsval, försikringsmätt och förbud enligt så kallade "tillåtighetsregler" (4–7 §§), inte bara vid tillståndsprövning och tillsyn utan även vid civil talan i fastighetsdomstol (jfr 34 § miljöskyddslagen). 32 kap. 12 § miljöbalken är ett arv från miljöskyddslagen och regeln skulle i det perspektivet kunna ses som ett slags prövning av "tillåtighet". Man bör dock även beakta i vilket sammanhang som begreppet tillåtighet används i lagtexten till 2 kap. 1 § miljöbalken. "Tillåtighet" förekommer i direkt anslutning till uttrycken *prövningsformerna* "tillstånd", "godkännande" och "dispens". Det finns också "tillåtighetsprövningar" i balken, närmare bestämt regeringens prövning enligt 17 kap. och Mark- och miljööverdomstolens prövning enligt 22 kap. 26 §. De kallas just tillåtighetsprövning därför att prövningen endast omfattar frågan om verksamheten ska tillåtas på viss plats (verksamheten i detalj, vad gäller utsläppsgränser m.m., prövas senare i en särskild tillståndsprövning). Detta är nämligen den mer begränsade betydelse av begreppet tillåtighet som fanns i den tidigare vattenlagen och som förefaller ha anammats av lagstiftaren vid tillkomsten av miljöbalken. Detta resonemang talar klart emot att bevisbörderegeln i 2 kap. 1 § skulle vara tillämplig vid en civil talan enligt 32 kap. 12 §. Däremot är det möjligt att regeln kan tillämpas analogt i dessa mål, den frågan utreds inte här.³¹

År 2002 ändrades miljöbalken så att *grupper* av enskilda under vissa förutsättningar har rätt att väcka sådan talan som regleras i 32 kap. 12 § (grupptalan), även i dessa fall endast mot "miljöfarlig verksamhet" utan tillstånd enligt

²⁹ Andersson, s. 23. Se även ovan avsnitt 8.6.1.

³⁰ Ovan avsnitt 8.4.

³¹ Se vidare Lindblom 2002, främst s. 485–487.

9 kap. 6 § miljöbalken (t.ex. en väg eller järnväg).³² Dessutom kan grupptalan väckas om anspråk på miljöskadestånd, oavsett om tillstånd finns eller inte för verksamheten.³³ En grupptalan går till så att enskild person, som har rätt att föra talan för egen del, i stället väcker ”enskild grupptalan”. Hen agerar i gruppträttegången som representant för gruppen stödda. Gruppmedlemmarna är inte parter i rättegången och behöver inte heller vara aktiva i denna. Domen får rättskraft för och mot alla som ingår i gruppen.

Miljöbalken innehåller även regler om rätt till organisationstalan, som kan ses som ett slags grupptalan. Rätten gäller endast för ”ideella föreningar”. Vidare krävs att föreningen enligt sina stadgar måste tillvarata naturskydds- eller miljöskyddsintressen. Därutöver medges organisationstalan för sammanslutningar av yrkesverksamma inom fiske-, jordbruks-, ren- och skogsbruksnäringen.³⁴

Slutligen ska framhållas en viktig skillnad mot mål där en verksamhetsutövare ansöker om tillstånd till ”miljöfarlig verksamhet”, nämligen att ett mål enligt 32 kap. om skyddsåtgärder eller försiktighetsmått är ”dispositivt”. Det innebär att domen bara gäller mellan parterna, medan en dom om tillstånd enligt huvudregeln i 24 kap. 1 § ”gäller mot alla”. Vidare är rätten bunden av parternas yrkanden och åberopanden. Rätten kan förordna om komplettering av bevisningen endast om det finns stöd i rättegångsbalkens bestämmelser.³⁵ I ett tillståndsärende ska domstolar och myndigheter i första instans ex officio bedöma allt som aktualiseras i målet och själv se till att det blir en fullgod utredning.

³² 32 kap. 13 § MB. Jfr ovan avsnitt 3.5.12.

³³ Vid grupptalan enligt miljöbalken tillämpas vissa regler i lagen (2002:599) om gruppträttegång.

³⁴ Observera att försättningarna för att en organisation ska kunna föra talan enligt 32 kap. 14 § MB, inte är desamma som försättningarna för överklagande enligt 16 kap. 13 § MB. Bl.a. omfattar den senare regeln även icke-ideella organisationer.

³⁵ 35:6 RB. Se vidare om förbudstalan i Lindblom 2001, s. 109 ff.

Konvention om Tillgång till Information, Allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och Tillgång till Rättslig prövning i Miljöfrågor

Parterna i denna konvention,

som erinrar om den första principen i Stockholmsdeklarationen om den mänskliga miljön,

som även erinrar om princip 10 i Riodeklarationen om miljö och utveckling,

som dessutom erinrar om generalförsamlingens resolutioner 37/7 av den 28 oktober 1982 om World Charter for Nature och 45/94 av den 14 december 1990 om behovet att säkerställa en hälsosam miljö för det personliga välbefinnandet,

som erinrar om Europeiska stadgan om miljö och hälsa antagen vid Världshälsorganisationens första europeiska konferens om miljö och hälsa i Frankfurt-am-Main, Tyskland, den 8 december 1989,

som bekräftar behovet att skydda, bevara och förbättra tillståndet i miljön och säkerställa en hållbar och miljömässigt sund utveckling,

som erkänner att ett tillfredsställande miljöskydd är väsentligt för människornas välbefinnande och åtnjutande av grundläggande mänskliga rättigheter, inbegripet rätten till själva livet,

som även erkänner att var och en har rätt att leva i en miljö som är förenlig med hälsa och välbefinnande och att var och en har skyldighet att, både ensam och tillsammans med andra, skydda och förbättra miljön för nuvarande och kommande generationer,

som beaktar att medborgarna för att kunna utöva denna rättighet och fullgöra denna skyldighet måste ha tillgång till information, rätt att delta i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor, och som i detta hänseende erkänner att medborgarna kan behöva hjälp att utöva sina rättigheter,

som erkänner att en förbättrad tillgång till information och allmänhetens deltagande i beslutsprocesser på miljöområdet förbättrar beslutets kvalitet och genomförandet av dem, bidrar till allmänhetens medvetenhet om miljöfrågor, ger allmänheten tillfälle att ge uttryck för sin oro och gör det möjligt för myndigheterna att ta vederbörlig hänsyn till denna oro,

som därmed syftar till att gynna ansvarstagande och öppenhet i beslutsprocesser och att stärka allmänhetens stöd för beslut om miljö,

som erkänner att det är önskvärt med öppenhet i all statlig verksamhet och som uppmanar de lagstiftande organen att tillämpa principerna i denna konvention i sina förfaranden,

som även erkänner att allmänheten behöver känna till förfarandena för deltagande i beslutsprocesser på miljöområdet, ha fri tillgång till dem och veta hur de skall användas,

som dessutom erkänner den viktiga roll enskilda medborgare, icke-statliga organisationer och den privata sektorn kan spela på miljöskyddsområdet,

som önskar främja utbildning i miljöfrågor för att öka förståelsen för miljön och den hållbara utvecklingen och för att stimulera en bred allmän medvetenhet om, och deltagande i, beslutsprocesser som påverkar miljön och den hållbara utvecklingen,

som konstaterar att det är viktigt att i detta hänseende använda sig av medierna och elektroniska eller andra framtida kommunikationsformer,

som erkänner vikten av att regeringarna till fullo integrerar miljöhänsyn i sitt beslutsfattande och att myndigheterna följaktligen behöver förfoga över exakt, uttömmande och aktuell miljöinformation,

som erkänner att myndigheterna innehar miljöinformation i det allmännas intresse,

som är angelägna om att allmänheten, organisationer inbegripna, bör ha tillgång till effektiva rättsliga mekanismer så att deras berättigade intressen skyddas och lagen följs,

som anser att det är viktigt att konsumenterna får tillfredsställande produktinformation så att de kan göra välgrundade miljöval,

som erkänner allmänhetens oro för avsiktliga utsläpp av genetiskt modifierade organismer i miljön och behovet av ökad insyn och större deltagande av allmänheten i beslutsprocesser på detta område,

som är övertygade om att tillämpningen av denna konvention kommer att bidra till att stärka demokratin inom det geografiska område som omfattas av Förenta nationernas ekonomiska kommission för Europa (ECE),

som är medvetna om den roll som ECE har i detta hänseende och som bland annat erinrar om ECE:s riktlinjer för tillgång till miljöinformation och allmänhetens deltagande i beslut om miljö, som godkändes i den ministerdeklaration som antogs vid den tredje ministerkonferensen "Miljö för Europa" i Sofia, Bulgarien, den 25 oktober 1995,

som tar hänsyn till de tillämpliga bestämmelserna i konventionen om miljökonsekvensbeskrivningar i ett gränsöverskridande sammanhang, upprättad i Esbo, Finland, den 25 februari 1991, samt konventionen om gränsöverskridande konsekvenser av industriolyckor och konventionen om skydd och användning av gränsöverskridande vattendrag och internationella sjöar, båda upprättade i Helsingfors den 17 mars 1992, och andra regionala konventioner,

som är medvetna om att antagandet av denna konvention kommer att bidra till att ytterligare stärka processen "Miljö för Europa" och till att den fjärde ministerkonferensen i Århus, Danmark, i juni 1998, kommer att bli framgångsrik,

har kommit överens om följande.

Artikel 1

Syften

För att bidra till att skydda den rätt som var och en i nuvarande och framtida generationer har att leva i en miljö som är förenlig med hans eller hennes hälsa och välbefinnande skall varje part garantera rätten att få tillgång till information, allmänhetens rätt att delta i beslutsprocesser och rätten att få tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor i enlighet med bestämmelserna i denna konvention.

Artikel 2

Definitioner

I denna konvention används följande beteckningar med de betydelse som anges här:

1. part: en fördragsslutande part i denna konvention, om inte annat anges i texten.
2. myndighet:
 - a) statlig eller annan offentlig förvaltning,
 - b) fysiska eller juridiska personer som har offentliga förvaltningsuppgifter enligt nationell rätt, inbegripet särskilda uppgifter, verksamheter eller tjänster som rör miljön,

- e) fysiska eller juridiska personer som har offentligt ansvar eller offentliga uppgifter eller som tillhandahåller offentliga tjänster som har samband med miljön under överinsende av ett organ eller en person som avses i a eller b,
- d) institutioner i sådana regionala organisationer för ekonomisk integration som avses i artikel 17 och som är parter i denna konvention.

Beteckningen myndighet omfattar inte organ eller institutioner när de handlar i egenskap av dömande eller lagstiftande myndighet.

3. miljöinformation: all information i skriftlig form, bild- eller ljudform, elektronisk form eller annan materiell form om

- a) tillståndet för olika delar av miljön, som luft och atmosfär, vatten, jord, mark, landskap och naturområden, biologisk mångfald och dess delar, inbegripet genetiskt modifierade organismer, och samspelet mellan dessa delar,
- b) faktorer som substanser, energi, buller och strålning samt verksamheter eller åtgärder, inbegripet förvaltningsåtgärder, miljöavtal, riktlinjer, lagstiftning, planer och program, som påverkar eller troligtvis påverkar de delar av miljön som anges i a, samt kostnads- och nyttoanalys och andra ekonomiska analyser och antaganden som används i beslutsfattandet på miljöområdet,

- c) tillståndet för människors hälsa och säkerhet, livsvillkor, kulturmiljöer och byggnadsverk, i den mån de påverkas eller kan påverkas av tillståndet för miljöns beståndsdelar eller, genom dessa beståndsdelar, av de faktorer, verksamheter eller åtgärder som avses i b,

4. allmänhet: en eller flera fysiska eller juridiska personer och, i enlighet med nationell lagstiftning eller praxis, föreningar, organisationer eller grupper bestående av fysiska eller juridiska personer,

5. berörd allmänhet: den allmänhet som berörs eller kan beröras av eller som har intresse av ett beslut på miljöområdet; i denna konvention skall icke-statliga organisationer som främjar miljöskydd och som uppfyller de krav som uppställs i nationell rätt anses ha ett sådant intresse.

Artikel 3

Allmänna bestämmelser

1. Varje part skall införa nödvändiga lagar och andra författningar och vidta andra nödvändiga åtgärder – inbegripet åtgärder avsedda att se till att de bestämmelser som förfärdas bestämmelserna om information, allmänhetens deltagande och tillgång till rättslig prövning i denna konvention är sinsemellan förenliga, och lämpliga genomförandeåtgärder – för att fastställa och upprätthålla tydliga, öppna och enhetliga ramar för införlivandet av bestämmelserna i denna konvention.

2. Varje part skall bemöda sig om att se till att tjänstemän och myndigheter bistår allmänheten och ger vägledning i hur man får tillgång till information, lättare deltar i beslutsprocesser och får tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor.

3. Varje part skall främja allmänhetens utbildning och medvetenhet i miljöfrågor, särskilt i hur man får tillgång till information, deltar i beslutsprocesser och får tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor.

4. Varje part skall ge det erkännande och stöd som behövs till föreningar, organisationer eller grupper som främjar miljöskydd och se till att det nationella rättssystemet är förenligt med denna skyldighet.

5. Bestämmelserna i denna konvention skall inte inverka på en parts rätt att behålla eller införa åtgärder som ger en bredare tillgång till information, en mera omfattande möjlighet för allmänheten att delta i beslutsprocesser eller en mera omfattande tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor än vad som krävs i denna konvention.

6. Ingenting i denna konvention innebär ett krav att göra undantag från befintliga rättigheter i fråga om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser eller tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor.

7. Varje part skall verka för att principerna i denna konvention tillämpas i internationella beslutsprocesser som rör miljön och inom ramen för internationella organisationer när miljöfrågor behandlas.

8. Varje part skall se till att personer som utövar sina rättigheter i enlighet med bestämmelserna i denna konvention inte på något sätt bestraffas, förföljs eller trakasseras för detta. Denna bestämmelse skall inte inverka på de nationella domstolarnas befogenheter att besluta om rimlig ersättning för kostnader i samband med rättsliga förfaranden.

9. Inom ramen för denna konvention skall allmänheten ha tillgång till information, möjlighet att delta i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor utan att bli diskriminerad på grund av medborgarskap, nationalitet eller hemvist eller, när det gäller juridiska personer, var personen har sitt registrerade säte eller sin huvudsakliga verksamhet.

Artikel 4

Tillgång till miljöinformation

1. Om inte annat följer av övriga punkter i denna artikel skall varje part se till att myndigheter på begäran ger allmänheten tillgång till miljöinformation inom ramen för den nationella lagstiftningen, inbegripet, om inte annat följer av b, begärda kopior av de handlingar som innehåller informationen,

- a) utan att skälen för begäran behöver anges,

- b) i den form som begärs, utom när

- i) det är rimligt att myndigheten gör den tillgänglig i annan form, varvid skälen för detta skall anges, eller

- ii) informationen redan finns tillgänglig i annan form.

2. Den miljöinformation som avses i punkt 1 skall lämnas ut så snart som möjligt, dock senast en månad efter det att begäran lämnades in, om inte informationen är så omfattande och komplicerad att tidsfristen bör förlängas till högst två månader. Sökanden skall informeras om förlängningen och om skälen till den.

3. En begäran om miljöinformation får avslås om

- a) informationen inte finns hos den myndighet som begäran har ställts till,

- b) begäran är uppenbart orimlig eller för allmänt hållen, eller

- c) begäran avser material som ännu inte färdigställts eller myndigheters interna meddelanden, om sådana undantag är föreskrivna i nationell rätt eller enligt sedvana, varvid hänsyn skall tas till allmänhetens intresse av att informationen lämnas ut.

4. En begäran om miljöinformation får avslås om utlämnandet skulle få negativa följder för följande:

- a) Sekretess som omfattar myndigheters verksamhet, då sådan sekretess gäller enligt nationell rätt.

- b) Internationella förbindelser, det nationella försvaret eller allmän säkerhet.

- c) Domstolsförfaranden, personers möjlighet att få en rättvis rättegång eller en myndighets möjligheter att genomföra en undersökning av straffrättslig eller disciplinär art.

d) Sekretess som omfattar kommersiell eller industriell information, där sådan sekretess skyddas i lag i syfte att skydda legitima ekonomiska intressen. Denna punkt skall inte hindra utlämnande av information om utsläpp som är av betydelse i miljöskyddshänseende.

e) Immatteriella rättigheter.

f) Sekretess som omfattar personuppgifter eller akter om en fysisk person, om denna person inte har gett sitt medgivande till att informationen lämnas ut till allmänheten, om sådan sekretess gäller enligt nationell rätt.

g) Tredje parts intressen, om den parten har tillhandahållit den begärda informationen frivilligt utan att vara skyldig att göra det enligt lag eller utan att kunna åläggas att göra det enligt lag, såvida inte parten i fråga har gett sitt medgivande till att informationen lämnas ut.

h) Skydd av den miljö som informationen avser, till exempel parningsplatser för sällsynta arter.

Ovan nämnda grunder för avslag skall tolkas restriktivt, varvid hänsyn skall tas till allmänhetens intresse av att informationen lämnas ut och huruvida informationen gäller utsläpp i miljön.

5. Om den begärda miljöinformationen inte finns hos den myndighet som sökanden vänt sig till skall myndigheten så snart som möjligt meddela sökanden hos vilken myndighet informationen kan sökas eller vidarebefordra begäran till den myndigheten och meddela sökanden att så skett.

6. Om det är möjligt att särskilja information som enligt punkterna 3 c och 4 inte behöver lämnas ut utan att den undantagna informationens sekretess påverkas, skall varje part se till att myndigheterna lämnar ut resten av den begärda informationen.

7. Beslut om avslag på en begäran skall vara skriftligt om begäran var skriftlig eller om sökanden begär det. Beslutet skall innehålla en motivering till avslaget och upplysningar om det prövningsförfarande som föreskrivs i artikel 9. Beslutet skall lämnas så snart som möjligt, dock senast en månad efter det att begäran lämnades in, om inte informationen är så komplicerad att tidsfristen bör förlängas till högst två månader. Sökanden skall informeras om förlängningen och om skälen till den.

8. Varje part får ge sina myndigheter tillstånd att ta ut en avgift för att lämna ut information, men denna avgift får inte vara högre än vad som är rimligt. Myndigheter som avser att ta ut en sådan avgift skall tillhandahålla sökandena en förteckning över avgifterna och ange i vilka fall de kommer att tas ut eller inte tas ut, och i vilka fall avgiften skall betalas i förskott.

Artikel 5

Insamling och spridning av miljöinformation

1. Varje part skall se till

a) att myndigheterna innehar och uppdaterar miljöinformation som är relevant för deras verksamhet,

b) att obligatoriska system införs som fortlöpande förser myndigheterna med nödvändig information om föreslagna och befintliga verksamheter som kan påverka miljön väsentligt,

c) att, vid omedelbart hot mot människors hälsa eller miljön oberoende av om hotet kommer från mänsklig verksamhet eller har naturliga orsaker, all information som gör det möjligt för allmänheten att förebygga eller begränsa skador och som finns hos en myndighet, omedelbart sprids till de delar av allmänheten som riskerar att drabbas.

2. Varje part skall se till att myndigheterna inom ramen för den nationella lagstiftningen lämnar allmänheten miljöinformation på ett öppet sätt och att miljöinformationen verkligen finns tillgänglig, bl.a. genom att

a) ge allmänheten tillräcklig information om arten och omfattningen av den miljöinformation som finns hos myndigheten, hur miljöinformationen lämnas ut och görs tillgänglig och hur man kan gå till väga för att få tag på den,

b) vidta och upprätthålla praktiska åtgärder, t.ex. att

i) ha förteckningar, register eller kartotek som är tillgängliga för allmänheten,

ii) se till att tjänstemännen ger allmänheten stöd när den begär att få tillgång till information enligt denna konvention och

iii) utse kontaktsällena, och

c) ge kostnadsfri tillgång till den miljöinformation som finns i de förteckningar, register eller kartotek som avses i b i.

3. Varje part skall se till att miljöinformationen fortlöpande görs tillgänglig i elektroniska databaser som är lätt åtkomliga för allmänheten via allmänt tillgängliga telenät. Information som är tillgänglig i denna form bör omfatta

a) sådana rapporter om tillståndet i miljön som avses i punkt 4,

b) lagar och andra författningar om eller med anknytning till miljön,

c) i förekommande fall riktlinjer, planer och program om eller med anknytning till miljön, och

d) övrig information, i den mån tillgängligheten av sådan information i denna form skulle underlätta tillämpningen av den nationella lagstiftning som införts i denna konvention,

under förutsättning att denna information redan finns tillgänglig i elektronisk form.

4. Varje part skall med jämna mellanrum som inte överstiger tre eller fyra år offentliggöra och sprida en nationell rapport om tillståndet i miljön, inbegripet information om miljöns kvalitet och miljöbelastningen.

5. Varje part skall inom ramen för sin lagstiftning vidta åtgärder för att sprida bl.a.

a) dokument om lagstiftning och politik, såsom dokument om strategier, riktlinjer, program och åtgärdsplaner rörande miljön samt sådana lägesrapporter om hur dessa genomförs som framsätts på olika förvaltningsnivåer,

b) internationella fördrag, konventioner och avtal om miljöfrågor, och

c) i förekommande fall andra viktiga internationella dokument om miljöfrågor.

6. Varje part skall stimulera dem som utövar verksamheter som har en betydande påverkan på miljön att regelbundet informera allmänheten om sina verksamheters och produkters miljöpåverkan, i förekommande fall genom frivillig miljömärkning eller miljörevision eller på annat sätt.

7. Varje part skall

a) offentliggöra alla fakta och analyser av fakta som parten anser relevanta och viktiga för utformningen av större miljöpolitiska förslag,

b) offentliggöra, eller på annat sätt göra åtkomligt, tillgängligt material som förklarar hur parten kommunicerar med allmänheten i frågor som omfattas av denna konvention, och

c) i lämplig form tillhandahålla information om hur förvaltningen på alla nivåer fullgör sina offentliga uppgifter eller tillhandahåller offentliga tjänster åt allmänheten med avseende på miljön.

8. Varje part skall se till att den produktinformation som behövs görs tillgänglig för allmänheten på ett sådant sätt att konsumenterna kan göra välgrundade miljöval.

9. Varje part skall vidta åtgärder för att gradvis införa, med hänsyn till internationella processer där så är möjligt, ett enhetligt landsomfattande system för inventering eller registrering av föreningar i en strukturerad databas som är åtkomlig för allmänheten och sammanställd genom standardiserad inrapportering. Ett sådant system kan omfatta tillförsel, utsläpp och överföring av vissa angivna ämnen och produkter, inbegripet vatten-, energi- och resursanvändning, från vissa angivna verksamheter till olika miljöer och till platser för behandling och omhändertagande på den ursprungliga platsen eller på annan plats.

10. Ingenting i denna artikel påverkar parternas rätt att vägra att lämna ut viss miljöinformation i enlighet med artikel 4.3 och 4.4.

Artikel 6

Allmänhetens deltagande i beslut om vissa verksamheter

1. Varje part

a) skall tillämpa bestämmelserna i denna artikel i fråga om beslut om huruvida sådana föreslagna verksamheter som anges i bilaga 1 skall tillåtas,

b) skall i enlighet med sin nationella rätt även tillämpa bestämmelserna i denna artikel på beslut om föreslagna verksamheter som inte anges i bilaga 1 och som kan ha betydande påverkan på miljön. Parten skall för detta ändamål avgöra om den föreslagna verksamheten omfattas av dessa bestämmelser, och

c) kan, om det är föreskrivet i den nationella rätten, i varje enskilt fall besluta att inte tillämpa bestämmelserna i denna artikel på föreslagna verksamheter som tjänar den nationella försvarets syften, om parten anser att en sådan tillämpning skulle inverka menligt på dessa syften.

2. I beslutsprocesser om miljö skall den berörda allmänheten på ett tidigt och lämpligt stadium informeras på ett effektivt sätt, antingen genom offentligt tillkännagivande eller i förekommande fall enskilt, bl.a. om

- a) den föreslagna verksamheten och den ansökan om vilken beslut skall fattas,
- b) vilka slags beslut som kan komma att fattas eller om förslaget till beslut,
- c) vilken myndighet som ansvarar för beslutet,
- d) den tänkta beslutsprocessen, inbegripet, om sådan information kan lämnas, information om
 - i) när beslutsprocessen påbörjas,
 - ii) allmänhetens möjligheter att delta,
 - iii) tid och plats för planerad offentlig utfrågning,
 - iv) till vilken myndighet man kan vända sig för att få relevant information och var sådan information finns tillgänglig för allmänhetens granskning,
 - v) vilken berörd myndighet eller annat offentligt organ som tar emot synpunkter eller frågor samt inom vilken tid synpunkterna eller frågorna tas emot,
 - vi) vilken miljöinformation av betydelse om den föreslagna verksamheten som finns tillgänglig, och
- e) huruvida verksamheten är föremål för en nationell eller gränsöverskridande miljökonsekvensbeskrivning.

3. Varje etapp i förfarandet för allmänhetens deltagande i beslutsprocessen skall innehålla rimliga tidsfrister som är tillräckligt långa för att allmänheten skall kunna informeras i enlighet med punkt 2 och i praktiken kunna förbereda sig och delta på ett meningsfullt sätt.

4. Varje part skall sörja för att allmänhetens deltagande sker på ett tidigt stadium, när alla alternativ är möjliga och allmänheten kan delta på ett meningsfullt sätt.

5. Varje part bör i förekommande fall uppmuntra potentiella sökande att innan de ansöker om tillstånd göra klart för sig vilken allmänhet som berörs, inleda diskussioner med den och informera om syftet med sin ansökan.

6. Varje part skall kräva att de behöriga myndigheterna, på begäran när detta krävs enligt nationell rätt, ger den berörda allmänheten möjlighet att kostnadsfritt och så snart informationen blir tillgänglig ta del av all information som är av betydelse för den beslutsprocess som avses i denna artikel och som finns tillgänglig under den tid förfarandet för allmänhetens medverkan pågår, vilket dock inte skall påverka parternas rätt att vägra att lämna ut vissa uppgifter i enlighet med artikel 4.3 och 4.4. Informationen skall, utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i artikel 4, omfatta minst

- a) en beskrivning av den föreslagna verksamhetens lokalisering samt fysiska och tekniska egenskaper, inbegripet en uppskattning av förväntade resprodukter och utsläpp,
- b) en beskrivning av den föreslagna verksamhetens betydande påverkan på miljön,
- c) en beskrivning av planerade åtgärder avsedda att förebygga eller minska miljöpåverkan, utsläppen inbegripna,
- d) en icke-teknisk sammanfattning av ovanstående,
- e) en översikt över de huvudalternativ som sökanden överväger,
- f) i enlighet med den nationella lagsstiftningen, de viktigaste rapporter och yttranden som hade lämnats till myndigheten vid den tidpunkt då den berörda allmänheten skall informeras i enlighet med punkt 2.

7. Allmänhetens deltagande i beslutsprocessen skall innefatta en möjlighet att skriftligen eller, i förekommande fall, vid en offentlig utfrågning eller ett offentligt möte med sökanden lämna alla synpunkter, upplysningar, analyser eller åsikter som den anser vara av betydelse för den föreslagna verksamheten.

8. Varje part skall se till att det i beslutet tas vederbörlig hänsyn till vad som framkommit vid allmänhetens deltagande.

9. Varje part skall se till att allmänheten informeras på föreskrivet sätt om beslutet så snart det har fattats av myndigheten. Varje part skall göra beslutstexten tillgänglig för allmänheten tillsammans med de skäl och överväganden som beslutet är grundat på.

10. Varje part skall se till att bestämmelserna i punkterna 2–9 i denna artikel också tillämpas i lämpliga fall när en myndighet omprövar eller uppdaterar villkoren för den verksamhet som avses i punkt 1.

11. Varje part skall inom ramen för sin nationella rätt i möjlig och lämplig utsträckning tillämpa bestämmelserna i denna artikel på beslut om huruvida den skall tillåta avsiktlig utsättning av genetiskt modifierade organismer i miljön.

Artikel 7

Allmänhetens deltagande i utarbetandet av planer, program och riktlinjer avseende miljön

Varje part skall, sedan den har försett allmänheten med nödvändig information, vidta praktiska eller andra åtgärder för att allmänheten inom öppna och rimliga ramar skall kunna delta i utarbetandet av planer och program avseende miljön. Inom dessa ramar skall artikel

Artikel 8

Allmänhetens deltagande i utarbetandet av lagar och andra författningar

Varje part skall sträva efter att främja ett effektivt deltagande från allmänhetens sida på ett lämpligt stadium medan det fortfarande finns alternativ när myndigheterna utarbetar lagar och andra författningar som kan ha en betydande miljöpåverkan. För det ändamålet bör följande åtgärder vidtas:

- Tillräcklig tid för ett effektivt deltagande bör fastställas.
- Förslag till regler bör offentliggöras eller på annat sätt göras tillgängliga för allmänheten.
- Allmänheten bör ges tillfälle att yttra sig direkt eller genom representativa rådgivande organ.

Vad som framkommit under allmänhetens deltagande skall i möjligaste mån beaktas.

Artikel 9

Tillgång till rättslig prövning

- Varje part skall inom ramen för sin nationella lagstiftning se till att den som anser att hans eller hennes begäran om information enligt artikel 4 har lämnats utan avseende, felaktigt avslagits helt eller delvis, besvarats oillräckligt eller på annat sätt inte har behandlats i enlighet med bestämmelserna i den artikeln, kan få detta prövat av domstol eller något annat oberoende och opartiskt organ som inrättats genom lag.

I de fall en part föreskriver en sådan domstolsprövning skall den se till att den berörda personen även har rätt till ett snabbt, lagstadat förfarande, avgiftsfritt eller till en låg avgift, för att få sin sak omprövat av myndigheten eller prövat av ett annat oberoende och opartiskt organ än en domstol.

Slutgiltiga beslut enligt denna punkt skall vara bindande för den myndighet som förvarar informationen. Motiveringen skall vara skriftlig, åtminstone när tillgång till information nekas enligt denna punkt.

- Varje part skall inom ramen för sin nationella lagstiftning se till att den berörda allmänhet

- som har ett tillräckligt intresse

eller,

- som hävdar att en rättighet kränks, när detta utgör en försättning enligt en parts förvaltningsprocessrättsliga lagstiftning.

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

Vad som utgör tillräckligt intresse och kränkning av en rättighet skall avgöras i enlighet med nationell rätt och i överensstämmelse med målet att ge den berörda allmänheten en omfattande tillgång till rättslig prövning inom ramen för denna konvention. Icke-statliga organisationer som uppfyller de krav som avses i artikel 2.5 skall för detta ändamål anses ha ett sådant tillräckligt intresse som avses i a. Sådana organisationer skall även anses ha rättigheter som kan kränkas i den mening som avses i b.

Bestämmelserna i denna punkt skall inte utesluta möjligheten att en förvaltningsmyndighet gör en preliminär prövning, och skall inte heller påverka kravet att saken får prövas i domstol först efter det att de administrativa prövningsförfarandena är uttömda, om den nationella rätten innehåller ett sådant krav.

- Varje part skall dessutom, utan att det påverkar tillämpningen av de prövningsförfaranden som avses i punkterna 1 och 2, se till att den allmänhet som uppfyller eventuella kriterier i nationell rätt har rätt att få handlingar och underlåtenheter av personer och myndigheter som strider mot den nationella miljölagstiftningen prövat av domstol eller i administrativ ordning.

- De förfaranden som avses i punkterna 1–3 skall, utan att det påverkar tillämpningen av punkt 1, erbjuda tillräckliga och effektiva rättsmedel, inbegripet förelägganden där så är lämpligt, och vara objektiva, rättvisa, snabba och inte oöverkomligt kostsamma. Beslut som fattas enligt denna artikel skall meddelas eller registreras skriftligen. Beslut av domstol och, när så är möjligt, av andra organ, skall vara tillgängliga för allmänheten.

- För att göra bestämmelserna i denna artikel ännu effektivare skall varje part se till att allmänheten informeras om tillgången till prövning i domstol eller i administrativ ordning, och överväga att införa lämpliga stödåtgärder som kan undanröja eller minska ekonomiska och andra hinder för utnyttjandet av tillgången till rättslig prövning.

Artikel 10

Parternas möten

- Parterna skall kallas till ett första möte senast ett år efter dagen för ikraftträdandet av denna konvention. Därefter skall parterna hålla ett ordinarie möte minst en gång vartannat år, om inte parterna beslutar annat, eller på skriftlig begäran av en part, under försättning att denna begäran söds av minst en tredjedel av parterna inom sex månader efter det att begäran har delgivits alla parter av exekutivsekreteraren i Förenta nationernas ekonomiska kommission för Europa.

- Parterna skall vid sina möten förlöpande granska genomförandet av denna konvention på grundval av regelbundna rapporter från parterna och skall för detta ändamål

- granska riktlinjer, lagar och metoder för tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgången till rättslig prövning i miljöfrågor i syfte att ytterligare förbättra dessa,

- utbyta information om den erfarenhet som vunnits vid slutande och genomförande av bilaterala och multilaterala avtal eller andra överenskommelser som är tillämpliga för syftet med denna konvention och där en eller flera av parterna är part,

- när det är lämpligt anlita tillämpliga organ i Förenta nationernas ekonomiska kommission för Europa och andra behöriga internationella organ och särskilda kommittéer i alla frågor som är av betydelse för att uppnå denna konventions syften,

- inrätta biträdande organ om det anses nödvändigt,

- vid behov utarbeta protokoll till denna konvention,

- överväga och anta förslag till ändringar i denna konvention i enlighet med bestämmelserna i artikel 14,

- överväga och vidta varje ytterligare åtgärd som kan behövas för att uppnå denna konventions syften,

- vid sitt första möte överväga och enhälligt anta en arbetsordning för sina möten och för de biträdande organens möten,

- vid sitt första möte gå igenom erfarenheterna från genomförandet av bestämmelserna i artikel 5.9 och överväga vilka åtgärder som krävs för att ytterligare utveckla det system

SAKEN

Föreläggande om efterbehandling av förorenad mark på fastigheten X 11:2 i

Kungsbacka kommun

Miljööverdomstolen

MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Miljööverdomstolen ändrar miljödomstolens dom endast på så sätt att

- a) Aktiebolaget Engqvist & Udesen ska ansvara för 25 procent av kostnaderna för samtliga efterbehandlingsåtgärder, inklusive utredningskostnader, på fastigheten Tojå 11:2 och del av Tojå 8:12 i Kungsbacka kommun,
- b) vitesföreläggandet upphävs, samt att
- c) efterbehandlingen ska vara utförd senast den 31 oktober 2011.

YRKANDEN I MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Länsstyrelsen i Hallands län har yrkat att Miljööverdomstolen ska fastställa länsstyrelsens beslut.

Aktiebolaget Engqvist & Udesen (bolaget) har yrkat att Miljööverdomstolen ska i första hand upphäva länsstyrelsens beslut och i andra hand jämka bolagets förekommande ansvar till i första hand noll kronor (alternativt procent).

Bolaget har vidare yrkat att Miljööverdomstolen i vart fall ska ändra villkoren i miljödomstolens domslut på följande sätt.

"3. De förorenade massorna ska för att bestämma omhändertagandet klassificeras utifrån föroreningsinnehåll i enhetsvolymet om 100 m³ där fyra delprover tas ut till ett samlingsprov som analyseras av ackrediterat laboratorium med beprövade analysmetoder med detektionsgränser som understiger åtgärdskraven.

5. Efterbehandlingen ska vara utförd senast 20XX-10-31

Innan efterbehandling påbörjas ska detta anmälas till länsstyrelsen. Senast tre månader efter utförd efterbehandling ska en rapport som visar hur föreläggandet uppfyllts redovisas till bolaget."

Länsstyrelsen har medgivit den yrkade ändringen av villkor 5. Parterna har i därutöver bestritt varandras yrkanden.

UTREDNINGEN I MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Parterna har i Miljööverdomstolen utvecklat sin talan i enlighet med vad som anförts i miljödomstolen.

MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÅL

Är bolaget rätt adressat för föreläggandet?

MÖD 2010:18

MÖD 2010:18

Mål nr.: M 6231-09

MÖD 2010:18

Föreläggande om åtgärder för efterbehandling ----- Fråga om omfattningen av verksamhetsutövarens ansvar enligt 10 kap. 4 § Miljööverdomstolen uttalade att skälighetsavvägningen ska ske i två steg. För det första ska det utredas vilka efterbehandlingsåtgärder som är miljömässigt motiverade och rimliga ut kostnadsynpunkt. Därefter ska det ske en bedömning av ansvarets omfattning. Miljööverdomstolen fann att de förelagda åtgärderna var miljömässigt motiverade och ekonomiskt rimliga. Vid bedömningen av ansvarets omfattning beaktade Miljööverdomstolen tidsaspekten och begränsade bolagets ansvar för avhjälpandeåtgärder till 25 % av kostnaderna. Miljööverdomstolen fann även att när ett föreläggande har utförts på så sätt att en verksamhetsutövares kostnadsansvar har begränsats i förhållande till de åtgärder som ska vidtas bör det inte sanktioneras med ett vite. Även fråga om föreläggandet var riktat till rätt adressat.

Mark- och miljööverdomstolen

Överklagat avgörande

Vänersborgs tingsrätts, miljödomstolen, dom 2009-06-23 i mål nr M 2425-06, se bilaga A

KLAGANDE OCH MOTPART

Länsstyrelsen i Hallands län

301 86 Halmstad

KLAGANDE OCH MOTPART

Aktiebolaget Engqvist & Udesen, 556019-1586

Verkstadsgatan 3

434 42 Kungsbacka

Ombud: Advokaterna H. L. B. och P.L.

10 kap. 2 § miljöbalken ska tillämpas i fråga om miljöfarlig verksamhet vars faktiska drift pågått efter den 30 juni 1969. Ett ytterligare krav är att verkningarna av verksamhet alljämt pågått vid tiden för miljöbalkens ikraftträdande (den 1 januari 1999) och att det föreligger behov av att avhjälpa skador eller olägenheter som orsakats av verksamheten (8 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken).	Miljööverdomstolen har i två avgöranden (Miljööverdomstolens domar den 31 mars 2010 i mål 6239-08 och 8535-08) uttalat att det inte finns stöd i praxis för en syn där det görs en uppdelning i förvaringsfall (pågående markanvändning) respektive föreningsfall (förorenade områden) och där 10 kap. inte skulle vara tillämpligt på förvaringsfall. Miljööverdomstolen har därefter funnit att 10 kap. varit tillämpligt även när föreningen utgjorts av fast avfall i marken.	I det förevarande målet har bolaget bedrivit verksamhet på fastigheten från tidigt 1920-tal till 1983. Den miljöfarliga verksamhetens faktiska drift har alltså pågått efter den 30 juni 1969. Miljööverdomstolen bedömer att markområdet idag är så förorenat att det kan medföra skada eller olägenhet för människors hälsa och miljö (10 kap. 1 § miljöbalken). Bestämmelserna i 10 kap. miljöbalken är sålunda tillämpliga och ska tillämpas i deras lydelse före den 1 juli 2007. Bolaget är att anse som verksamhetsutövare (10 kap. 2 § samma balk) och kan bli adressat för förelägganden.	Skälighetsavvägningen enligt 10 kap. 4 § miljöbalken ska göras i två steg. För det första ska det utredas vilka efterbehandlingsåtgärder som är miljömässigt motiverade och rimliga från kostnadssynpunkt. Därefter ska det ske en bedömning av ansvarets omfattning.	Åtgärder som är miljömässigt motiverade samt skäliga Bedömning av vilka efterbehandlingsåtgärder som är miljömässigt motiverade ska vara objektiv, dvs. omständigheter som hänför sig till en viss verksamhetsutövare saknar här betydelse. I Miljöbalkskommentaren till 10 kap. 4 § anges bl.a. följande (supplement 7, s. 10:18). "Inom ramen för denna bedömning bör ställning tas till vilka typer av föreningar och vilka föreningsnivåer som bör utlösa efterbehandlingsåtgärder, hur omfattande efterbehandlingen bör vara och vilka eventuella kvarvarande föreningsrisker som kan accepteras, vilken typ av efterbehandlingsåtgärder som bör användas m.m. Det är nyttan av detta från hälso- och miljösynpunkt som bör vägas mot kostnaderna för åtgärderna. Vid denna vägning bör vägledning kunna hämtas från tillämpningen av 2 kap. 7 §. Vägledning bör också kunna hämtas i de föreskrifter och råd som de centrala myndigheterna inom hälso- och miljöskyddsområdet kommer att utfärda." Vad som anges i Kommentaren bygger till stor del på olika uttalanden i förarbetena till bestämmelserna (prop. 1997/98:45).	I förevarande mål är parterna i stort sett överens om vilka saneringsåtgärder som ska vidtas om domstolen kommer fram till att bolaget är efterbehandlingsansvarigt.	Miljööverdomstolen delar miljödomstolens bedömning att detta i huvudsak motsvarar vad som bör krävas efter en skälighetsbedömning i enlighet med principerna för 2 kap. 3 och 7 §§ miljöbalken.	Det som parterna inte är eniga om är vilka enhetsvolym av de förorenade massorna som ska användas för att bestämma omhändertagandet. Bolaget anser att de förorenade massorna ska bedömas utifrån föreningsinnehåll i enhetsvolym om 100 m³ där fyra delprover tas ut till ett samlingsprov. Länsstyrelsen medgav vid miljödomstolen den provtagningstäthet som framgår av punkt 3 i miljödomstolens domslut.	Miljööverdomstolen delar miljödomstolens bedömning och anser att den nivå som miljödomstolen kommit fram till är miljömässigt motiverad och ekonomiskt rimlig. Vidare finns det ju även som miljödomstolen påpekat i sina domskäl en möjlighet att efter hand under saneringens genomförande göra avvikelser från i domslutet fastställd provtäthet.
---	--	---	--	---	---	--	--	---

Bolaget har vidare yrkat att tidpunkten för när efterbehandlingen senast ska vara utförd ska flyttas fram till den 31 oktober. Anledningen till detta är enligt bolaget att den tidpunkten är anpassad till de hydrologiska förhållandena. Miljööverdomstolen finner ingen anledning att ifrågasätta bolagets påstående om detta, och tidpunkten för när efterbehandlingen senast ska vara utförd ska därför bestämmas till den 31 oktober 2011.

Ansvarets omfattning

Vid den särskilda skälighetsbedömningen ska beaktas hur lång tid som förlutit sedan föreningarna ägt num, vilken skyldighet den ansvarige hade att förhindra framtida skadeverkningar och omständigheterna i övrigt (10 kap. 4 §). I förarbetena anges att man ska beakta tidsaspekten, om verksamheten bedrivits på ett vid den tiden accepterat sätt med iakttagande av de villkor som gäller för verksamheten, samt andra omständigheter (prop. 1997/98:45 del 1 s 121).

Bolaget har anfört att efterbehandlingsansvaret ska jämkas till i första hand noll kronor (alternativt procent) eftersom det förlutit lång tid sedan föreningarna skedde, att verksamheten bedrivits i enlighet med vid den tiden gällande bestämmelser samt att föreningen, genom ombländning och spridning vid senare markarbeten, förvärrats, vilket bör leda till att bolagets ansvar är begränsat. Vidare har bolaget anfört att bolaget har bekostat utredningsarbeten till en kostnad av 506 265 kronor och att det därför är oskäligt betungande att bolaget ska behöva stå hela kostnadsansvaret för efterbehandlingsåtgärderna.

Tidsaspekten

Av utredningen i målet framgår att en stor del av föreningarna uppstått under perioden 1920-talet till 1955. Att en mycket lång tid har förlutit sedan föreningarna uppstod bör särskilt beaktas vid den skälighetsbedömning som ska ske vid prövningen av ansvarets omfattning. Miljööverdomstolen anser att ansvaret för föreningar som uppkommit före och under 1950-talet i princip bör jämkas till noll kronor. En annan bedömning kan ske om det föreligger särskilda skäl till annat, t.ex. att verksamheten har bedrivits i strid med gällande regler.

Vad sedan avser bolagets ansvar för perioden därefter fram till 1969 finner Miljööverdomstolen att det är visat att bolagets verksamhet har inneburit att fastigheten har förorenats även efter att skyddsanordningar har inrättats. Även i denna del har det förlutit en sådan tid sedan föreningarna uppstod att den bör beaktas vid skälighetsbedömningen. För föreningar som uppstått under denna tid har bolaget således ett begränsat ansvar.

För den del av föreningarna som uppkommit efter 1969 finns det däremot inte anledning att jämka bolagets ansvar med hänsyn till tidsaspekten.

Gällande tillstånd

En verksamhetsutövare kan bli ansvarig för efterbehandling för både utsläpp i enlighet med givna tillstånd och för utsläpp som skett i strid mot gällande miljöregler. Tillståndsbesluten utformas så att det är en viss verksamhet som tillåts, inte enskilda utsläpp. Försiktighetsmått såsom exempelvis reningsmetod eller haltgränser för utsläpp av vissa ämnen är inte uttryckligen tillåtna i tillstånd eller författning (jfr prop. 2006/07:95 s 88 betr. beskrivning av gällande rätt).

Att bolagets verksamhet varit tillåten är utifrån vad som anförts ovan enligt Miljööverdomstolens bedömning inte ensamt ett skäl för jämkning.

Andra omständigheter

I fråga om de andra omständigheter som kan föranleda jämkning har bolaget anför att de markarbeten som kommunen och samfundet vidtagit har inneburit att kostnaderna för efterbehandling stigit och att det är oskäligt att detta ska läggas bolaget till last.

Fördelningen av det solidariska ansvaret mellan flera verksamhetsutövare kan prövas enligt bestämmelsen i 10 kap. 6 § miljöbalken. Endast om en verksamhetsutövare kan visa att den har bidragit till föroreningen i begränsad mån ska det beaktas vid bedömningen av ansvarets omfattning (10 kap. 4 § sista meningen miljöbalken). Vad bolaget anför ska därför inte beaktas vid bedömningen av omfattningen av bolagets ansvar enligt 4 §.

Vad bolaget i övrigt har anför rörande kostnader för undersökningar utgör inte heller det sådana omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av ansvarets omfattning enligt 4 §.

Länsstyrelsen har anför att de totala kostnaderna för efterbehandling ska beaktas vid den samlade skälighetsbedömningen och anför att mindre kostsamma åtgärder är mer skäliga än kostsamma.

Länsstyrelsen har uppgett att kostnaderna i detta fall har uppskattats till omkring 2 miljoner kronor vilket inte är en stor summa i sammanhanget. Länsstyrelsen har därför ansett att någon jämkning inte alls är motiverad.

Som tidigare redovisats under rubriken "Åtgärder som är miljömässigt motiverad samt skäliga" beaktas de totala kostnaderna för efterbehandling vid bedömningen av vilka efterbehandlingsåtgärder som är miljömässigt motiverade. Enligt Miljööverdomstolen finns det inte utrymme att därutöver beakta kostnadernas storlek vid prövningen av ansvarets omfattning för en viss verksamhetsutövare.

Samlad skälighetsbedömning

Mot bakgrund av vad som ovan anförts ska endast tidsaspekten beaktas vid skälighetsbedömning av omfattningen av bolagets ansvar. Med hänsyn till vad som ovan anförts under rubriken "Tidsaspekten" finner Miljööverdomstolen att bolagets ansvar för avhjälpandeåtgärder ska begränsas till 25 % av kostnaderna.

Utformningen av föreläggandet

Länsstyrelsen har invänt att föreläggandet inte går att verkställa sedan bolagets ansvar har jämkats till en viss andel. Länsstyrelsen har därvid påpekat att det inte framgår vem som ska svara för den resterande delen av kostnaderna och inte heller vilken som är den totala kostnaden.

Ett föreläggande med stöd av 10 kap. 2 § miljöbalken utformas ofta på så sätt att verksamhetsutövaren åläggs att vidta ett antal efterbehandlingsåtgärder. Därefter anges omfattningen av verksamhetsutövarens kostnadsansvar, om detta har begränsats med stöd av 10 kap. 4 § samma balk.

Ett föreläggande att vidta efterbehandlingsåtgärder med stöd av 10 kap. 2 och 4 §§ miljöbalken anger vilket ansvar som verksamhetsutövaren har. I lagen anges inte vem som är ansvarig för resterande åtgärder om ansvaret har begränsats. För att föreläggandet ska kunna verkställas måste denna fråga klariäggas.

Länsstyrelsen är den myndighet som har initierat föreläggandet och som är ansvarig för att frågorna klariäggs. Detta bör göras i samråd med verksamhetsutövaren. När ett föreläggande har den nu beskrivna utformningen, nämligen att verksamhetsutövarens kostnadsansvar är begränsat i förhållande till de åtgärder som ska vidtas, bör föreläggandet inte sanktioneras med ett vite. Vitesföreläggandet bör därför tas bort.

Det bör vidare klargöras att bolaget ansvarar för 25 % av de totala efterbehandlingskostnaderna. I detta belopp ingår även tidigare utredningskostnader.

Sammanfattningsvis ska miljödomstolens dom ändras endast på så sätt att bolaget ska ansvara för 25 % av efterbehandlingskostnaderna, att vitesföreläggandet ska tas bort och att tiden för föreläggandet bestämmas till den 31 oktober 2011.

Domen får enligt 23 kap. 8 § miljöbalken inte överklagas.

I avgörandet har deltagit f.d. hovrättslagmannen Ulf Bjällås, miljörådet Anna-Lena Rosengårdten samt hovrättsråden Henrik Runeson och Karin Kussak, referent. Enhälligt.

Föredragande har varit Johanna Lindqvist

BILAGA A

VÄNERSBORGS TINGSRÄTT, MILJÖDOMSTOLEN, DOM

KLAGANDE

Aktiebolaget Engqvist & Udesen, 556019-1586

Verkstadsgatan 3, 434 42 Kungsbacka

Ombud: H. L. B. och P.L

MOTPART

Länsstyrelsen i Hallands län

301 86 Halmstad

ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsen i Hallands läns beslut den 5 september 2006 i ärende nr 575-11012-04, bilaga 1

SAKEN

Föreläggande om efterbehandling av förorenad mark på fastigheten X 11:2 i Kungsbacka kommun.

DOMSLUT

Med ändring av det överklagade beslutet förelägger miljödomstolen Aktiebolaget Engqvist & Udesen vid vite av 150 000 kr att utföra och till 60 % av totalkostnaderna bekosta efterbehandling/sanering av fastigheten Tölö 11:2 och del av Tölö 8:12 i Kungsbacka kommun.

Miljödomstolen ändrar vidare villkoren 1, 2, 3 och 5 enligt följande

1. Föroreningshalter i kvarvarande massor får inte överstiga värdena av de ämnen som visas i tabell 1 nedan. Efterbehandlingen ska utgå från markerade områden A, B och C i bilaga 1 till länsstyrelsens beslut och därefter drivas utåt och nedåt tills det att åtgärdskraven uppfyllts.

2. Efterbehandlingen ska bedrivas i rutor om 10 x 10 meter där kontroll ska ske genom att 4 delprover tas ut och 50 % av varje prov läggs samman till et samlingsprov från varje ruta i schaktbotten; dock minst ett samlingsprov per schaktgrop. I schaktväggen ska ett samlingsprov uttas var 20:e meter där 4 delprov tas ut var femte meter och 50 % av varje prov läggs ihop till ett samlingsprov från varje ruta i schaktbotten; dock minst ett samlingsprov per schaktgrop. Lättflyktiga föreningar ska analyseras direkt på delprov. Föreningshalterna i varje samlingsprov får inte överstiga åtgärdskraven enligt tabell 1. Samlingsproverna ska analyseras av ett ackrediterat laboratorium med beprövade analysmetoder där detektionsgränserna understiger åtgärdskraven. Delproven ska sparas tills efterbehandlingen är godkänd av länsstyrelsen. Rena massor belägna ovanpå förorenade massor ska före sanering avlägsnas från de förorenade massorna.

3. De förorenade massorna ska för att bestämma omhändertagandet klassificeras utifrån föroreningsinnehåll i enhetsvolymer om 50 m3 där 5 delprover tas ut till ett samlingsprov som analyseras av ackrediterat laboratorium med beprövade analysmetoder med detektionsgränser som understiger åtgärdskraven.

5. Efterbehandlingen ska utföras under förhållanden med låg grundvattennivå och vara utförd senast den 1 juli 2010. Innan efterbehandlingen påbörjas ska detta anmälas till länsstyrelsen. Senast 3 månader efter utförd efter behandling ska en rapport som visar hur föreläggandet uppfyllts redovisas länsstyrelsen.

Övriga av länsstyrelsen förskrivna villkor ska alltiämt gälla.

Tabell 1. Åtgärdskrav för efterbehandlingsarbetet

Ämne	Åtgärdskrav (mg/kg TS)
Bensen	0,4
Toluen	35
Etylbensen	60
M/P/O-Xylen	70
Summa TEX	70
Alifater C5-C8	200
Alifater > C8-C10	500
Alifater > C10-C12	500
Alifater > C12-C16	500
Alifater > C16-C35	1000
Aromater > C8-C10	200
Aromater > C10-C35	40
Summa cancerogen PAH	10
Summa övriga PAH	40
DEHP (ftalater)	423

BAKGRUND

Aktiebolaget Engqvist & Udesen, tidigare Aktiebolaget Tölö Fabriker, har bedrivit verksamhet på, numera, fastigheten Tölö 11:2 i Kungsbacka kommun från 1920-talet fram till 1983. Fastigheten såldes då till

Kungsbacka kommun, men ägs numera av Samfundet Jesu Kristi Kyrka av sista dagars heliga. Sedan det vid undersökningar utförda under åren 2004-2005 konstaterats förekomst av föroreningar i form av flyktiga organiska kolväten, petroleumkolväten, PAH: er och ftalater på fastigheten, förelade Länsstyrelsen i Hallands län den 5 september 2006 bolaget att utföra följande:

1. Efterbehandla fastigheten Tölö 11:2 och del av Tölö 8:12, vid vite av 150 000 kr, så att föroreningshalterna i kvarvarande massor inte överstiger värdena av de ämnena som visas i tabell 1 nedan. Efterbehandlingen ska utgå från markerade områden A, B och C i bilaga 1 (till länsstyrelsens föreläggande; miljödomstolens anmärkning) och därefter drivas utåt och nedåt tills det att åtgärdskraven uppfyllts.
2. Efterbehandlingen ska bedrivas i rutor om 5 x 5 m där kontroll ska ske genom att 5 delprover tas ut till ett samlingsprov från varje ruta i schaktbotten. I schaktväggen ska ett samlingsprov uttas var 10:e meter där delproven tas ut varannan meter. Medelvärdet av halterna i varje samlingsprov får inte överstiga åtgärdskraven enligt tabell 1. Samlingsproverna ska analyseras av ett ackrediterat laboratorium med beprövade analysmetoder där detektionsgränserna understiger åtgärdskraven. Delproven ska sparas tills efterbehandlingen är godkänd av länsstyrelsen. Rena massor som lagts ovanför förorenade massor bör avlägsnas från de förorenade massorna.
3. De förorenade massorna ska för att bestämma omhändertagandet, klassificeras utifrån föroreningsinnehåll i enhetsvolymer om 5 x 5 x 0,5 m där 5 delprover tas ut till ett samlingsprov som analyseras av ackrediterat laboratorium med beprövade analysmetoder med detektionsgränser som understiger åtgärdskraven.
4. Förorenade massor ska transporteras bort av godkänd transportör och massorna ska deponeras på godkänd deponi eller behandlas på godkänd behandlingsanläggning.
5. Efterbehandlingen ska vara utförd senast 2007-07-01. När efterbehandlingen påbörjas ska det anmälas till länsstyrelsen. Senast 3 månader efter utförd efterbehandling ska en rapport som visar hur föreläggandet uppfyllts redovisas till länsstyrelsen.
6. Området ska återfyllas med rena massor vars halter inte överstiger rikt- värdena för känslig markanvändning enligt Naturvårdsverkets rapporter 4638 och 4899.
7. Utgående grund- och ytvatten från arbetsområdet får inte innehålla högre halter av föroreningar än vad som anges i SPIMFAB:s riktlinjer för miljö- risker ytvatten (Kemakta AR 2005-31). Innan utsläpp sker ska reningsutrustningen kontrolleras och därefter ska ett prov analyseras minst varannan dag under den tid efterbehandlingsarbetet sker.
8. Att omedelbart anmäla till Länsstyrelsen om bolaget vägras tillträde till de aktuella områdena.

Tabell 1. Åtgärdskrav för efterbehandlingsarbetet

Ämne	Åtgärdskrav (mg/kg TS)
Bensen	0,4
Toluen	40
Etylbensen	40
M/P/O-Xylen	40
Summa TEX	40

Ämne	Åtgärdskrav (mg/kg TS)
Alifater C5-C8	200
Alifater > C8-C10	500
Alifater > C10-C12	500
Alifater > C12-C16	500
Alifater > C16-C35	1000
Aromater > C8-C10	200
Aromater > C10-C35	40
Summa cancerogen PAH	7
Summa övriga PAH	40
DEHP (Ftalater)	423

YRKANDEN M.M.

Aktiebolaget Engqvist & Udesen (bolaget) har såsom bolaget slutligen bestämt sin talan i första hand yrkat att föreläggandet upphävs. I andra hand har bolaget yrkat att bolagets ansvar för efterbehandlingen jämkas till, i första hand, noll kronor. I tredje hand har bolaget yrkat att villkoren 2, 3 och 5 samt halterna i tabell 1 ändras på följande sätt.

2. Efterbehandlingen ska bedrivas i rutor om 10 x 10 meter där kontroll ska ske genom att 4 delprover, varav 50 % av varje prov, tas ut till ett samlingsprov från varje ruta i schaktbotten; dock minst ett samlingsprov per schaktgröp. I schaktväggen ska ett samlingsprov uttas var 20:e meter där 4 delprov tas ut var 5:e meter och 50 % av varje prov läggs ihop till ett samlingsprov; dock minst ett samlingsprov per schaktgröp. Eventuella föreningshalter i varje samlingsprov får inte överstiga åtgärdskraven enligt tabell 1. Dock ska, vad avser ftalater, bolagets ansvar för sanering inte omfatta ett område utanför det där övriga åtgärdskrav har uppnåtts.

Lätflyktiga föreningar har endast konstaterats (Xylen) i ett mindre område. I övrigt utgörs konstaterade föreningar av tyngre alifater och aromater samt PAH. För avgränsning av eventuella lätflyktiga föreningar kommer sammanslagning av jordprov inte att utföras.

Samlingsproverna ska analyseras av ett ackrediterat laboratorium med beprövade analysmetoder där detektionsgränserna understiger åtgärdskraven. Delproven ska sparas tills efterbehandlingen är godkänd av länsstyrelsen. Rena massor som lagts ovanpå förorenade massor bör avlägsnas från de förorenade massorna.

3. De förorenade massorna ska för att bestämma omhändertagandet, klassificeras utifrån föreningsinnehåll i enhetsvolymr om 100 m3 där 4 delprover tas ut till ett samlingsprov som analyseras av ackrediterat laboratorium med beprövade analysmetoder med detektionsgränser som understiger åtgärdskraven.

5. Efterbehandlingen ska vara utförd senast 200x-10-31. Innan efterbehandlingen påbörjas ska detta anmälas till länsstyrelsen. Senast 3 månader efter utförd efterbehandling ska en rapport som visar hur föreläggandet uppfyllts redovisas till länsstyrelsen.

Tabell 1. Åtgärdskrav för efterbehandlingsarbetet (mg/kg TS)

Ämne	Länsstyrelsens föreläggande	Ursprungligt yrkande	Slutligt yrkande
Bensen	0,4	25	0,4
Toluen	40	60	35
Etylbensin	40	60	60
M/P/Ö-Xylen	40	60	70
Summa TEX	40	60	70
Alifater C5-C8	200	200	200
Alifater > C8-C10	500	500	500
Alifater > C10-C12	500	500	500
Alifater > C12-C16	500	500	500
Alifater > C16-C35	1000	1000	1000
Aromater > C8-C10	200	200	200
Aromater > C10-C35	40	40	40
Summa Cancerogen PAH	7	10	10
Summa övriga PAH	40	40	40
DEHP (Ftalater)	423	423	70

För det fall inget av bolagets i första eller andra hand framställda yrkanden vinner bifall har bolaget i fjärde hand yrkat att tidpunkten för när efterbehandlingen ska vara utförd flyttas fram motsvarande tiden för miljödomstolens handläggning och att tidpunkten bestäms med beaktande av när på året grundvattennivån är som lägst.

Bolaget har i anslutning till sitt i tredje hand framställda yrkande såvitt gäller ändring av villkor 5 och till sitt i fjärde hand framställda yrkande uttalat att efterbehandlingen bör utföras då optimala hydrologiska förutsättningar föreligger. Efterbehandlingen bör därför, om möjligt, utföras när grundvattnet är som lägst för att minimera länshållning och risk för förenings spridning via vatten. Grundvattnet är som lägst under slutet av sommaren, vilket under ett normalår motsvarar augusti-september. Bolaget har även preciserat sitt yrkande såvitt gäller den tid när efterbehandlingen ska slutförd till tidigast år 2009.

Länsstyrelsen i Hallands län har medgett bifall till bolagets yrkande om ändring av villkor 2 och yrkandet om ändrad tidpunkt för fullgörandet av föreläggandet med beaktande av grundvattennivån samt att enhetsvolymerna i villkor 3 bestäms till 50 m3. Länsstyrelsen har även slutligen godtagit de av bolaget yrkade åtgärdskraven. Övriga yrkanden har länsstyrelsen bestritt.

Bolaget har utvecklat överlagandet enligt bland annat följande.

Fastighetshistorik

Under år 1955 förvärvade A.U. samtliga aktier i AB Tölö Fabriker, numera med bolagets firma, från J.E. & Co och G.W. Förväret omfattade även fastigheten Tölö 11:1. I juni 1983 sålde bolaget Tölö 11:1 till Kungsbacka kommun (kommunen) för 600 000 kronor. Bolaget förband sig i köpeavtalet bl.a. att "ombesörja rivning av skorsten och fyllning av tankar belägna under markytan". Tankarna fylldes med sand. Efter förväret lät

kommunen utföra rivnings- och schaktningsarbeten på fastigheten, varvid också 3-5 tankar grävdes upp och groparna fylldes med rivningsmassor. Därefter sålde kommunen i oktober 1984 större delen av Tölö 11:1 till Samfundet Jesu Kristi Kyrka av sista dagars heliga, 812200-1503, (Samfundet) för 414 425 kronor. Området överläts enligt köpeavtalet i "avriktat grovplanerat skick, utan byggnader och byggnadsrester". Fastigheten överläts sålunda med förtust för kommunen, enligt uppgift till rabatterat pris p.g.a. förekomst av lukt från markföreningar. I maj 1985 företogs besiktning på fastigheten med anledning av överlåtelsen mellan bolaget och kommunen. Vid besiktningen anmärktes att det under rivnings- och schaktningsarbetena förekom lukt av lösningsmedel samt oljefilm på vattenansamlingar. Ingen åtgärd påkallades dock av myndigheterna i anledning därav. Med anledning av att samfundet för att förebygga att problem, försakade av tidigare verksamhet, skulle uppstå i framtiden låtit utföra särskilt grundläggningsarbete har enligt avtal den 11 november 1986 mellan kommunen och samfundet överenskommit att kommunen ska ersätta samfundet för merkostnader med 16 000 kronor i ett för allt, varefter samfundet förklarar sig ej ha vidare krav på kommunen. Såvitt framkommit avstycckades det markområde som samfundet förvärvat från kommunen från fastigheten Tölö 11:1 den 22 november 1985. Styckningslotten fick beteckningen Tölö 11:2.

Verksamhetshistorik

Bolaget (om än under annan firma) har alltsedan 1920-talet och fram till 1983 bedrivit verksamhet på fastigheten. I likhet med all industriell verksamhet har också bolagets verksamhet under dessa år bedrivits under gradvis förbättrade och moderniserade former, allt i takt med förändrad lagstiftning, nya rön och den löpande branschutvecklingen. Detta har gällt inte bara själva produktionsprocessen utan också vidtagna skyddsåtgärder och försiktighetsmått. År 1920 påbörjades tillverkning av tak- och byggpapp på fastigheten. Tillverkningen skedde genom att papp drogs genom kar med tjära. Tjärprodukter betraktades på denna tid som rena naturprodukter. Under tidigt 1900-tal hanterades tex. tjär- och oljeprodukter direkt på marken och förvarades i byggnader med glesa brädgolv. År 1955 lades verksamhetsinriktningen om. Bolaget startade då istället tillverkning av rostskyddsoljor, rostskyddsfärg, takmassor, träskyddsmedel samt trätjära. Till skillnad från tidigare hanterades härfter tjärprodukter på hårdgjorda ytor, bl.a. betongunderlag. Det kan noteras att under varma dagar vid denna tid trängde asfalt upp ur marken, varför bolaget också nödgades gräva bort denna asfalt. Efter 1983 har bolaget inte bedrivit någon verksamhet på fastigheten.

Påträffade föreningar

Sedan länsstyrelsen vid sitt inventeringsarbete avseende förenade områden uppmärksammat fastigheten, har teknikkonsultbolaget Tyréns AB (Tyréns) på uppdrag av bolaget utfört flera provtagningar på fastigheten. Av utredningsrapport från Tyréns den 15 november 2004 samt av vad som inhämtats av ansvarig konsult vid Tyréns framgår huvudsakligen följande.

- Föreningar av framförallt av aromater och PAH - där PAH är styrande för miljöbedömningen - har konstaterats på fastigheten.
- Av det ovan sagda kan man sluta sig till att de huvudsakliga föroreningarna härrör från den verksamhet och hantering som förekom på fastigheten före år 1955, troligen från tiden kring 1920-30-talet.
- De uppmätta halterna i jord överskrider riktvärdena för MKM GV. Inga halter över svenska riktvärden har emellertid påvisats i grundvattnet i närområdet, vilket ger uttryck för ringa läckage. Föroreningarna är således till största delen bundna i jorden, varför de inte innebär någon akut risk för människors hälsa eller miljö.
- För människor bedöms eventuell riskexponering ske vid en direktpoering, t.ex. vid schaktningsarbeten. För naturmiljön bedöms risken främst vara markbiologin i direkt anslutning till föroreningen. Merkostnader för

- sanering kan uppkomma vid framtida schaktningsarbeten eller vid en fastighetsförsäljning, särskilt vad gäller föroreningarna av PAH.
 - Med utgångspunkt från dagens undersökningar och provtagningar på fastigheten synes det vid två av provtagningspunkterna vara fråga om föreningar som än idag ligger kvar där de en gång hamnade. Resterande del av föroreningarnas lokalisering är, menar bolaget, ett resultat av de schaktningsarbeten som förevarit på fastigheten i regi av kommunen respektive samfundet; jorden är på dessa ställen uppblandad och omörd.
 - Det är, med undantag för ovannämnda två provpunkter, idag svårt att uttala sig om varifrån på fastigheten som föroreningarna ursprungligen härrör. Emellertid var föroreningarna år 1983 sannolikt koncentrerade till den plats/de platser där den specifika verksamheten bedrevs.
 - Föroreningarna utgör, såväl där de ligger idag som där de låg 1983, ingen akut risk för människors hälsa eller miljö; de ligger "väl inkapslade" av omgivande jordmassor och risk för utläckage eller spridning bedöms som liten, särskilt vad gäller de provtagningspunkter som utvisar ej uppblandade skikt.
 - Risken från hälsosynpunkt ökar dock vid en eventuell direktkontakt, som kan förekomma vid t.ex. markberedningsarbeten. De schaktningar som har förevarit på fastigheten har också medfört att spridningen och spridningsbenägenheten idag är större än den var 1983, i varje fall vad gäller de provtagningspunkter som utvisar uppblandade skikt.
 - Enligt Tyréns utgör föroreningarna enligt dagens normer en från miljösynpunkt konstaterad miljöskada, om än med liten spridningsrisk.
- Av sammanställning benämnd "Förvaring av produkter under 1956-1983 på fastigheten Tölö 11:2", upprättad av E. B., A. AB, framgår vad gäller de punkter där man nu funnit föreningar över gällande riktvärden dels att det vid flera av provtagningspunkterna (d.v.s. exakt vid respektive punkt) inte tidigare har förvarats något av de ämnen som återfunnits i marken, dels att vissa av ämnena är återfunna i provpunkter på platser där det på 1950-talet låg byggnader försedda med betonggolv, vilket rimligen innebär att dessa föreningar är mycket gamla, dels att de tjär- och asfaltklumpar som återfunnits i provpunkterna T 04-14, T 04-15, T 04-17 och T 04-18 sannolikt utgör rester från tjärpappstillverkningen som bedrevs under åren 1920-1956 samt att det såvitt avser återfunna ftalater i punkterna T 04-21, T 04-22, och T 04-26 kan konstateras att bolaget i dess verksamhet aldrig har hanterat ftalater på fastigheten.
- Sammantaget är det bolagets uppfattning att de föreningar som nu har påträffats på fastigheten till huvudsaklig del härrör från den verksamhet och den hantering som förekom på fastigheten under åren 1920-1955 och då sannolikt närmare 1920-talet än 1950-talet.
- Preventivt eller reparativt ansvar
- Fram till 1983 då fastigheten såldes till kommunen var föroreningarna huvudsakligen att bedöma som ett s.k. förvaringsfall. Det huvudsakligen preventiva ansvar som förelåg när kommunen köpte fastigheten gick i samband med kommunens förvärv över på kommunen, se bl.a. RÅ 1997 ref 12. Här ska även vägas in den efterbesiktning av säljarens avrädesåtgärder som gjordes i maj 1985 och som inte resulterade i krav på vidare åtgärder, samt att ansvar för preventiva åtgärder redan vid denna tidpunkt var föreskrivet enligt 5 § i dåvarande miljöskyddslagen. Något ansvar avkrävdes inte bolaget från myndighetshåll vid denna tidpunkt. Det tidigare huvudsakligen preventiva inslaget har sedermera övergått till ett huvudsakligen reparativt inslag genom de schaktnings-, byggnads- och dräneringsarbeten som gjorts på fastigheten i kommunens respektive samfundets regi, arbeten som i stor utsträckning bidragit till föroreningarnas spridning och

spridningsbenägenhet. Bolaget gör således gällande att det preventiva ansvar som bolaget tidigare haft har övergått på annan och att bolagets ansvar i denna del har upphört samt att bolaget inte skall hållas ansvarigt för det reparativa ansvar som uppkommit därefter.

Förstahandsyrkandet

Försättningsarna i 8 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken är inte upp- fyllda för bolagets vidkommande och bolaget kan därigenom inte heller åläggas något verksamhetsutövarsansvar enligt 10 kap. 2 § miljöbalken. Bolaget vitsordar i och för sig att det har bedrivit verksamhet på fastigheten efter den 30 juni 1969. En korrekt tillämpning av 8 § övergångsbestämmelserna innebär dock att det är den verksamhet som faktiskt givit upphov till de föroreningar för vilka idag påkallas efterbehandling som måste ha fortsatt efter denna tidpunkt för att ett efterbehandlingsansvar skall kunna komma ifråga. Bolagets utredning talar med styrka för att en väsentlig del av de föroreningar för vilka nu påkallas efterbehandling dels kan härröra från verksamhet som bedrevs på fastigheten under åren 1920-1950 och i vart fall före den 30 juni 1969, dels emanerar från annan i fråga om reparativt ansvar. Bolaget bestrider vidare att verkningarna av bolagets verksamhet pågick vid tiden för miljöbalkens ikraftträdande och att det behov som idag kan finnas att avhjälpa skador eller olägenheter är ett resultat av bolagets verksamhet. Det beror i stället på de schaktnings- och grävningsarbeten som företagits av kommunen och samfundet. Om dessa åtgärder inte vidtagits, skulle fråga alljämnt vara om ett förvaringsfall för vilket ansvaret övergått på kommunen och sedermera på samfundet.

Andrahandsyrkandet

Skulle miljödomstolen finna utrett att samtliga försättningar i 8 § övergångsbestämmelserna är uppfyllda för bolagets vidkommande och att bolaget således träffas av reglerna i 10 kap. 2 § miljöbalken, föreligger skäl att jämka bolagets ansvar vid en tillämpning av 4 § samma kapitel. Efterbehandlingsansvaret innebär att den ansvarige i skälig omfattning ska utföra eller bekosta de efterbehandlingsåtgärder som erfordras. Utgångspunkten är således att det inte är ett åtgärds- eller kostnadsansvar fullt ut. De föroreningar som nu är ifråga ägde i mycket stor utsträckning rum för 50 år sedan eller ännu tidigare. Föroreningarna har senare uppenbarligen spridits runt vid de markarbeten som utförts av annan. Dessutom har vissa av föroreningarna - ftalaterna - inte orsakats av bolaget. Enbart tidsaspekten sedd för sig torde motivera en jämkning av ansvaret. Bolaget har vidare efterlevt förekommande tillstånd för verksamheten och de villkor som tillståndet var förknippat med. De produkter som bolaget hanterade, såsom tjära och asfalt, betraktades på den tiden som naturprodukter. Hanteringen låg i linje med dåtidens praxis. Så sent som 1985 ansågs bolaget från myndighetshåll inte ha något ansvar för att förhindra framtida skadeverkningar. Även på denna grund ska bolagets ansvar jämkas.

Nödvändiga efterbehandlingsåtgärder idag innebär väsentligt högre kostnader än om åtgärderna hade vidtagits redan 1983. Detta är främst att tillskriva den omröring och spridning som markberedningsarbetena givit upphov till. Bolaget ska skäligen inte bära denna merkostnad. Bolaget har per dags dato bekostat genomförd miljöteknisk utvärdering och utredning avseende fastigheten till ett belopp om 506 265 kronor exklusive mervärdesskatt, varav 304 940 kronor avser den miljötekniska utredningen och 201 325 kronor avser miljöjuridiskt bidräde. Det är därför oskäligt betungande för bolaget att också behöva stå hela kostnadsansvaret för efterbehandlingsåtgärderna. En jämkning av bolagets ansvar till noll kronor skulle i praktiken innebära en jämkning ner till 506 265 kronor. Härvid ska även beaktas kostnader föranledda av länsstyrelsen, men som blivit onyttiga till följd av länsstyrelsens åtgärdskrav.

Tredjehandsyrkandet

Länsstyrelsens åtgärdskrav vad avser föroreningshalterna, med frångående av beräknade platsspecifika riktvärden, saknar tillfredsställande motivering och är inte heller miljömässigt motiverade. Länsstyrelsens

föreläggande innebär vidare omotiverat högt ställda detaljeringskrav beträffande utförande av saneringen och då framförallt avseende kontroll- och analysfrågor. Det medför en längre genomförandetid och kraftigt höjda saneringskostnader jämfört med bolagets förslag. Saneringskostnaden med bolagets förslag beräknas uppgå till cirka 1 945 000 kronor och med länsstyrelsens föreläggande till cirka 2 745 000 kronor. Av kostnadsökningen utgör analyskostnaderna cirka 635 000 kronor, motsvarande cirka 28 % av den totala saneringskostnaden enligt föreläggandet. Med bolagets förslag beräknas analyskostnaderna uppgå till cirka 8 % av den totala saneringskostnaden. I tredje hand gör bolaget således gällande att åtgärder och nivåer utöver de av bolaget föreslagna varken är miljömässigt motiverade eller ekonomiskt rimliga.

Bolaget vitsordar att det inte går att genomföra efterbehandlingen utan att den också omfattar ftalater. Däremot är det inte rimligt att bolagets ansvar för ftalater även ska omfatta ett område utanför det där det idag - på grund av höga halter av t.ex. PAH - föreligger ett saneringsbehov.

Fjärdehandsyrkandet

Tidpunkten för när efterbehandlingen ska vara utförd ska flyttas fram på sätt som framgår av yrkandet och tidpunkten avpassas till de hydrologiska förhållandena.

Länsstyrelsen i Hallands län har anförut bland annat följande. Bolaget har bedrivit verksamhet på fastigheten under åren 1920-1983. Därefter har det inte bedrivits någon industriell verksamhet på fastigheten. Det finns ingen annan än bolagets verksamhet som kan ha orsakat föroreningarna. Bolaget har härigenom ansvar som verksamhetsutövare för de föroreningar som dess verksamhet förorsakat, även om den skadebringande verksamheten skulle ha upphört före den 30 juni 1969. Bolaget är således ansvarigt för efterbehandlingen. Det har inte framkommit skäl att jämka bolagets ansvar. Åtgärderna är miljömässigt motiverade, tekniskt möjliga att genomföra och kostnaden får betraktas som förhållandevis begränsad jämfört med många andra efterbehandlingsprojekt i landet. Bolagets platsspecifika värden medför inte en tillräcklig saneringsinsats. När länsstyrelsen satte åtgärdskraven i föreläggandet efter "Mindre känslig markanvändning med grundvattenskydd" och inte "Känslig markanvändning", innebar det i sig en jämkning av efterbehandlingskraven. Någon ytterligare jämkning bör inte ske. Omfattningen av och kostnaderna för den efterbehandling som bolaget förelagts att genomföra påverkas inte av förekomsten av ftalater. Det går inte att genomföra efterbehandlingen utan att denna också omfattar ftalater. Påträffade ftalater ingår därför i bolagets saneringsansvar oavsett vem som förorsakat dessa föroreningar. Det har emellertid framkommit att bolaget under sin verksamhetstid har tillverkat rostskyddsfärger, rostskyddsoljor, takmassor m.m. Enligt Kemikalieinspektionens information om ftalater finns ämnet som mjukningsmedel i bland annat färger, gummi och lim och har använts i sådana produkter sedan 1920-talet. Dock var det först under 1950-talet, i samband med tillverkningen av PVC, som ämnena användes i större skala. Ftalater började sedan uppmärksammas först på 1990-talet för sina toxiska egenskaper och spridningsbenägenhet i miljön. Innan 1990-talet uppmärksammades inte ämnena i något produktregister hos myndigheter eller liknande, vilket troligen är orsaken till att ämnena inte finns registrerade inom bolagets hantering. Provsavaren från fastigheten och ämnenas egenskaper tyder på att ämnena har hanterats där och inte hamnat där genom t.ex. spridning i luften. De undersökningar som har företagits på fastigheten visar vidare inte att det kan ha varit fråga om ett förvaringsfall utan föroreningarna ska rubriceras som ett skadefall.

Statens Geotekniska Institut (SGI) har i yttrande, som inhämtats av miljödomstolen, anförut i huvudsak följande. Påträffade föroreningar inom fastigheten Tölö 11:2 betecknas som ämnen som utgör hög till mycket hög farlighet (Naturvårdsverkets rapport 4918, Metodik för inventering av förorenade områden). För flera av föroreningarna saknas svenska riktvärden, exempelvis för ftalater och olika lösningsmedel som butylbensen och isopropyltoluen m.fl. Med hänsyn till tidigare verksamhet, tillverkning av t.ex. rostskyddsoljor, rostskyddsfärger, träskyddsmedel, hantering av trans- formatoljor, Cuprileum (kan innehålla pentaklorfend och koppar enligt

bolagets rapport 2004-05-24, sid. 7) är det sannolikt att ett antal kända och okända föroreningar förekommer i områden där spill/läckage eller annan hantering har inneburit att produkter eller produktrester hamnat i marken.

Provhantering och samlingsprover

Vid provtagning och provhantering av flyktiga ämnen finns risk att en stor andel av föroreningen försvinner från jordprovet i samband med skrubborning, uttag av jordprov från borsten, placering i provburk eller påse, under transport till laboratoriet osv. Därför bör fältindikatorer som t.ex. lukt och PID-mätning (mätning med s.k. Photo Ionization Detector) av flyktiga ämnen ges ett högt bevisvärde på att flyktiga föroreningar förekommer i marken, även om inte kraftigt förhöjda halter påträffas vid senare analys. De fältindikatorer på lösningsmedel (svag doft av lösningsmedel samt utslag på PID-mätaren) som påträffats i punkterna T 04-7, T 04-8, T 04-9 och T 04-11 bör tillsammans med verksamhetshistoriken beaktas under saneringen. Vid hantering av jordprover som är förorenade med flyktiga ämnen bör omrörning, tillblandning och annan mekanisk preparering i möjligaste mån minimeras för att förhindra att föroreningarna avgår från provet. För t.ex. bensen, xylén och andra ämnen med hög flyktighet bör därför samlingsprover helt undvikas (se även Naturvårdsverkets rapport 4638, Generella riktvärden för förorenad mark).

Avgränsning av föroreningar inom undersökningsområdet

SGI bedömer att det är mycket troligt att föroreningar även finns på andra ställen än vad som påvisats genom utförd stickprovtagning. Provtagningen är gles och inte heltäckande, något en provtagning aldrig heller blir. Vid provtagning av fyllnadsmassor måste föroreningen i praktiken träffas exakt av borrhålet. Om en föroreningskälla missas med så lite som någon meter, riskerar föroreningen att inte heller att upptäckas i analysen. Detta innebär att de preliminära horisontella avgränsningar som har gjorts inom fastigheten sannolikt inte överensstämmer med de verkliga förhållandena. SGI vill påpeka att det är vanligt förekommande med en relativt gles inledande provtagning som sedan efterföljs av en mer utförlig kontrollprovtagning i samband med gräv- och saneringsarbeten. Vid utgrävning av de förorenade fyllnadsmassorna kommer därför en mer realistisk horisontell avgränsning att kunna utföras. Det är dock väsentligt att föroreningsindikatorer som t.ex. lukt av lösningsmedel, synintyck, PID-utslag och verksamhetshistorik beaktas för avgränsning horisontellt under saneringsarbetena. Några misstänkta föroreningskällor som inte verkar ha undersökts inom fastigheten är t.ex. förekomsten av kopparolja (cisterner?) någon meter väster om provpunkt T 04-11 samt asfaltslösning och becklösning (cisterner?) mellan provpunkterna T 04-1 och T 04-2. Förmodligen finns fler platser inom fastigheten som kan ha höga föroreningshalter och som inte undersökts inledningsvis och som bör beaktas under saneringen. Vad gäller avgränsning i vertikallad så konstaterar bolaget att föroreningarna, enligt rapport 2004-11-15 sid. 17, förekommer i fyllnadsmaterialet och den övre delen av den underlagande torrskorperalan. Den underlagande vattenmättade leran bedöms fungera som ett tätande lager. SGI delar denna bedömning och antagandet är rimligt. Detta kommer under det praktiska saneringsarbetet att innebära att om fyllnadsmassorna grävs ur ända ner till underlagande lera, så kommer den absolut största majoriteten av föroreningarna, kända som okända, att omhändertas. Enligt bolaget är medeldjupet av fyllnadsmassorna 0,6 m med en varierande mäktighet mellan 0,2 till drygt 1 meter på fastigheten. SGI anser att det är miljömässigt motiverat att saneringsarbetena utförs hela vägen ner till leran och att inga fyllnadsmassor kvarlämnas på schaktbotten inom ett förorenat delområde. Detta förfarande säkerställer att inga, kända eller okända, föroreningar lämnas kvar i halter som kan innebära förhöjda miljö- och hälsorisker. Förfarandet är motiverat i områden med tunna lager fyllnadsmassor, som inom Tölö 11:2. I det fall fyllnadsmassorna är flera meter mäktiga kan dock en uppdelning vertikalt vara motiverad.

Platsspecifika riktvärden och åtgärdskrav

Exponeringsantaganden vad gäller inandning av ångor

De antaganden som gjorts vid beräkning av platsspecifika riktvärden är inte lämpliga att använda som åtgärdskrav då bl.a. ingen hänsyn till inandning av föroreningsångor inomhus görs i beräkningarna. Bolaget hänvisar till att risken för inträngning av ångor till kyrkbyggnaden är obetydlig på grund av den grova och vattentäta bottenplattan samt att utgrävning av förorenade massor utfördes innan uppförandet. Bolaget har därför helt tagit bort exponeringsvägen "inandning av ångor inomhus" vid beräkning av de platsspecifika riktvärden som sedan föreslås som åtgärdskrav. Det är mycket möjligt att nuvarande risk för personer som vistas i kyrkan är obetydlig. En efterbehandling bör dock utformas så att en mindre känsligt verksamhet kan bedrivas inom andra delar av fastigheten utan en förhöjd hälsorisk. Ur åtgärdsynpunkt bör därför inandning av ångor beaktas vid framtående av åtgärdskrav. Efter utförd sanering bör åtgärdskraven kuma tillåta ny- eller tillbyggnader inom fastigheten med verksamhet motsvarande mindre känslig markanvändning, MKM, enligt Naturvårdsverkets ovan nämnda rapport 4638 utan krav på kompletterande saneringsarbeten eller extra säkerhetsåtgärder. Det bör också påpekas att det inte finns någon möjlighet att tvinga en fastighetsägare att använda varje del av sin tomt på det sätt som detaljplanen ger rättigheter till. Även om åtgärden kräver bygglov ska den tillåtas om den utgör en mindre avvikelse från bestämmelserna, exempelvis kan detta gälla en mindre tillbyggnad på mark utan krav att extra säkerhetsåtgärder skall vidtas med avseende på inträngning av ångor.

Åtgärdskrav för flyktiga ämnen som t.ex. bensen, xylén och toluen

För att kunna tillåta att framtida byggnader (dock inte bostäder och liknande) ska uppföras, bedöms det vara miljömässigt motiverat att exponeringsvägen "inandning av ångor" gäller för åtgärdskraven. Referenskoncentrationen för bensen vad gäller inandning av ångor inomhus för ett MKM-område är, enligt Naturvårdsverkets rapport 4639, Development of generic guideline values, 0,4 mg/kg. SGI rekommenderar därför att åtgärdskraven vad gäller bensen sätts till 0,4 mg/kg TS (istället för bolagets förslag på 25 mg/kg TS). För övriga enkla aromater (toluen, xylén och etylbensen) är det en liten skillnad mellan bolagets förslag, länsstyrelsens föreläggande och Naturvårdsverkets generella riktvärden för mindre känsliga områden enligt verkets rapport 4638. Vilket åtgärdskrav som används i dessa fall bedöms därför inte få någon större riskmässig betydelse. Ur pedagogisk och praktisk synpunkt föreslås dock att riktvärden motsvarande MKM i Naturvårdsverkets rapport 4638 används. Dessa riktvärden används ibland även för mottagande av massor, vilket kan underlätta saneringsarbetet och logistiken kring masshanteringen. SGI noterar även att av bolaget angivna värden för MKM GV enligt Naturvårdsverkets rapport 4638 för bensen, toluen, etylbensen och xylén inte stämmer i bolagets rapport den 10 december 2004, platsspecifik beräkning av riktvärden, Tölö 11:2, sid. 11, tabell 2. Snarare verkar delar av SPI Miljösaneringsfonds AB:s riktvärden ha använts, om än något godtyckligt och utan vidare motivering vad gäller t.ex. djup och genomsläpplighet. Detta kan ha fått konsekvenser för de åtgärdskrav som anges i efterföljande förelägganden och överklaganden.

Åtgärdskrav för ftalater, DEHP

Bolaget har beräknat ett platsspecifikt riktvärde för en speciell ftalat, DEHP, som saknar ett generellt svenskt riktvärde. Bolagets beräkning till 423 mg/kg TS vad gäller DEHP är enligt SGI direkt felaktig. Svenska riktvärden saknas för ftalater, men principen för riktvärdesberäkning gäller för alla ämnen som riktvärden beräknas för. Ett riktvärde ska ta hänsyn till både hälso- och miljörisk, men bolagets föreslagna riktvärde tar endast hänsyn till hälsorisk. Markmiljöskyddet är styrande för de flesta andra beräknade riktvärden inom fastigheten, vilket även bedöms vara fallet för ftalaten DEHP. Då riktvärden beräknas, används Nederländska ekotoxvärden för skydd av markmiljö, vilket även bolaget gjort för övriga ämnen, se t.ex. sid. 9 i bolagets rapport den 10 december 2004. Däremot har bolaget inte använt det Nederländska ekotoxvärdet för ftalaten DEHP, vilket enligt SGI borde ha använts. Det Nederländska ekotoxvärdet uppgår till 69 mg/kg (RIVMs rapport, Ecotoxicological Serious Risk Concentrations for soil, sediment and (ground)water: updated pro-posals for first series of compounds, E.M.J. Verbruggen, R. Posthumus and A.P. van Wezel, april 2001, RIVM 711701 020). Då ett platsspecifikt riktvärde bestäms, ska det lägsta av det hälso- respektive miljöriskbaserade riktvärdet väljas, i detta fall 69 mg/kg. Riktvärdet kan användas som åtgärdskrav och bör då lämpligen avrundas till 70 mg/kg TS.

Åtgärdskrav för cancerogena PAH

Vad gäller cancerogena PAH: er så är föreningarna inte flyktiga och bolagets förslag till åtgärdskrav på 10 mg/kg TS bedöms vara rimligt med hänsyn till de beräkningar och antaganden som bolaget har gjort. SGI vill uppmärksamma inblandade parter på att en omfattande revidering av de generella riktvärdena pågår och nya riktvärden för PAH: er håller på att tas fram. Remissvärdet för cancerogena PAH: er är föreslaget till 10 mg/kg TS (se Naturvårdsverkets remissversion av Rikt-värden för förorenad mark, daterad 2007-10-19 sid. 69), vilket alltså även överensstämmer med bolagets förslag.

Övriga beräknad riktvärden och åtgärdskrav

Vad gäller övriga av bolaget föreslagna åtgärdskrav samt länsstyrelsens föreläggande bedömer SGI att åtgärdskraven är miljömässigt rimliga.

Naturvårdsverket har i yttrande, som inhämtat av miljödomstolen, anfört i huvudsak följande. Ansvarig för efterbehandling av förorenade områden är enligt 10 kap. 2 § miljöbalken den som bedriver eller har bedrivit en verksamhet eller vidtagit en åtgärd som har bidragit till föroreningen. Naturvårdsverket delar länsstyrelsens bedömning att bolaget i sin egenskap av verksamhetsutövare är ansvarigt för föroreningarna på Tölö 11:2. Efterbehandlingsansvaret innebär enligt 10 kap. 4 § miljöbalken att den ansvarige i skälighetsbedömning ska utföra eller bekosta behövliga efterbehandlingsåtgärder. Det faktum att en skälighetsbedömning alltid ska göras innebär enligt Naturvårdsverket att det även åligger tillsynsmyndigheten att på ett tillfredsställande sätt motivera utfallet av skälighetsbedömningen. Vid fastställandet av ansvaret bör först göras en bedömning av vilka åtgärder som är miljömässigt motiverade i det aktuella fallet. Därefter har den beslutande myndigheten att ta ställning till omfattningen av verksamhetsutövarens ansvar. Härvid ska det enligt 10 kap. 4 § miljöbalken beaktas hur lång tid som har förflutit sedan föroreningarna ägt rum, vilken skyldighet den ansvarige hade att förhindra framtida skadeverkningar och omständigheterna i övrigt. Länsstyrelsen har bedömt att efterbehandlingsåtgärder ner till nivå mindre känslig markanvändning (MKM) är miljömässigt motiverade och funnit att det inte finns några skäl för en jämkning av bolagets ansvar. Naturvårdsverket har inget att invända mot länsstyrelsens bedömning av de miljömässigt motiverade åtgärderna. Vad gäller den skäliga omfattningen av bolagets ansvar anser Naturvårdsverket att följande omständigheter kan beaktas. Beträffande tidsaspekten framgår det att bolagets verksamhet pågick mellan 1920 och 1983. Verksamheten har således bedrivits lång tid efter det att miljöskyddslagens regler om efterbehandlingsansvar trädde ikraft 1969. Vidare har föroreningarna varit kända för bolaget under lång tid utan att de vidtagit tillräckliga åtgärder för att avhjälpa eller begränsa riskerna för människors hälsa eller miljön. Detta bör vägas in som försvarande omständigheter vid skälighetsbedömningen. En i viss mån mildrande omständighet kan emellertid vara att viss del av föroreningarna förefaller ha uppstått för lång tid sedan. I samband härmed kan också vägas in huruvida bolaget - exempelvis vad gäller tjäran - har hanterat de farliga ämnena utifrån den kunskap som förelåg vid den tidpunkt då föroreningarna skedde. Har bolaget inte följt gällande regler och tillstånd eller vad som var allmänt känt och vedertaget vid tiden skulle det kunna medföra en skärpning av ansvaret. Om det kan visas att fastighetens senare ägare, kommunen och det kyrkliga samfundet, genom schaktnings- och grävningsarbeten har bidragit till att sprida ut tidigare stationära föroreningar och härigenom betydligt förvärrat föroreningsituationen och fördröjat saneringsprocessen torde även detta kunna vara en omständighet att ta hänsyn till vid skälighetsbedömningen av bolagets ansvar. När det gäller lämplig protavningsteknik och val av ambitionsnivå för efterbehandlingsåtgärderna har Naturvårdsverket samma uppfattning som Statens Geotekniska Institut (SGI) redovisar i remissyttrande. Naturvårdsverkets rapport 4638 som SGI hänvisar till är under översyn och reviderade riktvärden kommer att föreslås. För bensen, som är det ämne där den största skillnaden finns mellan länsstyrelsens föreläggande och bolagets ursprungliga yrkande, är förslaget att riktvärdet skall skärpas 10 gånger till 0,04 mg/kg TS. Naturvårdsverket anser dock att de gällande riktvärdena kan tillämpas och att det är skäligt att gräva bort de förorenade massorna, som i detta fall ligger ylligt och är av rätt begränsad mängd.

Kungsbacka kommun har vid miljödomstolens muntliga förhandling och syn i målet den 11 juni 2008 uppgett bland annat följande. Vid övertagandet av fastigheten revs endast byggnaderna och inga schaktningar förekom. Den besiktning som gjordes av kommunen 1985 var inte en myndighetsåtgärd och innebär inte något miljörättsligt godkännande. Köpet var endast ett civilrättsligt avtal och kommunen uppträdde inte som ett offentligrättsligt objekt. Fastigheten såldes inte heller till ett reducerat pris till samfundet. Kommunen köpte fastigheten för att slippa den miljöstörning som bolagets verksamhet innebar för det närbelägna sjukhuset. Den avstyckade fastighet som sedan såldes till samfundet var 700-800 m2 mindre, därav det lägre priset.

Bolaget har gennämnt bland annat följande. De föroreningar som påvisats vid undersökningarna är huvudsakligen relaterade till tyngre kolväten och hästammar troligen från tjärpappstilverkningen, d.v.s. äldre verksamheter. Bolaget har inte under modern tid haft några kända spill eller läckage. Bolaget har inte heller haft kännedom om att det skulle finnas föroreningar på fastigheten förrän i samband med försäljningen i mitten av 1980-talet. Kungsbacka kommun utförde därefter såväl rivnings- som schaktningsarbeten, varvid bland annat marken jämnades ut efter att en gjuten källare bliats bort och 3-5 tankar grävts upp. Även samfundet har utfört schaktnings- , dränerings- och byggnadsarbeten på fastigheten. Det har dock inte visats att kommunens och samfundets schaktningsarbeten inneburit att mängden föroreningar minskat på fastigheten. Bolaget bestridir även att möjligheten att driva en regressalan mot kommunen och samfundet ska beaktas vid jämkningsprövningen. - Bolaget har även redogjort för provhantering, användandet av samlingsprov och avgränsningarna av föroreningar inom undersökningsområdet samt exponeringsantagandena vad gäller inandning av ångor.

DOMSKÅL

Ansvar för efterbehandling

Bolagets förstahandsyrkande

Bolaget har gjort gällande att det inte kan åläggas något ansvar enligt 10 kap. 2 § miljöbalken eftersom den förorening som fastigheten hade vid tidpunkten för försäljningen till kommunen ska betraktas som förövning, för vilken endast ansvar för preventiva åtgärder enligt 2 kap. 3 § samma balk kan utkrävas och att det först som en följd av kommunens och kyrkans schaktnings- och andra åtgärder med åtföljande uppblandning av de förorenade massorna uppstod en skada för vilken ansvar enligt 10 kap. miljöbalken kan utkrävas.

Enligt miljödomstolens bedömning utgör den förening som verksamheten under tiden från 1920-talet till 1983 givit upphov till utan tvekan en sådan skada som avses i 2 kap. 8 § respektive omfattas av bestämmelserna i 10 kap. miljöbalken. Föreningarna har uppstått till följd av spill och dumping av kemikalier och avfall från verksamheten och dess förekomst i markområdet kan knappast anses utgöra avsiktlig förövning. Förekomsten kan därtill inte på något sätt anses vara innesluten på ett sätt som skulle indikera att verkningarna av förekomsten inte alltiämt pågick vid tiden för överlåtelsen eller vid miljöbalkens ikraftträdande den 1 januari 1999.

Förstahandsyrkandet kan därför inte bifallas utan bolaget får anses vara ansvarigt på sätt som avses i 10 kap. 2 § miljöbalken.

Bolagets andrahandsyrkande

Bolaget har i andra hand yrkat att efterbehandlingsansvaret ska jämkas, i första hand till noll kronor och motiverat detta med bland annat att det förflutit lång tid sedan föroreningen skedde, att verksamheten bedrivits i enlighet med vid den tiden gällande bestämmelser samt att föroreningen, genom ombländning och spridning vid senare markarbeten, förvärrats, vilket bör leda till att bolagets ansvar är begränsat.

Skälighetsbedömning i fråga om sådan föreningsskada som avses i 10 kap. miljöbalken ska ske i två led, dels frågan om skälliga avhjälpandeåtgärder och dels frågan om ansvarets skälliga omfattning för dem som är ansvariga enligt kapitlets 2 §. I första ledet ska en skälighetsbedömning enligt 10 kap. 4 § 1 st. miljöbalken göras med beaktande av samma principer som gäller vid tillämpning av 2 kap. 3 § och dess rimlighetsavvägning mot 2 kap. 7 § miljöbalken. I andra ledet ska en skälighetsbedömningen enligt 10 kap. 4 § 2 st. göras. Denna bedömning ska genomföras oberoende av antalet ansvariga och dess inbördes ansvarsfördelning. Vad bolaget har anfört visar inte att den primära föreningen skulle vara av så liten betydelse för föreningsituationen att ansvaret skulle kunna jämkas på den grunden enligt 10 kap. 4 § 2 st. 2 meningens miljöbalken. Bedömningen enligt 10 kap. 4 § 2 st. ska i första hand grundas på förhållanden och skeenden vid tidpunkten för föreningens uppkomst.

Mot bakgrund av ovanstående gör miljödomstolen följande bedömning.

Vad parterna är överens om i fråga om mål för saneringen m.m. motsvarar i huvudsak vad som bör krävas efter en skälighetsbedömning i enlighet med principerna för 2 kap. 3 och 7 §§ miljöbalken. Domstolen återkommer nedan med mera detaljerade bedömningar i detta avseende.

I fråga om grunder för bestämmande av ansvarets omfattning enligt 10 kap. 4 § 2 st. miljöbalken anför domstolen följande.

Den förening som träffas av länsstyrelsens föreläggande har inträffat under i huvudsak tre skeden:

1. Primär förening under drift av verksamheten från 1920 - 1955.
2. Primär förening under drift av verksamheten från 1956 - 1983.
3. Sekundär förening genom schaktingsarbeten m.m. under åren 1983 - 1985.

Genom under punkt 3 upptagna arbeten, utförda av kommunen respektive kyrkan, har föreningar med ursprung i den av bolaget bedrivna verksamheten spridits ut och förenat tidigare ej förenade områden. Omfattningen av denna spridning har inte kunnat klarläggas, inte heller skillnader i förening mellan skede 1 och 2. Markartläggningar som bolaget utfört har emellertid påvisat vissa samband mellan förvaring och hantering av kemikalier och förekomst av därtill kopplade markföroreningar. Av detta kan slutsatsen dras att föreningsspridningen troligen begränsats med de skyddsåtgärder i form av hårdgöring av verksamhetsytor m.m. som bolaget vidtog i och med förvävet 1955.

Jämkning ska lämpligast ske genom reduktion av det kostnadsansvar, som genom föreläggandet ålagts de ansvariga och som följer av respektive förenande verksamhet. En avsikt med 10 kap. 4 § 2 st. miljöbalken är att de värderingar som gäller idag inte ska tillämpas retroaktivt på händelser som ägde rum vid en tid då vare sig kunskaper om miljöförhållanden eller värderingen av dessa jämte därpå följande rättstillämpning motsvarade nutida. Mot denna bakgrund finner miljödomstolen att vad bolaget anfört ska leda till en jämkning av ansvaret till noll för den förening som uppkommit under tiden 1920 - 1969. Domstolen finner vidare att någon jämkning inte ska ske för sådan sekundär förening som uppkommit genom omgrävningar m.m. efter 1983, då såväl lagstiftning som kunskaper om miljörisiker förknippade med aktuella föreningar i stort motsvarade dagens.

För primär förening som uppstått under tiden från miljöskyddslagens ikraftträdande och tidpunkten för nedläggning av verksamheten får anses att lagstiftningen erkände markförening som en olägenhet och att åtgärder därför krävdes för att förhindra sådan från pågående verksamheter, t.ex. i form av invallningar och andra försiktighetsmått. Miljöriskerna med de kemikalier och avfall som hanterades inom verksamheten torde

ha varit väl kända under större delen av detta tidsintervall. Bolaget har anfört att man efterlevt förekommande tillstånd med därtill förknippade villkor, dock utan att närmare precisera dess närmare innebörd, villkorens relevans för markföreningsaspekten eller aktualitet i förhållande till gångse krav för frågavarande tidsperiod. Bolaget har inte heller kommenterat om, och i så fall i vilken omfattning och när, det förekommit incidenter som orsakat markförening. Ansvaret för föreningar från denna tid ska mot denna bakgrund jämkas till 70 %.

Mot bakgrund av vad bolaget genom i målet ingivna rapporter från markunder-sökningar m.m. anfört finner domstolen att en sammanlagd skälighetsbedömning enligt 10 kap. 4 § 2 st. miljöbalken leder till att ansvariga föreningar ska åläggas att står för 60 % av kostnaderna för efterbehandling i enlighet med länsstyrelsens beslut, justerat genom denna dom.

Mål för saneringsåtgärder

I fråga om förekomst av ftalater finner miljödomstolen klarlagt att den verksamhet som bolaget bedrivit är av sådant slag att ftalater både kan ha använts i produktionen och spillts ut och medfört förorening av mark. Någon annan tänkbar föroreningskälla torde inte ha funnits på fastigheten.

Saneringsmål för ftalater bör därför kunna vara styrande för saneringsinsatsen och ska därför omfattas av föreläggandet på sätt som länsstyrelsen avsett. Bolaget har medgett att målnivån sätts till 70 mg/kg TS, såsom föreslagits av SGI, dock endast under förutsättning att nivån inte blir styrande för saneringen, vilket i praktiken är liktydigt med att någon målnivå inte medges. Domstolens ställningstagande att ftalätförekomst ska vara styrande för saneringsarbetet har inte medgetts av bolaget. Domstolen är därför förhindrad att skärpa målnivån till den av SGI föreslagna halten 70 mg/kg och är således hänvisad till den nivå som bestämts genom länsstyrelsens föreläggande eller 423 mg/kg.

Kontroll och provtagning

Det stora antalet prov för att verifiera resthalter under pågående saneringsarbete har påpekats medföra orimliga kostnader. Miljödomstolen finner emellertid att en detaljerad provtagning är motiverad med tanke på att det är fråga om en slumpmässigt spridd förorening

En kontroll av uppgrävda massor är till för att massorna ska lämnas till rätt mottagare för behandling/bortskaffande, att inte onödigt stora volymer ska behandlas på ett alltför kostsamt sätt samt att inte starkt förorenade små mängder ska spädas ut i större, renare volymer och bli behandlade på ett undermåligt sätt.

Den kontroll (provtagningstäthet) av uppgrävda massor som länsstyrelsen medgivit och som framgår av domslutet, torde tillsammans med lukt- och okulära undersökningar samt kontinuerlig kontroll med fältinstrument i normalfallet vara tillräcklig med tanke på de behandlingstekniker som kan komma i fråga för massorna. Mot bakgrund av vad som nämnts ovan om föreningsgarnas spridning kan emellertid antas att tätare provtagning kan vara motiverad i vissa delområden och glesare i andra. Behovet av avvikelser från i domslutet fastställd provtäthet avgörs lämpligast efter hand under saneringens genomförande.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (Dv 427)

Överklagande senast den 14 juli 2009

På miljödomstolens vägnar

Jonas Sandgren

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Jonas Sandgren och miljörådet Joen Morales samt de sakkunniga ledamöterna Thorsten Blomquist och Lars Heineson.

Föredragande har varit beredningsjuristen Charlotte Stenberg-Magnusson.

Sökord: Föreningssfall, Förvaringsfall, Jämknig. Gällande tillstånd, Kostnadsandel, Vitesföreläggande, Engqvist & Udesen

Avgörandedatum: 2010-06-23

Målnummer: M 6231-09

Typ: M

Lagrum: 2 kap. 3 § och 7 § 10 kap. 1 §, 2 § § och 4 § miljöbalken (1998:808) 8 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken

Rättsfall: ~~MÖD 2010:10~~ ~~MÖD 2010:11~~ Miljööverdomstolens dom 2010-06-08 i mål nr M 491-09 Miljööverdomstolens dom 2010-06-23 i mål nr M 5664-09

Avdelning: 13

Miljööverdomstolen

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Mark- och miljööverdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och förelägger Preem AB att före den 1 oktober 2011 undersöka marken i anslutning till cisternen och rörledningarna på fastigheten X 8:20 och redovisa resultatet av undersökningarna till miljö- och samhällsbyggnadsnämnden.

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Miljö- och samhällsbyggnadsnämnden i Oxelösunds kommun (nedan miljönämnden) har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen, med upphävande av miljödomstolens dom, ska fastställa miljönämndens beslut.

Preem AB (nedan Preem) har bestritt ändring.

Mark- och miljööverdomstolen har med stöd av 23 kap. 6 § första stycket första meningen miljöbalken avgjort målet utan muntlig handläggning.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Parterna har i allt väsentligt åberopat samma omständigheter som vid miljödomstolen och därutöver anför sammanfattningsvis följande.

Miljönämnden

Miljönämnden kan med stöd av 26 kap. 22 § miljöbalken förelägga en tidigare verksamhetsutövare att utföra undersökningar om det kan befaras att verksamheten medför en olägenhet för människors hälsa eller miljö. Det faktum att Preem avslutade sin verksamhet redan 1998, d.v.s. före miljöbalkens ikraftträdande, saknar betydelse eftersom 26 kap. 22 § miljöbalken överensstämmer med 43 § miljöskyddslagen som var tillämplig när Preem bedrev sin verksamhet.

Det föreligger misstanke om läckage från cisternen eftersom det i en kontrollrapport från 1993 finns angivet "otät i annan del". Den handskrivna texten "cisternen är tät" känns inte betryggande eftersom det från början stod "cisternen är otät", varefter bokstaven "o" täckts med typex. Cisterner som ligger nedgrävda i marken kan typiskt sett medföra läckage, vilket visats i flera liknande fall inom och utanför kommunen.

För att utföra undersökningen måste Preem först avlägsna cisternen och rörledningar. En utredning som sker vid sidan av cisternen och rörledningarna blir inte tillräckligt tillförlitlig. Cisternen är dessutom avfall och ska därför grävas upp enligt 2 kap. 5 § miljöbalken. Det faktum att Naturvårdsverkets föreskrift endast anger att cistern och rörledning som tas ur bruk ska tömmas och rengöras utgör inte hinder för mer långtgående åtgärder. Naturvårdsverkets föreskrifter är minimiföreskrifter och en tillsynsmyndighet kan vid behov förelägga om ytterligare åtgärder.

Preem

Bestämmelsen i 26 kap. 22 § miljöbalken kan inte tillämpas i det nu aktuella fallet eftersom miljönämndens föreläggande inte enbart omfattar undersökningar utan även efterbehandling i form av avlägsnande av cistern och rörledningar. Dessutom föreligger inte någon misstanke om läckage eftersom det vid flera besikningar av cisternen intygats att den är tät och oskadad. Preem saknar kännedom om att ordet "otät" ändrats till "tät" i kontrollrapporten från 1993. Den aktuella kontrollrapporten låg till grund för kommunens beslut om tillstånd till

MÖD 2011:25

MÖD 2011:25

Mål nr.: M 8073-10

MÖD 2011:25

Föreläggande enligt miljöbalken att gräva upp cistern m.m. samt utföra markundersökningar ----- Ett föreläggande om efterbehandling, bestående i uppgrävning av tidigare använd oljecistern och rörledningar, med stöd av 26 kap. 9 § och 2 kap. 8 § miljöbalken förutsätter att det finns en konstaterad skada eller olägenhet för miljön. Ett föreläggande om markunder-sökningar i anslutning till oljecistern och rörledningar, med stöd av 26 kap. 22 § miljöbalken, förutsätter inte att en verksamhet konstaterats vara miljöskadlig utan det är tillräckligt att miljöskada kan befaras. Ett sådant föreläggande kan riktas även mot den som avslutat en verksamhet.

Mark- och miljööverdomstolen

Överklagat avgörande

Nacka tingsrätts, miljödomstolen, dom 2010-09-30 i mål nr M 3654-09, se bilaga A

KLAGANDE

Miljö- och samhällsbyggnadsnämnden i Oxelösunds kommun

613 81 Oxelösund

MOTPART

Preem AB (publ)

c/o ombudet

Ombud: Advokat P.M.

SAKEN

Föreläggande enligt miljöbalken att gräva upp cistern m.m. samt utföra markundersökningar inom fastigheten X 8:20

fortsatt bruk av cisternen i tolv år. Ett sådant tillstånd skulle knappast ha meddelats om det förelåg misstanke om läckage.

Ett föreläggande enligt 2 kap. 5 § miljöbalken om att gräva upp cisternen kan endast riktas mot cisternens nuvarande ägare. Naturvårdsverkets föreskrifter anger dessutom endast att cistem och rörledning som tas ur bruk ska tömmas och rengöras. En tillsynsmyndighet kan inte förelägga om mer långtgående åtgärder eftersom Naturvårdsverkets föreskrifter utgör lex specialis samt bemyndigandet till Naturvårdsverket omfattar att meddela alla de bestämmelser som krävs med hänsyn till skyddet för den yttre miljön. I vart fall utgör Naturvårdsverkets föreskrifter grund för vad som normalt kan krävas av en verksamhetsutövare. För att ytterligare åtgärder ska kunna krävas måste det föreligga särskilda omständigheter. Några sådana omständigheter föreligger inte.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÅL

Uppgrävning av cistem och rörledningar

Mark- och miljööverdomstolen instämmer i miljödomstolens bedömning att ett föreläggande om efterbehandling (d.v.s. uppgrävning av cistem och rörledningar) med stöd av 26 kap. 9 § och 2 kap. 8 § miljöbalken förutsätter att det finns en konstaterad skada eller olägenhet för miljön. Mark- och miljööverdomstolen instämmer även i miljödomstolens bedömning att det inte föreligger en sådan konstaterad skada eller olägenhet. Mot bakgrund av att det inte är konstaterat att Preem har något efterbehandlingsansvar, aktualiseras inte frågan om längre gående skyddsåtgärder kan krävas än vad som framgår av Naturvårdsverkets föreskrifter (2003:24).

Miljönämnden har även åberopat 2 kap. 5 § miljöbalken som grund för sitt föreläggande om uppgrävning. Den bestämmelsen är emellertid endast tillämplig på den som bedriver en verksamhet och omfattar inte tidigare verksamhetsutövare. Ett föreläggande om uppgrävning mot Preem kan således inte beslutas med stöd av 2 kap. 5 § miljöbalken.

Sammanfattningsvis kan 26 kap. 9 § miljöbalken i förening med 2 kap. 8 § miljöbalken eller Naturvårdsverkets föreskrifter inte ligga till grund för ett föreläggande mot Preem om uppgrävning av cistem och rörledningar. Bestämmelsen i 2 kap. 5 § miljöbalken kan inte heller ligga till grund för ett sådant föreläggande mot Preem.

Markundersökningar

Miljönämndens beslut om föreläggande hade emellertid sin grund även i 26 kap. 22 § miljöbalken. Av 26 kap. 22 § miljöbalken framgår att den som bedriver en verksamhet som kan befaras medföra olägenheter för människors hälsa eller miljön, eller den som annars är skyldig att avhjälpa olägenhet från sådan verksamhet är skyldig att utföra sådana undersökningar som behövs för tillsynen. För tillämpning av bestämmelsen krävs inte att verksamheten konstaterats vara miljöskadlig utan det är tillräckligt att miljöskada kan befaras. Bestämmelsen förutsätter inte heller att verksamheten är pågående utan ett föreläggande kan riktas även mot den som avslutat en verksamhet (se Miljöbalken, En kommentar, suppl 9, december 2009, kommentaren till 26:22).

Preem avslutade sin verksamhet 1998, d.v.s. före miljöbalkens ikraftträdande. Bestämmelsen i 26 kap. 22 § miljöbalken hade emellertid sin motsvarighet i 43 § miljöskyddslagen som var tillämplig när Preem bedrev sin verksamhet (se prop. 1987/88:35 s. 307). Det föreligger därför inget hinder mot att tillämpa 26 kap. 22 § miljöbalken i det nu aktuella fallet.

Den fråga som Mark- och miljööverdomstolen har att ta ställning till är om en miljöskada kan befaras, något som Preem förekar. Vid denna bedömning beaktar Mark- och miljööverdomstolen särskilt att kontrollrapporten från 1993 inger osäkerhet om cisternens täthet. Dessutom anser Mark- och miljööverdomstolen att det typiskt sett alltid finns en viss risk för läckage när en cistem med rörledningar grävs ned i marken och blir liggande i många år. Mark- och miljööverdomstolen finner sammanfattningsvis att det kan befaras att läckage förekommit. Miljönämndens föreläggande om undersökning av platsen för cistem och rörledningar var - med beaktande av bevisbörderegeln i 2 kap. 1 § miljöbalken som även gäller tidigare verksamhetsutövare - befogat.

Mark- och miljööverdomstolen övergår nu till att pröva om Preem, inom ramen för sin undersökningskyldighet, först ska gräva upp cistem och rörledningar. Med hänsyn till att det numera är ostridigt att cisternen och rörledningarna är tömda och rengjorda kan det inte finnas något pågående läckage. Det som ska undersökas är istället om det tidigare har läckt ut olja i marken. Med beaktande av storleken på cisternen (liggande cylindrisk cistem på 6 m³) bedömer Mark- och miljööverdomstolen att markundersökningen kan utföras på ett tillfredsställande sätt trots att cisternen och rörledningarna ligger kvar i marken. Provtagning under cisternen får då utföras i den utsträckning provtagningsutrustningen medger det.

Sammanfattningsvis ska miljönämndens föreläggande om undersökning av platsen för cistem och rörledningar, dock utan föregående uppgrävning, stå fast. Övriga delar av föreläggandet ska upphävas. För att detta ska bli tydligt upphäver Mark- och miljööverdomstolen underinstansernas avgöranden och utformar föreläggandet så som framgår av domslutet.

Domen får enligt 5 kap. 5 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättsrådet Lars Dirke, tekniska rådet Anna-Lena Rosengården, hovrättsrådet Peder Munck samt tf. hovrättsassessorn Malin Broman Lindfors, referent. Enhälligt.

BILAGA A

NACKA TINGSRÄTTS, MILJÖDOMSTOLEN, DOM

KLAGANDE

Preem AB (publ)

c/o ombudet

Ombud: advokat P.M.

MOTPART

Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Oxelösunds kommun

613 81 Oxelösund

ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsen i Södermanlands läns beslut 2009-06-25 dnr 505-9935-2008, se domsbilaga 1

SAKEN

Föreläggande enligt miljöbalken att gräva upp cistern m.m. samt utföra markundersökningar inom fastigheten Oxelösund 8:20

DOMSLUT

Med bifall till överklagandet upphäver miljödomstolen, med ändring av länsstyrelsens beslut, Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Oxelösunds kommuns beslut den 18 juni 2008 (Dnr ECOS 2008.132) i sin helhet.

BAKGRUND

Miljö- och samhällsbyggnadsnämnden i Oxelösunds kommun (nämnden) beslutade att förelägga Preem Petroleum AB, numera Preem AB, (bolaget) att inom fastigheten Oxelösund Oxelö 8:20 bl.a. gräva upp en cistern med tillhörande rörledning och undersöka om marken där anläggningen legat är påverkad av olja.

Föreläggandet meddelades med stöd av 26 kap. 9 och 22 §§ miljöbalken och med hänvisning till 2 kap. miljöbalken och Naturvårdsverkets föreskrifter om skydd mot mark- och vattenförorening vid lagring av brandfarliga vätskor.

Bolaget överklagade beslutet till Länsstyrelsen i Södermanlands län, som med ändring av tid för föreläggandets efterkommande, avslog överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Bolaget har överklagat länsstyrelsens beslut och yrkat att miljödomstolen, med ändring av det överklagade beslutet, ska upphäva nämndens beslut.

Till stöd för sin talan har bolaget hänvisat till vad det tidigare anförts hos länsstyrelsen och därutöver anför sammanfattningsvis följande. Under den tid som bolaget innehade och utövade verksamheten vid anläggningen, från 1986 till den 30 september 1998, gällde miljö-skyddslagens bestämmelser samt Naturvårdsverkets kungörelse (SNFS 1990:5) med föreskrifter om skydd mot vattenförorening vid hantering av brandfarliga vätskor. Nämda kungörelse saknade bestämmelse eller rekommendation om att cistern som varaktigt tas ur bruk ska avlägsnas.

Länsstyrelsens och nämndens beslut har emellertid grundats på 2 kap. miljöbalken och Naturvårdsverkets föreskrifter och allmänna råd (NFS 2000:4) om skydd mot mark- och vattenförorening vid lagring av brandfarliga vätskor. När miljöbalken trädde i kraft den 1 januari 1999 hade bolaget upphört med verksamheten. Eftersom bestämmelserna i 2 kap. miljöbalken inte gällde när bolaget bedrev verksamheten hade det inte heller någon skyldighet att tillämpa dem. Några skäl till varför dessa bestämmelser ändå kan utgöra laga grund för ett föreläggande riktat mot bolaget har inte redovisats. Det saknas övergångsbestämmelser som rättfärdigar en sådan lagtillämpning. I sammanhanget bör poängteras att 8 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken endast kan tillämpas när det är fråga om en konstaterad förorening. Nämndens föreläggande avser dock inte något avhjälpande utan det är fråga om att utreda en tidigare verksamhets verkningar. Ett sådant föreläggande kan emellertid endast riktas mot verksamhetsutövare som bedrivit verksamheten under miljöbalkens tid.

Beträffande skyldigheten att avlägsna anläggningen är bolaget inte rätt adressat eftersom detta krav endast kan riktas mot anläggningens ägare. För det fall föreläggandet befinns vara lagligen grundat är föreläggandet orimligt betungande och mer ingripande än vad som behövs. Anläggningen består av en cistern med tillhörande ledningar ut till fem olika fastigheter och delvis inne i byggnader på dessa fastigheter. Anläggningen i sin helhet töndes och rengjordes 2006. Vid kontroller som utförts regelbundet när anläggningen var i drift, har den befunnits vara tät. Det finns alltså ingen indikation på läckage eller spill. I rimlighets-avvägningen bör också vägas in att när bolaget överlät anläggningen saknades skyldighet eller rekommendation att anläggningar som

varaktigt tas ur bruk ska avlägsnas. Bolaget hade inte heller anledning att förutse att sådant krav skulle komma att ställas i framtiden. Ett krav mot bolaget att nu avlägsna anläggningen har därför en stark retroaktiv prägel. Ett sådant krav är också mycket betungande, särskilt betungande är kravet att avlägsna rengjorda markförelagda rörledningar i trädgårdar och i byggnader.

Nämnden har bestritt ändring och hänvisat till dess tidigare skrifter bl.a. innebärande följande. Undersökningen handlar om att utreda verksamhetens eventuella verkningar till förhållandevis låga kostnader. Undersökningen kan ske vid sidan av cistern och rörledningar men detta speglar inte hela sanningen då verksamhetens verkningar eventuellt bara kan ses under cistern och rör. Grävs cisternen upp kan verksamhetens eventuella verkningar till marken runt omkring upptäckas. Vidare är en cistern som inte längre används att se som avfall och ska därmed enligt 2 kap. 5 § miljöbalken tas om hand på ett miljömässigt godtagbart sätt, vilket är genom återvinning och inte förbli liggandes i marken.

Därutöver har nämnden vid miljödomstolen tillagt i huvudsak följande. Miljöbalken och de allmänna hänsynsbestämmelserna gäller även den som har bedrivit verksamhet. Bolaget har anförts att när det bedrev verksamheten gällde SNFS 1990:5 och inte Naturvårdsverkets föreskrifter om skydd mot mark- och vattenförorening vid lagring av brandfarlig vätska. Av övergångsbestämmelserna gäller dock nuvarande föreskrift.

Bolaget har gennått i huvudsak följande. Det är visserligen korrekt att kraven i miljöbalken och de allmänna hänsynsbestämmelserna även gäller för den som har bedrivit en verksamhet. I avsaknad av övergångsbestämmelser gäller dock kraven bara de som har bedrivit verksamhet efter det att miljöbalken trätt ikraft. Det är ostridigt att bolaget inte har bedrivit verksamhet efter nämnda datum varför de krav i miljöbalken som nämnden har hänvisat till inte kan träffa bolaget. Vad gäller Naturvårdsverkets föreskrifter om miljöskydd vid lagring av brandfarliga vätskor bestrids att man i ett föreläggande kan tillämpa annan föreskrift än den som gällde när bolaget innehade anläggningen. Om nämnden vill utfärda föreläggande med stöd av den nu gällande föreskriften måste ett sådant riktas mot den som nu innehar anläggningen, dvs. mot någon annan än bolaget.

DOMSKÅL

Miljödomstolen konstaterar inledningsvis att nämnden hos länsstyrelsen uppgett att punkt 1 i föreläggandet tas tillbaka. Eftersom länsstyrelsen trots detta avslagit överklagandet i sin helhet ska, med ändring av det överklagade beslutet, punkten 1 i nämndens beslut upphävas.

I lagkommentaren till 26 kap. 9 § miljöbalken anges bl.a. att det är möjligt att rika ett föreläggande mot en verksamhetsutövare som inte längre driver verksamheten (Miljöbalken, En kommentar, Del II, supp. 8, juli 2009, s. 26:20). Den bestämmelse som kan bli aktuell att tillämpa i förevarande fall är 2 kap. 8 § miljöbalken. Av nämnda bestämmelse följer bl.a. att alla som har bedrivit en verksamhet som medfört skada eller olägenhet för miljön ansvarar, till dess skadan eller olägenheten har upphört, för att denna avhjälpas i den omfattning det kan anses skäligt enligt 10 kap. samma balk. I 8 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken stadgas bl.a. att 2 kap. 8 § miljöbalken ska tillämpas i fråga om miljöfarlig verksamhet vars faktiska drift har pågått efter den 30 juni 1969, om verkningarna av verksamheten alltiämt pågår vid tiden för miljöbalkens ikraftträdande och det föreligger behov av att avhjälpas skador eller olägenheter som har orsakats av verksamheten.

I förarbetena till 2 kap. 8 § miljöbalken anges att bestämmelsen slår fast att om skada eller olägenhet för miljön har uppkommit är det den som orsakat skadan eller vidtagit den åtgärd som orsakat skadan eller olägenheten som ansvarar för att skadan eller olägenheten avhjälpas (prop. 1997/98:45, Del II s. 25). I lagkommentaren anges vidare att bestämmelsen tar sikte på åtgärder mot redan inträffade skador, i motsats till övriga hänsynsbestämmelser som avser förebyggande åtgärder (se Miljöbalken, En kommentar, Del II, supp. 8, juli 2009, s. 2:38). Med beaktande av bestämmelsens ordalydelse och vad som framgår i förarbeten och

doktrin finner miljödomstolen att 2 kap. 8 § miljöbalken endast kan tillämpas på situationer när det finns en konstaterad skada eller olägenhet för miljön. Eftersom det av utredningen i målet inte framkommit något som antyder att marken på något sätt är förorenad än mindre att det finns en konstaterad skada eller olägenhet har nämndens föreläggande inte kunnat fattas med stöd av 2 kap. 8 § miljöbalken. Det saknas även i övrigt bestämmelser som medger att någon som inte bedrivit verksamhet efter miljöbalkens ikraftträdande föreläggs på sätt som här skett. Med anledning härav har det saknats grund för nämnden att förelägga bolaget att undersöka om marken där cisternen och rörledningarna legat är påverkad och, för en fullständig undersökning, gräva upp cisternen och rörledningarna. Nämndens föreläggande om undersökning av marken ska således upphävas.

Nämnden har angett att föreläggandet såvitt avser uppgrävandet av cisternen och rörledningarna även grundas på att det inte är förenligt med 2 kap. miljöbalken att anläggningen efter avslutad användning ligger kvar i marken.

Miljödomstolen konstaterar att ett föreläggande enligt 26 kap. 9 § miljöbalken kan grunda sig på föreskrifter som meddelats med stöd av miljöbalken. En sådan föreskrift är Naturvårdsverkets föreskrifter (NFS 2003:24) om skydd mot mark- och vattenförorening vid lagring av brandfarliga vätskor som gällde vid tiden för miljö- och samhällsbyggnadsnämndens beslut. Av 9 kap. 1 § i dessa föreskrifter framgår att cistern och rörledning som tas ur bruk ska tömmas och rengöras. Vidare ska åtgärder vidtas som hindrar att cisternen kan fyllas. Cistern som tagits ur bruk ska anmälas till tillsynsmyndigheten.

Enligt 26 kap. 9 § andra stycket miljöbalken får mer ingripande åtgärder än vad som behövs i det enskilda fallet inte tillgripas. Några skäl till att gå utöver vad Naturvårdsverket föreskrivit beträffande cisterner som har tagits ur bruk har inte framkommit i målet. Den förelagda åtgärden får därmed anses vara mer ingripande än vad som behövs och redan på denna grund ska den upphävas.

Sammanfattningsvis finner miljödomstolen, med hänsyn till nu redovisade överväganden, att nämnden saknat stöd för att meddela ett föreläggande med aktuellt innehåll. Med bifall till överklagandet ska nämndens beslut, med ändring av det överklagade beslutet, upphävas i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se domsbilaga 2 (DV 427)

Överklagande senast den 21 oktober 2010. Prövningstillstånd krävs.

Olof Danielsson	Margaretha Bengtsson
I domstolens avgörande har deltagit tingsfiskalen Olof Danielsson och miljörådet Margaretha Bengtsson. Enhälligt. Föredragande har varit beredningsjuristen Alexandra Venander.	
Sökord: Efterbehandlingsansvar, Avhjälpande, Cistern, Läckage, Uppgrävning, Undersökningsskyldighet, Bevisbörderegeln, Pream	
Avgörandedatum: 2011-05-31	
Målnummer: M 8073-10	
Typ: M	
Lagrum: 2 kap. 8 §, 10 kap. samt 26 kap. 9 § och 22 § miljöbalken (1998:808) Naturvårdsverkets föreskrifter (2003:24) 43 § miljöskyddslagen (1969:387)	

HÖGSTA DOMSTOLENS BESLUT

meddelat i Stockholm den 18 december 2012

Mål nr

Ö 4925-11

KLAGANDE

1. JAT

2. M

3. CB

4. EB

5. BD

Ombud: PM

6. CD

7. Föreningen för Åhuskustens bevarande

Ombud: PM

8. LH

9. IK

10. BL

11. NEL

12. BL

13. FL

14. WL

15. KM

Ombud: PM

16. PM

17. BN

Ombud: PM

18. EMB

19. TR

Ombud: PM

20. LRR

Ombud: PM

21. RBS

MOTPART

Taggen Vindpark AB
c/o L Wallenstam Byggnads AB
401 84 Göteborg

22. AS

Ombud: Jur.kand. JSW

23. GS

SAKEN

Tillstånd till prövning i Mark- och miljööverdomstolen av mål om tillstånd till vindkraftverk m.m.

24. SS

25. NÅS

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Svea hovrätts, Mark- och miljööverdomstolen, beslut 2011-10-14 i mål M 5757-11

26. Skånes Omifitologiska Förening

27. KS

28. DS

HÖGSTA DOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta domstolen avvisar överklagandena hit av CB, EB, IK, BL, NEL, AS och NEW.

29. MS

Högsta domstolen avslår de andra överklagandena av Mark- och miljööverdomstolens beslut om avvisning (punkten 1).

30. DT

31. NEW

Högsta domstolen meddelar inte prövningstillstånd i målet i övrigt. Mark- och miljööverdomstolens beslut står därför fast i den delen (punkten 2).

32. BÅB

33. EÅ

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

De enskilda klagandena och Föreningen för Åhuskustens bevarande har yrkat att Högsta domstolen ska upphäva det avvisningsbeslut som Mark- och miljööverdomstolen har meddelat och visa målet tillbaka dit för fortsatt handläggning.

Skånes Omitologiska Förening har yrkat att Högsta domstolen ska meddela tillstånd till målets prövning i Mark- och miljööverdomstolen.

Taggen Vindpark AB har motsatt sig att hovrättens beslut ändras.

Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd angående punkten 1 i Mark- och miljööverdomstolens beslut, som innebär att vissa överklaganden dit avvisades, och har förklarat frågan om prövningstillstånd vilande angående punkten 2 i beslutet, som innebär att Mark- och miljööverdomstolen inte meddelade tillstånd till prövning av det överklagande som Skånes Omitologiska Förening hade gjort dit.

SKÅL

Bakgrund och frågorna i Högsta domstolen

1. Mark- och miljödomstolen har gett bolaget tillstånd att uppföra och driva en gruppstation med högst 83 vindkraftverk och en total höjd om maximalt 170 m i Hanöbukten inom Kristianstads och Sölvesborgs kommuner. Domen överklagades av Föreningen för Åhuskustens bevarande, Skånes Omitologiska Förening och 32 enskilda personer. Mark- och miljööverdomstolen avvisade alla överklagandena utom det som hade gjorts av Skånes Omitologiska Förening (punkten 1) och meddelade inte tillstånd till prövning av det sist nämnda överklagandet (punkten 2).

2. Mark- och miljööverdomstolens beslut har överklagats av de båda föreningarna och av 24 av de enskilda parterna. Därutöver har domen överklagats av ytterligare sju enskilda parter.

3. Målet i Högsta domstolen gäller främst fyra frågor. Den första frågan är om de enskilda parter som inte överklagade mark- och miljödomstolens dom om tillstånd ändå kan överklaga Mark- och miljööverdomstolens beslut till Högsta domstolen. En andra fråga som domstolen ska ta ställning till är om de andra enskilda parterna har ett sådant intresse i saken att de hade rätt att överklaga tillståndsdomen eller om det var riktigt av Mark- och miljööverdomstolen att avvisa deras talan där. Den tredje frågan gäller om Föreningen för Åhuskustens bevarande är en sådan organisation som får överklaga bl.a. tillståndsdomar enligt miljöbalken. Mark- och miljööverdomstolen har avvisat den föreningens överklagande med hänvisning till att föreningen har bedrivit sin verksamhet under för kort tid samt till att föreningen har för lågt medlemsantal och inte har visat att den ändå har tillräckligt stöd från allmänheten. Den fjärde frågan är om det ska meddelas prövningstillstånd i Högsta domstolen med anledning av det överklagande som Skånes Omitologiska Förening har gjort hit.

Parter som inte överklagade tillståndsdomen

4. CB, EB, IK, BL, NEL, AS och NEW har i sina överklaganden till Högsta domstolen anfört att bolaget inte borde ha fått tillstånd till verksamheten. De överklagade emellertid inte mark- och miljödomstolens dom där tillståndet gavs. Mark- och miljööverdomstolen har inte ändrat tillståndsdomen i något avseende med anledning av de överklaganden som andra parter gjorde dit; domstolen avvisade överklagandena med ett undantag och meddelade inte tillstånd till prövning av det återstående överklagandet. De nu nämnda klagandena har därför inte rätt att överklaga Mark- och miljööverdomstolens

beslut och deras överklaganden till Högsta domstolen ska avvisas (jfr NJA 2007 s. 786 och RÅ 2002 ref. 58).

Parter som överklagade tillståndsdomen

5. Frågan är då om de enskilda parter som överklagade tillståndsdomen – och som har överklagat också till Högsta domstolen – hade rätt till detta och om Föreningen för Århuskustens bevarande var klagoberättigad till Mark- och miljööverdomstolen.

6. Av betydelse för de enskilda klagandena är bestämmelserna i 16 kap. 12 § första stycket 1 miljöbalken. Det anges där att överklagbara domar eller beslut får överklagas av den som domen eller beslutet angår, om avgörandet har gått henne eller honom emot. Vem beslutet angår ska enligt lagmotiven avgöras med tillämpning av ett sakägarbegrepp som, när det gäller den processuella sidan, är enhetligt för miljöbalken (prop. 1997/98:45 Del 1 s. 483 ff.). Enligt Högsta domstolens praxis ska rätten att vara part och att överklaga tillkomma varje person som kan tillfogas skada eller utsättas för någon annan olägenhet genom den verksamhet som det sökta tillståndet avser, om risken för skada eller olägenhet rör ett av rättsordningen skyddat intresse och inte är enbart teoretisk eller helt obetydlig (NJA 2004 s. 590 I och II).

7. Ideella föreningar som har till huvudsakligt ändamål att tillvarata natur- skydds- eller miljöskyddsintressen och som inte är vinstdrivande får överklaga bl.a. domar om tillstånd med stöd av 16 kap. 13 § miljöbalken. Som förutsättningar för detta anges att föreningen dels har bedrivit verksamhet i Sverige under minst tre år, dels har minst 100 medlemmar eller på något annat sätt visar att verksamheten har allmänhetens stöd. Motsvarande regler gäller också för andra juridiska personer.

8. Bestämmelserna i 13 § har utformats med ledning av den tolkning som EU-domstolen har gjort av de s.k. Århusreglerna, och den nu aktuella lydelsen trädde i kraft den 1 september 2010. Reglerna utgår från den FN/ECE-konvention som undertecknades i Århus år 1998 och som handlar om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor. Konventionens bestämmelser har införts i unionsrätten bl.a. genom ändringar i ett direktiv ("MKB-direktivet") om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt (ursprungligen direktiv 85/337/EEG, ändrat bl.a. genom direktiv 2003/35/EG och kodifierat genom direktiv 2011/92/EU). MKB-direktivet är tillämpligt på den verksamhet som nu aktuellt tillstånd avser.

9. Ett övergripande syfte med Århusreglerna är att allmänheten ska ges en rätt att delta i beslutsprocesser som har inverkan på miljön (artikel 1 i konventionen, direktiv 2003/35, skäl 6, och prop. 2009/10:184 s. 57 ff.). Enligt MKB-direktivet ska allmänheten kunna få tillgång till miljöinformation och på ett tidigt stadium ges reella möjligheter att medverka i processer på miljöområdet (artikel 6.2 och artikel 6.4). Direktivet föreskriver också en rätt till överklagande. Medlemsstaterna ska inom ramen för sin lagstiftning se till att den berörda allmänhet som har ett tillräckligt intresse eller som hävdar att en rättighet har kränkts, när det utgör en förutsättning, kan få den materiella eller formella giltigheten av ett beslut prövad av en domstol eller ett annat oberoende organ. Det har överlåtits till medlemsstaterna att fastställa vad som utgör ett tillräckligt intresse, också när det gäller icke-statliga organisationer, men de nationella bestämmelserna måste säkerställa att rätten till en rättslig prövning är omfattande och att MKB-direktivets regler om detta får en ändamålsenlig verkan. Av EU-domstolens rättstillämpning framgår det också att rätten till en oberoende överprövning inte inskränks av att det är en domstol som har prövat tillståndsfrågan redan i första instans. Också i sådana fall ska de berörda personerna eller organisationerna ha rätt att överklaga. Se artikel 11 och EU-domstolens dom (förhandsavgörande) den 15 oktober 2009 i mål

C-263/08, Djurgården–Lilla Värtans Miljöskyddsförening, REG 2009, s. I-9967. Jämför också EU-domstolens dom den 8 mars 2011 i mål C-240/09, Lesoochranárske zoskupenie VLK.

10. I 2009 års förhandsavgörande tog EU-domstolen ställning till frågor som aktualiserades i ett mål vid Högsta domstolen. I det målet var en tidigare lydelse av 16 kap. 13 § miljöbalken tillämplig, och ideella föreningsars rätt att överklaga förutsatte då utan undantag att föreningen hade minst 2 000 medlemmar. EU-domstolen ansåg att krav på ett lägsta medlemsantal skulle kunna vara relevant som en försäkran om att föreningen verkligen existerade och bedrev verksamhet. Medlemsantalet fick emellertid inte genom nationell lag fastställas till en nivå som stred mot ändamålen med MKB-direktivet, i synnerhet målet att göra domstolsprövningen lättillgänglig (p. 47). EU-domstolen framhöll att direktivet inte tog sikte bara på verksamhet av regional eller nationell betydelse utan också på mer begränsad verksamhet, som lokala föreningar var bättre skickade att ta hand om (p. 50). Rätten till en rättslig prövning fick därför inte förbehållas föreningar med minst 2 000 medlemmar. Denna begränsning av rätten till rättslig prövning beaktades inte, när Högsta domstolen sedan avgjorde målet (NJA 2010 s. 419).

11. Det är mot den nu angivna bakgrunden som bestämmelserna i 16 kap. 13 § miljöbalken ska tolkas och tillämpas. Genom 2010 års lagändringar sänktes kravet på ett lägsta medlemsantal till 100. Samtidigt fick organisationerna en alternativ möjlighet att visa på allmänhetens stöd för verksamheten när antalet medlemmar var lägre. Som skäl för att behålla ett principiellt krav på lägsta medlemsantal, något som ett par av remissinstanserna hade ifrågasatt, anfördes att det på så sätt blev möjligt att skapa en väl avvägd bestämmelse. Genom det kriterium som ställdes upp, hade hänsyn tagits till både verksamhetsutövarens intresse av effektiva processer och allmänhetens intresse av miljödemokrati. Ett kriterium som knöts till ett angivet antal medlemmar ansågs också vara lätt att tillämpa. Till detta kom alltså att en

organisation även på andra sätt skulle kunna visa på allmänhetens stöd, exempelvis genom god lokal förankring hos den befolkning som är berörd av den verksamhet eller åtgärd som är i fråga, att organisationen aktivt har deltagit i processen och då företrätt en bred allmänhet, mycket omfattande verksamhet eller ett stort antal bidragsgivare eller stödmedlemmar. (Se prop. 2009/10:184 s. 64 och s. 66.)

12. Århusreglerna innebär sålunda att den berörda allmänheten – fysiska personer såväl som icke-statliga miljöorganisationer – har rätt att överklaga bl.a. sådana tillståndsbeslut som omfattas av MKB-direktivet. Reglerna i 16 kap. 12 och 13 §§ miljöbalken ska alltså i sådana fall ges ett innehåll som överensstämmer med unionsrätten. Det förhållandevis vidsträckt sakägarebegrepp som tillämpas enligt miljöbalken och den därtill kopplade rätten för enskilda att överklaga måste anses ligga väl i linje med talerätten enligt Århusreglerna. Så som reglerna har tolkats i EU-domstolens hitillsvarande praxis saknas därför skäl att med hänvisning till unionsrätten utvidga tillämpningen av 12 § första stycket 1 och vad som där sägs om enskildas rätt att överklaga.

13. När det gäller miljöorganisationernas rätt att överklaga innebär Århusreglerna att det kan behöva göras nyanterade bedömningar, som endast i begränsad utsträckning lämnar utrymme för fasta och absoluta krav på exempelvis verksamhetstid och medlemsantal som kan upprätthållas i alla situationer. Tillämpningen av 13 § ska därför ske mot bakgrund av syftet att ge organisationerna en omfattande och lättillgänglig möjlighet att överklaga. Detta ska gälla även i fall då återverkningarna på miljön inskränker sig till lokala förhållanden.

14. Vid en bedömning av enskildas och organisationers rätt att överklaga finns det skäl att se också till de samlade verkningarna av 12 och 13 §§. Motiven till miljöbalken får förstås så att en enskild part måste vara berörd

som sakägare för att få överklaga, låt vara att han eller hon kan välja att i sådana fall åberopa (enbart) allmänna intressen. Oavsett hur överklagandet utformas i ett särskilt fall skulle det sålunda vara det enskilda, inte det allmänna intresset som grundar klagorätten som sådan (prop. 1997/98:45 Del 1 s. 486). Det talar för en generös bedömning av miljöorganisationernas rätt att överklaga, eftersom de kan grunda sin klagorätt just på att de företräder allmänna intressen, också i situationer där inga enskilda kan föra fram sådana intressen (jfr EU-domstolens dom den 12 maj 2011 i mål C-115/09, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV).

15. Om en organisation svarar mot de uppställda kriterierna i 16 kap. 13 §, har den rätt att överklaga. Om den däremot inte svarar mot kriterierna, får det göras en bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Kriterierna får alltså aldrig ses isolerade från det bakomliggande syftet, nämligen att fastställa om organisationen är verksam på ett sådant sätt att den kan anses representera allmänheten, närmast för att bevaka allmänna naturskydds- eller miljöskyddsintressen. Därför får kriterierna ses som hållpunkter för bedömningen, inte som krav av självständig betydelse som i sig kan utesluta en rätt att överklaga. En sådan rätt för organisationerna att överklaga ligger väl i linje med MKB-direktivets ändamål.

Frågan om de enskilda parterna hade rätt att överklaga tillståndsdomen

16. De enskilda klagandena har anfört flera skäl till stöd för att de har haft rätt att överklaga tillståndsdomen i detta fall. Bland annat har de påtalat att vindkraftsparken kommer att vara störande genom buller, blixtrande ljus och blinkande varningssignaler. Det framgår emellertid att vindkraftsparken är tänkt att anläggas till havs, 11–12 km från kusten. Även om det vägs in i bedömningen att vindkraftsparken är omfattande, måste det stora avståndet till land anses innebära att olägenheterna för de enskilda klagandena är helt

obetydliga i rättslig mening. Det har inte heller kommit fram stöd för vad klagandena har åberopat om att vindkraftsparken på ett märkbart sätt kommer att leda till sänkta marknadsvärden på deras fastigheter, ett förhållande som annars hade kunnat ge dem rätt att överklaga mark- och miljödomstolens dom om tillstånd. Det har anförts också att vindkraftsparken, inte minst genom sin höjd, kommer att begränsa det fria synfältet över havet och på så sätt påverka landskapsbilden negativt. Högsta domstolen instämmer i Mark- och miljööverdomstolens bedömning att detta förhållande inte i sig kan ge de enskilda klagandena en rätt att överklaga. Tillståndsdomen kan därför inte anses angå dem på ett sådant sätt att de har haft rätt att överklaga den.

Frågan om Föreningen för Åhuskustens bevarande hade rätt att överklaga tillståndsdomen

17. Utredningen om Föreningen för Åhuskustens bevarande är sparsam. Som utgångspunkt för bedömningen kan det konstateras att föreningen synes ha endast ett totalt medlemmar och att den har varit verksam under ganska kort tid, sedan januari 2010. Den uppfyller alltså inte kriterierna i 16 kap. 13 § miljöbalken om medlemsantal och verksamhetstid.

18. Frågan blir då vilka slutsatser som kan dras av omständigheterna i övrigt. Det är oklart hur stor uppslutning som finns kring föreningen i sig, även om det finns ett stort lokalt engagemang hos allmänheten i de frågor som rör vindkraftsparken. Föreningen har presenterat ett upprop med rubriken ”Bevara Hanöbukten – stoppa vindkraftsparken!” som har undertecknats av cirka 900 personer. Av utredningen framgår dock inte att uppropet hade någon anknytning till föreningen. Något stöd från allmänheten för föreningen som företrädare för motståndet mot vindkraftsparken kan inte läsas in i uppropet. Föreningen kan mot den bakgrunden inte anses bedriva sin verksamhet på ett sådant sätt att den representerar allmänheten för att bevaka allmänna

naturskydds- och miljöskyddsintressen. Det var därför riktigt att Mark- och miljööverdomstolen avvisade föreningens överklagande dit.

Överklagandet av Skånes Ornitologiska Förening

19. Det finns inte skäl att meddela prövningstillstånd i Högsta domstolen med anledning av det överklagande som Skånes Ornitologiska Förening har gjort. Mark- och miljööverdomstolens beslut ska därför stå fast i den delen.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Marianne Lundius, Gudmund Toijer (referent), Agneta Bäcklund, Ingemar Persson och Lars Edlund
Föredragande justitiesekreterare: Christina Ericson

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 7 september 2004*

I mål C-127/02,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG,

som framställts av Raad Van State (Nederländerna), genom beslut av den 27 mars 2002, registrerad den 8 april 2002,

i målet mellan

Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee,

Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels

mot

Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij,

* Rättegångspråk: nederländska.

I - 7448

25

övrig processdeltagare

Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij UA,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena P. Jann, C.W.A. Timmermans, C. Gullmann (referent), J.-P. Puisseochet och J.N Cunha Rodrigues samt domarna R. Schintgen, S. von Bahr och R. Silva de Lapuerta,

generaladvokat: J. Kokott,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören M.-F. Contet,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 18 november 2003,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

- Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, genom C.A.M. Rombouts, advocaat,
- Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels, genom A.J. Durville, advocaat,

I - 7449

26

- Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij UA, genom G. van der Wal, advocaat,
- Nederländernas regering, genom H.G. Sevenster och N.A.J. Bel, båda i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom G. Valero Jordana, i egenskap av ombud, biträdd av J. Stuyck, avocat,

364

och efter att den 29 januari 2004 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande rör tolkningen av artikel 6 i rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter (EGT L 206, s. 7; svensk specialutgåva, område 15, volym 11, s. 114) (nedan kallat livsmiljödirektivet).

I - 7450

27

- 2 Begäran har framställts inom ramen för en tvist mellan Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee (nationell förening för bevarande av Waddenzee) (nedan kallad Waddenzeeföreningen) och Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels (nederländsk förening för skydd av fåglar) (nedan kallad fågelskyddsföreningen), å ena sidan, och Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (statssekreteraren för jordbruk, naturvård och fiske) (nedan kallad statssekreteraren), å andra sidan, rörande de licenser som den senare beviljat Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij UA (kooperativ producentorganisation för det nederländska hjärtmusselfisket) (nedan kallad PO Kokkelvisserij) för att bedriva mekaniserat hjärtmusselfiske i det särskilda skyddsområdet Waddenzee, vilket klassificerats i enlighet med artikel 4 i rådets direktiv 79/409/EEG av den 2 april 1979 om bevarande av vilda fåglar (EGT L 103, s. 1; svensk specialutgåva, område 15, volym 2, s. 161) (nedan kallat fågeldirektivet).

Tillämpliga bestämmelser

Fågeldirektivet

- 3 Enligt artikel 4.1 och 4.2 i fågeldirektivet skall medlemsstaterna som särskilda skyddsområden klassificera sådana områden som uppfyller de ornitologiska kriterier som anges i de bestämmelserna.
- 4 I artikel 4.4 i fågeldirektivet föreskrivs följande:

”Med avseende på de skyddsområden som avses i punkterna 1 och 2 ovan skall medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder för att undvika förorening och försämring

I - 7451

28

av livsmiljöer samt störningar som påverkar fåglarna, i den mån denna påverkan inte saknar betydelse för att uppnå syftet med denna artikel. Medlemsstaterna skall även utanför dessa skyddsområden sträva efter att undvika förorening och försämring av livsmiljöer.”

Livsmiljödirektivet

⁵ I artikel 6 i livsmiljödirektivet föreskrivs följande:

”1. För de särskilda bevarandeområdena skall medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för bevarande, vilket om så krävs innefattar utarbetande av lämpliga skötsel- och förvaltningsplaner särskilt för områdena eller integrerade i andra utvecklingsplaner, samt lämpliga lagar och andra författningar eller avtal, som motsvarar de ekologiska behoven hos de livsmiljötyper i bilaga 1 och de arter i bilaga 2 som finns i områdena.

365

I - 7452

29

lämpligt sätt bedömas med avseende på konsekvenserna för målsättningen vad gäller bevarandet av området. Med ledning av slutsatserna från bedömningen av konsekvenserna för området och om inte annat följer av punkt 4, skall de behöriga nationella myndigheterna godkänna planen eller projektet först efter att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada och, om detta är lämpligt, efter att ha hört allmänhetens åsikt.

4. Om en plan eller ett projekt, på grund av att alternativa lösningar saknas, trots en negativ bedömning av konsekvenserna för området måste genomföras av tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse, inbegripet orsaker av social eller ekonomisk karaktär, skall medlemsstaten vidta alla nödvändiga kompensationsåtgärder för att säkerställa att Natura 2000 totalt sett förblir sammanhängande. Medlemsstaten skall underrätta kommissionen om de kompensationsåtgärder som vidtagits.

Om det berörda området innehåller en prioriterad livsmiljötyp eller en prioriterad art, är de enda faktorer som får beaktas sådana som berör människors hälsa eller den allmänna säkerheten, betydelsefulla konsekvenser för miljön eller, efter ett yttrande från kommissionen, andra tvingande orsaker som har ett allt överskuggande allmänintresse.”

⁶ I artikel 7 i livsmiljödirektivet föreskrivs att ”[f]örpliktelser som uppstår till följd av artikel 6.2–4 i detta direktiv skall ersätta alla förpliktelser som uppstår till följd av artikel 4.4 första meningen i direktiv 79/409/EEG vad gäller områden som klassificerats i enlighet med artikel 4.1 eller som på samma sätt erkänts i enlighet med artikel 4.2 i det direktivet, från och med dagen för genomförandet av det här direktivet eller den dag då en medlemsstat i enlighet med [fågeldirektivet] har klassificerat eller erkänt ett område, om den dagen infaller senare”.

I - 7453

30

Nationell rätt

- ⁹ Det kapitel i PKB Waddenzee som behandlar organisationen av kustfisket verkställdes genom ett regeringsbeslut av den 21 januari 1993. Structuurnota Zee-en kustvisserij "Vissen naar evenwicht". I beslutet fastställdes riktlinjerna för skaldjursfiske under åren 1993–2003 i bland annat Waddenzee. I kapitlet föreskrivs ett antal begränsningar avseende hjärtmusselfiske. I vissa områden i det statliga naturskyddsområdet är hjärtmusselfiske aldrig tillåtet och, även de år då tillgången på föda är låg, skall 60 procent av fåglarnas genomsnittliga näringsbehov i form av hjärtmusslor och blåmusslor förbehållas dessa fåglar. Att inte 100 procent av det genomsnittliga näringsbehovet förbehålls fåglarna beror på att de har alternativa näringskällor att tillgå (munksäl, hönmusslor och strandkrabba).

- ⁷ Enligt artikel 12.1 i Natuurbeschermingswet (lag om naturskydd) är det förbjudet att vidta, låta vidta eller tillåta åtgärder som skadar naturen i ett naturskyddat område eller ett naturskyddat områdes intressen ur en naturvetenskaplig synvinkel eller fördärvar detta område utan tillstånd från Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (minister med ansvar för jordbruk, naturvård och fiske) (nedan kallat ministern) och att överträda de villkor som förbundits med ett sådant tillstånd. Enligt andra punkten i denna artikel skall verksamhet som påverkar ett naturskyddsområdes väsentliga intressen, vilka anges i förordnandet, alltid anses skada naturen i ett sådant område eller områdets intressen ur en naturvetenskaplig synvinkel.

- ¹⁰ Enligt PKB Waddenzee innebär försiktighetsprincipen att bevarandet av Waddenzee skall ges företräde när det enligt bästa tillgängliga information råder uppenbara tvivel om att ett visst agerande inte kommer att ha en betydande negativ inverkan på ekosystemet. Av beslutet om hänskjutande framgår att flertalet av de vetenskapliga studier som har konsulterats inte entydigt pekar på att mekaniserat hjärtmusselfiske skulle ha en betydande negativ inverkan på Waddenzees ekosystem.

- ⁸ Av beslutet av den 17 november 1993 att utse Waddenzee till statligt naturskyddsområde, och skälen till beslutet, vilka utgör en integrerad del av detta, framgår att riktlinjerna för tillstånd och återkallelser med stöd av Natuurbeschermingswet är förbundna med riktlinjerna i Planologische Kernbeslissing Waddenzee (centralt beslut om iordningställandet av Waddenzee) (nedan kallat PKB Waddenzee). På detta sätt skapades enligt nämnda skäl en adekvat ram för kontroll, med tillämpning av förfarandena i Natuurbeschermingswet, av verksamhet som kan skada PKB Waddenzees huvudsyfte, nämligen varaktigt skydd och varaktig utveckling av Waddenzee i egenskap av naturskyddsområde och, i synnerhet, Waddenzees näringsområden, häckningsområden och viloplatser för fåglar i området. Mänsklig verksamhet med ekonomisk inriktning är möjlig på området under förutsättning att det sker en tillräcklig avvägning med avseende på den huvudsakliga målsättningen. Verksamhet som planeras i Waddenzee skall därmed kontrolleras med hänsyn till ovannämnda syfte och politiska inriktning samt utvärderas i förhållande till dessa.

Twisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- ¹¹ Genom beslut av den 1 juli 1999 och den 7 juli 2000 (nedan kallade de ifrågasatta besluten) beviljade statssekreteraren, på vissa villkor, PO Kokkelvisserij licenser för att bedriva mekaniserat musselfiske i ZPS Waddenzee under perioderna 16 augusti 1999 — 25 november 1999 respektive 14 augusti 2000 — 30 november 2000.

¹² Waddenzeeföreningen och fågelskyddsföreningen begärde omprövning av besluten. Genom beslut av den 23 december 1999 och den 19 februari 2001 förklarade statssekreteraren att invändningarna mot besluten saknade grund och avslag begäran om omprövningar.

¹³ De ovannämnda naturskyddsföreningarna överklagade avslagsbesluten till Raad van State. I sak har klagandena gjort gällande att det hjärtmusselfiske som tillåts genom de ifrågasatta besluten leder till bestående skador på geomorfologin samt djur- och växtlivet på Waddenzees botten. Klagandena har även gjort gällande att nämnda fiske tär på näringsbeståndet för fåglar som livnär sig på skaldjur och får till följd att dessa fåglar minskar i antal. Detta gäller i synnerhet strandkata och ejder. Waddenzeeföreningen och fågelskyddsföreningen har dessutom anfört att de ifrågasatta besluten strider mot livsmiljö- och fågeldirektiven.

¹⁴ Vad avser frågan huruvida artikel 6.2–6.4 i livsmiljödirektivet har införlivats på korrekt sätt med den nederländska rättsordningen har Raad van State uppgett att artikel 12 i Natuurbeschermingswet visserligen inte uttryckligen syftar till att införliva de förpliktelser som föreskrivs i artikel 6.2 i livsmiljödirektivet, men kan tolkas i överensstämmelse med denna bestämmelse. Natuurbeschermingswet innehåller inte heller några bestämmelser om införlivande av artikel 6.3 och 6.4 i nämnda direktiv. Det saknas också allmänt tillämpliga och bindande bestämmelser som syftar till att införliva artikel 6.3 och 6.4, vilka kan tillämpas på Waddenzee.

¹⁵ Den hänskjutande domstolen har dessutom erinrat om att det enligt Waddenzeeföreningen och fågelskyddsföreningen, till följd av att hjärtmusselfisket i det särskilda skyddsområdet Waddenzee utvidgas, rör sig om ”planer eller projekt” som ”på lämpligt sätt [skall] bedömas” enligt artikel 6.3 i livsmiljödirektivet. Stats-

I - 7456

sekreteraren anser däremot att verksamheten i fråga omfattas av tillämpningsområdet för artikel 6.2 i direktivet eftersom den har ägt rum under flera år utan att intensifieras.

¹⁶ Avseende förhållandet mellan artikel 6.2 och 6.3 i livsmiljödirektivet har Waddenzeeföreningen och fågelskyddsföreningen gjort gällande att även om den verksamhet för vilken licenserna har beviljats skall anses utgöra en plan eller ett projekt i den mening som avses i artikel 6.3 i livsmiljödirektivet skall den prövas mot bakgrund av artikel 6.2 i direktivet. Denna ståndpunkt aktualiserar frågan huruvida artikel 6.3 skall anses utgöra en precisering av bestämmelserna i artikel 6.2, varmed de två punkterna skall tillämpas kumulativt, eller om den skall anses utgöra en bestämmelse med en särskild och självständig innebörd, i den meningen att punkt 2 omfattar befintligt bruk medan punkt 3 gäller nya planer eller projekt.

¹⁷ Raad van State har också frågat sig under vilka förutsättningsförutsätt en plans eller ett projekts konsekvenser för området i fråga skall bedömas ”på lämpligt sätt”. Raad van State undrar dessutom vilka kriterier som skall beaktas vid bedömningen av vad som utgör ”lämpliga åtgärder” eller en ”lämplig” bedömning med hänsyn också till bestämmelsen i artikel 6.3 i livsmiljödirektivet, enligt vilken de behöriga nationella myndigheterna skall godkänna planen eller projektet först efter att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada.

¹⁸ Avslutningsvis anser Raad Van State att frågan huruvida artikel 6.2 och 6.3 har direkt effekt är av betydelse.

¹⁹ Under dessa omständigheter har Raad Van State beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) a) Skall uttrycket 'planer eller projekt' i artikel 6.3 i rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter tolkas så att det även avser en verksamhet som har bedrivits under flera år, men för vilken en tidsbegränsad licens i princip beviljas varje år, vilket innebär att en ny utvärdering görs varje gång av möjligheterna att bedriva denna verksamhet och av de delar av området inom vilka den kan bedrivas?

b) Om fråga 1a besvaras nekande: Skall den berörda verksamheten anses vara en plan eller ett projekt om den har intensifierats genom åren eller om en sådan intensifiering möjliggörs genom licenserna?

2) a) Om det av svaret på den första frågan framgår att det rör sig om en plan eller ett projekt, i den mening som avses i artikel 6.3 i livsmiljödirektivet, skall artikel 6.3 i livsmiljödirektivet då anses utgöra en precisering av bestämmelserna i artikel 6.2 eller anses ha en särskild och självständig innebörd, så att till exempel

i) artikel 6.2 gäller pågående verksamhet medan artikel 6.3 gäller nya planer eller projekt, eller

ii) artikel 6.2 gäller bestämmelser om skötsel- och förvaltning medan artikel 6.3 gäller övriga beslut, eller

iii) artikel 6.3 gäller planer och projekt medan artikel 6.2 gäller övrig verksamhet?

b) Om artikel 6.3 i livsmiljödirektivet skall anses utgöra en precisering av bestämmelserna i artikel 6.2, kan dessa två punkter då tillämpas kumulativt?

3) a) Skall artikel 6.3 i livsmiljödirektivet tolkas så att det rör sig en plan eller ett projekt när en viss verksamhet kan påverka det berörda området (varpå en 'lämplig' bedömning skall göras för att fastställa huruvida denna påverkan är 'betydande') eller skall bestämmelsen förstås så att en 'lämplig' bedömning enbart skall göras om det är (tillräckligt) troligt att en plan eller ett projekt kommer att ha en betydande påverkan på området?

b) Vilka kriterier skall tillämpas vid bedömningen av om planer eller projekt, i den mening som avses i artikel 6.3 i livsmiljödirektivet, som inte är direkt förbundna med eller nödvändiga för områdets skötsel och förvaltning, kan påverka detta område på ett betydande sätt, enskilt eller i kombination med andra planer eller projekt?

4) a) Vilka kriterier skall vid tillämpningen av artikel 6 i livsmiljödirektivet läggas till grund för bedömningen av om det är fråga om 'lämpliga åtgärder', i den mening som avses i artikel 6.2, eller om en 'lämplig' bedömning, med hänsyn till den försäkras som i enlighet med artikel 6.3 skall föregå ett godkännande av en plan eller ett projekt?

b) Har begreppen 'lämpliga åtgärder' och 'lämplig' bedömning en självständig innebörd eller skall de bedömas med hänsyn också till artikel 174.2 EG och särskilt med hänsyn till försiktighetsprincipen häri?

c) Om hänsyn skall tas till försiktighetsprincipen i artikel 174.2 EG, innebär det att tillstånd kan ges till viss verksamhet, i förevarande fall hjärtmusselfiske, när det inte råder uppenbara tvivel om att verksamheten inte kan ha en betydande påverkan, eller kan tillstånd endast ges när det inte finns några tvivel alls om att verksamheten inte kan ha en sådan inverkan, eller när det med säkerhet kan konstateras att verksamheten inte kan ha en sådan inverkan?

5) Har artikel 6.2 och 6.3 i livsmiljödirektivet direkt effekt i den meningen att enskilda kan åberopa artikeln inför nationell domstol och denna domstol, såsom följer av bland annat domen av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), måste säkerställa det rättsliga skydd för enskilda som följer av denna direkta effekt?"

20 Genom beslut av den 28 april 2004 avslogs PO Kokkelvisserijs begäran om tillstånd att inkomma med skriftligt yttrande efter det att generaladvokatens förslag till avgörande föredragits eller att på något annat sätt ges möjlighet att bemöta detta förslag.

Tolkningsfrågorna

Den första frågan

Fråga 1a

21 Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 1a för att få klarhet i huruvida mekaniserat hjärtmusselfiske, vilket har bedrivits under flera år, men för vilket en tidsbegränsad licens beviljas varje år, vilket innebär att en ny utvärdering görs varje gång av möjligheterna att bedriva denna verksamhet och av det område inom vilket verksamheten kan bedrivas, omfattas av begreppet "plan" eller "projekt" i artikel 6.3 i livsmiljödirektivet.

22 Enligt tionde skälet i livsmiljödirektivet måste "[e]n lämplig bedömning ... göras av alla planer eller projekt som på ett betydande sätt kan påverka målsättningen vad gäller bevarandet av ett område som har utsetts eller som kommer att utses i framtiden". Skälet har kommit till uttryck i artikel 6.3 i detta direktiv, där det bland annat anges att en plan eller ett projekt som kan påverka det berörda området på ett betydande sätt inte får godkännas utan en föregående bedömning av denna påverkan.

23 Begreppen "plan" och "projekt" definieras inte i livsmiljödirektivet.

²⁴ Rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt (EGT L 175, s. 40; svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 226), i vars sjätte skäl det föreskrivs att tillstånd för projekt som kan antas leda till betydande miljöpåverkan bör ges först efter det att en bedömning har gjorts av den huvudsakliga miljöpåverkan som projektet kan antas medföra, innehåller däremot en definition av begreppet projekt. I direktivets artikel 1.2 definieras projekt på följande sätt:

” — utförande av byggnads- eller anläggningsarbeten eller andra installationer eller arbeten,

— andra ingrepp i den naturliga omgivningen och i landskapet, inklusive mineralutvinning.”

²⁵ En verksamhet som mekaniserat hjärtnusselfiske omfattas av begreppet ”projekt” såsom detta har definierats i artikel 1.2 andra strecksatsen i direktiv 85/337.

²⁶ Denna tolkning av begreppet ”projekt” har betydelse för tolkningen av begreppen plan och projekt i livsmiljödirektivet. Som redan har framgått syftar livsmiljödirektivet, i likhet med direktiv 85/337, nämligen till att undvika att verksamheter som kan skada miljön godkännas utan föregående bedömning av deras effekter på miljön.

²⁷ I enlighet med detta omfattas en verksamhet som mekaniserat hjärtnusselfiske av begreppet plan eller projekt i artikel 6.3 i livsmiljödirektivet.

²⁸ Det förhållande att nämnda verksamhet periodvis har bedrivits på området i fråga under flera år och detta under förutsättning att en licens beviljas varje år, vilket innebär att en ny utvärdering görs varje gång av möjligheterna att bedriva denna verksamhet och av det område inom vilket verksamheten kan bedrivas, hindrar i sig inte att verksamheten vid varje ansökan om tillstånd anses utgöra en enskild plan eller ett enskilt projekt i den mening som avses i livsmiljödirektivet.

²⁹ Fråga 1a skall därmed besvaras på följande sätt: Mekaniserat hjärtnusselfiske, vilket har bedrivits under flera år, men för vilket en tidsbegränsad licens beviljas varje år, vilket innebär att en ny utvärdering görs varje gång av möjligheterna att bedriva denna verksamhet och av det område inom vilket verksamheten kan bedrivas, omfattas av begreppet plan eller projekt i artikel 6.3 i livsmiljödirektivet.

Fråga 1b

³⁰ Med hänsyn till svaret på fråga 1a saknas skäl att besvara fråga 1b.

Den andra frågan

³¹ Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i vilket förhållande som råder mellan artikel 6.2 och 6.3 i livsmiljödirektivet.

³² Det skall erinras om att artikel 6.2 i livsmiljödirektivet jämförd med artikel 7 i samma direktiv ålägger medlemsstaterna att i de särskilda skyddsområdena vidta lämpliga åtgärder för att förhindra försämring av livsmiljöer och väsentliga störningar av de arter för vilka områdena har utsetts.

³³ I artikel 6.3 i livsmiljödirektivet föreskrivs att planer eller projekt som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för skötseln och förvaltningen av ett område, men som kan påverka området på ett betydande sätt, skall godkännas av de behöriga nationella myndigheterna först efter att de, genom en lämplig bedömning av planens eller projektets konsekvenser för det berörda området, har försäkrat sig om att området inte kommer att ta skada.

³⁴ Genom den senare bestämmelsen har därmed ett förfarande inrättats, vilket genom föregående kontroller syftar till att säkerställa att planer eller projekt som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för skötseln och förvaltningen av ett område, men som kan påverka området på ett betydande sätt, endast godkänns under förutsättning att de inte skadar området.

³⁵ När en plan eller ett projekt väl har godkänts enligt förfarandet i artikel 6.3 i livsmiljödirektivet är det emellertid inte nödvändigt att samtidigt bedöma ingreppet

på det skyddade området mot bakgrund av den allmänna skyddsnorm som föreskrivs i artikel 6.2 i direktivet.

³⁶ Ett godkännande med stöd av artikel 6.3 i livsmiljödirektivet förutsätter nämligen att planen eller projektet inte har bedömts kunna skada det berörda området och, i enlighet med detta, inte heller kunna förorsaka sådana försämringar eller betydande störningar som avses i artikel 6.2.

³⁷ Det kan emellertid inte uteslutas att en sådan plan eller ett sådant projekt, trots att de behöriga nationella myndigheterna som godkände planen eller projektet inte kan klandras på något sätt, sedermera visar sig kunna ge upphov till sådana försämringar eller störningar. Under dessa omständigheter kan artikel 6.2 i livsmiljödirektivet tillämpas för att uppfylla det väsentliga målet att bevara och skydda miljön, till vilket bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter hör; vilket frångår av direktivets första skäl.

³⁸ Den andra frågan skall därmed besvaras på följande sätt: Genom artikel 6.3 i livsmiljödirektivet har ett förfarande inrättats vilket genom föregående kontroller syftar till att säkerställa att planer eller projekt som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för skötseln och förvaltningen av ett område, men som kan påverka området på ett betydande sätt, endast godkänns under förutsättning att de inte skadar området. I artikel 6.2 i nämnda direktiv föreskrivs däremot en allmän skyddsnorm, i form av en skyldighet att förhindra försämringar och störningar som kan ha betydande konsekvenser för målen med direktivet, vilken inte skall tillämpas samtidigt som artikel 6.3.

Den tredje frågan

Fråga 3a

³⁹ Enligt artikel 6.3 första meningen i livsmiljödirektivet skall alla planer eller projekt som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för skötseln och förvaltningen av ett område, men som enskilt eller i kombination med andra planer eller projekt kan påverka området på ett betydande sätt, på lämpligt sätt bedömas med avseende på konsekvenserna för målsättningen vad gäller bevarandet av området.

resonemang, domen av den 29 april 2004 i mål C-117/02, kommissionen mot Portugal, REG 2004, s. I-5517, punkt 85).

⁴³ Av detta följer att kravet i artikel 6.3 första meningen i livsmiljödirektivet att det skall göras en lämplig bedömning av en plans eller ett projekts konsekvenser gäller under förutsättning att det är sannolikt eller att det finns en risk för att planen eller projektet kommer att ha en betydande påverkan på det berörda området.

⁴⁰ Kravet på en lämplig bedömning av konsekvenserna av en plan eller ett projekt gäller således under förutsättning att planen eller projektet kan påverka området på ett betydande sätt.

⁴⁴ Med hänsyn till försiktighetsprincipen, vilken enligt artikel 174.2 första stycket EG utgör en av hörnstenarna i gemenskapens miljöpolitik, vilken syftar till en hög skyddsnivå, och som livsmiljödirektivet skall tolkas mot bakgrund av, anses en sådan risk föreligga när det på grundval av objektiva kriterier inte kan uteslutas att nämnda plan eller projekt har en betydande påverkan på det berörda området (se analogt bland annat dom av den 5 maj 1998 i mål C-180/96, Förenade Kungariket mot kommissionen, REG 1998, s. I-2265, punkterna 50, 105 och 107). En sådan tolkning av det villkor som gäller för bedömningen av en plans eller ett projekts konsekvenser för det berörda området innebär att en sådan bedömning skall göras när det föreligger tvivel om att ett visst agerande inte kan ha en betydande påverkan. Den tolkningen gör det möjligt att på ett effektivt sätt förhindra att planer eller projekt som skadar det berörda området godkänns, och den bidrar på detta sätt, i enlighet med tredje skälet och artikel 2.1 i livsmiljödirektivet, till att förverkliga direktivets väsentliga mål, nämligen att den biologiska mångfalden säkerställs genom att livsmiljöer och vilda djur och växter bevaras.

⁴¹ För att skyddsmekanismen i artikel 6.3 i livsmiljödirektivet skall utösas krävs därmed inte, vilket för övrigt framgår av kommissionens guide för tolkning av denna artikel, "Förvaltning av Natura 2000-områden, bestämmelserna i artikel 6 i direktiv 92/43/EEG", att det är klart att den plan eller projekt som bedöms har en betydande påverkan på det berörda området. Det räcker med att det är troligt att planen eller projektet har en sådan påverkan.

⁴² I artikel 2.1 i direktiv 85/337, som är avfattad på ett sätt som påminner om artikel 6.3 i livsmiljödirektivet, föreskrivs det att "[m]edlemsstaterna skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att projekt som kan antas medföra en betydande miljöpåverkan ... blir föremål för en bedömning av denna påverkan innan tillstånd ges". Domstolen har beträffande denna artikel fastställt att projekt som riskerar att medföra betydande miljöpåverkan utgör sådana projekt (se, för ett liknande

⁴⁵ Med hänsyn till ovanstående skall fråga 3b besvaras på följande sätt: Artikel 6.3 första meningen i livsmiljödirektivet skall tolkas så att alla planer eller projekt som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för skötseln och förvaltningen

av ett 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 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.

Fråga 3b

⁴⁶ Av artikel 6.3 första meningen i livsmiljödirektivet jämförd med tionde skälet i samma direktiv framgår att frågan huruvida konsekvenserna av en plan eller ett projekt, som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för skötseln och förvaltningen av ett område, är betydande för området, skall bedömas mot bakgrund av direktivets målsättning att bevara.

⁴⁷ När en sådan plan eller ett sådant projekt påverkar området utan att skada direktivets målsättning att bevara, skall planen eller projektet således anses inte kunna ha en betydande påverkan på området i fråga.

⁴⁸ Omvänt skall en sådan plan eller ett sådant projekt undantagslöst anses kunna ha en betydande påverkan på området när det riskerar att äventyra målsättningen att bevara det berörda området. Frågan huruvida effekterna är betydande skall, vid bedömningen av nämnda plans eller projekts framtida effekter, såsom kommissionen har gjort gällande, besvaras mot bakgrund av det berörda områdets särart och miljömässiga förhållanden.

⁴⁹ Fråga 3b skall därmed besvaras på följande sätt: Enligt artikel 6.3 första meningen i livsmiljödirektivet skall en plan eller ett projekt, som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för skötseln och förvaltningen av ett område, som riskerar att skada direktivets målsättning att bevara anses kunna ha en betydande påverkan på området. Vid bedömningen av huruvida påverkan är betydande skall i synnerhet det berörda områdets särart och miljömässiga förhållanden beaktas.

Den fjärde frågan

⁵⁰ Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 4a–c för att domstolen skall precisera dels begreppet ”lämpliga åtgärder”, i den mening som avses i artikel 6.2 i livsmiljödirektivet, och begreppet ”lämplig” bedömning, i den mening som avses i artikel 6.3 i samma direktiv, dels under vilka förutsättningar en verksamhet som mekaniserat hjärtnusselfiske kan godkännas.

⁵¹ Med hänsyn till omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen och vad som framkommit ovan, i synnerhet svaren på de två första frågorna, saknas skäl att besvara den fjärde frågan med avseende på artikel 6.2 i livsmiljödirektivet, vilket generaladvokaten erinrade om i punkt 116 i sitt förslag till avgörande.

⁵² Vad avser begreppet ”lämplig” bedömning, i den mening som avses i artikel 6.3 i livsmiljödirektivet, konstaterar domstolen att det i direktivet inte föreskrivs att bedömningen skall gå till på något specifikt sätt.

⁵³ Enligt bestämmelsens ordalydelse skall icke desto mindre en lämplig bedömning av en plans eller ett projekts konsekvenser för det berörda området föregå ett godkännande av planen eller projektet. Vid bedömningen skall de kumulativa effekterna av planen eller projektet och andra planer eller projekt med avseende på målsättningen att bevara området beaktas.

⁵⁴ En sådan bedömning förutsätter således 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 vetenskapliga kunskaper på området. Dessa mål kan, vilket framgår av artiklarna 3 och 4 i livsmiljödirektivet, och i synnerhet artikel 4.4 här, fastställas mot bakgrund av bland annat områdets betydelse för att möjliggöra att en gynnsam bevarandestatus hos en livsmiljötyp i bilaga 1 i direktivet eller en art i bilaga 2 bibehålls eller återställs, och för att Natura 2000 skall bli sammanhängande, och mot bakgrund av den risk för försämring eller förstörelse som området är utsatt för.

⁵⁵ Vad gäller frågan under vilka förutsättningar en verksamhet som mekaniserat hjärtmusselfiske kan godkännas, erinrar domstolen om att det, med hänsyn till artikel 6.3 i livsmiljödirektivet och svaret på den första frågan, åligger de behöriga nationella myndigheterna att med ledning av slutsatserna från bedömningen av planens eller projektets konsekvenser för det berörda området godkänna planen eller projektet först efter att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada.

⁵⁶ Därmed kan en plan eller ett projekt endast godkännas på villkor att de behöriga nationella myndigheterna har försäkrat sig om att planen eller projektet inte kommer att ha en skadlig inverkan på det berörda området.

I - 7470

⁵⁷ De behöriga myndigheterna skall således avslå en ansökan om godkännande när det råder osäkerhet om att planen eller projektet inte kommer att ha en skadlig inverkan på det område som berörs.

⁵⁸ Godkännandekriteriet i artikel 6.3 andra meningen i livsmiljödirektivet inbegriper försiktighetsprincipen (se dom av den 5 maj 1998 i mål C-157/96, *National Farmers' Union m.fl.*, REG 1998, s. I-2211, punkt 63) och gör det möjligt att på ett effektivt sätt förhindra att skyddade områden skadas genom planer och projekt. Ett mindre strängt godkännandekriterium skulle inte lika effektivt säkerställa att bestämmelsens mål, nämligen att skydda området, förverkligas.

⁵⁹ De behöriga nationella myndigheterna skall därmed, i enlighet med lydelsen av artikel 6.3 i livsmiljödirektivet, med ledning av slutsatserna från bedömningen av mekaniserat hjärtmusselfiske med avseende på konsekvenserna för målsättningen vad gäller bevarandet av det berörda området, godkänna denna verksamhet först efter att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada av den. Så är fallet när det ur ett vetenskapligt perspektiv inte föreligger några rimliga tvivel om att verksamheten inte kan ha en skadlig inverkan (se analogt dom av den 9 september 2003 i mål C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia m.fl.*, REG 2003, s. I-8105, punkterna 106 och 113).

⁶⁰ I motsatt fall kan mekaniserat hjärtmusselfiske om nödvändigt godkännas med stöd av artikel 6.4 i livsmiljödirektivet under förutsättning att villkoren här är uppfylla.

⁶¹ Med hänsyn till ovanstående skall den fjärde frågan besvaras på följande sätt: Enligt artikel 6.3 i livsmiljödirektivet förutsätter den lämpliga bedömningen av en plans eller ett projekts konsekvenser för målsättningen att bevara ett område att alla

I - 7471

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

Den femte frågan

⁶²
375

Med hänsyn till vad som slagits fast i punkt 51 ovan saknas skäl att pröva den femte frågan med avseende på artikel 6.2 i livsmiljödirektivet.

⁶³

Domstolen inskränker sig därför till att pröva nämnda fråga med avseende på artikel 6.3 i livsmiljödirektivet.

⁶⁴

Den hänskjutande domstolen har ställt den femte frågan för att få klarhet i huruvida en nationell domstol, som skall pröva om ett godkännande av en plan eller ett projekt enligt artikel 6.3 i livsmiljödirektivet är lagenligt, kan pröva huruvida de nationella myndigheternas utrymme för skönmässig bedömning enligt denna bestämmelse har respekterats, även om bestämmelsen inte har införlivats med den berörda medlemsstatens rättsordning trots att fristen för införlivande har löpt ut.

I - 7472

⁶⁵

Det skall först erinras om att en medlemsstats skyldighet att vidta alla de åtgärder som är nödvändiga för att uppnå de resultat som föreskrivs i ett direktiv är en tvingande skyldighet enligt såväl artikel 249 tredje stycket EG som direktivet. Denna skyldighet att vidta allmänna eller särskilda åtgärder avser alla medlemsstaternas myndigheter, däri inbegripet de dömande myndigheterna inom ramen för deras behörighet (se dom av den 24 oktober 1996 i mål C-72/95, Kraaijeveld m.fl., REG 1996, s. I-5403, punkt 55).

⁶⁶

Vad avser en enskild persons rätt att åberopa ett direktiv och den nationella domstolens möjlighet att beakta detta, vore det oförenligt med direktivets bindande verkan enligt artikel 249 EG att i princip omöjliggöra att den skyldighet som föreskrivs i direktivet kan åberopas av berörda personer. I synnerhet i de fall i vilka gemenskapernas institutioner genom ett direktiv har fastställt att medlemsstaterna skall agera på ett visst sätt, skulle den ändamålsenliga verkan av en sådan rättsakt förlora i styrka om enskilda förhindrades att åberopa den inför domstol och om de nationella domstolarna förhindrades att beakta den såsom en del av gemenskapsrätten då de prövar om den nationella lagstiftaren, inom gränserna för de valmöjligheter avseende form och tillvägagångssätt för att genomföra direktivet som denne har givits, har hållit sig inom gränserna för befogenheten att företa en skönmässig bedömning såsom den har angivits genom direktivet (se domen i det ovannämnda målet Kraaijeveld m.fl., punkt 56). Samma sak gäller när den relevanta bestämmelsen i ett direktiv inte har införlivats med nationell rätt och det skall provas huruvida en nationell myndighet respekterade gränserna för det utrymme för skönmässig bedömning som den förfogar över enligt denna bestämmelse när den antog en ifrågasatt rättsakt.

⁶⁷

Vad gäller gränserna för utrymmet för skönmässig bedömning enligt artikel 6.3 i livsmiljödirektivet följer det av denna bestämmelse att de behöriga nationella myndigheterna i ett fall som det förevarande, med ledning av slutsatserna från bedömningen av det mekaniserade hjärtmusselfiskets konsekvenser för målsättningen att bevara det berörda området, skall godkänna denna verksamhet först efter

att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada av den. Så är fallet när det ur ett vetenskapligt perspektiv inte föreligger några rimliga tvivel om att verksamheten inte kan ha en skadlig inverkan (se punkt 59 i förevarande dom).

⁶⁸ Detta villkor är således inte uppfyllt när de nationella myndigheterna godkänner nämnda verksamhet trots att det råder osäkerhet om att verksamheten inte kan ha någon skadlig inverkan på det berörda området.

⁶⁹ Av detta följer att en nationell domstol kan beakta artikel 6.3 i livsmiljödirektivet vid bedömningen av om den nationella myndighet som godkände en plan eller ett projekt höll sig inom gränserna för sitt utrymme för skönmässig bedömning enligt bestämmelsen i fråga.

⁷⁰ Den femte frågan skall därmed besvaras på följande sätt: När en nationell domstol skall pröva om ett godkännande av en plan eller ett projekt enligt artikel 6.3 i livsmiljödirektivet är lagenligt kan den pröva huruvida de nationella myndigheternas utrymme för skönmässig bedömning enligt denna bestämmelse har respekterats, även om bestämmelsen inte har införlivats med den berörda medlemsstatens rättsordning trots att fristen för införlivande har löpt ut.

Rättegångskostnader

⁷¹ Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

På dessa grunder beslutar domstolen (stora avdelningen) följande dom:

- 1) Mekaniserat hjärtmusselsfiske, vilket har bedrivits under flera år, men för vilket en tidsbegränsad licens beviljas varje år, vilket innebär att en ny utvärdering görs varje gång av möjligheterna att bedriva denna verksamhet och av det område inom vilket verksamheten kan bedrivas, omfattas av begreppet plan eller projekt i artikel 6.3 i rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter.
- 2) Genom artikel 6.3 i direktiv 92/43 har ett förfarande inrättats, vilket genom föregående kontroller syftar till att säkerställa att planer eller projekt som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för skötseln och förvaltningen av ett område, men som kan påverka området på ett betydande sätt, endast godkänns under förutsättning att de inte skadar området. I artikel 6.2 i nämnda direktiv föreskrivs däremot en allmän skyddsnorm, i form av en skyldighet att förhindra försämringar och störningar som kan få betydande konsekvenser för målen med direktivet, vilken inte skall tillämpas samtidigt som artikel 6.3.
- 3) a) Artikel 6.3 första meningen i livsmiljödirektivet skall tolkas så att alla planer eller projekt som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för skötseln och förvaltningen av ett 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 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.
- b) Enligt artikel 6.3 första meningen i livsmiljödirektivet skall planer eller projekt, som inte direkt hänger samman med eller är nödvändiga för

skötseln och förvaltningen av ett område, som riskerar att skada direktivets målsättning att bevara anses kunna ha en betydande påverkan på området. Vid bedömningen av huruvida påverkan är betydande skall i synnerhet det berörda områdets särart och miljömässiga förhållanden beaktas.

- 4) Enligt artikel 6.3 i livsmiljödirektivet förutsätter den lämpliga bedömningen av en plans eller ett projekts konsekvenser för målsättningen att bevara ett område 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 mekaniserat hjärtmusselfiske med avseende på konsekvenserna för målsättningen att bevara ett område, skall de behöriga nationella myndigheterna godkänna verksamheten endast efter att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada. Så är fallet när det ur ett vetenskapligt perspektiv inte föreligger några rimliga tvivel om att verksamheten inte kan ha en skadlig inverkan.
- 5) När en nationell domstol skall pröva om ett godkännande av en plan eller ett projekt enligt artikel 6.3 i livsmiljödirektivet är lagenligt kan den pröva huruvida de nationella myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning enligt denna bestämmelse har respekterats, även om bestämmelsen inte har införlivats med den berörda medlemsstatens rättsordning trots att fristen för införlivande har löpt ut.

Underskrifter,

den 15 oktober 2009 (¹)

”Direktiv 85/337/EEG — Allmänhetens deltagande i beslutsprocesser på miljöområdet — Rätt att föra talan mot beslut om tillstånd för projekt som kan antas medföra en betydande miljöpåverkan”

I mål C-263/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Högsta domstolen (Sverige) genom beslut av den 29 maj 2008, som inkom till domstolen den 19 juni 2008, i målet

Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening

mot

Stockholms kommun genom dess marknämnd,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden på fjärde avdelningen J.-C. Bonichot (referent), tillförordnad ordförande på andra avdelningen, samt domarna C. Toader, C.W.A. Timmermans, K. Schieman och L. Bay Larsen, generaladvokat: E. Sharpston, justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm, efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 7 maj 2009, med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening, genom P Schönning och G. Högberg Björck, jur. kand.,
 - Sveriges regering, genom A. Falk, K. Petkovska, C. Meyer-Seitz och S. Johannesson, samtliga i egenskap av ombud,
 - Europeiska gemenskapernas kommission, genom J.-B. Laignelot och P. Dejmeek, båda i egenskap av ombud,
- och efter att den 2 juli 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av bestämmelser i rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt (EGT L 175, s. 40; svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 226), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/35/EG av den 26 maj 2003 (EUT L 156, s. 17) (nedan kallat direktiv 85/337).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening (nedan kallad miljöskyddsföreningen) och Stockholms kommun genom dess marknämnd (nedan kallad Stockholms kommun).

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

Direktiv 2003/35

3 Artikel 1 i direktiv 2003/35 har följande lydelse:

”Syftet med detta direktiv är att bidra till genomförande av förpliktelserna enligt Århuskonventionen [om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslut och rätt till överprövning i miljöfrågor, vilken har godkänts på Europeiska gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2005/370/EG av den 17 februari 2005 (EUT L 124, s. 1)]]. särskilt genom att:

- a) föreskriva att allmänheten skall delta i utarbetandet av vissa planer och program på miljöområdet,
- b) förbättra allmänhetens deltagande och fastställa bestämmelser om rätt till rättslig prövning inom ramen för rådets direktiv 85/337/EEG och 96/61/EG.”

Direktiv 85/337

4 I artikel 1.2 i direktiv 85/337 föreskrivs följande:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelse som här anges:

...

allmänheten:

en eller flera fysiska eller juridiska personer och, i enlighet med nationell lagstiftning eller praxis, sammanslutningar, organisationer eller grupper av dessa.

den berörda allmänheten:

den allmänhet som berörs eller kan antas bli berörd av, eller som har ett intresse av, de beslutsprocesser på miljöområdet som avses i artikel 2.2. Inke-statliga miljöskyddsorganisationer som uppfyller kraven i nationell lagstiftning skall enligt denna definition anses ha ett sådant intresse.”

5 Artikel 2 i direktiv 85/337 har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att projekt som kan antas medföra en betydande miljöpåverkan bland annat på grund av sin art, storlek eller lokalisering blir föremål för krav på tillstånd och en bedömning av deras påverkan innan tillstånd ges. Dessa projekt anges i artikel 4.

2. Bedömningen av miljöpåverkan kan integreras i det befintliga tillståndsförfarandet för projekt i medlemsstaterna eller, om detta inte är möjligt, i andra förfaranden eller i sådana förfaranden som tillskapas för att målsättningarna i detta direktiv skall uppfyllas.

...

3. Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i artikel 7 får medlemsstaterna i undantagsfall besluta att ett visst projekt helt eller delvis skall undantas från föreskrifterna i detta direktiv.

Medlemsstaterna skall i så fall

- a) undersöka om någon annan form av bedömning skulle vara lämplig,
- b) se till att uppgifter som erhållits genom en sådan annan form av bedömning som avses i led a, uppgifter om beslutet om undantaget samt skälen för detta görs tillgängliga för den berörda allmänheten.

...”

6 I artikel 4 i direktiv 85/337 föreskrivs följande:

”1. Om inte annat följer av artikel 2.3 skall projekt som redovisas i bilaga I bli föremål för en bedömning i enlighet med artiklarna 5–10.

2. Om inte annat följer av artikel 2.3 skall medlemsstaterna när det gäller projekt som redovisas i bilaga II bestämma genom

- a) granskning från fall till fall,

eller

- b) gränsvärden eller kriterier som fastställs av medlemsstaten, om projektet skall bli föremål för en bedömning i enlighet med artiklarna 5–10.

Medlemsstaterna får besluta att tillämpa förfarandena i både a och b.

- 3. Vid granskning från fall till fall eller fastställande av gränsvärden eller kriterier enligt punkt 2, skall de relevanta urvalskriterier som fastställs i bilaga III beaktas.

- 4. Medlemsstaterna skall säkerställa att de ansvariga myndigheternas avgöranden enligt punkt 2 görs tillgängliga för allmänheten.”

- 7 I punkt 11 i bilaga I till direktiv 85/337 anges ”[s]ystem för uttag av grundvatten eller konstgjord grundvattenbildning, där den årligen uttagna eller tillförda vattenvolymen är lika med eller överstiger 10 miljoner kubikmeter”.

- 8 I punkt 10 1, under rubriken ”Infrastrukturprojekt”, i bilaga II till nämnda direktiv nämns ”[s]ystem för utvinning av grundvatten eller konstgjord grundvattenbildning vilka inte omfattas av bilaga I”.

- 9 Artikel 6 i direktiv 85/337 har följande lydelse:

”...

- 2. Allmänheten skall, genom offentliga meddelanden eller på annat lämpligt sätt, t.ex. med hjälp av elektroniska medier när sådana är tillgängliga, informeras om följande på ett tidigt stadium under de beslutsprocesser på miljöområdet som avses i artikel 2.2, och senast så snart som information rimligen kan ges:

- a) Ansökan om tillstånd.
- b) Uppgift om att projektet omfattas av en miljökonsekvensbedömning och, i förekommande fall, att artikel 7 är tillämplig.
- c) Uppgifter om vilka myndigheter som är behöriga att fatta beslut, från vilka relevant information kan erhållas, till vilka synpunkter eller frågor kan lämnas in samt om tidsfristerna för att överlämna synpunkter eller frågor.
- d) Vilka beslut som kan komma att fattas eller, i förekommande fall, utkastet till beslut.
- e) Uppgift om var den information som har samlats in i enlighet med artikel 5 finns tillgänglig.
- f) Uppgift om när och var samt på vilket sätt relevant information kommer att göras tillgänglig.
- g) Närmare bestämmelser om allmänhetens deltagande i enlighet med punkt 5 i den här artikeln.

- 3. Medlemsstaterna skall inom rimliga tidsramar se till att den berörda allmänheten får tillgång till följande:

- a) All information som har samlats in i enlighet med artikel 5.
- b) I enlighet med den nationella lagstiftningen, de viktigaste rapporter och utlåtanden som har lämnats till den eller de behöriga myndigheterna vid den tidpunkt då den berörda allmänheten skall informeras i enlighet med punkt 2 i den här artikeln.
- c) I enlighet med bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/4/EG av den 28 januari 2003 om allmänhetens tillgång till miljöinformation [(EUT L 41, s. 26)], annan information än den som avses i punkt 2 i den här artikeln, som är relevant för beslutet i enlighet med artikel 8 och som blir tillgänglig efter det att den berörda allmänheten har informerats i enlighet med punkt 2 i den här artikeln.

- 4. Den berörda allmänheten skall på ett tidigt stadium få reella möjligheter att delta i de beslutsprocesser på miljöområdet som avses i artikel 2.2 och skall för detta ändamål ha rätt att yttra sig när alla alternativ står öppna till den eller de behöriga myndigheterna innan beslut fattas om ansökan om tillstånd.

- 5. Närmare bestämmelser om information till allmänheten (till exempel genom affisivering inom ett visst område eller offentliggörande i lokalpressen) och samråd med den berörda allmänheten

(till exempel skriftligen eller genom offentlig utfrågning) skall fastställas av medlemsstaterna.

- 6. För de olika etapperna skall det fastställas rimliga tidsramar som ger tillräckligt med tid för att informera allmänheten och för den berörda allmänheten att förbereda sig och på ett effektivt sätt delta i beslutsprocessen på miljöområdet, i enlighet med bestämmelserna i denna artikel.”

- 10 Artikel 10a i direktiv 85/337 har följande lydelse:

”Medlemsstaterna skall inom ramen för den relevanta nationella lagstiftningen se till att de medlemmar av den berörda allmänheten

- a) som har ett tillräckligt intresse, eller

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

har rätt att få den materiella eller formella giltigheten av ett beslut, en handling eller en underlåtenhet som omfattas av bestämmelserna om allmänhetens deltagande i detta direktiv prövad i domstol eller något annat oberoende och opartiskt organ som inrättats genom lag.

Medlemsstaterna skall fastställa i vilket skede beslut, handlingar eller underlåtenhet kan prövas.

Vad som utgör ett tillräckligt intresse och kränkning av en rättighet skall fastställas av medlemsstaterna, i enlighet med målet att ge den berörda allmänheten en omfattande rätt till rättslig prövning. För detta ändamål skall det intresse som en icke-statlig organisation som uppfyller kraven i artikel 1.2 har, anses tillräckligt i den mening som avses i led a i den här artikeln. Sådana organisationer skall också anses ha rättigheter som kan kränkas i den mening som avses i led b i den här artikeln.

Bestämmelserna i denna artikel skall inte utesluta möjligheten av ett preliminärt prövningsförfarande inför en förvaltningsmyndighet och skall inte påverka kravet att de administrativa prövningsförfarandena skall vara utömda innan rättsliga prövningsförfaranden får användas, om detta krav finns enligt den nationella lagstiftningen.

Sådana förfaranden skall vara rättvisa, snabba och inte oöverkomligt kostsamma.

För att främja den faktiska tillämpningen av bestämmelserna i denna artikel skall medlemsstaterna se till att praktisk information om rätten till rättslig prövning i domstol och i administrativ ordning görs tillgänglig för allmänheten.”

Den nationella lagstiftningen

- 11 I 11 kap. 2 och 9 §§ miljöbalken föreskrivs att bortledande av grundvatten och tillförsel av vatten för att öka grundvattenmängden samt utförande av anläggningar för detta utgör tillståndspliktig verksamhet. Ansökan om tillstånd prövas enligt 11 kap. 9 b § miljöbalken, i första instans, av miljödomstolen. I 23 kap. 1 och 9 §§ miljöbalken föreskrivs att miljödomstolens domar och beslut får överklagas hos Miljööverdomstolen, vars domar och beslut får överklagas hos Högsta domstolen.

- 12 Bestämmelserna om miljökonsekvensbeskrivningar återfinns i 6 kap. miljöbalken. Där föreskrivs bland annat att den som avser att bedriva en tillståndspliktig verksamhet ska samråda med länsstyrelsen, tillsynsmyndigheten och de enskilda som kan antas bli särskilt berörda. Länsstyrelsen har därvid att ta ställning till om en planerad verksamhet ska antas medföra en betydande miljöpåverkan. Om en verksamhet enligt länsstyrelsens beslut ska antas medföra en sådan påverkan, ska samråd ske även med övriga statliga myndigheter liksom med de kommuner, den allmänhet och de organisationer som kan antas bli berörda.

- 13 I 16 kap. 12 och 13 §§ miljöbalken regleras rätten att överklaga. Rätten för parter i ett mål och för vissa organisationer och myndigheter att överklaga behandlas i 12 § och följande paragrafer i nämnda kapitel 16. Enligt nämnda 13 § får en ideell förening på vissa i bestämmelsen angivna villkor överklaga domar och beslut om tillstånd, godkännande eller dispens enligt miljöbalken.

- 14 Föreningen ska enligt 16 kap. 13 § uppfylla tre villkor, nämligen att enligt sina stadgar ha till ändamål att tillvarata naturskydds- eller miljöskyddsintressen, ha bedrivit verksamhet i Sverige under minst tre år och ha minst 2000 medlemmar.

Twisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 15 Stockholms kommun ingick ett avtal med ett kraftbolag om att mellan områdena Hjorthagen och Fisksjöäng, belägna på norra Djurgården i Stockholm, anlägga en cirka en kilometer lång bergtunnel i syfte att byta ut högspanningsledningar som hängde i luft mot ledningar i mark.
- 16 För att genomföra projektet var det nödvändigt att dels leda bort inläckande grundvatten från kraftledningstunneln och tillhörande tillfartstunnel, dels på vissa fastigheter i området utföra anläggningar för bortledning och för infiltration av vatten i jord eller berg för att kompensera för en eventuell grundvattensänkning.
- 17 I beslut av den 27 maj 2004 fann Länsstyrelsen i Stockholms län, vid en prövning enligt 6 kap. miljöbalken och på grundval av miljökonsekvensbeskrivningen av projektet, att den aktuella verksamheten kan antas medföra betydande miljöpåverkan, i synnerhet med avseende på grundvattnet.
- 18 I dom av den 13 december 2006 lämnade Miljödomstolen vid Stockholms tingsrätt, med stöd av 11 kap. miljöbalken, Stockholms kommun tillstånd att genomföra arbetena i fråga.
- 19 Miljöskyddsföreningen överklagade nämnda dom hos Miljööverdomstolen vid Svea Hovrätt. Överklagandet avvisades emellertid med motiveringen att miljöskyddsföreningen inte uppfyllde kravet i 16 kap. 13 § miljöbalken, att en förening måste ha minst 2000 medlemmar för att få överklaga domar och beslut enligt miljöbalken.
- 20 Miljöskyddsföreningen överklagade avvisningsbeslutet hos Högsta domstolen.
- 21 Hos Högsta domstolen har fråga uppkommit huruvida det omtvistade projektet omfattas av direktiv 85/337, såsom projekt i den mening som avses i punkt 10 i bilaga II. Denna punkt förefaller nämligen, i direktivets svenska språkversion, vara begränsad till system för utvinning av grundvatten i syfte att använda vattnet. Vidare har fråga uppkommit om den exakta omfattningen av den talerätt som föreskrivs i Århuskonventionen och huruvida de villkor som uppställs för talerätt i den svenska lagen är alltför restriktiva.
- 22 Högsta domstolen har därför beslutat att förklara målet vilande och ställa följande tolkningsfrågor till EG-domstolen:

- ”1) Skall [punkt 10 i bilaga II till direktiv 85/337] tolkas så, att däri innefattas vattenverksamhet som innebär bortledning av inläckande grundvatten från en kraftledningstunnel och infiltration (tillförsel) av vatten i jord eller berg för att kompensera för eventuell grundvattensänkning samt utförande och bibehållande av anläggningar för bortledandet och infiltrationen?
- 2) Om svaret på fråga 1 är ja: Innebär bestämmelsen i artikel 10a i [direktiv 85/337] – att den berörda allmänheten under vissa förutsättningar skall ha rätt att få den materiella eller formella giltigheten av ett beslut prövat i domstol, eller av något annat oberoende och opartiskt organ som inrättats genom lag – även krav på att den berörda allmänheten skall ha rätt att överklaga en domstols avgörande av en tillståndsfråga i ett fall där den berörda allmänheten har fått möjlighet att delta i domstolens handläggning av tillståndsfrågan och yttra sig där?
- 3) Om svaren på frågorna 1 och 2 är ja: Skall artiklarna 1.2, 6.4 och 10a i [direktiv 85/337] tolkas så att olika nationella krav kan ställas när det gäller den berörda allmänhet som avses i artikel 6.4 respektive artikel 10a, med följd att små lokalt etablerade miljöskyddsföreningar har rätt att delta i den beslutsprocess som avses i artikel 6.4 avseende projekt som kan medföra betydande miljöpåverkan i det område där föreningen verkar men inte en sådan rätt att överklaga som avses i artikel 10a?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

- 23 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan i syfte att få klarhet i om ett sådant projekt som avses i det nationella målet omfattas av det i punkt 10 i bilaga II till direktiv 85/337

nämnda begreppet ”[s]ystem för utvinning av grundvatten eller konstgjord grundvattenbildning vilka inte omfattas av bilaga I” till nämnda direktiv.

- 24 Enligt den hänskjutande domstolen kan punkt 10 i nämnda bilaga II, i dess svenska språkversion, förstås så att den enbart avser projekt för utvinning av grundvatten i syfte att använda vattnet.

25 Det framgår av fast rättspraxis att behovet av att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna tillämpas, och följaktligen tolkas, enhetligt utesluter att en bestämmelse i oklara fall betraktas isolerad i en av sina språkversioner och i stället kräver att bestämmelsen tolkas och tillämpas mot bakgrund av de versioner som utarbetats på övriga officiella språk (dom av den 9 mars 2006 i mål [C-174/05, Zuid-Hollands Milieufederatie och Natuur en Milieu, REG 2006, s. I-2443](#), punkt 20, och av den 29 januari 2009 i mål [C-311/06, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, REG 2009, s. I-415](#), punkt 53).

26 Behovet av en sådan tolkning kräver dessutom att bestämmelsen, i händelse av skillnader mellan de olika språkversionerna, tolkas utifrån den allmänna systematiken i och syftet med det regelverk i vilket bestämmelsen ingår (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 december 1995 i mål [C-449/93, Roekfont, REG 1995, s. I-4291](#), punkt 28).

27 Vad punkt 10 i bilaga II till direktiv 85/337 beträffar framgår det av direktivets olika språkversioner, och i synnerhet den tyska, den engelska, den spanska, den finländska, den franska, den italienska, den nederländska, den polska och den portugisiska, att bestämmelsen avser de system för utvinning eller tillförsel av grundvatten som inte anges i bilaga I till nämnda direktiv, oberoende av i vilket syfte verksamheterna bedrivs, samt, i synnerhet, en eventuell senare användning av det grundvatten som utvunnits ur eller tillförts marken.

28 Inte heller punkt 11 i bilaga I till samma direktiv, som avser system för uttag av grundvatten eller grundvattenbildning, där den årligen uttagna eller tillförda vattenvolymen är lika med eller överstiger 10 miljoner kubikmeter, innehåller några sådana kriterier.

29 Det framgår slutligen av fast rättspraxis att tillämpningsområdet för direktiv 85/337 är vidsträckt och att dess ändamål är mycket omfattande (se dom av den 28 februari 2008 i mål [C-2/07, Abraham m.fl., REG 2008, s. I-1197](#), punkt 32 och där angiven rättspraxis).

30 Bestämmelserna i punkt 10 i bilaga II till direktiv 85/337 således tolkas så, att de avser alla system för utvinning av grundvatten eller konstgjord grundvattenbildning som inte omfattas av bilaga I till nämnda direktiv, oberoende av deras ändamål. Detta innebär att bestämmelserna även omfattar system som inte medför att vattnet i fråga används.

31 Av det anförda följer att den första frågan ska besvaras enligt följande. Ett sådant projekt som det i målet vid den nationella domstolen – som avser bortledning av inläckande grundvatten från en kraftledningstunnel och infiltration av vatten i jord eller berg för att kompensera för eventuell grundvattensänkning samt utförande och bibehållande av anläggningar för bortledandet och infiltrationen – omfattas av punkt 10 i bilaga II till direktiv 85/337, oberoende av för vilken slutanvändning grundvattnet är avsett och, i synnerhet, oberoende av huruvida vattnet är föremål för någon senare användning.

Den andra frågan

32 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan i syfte att få klarhet i huruvida artikel 10a i direktiv 85/337 ska tolkas så, att medlemmar av den berörda allmänheten får föra talan mot det beslut genom vilket en instans, som ingår i en medlemsstats domstolsväsende, har tagit ställning till en ansökan om tillstånd för ett projekt, trots att de har haft möjlighet att delta i instansens handläggning av nämnda ansökan genom att delta i förfarandet i nämnda instans och yttra sig där.

33 I artikel 10a i direktiv 85/337 föreskrivs, efter de ändringar som har skett genom direktiv 2003/35 vars syfte är att genomföra Århuskonventionen, att medlemmar av den berörda allmänheten som uppfyller vissa villkor har rätt att få den materiella eller formella giltigheten av ett beslut, en handling eller en underlåtenhet som omfattas av dess tillämpningsområde prövat i domstol eller något annat oberoende och opartiskt organ.

34 Det framgår således av bestämmelsens ordalydelse att personer som tillhör den berörda allmänheten ska ha rätt att föra en sådan talan när de har ett tillräckligt intresse eller, om detta

krävs enligt en medlemsstats lagstiftning, när de gör gällande att någon av de verksamheter som avses i direktiv 85/337 kränker deras rättigheter.

35 Vidare framgår av nämnda bestämmelse att alla icke-statliga miljöskyddsorganisationer som uppfyller kraven i nationell lagstiftning ska anses uppfylla kraven för att tillhöra den berörda allmänhet som enligt artikel 1.2 i direktiv 85/337, jämförd med artikel 10a däri, har rätt att föra talan.

36 I artikel 6.4 i direktiv 85/337 föreskrivs dessutom att den berörda allmänheten särskilt ska ges reella möjligheter att delta i beslutsprocesser på miljöområdet i fråga om projekt som kan antas medföra betydande påverkan på miljön.

37 Det förhållandet att ett sådant tillstånd för projekt för nedgrävning av elkablar och utvinning av grundvatten som avses i målet vid den nationella domstolen, och som utgör ett beslut i den mening som avses i artikel 10a i direktiv 85/337, har utfärdats av en domstol med utövande av befogenheter av förvaltningskaraktär utgör inte hinder för en förening som uppfyller de ovan i punkt 35 anförda villkoren att i enlighet med nationell lagstiftning utöva sin rätt att föra talan mot nämnda beslut.

38 För det första gäller nämligen rätten till rättslig prövning enligt artikel 10a i direktiv 85/337 oberoende av om det är en förvaltningsmyndighet eller en domstol som har utfärdat det beslut eller den rättsakt som är omvitstad. För det andra skiljer sig deltagandet i beslutsprocesser på miljöområdet enligt villkoren i artikel 2.2 och 6.4 i direktiv 85/337 från, och har ett annat syfte än, talan i domstol, vilken i förekommande fall kan föras mot ett beslut som antagits i en sådan process. Talerätten påverkas således inte av ett sådant deltagande.

39 Den andra frågan ska således besvaras enligt följande. Medlemmar av den berörda allmänheten i den mening som avses i artiklarna 1.2 och 10a i direktiv 85/337 ska ha rätt att föra talan mot beslut genom vilka en instans, som ingår i en medlemsstats domstolsväsende, har tagit ställning till en ansökan om tillstånd för ett projekt, oberoende av vilken roll de, genom att delta i förfarandet i nämnda instans och yttra sig där, kan ha haft vid handläggningen av nämnda ansökan.

Den tredje frågan

40 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan i syfte att få klarhet i huruvida medlemsstaterna har rätt att, vid genomförandet av artiklarna 6.4 och 10a i direktiv 85/337, föreskriva att små lokalt etablerade miljöskyddsföreningar har rätt att delta i den beslutsprocess som avses i artikel 2.2 i nämnda direktiv utan att för den skull ha talerätt mot det beslut som processen resulterar i.

41 Det framgår av beslutet om hänskjutande, av de handlingar som ingetts till domstolen och av de muntliga anförandena vid den muntliga förhandlingen att denna fråga bland annat motiveras av att det i den tillämpliga svenska lagstiftningen ställs krav på att en förening måste ha minst 2000 medlemmar för att få föra talan mot ett beslut på miljöområdet.

42 Det framgår av direktiv 85/337 att det görs åtskillnad mellan å ena sidan den allmänhet som berörs av någon av de verksamheter som omfattas av dess tillämpningsområde i allmänhet och å andra sidan den undergrupp till den berörda allmänheten, bestående av fysiska eller juridiska personer som, med hänsyn till sin särskilda ställning med avseende på den aktuella verksamheten, ska ha rätt, enligt artikel 10a däri, att föra talan mot det beslut genom vilket verksamheten tillåts.

43 Enligt nämnda direktiv ska villkoren för att pröva en talan fastställas i nationell lagstiftning. Det kan röra sig om krav på "ett tillräckligt intresse", eller att "en rättighet kränks", beroende på om det i nationell lagstiftning vanligen hänvisas till det ena eller det andra uttrycket.

44 Vad gäller icke-statliga organisationer ska, enligt artikel 1.2 jämförd med artikel 10a i direktiv 85/337, de organisationer som "uppfyller kraven i nationell lagstiftning" alltefter omständigheterna anses ha ett "tillräckligt intresse" av saken eller ha rättigheter som kan kränkas av en verksamhet som omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv.

45 Sistnämnda artikel överlåter visserligen, genom hänvisningen till artikel 1.2 i nämnda direktiv, till de nationella lagstiftarna att fastställa eventuella krav som ska vara uppfyllda för att en icke-statlig

miljöorganisation, såsom en förening, ska anses ha talerätt under ovannämnda omständigheter. De nationella regler som införs i det avseendet ska emellertid säkerställa dels "en omfattande rätt till rättslig prövning", dels att bestämmelserna i direktiv 85/337 om rätt till rättslig prövning ges en ändamålsenlig verkan. De nationella bestämmelserna får således inte innebära en risk för att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna – innebärande en rätt för personer som har ett tillräckligt intresse av att ifrågasätta ett projekt, eller vars rättigheter kränks av projektet, däribland miljöskyddsföreningar, att föra talan i behörig rättsinstans – förlorar all ändamålsenlig verkan.

46 Sett ur den synvinkeln kan det i nationell rätt ställas krav på att en sådan förening, som önskar föra talan i domstol mot ett projekt som omfattas av direktiv 85/337, enligt sina stadgar har som verksamhetsföremål att främja natur- och miljöskydd.

47 Det kan inte uteslutas att kravet på att en miljöskyddsförening måste ha ett lägsta antal medlemmar skulle kunna vara relevant såsom en försäkring om att föreningen verkligen existerar och bedriver verksamhet. Det antal medlemmar som krävs enligt nationell lagstiftning får dock inte fastställas till en nivå som strider mot ändamålen med direktiv 85/337, i synnerhet målet att göra domstolsprövningen av sådana verksamheter som direktivet omfattar lättillgänglig.

48 Även om det i direktiv 85/337 föreskrivs att medlemmar av den berörda allmänheten, som antingen har ett tillräckligt intresse av att ifrågasätta en verksamhet eller har rättigheter som en verksamhet kan kränka, ska kuma föra talan mot det beslut genom vilket verksamheten tillåts, är det enligt direktivet ingalunda tillåtet att begränsa talemöjligheten, med motiveringen att de berörda personerna redan har beretts tillfälle att yttra sig genom sitt deltagande i beslutsprocessen enligt bestämmelserna i artikel 6.4 i nämnda direktiv.

49 Den omständighet som Konungariket Sverige har hänvisat till, att de nationella bestämmelserna ger stora möjligheter att på ett tidigt stadium delta i det förfarande som föregår det beslut som ska fattas angående en verksamhet, kan inte på något sätt rättfärdiga att rätten att föra talan mot det beslut som förfarandet resulterar i bara gäller på begränsade villkor.

50 Direktiv 85/337 rör inte bara verksamheter av regional eller nationell betydelse utan även mer begränsade verksamheter som lokala föreningar är bättre skickade att ta hand om. Såsom generaladvokaten har anfört i punkt 78 i sitt förslag till avgörande innebär den aktuella bestämmelsen i den svenska lagstiftningen emellertid att lokala föreningar berövas all rätt till en rättslig prövning.

51 Den svenska regeringen, som har medgett att det för närvarande bara finns två föreningar med över 2000 medlemmar och som således uppfyller kravet i 16 kap. 13 § miljöbalken, har förvisso gjort gällande att lokala föreningar kan vända sig till någon av dessa två föreningar och be dem väcka talan. Denna enda möjlighet uppfyller emellertid inte kraven i direktiv 85/337, eftersom de behöriga föreningarna dels kanske inte har samma intresse av att befatta sig med en verksamhet av begränsad betydelse, dels riskerar att få ta hand om ett stort antal liknande ärenden, bland vilka de med nödvändighet kommer att behöva göra ett urval enligt kriterier som inte kan kontrolleras. Det ligger i sakens natur att ett sådant system leder till att vissa fall av talan på miljöområdet kommer att prioriteras på bekostnad av andra, vilket står i direkt strid med grundtanken i nämnda direktiv som, såsom redan har anförts ovan i punkt 33, har till syfte att genomföra Århuskonventionen.

52 Den tredje frågan ska således besvaras enligt följande. Artikel 10a i direktiv 85/337 ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning genom vilken rätten till rättslig prövning av ett beslut angående en verksamhet som omfattas av tillämpningsområdet för nämnda direktiv förbehålls miljöskyddsföreningar som har minst 2000 medlemmar.

Rättegångskostnader

53 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

1)

Ett sådant projekt som det i målet vid den nationella domstolen, som avser bortledning av inläckande grundvatten från en kraftledningstunnel och infiltration av vatten i jord eller berg för att kompensera för eventuell grundvattensänkning samt utförande och bibehållande av anläggningar för bortledandet och infiltrationen, omfattas av punkt 10 i bilaga II till rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/35/EG av den 26 maj 2003, oberoende av för vilken slutanvändning grundvattnet är avsett och, i synnerhet, oberoende av huruvida vattnet är föremål för någon senare användning.

2) Medlemmar av den berörda allmänheten, i den mening som avses i artiklarna 1.2 och 10a i direktiv 85/337, i dess lydelse enligt direktiv 2003/35, ska ha rätt att föra talan mot beslut genom vilka en instans, som ingår i en medlemsstats domstolsväsende, har tagit ställning till en ansökan om tillstånd för ett projekt, oberoende av vilken roll de, genom att delta i förfarandet i nämnda instans och yttra sig där, kan ha haft vid handläggningen av nämnda ansökan.

3) Artikel 10a i direktiv 85/337, i dess lydelse enligt direktiv 2003/35, ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning genom vilken rätten till rättslig prövning av ett beslut angående en verksamhet som omfattas av tillämpningsområdet för nämnda direktiv, i dess ändrade lydelse, förbehålls miljöskyddsföreningar som har minst 2000 medlemmar.

Underskrifter

([⊥]) Rättegångsspråk: svenska.



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 1 juli 2015*

”Begäran om förhandsavgörande — Miljö — Europeiska unionens politik inom vattenområdet — Direktiv 2000/60/EG — Artikel 4.1 — Miljömål beträffande ytvatten — Försämrad status i en ytvattenförekomst — Projekterad utbyggnad av en vattenväg — Skyldighet för medlemsstaterna att inte godkänna ett projekt som kan medföra en försämrad status hos en ytvattenförekomst — Kriterier som är avgörande för bedömningen av huruvida det föreligger en försämring av statusen hos en ytvattenförekomst”

I mål C-461/13,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUE, framställd av Bundesverwaltungsgericht (Tyskland) genom beslut av den 11 juli 2013, som inkom till domstolen den 22 augusti 2013, i målet

Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV

mot

Bundesrepublik Deutschland,

ytterligare deltagare i rättegången:

Freie Hansestadt Bremen,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, vice ordföranden K. Lenaerts, avdelningsordförandena A. Tizzano, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, A. Ó Caoimh, C. Vajda och S. Rodin samt domarna A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, M. Berger (referent), C.G. Fernlund, J.L. da Cruz Vilaça och F. Biltgen,

generaladvokat: N. Jääskinen,

justitiesekreterare: handläggaren K. Malacek,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 8 juli 2014,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV, genom R. Nebelsieck, Rechtsanwalt,

* Rättegångspråk: tyska.

- Bundesrepublik Deutschland, genom W. Ewer, Rechtsanwalt,
- Freie Hansestadt Bremen, genom P. Schütte, Rechtsanwalt,
- Tjeckiens regering, genom M. Smolek, i egenskap av ombud,
- Frankrikes regering, genom S. Menez, i egenskap av ombud,
- Nederländernas regering, genom M. Bulterman, B. Koopman och J. Langer, samtliga i egenskap av ombud,
- Polens regering, genom B. Majczyna, i egenskap av ombud,
- Förenade kungarikets regering, genom J. Beeko, i egenskap av ombud, biträdd av G. Facenna, barrister,
- Europeiska kommissionen, genom E. Manhaeve och G. Wilms, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 23 oktober 2014 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 4.1 a i–iii i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område (EGT L 327, s. 1).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV (tysk förening för miljö och naturskydd) och Bundesrepublik Deutschland (Förbundsrepubliken Tyskland). Målet rör ett projekt avseende fördjupning av delar av floden Weser i norra Tyskland, för att större containerfartyg ska kunna nå hamnarna Bremerhaven, Brake och Bremen, belägna i Tyskland.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 I skälen 16, 25 och 32 i direktiv 2000/60 anges följande:

”(16) Det är nödvändigt att ytterligare integrera skyddet och den hållbara förvaltningen av vattenresurserna med andra av gemenskapens politikområden, exempelvis energi, transport, jordbruk, fiskeri, regional politik och turism. ...

...

- (25) Gemensamma definitioner av vattenstatusen vad gäller kvalitet och – när detta är motiverat från miljöskyddssynpunkt – kvantitet bör fastställas. Miljömål bör ställas upp för att säkerställa att en god yt- och grundvattenstatus uppnås i hela gemenskapen och att försämring av vattnets status förhindras på gemenskapsnivå.

...

(32) Det kan finnas skäl att under vissa förutsättningar göra undantag från kravet att hindra ytterligare försämring eller att uppnå god status om detta inte är möjligt på grund av oförutsedda eller exceptionella omständigheter, särskilt översvämningar eller torka eller om det är av utomordentligt stor betydelse från allmän synpunkt, nya ändringar i en ytvattenförekoms fysiska karakteristika eller nivåförändringar hos grundvattenförekomster, under förutsättning att alla genomförbara åtgärder har vidtagits för att hindra de negativa konsekvenserna för vattenförekomstens status.”

4 I artikel 1 i direktiv 2000/60, med rubriken ”Syfte”, föreskrivs följande:

”Syftet med detta direktiv är att upprätta en ram för skyddet av inlandsytvatten, vatten i övergångszon, kustvatten och grundvatten, för att

a) hindra ytterligare försämringar och skydda och förbättra statusen hos akvatiska ekosystem och, såvitt avser deras vattenbehov, även terrestra ekosystem och våtmarker som är direkt beroende av akvatiska ekosystem,

...

5 Artikel 2 i direktivet har rubriken ”Definitioner”. I artikel 2 led 9, 17 och 21–23 föreskrivs följande:

”I detta direktiv tillämpas följande definitioner:

...

9) *kraftigt modifierad vattenförekomst*: en ytvattenförekomst som till följd av fysiska förändringar genom mänsklig verksamhet på ett väsentligt sätt har ändrat karaktär, enligt vad som anges av medlemsstaten i enlighet med föreskrifterna i bilaga II.

...

17) *ytvattenstatus*: allmän benämning på statusen hos en ytvattenförekomst som bestäms av dess ekologiska status eller dess kemiska status, beroende på vilkendera som är sämst.

...

21) *ekologisk status*: ett uttryck för kvaliteten på strukturen och funktionen hos akvatiska ekosystem som är förbundna med ytvatten, klassificerad i enlighet med bilaga V.

22) *god ekologisk status*: status hos en ytvattenförekomst, klassificerad i enlighet med bilaga V.

23) *god ekologisk potential*: status hos en kraftigt modifierad eller konstgjord vattenförekomst, klassificerad i enlighet med de relevanta bestämmelserna i bilaga V.

...

6 Artikel 3 i direktivet har rubriken ”Samordning av administrativa arrangemang inom avrinningsdistrikt”. I artikel 3.1 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall identifiera de enskilda avrinningsområden som ligger inom deras nationella territorium och skall för detta direktivs ändamål hänföra dem till enskilda avrinningsdistrikt. Mindre avrinningsområden kan kombineras med större avrinningsområden eller förenas med angränsande mindre områden för att bilda enskilda avrinningsdistrikt där detta är lämpligt. I de fall grundvatten

inte helt följer ett visst avrinningsområde, skall de identifieras och hänföras till det närmaste eller det lämpligaste avrinningsdistriktet. Kustvatten skall identifieras och hänföras till det/de närmaste eller lämpligaste avrinningsdistrikt/-distrikten.”

7 Artikel 4 i direktivet har rubriken ”Miljömål”. I artikel 4.1 a, 4.2 och 4.6 föreskrivs följande:

”1. Vid genomförande av de åtgärdsprogram som anges i förvaltningsplanerna för avrinningsdistrikt skall medlemsstaterna

a) när det gäller ytvatten

i) genomföra alla åtgärder som är nödvändiga för att förebygga en försämring av statusen i alla ytvattenförekomsster, om inte annat följer av tillämpningen av punkterna 6 och 7 och utan att det påverkar tillämpningen av punkt 8,

ii) skydda, förbättra och återställa alla ytvattenförekomsster om inte annat följer av tillämpningen av punkt iii när det gäller konstgjorda och kraftigt modifierade vattenförekomsster i syfte att uppnå en god ytvattenstatus senast 15 år efter detta direktivs ikraftträdande i enlighet med bestämmelserna i bilaga V, om inte annat följer av tillämpningen av de förlängningar som beslutats i enlighet med punkt 4 och av tillämpningen av punkterna 5, 6 och 7 och utan att det påverkar tillämpningen av punkt 8,

iii) skydda och förbättra alla konstgjorda och kraftigt modifierade vattenförekomsster i syfte att uppnå en god ekologisk potential och en god kemisk ytvattenstatus senast 15 år efter detta direktivs ikraftträdande i enlighet med bestämmelserna i bilaga V, om inte annat följer av tillämpningen av de förlängningar som beslutats i enlighet med punkt 4 och av tillämpningen av punkterna 5, 6 och 7 och utan att det påverkar tillämpningen av punkt 8,

...

2. Om fler än ett av målen enligt punkt 1 avser en viss vattenförekomst, skall det strängaste målet gälla.

...

6. Tillfällig försämring av vattenförekomssternas status utgör ingen överträdelse av detta direktivs krav om försämringen är ett resultat av omständigheter som orsakas av naturliga skäl eller force majeure och som är exceptionella eller som inte rimligtvis hade kunnat förutses, särskilt extrem översvämning och utdragen torka, eller som är ett resultat av omständigheter till följd av olyckor som inte rimligtvis kunnat förutses, när samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Alla genomförbara åtgärder vidtas för att förebygga ytterligare statusförsämring och för att inte äventyra uppnåendet av detta direktivs mål i andra vattenförekomsster som inte påverkas av dessa omständigheter.

b) Företsättningarna för att sådana omständigheter som är exceptionella eller som rimligtvis inte hade kunnat förutses skall kunna förklaras föreligga, inbegripet antagande av lämpliga indikatorer, anges i förvaltningsplanen för avrinningsdistriktet.

c) De åtgärder som skall vidtas under sådana exceptionella omständigheter finns upptagna i åtgärdsprogrammet och kommer inte att äventyra återställandet av vattenförekomstens kvalitet när dessa omständigheter inte längre föreligger.

d) Effekterna av omständigheter som är exceptionella eller som rimligtvis inte hade kunnat förutses ses över årligen och, med förbehåll för de skäl som anges i punkt 4 a, alla genomförbara åtgärder vidtas i syfte att återställa vattenföremålen till dess status före effekterna av dessa omständigheter så snart detta rimligen kan genomföras.

e) En sammanfattning av effekterna av omständigheterna och av de åtgärder som vidtas eller skall vidtas i enlighet med punkterna a och d skall tas med i nästa uppdaterade version av förvaltningsplanen för avrinningsdistriktet.”

8 I artikel 4.7 i direktivet föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna gör sig inte skyldiga till överträdelse av detta direktiv i följande fall:

— om god grundvattenstatus, god ekologisk status eller, i förekommande fall, god ekologisk potential inte uppnås eller försämring av statusen hos en yt- eller grundvattenföremål inte förebyggs, och detta är en följd av nya modifieringar i en ytvattenföremåls fysiska karaktistika eller förändringar i nivån hos grundvattenföremålen, eller

— om en försämring från hög status till god status hos en ytvattenföremål inte förebyggs och detta är en följd av nya hållbara mänskliga utvecklingsverksamheter,

och om samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Alla genomförbara åtgärder vidtas för att mildra de negativa konsekvenserna för vattenföremåls status.

b) Skälen för ändringarna anges särskilt och förklaras i den förvaltningsplan för avrinningsdistriktet som krävs enligt artikel 13 och målen ses över vart sjätte år.

c) Skälen för dessa modifieringar eller förändringar är ett allmänintresse av större vikt, och/eller fördelarna för miljön och samhället med att uppnå målen enligt punkt 1 uppväger inte fördelarna med de nya modifieringarna eller förändringarna för människors hälsa, för vidmakthållandet av människors säkerhet eller för en hållbar utveckling.

d) De nyttiga mål som dessa modifieringar eller förändringar av vattenföremålen skall medföra kan, av tekniska skäl eller på grund av orimliga kostnader, inte uppnås på något annat sätt som skulle vara ett betydligt bättre alternativ för miljön.”

9 Artikel 11 i direktivet har rubriken ”Åtgärdsprogram”. I artikel 11.1 föreskrivs följande:

”Varje medlemsstat skall för varje avrinningsdistrikt eller för den del av ett internationellt avrinningsdistrikt som ligger på dess territorium se till att ett åtgärdsprogram upprättas och därvid beakta resultaten av de analyser som krävs enligt artikel 5 för att uppnå de mål som fastställs enligt artikel 4. Sådana åtgärdsprogram kan hänvisa till åtgärder till följd av lagstiftning som antagits på nationell nivå och som omfattar hela medlemsstatens territorium. När det är lämpligt kan en medlemsstat besluta om åtgärder för alla avrinningsdistrikt och/eller de delar av internationella avrinningsdistrikt som ligger på dess territorium.”

10 Artikel 13 i direktivet har rubriken ”Förvaltningsplaner för avrinningsdistrikt”. I artikel 13.1 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall se till att det för alla avrinningsdistrikt som i sin helhet finns på dess territorium utarbetas förvaltningsplaner för avrinningsdistriktet.”

11 Artikel 14 i direktivet har rubriken ”Information till och samråd med allmänheten”. I artikel 14.1 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall uppmuntra aktiv medverkan från samtliga berörda parter i genomförandet av detta direktiv, särskilt när det gäller att utarbeta, se över och uppdatera förvaltningsplanerna för avrinningsdistriktet. ...”

Tysk rätt

12 I 27 § i den federala vattenhushållningslagen (Wasserhaushaltsgesetz) av den 31 juli 2009 (BGBl. 2009 I, s. 2585), i den lydelse som är tillämplig på omständigheterna i det nationella målet (nedan kallad WHG), med rubriken ”Förvaltningsmål avseende ytvattenföremålen”, föreskrivs följande:

”1) I den mån de inte betecknas som konstgjorda eller kraftigt modifierade i enlighet med artikel 28, ska ytvatten förvaltas på följande sätt:

1. Försäkring av deras ekologiska status och kemiska status ska förebyggas.
2. En god ekologisk status och en god kemisk status ska bevaras eller uppnås.

2) Ytvatten som betecknas som konstgjorda eller kraftigt modifierade i enlighet med artikel 28 ska förvaltas på följande sätt:

1. Försäkring av deras ekologiska status och kemiska status ska förebyggas.
2. En god ekologisk status och en god kemisk status ska bevaras eller uppnås.”

13 I 31 § stycke 2 första meningen WHG föreskrivs följande:

”Om god ekologisk status för ytvatten inte har uppnåtts eller om dess status försämrats, strider detta inte mot de förvaltningsmål som anges i artiklarna 27 och 30 i den mån

1. detta beror på en ny ändring i en ytvattenföremåls fysiska karaktistika eller nivåförändringar hos grundvattenföremålen,

2. denna ändring svarar på ett betydande allmänt intresse eller om fördelarna med denna ändring för hälsan eller personers säkerhet eller för en hållbar utveckling är större än de fördelar för miljö och kollektivitet som är knutna till uppfyllandet av de aktuella målen,

3. de mål som eftersträvas med ändringen av vattnet inte kan uppnås genom andra lämpliga åtgärder vars negativa inverkan på miljön är betydligt mindre, som är tekniskt möjliga och vars kostnad inte är oproportionerligt samt

4. alla lämpliga åtgärder i praktiken har vidtagits för att minska den negativa inverkan på vattnets status.

...”

14 I 12 § stycke 7 tredje meningen i den federala lagen om vattenvägar (Bundeswasserstraßengesetz) av den 2 april 1968 (BGBl. 1968 II, s. 173), i den lydelse som är tillämplig på omständigheterna i det nationella målet, föreskrivs följande:

”Utbyggnadsåtgärderna ska beakta de förvaltningsmål som är tillämpliga enligt 27–31 §§ [WHG].”

15 I 14 § stycke 1 andra meningen WHG föreskrivs följande:

”Vid fastställandet av planen ska samtliga allmänna och enskilda intressen som berörs av projektet samt projektets inverkan på miljön beaktas.”

Det nationella målet och tolkningsfrågorna

16 Genom planfastställelsebeslut av den 15 juli 2011 (nedan kallat planfastställelsebeslutet) godkände vatten- och sjöfartsförvaltningen för nordvästra Tyskland (Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nordwest), en federal förvaltningsmyndighet, tre projekt som avsåg utbyggnaden av floden Weser, som är en federal vattenväg. Huvudman för samtliga dessa projekt, vilka kan genomföras oberoende av varandra, är den federala vatten- och sjöfartsförvaltningen (Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes).

17 Det första projektet avser utbyggnad av Wesers mynning från öppna havet till Bremerhaven. För detta ändamål ska segelrännan göras upp till 1,16 meter djupare, för att stora containerfartyg med ett djupgående på upp till 13,5 meter i lastat tillstånd ska kunna nå hamnen i Bremerhaven oberoende av tidvattnet. Projektet har ett samband med fördjupningen av vändplatsen i hamnen i Bremerhaven, för vilken Freie Hansestadt Bremen, som intervenerat i det nationella målet, är huvudman.

18 Det andra projektet avser utbyggnaden av nedre Weser uppströms från Bremerhaven till Brake. Här ska segelrännan i mynningen göras upp till en meter djupare, för att fartyg med ett djupgående på maximalt 12,8 meter i lastat tillstånd ska kunna anlöpa denna hamn beroende på tidvattnet.

19 Det tredje projektet avser utbyggnad av nedre Weser uppströms från Brake till Bremen. I denna del av floden planeras en fördjupning av segelrännan för att fartyg med ett djupgående på upp till 11,1 meter i lastat tillstånd ska kunna anlöpa hamnen i Bremen beroende på tidvattnet. För närvarande kan hamnen i Bremen, beroende på tidvattnet, nås med fartyg med ett djupgående på upp till 10,7 meter i lastat tillstånd.

20 För att genomföra projektet ska flodbotten i segelrännorna muddras. Efter det att det avsedda djupet har nåtts för första gången krävs det regelbundna underhållsmuddringar. Muddringsmassorna från utbyggnaden och underhållet av denna flod ska huvudsakligen dumpas på ställen i Wesers mynning och nedre Weser som redan tidigare har använts för detta.

21 Förutom de omedelbara konsekvenserna av muddringen och dumpningen av muddringsmassorna får projekten i fråga, enligt den hänskjutande domstolen, ytterligare hydrologiska och morfologiska följder för de berörda delarna av floden. Sålunda kommer till exempel strömningshastigheterna att öka både vid ebb och vid flod, tidvattnivåerna vid högvatten att bli högre, tidvattnivåerna vid lågvatten att bli lägre, salthalten i delar av nedre Weser att öka och gränsen för bräckt vatten i nedre Weser förskjutas uppströms. Slutligen kommer igenslammningen av flodbädden att öka utanför segelrännan.

22 Av de berörda vattenföremåsterna har vattnet i Wesers övergångszon och tidvattenområdet ovanför Brake klassats som kraftigt modifierat i den mening som avses i artikel 2 led 9 i direktiv 2000/60. Wesers mynning har klassats som naturlig i den mån den räknas till kustvattnet. Dessutom är en rad vattenföremåster i biflodsområdena berörda. De har till en del klassats som naturliga och till en del som kraftigt modifierade.

23 Med utgångspunkt i ovanstående har vatten- och sjöfartsförvaltningen för nordvästra Tyskland i planfastställelsebeslutet prövat frågan huruvida projekten i fråga är förenliga med det mål att förhindra försämring av vattenföremåsternas status som föreskrivs i direktiv 2000/60. Myndigheten kom fram till att ingen försämring i den mening som avses i direktivet kunde förväntas vad gäller kustvattnen.

24 Däremot ansåg myndigheten att den aktuella statusen hos vissa vattenföremåster i Weser skulle tendera att försämrats genom effekterna av utbyggnadsprojekten, utan att det leder till en ändring av statusklassen enligt bilaga V i direktiv 2000/60. En sådan försämring inom en statusklass kan, enligt vatten- och sjöfartsförvaltningen för nordvästra Tyskland, inte anses utgöra någon försämring av den berörda vattenföremåstens ekologiska potential eller status.

25 Som alternativ har myndigheten prövat frågan huruvida de villkor för undantag från förbudet mot försämring av vattenföremåstens status som föreskrivs i 31 § stycke 2 WHG och artikel 4.7 i direktiv 2000/60 var uppfyllda. Myndigheten besvarade frågan jakande.

26 Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV har ifrågasatt planfastställelsebeslutet och därvid bland annat gjort gällande att bestämmelser om vattenskydd med ursprung i direktiv 2000/60 har åsidosatts. Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV har dessutom gjort gällande flera överträdelser av lagstiftningen om godkännande av planer för utbyggnad, lagen om bedömning av inverkan på miljön (Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung) samt miljöskyddslagstiftningen, särskilt lagstiftningen om fauna, flora, livsmiljö och fågelskydd.

27 Den hänskjutande domstolen fann att avgörandet av det nationella målet var beroende av tolkningen av flera bestämmelser i direktiv 2000/60.

28 Mot denna bakgrund beslutade Bundesverwaltungsgericht (högsta federala förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Ska artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60 tolkas så, att medlemsstaterna - med förbehåll för att undantag kan beviljas - är skyldiga att avslå ansökan om tillstånd till ett projekt, om projektet kan orsaka en försämring av statusen hos en ytvattenföremåst, eller utgör denna bestämmelse enbart ett mål för förvaltningsplaneringen?

2) Ska begreppet ’försämring av statusen’ i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60 tolkas så, att det bara omfattar sådana negativa förändringar som leder till klassificering i en lägre klass enligt bilaga V i direktivet?

3) För det fall fråga 2 besvaras nekande: Under vilka förutsättningar föreligger en ’försämring av statusen’ i den mening som avses i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60?

4) Ska artikel 4.1 a ii och iii i direktiv 2000/60 tolkas så, att medlemsstaterna - med förbehåll för att undantag kan beviljas - är skyldiga att avslå en ansökan om tillstånd till ett projekt, om projektet äventyrar uppnåendet av en god status hos en ytvattenföremåst eller en god ekologisk potential och en god kemisk ytvattenstatus vid den tidpunkt som anges i direktivet, eller utgör bestämmelsen enbart ett mål för förvaltningsplaneringen?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första och den fjärde frågan

29 Den hänskjutande domstolen har ställt den första och den fjärde frågan, som ska prövas i ett sammanhang, för att få klarhet i huruvida artikel 4.1 a i-iii i direktiv 2000/60 ska tolkas så, att medlemsstaterna - med förbehåll för att undantag kan beviljas - är skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt, när projektet kan orsaka en försämring av statusen hos en ytvattenföremåst, eller när projektet äventyrar uppnåendet av en god status hos en ytvattenföremåst eller en god ekologisk potential och en god kemisk ytvattenstatus vid den tidpunkt som anges i direktivet.

30 Innebörden av dessa bestämmelser ska, enligt fast rättspraxis från domstolen, fastställas med beaktande av deras lydelse samt de mål som eftersträvas med de föreskrifter i vilka de ingår (se, bland annat, dom Lundberg, C-317/12, EU:C:2013:631, punkt 19, dom SFIR m.fl., C-187/12–C-189/12, EU:C:2013:737, punkt 24, och dom Bouman, C-114/13, EU:C:2015:81, punkt 31) och, i förekommande fall, dessa föreskrifters tillkomsthistoria.

31 Domstolen påpekar att lydelsen i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60, i motsats till vad Bundesrepublik Deutschland och den nederländska regeringen har gjort gällande, talar för att denna bestämmelse, vilken föreskriver att "medlemsstaterna [ska] genomföra alla åtgärder som är nödvändiga för att förebygga en försämring av statusen i alla ytvattenförekomster", är tvingande. Orden "ska genomföra" innebär en skyldighet för medlemsstaterna att agera på detta sätt.

32 I likhet med den hänskjutande domstolen finner EU-domstolen att tillstånd till ett enskilt projekt måste anses vara en sådant genomförande.

33 Enligt lydelsen i artikel 4.1 a i direktiv 2000/60 är det dessutom "[v]id genomförande av de åtgärdsprogram som anges i förvaltningsplanerna" som medlemsstaterna ska genomföra alla åtgärder som är nödvändiga för att uppnå målen att förebygga en försämring samt skydda och förbättra ytvattenförekomsternas status. Användningen av orden "vid genomförande av" stödjer en tolkning av denna bestämmelse som innebär att den innehåller skyldigheter som måste iaktas av behöriga myndigheter i samband med godkännandet av ett enskilt projekt inom ramen för lagstiftningen om vattenskydd.

34 Domstolen erinrar också om att direktiv 2000/60 är ett ramdirektiv som antagits med stöd av artikel 175.1 EG (nu artikel 192.1 FEUF). I direktivet fastställs gemensamma principer och en allmän handlingsram för vattenskydd, och där i säkerställs samordning, integration och, på lång sikt, utveckling av allmänna principer samt strukturer som möjliggör ett skydd och en ekologiskt hållbar vattenanvändning inom Europeiska unionen. De gemensamma principerna och den allmänna handlingsramen som fastställs i direktivet ska senare utvecklas av medlemsstaterna genom antagandet av specifika åtgärder i enlighet med de tidsfrister som anges i direktivet. Direktivet syftar dock inte till någon fullständig harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning på vattenområdet (dom kommissionen/Luxemburg, C-32/05, EU:C:2006:749, punkt 41, och dom kommissionen/Tyskland, C-525/12, EU:C:2014:2202, punkt 50).

35 Skäl 25 i direktivet bekräftar att miljömål bör ställas upp för att säkerställa att en god yt- och grundvattenstatus uppnås i hela unionen och att försämring av vattnets status förhindras på unionsnivå.

36 Enligt artikel 1 a i direktiv 2000/60 är syftet med direktivet att upprätta en ram för skyddet av inlandsytvatten, vatten i övergångszon, kustvatten och grundvatten, för att hindra ytterligare försämringar och skydda och förbättra statusen hos akvatiska ekosystem och terrestra ekosystem som är direkt beroende av akvatiska ekosystem.

37 Det slutliga målet med direktiv 2000/60 är följaktligen att genom ett samordnat agerande uppnå "god status" för samtliga ytvattenförekomster i unionen till år 2015.

38 De miljömål som medlemsstaterna är skyldiga att uppnå är angivna i artikel 4.1 i direktiv 2000/60.

39 Denna bestämmelse föreskriver två olika mål, vilka dock har ett nära samband. Enligt artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60 ska medlemsstaterna genomföra alla åtgärder som är nödvändiga för att förebygga en försämring av statusen i alla ytvattenförekomster (skyldighet att förebygga en försämring). Enligt artikel 4.1 a ii och iii ska medlemsstaterna skydda, förbättra och återställa alla ytvattenförekomster i syfte att uppnå en god ytvattenstatus senast år 2015 (skyldighet att förbättra).

40 Ursprunget till dessa båda mål framgår av förarbetena till direktiv 2000/60. När det särskilt gäller skyldigheten att förebygga en försämring av ytvattenförekomsternas status skulle de aktuella bestämmelserna, i deras första version, ha kunnat innebära att när direktiv 2000/60 väl hade antagits fick de vattenförekomster som hade klassats i en högre kategori än "god status" försämrats så pass mycket att de kom att ingå i denna kategori. Av denna anledning föreslog Europaparlamentet en ändring som gjorde det möjligt att göra en åtskillnad mellan skyldigheten att uppnå en "god status" och skyldigheten att förebygga varje försämring genom att i artikel 4.1 i direktivet införa en ny strecksats som självständigt angav sistnämnda skyldighet.

41 Både skyldigheten att förbättra och skyldigheten att förebygga en försämring av vattenförekomsterna har till syfte att uppnå de kvalitetsmål som eftersträvas av unionslagstiftaren, det vill säga att bevara eller återställa en god status, en god ekologisk potential och en god kemisk status avseende ytvattenförekomster.

42 För att säkerställa att medlemsstaterna uppnår de miljömål som nämnts ovan innehåller direktiv 2000/60 ett antal bestämmelser, bland annat artiklarna 3, 5, 8, 11 och 13 samt bilaga V, vilka, såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 43–52 i sitt förslag till avgörande, inrättar ett komplicerat förfarande som innehåller flera steg som lagreglerats i detalj i syfte att göra det möjligt för medlemsstaterna att genomföra nödvändiga åtgärder på grundval av särdrag och kännetecken hos de vattenförekomster som identifierats på deras territorier.

43 Det ovannämnda ger stöd åt tolkningen att artikel 4.1 a i direktiv 2000/60 inte endast, såsom en programförklaring, anger mål för förvaltningsplaneringen, utan också har en tvingande verkan så snart den berörda vattenförekomstens ekologiska status har fastställts, i varje steg i det förfarande som föreskrivs i detta direktiv.

44 Det system med undantag som föreskrivs i artikel 4.7 i direktiv 2000/60 – vars tillämpningsvillkor har prövats av motparten i det nationella målet, men inte omfattas av de frågor som ställts av den hänskjutande domstolen – ger också stöd åt tolkningen att förebyggandet av en försämring av vattenförekomsternas status utgör en skyldighet.

45 Domstolen påpekar att detta system innehåller flera kategorier. I artikel 4.7 anges att "[m]edlemsstaterna [inte] gör sig ... skyldiga till överträdelse av detta direktiv om ... försämring av statusen hos en yt- eller grundvattenförekomst inte förebyggs, och detta är en följd av nya modifieringar i en ytvattenförekomsts fysiska karakteristika eller förändringar i nivån hos grundvattenförekomster".

46 Detta undantag är emellertid endast tillämpligt under förutsättning att alla genomförbara åtgärder vidtas för att mildra de negativa konsekvenserna för vattenförekomstens status och att åtgärdsprogrammen och förvaltningsplanerna har anpassats till följd av detta.

47 I detta hänseende påpekar domstolen att strukturen hos de kategorier av undantag som föreskrivs i artikel 4.7 i direktiv 2000/60 visar att artikel 4 i direktivet inte enbart innehåller principiella skyldigheter, utan även avser enskilda projekt. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 78 i sitt förslag till avgörande, är nämligen skälen för undantag bland annat tillämpliga när målen inte uppnås till följd av nya modifieringar i en ytvattenförekomsts fysiska karakteristika och detta leder till en negativ påverkan. Detta kan inträffa till följd av nya tillstånd till projekt. Det är nämligen omöjligt att åtskilja ett projekt och genomförandet av förvaltningsplaner.

48 Följaktligen omfattas dessa projekt av den skyldighet att förebygga en försämring av vattenförekomsterna som anges i artikel 4 i direktiv 2000/60. Tillstånd till projekten kan dock lämnas med tillämpning av det system för undantag som föreskrivs i artikel 4.

49 Europeiska kommissionen har i sitt skriftliga yttrande gjort gällande att förbudet mot försämring av vattenförekomsternas status omfattas av målsättningen med skyldigheten att förbättra denna. I detta hänseende konstaterar domstolen att unionslagstiftaren har gett skyldigheten att förebygga en försämring av vattenförekomsterna en fristående ställning. Denna skyldighet är inte endast ett medel för iakttagandet av skyldigheten att förbättra vattenförekomsternas status.

50 Av detta följer att varje försämring av statusen hos en vattenförekomst, för det fall ett undantag inte har beviljats, måste förhindras, oberoende av den långsiktiga planeringen i förvaltningsplaner och åtgärdsprogram. Skyldigheten att förebygga en försämring av statusen hos ytvattenförekomster är bindande i varje skede av genomförandet av direktiv 2000/60 och är tillämplig på varje typ av och varje status hos en ytvattenförekomst för vilken en förvaltningsplan har eller borde ha antagits. Den berörda medlemsstaten är följaktligen skyldig att inte lämna tillstånd till ett projekt när detta är ägnat att försämrare den aktuella vattenförekomstens status eller äventyra uppnåendet av en god status för ytvattenförekomster, såvida projektet inte omfattas av ett undantag enligt artikel 4.7 i direktiv 2000/60.

51 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första och den fjärde frågan besvaras enligt följande. Artikel 4.1 a i–iii i direktiv 2000/60 ska tolkas så, att medlemsstaterna - med förbehåll för att undantag kan beviljas - är skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt när projektet kan orsaka en försämring av en ytvattenförekomsts status eller när projektet äventyrar uppnåendet av en god status hos en ytvattenförekomst eller en god ekologisk potential och en god kemisk status hos en ytvattenförekomst vid den tidpunkt som anges i direktivet.

Den andra och den tredje frågan

52 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra och den tredje frågan, som ska prövas i ett sammanhang, för att få klarhet i huruvida begreppet "försämring av statusen" hos en ytvattenförekomst, vilket återfinns i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60 ska tolkas så, att det endast omfattar förändringar som medför en klassificering av vattenförekomsten i en lägre klass, i den mening som avses i bilaga V i direktivet (statusklass teorin). För det fall denna fråga besvaras nekande, det vill säga om detta begrepp omfattar varje förändring av vattenförekomsten i fråga (status quo-teorin), önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i vilka kriterier som ska beaktas vid bedömningen av huruvida det föreligger en försämring av en ytvattenförekomsts status.

53 Domstolen påpekar att begreppet "försämring av statusen" hos en ytvattenförekomst inte är definierat i direktiv 2000/60.

54 I detta hänseende erinrar domstolen om att innebörden och räckvidden av detta begrepp, i avsaknad av en definition i unionsrätten, enligt fast rättspraxis från domstolen ska fastställas med beaktande av såväl den aktuella unionsbestämmelsens ordalydelse som det sammanhang i vilket bestämmelsen förekommer (se, bland annat, dom Lundberg, C-317/12, EU:C:2013:631, punkt 19, dom SFIR m.fl., C-187/12–C-189/12, EU:C:2013:737, punkt 24, och dom Bouman, C-114/13, EU:C:2015:81, punkt 31).

55 Ordalydelsen i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60 ger stöd åt tolkningen att begreppet "försämring av statusen" hos en ytvattenförekomst även avser försämringar som inte medför en klassificering av vattenförekomsten i en lägre klass. I denna bestämmelse anges uttryckligen att det ska genomföras åtgärder för att förebygga en försämring av statusen i alla ytvattenförekomster. Enligt definitionen i artikel 2 led 17 i direktivet är ytvattenstatus en allmän benämning på statusen hos en ytvattenförekomst som bestäms av dess ekologiska status eller dess kemiska status, beroende på vilken av dem som är sämst. I artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60 föreskrivs sålunda på ett allmänt sätt en skyldighet att förebygga en försämring av statusen i ytvattenförekomster, utan att det hänvisas till ett eventuellt byte av klass. Endast i artikel 4.1 a ii och iii hänvisas det till bilaga V till direktivet när det gäller skyldigheten att förbättra ytvattenförekomsternas status.

56 Innan domstolen prövar huruvida denna tolkning av ordalydelsen stöds av det sammanhang i vilket begreppet "försämring av statusen" hos en ytvattenförekomst förekommer samt av målen med direktiv 2000/60, erinrar domstolen om att utvärderingen av ytvattenförekomsternas status grundar sig på en bedömning av ekologisk status som omfattar fem klasser, vilket generaladvokaten har påpekat i punkterna 91–97 i sitt förslag till avgörande.

57 Det är vid utarbetandet av ekologiska kvalitetskvoter som medlemsstaterna delar upp de ekologiska kvalitetskvoterna för varje ytvattenkategori i fem klasser genom ett gränsvärde för de biologiska kvalitetsfaktorerna som anger gränsen mellan dessa olika klasser (hög, god, mätlig, otillfredsställande eller dålig). Gränsvärdena ska fastställas med hjälp av ett interkalibreringsförfarande som består i att jämföra klassificeringsresultaten från de nationella övervakningssystemen för varje biologisk faktor och för var och en av de gemensamma typerna av ytvattenförekomster bland medlemsstaterna i samma geografiska interkalibreringsgrupp och att bedöma om resultaten överensstämmer med de normativa definitioner som anges i avsnitt 1.2 i bilaga V till direktivet.

58 Såsom framgår av avsnitt 1.4.1 iii i bilaga V till direktiv 2000/60 syftar interkalibreringsförfarandet emellertid endast till att fastställa gränserna mellan klasserna "hög", "god" och "mätlig" status. Medlemsstaternas gränsvärden återfinns i kommissionens beslut 2013/480/EU av den 20 september 2013 om upprättande av de värden som fastställts för klassificeringarna i medlemsstaternas övervakningssystem som ett resultat av interkalibreringsförfarandet, i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG och om upphävande av beslut 2008/915/EG (EUT L 266, s. 1).

59 Vad gäller kategorierna av ytvatten föreskrivs slutligen i avsnitt 1.4.2 i i bilaga V till direktiv 2000/60 att en vattenförekomst klassificeras i den omedelbart lägre klassen när kvoten för en av kvalitetsfaktorerna sjunker under nivån för den aktuella klassen. Denna regel kallas "one out all out" och är knuten till definitionen av "ytvattenstatus" i artikel 2 led 17 i direktivet som bestäms av dess ekologiska status eller dess kemiska status, beroende på vilken av dem som är sämst.

60 Enligt artikel 2 led 21 i direktiv 2000/60 är ekologisk status ett uttryck för kvaliteten på strukturen och funktionen hos akvatiska ekosystem som är förbundna med ytvatten, klassificerad i enlighet med bilaga V i detta direktiv, enligt vilken dessa klassificeringar av den ekologiska statusen är "normativa definitioner".

61 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 99 i sitt förslag till avgörande, sker emellertid fastställandet av gränsvärden mellan klasserna genom antagandet av breda intervaller. Klasserna är således endast ett verktyg som begränsar medlemsstaternas bedömningsutrymme vid fastställandet av de kvalitetsfaktorer som återspeglar en viss vattenförekomsts reella status. Det är bland annat av detta skäl som artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60 inte hänvisar till bilaga V till detta direktiv, eftersom begreppet "försämring av statusen" är ett begrepp med allmän räckvidd.

62 En annan tolkning av detta begrepp skulle göra medlemsstaterna mindre benägna att förebygga försämringar av en ytvattenförekomsts status inom en statusklass. Såvitt klassificeringen av en ytvattenförekomst beror på den sämsta av de tillämpliga parametrarna skulle övriga värden kunna sänkas utan att detta fick några rättsliga följder.

63 En tillämpning av regeln "one out all out" i samband med statusklass teorin skulle även leda till att vattenförekomster i den lägsta klassen inte omfattades av skyldigheten att förebygga en försämring av statusen. Efter en klassificering av en vattenförekomst i denna statusklass skulle någon ytterligare försämring av statusen inte vara rättsligt möjlig. Mot bakgrund av syftet med direktiv 2000/60 förklarar dock denna typ av vattenförekomster särskild uppmärksamhet vid vattenförvaltningen.

⁶⁴ Denna tolkning bekräftas av artikel 4.5 c i direktiv 2000/60, i vilket det – vad gäller kraftigt modifierade ytvattenförekoster för vilka medlemsstaterna kan söka uppfylla mindre stränga miljömål – uttryckligen föreskrivs ett förbud mot varje ytterligare försämring.

⁶⁵ En tillämpning av statusklass teorin skulle dessutom leda till en försvagning av skyddet för de vattenförekoster som ingår i högre klasser. Eftersom klassificeringen av en ytvattenförekost beror på den sämsta av de tillämpliga parametrarna skulle en betydande försämring av andra parametrar inte förändra något när det gäller ytvattenförekostens klassificering så länge som detta inte leder till en klassificering i en lägre klass.

⁶⁶ Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 105 i sitt förslag till avgörande, bibehåller förbudet mot försämring av en vattenförekost sin ändamålsenliga verkan om begreppet ”försämring” tolkas i förhållande till en kvalitetsfaktor eller ett ämne, eftersom det då omfattar varje förändring som skulle kunna äventyra genomförandet av det huvudsakliga målet med direktiv 2000/60.

⁶⁷ När det gäller de kriterier utifrån vilka det kan fastställas att det föreligger en försämring av en ytvattenförekost erinrar domstolen om att det framgår av systematiken i artikel 4 i direktiv 2000/60, särskilt artikel 4.6 och 4.7, att försämrings av en vattenförekost, även om de är övergående, endast är tillåtna på stränga villkor. Av detta följer att den tröskel, ovanför vilken det ska konstateras föreligga ett åsidosättande av skyldigheten att förebygga en försämring av statusen, måste vara låg.

⁶⁸ I motsats till vad Bundesrepublik Deutschland har gjort gällande kan en tolkning enligt vilken endast ”alvarliga ingrepp” utgör en försämring av statusen hos en vattenförekost inte anses följa av lydelsen i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60. Denna tolkning grundar sig i huvudsak på en avvägning mellan den negativa inverkan på vattenförekosten, å ena sidan, och de ekonomiska intressena avseende vattnet, å andra sidan. Såsom klaganden i det nationella målet har påpekat konstaterar domstolen dessutom att en sådan tolkning inte tar hänsyn till den skillnad som görs i detta direktiv mellan skyldigheten att förebygga försämringen av en vattenförekost status och de skäl för undantag som föreskrivs i artikel 4.7 i direktivet, eftersom det endast är dessa skäl som innehåller kriterier för en avvägning mellan intressena.

⁶⁹ Såsom kommissionen har gjort gällande ska det anses föreligga en ”försämring av statusen” hos en ytvattenförekost, i den mening som avses i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60, så snart statusen hos minst en av kvalitetsfaktorerna enligt bilaga V i direktivet försämrats med en klass, även om denna försämring inte leder till en försämring av klassificeringen av ytvattenförekosten som helhet. Om den aktuella kvalitetsfaktorn enligt nämnda bilaga däremot redan befinner sig i den lägsta klassen ska varje försämring av denna kvalitetsfaktor anses innebära en ”försämring av statusen” hos en ytvattenförekost, i den mening som avses i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60.

⁷⁰ Mot bakgrund av det ovan anförda ska den andra och den tredje frågan besvaras enligt följande. Begreppet ”försämring av statusen” hos en ytvattenförekost, vilket återfinns i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60, ska tolkas så, att det föreligger en försämring så snart statusen hos minst en av kvalitetsfaktorerna enligt bilaga V i direktivet blir försämrade med en klass, även om denna försämring inte leder till en försämring av klassificeringen av ytvattenförekosten som helhet. Om den aktuella kvalitetsfaktorn enligt nämnda bilaga däremot redan befinner sig i den lägsta klassen ska varje försämring av denna kvalitetsfaktor anses innebära en ”försämring av statusen” hos en ytvattenförekost, i den mening som avses i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60.

Rättegångskostnader

⁷¹ Eftersom förbandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) Artikel 4.1 a i-iii i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område ska tolkas så, att medlemsstaterna - med förbehåll för att undantag kan beviljas - är skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt när projektet kan orsaka en försämring av en ytvattenförekosts status eller när projektet äventyrar uppnåendet av en god status hos en ytvattenförekost eller en god ekologisk potential och en god kemisk status hos en ytvattenförekost vid den tidpunkt som anges i direktivet.
- 2) Begreppet ”försämring av statusen” hos en ytvattenförekost, vilket återfinns i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60, ska tolkas så, att det föreligger en försämring så snart statusen hos minst en av kvalitetsfaktorerna enligt bilaga V i direktivet blir försämrade med en klass, även om denna försämring av kvalitetsfaktorn inte leder till en försämring av klassificeringen av ytvattenförekosten som helhet. Om den aktuella kvalitetsfaktorn enligt nämnda bilaga däremot redan befinner sig i den lägsta klassen ska varje försämring av denna kvalitetsfaktor anses innebära en ”försämring av statusen” hos en ytvattenförekost, i den mening som avses i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60.

Underskrifter

