



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Tove Skärblom

Ansvar för avhjälpande vid överlåtelse av förorenade fastigheter

En analys av förhållandet mellan 10 kap. MB och civilrättsliga inslag samt dessa inslags betydelse som "omständigheterna i övrigt"

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Annika Nilsson

VT 2013

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Introduktion	7
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Disposition	10
1.4 Teori och metod	10
1.5 Avgränsningar	10
1.6 Viktiga begrepp	11
2 VERKSAMHETSUTÖVARENS ANSVAR	13
2.1 Ansvarskategorierna	13
2.2 Begreppet verksamhetsutövare	13
2.3 Omfattningen av verksamhetsutövarens ansvar	15
2.3.1 Verksamhetsutövarens ansvar enligt miljöbalken	15
2.3.2 Verksamhetsutövarens ansvar för sidoverksamhet	15
2.3.3 Verksamhetsutövarens ansvar för liknande verksamhet	16
2.4 Sammanfattning och analys	17
3 AVHJÄLPANDEANSVAR I MILJÖBALKEN	18
3.1 Miljöbalken	18
3.1.1 2 kap. 8 § MB	18
3.1.2 10 kap. MB	19
3.2 Det solidariska ansvaret	20
3.3 Skälighetsbedömningen	21
3.3.1 En helhetsbedömning	21
3.3.2 Miljömässigt motiverade åtgärder	22
3.3.3 Omfattningen av den enskilde verksamhetsutövarens ansvar	22
3.3.4 Verksamhetsutövare som bidragit endast i begränsad mån	24
3.3.5 Förhållandet mellan 10 kap. 4 och 6 §§	24
3.4 Regresstalan om avhjälpandekostnader	26
3.5 Sammanfattning och analys	27

4	CIVILRÄTT SOM ”OMSTÄNDIGHETERNA I ÖVRIGT”	29
4.1	Friskrivningsklausuler	29
4.1.1	Friskrivningar vid fastighetsöverlåtelse	29
4.1.2	Friskrivningar rörande förorenad mark	30
4.2	Undersökningsplikt	32
4.2.1	Undersökningsplikt vid fastighetsöverlåtelse	32
4.2.2	Undersökningsplikt rörande förorenad mark	33
4.3	Sammanfattning och analys	34
5	ANALYS AV ”OMSTÄNDIGHETERNA I ÖVRIGT”	35
5.1	Exploatören och ”omständigheterna i övrigt”	35
5.2	Civilrättsliga inslag och ”omständigheterna i övrigt”	37
5.2.1	Förorenad mark och ”omständigheterna i övrigt”	37
5.2.2	Avtal och friskrivningsklausuler	38
5.2.3	Markundersökningar	39
5.2.4	Risker med civilrättsliga friskrivningsklausuler	40
5.3	Risker med ett utökat civilrättsligt inflytande	42
5.4	En i praktiken förekommande lösning	43
5.5	Miljööverdomstolens dom i mål nr M 7995-11	44
5.6	Slutsats	45
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	46
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	48

Summary

The main purpose of the Swedish Environmental Code is to prevent damage on the environment. In addition to this the Code also contains restorative requirements that apply only when an environmental damage has already occurred. These reparative claims are based on the so called "Polluter Pays Principle" which states that the one who caused the damage to the environment is liable for the restorative measures to be done to correct the damage. Such a regulation is the 10th chapter of the Environmental Code. It states that anyone who is engaged in or has engaged in a business or taken an action that contributed to an environmental damage is to be held liable for the restitution. Under the provision of chapter 10 this person, legal or physical, is called "the operator". If there is no operator available the owner of the property may be held liable for the restorative measures. However, as such a liability is secondary to the operator's liability it only arises when there is no liquid operator available. However, the property owner may be ordered to perform certain investigations of the land. The assessment of the term "operator" and who is to be considered as an operator in the opinion of the Code is partly still evolving. The leading case NJA 2012 p. 125 states that even someone who affects a contamination as a restorative measure is to be considered as an operator. This is often a developer who is seeking to restore the property to make it suitable for the development of new housing buildings. The purpose of extending the concept of the operator is likely to heal the deficiency in the Code regarding the possibility of recourse between different liability categories. Previously, a property owner could not claim recovery against an operator. Before NJA 2012 p. 125 the opportunity for recovery was given within different categories of liability but not between them. This is most likely caused by the fact that liability of the property owner is secondary to the liability of the operator. It did probably not occur to the legislator that a property owner might want to be in charge of the restitution. By NJA 2012 p. 125 a property owner who assumes the role of a developer is given an opportunity to bring claims against former operators.

The Environmental Code is a complex legislative product that contains elements of both civil law and public law. This complexity is apparent in the assessment and possible limitation of liability that occurs depending on how the ratio of Chapter 10 § 4 and Chapter 10 § 6 of the Environmental Code is interpreted. The general rule in § 6 is that any operator that has contributed to a contamination is to be considered as jointly liable for the restorative measures. A supervisory authority can direct an injunction against one or more of the operators to impose the designated party to bear the entire cost of the restorative measures. The civil law interpretation compares the relationship between the two clauses to the principles of limited liability under Tort Law. The one whose liability can be determined is not to be held liable in addition to one's own obligation. The public law interpretation on the other hand attaches no value to such a restriction. Instead, it is considered that as long as no operator contributed to such an inconsiderable

extent that the grant would not alone justify remedial, any of the operators could be ordered to remedy the entire contamination. Thus, the outcome varies depending on the method of interpretation. It is clear that there is a clash between the Civil law based interpretation and the Public Law based interpretation of the relationship between Chapter 10 § 4 and Chapter 10 § 6 of the Environmental Code.

Above this, the liability for restorative measures is also influenced by factors outside of the Environmental Code. Principles of Real Estate Law and civil contracts that contains an exclusion clause are such elements that operate in the same area as the Liability of restorative measures of the Environmental Code. A pure civil law based element has no obvious place in the Environmental Code but there are several good reasons for the courts to give such an element significance also in the interpretation of the Environmental Code. It is essential to the parties of a civil contract to be able to trust that what the agreement finally settles is also applicable in the future. A greater consciousness according to environmental issues will hopefully as a consequence lead to more enlightened affairs where private parties to a greater extent are managing the cost of remediation. This is consistent with the purpose of the joint liability which is that the State shall not be charged with the costs of restorative measures caused by nongovernmental operators. An opportunity to implement the Civil Law aspects of Environmental law could be to interpret them as "other circumstances" in Chapter 10 § 6 of the Environmental Code.

Although society has a lot to gain by letting contracts for remedial and other civil elements be of significance in the sense of the Environmental Code, civil instruments should still be considered with a certain degree of caution. The tools of Civil Law may otherwise be misused to evade liability of restorative measures and should therefore be subject to certain requirements on the elements affecting the liability. Exclusion clauses shall be considered valid only if they meet the legal requirements to be unequivocal and clearly points out that it is the liability of restorative measures under the 10th Chapter of the Environmental Code that the clause refers to. If such an agreement should be given any importance by a supervisory authority it is crucial that the applicant who has undertaken the liability for the restoration of the contaminated area is solvent and has a real opportunity to fund the remediation. If a requirement for solvency was not to be considered a system where the liability is transferred to someone who has neither the ability nor the intention to remedy the contamination, a "keeper system", should surface sooner rather than later.

Sammanfattning

Ledstjärnan inom svensk miljö rätt är att förebygga skador på människor och miljö i så stor utsträckning det är rimligt och möjligt. Utöver dessa preventiva regler finns även reparativa krav som aktualiseras först när en skada på miljön redan skett. Dessa reparativa krav grundar sig i ”principen om att förorenaren ska betala” vilket innebär att den som har orsakat en skada på miljön är ansvarig för att skadan avhjälpas. Den som bedriver eller har bedrivit en verksamhet eller vidtagit en åtgärd som har bidragit till en föroreningskada eller allvarlig miljöskada kallas för verksamhetsutövare. Verksamhetsutövaren är primärt ansvarig och därmed den som i första hand är ansvarig för att skadan på miljön avhjälpas. Om verksamhetsutövare saknas kan ägaren av fastigheten istället bli ansvarig för avhjälpandet. Fastighetsägarens ansvar är sekundärt i förhållande till verksamhetsutövaransvaret även om fastighetsägaren i vissa fall kan få ansvara för markundersökningar. Vad begreppet verksamhetsutövare omfattar är till viss del fortfarande under utveckling. Genom NJA 2012 s. 125 klargjordes att även den som i syfte att avhjälpa tillfälligt påverkar en förorening är verksamhetsutövare. Ofta är det en exploatör som avhjälpas marken för att göra den lämplig för nya bostadsfastigheter. Syftet med att utvidga begreppet är troligen att läka den brist som finns i begränsningen av möjligheten till regresstalan. Tidigare kunde en fastighetsägare inte föra regresstalan mot en verksamhetsutövare. Möjligheten gavs inom ansvarskategorierna men inte mellan dem. Detta grundar sig troligen i att lagstiftaren utgått ifrån att fastighetsägarens ansvar är sekundärt i förhållande till verksamhetsutövaransvaret och att en fastighetsägare endast kommer råka ut för avhjälpandeansvar när det saknas en verksamhetsutövare. Att ett avhjälpande kan vara något som fastighetsägare, framför allt exploaterande fastighetsägare, av ekonomiska skäl eller effektivitetsskäl själv vill ansvara för tycks inte lagstiftaren reflekterat över. Genom NJA 2012 s. 125 ges en fastighetsägare som antar rollen som exploatör en möjlighet att föra regresstalan mot tidigare verksamhetsutövare.

Att miljöbalken är en komplex lagstiftningsprodukt med inslag av både civilrätt och offentlig rätt framträder tydligt i den bedömning och potentiella begränsning av avhjälpandeansvar som sker beroende på hur förhållandet mellan 10 kap. 4 § MB och 10 kap. 6 § MB tolkas. Enligt huvudregeln i 6 § är verksamhetsutövare som bidragit till en förorening solidariskt ansvariga för avhjälpandet. Den civilrättsliga tolkningen begränsar ansvaret i enlighet med skadeståndsrättsliga principer om att den vars ansvar kan bestämmas inte ska ansvara utöver det egna ansvaret. Den offentlighetsrättsliga tolkningen å andra sidan tillmäter inte värde till en sådan begränsning. Istället anses att så länge den som föreläggs ansvaret för avhjälpande inte bidragit i så oväsentlig mån att bidraget inte ensamt motiverar ett avhjälpande kan vem som helst av verksamhetsutövarna föreläggas att avhjälpa hela föroreningen. I denna skilda utgång beroende på val av tolkningsmetod uppstår en krock mellan civilrättsliga och offentlighetsrättsliga principer i miljöbalken.

Utöver detta kan ansvar för avhjälpande påverkas av faktorer utanför miljöbalkens ramar. Civilrättsliga inslag som friskrivningsklausuler och undersökningsplikt är sådana faktorer som rör sig i samma område som ansvar för avhjälpande. Ett rent civilrättsligt inslag har ingen självklar plats i miljöbalken. För affärsmässighet och i viss mån rättssäkerhets skull finns det dock goda skäl att ge rent civilrättsliga inslag en betydelse även i miljöbalken. Det är framför allt parterna som har ett intresse av att kunna lita på att det som genom avtal slutligt reglerats också är det som ska gälla i framtiden. Planerad ansvarsfördelning bör i stor utsträckning leda till att privata aktörer hanterar kostnaden för avhjälpande vilket stämmer väl överens med det solidariska ansvarets syfte om att avhjälpande av föroreningskador inte ska belasta stadskassan. En möjlighet att implementera de civilrättsliga inslagen i miljöbalken är att ge dem en betydelse som ”omständigheterna i övrigt” i 10 kap. 6 § MB.

Även om samhället har mycket att vinna på att låta civilrättsliga inslag vara av betydelse vid föreläggande om avhjälpande bör hänsynen till civilrättsliga inslag ändå präglas av viss försiktighet. Civilrättsliga verktyg kan missbrukas för att undslippa ansvar och det bör därför ställas krav på de inslag som påverkar avhjälpandeansvaret. För att en friskrivningsklausul ska anses giltig bör den till att börja med uppfylla fastighetsrättsliga krav om klarhet och tydlighet. Det måste klart och tydligt framgå att det är avhjälpandeansvaret i 10 kap. MB som åsyftas. För att ett avtal ska kunna ges betydelse när tillsynsmyndigheten riktar föreläggande om avhjälpande krävs att den som åtagit sig att svara för avhjälpandet är solvent och har en reell möjlighet att finansiera avhjälpande. Om ett krav om solvens inte ställs finns det risk för att ett system där ansvar skrivs över på någon som varken har möjlighet eller avsikt att avhjälpa föroreningen. Troligen skulle det ganska snart uppstå ett så kallat ”målvaltssystem.”

Förord

Den som hävdar att miljö rätt bara är för Greenpeace-aktivister och att miljömedvetenhet och affärsmässighet är motpoler bör förbereda sig på att antingen omvändas eller förfäras. Ett stort tack till min handledare på Setterwalls, Jonas Söderstjerna. Du har varit en klippa och är och förblir en stor inspirationskälla. Stort tack även till min handledare vid Lunds universitet, Annika Nilsson.

Lund, maj 2013

Tove Skärblom

Förkortningar

A. a. s.	Anfört arbete sidan
A.bet. s.	Anfört betänkande sidan
A. prop. s.	Anförd proposition sidan
Avtalslagen	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
CLP-förordningen	Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1272/2008 av den 16 december 2008 om klassificering, märkning och förpackning av ämnen och blandningar, ändring och upphävande av direktiven 67/548/EEG och 1999/45/EG och ändring av förordning (EG) nr 1907/2006
EU	Europeiska Unionen
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
Industriutsläppsdirektivet	Europaparlamentet och rådets direktiv 2010/75/EU av den 24 november 2010 om industriutsläpp
Lissabonfördraget	Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknat i Lissabon 2007, offentliggjort i EUT C 306 2007
MB	Miljöbalk (1998:808)
Miljööverdomstolen	Mark och miljööverdomstolen
MÖD	Mark och miljööverdomstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statliga offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Introduktion

Avhjälpandeansvaret inom miljöretten är ett komplext rättsområde som innehåller inslag av både civilrätt och offentlig rätt. De civilrättsliga regler som påverkar miljöretten handlar främst om att fördela ansvaret för avhjälpandet av skador på miljön mellan olika aktörer. Syftet med de offentlighetsrättsliga reglerna kring avhjälpande i miljöbalken (MB) är främst att avhjälpa föroreningar i så stor utsträckning som möjligt utan att belasta stadskassan.¹ Miljöbalkens regler kring avhjälpandeansvar är av reparativ karaktär. Detta skiljer sig från den övervägande mängden regler i balken eftersom de aktualiseras först när en skada redan är skedd. De reparativa reglerna har sin grund i ”principen om att förorenaren betalar”. Principen introducerades 1974 i Rio-deklarationen och fortlever idag bland annat i artikel 191 p. 2 i fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt.² I svensk rätt återspeglas principen främst i 2 kap. 8 § MB och 10 kap. MB.

Enligt 10 kap. 2 § MB är det i första hand den som bedriver eller har bedrivit en verksamhet eller vidtagit en åtgärd som har bidragit till en föroreningsskada, verksamhetsutövaren, som är ansvarig för avhjälpandet. Inte sällan är det dock flera verksamhetsutövare som bidragit till en förorening. Tionde kapitlet innehåller därför även regler som styr fördelningen av ansvar när det finns flera verksamhetsutövare. För att undvika långdragna processer om ansvarsfrågan har lagstiftaren antagit en förenklingsregel i form av det solidariska ansvaret i 10 kap. 6 § MB. Denna regel gör att en tillsynsmyndighet har möjlighet att rikta krav på avhjälpande av hela föroreningen mot vem som helst av de för avhjälpandet ansvariga verksamhetsutövarna, i princip oavsett deras inbördes relation eller ansvar. Det bakomliggande syftet med regleringen är att nödvändiga reparativa åtgärder ska vidtas snabbt och effektivt. För att fördelningen inte ska bli oskälig ger miljöbalken den verksamhetsutövare som är missnöjd med ansvarsfördelningen en möjlighet att föra regresstalan mot någon, några eller samtliga övriga verksamhetsutövare. En sådan korrigerande åtgärd sker dock med nödvändighet efter att ansvaret redan har utkrävts och kan under tiden orsaka stort obehag för den verksamhetsutövare som måste svara för kostnader utöver sitt eget ansvar.

Näringslivets aktörer har ett behov av att vid olika typer av civilrättsliga överlåtelser ingå avtal som slutligt reglerar förhållandet mellan parterna. En förorenad fastighet kan antingen säljas som en ren fastighetsöverlåtelse, eller om fastigheten ägs av ett bolag, genom att antingen inkråmet eller aktierna i bolaget som äger fastigheten överläts. Även bolag som har ägandet av en fastighet som sin enda verksamhet, överläts ibland i

¹ Prop. 1997/98:45 Del I, s. 359.

² Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknat i Lissabon 2007, offentliggjort i EUT C 306 2007.

bolagsform. När en fastighet överlåts i bolagsform säljs samtliga aktier i bolaget till köparen vilket får till följd att fastigheten varken bytt ägare eller verksamhetsutövare. Det solidariska ansvaret enligt miljöbalken kan inte ansvarsbelägga säljaren eftersom det fortfarande är samma bolag som äger och verkar på fastigheten även om ägaren till bolaget har förändrats. Ansvarsgenombrott aktualiseras enligt svensk rätt inte i en sådan situation även om doktrinen till viss del har varit ivrig att få ett sådant till stånd.³ Bristen på möjlighet till ansvarsgenombrott får till konsekvens att den gamla ägaren av företaget, det vill säga den ”tidigare verksamhetsutövaren”, går fri ifrån ansvar för avhjälpande av eventuella föroreningar på fastigheten.

Denna uppsats fokuserar på situationen då en fastighet överlåts i en ren fastighetsöverlåtelse, av någon som tidigare varit verksamhetsutövare på platsen till någon som sedermera blir verksamhetsutövare. Som tidigare verksamhetsutövare på en förorenad fastighet kan säljaren av en tillsynsmyndighet bli förelagd att avhjälpa föroreningen i mer eller mindre stor omfattning. Det kan därför i allra högsta grad vara önskvärt att ansvaret för avhjälpande blir föremål för reglering i avtal. En sådan reglering sker numera regelbundet vid större försäljningar där potentiellt förorenad mark ingår. Det är emellertid inte självklart hur civilrättsliga inslag ska värderas i miljöbalkssammanhang. Trots att parterna slutligt reglerat överlåtelsen sig emellan kan vem som helst av dem utpekas som ansvarig för avhjälpande enligt miljöbalken. En tillsynsmyndighet har fortfarande rätt att vända sig till den av verksamhetsutövarna som den finner mest lämplig och kräva hela avhjälpandet av denne. För näringslivets del finns det därmed ett stort behov av att inkorporera civilrättsliga avtal i den offentliga miljöretten.

Delar av uppsatsen har inspirerats av mark- och miljööverdomstolens (miljööverdomstolens) dom i målet M 7995-11. Fallet behandlar ersättning för avhjälpandekostnader enligt 10 kap. 2 och 6 §§ MB. Fastigheten Albano 32 på ca 6000 m² köptes 2001 av blivande verksamhetsutövaren Landskronahem i en ren fastighetsöverlåtelse. Säljare var företaget och dåvarande verksamhetsutövare Trianon. När fastigheten såldes var den bebyggd med en gammal textilfabrik som på senare tid använts till fastighetsförvaltning med mindre, inhyrda verksamheter. Köparens syfte med förvärvet var att riva samtliga byggnader för att sedermera exploatera marken och bygga bostäder. Sedan lång tid tillbaka hade byggnaden värmts upp med olja. I samband med köpet förevisades fastigheten och i anknytning till detta vidtogs en inspektion av den tank som fanns på fastigheten där det konstaterades att denna var intakt och att dess ledningar gick över jord. Med hänsyn till resultatet av inspektionen, vad som kunde konstateras vid en besiktning och med hänsyn till omständigheterna i övrigt ansåg köparen att skäl saknades för att vidta ytterligare undersökningar.

Under hösten 2003, efter förvärvet men innan byggnaden hunnit rivas, noterades petroleumlukter i avloppet på en närliggande fastighet. Av flertalet närboende upplystes köparen då om att en liknande lukt funnits under längre tid. Oljelukten fanns emellertid inte på fastigheten Albano 32 utan endast på

³ Forsbacka, K. *Behövs det ett utvidgat ansvar för förorenade områden*, SvJT 2005 s. 502 ff.

närliggande fastigheter. Oljelukt och oljefilm kunde konstateras i flertalet närliggande avloppsbrunnar. I samband med det företog miljöförvaltningen en undersökning av området varvid det konstaterades att föreningens omfattning inte kunde klarläggas ordentligt förrän i samband rivningen av den gamla textilfabriksbyggnaden. Det beslutades därför att även saneringsåtgärderna skulle ske i samband med detta. Köparen förelades att vidta undersökning av ursprung, utbredning och art av förening och att innan avhjälpandet påbörjades inkomma med en saneringsplan. I samband med att markundersökningarna genomfördes kunde en kraftig oljeförening på ca 300 m³ eldningsolja i fri fas konstateras. Ytterligare 130 m³ noterades i de totalt sett 24600 ton jord som förorenats. Endast direkt under pannrummet gick föreningen upp till marknivå. I övrigt fanns den utanför byggnadskroppen på två meters djup. Kostnaden för avhjälpandet landade på omkring 23 miljoner kronor.

Klart var att köparen inte vidtagit någon ingående markundersökning utan endast konstaterat att oljepannan hade rör liggande över mark. När köparen i enlighet med 10 kap. 4 och 6 §§ MB förde talan om regressrätt genom solidariskt ansvar och yrkade att säljaren skulle svara för kostnaden för avhjälpandet av föreningen, gjorde säljaren en köprättslig invändning om att den civilrättsliga friskrivningsklausul som köpeavtalet innehöll friskrev säljaren ifrån ansvar. I samband med detta förde säljaren en negativ fastställsetalan i allmän domstol med motiveringen att en miljödomstol var fel forum i frågor som reglerats i ett köprättsligt avtal.⁴ HD konstaterade dock att miljödomstol var rätt forum för tvisten och frågan om de civilrättsliga inslagen avgjordes istället där. Tvisten mellan Trianon och Landskronahem är därför en god illustration för uppsatsens frågeställningar och av den oklarhet som riskerar att uppstå när ett offentligrättsligt ansvar regleras med hjälp av ett civilrättsligt instrument.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen avser att utreda och påvisa den komplexitet som finns i flera led inom miljörätten. För det första kan MB:s regler om solidariskt ansvar tolkas med utgångspunkt i civilrättsliga eller offentligrättsliga principer. För det andra kan miljörättsliga spörsmål påverkas av både offentligrättslig och civilrättslig lagstiftning. Syftet med uppsatsen är att utreda om dessa civilrättsliga inslag kan ses som ”omständigheterna i övrigt” i 10 kap. 6 § MB. Syftet med uppsatsen nås genom att besvara följande frågeställningar:

- *Vem omfattas av begreppet verksamhetsutövare?*
- *Vad omfattas av avhjälpandeansvaret för verksamhetsutövare?*
- *Är civilrättsliga inslag som friskrivningsklausuler och undersökningsplikt att se som sådana ”omständigheter i övrigt” som påverkar ansvars-fördelningen när flera är ansvariga i 10 kap. 6 § MB?*

⁴ NJA 2010 s 54.

1.3 Disposition

För att besvara uppsatsens frågeställningar presenteras först de faktorer som reglerar det offentlighetsrättsliga ansvaret. Verksamhetsutövarens ansvar och innebörden av dess omfattning presenteras inledningsvis. Därefter diskuteras komponenter som berör skälighetsbedömningen i 10 kap. 4 och 6 §§ MB samt solidariskt ansvar och möjligheten att föra regresstalan. Därefter utreds några möjliga civilrättsliga inslag och instrument som kan komma att påverka ansvaret för avhjälpande. Sist utreds relationen mellan det civilrättsliga och offentlighetsrättsliga ansvaret samt vilka potentiella problem som kan uppstå i ett system som är delvis civilrättsligt, delvis offentlighetsrättsligt. Analys sker både i löpande text, i en sammanfattande analysdel tillhörande varje kapitel och i ett eget avslutande kapitel.

1.4 Teori och metod

Vid författandet av denna uppsats har juridisk metod använts vilket innebär att rättskällorna lag, praxis, förarbeten och juridisk doktrin har använts som grund för diskussion och analys av rättsläget. Dessutom har Naturvårdsverkets rapporter och allmänna råd har varit av betydelse då de till viss del utreder några av de begrepp som förekommer i uppsatsen. Eftersom uppsatsen inspirerats av miljööverdomstolens dom i M-7995-11 har även inlagor i detta mål studerats.

Den teoretiska utgångspunkten har varit att undersöka vilka civilrättsliga och offentlighetsrättsliga regler som påverkar ansvaret för avhjälpande av förorenad mark. Analys av området sker ur en verksamhetsutövarens perspektiv.

1.5 Avgränsningar

Denna uppsats har inspirerats av ett rättsfall, miljööverdomstolens dom i M 7995-11. Fallet belyser ur flera aspekter komplexiteten inom rättsområdet miljö rätt som delvis civilrättsligt, delvis offentlighetsrättsligt. Frågor som inte är relevanta för denna komplexitet kommer belysas sparsamt och endast i den mån det har en koppling till uppsatsens frågeställningar.

Eftersom uppsatsen utreder förorenad mark som överlåts kommer endast förorenings skador att beröras. Allvarliga miljöskador faller utanför uppsatsens syfte. För att inte upprepa redan välanalyserade frågor kommer uppsatsen endast att fokusera på situationen då en fastighet överlåts i en ren fastighetsöverlåtelse av någon som tidigare varit verksamhetsutövare till någon som blir verksamhetsutövare. Skillnader då fastigheten ägs av ett bolag och det istället är aktierna i bolaget som säljs kommer inte att belysas annat än upplysningsvis och som grund för analys. Ansvarsgenombrott vid

föreningar faller därmed utanför frågeställningen. Inte heller berörs fastighetsägarens sekundära ansvar mer än upplysningsvis.

Dessutom utreds om vissa faktorer kan ses som ”omständigheterna i övrigt”. Det är inte avsett att vara en uttömmande uppräkningslista och det är fullt möjligt att andra faktorer än de som nämns kan vara ”omständigheter i övrigt”.

1.6 Viktiga begrepp

Följande viktiga begrepp används i uppsatsen.

Avhjälpan. Begreppet avhjälpan har ersatt det tidigare begreppet efterbehandling i 10 kap. MB. Några paragrafer i miljöbalken innehåller fortfarande termen efterbehandling men dessa är inte relevanta för uppsatsen. Eftersom termen avhjälpan bättre beskriver de reparativa och kompensande åtgärder som kan aktualiseras anpassades terminologin för att bättre stämma överens med miljöansvarsdirektivet och därmed använd terminologi. När förorenad mark ska återställas kommer denna uppsats därför i huvudsak att använda termen avhjälpan. I den mån begreppen sanering eller efterbehandling används avses endast att exemplifiera olika delar av avhjälpan.⁵ Avhjälpanens innebörd regleras i 10 kap. 4-5 §§ MB. Med ordet avhjälpan avses enligt 10 kap. 1 § MB utredning, efterbehandling och andra åtgärder som kan komma att krävas för att avhjälpa en föroreningskada eller en allvarlig miljökada. En utredning kan innebära att undersöka vilka ämnen, halter eller sammansättningar som förekommer på den skadade platsen. Rent praktiskt inleds förfarandet med en genomgång av vilken del av området som historiskt sett kan ha råkat ut för en förorening. Därefter kan det vara fråga om mer konkreta åtgärder som exempelvis att genom borrning eller grävning i marken få fram ett tillräckligt underlag för att analysera vilken typ av förorening det är fråga om och därigenom kunna bestämma vilka åtgärder som är nödvändiga. Undersökningarna är ofta väldigt kostsamma och nyttan av informationen måste vara rimlig i förhållande till kostnaden.⁶ Ett avhjälpan kan ske med olika metoder beroende på vilken typ av skada som avhjälps. Ett område kan exempelvis grävas ut och jorden forslas bort eller behandlas kemiskt eller biologiskt på den ursprungliga platsen.⁷

Föroreningskada. Eftersom 10 kap. MB är tillämpligt på föroreningskada är det av stor betydelse vad som omfattas av begreppet förorening. Vägledning ges i viss utsträckning i 10 kap. 1 § 1 st. MB där en föroreningskada beskrivs som en miljökada som genom förorening av ett mark- eller vattenområde, grundvatten, en byggnad eller en anläggning kan medföra skada eller olägenhet för människors hälsa. Utöver det ger lagtexten inte någon anvisning om vad som menas med just ordet förorening

⁵ Prop. 2006/07:95 s. 54.

⁶ MÖD 2003:127.

⁷ Michanek och Zetterberg, *Den svenska miljörätten*, s. 272 (2012).

och idag används begreppet utan något angivande av specifika ämnen. Förarbetena till miljöbalken nämner tungmetaller och andra metaller, lösningsmedel, olja, bensin och förorenade fibersediment som exempel men uppräkningsen är inte uttömmande.⁸ Det nämns heller ingenting om vilken mängd eller koncentration som krävs. Istället har klargörandet av ordet förorening överlåtits till rättstillämpningen. Enligt kommentaren till MB bör ordet allmänt uttryckt betyda att ett för området främmande och icke naturligt ämne tillförts naturen.⁹ Enligt Naturvårdsverket är en förorening ett ämne som härrör ifrån mänsklig aktivitet och som förekommer i jord, berg, sediment eller byggnadsmaterial i en halt som överskrider bakgrundshalten.¹⁰ Enligt senare utredningar är det emellertid irrelevant vilken slags utsläpp det är fråga om. Det väsentliga är att utsläppet i sig har medfört en skada på miljön. Huruvida en skada är att klassificera som en förorenings-skada bör alltså bestämmas av i vilken utsträckning som verksamheten eller åtgärden redan har påverkat miljön.¹¹ Skadebegreppet avgörs i Naturvårdsverkets riktlinjer av ”föroreningarnas farlighet utifrån ämnets toxikologiska egenskaper, föroreningsnivåer baserat på bedömda halter och mängder av aktuella föroreningar, spridningsförutsättningar och slutligen områdets känslighet och skyddsvärde.” Dessa faktorer utgör sedan grund för en helhetsbedömning.¹²

Känslig markanvändning och mindre känslig markanvändning. Begreppet känslig markanvändning kan definieras som att markkvalitén inte begränsar valet av markanvändning. Alla grupper av människor (barn, vuxna, äldre) kan vistas permanent inom området under en livstid. Mark som får användas för mindre känslig markanvändning är mark där markkvalitén begränsar val av markanvändning till exempelvis kontor, industri eller vägar. De exponerade antas vara personer som vistas i området under yrkesverksam tid samt andra som vistas i området tillfälligt.¹³ Naturvårdsverkets riktvärden för förorenad mark anger den föroreningshalt i marken under vilken risken för negativa effekter på människor, miljö eller naturresurser normalt är acceptabel för en viss klassificering. Till grund för detta ligger i vilken omfattning människor exponeras för föroreningar, förutsättningarna för spridning av föroreningar och skyddsvärde för miljön i området och i omgivningen.¹⁴

Verksamhetsutövare. I 10 kap. 2 § MB anges att den som bedriver eller har bedrivit en verksamhet eller vidtagit en åtgärd som har bidragit till en föroreningskada eller allvarlig miljöskada, verksamhetsutövaren, är ansvarig för det avhjälpande som ska ske enligt 10 kap. Utöver detta definieras inte begreppet i svensk lag och senast 2006 avböjde lagstiftaren att införa en definition.¹⁵ Begreppet används i en mängd situationer och en del av uppsatsens fokus är att försöka ringa in betydelsen av detta begrepp.

⁸ Prop. 1997/98:45 Del 2 s. 118.

⁹ Bengtsson m.fl. *Miljöbalken – en kommentar Del 1*, s. 10:5 (april 2011).

¹⁰ Naturvårdsverket, rapport nr 5978 s. 111 (2009).

¹¹ Prop. 2006/07:95 s. 125 f.

¹² Naturvårdsverket, rapport nr 5978 s. 111 (2009).

¹³ *Översiktlig miljöteknisk undersökning, rapport*, <http://www.malmo.se/> (2013-04-02)

¹⁴ Naturvårdsverkets rapport 5976, s. 15 f. (2009).

¹⁵ Prop. 2006/07:95 s. 57.

2 Verksamhetsutövarens ansvar

2.1 Ansvarskategorierna

I 10 kap. MB anges två subjekt som kan komma att bära ansvaret för avhjälpandet av en förorening. Enligt 2 § är det verksamhetsutövaren som bär det primära ansvaret för att en förorening blir avhjälpd. Det är alltid verksamhetsutövaren som svarar i första hand men i brist på tillgängliga verksamhetsutövare kan ansvaret för avhjälpandet läggas över på fastighetsägaren. Fastighetsägarens ansvar behandlas i 3 §. Där sägs att den som förvärvat en fastighet och vid förvärvet känt till eller borde ha upptäckt föroreningen kan komma att hållas ansvarig. Fastighetsägaransvaret är subsidiärt i förhållande till verksamhetsutövarens ansvar och aktualiseras endast om det saknas verksamhetsutövare som kan genomföra avhjälpandet. Detta innebär att en fastighetsägare inte kan åläggas ansvar när en ansvarsutredning indikerar att det inte kan uteslutas att det finns någon som skulle kunna anses vara verksamhetsutövare.¹⁶ En verksamhetsutövares ansvar för avhjälpande är som huvudregel inte begränsat i tiden utan gäller ända fram tills föroreningen är avhjälpd, även om tidsaspekten kan få viss inverkan vid skälighetsbedömningen av ansvarets omfattning.¹⁷

Fastighetsägarens ansvar för avhjälpande kan aldrig bli mer omfattande än verksamhetsutövarens ansvar. I de situationer då en verksamhetsutövares ansvar är bestämt men verksamhetsutövaren saknar resurser att bekosta hela avhjälpandet träder fastighetsägaransvaret dock in. Fastighetsägarens subsidiära ansvar kan alltså göras gällande i den omfattning som den eller de ansvariga verksamhetsutövarna inte kan fullgöra sitt ansvar.¹⁸

2.2 Begreppet verksamhetsutövare

I 10 kap. 2 § MB sägs att ”den som bedriver eller har bedrivit en verksamhet eller vidtagit en åtgärd som har bidragit till en föroreningsskada eller allvarlig miljöskada, verksamhetsutövaren, är ansvarig för det avhjälpande som ska ske enligt 10 kap. MB”. Utöver detta finns begreppet verksamhetsutövare inte reglerat i svensk lagstiftning. En definition har diskuterats vid flera tillfällen, senast i förarbetena till ändringarna i 10 kap. som genomfördes 2007.¹⁹ Liksom tidigare valde lagstiftaren även då att undvika att ta ställning. Definitionen av begreppet har därmed överlämnats till rätts-tillämpningen. Den som orsakat en föroreningsskada genom utsläpp på ett

¹⁶ MÖD 2011:1.

¹⁷ Michanek och Zetterberg, *Den svenska miljörätten*, s. 274 (2012).

¹⁸ Prop. 2006/07:95 s. 102.

¹⁹ A.prop. s. 55 ff.

visst område är definitivt att se som verksamhetsutövare. I vissa fall kan även fastighetsägare och brukare av en fastighet vara att se som verksamhetsutövare även om dessa aktörer inte primärt orsakat föroreningen. En fastighetsägare kan bli ansvarig om ett förorenat område ska nyttjas på ett sätt som gör att den gamla föroreningen löper risk för att spridas, exempelvis om en gammal industritomt ska exploateras för att bebyggas med bostäder.²⁰ I NJA 2012 s. 125 klargörs att en exploatör som genom arbete på eller i förorenad mark riskerar att påverka föroreningen ska vara att se som verksamhetsutövare. I fallet var fastigheten Oxelösund Gösen skadad av zinkföroreningar. Dessa föroreningar hade orsakats av den tidigare verksamhetsutövaren JM som bedrivit verksamhet på fastigheten under många år. Exploatören Kustbostäder hade inte drivit den tidigare verksamheten vidare men däremot genomfört vissa grävnings- och schaktningsarbeten eftersom de ämnade bebygga fastigheten med bostäder. För att detta skulle vara möjlig krävdes en relativt omfattande sanering av marken då den var förorenad av den tidigare verksamhet som bedrivits där. Kustbostäder genomförde därför det nödvändiga avhjälpandet och krävde sedan i en regresstalan mot JM att JM skulle stå för kostnaderna eftersom det var JM:s verksamhet som orsakat föroreningen. För att Kustbostäder skulle ha talerätt för en sådan regresstalan krävdes det att de var att se som verksamhetsutövare. Domstolen konstaterade att Kustbostäder genom sin sanering av fastigheten bedrivit en verksamhet som påverkat föroreningen och på grund av detta var att bedöma som verksamhetsutövare. I målet var det exploatören själv som ville anses som verksamhetsutövare eftersom detta var en förutsättning för möjligheten att föra en regresstalan mot övriga verksamhetsutövare enligt 10 kap. 6 § MB. Domen klargör att det solidariska ansvaret inte bara omfattar den som bidragit till skadan utan även den som vidtagit en enstaka åtgärd som påverkat föroreningen. Dessutom konstaterar domstolen att tanken bakom reglerna i 10 kap. 2 och 6 §§ är att underlätta förfarandet för avhjälpande och att regleringen måste ges den innebörd som i möjligaste mån underlättar bedömningen av vem som är verksamhetsutövare. 10 kap. 2 § MB ger heller inte något utrymme för en bedömning av orsaken till skadorna, exempelvis att en tillfällig skada uppkommit som led i ett pågående saneringsarbete eller ett arbete som på annat vis syftar till att totalt sett avhjälpa belastningen på miljön. Slutligen konstaterade domstolen att regresskravet var en följd av det solidariska ansvaret gentemot det allmänna och att detta inte kunde ses på annat vis bara för att det var fråga om en tvist mellan två enskilda. En diskrepans av det slaget riskerar att skapa oklarhet. Den slutsats som kan dras av fallet är att en exploatör är att se som verksamhetsutövare om denne i sin verksamhet som exploatör påverkar de redan existerande föroreningarna. Detta gäller även om föroreningarna bara påverkas tillfälligt och i syfte att i uppnå en högre miljö kvalitet på fastigheten i förlängningen.

²⁰ Michanek och Zetterberg, *Den svenska miljörätten*, s. 274 (2012).

2.3 Omfattningen av verksamhetsutövarens ansvar

2.3.1 Verksamhetsutövarens ansvar enligt miljöbalken

Verksamhetsutövaransvaret i 10 kap. MB bygger på principen om att föreningen betalar. Oftast handlar det om en miljöfarlig verksamhet men detta definieras inte i vare sig förarbeten eller lagtext.²¹ Föreningens ansvar att avhjälpa en föroreningsskada kan enligt 10 kap. 8 § MB inte preskriberas. Promulgationslagen fastslår dock att ansvaret ska avgränsas tidsmässigt genom särskilda övergångsbestämmelser. Ansvaret för avhjälpande sträcker sig därför inte längre bakåt i tiden än till 1969. En bedömning av ansvaret för en förorening som uppkommit före och under 1950-talet bör jämkas till noll.²² Ansvar för en förorening som uppkommit mellan den första januari 1960 och den sista juni 1969 bör jämkas i betydande omfattning, men inte nödvändigtvis till noll. Trots att ansvaret inte preskriberas är tidsaspekten en omständighet som kan påverka ansvaret och den förflutna tiden kan alltså vara en aspekt av stor betydelse för bedömningen av ansvars skälighet. I MÖD 2010:24 hade länsstyrelsen förelagt Skogsägarna Södra att vidta avhjälpandeåtgärder för ett sågverk. Större delen av föroreningen kunde härledas till verksamhet som bedrivits på 1950-1960-talet. Av domen framgår att tidsaspekten är av stor vikt vid skälighetsbedömningen för ansvaret för avhjälpande. I målet konstaterades att ”förening som uppkommit före och under 1950-talet i princip bör jämkas till noll kronor” om inte särskilda skäl föreligger. Ett sådant särskilt skäl skulle kunna vara att verksamhetsutövaren inte följt då gällande tillstånd eller på annat sätt bedrivit verksamheten i strid med gällande regler. Vad gäller föreningar som uppstod efter 1969 finns det enligt domstolen inte anledning att jämka ansvaret med hänsyn till tidsaspekten. En jämkning blir mindre och mindre skäligen ju närmare i tiden föroreningen ligger.²³ Det kan därmed konstateras att för föreningar som uppkommit efter 1969 gäller principen om att föreningen betalar som huvudregel och få undantag från huvudregeln accepteras.

Vad som innefattas i ordet verksamhet är inte helt självklart. Uppenbart är att en verksamhetsutövare som fortfarande driver samma typ av verksamhet som orsakat föroreningen är att se som verksamhetsutövare ur miljöbalkens perspektiv. En verksamhetsutövare kan emellertid få ansvara för andra områden än de helt uppenbara, vilket ska visas i följande framställning.

2.3.2 Verksamhetsutövarens ansvar för sidoverksamhet

Vad som ska anses falla inom den enskilde verksamhetsutövarens verksamhet har givits en vid innebörd. Det framgår av MÖD 2008:11 där företaget Tarkett AB utpekades som verksamhetsutövare trots att de varken ägde eller disponerade de förorenade fastigheterna. Kopplingen var istället

²¹ Michanek och Zetterberg, *Den svenska miljörätten*, s. 274 (2012).

²² SOU 2011:86 s. 336.

²³ Bengtsson m.fl. *Miljöbalken En kommentar, del I*, s. 10:18 (april 2011).

att företaget hade lämnat avfall ifrån sin produktion av platsmattor på den förorenade platsen. Eftersom ägaren av dessa fastigheter inte bedrev någon avfallsdeponi ansåg domstolen att Tarkett AB inte kunde anses ha överfört ansvaret för avfallet till ägaren av fastigheten. Verksamheten var därför att klassificera som en avfallsdeponi bedriven av mattproducenten. Miljödomstolen ansåg att denna deponi var att se som sidoverksamhet till mattproduktionen och att ansvaret därför skulle åläggas mattproducenten. Verkningarna av avfallet bestod och bolagets faktiska drift hade pågått, om än inte på fastigheterna, efter 1969 och pågick fortfarande. Den rättsliga konsekvensen av detta fall är att om ett bolags huvudsakliga verksamhet består innefattar ansvaret för avhjälpande även alla mindre sidoverksamheter från förr som kan ha tjänat verksamheten. Detta gäller oberoende av att sidoverksamheten upphört innan 1969 och förflyttats till annan plats.²⁴

2.3.3 Verksamhetsutövarens ansvar för liknande verksamhet

Även vid liknande verksamhet som bedrivits efter 1969 kan utövaren föreläggas ansvar för utredning och avhjälpande av förorening. För att en verksamhetsutövare ska kunna göras ansvarig för avhjälpande enligt 10 kap. MB krävs att den faktiska driften pågått efter 1969. Det är alltså inte tillräckligt att den miljöfarliga verksamheten pågått i en passiv fas efter detta. För att markera detta har lagstiftaren valt att använda sig av uttrycket ”faktisk drift”.²⁵ Bolaget kan emellertid fortfarande bli föremål för krav på avhjälpande efter denna tidpunkt om bolaget därefter varit i faktiskt drift. Ett sådant ansvar gäller även om den del av verksamheten som orsakat föroreningen upphörde före 1969.²⁶ I MÖD 2006:36 ansågs ett ansvar för liknande verksamhet föreligga när den ansvarige verksamhetsutövaren genom fusion uppgått i ett annat företag. Företaget som genomfört fusionen med verksamhetsutövaren ansågs ansvarigt för avhjälpandet.²⁷

Om den verksamhet som i dagsläget bedrivs är att bedöma som fristående verksamhet enligt 8 § Promulgationslagen är den att anse som skild ifrån den verksamhet som ”faktiskt bedrivits” efter 1969. Ett krav på avhjälpande kan då inte riktas mot verksamhetsutövaren.²⁸ Detta fastslås av miljööverdomstolen i MÖD 2009:36. I målet hade Stora Enso Fine Paper bedrivit tillverkning av sulfitmassa på en fastighet. Verksamheten övergick 1966 till att istället tillverka spånskivor. Domstolen konstaterade att tillverkning av sulfitmassa innefattar en teknisk process som kraftigt skiljer sig ifrån den tekniska process som används vid tillverkning av spånskivor och att de två verksamheterna orsakar skilda typer av föroreningar. Stora Enso Fine Paper var därför inte rätt adressat för kravet på avhjälpande. Det krävs att det finns

²⁴ MÖD 2008:11.

²⁵ Prop. 1997/98:45 del I s. 602 ff.

²⁶ MÖD 2005:30.

²⁷ MÖD 2006:36.

²⁸ SOU 2011:86 s. 339.

ett tekniskt och miljömässigt samband mellan de olika delverksamheterna för att ansvar för avhjälpande ska kunna aktualiseras.²⁹

2.4 Sammanfattning och analys

Begreppet verksamhetsutövare har givits en vid innebörd som innebär att verksamhetsutövaransvaret egentligen inte behöver vara kopplat till just den verksamhet som orsakat föroreningen. Generellt kan man säga att det för att begreppet ska aktualiseras krävs att någon antingen orsakat eller bidragit till att en förorening påverkats. Klassisk verksamhetsutövare är den som de facto släppt ut föroreningen från sin verksamhet. Även sidoverksamheter och andra likande verksamheter med en koppling till den ”faktiska verksamhetsutövaren” kan vara att se som verksamhetsutövare. Detta gäller emellertid bara så länge det finns ett tekniskt och miljömässigt samband mellan verksamheten som orsakat föroreningen och den verksamhet som genom samband med den förorenande verksamheten utpekats som ansvarig. Vilka krav som ställs för att en sådan koppling ska anses existera och vilken närhet den liknande verksamheten eller sidoverksamheten ska ha tycks dock ha tolkats relativt frikostigt.

Att den som vidtar avhjälpandeåtgärder klassificeras som verksamhetsutövare kan få stora, både positiva och negativa konsekvenser för framtiden. Detta analyseras mer utförligt under kapitel 5.1.

²⁹ MÖD 2010:17.

3 Avhjälpandeansvar i miljöbalken

3.1 Miljöbalken

3.1.1 2 kap. 8 § MB

”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 istället skyldighet att ersätta skadan eller olägenheten uppkomma.”

På ovanstående vis lyder 2 kap. 8 § MB som är en del av balkens kapitel med allmänna hänsynsregler. Ett ansvar för att avhjälpa skada och olägenheter för miljö föreskrivs den som bedriver eller har bedrivit verksamhet eller vidtagit en åtgärd som medfört skada eller olägenhet för miljön. Till skillnad från övriga hänsynsregler tar 8 § inte sikte på förebyggande, så kallade preventiva, åtgärder utan avser istället att reglera redan inträffade skador genom reparativa åtgärder. Paragrafen avspeglar principen om förorenarens betalningsansvar, vilket också är orsaken till att paragrafen placerades bland de allmänna hänsynsreglerna. Ansvaret bör gälla för all verksamhet och alla åtgärder som kan medföra skada eller olägenhet.³⁰ Eftersom paragrafen aktualiseras först när en skada redan uppstått har regeln blivit något svår att integrera med de övriga hänsynsreglerna.³¹

Den ansvariges skyldighet att avhjälpa skadorna och olägenheterna kan fullgöras genom att den ansvarige själv vidtar faktiska åtgärder i form av sanering, efterbehandling eller annan typ av avhjälpande, eller genom att låta andra genomföra avhjälpandet men själv stå för kostnaderna. Förorenaren kan även uppfylla sin betalning genom att vidta kompensande åtgärder. Sådana åtgärder avhjälpas inte den ursprungliga skadan, men neutraliserar ändå totalt sett den skada på naturen som skett, genom att miljön förbättras i något annat hänseende.³²

Enligt förarbetena är 2 kap. 8 § MB tänkt att omfatta skador och olägenheter genom föreningar, något som stämmer väl överens med hänvisningen till 10 kap. MB. I lagtexten nämns emellertid ingenting om vilken typ av skada det ska vara. Istället talas det allmänt om skada och olägenhet för miljön, vilket kan uppkomma på många andra vis än genom föreningar. Då det icke föroreningsrelaterade ansvaret enligt 2 kap. 8 § MB inte är relevant för uppsatsen innehåll kommer detta inte att utredas vidare.

³⁰ Prop. 1997/98:45 Del I s. 234.

³¹ A.prop. s. 234 f.

³² A.prop. s. 26.

3.1.2 10 kap. MB

Miljöbalkens tionde kapitel innehåller både regler för verksamheter som orsakar miljöskador och regler om vem ansvarar för avhjälpandet av dessa skador. Kapitlet aktualiseras enligt 1 § genom förekomsten av en föroreningskada eller en allvarlig miljöskada. Eftersom det krävs en konstaterad skada är det alltså reparativa åtgärder som regleras. Ansvaret att avhjälpa skador är en skyldighet gentemot det allmänna och principen om att förorenaren betalar genomsyrar hela kapitlet.³³ Innebörden av begreppen avhjälpande och föroreningskada är av stor betydelse eftersom de avgränsar kapitlets tillämpningsområde.³⁴

Kapitlets huvudsakliga syfte är att slå fast vem som är ansvarig för att avhjälpa den utpekade skadan. Ansvaret ska enligt 2 § i första hand åläggas en eller flera verksamhetsutövare. Om en verksamhetsutövare inte längre existerar eller inte går att få tag i hamnar ansvaret enligt 3 § på nuvarande eller tidigare fastighetsägare. Den främsta orsaken till denna form av ansvarssuccession är att avhjälpande av föroreningar ska undvika att belasta stadsbudgeten utan att avkall görs på värnandet om en god miljö.³⁵

Avhjälpandeansvaret aktualiseras av en tillsynsmyndighets föreläggande. Ett sådant föreläggande baseras på ett riskvärderingsperspektiv med grund i framtida risker för människor och miljö. Om risken för skada är tillräckligt hög kan myndigheten rikta krav mot den ansvarige för att förhindra att risken realiserar. Framtidsperspektivet är centralt i bedömningen och faktorer i det förflutna är irrelevanta om de inte har betydelse för den framtida risken för spridning av föroreningen. Att förhindra att risker förverkligas är också orsaken till att krav då verksamhetsutövare saknas kan riktas mot fastighetsägaren. Fastighetsägaren har makt och möjlighet att vidta åtgärder.

Industriutsläppsdirektivet (IED) återspeglar bland annat vissa allmänna principer om verksamhetsutövarens grundläggande skyldigheter. Direktivet implementerades i svensk rätt i januari 2013. Eftersom regeringen bedömde att Sverige redan uppfyllde större delen av de krav som direktivet uppställer så innehåller implementeringen i stort sett bara en stor nyhet, statusrapporten. Enligt 10 kap. 5 a § MB är en statusrapport ett dokument med information om statusen i mark och grundvatten med avseende på användning, produktion eller utsläpp av relevanta farliga ämnen. Minimikravet är att rapporten ska innehålla information om tidigare och nuvarande användning av området. Antingen ny eller befintlig information kan användas beroende på risken för förorening med de ämnen som används, produceras eller släpps ut.³⁶ Syftet med direktivet och därmed 5 a § är att säkerställa att driften av en anläggning inte försämrar kvalitén i marken. Statusrapporten ska vara behörig myndighet tillhanda innan en anläggning

³³ Bengtsson, *Miljöbalkens återverkningar* s. 159 (2001).

³⁴ Se kap. 1.6 för en förklaring av begreppens innebörd.

³⁵ Prop. 1997/98:45 Del I, s. 359.

³⁶ Prop. 2012/13:35 s. 35 f.

tas i drift eller ett tillstånd för en anläggning uppdateras för första gången efter den 7 januari 2013.

Direktivet och 10 kap. MB skiljer sig på några punkter. För det första skiljer sig direktivets omfattning ifrån miljöbalkens. Direktivet omfattar endast upphörandet av vissa specifika anläggningar som anges i bilaga I till direktivet. Miljöbalken å andra sidan gäller för alla verksamheter oavsett när i tiden skadan anträffas. Regleringarna skiljer sig även åt i förhållandet till begreppet förorening.³⁷ Direktivet reglerar endast de ”relevanta farliga föroreningar” som anges i den så kallade CLP-förordningen.³⁸ I miljöbalken finns ingen definition av begreppet förorening utan det används utan angivande av specifika ämnen. Miljöbalkens uppfattning om förorenings-skada sträcker sig alltså betydligt längre och omfattar betydligt mer än direktivet. Dessutom är tröskeln för skada i IED avsevärt högre än i miljöbalken. När ansvar enligt miljöbalken konstaterats görs en bedömning av skäligheten i avhjälpandet. Någon sådan helhetsbedömning görs inte enligt direktivet utan hänsyn tas endast till åtgärdernas tekniska genomförbarhet.³⁹

3.2 Det solidariska ansvaret

Ett avhjälpande av ett område utsatt för markförorening är ofta förenat med höga kostnader för den ansvarige. Enbart provtagning för att konstatera eller urskilja vilken typ av förorening som är aktuell kan vara mycket kostsamt. Det är därför av stor betydelse till vem tillsynsmyndigheten väljer att rikta ett föreläggande om att avhjälpa och återställa en förorening. Ofta uppstår situationer där flera verksamhetsutövare bidragit till en och samma förorening. Antingen kan de samtidigt ha bidragit till att förorena ett område, under olika tidperioder bedrivit verksamhet på samma fastighet eller under olika tidperioder orsakat en viss förorening etcetera. Eftersom de bakomliggande faktorerna är komplicerade tenderar även ansvarsfrågan att bli komplicerad.⁴⁰ Det är helt enkelt svårt att slå fast vem som ska anses ha orsakat vilken del av föroreningen. Enligt 10 kap. 6 § MB råder ett solidariskt ansvar mellan de verksamhetsutövare som är aktuella för avhjälpandeansvaret. Det ger tillsynsmyndigheten möjlighet att rikta föreläggande mot den verksamhetsutövare som den finner lämpligast och kräva ansvar för avhjälpande av hela föroreningen ifrån denne.⁴¹ Myndigheten har ingen skyldighet att följa kedjan av verksamhetsutövare i kronologisk ordning eller på annat vis ta hänsyn till något rättviseperspektiv utöver skälighetsbedömningen.⁴² I de fall då verksamhet fortfarande bedrivs på platsen är det dock ofta enklast att förelägga att den verksamhetsutövare

³⁷ SOU 2011:86 s. 342.

³⁸ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1272/2008 av den 16 december 2008 om klassificering, märkning och förpackning av ämnen och blandningar, ändring och upphävande av direktiven 67/548/EEG och 1999/45/EG och ändring av förordning (EG) nr 1907/2006.

³⁹ SOU 2011:86 s. 342 f.

⁴⁰ Michanek och Zetterberg, *Den svenska miljörätten*, s. 282 (2012).

⁴¹ SOU 2011:86, s. 331.

⁴² MÖD 2003:127.

som fortfarande bedriver verksamhet eftersom denne ofta har störst intresse i att föreningen avhjälpas.⁴³ En myndighet kan också välja att rikta krav på avhjälpande mot flera verksamhetsutövare samtidigt.

Den verksamhetsutövare som väljs ut av tillsynsmyndigheten som ansvarig för avhjälpandet kan begära ersättning ifrån resterande verksamhetsutövare i proportion till var och ens bidrag till föreningen (mer om detta under 3.4.)⁴⁴ Om bidraget till föreningen var i så obetydlig omfattning att bidraget inte ensamt påkallat avhjälpande kan en verksamhetsutövare undantas från det solidariska ansvaret och behöver endast svara för kostnader i proportion till sin egen begränsade del, se nedan. Det föreligger inte något solidariskt ansvar mellan verksamhetsutövare och fastighetsägare, fastighetsägarens ansvar är alltid sekundärt i förhållande till verksamhetsutövarens ansvar.⁴⁵

3.3 Skälighetsbedömningen

3.3.1 En helhetsbedömning

Oavsett om det är en verksamhetsutövare eller fastighetsägare som är ansvarig för avhjälpandet så sker en skälighetsbedömning i varje enskilt fall. Denna bedömning innebär att det inte är givet att den som är ansvarig för avhjälpandet av en förening behöver svara för hela kostnaden för avhjälpandet. Omständigheter såsom föreningens art, anknytning till tidigare verksamhet och tidsaspekten kan beaktas.⁴⁶

Ett reparativt krav som grundas på 10 kap. 2 § MB ska innehålla en skälighetsbedömning enligt 10 kap. 4 § 1 st. MB. Där sägs att den som är ansvarig ”i skäligen omfattning” ska utföra eller bekosta de åtgärder för avhjälpande som denne ansvarar för. En skälighetsbedömning enligt 10 kap. 4 § 1 st. MB är en helhetsbedömning som resulterar i antingen fullt ansvar, delvis jämkat ansvar eller i vissa fall ansvar jämkat ner till noll.⁴⁷ Bedömningen ska enligt förarbetena innefatta både hur långtgående åtgärder som ska vidtas och vilket ansvar som anses skäligt för den ansvarige. Följaktligen omfattar skälighetsbedömningen både vilka miljömässigt motiverade åtgärder som aktualiseras och bedömningen av den enskilde utövarens ansvar.⁴⁸ Utgångspunkten för skälighetsbedömningen bör vara att redan existerande och potentiella skador ska elimineras. Skälighetsbedömningen vid reparativa krav kan delas upp i två steg med en objektiv och en subjektiv del vilket praktiserats av domstol vid upprepade tillfällen.⁴⁹

⁴³ Michanek och Zetterberg, *Den svenska miljörätten* s. 283 (2012).

⁴⁴ SOU 2011:86, s. 331.

⁴⁵ A.a. s.

⁴⁶ Michanek och Zetterberg, *Den svenska miljörätten* s. 278 (2012).

⁴⁷ A.a. s.

⁴⁸ SOU 2011:86 s. 334.

⁴⁹ Miljööverdomstolen har använt metoden i bland annat MÖD 2010:18, MÖD 2010:19, MÖD 2010:24 och MÖD 2010:31.

3.3.2 Miljömässigt motiverade åtgärder

Den första bedömningen som görs är objektiv och handlar om vilka åtgärder som är att anse som miljömässigt motiverade för att förebygga, hindra eller motverka skador på hälsa och miljö. Omständigheter som hänför sig till den enskilde verksamhetsutövaren är inte relevant i denna del av bedömningen. Istället är föroreningens art och omfattning av stor vikt. För att de förelagda åtgärderna ska anses miljömässigt motiverade får inte kostnaden för avhjälpandet vara orimligt stor i förhållande till hur främjande åtgärden förväntas vara för miljön. I denna del av bedömningen tar man också ställning till vilka typer av föroreningar som ska aktualisera ett avhjälpande-ansvar, hur omfattande avhjälpandet bör vara, om några eventuella kvarvarande föroreningrisker kan accepteras, vilken typ av avhjälpande som bör användas etcetera.⁵⁰ I denna bedömning är exempelvis fastighetens framtida användningsområde av stor vikt. Högre krav ställs på en fastighet som ska användas för att bygga bostäder än på en fastighet som ska användas för industriverksamhet. Dessutom kan fastighetens geografiska placering vara av vikt. Det bör rimligen ställas högre krav på en fastighet som ligger i närheten av en skola eller ett bostadsområde än på en ödsligt belägen fastighet. Fastigheten Albano 32 är belägen i centrala Landskrona med omedelbar närhet till en skola, vilket gjorde att höga krav ställdes på avhjälpandet.⁵¹ Ett exempel på hur denna typ av skälighetsbedömning görs är MÖD 2010:19. I detta fall hade Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Uppsala kommun förelagt SJ att avhjälpa föroreningar på en fastighet i centrala Uppsala som tidigare använts för järnvägsändamål. På grund av den tidigare användningen var fastigheten kraftigt förorenad av kreosot. Fastigheten skulle nu bebyggas med bostäder och tillsynsmyndigheten krävde därför att fastigheten avhjälpes till den grad att den uppfyllde kraven för "känslig markanvändning" på platsen, något som SJ invände emot. SJ anförde att om man istället avhjälpde markföroreningen till den grad att den dög till industriellt ändamål skulle betydligt färre jordmassor behöva borttransporteras. Miljööverdomstolen ansåg inte att det var miljömässigt motiverat att kräva att SJ skulle bekosta den förädling av området som krävdes för att nå upp till kravet för känslig markanvändning. Därmed var det heller inte skäligt att kräva ett sådant avhjälpande

3.3.3 Omfattningen av den enskilde verksamhetsutövarens ansvar

I den subjektiva skälighetsbedömningen beaktas hur lång tid som har förflutit sedan föroreningen orsakades, vilken skyldighet den ansvarige hade att förhindra framtida skadeverkningar och de omständigheter i övrigt som kan påverka bedömningen av skäligheten i ansvaret.

Ett ansvar att avhjälpa en föroreningsskada kan inte preskriberas.⁵² Ansvaret sträcker sig alltså som huvudregel obegränsat långt bakåt i tiden, men avgränsas ändå tidsmässigt genom särskilda övergångsbestämmelser till att

⁵⁰ Bengtsson m.fl., *Miljöbalken En kommentar, del I*, s. 10:18 (april 2011).

⁵¹ Miljööverdomstolens dom i M 7995-11.

⁵² 10 kap. 8 § MB.

inte sträcka sig längre tillbaka än till 1969. Vad gäller föroreningar som uppstod efter 1969 finns det som huvudregel inte anledning att jämka ansvaret med hänsyn till den förflutna tiden. En jämkning blir dessutom mindre och mindre skäligen ju närmare i tiden föroreningen ligger.⁵³

En annan omständighet som kan påverka bedömningen av den enskilde verksamhetsutövarens ansvar är huruvida verksamheten har följt de lagar och tillstånd som gällde vid tidpunkten då föroreningen orsakades.⁵⁴ Om verksamhetsutövaren brutit mot en skyldighet att förhindra framtida skadeverkningar som ålegat verksamheten genom tillståndsvillkor eller andra lagliga krav är det knappast rimligt att denne ska undgå ansvar. Teorin om avhjälpandeansvarets förhållande till hur verksamhetsutövare har verkat i överensstämmelse med regler verkar emellertid inte på motsvarande vis åt andra hållet, det vill säga en verksamhetsutövare som följt gällande lagar och tillstånd är inte garanterad jämkat ansvar enbart på grund av detta.⁵⁵ Tillståndsbesluten utformas på så vis att de tillåter en specifik verksamhet, inte de enskilda konsekvenser som verksamheten orsakar.⁵⁶ Dessutom är principen om att förorenaren betalar i huvudsak ett strikt ansvar.⁵⁷ Osäkerhet är en naturlig del av en miljöfarlig verksamhet eftersom det inte säkert går att uttala sig om hur en förorening kommer förflytta sig, reagera i en viss miljö eller om den kommer bedömas som farlig eller inte i framtiden. Utifrån principen om att förorenaren betalar är den mest rimliga lösningen att det är förorenaren som får bära risken för denna osäkerhet.⁵⁸

Kunskapsnivån vid tiden för föroreningen är en annan faktor som också spelar in vid bedömning av skäligheten. Där granskas verksamhetsutövarens agerande i förhållande till vad som var känt vid tiden för föroreningen. Om verksamhetsutövaren agerat med miljöns bästa som utgångspunkt utifrån den kunskap som fanns tillgänglig vid tillfället kan detta vara ett skäl att jämka ansvaret.⁵⁹

Den enskilde verksamhetsutövarens avsaknad av ekonomiska resurser för avhjälpandet anförs ofta som ett skäl för jämkning. I MÖD 2010:31 tar domstolen emellertid ställning emot ett sådant beaktande. Där anförs att syftet med reglerna i 10 kap. MB är att skapa garantier för att förorenade områden blir avhjälpade utan att det belastar stadsbudgeten. Om en alltför generös inställning till 10 kap. 4 § MB skulle tillämpas skulle det syftet gå om intet. Därav ansågs bolagets ekonomiska förhållande inte vara skäl nog för jämkning vilket stämmer väl överens med propositionen.⁶⁰ Ett ekonomiskt beaktande ska istället ske i samband med kostnadsrimligheten och bedömningen av vilka åtgärder som är miljömässigt motiverade vilket är en objektiv bedömning utan hänsyn till den enskilde verksamhets-

⁵³ Bengtsson m.fl. *Miljöbalken En kommentar, del I*, s. 10:18 (april 2011).

⁵⁴ MÖD 2010:24

⁵⁵ MÖD 2010:31.

⁵⁶ Prop. 2006/07:95 s. 88.

⁵⁷ Michanek och Zetterberg, *Den svenska miljörätten*, s. 279.

⁵⁸ A.a. s. 280.

⁵⁹ A.a. s.

⁶⁰ Prop. 1997/98: 45 s. 359 Del 1.

utövarens ekonomiska ställning.⁶¹ Därutöver finns som utgångspunkt inte något utrymme för att ta kostnadens storlek i beaktande vid bedömningen av ansvarets omfattning. Det utesluts dock inte att hänsyn som undantag kan komma att visas till den ansvariges ekonomi om ett fullt avhjälpandeansvar skulle vara oskäligt betungande, exempelvis gällande småföretagare eller fastighetsägare.⁶²

3.3.4 Verksamhetsutövare som bidragit endast i begränsad mån

I 10 kap. 4 § 2 st. MB sägs att om en verksamhetsutövare kan visa att den har bidragit till föreningen endast i begränsad mån skall detta beaktas vid bedömningen av ansvarets omfattning. Detta förutsätter att denne kan visa att föreningen till allra största del endast beror på åtgärder vidtagna av andra. Om en verksamhetsutövare kan visa detta är det inte skäligt att förelägga denna verksamhetsutövare ett avhjälpandeansvar för den del av föreningen som denne inte bidragit till.⁶³ Om det på annat vis står klart att en verksamhetsutövares ansvar är begränsat till en mycket liten del bör det få betydelse även om omständigheterna kring omfattningen av de andra verksamhetsutövarnas bidrag inte är helt avgjort.⁶⁴ Här görs emellertid en åtskillnad mellan ansvar för avhjälpandet i sig och ansvar för att genomföra markundersökningar. Även den som har bidragit till föreningen i begränsad mån kan åläggas ansvaret för att genomföra eller bekosta markundersökningar. En viss skälighetsavvägning kan dock göras om undersökningarna förväntas bli mycket kostsamma.⁶⁵ I 10 kap. 6 § 1 st. MB sägs dessutom att den verksamhetsutövare som visar att dennes bidrag till skadan är så obetydligt att det inte ensamt motiverar något avhjälpande ska endast svara för del som motsvarar det egna bidraget. Det finns alltså två möjligheter att begränsa ansvaret. För det första kan ansvaret för den vars ansvar kan begränsas enligt 10 kap. 4 § MB. Detta behöver inte innebära att verksamhetsutövaren frigörs från det solidariska ansvaret utan innebär bara att denne ges möjlighet att föra regresstalan om summan för det ansvar verksamhetsutövaren svarat för som inte härrör sig till verksamhetsutövarens egna bidrag till föreningen. Alltså är det snarare fråga om att ansvaret kan bestämmas än att det begränsas. Den som bidragit i obetydlig mån behöver bara betala för sin egen del vilket innebär att denne inte heller behöver vara med och bära bördan av det solidariska ansvaret.

3.3.5 Förhållandet mellan 10 kap. 4 och 6 §§

Det solidariska ansvaret återfinns som tidigare nämnts i 10 kap. 6 § MB. Där framgår att verksamhetsutövarnas ansvar för avhjälpande är solidariskt i den mån inte annat följer av att ansvaret är begränsat genom den skälighetsbedömning som görs i 10 kap. 4 § MB. Det råder delade meningar om hur

⁶¹ MÖD 2010:18.

⁶² MÖD 2010:31.

⁶³ Prop. 1997/98:45, Del 2, s. 121.

⁶⁴ A.prop. s. 121.

⁶⁵ MÖD 2006:36.

förhållandet mellan 4 och 6 §§ ska tolkas och varken förarbeten eller rättspraxis ger någon egentligen vägledning i vilken tolkning som är den korrekta.

Den ena uppfattningen brukar kallas för den civilrättsliga tolkningen. Enligt denna tolkning görs en personlig skälighetsbedömning för var och en av verksamhetsutövarna. Solidariskt ansvar kan därefter endast krävas av en verksamhetsutövare upp till den nivå som denne själv anses ansvarig. Om en verksamhetsutövare exempelvis anses ansvarig för 30 procent av en förorening så svarar denne endast solidariskt upp till 30 procent.⁶⁶ Följaktligen är en verksamhetsutövarers solidariska ansvar enligt den civilrättsliga tolkningen begränsat till att endast uppgå till den nivå som kan anses skälig för verksamhetsutövaren själv. Denna tolkning innebär att en verksamhetsutövare, om dennes ansvar kan bestämmas, aldrig kan krävas på mer än vad denne själv bidragit till. En sådan inställning stämmer väl överens med de civilrättsliga regler kring skadeståndsansvar som stadgas i både 6 kap. skadeståndslagen⁶⁷ och 32 kap. MB. Om det finns flera ansvariga verksamhetsutövare kan ansvaret ha jämkats för någon av dem. En sådan jämkning gäller då även i förhållande till det solidariska ansvaret.⁶⁸ Denna tolkning företräds bland annat av Bengtsson som uttrycker att det vore säreget om en verksamhetsutövare vars ansvar begränsats till visst belopp senare skulle kunna krävas på ytterligare kostnader därför att en medansvarig visat sig inte kunna fullgöra sin betalningsskyldighet.⁶⁹

Den tolkning som brukar kallas den offentligrättsliga tolkningen innebär att det är den totala uppskattade skäligheten av vad som är miljömässigt motiverat som sätter ramen för det solidariska ansvaret. Exempelvis kan det anses skäligt att verksamhetsutövarna står för 80 procent av kostnaden för avhjälpandet. Tillsynsmyndigheten kan på så vis kräva var och en av de ansvariga utövarna på hela beloppet upp till 80 procent av den totala avhjälpandekostnaden. Vid denna tolkning kan någon eller några av verksamhetsutövarna hållas ansvariga för en större kostnad än som skulle ansetts skäligt vid en individuell bedömning.⁷⁰ Denna tolkning stämmer väl överens med tanken om att 10 kap. MB är en förvaltningsrättslig och inte en civilrättslig lagstiftningsprodukt. Det allmänna intresset av god miljö är det syfte som genomsyrar reglerna. Enligt den offentligrättsliga uppfattningen, som bland annat företräds av Darpö, är reglerna i 10 kap. tänkta att reglera förhållandet mellan enskilda och myndigheter och inte det inbördes förhållandet mellan olika enskilda.⁷¹ Tanken är att ge tillsynsmyndigheten ett effektivt verktyg för att driva igenom så många avhjälpanden som möjligt utan att begränsas av ansvarsförhållanden verksamhetsutövare emellan. Denna förenklings- och effektivitetsregel är emellertid inte tänkt att

⁶⁶ Darpö, *Verksamhetsutövare, markägare och konkursbon i miljöbalken*, SvJT 2000 s.486.

⁶⁷ Skadeståndslag (1972:207).

⁶⁸ SOU 2011:86 s. 356.

⁶⁹ Bengtsson, *Miljörätt och civilrätt* s. 46 f. i *Miljörätten i förändring – en antologi*, Rättsfondens skriftserie 36 (1986). Se även Nilsson, *Aktuella frågor, om gamla miljöskador*, SvJT 1999 s. 998 f. och prop. 1997/98:45 Del 2 s. 122.

⁷⁰ SOU 2011:86 s. 355.

⁷¹ Darpö, *Om gamla miljöskador*, SvJT 1998 s. 875 ff.

begränsa övriga regler i 10 kap. Enligt SOU 2011:86 om ansvar för miljöskador innebär hänvisningen från 6 § till 4 § att en skälighetsbedömning alltid ska göras för var och en av verksamhetsutövarna. Vad som är miljömässigt motiverat är inte det enda som ska bedömas. Utredningen anser också att hänvisningen till 4 § innebär att det är en fullständig skälighetsbedömning ska göras. En annorlunda tolkning skulle leda till att en omotiverad diskrepans uppstår mellan tillfällena då det finns en ensam verksamhetsutövare och tillfällena då det finns flera verksamhetsutövarna. En full skälighetsbedömning skulle annars göras vid alla tillfällen då det endast finns en verksamhetsutövare, men inte vid flera verksamhetsutövarna. Vid flera verksamhetsutövarna skulle i sådana fall ingen eller endast en begränsad skälighetsprövning göras.⁷²

3.4 Regresstalan om avhjälpandekostnader

Den verksamhetsutövare som blivit ålagd att ansvara för avhjälpandet av en förorening behöver på grund av det solidariska ansvaret inte nödvändigtvis ha orsakat hela föroreningen själv. I en sådan situation finns en möjlighet för den förelagde verksamhetsutövaren att föra regresstalan mot någon, några eller samtliga övriga medansvariga verksamhetsutövarna. Vid en sådan talan åligger det den verksamhetsutövare som har svarat för kostnaden att visa att övriga verksamhetsutövarna bidragit till föroreningen och att det handlar om mer än ett obetydligt bidrag. Bevisbördan är i de flesta fall inte särskilt betungande eftersom det inte krävs att ett visst skadeförlopp kan styrkas. Fördelningen av det solidariska ansvaret ska ske utefter vad som är skäligt med hänsyn till den omfattning i vilken var och en av verksamhetsutövarna har medverkat till föroreningen och med hänsyn till ”omständigheterna i övrigt”.⁷³ Bevisbördan för i vilken grad de olika verksamhetsutövarna bidragit vilar på var och en av de solidariskt ansvariga.⁷⁴

I MÖD 2010:19 hade tillsynsmyndigheten riktat föreläggande till både SJ och Uppsala kommun. SJ överklagade sitt beslut medan beslutet mot kommunen vann laga kraft. Kommunen fullföljde sitt ansvar som var anpassat till fastighetens placering och förhållanden på platsen och avhjälpde hela föroreningen. När SJ:s ansvar och vad som var miljömässigt motiverade åtgärder väl skulle bedömas hade kommunen redan avhjälpit hela föroreningen. Domstolen ansåg att det inte var skäligt att SJ skulle ansvara för ett avhjälpande till den grad att marken uppfyllde kraven för känslig markanvändning. Det var inte heller möjligt att ålägga SJ att vidta åtgärder med en lägre ambitionsnivå eller begränsa SJ:s kostnadsansvar eftersom marken redan hade avhjälpits av kommunen. Föreläggandet emot SJ upphävdes därför. I ett sådant fall är det viktigt att skilja på föreläggande och ansvar. SJ kan fortfarande anses ha burit ansvaret för att sanera upp till

⁷² SOU 2011:86 s. 357 f.

⁷³ 10 kap. 6 § MB.

⁷⁴ Miljööverdomstolens dom i mål nr M 7995-11.

en sådan grad att marken kan användas som industritomt och Uppsala kommun borde därför ha goda chanser att vinna mot SJ i en regresstalan.

3.5 Sammanfattning och analys

De olika tolkningsmetoderna får synnerligen olika ansvarsresultat och varken praxis eller förarbeten ger någon tydlig vägledning i vilken tolkningsmetod som är den korrekta. Effekten av valet av tolkningsmetod skulle emellertid minska om man i skälighetsbedömningen kunde ta hänsyn till samtliga ansvariga redan i bedömningen enligt 4 §. Om prövningen av ansvar inte sker i en samlad bedömning så finns det risk för diskrepans i besluten om de olika verksamhetsutövarnas ansvar.

Det finns tendenser i miljööverdomstolens mål M 7995-11 som talar för att även en sanering till högre grad än så kan vara möjlig att kräva om det är miljömässigt motiverat. Uppsala kommun borde därför ha haft goda chanser att vinna i en regresstalan mot SJ. Tillsynsmyndigheten kunde inte längre rikta något krav mot SJ eftersom föreningsskadan i marken var åtgärdad. Uppsala kommun var däremot fullständigt fri att rikta regresskrav mot SJ för den delen SJ ansvarade för. Det borde vara ett, sett ur syftet att maximalt avhjälpande är önskvärt, klokt incitament att den som genomför själva saneringen också får bestämma om denne vill genomföra sanering ”utöver” det som krävs, exempelvis så att marken är lämplig för boende istället för som industrimark. Att få bestämma saneringsgraden skulle vara ett incitament som gör det mer attraktivt för verksamhetsutövarna att vara den som genomför själva avhjälpandet. Om det inte medges möjlighet att föra regresstalan om ”översanering” skulle ett i miljöhänsyn negativt incitament kunna skapas eftersom föreningar som skulle kunna bli avhjälpade till en högre grad inte blir det. Detta måste vägas mot att det är troligt att det också kan få effekten att det blir attraktivt att ansvara för saneringen om verksamhetsutövaren har möjlighet att välja en lägre nivå om denne själv ansvarar för avhjälpandet. Avhjälpandet kan på grund av detta komma att ske snabbare än vad det annars skulle gjort.

Det kan mot bakgrund av MÖD 2010:19 framstå som eftersträvansvärt att tillsynsmyndigheten alltid ska göra en samordnad prövning av ansvaret för samtliga verksamhetsutövare vid ett föreläggande om avhjälpande. Det saknas emellertid i miljöbalken stöd för ett sådant ställningstagande. Inte heller verkar det vara praktiskt möjligt att alltid genomföra en sådan samlad prövning av ansvaret när det riskerar att finnas flera ansvariga. Om det skulle kunna ställas krav på en samlad prövning försvinner funktionen av tillsynsmyndighetens möjlighet att rikta hela det solidariska ansvaret mot någon eller några av verksamhetsutövarna.⁷⁵

⁷⁵ SOU 2011:86 s. 357.

Det solidariska ansvaret får enligt den civilrättsliga tolkningen störst betydelse när det inte går att dela upp ansvaret mellan de olika verksamhetsutövarna som orsakat föreningen. Varje gång ansvaret begränsas för någon av verksamhetsutövarna så begränsas även det solidariska ansvaret. Tillsynsmyndigheten kan emellertid rikta ett solidariskt ansvar mot någon eller samtliga ansvariga verksamhetsutövare vid de tillfällen då ansvaret inte begränsats för någon av verksamhetsutövarna.⁷⁶

Den offentligrättsliga tolkningen av det solidariska ansvaret innebär att var och en av de ansvariga verksamhetsutövarna kan föreläggas att svara för hela den skäligen kostnaden för avhjälpandet så länge verksamhetens bidrag ensamt motiverar ett avhjälpande. I den offentligrättsliga tolkningen saknas det utrymme för att ta hänsyn till omständigheter som rör en enskild verksamhetsutövare. Den verksamhetsutövare som får ansvara för kostnader utanför sitt eget ansvar får istället genom en regresstalan kräva pengar av sina medansvariga verksamhetsutövare.⁷⁷ Denna process avspeglar också paragrafens funktion som förenklingsregel för tillsynsmyndigheten.⁷⁸

Vare sig lagtext eller förarbeten ger stöd för att lagstiftarens syfte varit att avvika ifrån den i övrigt gällande etablerade strukturen av solidariskt ansvar.⁷⁹ Eftersom ett stöd för avvikande ifrån den skadeståndsrättsliga principen saknas finns det starka skäl som talar mot att det skulle vara möjligt att förelägga verksamhetsutövaren ett mera omfattande ansvar än det ansvar han skäligen ålagts enligt en skälighetsbedömning i 4 §.

Det tycks föreligga många svårhanterliga praktiska frågor vid tillsynsmyndighetens handläggning av ärenden som gäller fördelning av ansvar mellan olika verksamhetsutövare. Utöver fördelningen mellan de medansvariga verksamhetsutövarna ska processen också innehålla ett fastställande av finansiering för de delar som faller utanför det primära ansvaret. Oklarheten i hur förhållandet mellan 10 kap. 6 § och 10 kap. 4 § ska tolkas leder till svårigheter för tillsynsmyndigheten i dess roll som ansvarsfördelare. Myndigheterna får visserligen viss hjälp av den vägledning som Naturvårdsverkets rapporter om efterbehandling erbjuder. Området, som innehåller element av myndighetsutövning och dessutom leder till stora kostnader för enskilda personer bör enligt mitt tycke utredas vidare för att dess tillämpning ska anses rättssäker och förutsägbar.

⁷⁶ SOU 2011:86 s. 357.

⁷⁷ A.bet. s.

⁷⁸ Naturvårdsverkets rapport 5242, s. 37 f. (2003).

⁷⁹ SOU 2011:86 s. 358.

4 Civilrätt som ”omständigheterna i övrigt”

4.1 Friskrivningsklausuler

4.1.1 Friskrivningar vid fastighetöverlåtelse

I miljööverdomstolens dom i M 7995-11 överläts en fastighet i en ren fastighetsöverlåtelse av någon som tidigare varit verksamhetsutövare till någon som sedermera blev verksamhetsutövare. I ett sådant fall kan utöver problematiken kring verksamhetsutövaransvar i 10 kap. MB även rent obligationsrättsliga fastighetsfrågor uppstå. I svensk avtalsrätt finns det inget som hindrar att parterna själva begränsar ansvaret helt eller delvis genom friskrivning eftersom reglerna om kontraktsbrott är dispositiva. En friskrivning vid köp av fastighet kan som huvudregel utformas i två olika utförandeformer. Säljaren kan å ena sidan välja att friskriva sig genom precisering av fastighetens fysiska egenskaper eller å andra sidan genom att i avtal reducera eller utesluta påföljder som annars skulle varit tillämpliga.⁸⁰ Dessa två tillvägagångssätt kallas egenskapsfriskrivning och påföljdsfriskrivning.

En egenskapsfriskrivning innebär att felbegreppet konkretiseras i en för köparen negativ mening. Även om ett fel rent faktiskt skulle föreligga så ses det inte som ett fel i köprättslig mening. En sådan friskrivning aktualiseras därmed redan vid bedömningen av om det föreligger ett fel eller inte. Ofta reglerar en egenskapsfriskrivning bara någon eller några enstaka egenskaper hos fastigheten.⁸¹

Den andra sortens friskrivning fokuserar istället på påföljderna av ett fel. Denna typ av friskrivning aktualiseras först vid bedömningen av felets relevans. Detta innebär att friskrivningen är av relevans först efter att det konstaterats att säljaren faktiskt kan bli ansvarig för felet. Ett fel kan därmed föreligga i köprättslig mening men ändå sakna relevans eftersom säljaren inte kan göras ansvarig. Detta gäller endast om samtliga påföljder uteslutits genom friskrivningen. Om någon påföljd inte blivit utesluten kan denna givetvis göras gällande.⁸²

Vissa uttalanden om friskrivningar har gjorts i förarbetena till JB men där berörs endast friskrivningar gällande fastighetens egenskaper. Där sägs att det är av vikt att det på ett otvetydigt sätt klargörs i vilket hänseende säljaren inte önskar ansvara för fastighetens egenskaper så att köparen kan utvidga sin undersökning avseende detta.⁸³ I det sammanhanget sägs också att en ”allmänt hållen klausul om att fastigheten säljs i befintligt skick torde

⁸⁰ Grauers, *Fastighetsköp*, s. 229 (2012).

⁸¹ A.a. s.

⁸² A.a. s.

⁸³ Prop. 1970:20 del B 1 s. 212.

därför inte utan vidare frita säljaren från allt ansvar”.⁸⁴ HD har i flertalet rättsfall klargjort vilken vikt en friskrivning har och vilka krav som ställs på klausulen för att denna ska vara giltig vid en fastighetsförsäljning. I NJA 1975 s. 545 hade köparen efter ett köp av en tio år gammal villa upptäckt ett dolt fel på fastigheten. I kontraktet klargjordes det tydligt att köparen godtog fastighetens skick och att han godtog att med bindande verkan avstå från alla anspråk mot säljaren på grund av fel och brister i fastigheten. HD konstaterade att klausuler om försäljning av fastigheter i befintligt skick ofta har en otydlig eller oklar innebörd. Denna klausul om befintligt skick var dock i allmänhet både klar och tydlig. Det konstaterades också att en uppräknig av alla potentiella fel som säljaren vill friskriva sig ifrån inte skulle underlätta förståelsen för köparen. Detta gjorde den befintliga friskrivningsklausulen än mer acceptabel. Även i NJA 1976 s. 217 behandlades en friskrivningsklausul som klargjorde att fastigheten överläts i befintligt skick. Det befintliga skicket hade i viss mån knutits till ett besiktningsutlåtande. HD fann dock att klausulen var helt generell. Klausulen tolkades till sin ordalydelse eftersom säljaren velat göra en oinskränkt friskrivning, något som köparen bort förstå. Av dessa rättsfall framgår att HD godtar även generella friskrivningar angående påföljden så länge innebörden av dem är klar. Man har bedömt att en säljare kan ha förståeliga och respektabla skäl för att genom en friskrivning slutligt reglera affären redan i avtalet. Detta gäller emellertid bara mellan jämbördiga parter.⁸⁵

En friskrivning som inte är tillräckligt välformulerad och allt för allmänt hållen är emellertid inte giltig i alla lägen, inte ens mellan jämbördiga parter. I NJA 1983 s. 808 innehöll avtalet en klausul där fastigheten ”överläts sådan den av köparen har besiktigats”. En formulering av det slaget är att se som lika generell och intetsägande som uttrycket ”i befintligt skick”. HD godtog inte klausulen som en giltig friskrivning. Viktigt att notera är också att en allmänt hållen men välformulerad friskrivningsklausul inte gäller mot en utfästelse som säljaren gjort, vilket följer av den allmänna avtalsrättsliga principen att en mer preciserad klausul gäller framför en allmän klausul.⁸⁶

4.1.2 Friskrivningar rörande förorenad mark

Oavsett hur försäljningen sker, om det är en ren fastighetsförsäljning eller om innehålllet i ett bolag överläts, antingen genom inkråmsöverlåtelse eller genom att aktierna i bolaget överläts så har parterna i många fall ett intresse av att reglera ansvaret för avhjälpande mellan sig. Framförallt har säljaren ett intresse av att affären för dennes del ska vara slutgiltig, det vill säga att samtliga spörsmål ska regleras i köpekontraktet. Det är därför vanligt förekommande att säljaren, som ovan nämnts, vill friskriva sig ifrån potentiella eller för säljaren kända fel i fastigheten. Ett sådant fel skulle kunna vara förorenad mark. I miljödomstolens dom i M 7995-11 konstaterar

⁸⁴ Prop. 1970:20 del B 1 s. 212.

⁸⁵ Grauers, *Fastighetsköp* s. 231 f. (2012).

⁸⁶ A.a. s. 232. Se även NJA 1983 s. 865.

tingsrätten att ingenting i klausulen i köpeavtalet tyder på att parterna avsett att ge klausulen någon tillämpning utanför det egentliga avtalsområdet, det vill säga överlåtelse av fast egendom och de obligationsrättsliga effekterna av denna rättshandling. Friskrivningsklausulen saknade ett uttryckligt förbehåll om att den även skulle omfatta ett sådant ansvar som kan komma att utkrävas med stöd av bestämmelserna i 10 kap. Domstolen konstaterade att det rörde sig om ett utkrävande av offentligrättsligt ansvar vars omfattning kan vara av så stor betydelse att det inte utan särskild avtalsreglering kan anses innefattas i en generellt avfattad friskrivningsklausul, med tanke på jordabalkens obligationsrättsliga reglering. I en situation där talan grundar sig på verksamhetsutövaransvaret i 10 kap. MB saknar en sådan friskrivningsklausul självständig betydelse. I Landskronafallet är det alltså en avsaknad av en avtalsrättslig gemensam partsavsikt som gör att friskrivningsklausulen inte ges någon betydelse för fördelningen av avhjälpandeansvaret och bedömningen görs därför enligt gängse regler i 10 kap. MB. Domstolens bedömning att partsavsikt saknas är en bedömning som görs med grund i civilrättsliga regler och principer. Anledningen till att köpeavtalet och den friskrivningsklausul det innehåller inte ges någon offentligrättslig betydelse är att avtalet inte lever upp till de civilrättsliga krav som ställs för att en friskrivning ska godtas. Klausulen är inte tillräckligt specifik och båda parter tycks inte ha haft för avsikt att ge friskrivningsklausulen en sådan innebörd som gör att den även omfattar verksamhetsutövaransvaret i miljöbalken. Det kan antas att domstolen till viss del tagit intryck av jordabalkens höga krav på friskrivningsklausuler och att detta spelat en viss roll i bedömningen. Det civilrättsliga inslaget stoppas därmed ifrån att ges en offentligrättslig betydelse av ett annat civilrättsligt inslag.

Trots höga krav tycks domstolen inte på något vis utesluta att civilrättsliga avtal och klausuler kan vara av betydelse även vid det offentligrättsliga ansvaret i 10 kap. MB. Säljaren kan göra en friskrivning gällande ansvaret för förorenad mark. Det ställs dock höga krav på en sådan friskrivningsklausul för att den ska anses giltig. I fastighetsrätten i stort gäller att friskrivningar för att vara giltiga måste vara av mycket klar innebörd för att de ska vara gällande mot köparen. Detsamma gäller även i fallet rörande förorenad mark. Det tycks därmed vara möjligt att friskriva sig från ansvar för förorenad mark så länge klausulen i fråga uttryckligen klargör att det är just förorenad mark som säljaren önskar friskriva sig från och att detta även ska innefatta det ansvar som kan komma att utkrävas i 10 kap. MB. Generella friskrivningar likt den som gjorts av parterna i miljööverdomstolens dom M 7995-11 omfattar inte ansvar för förorenad mark. Det kan dock inte uteslutas att även generella friskrivningsklausuler skulle kunna omfatta förorenad mark så länge det med önskvärd tydlighet framgår att även förorenad mark omfattas.

4.2 Undersökningsplikt

4.2.1 Undersökningsplikt vid fastighetsöverlåtelse

Ett fel föreligger enligt 4 kap. 19 § 1 st. JB när en fastighet avviker från det säljaren och köparen har avtalat om. Ett fel föreligger emellertid också när en fastighet avviker ifrån vad en köpare med fog har kunna förutsätta vid tillfället för överlåtelsen. Fastigheten måste alltså leva upp till en allmän, normal standard som med hänsyn till individuella förutsättningar för fastigheten såsom byggnadens skick, ålder eller köpeskillingen kan vara skälig att kräva.⁸⁷ Tre goda utgångspunkter för bedömningen av om fel föreligger är att det ska vara av betydelse för köpare i allmänhet, av sådan art att köparen inte har haft fog att räkna med det och vara av betydelse för marknadsvärdet på fastigheten.⁸⁸

För att ett fel i fastighet ska kunna göras gällande mot säljaren krävs att felet inte borde upptäckts vid en före köpet vidtagen undersökning av fastigheten. Köparen har alltså en undersökningsplikt. Om felet i fråga varit möjligt att upptäcka kan det inte göras gällande gentemot säljaren. Omvänt gäller att köparen kan göra gällande ett fel som inte skulle ha upptäckts även om en undersökning rent faktiskt aldrig genomförts. Säljaren ansvarar därmed endast för dolda fel.⁸⁹ För att uppfylla undersökningsplikten krävs att köparen vidtar en ”med tillbörlig omsorg och sakkunskap företagen undersökning av fastigheten”.⁹⁰ Omfattning av denna plikt beror bland annat på vad som varit påkallat med hänsyn till fastighetens skick, ålder och övriga omständigheter vid köpet.⁹¹

I vissa fall kan köparens undersökningsplikt påverkas av om säljaren har en civilrättslig skyldighet att upplysa om vissa faktorer. I NJA 2007 s. 86, mer känt som ”motorcrossbanefallet” gör HD ett avsteg ifrån den huvudregel om undersökningsplikt som gäller för när en köpare kan göra fel i fastighet gällande. En fastighet i ett naturskönt och avskilt område hade sålts för att av köparen användas som fritidsbostad. Detta hade med tydlighet kommunicerats till säljaren. Vid undersökningen av fastigheten påstod sig köparen bland annat ha ställt frågor om buller från närliggande vindkraftverk. Efter köpet upptäckte köparen att en motorcrossbana låg placerad endast några hundra meter ifrån fastigheten, bakom ett berg på andra sidan en havsvik. Köparen hävde avtalet med hänvisning till att bullret utgjorde ett fel i fastigheten. HD konstaterar att även om köparens undersökningsplikt ska ses som huvudregel så finns ingenting i vare sig 4 kap. 19 § JB eller tidigare rättspraxis som hindrar att en säljare åläggs upplysningsplikt. Det är inte fråga om en generell upplysningsplikt rörande omständigheter som kan vara av betydelse för köparen utan snarare en plikt som i undantagsfall kan aktualiseras när säljaren känner till ett fel som är av stor

⁸⁷ Hellner, *Speciell avtalsrätt II, kontraktetsrätt, häfte I*, s. 52 f. (2004), Grauers, *Fastighetsköp* s. 209 f. (2012). Prop. 1970:20 del A s. 220 f.

⁸⁸ Björkdahl, *Lojalitet och kontraktliknande förhållanden*, s. 90 och 108 (2007).

⁸⁹ Grauers, *Fastighetsköp* s. 209 f. (2012).

⁹⁰ Prop. 1989/90:77 s. 41.

⁹¹ A.prop. s.

betydelse för köparen. I detta fall hade säljaren själv försökt förmå kommunen att vidta åtgärder emot motorcrossbanan för att minska bullret. Ett av skälen som HD framförde var att det inte finns något allmänt intresse i att låta köparens okunskap om relevanta omständigheter utnyttjas av säljaren för att betinga ett högre pris. I detta fall måste säljaren ha förstått att köparens vilja att förvärva fastigheten grundades i en okunskap och eftersom säljaren utnyttjade denna okunskap hade köparen rätt att återropa felet, trots att det vid en undersökning hade upptäckts.⁹²

4.2.2 Undersökningsplikt rörande förorenad mark

Redan då miljöbalken infördes skapades en skyldighet för den som förvärvar en verksamhet att undersöka föroreningsrisken.⁹³ Detta återspeglas bland annat i 10 kap. 3 § MB där det sägs att en fastighetsägare som kände till eller borde känt till att fastigheten var förorenad åläggs ett ansvar att avhjälpa föroreningen.⁹⁴ I en bilaga som ingivits i miljööverdomstolens mål M 7995-11 presenteras en utredning över praxis för miljöundersökningar från mitten av 1990-talet och framåt. Av utredningen framgår att de företag som först genomförde undersökningar av mark vid fastighetsförvärv främst var företag som haft verksamhet i USA under lång tid, där så kallade miljömässiga due diligence var vanligt förekommande redan på slutet av 1980-talet. Vid tiden för millenniumskiftet utgjorde miljöföreningar fortfarande en tämligen okänd risk för svenska aktörer. En direkt rekommendation av miljöundersökning skrevs in först i åttonde upplagan från 2003 av Fastighetsnomenklaturen och först i nionde upplagan från 2005 innehåller detta avsnitt en detaljerad beskrivning av metoder för att bedöma miljörisknivåer.⁹⁵

Först så sent som 2007-2008 går det att säga att miljöriskförfaranden genom undersökning av förorenad mark sker rutinmässigt i Sverige även om det vid den här tidpunkten fortfarande genomfördes ett antal affärer varje år där miljörisken inte inkluderas annat än som en teoretisk genomgång av uppskattningen för risknivån. Detta gäller även fastigheter med ett förflutet som industrifastighet. Vid tidpunkten för förvärvet av fastigheten Albano 32 (2001) kan det alltså inte sägas att en undersökning av marken för att finna potentiella föroreningar utgjorde standard vid förvärv av fastigheter och köparen hade därmed inte försummat sin undersökningsplikt. I dagsläget ser det emellertid annorlunda ut. Markundersökningar har förekommit som en naturlig del vid stora fastighetsöverlåtelser i flera år vilket gör det svårt att acceptera ett sådant resonemang som framfördes i miljööverdomstolens mål 7995-11 för de fastighetsöverlåtelser som sker idag.⁹⁶

⁹² Björkdahl, *Säljarens upplysningsplikt vid försäljning av fast egendom*, <http://www.jpinfo.net/se> (2013-05-26).

⁹³ Miljööverdomstolens dom i mål nr M 7995-11.

⁹⁴ Givetvis är detta ansvar fortfarande sekundärt i förhållande till verksamhetsutövaren.

⁹⁵ Miljööverdomstolens dom i mål M 7995-11, 16 december 2012 bilaga, *Albano 32, om principer vid undersökningar av miljörisker i samband med förvärv kring 2000-2001 i Sverige*.

⁹⁶ A.a. s.

4.3 Sammanfattning och analys

Föreerade fastigheter är ett rättsområde som kan bli föremål för både offentligrättsliga och obligationsrättsliga regleringar. De rent civilrättsliga regleringar som sker mellan privata parter är giltiga mellan de parter som ingår avtalet. För att en säljare ska kunna friskriva sig ifrån avhjälpandeansvar gällande föreerad mark krävs det dock att friskrivningsklausulen är klar och tydlig och att det på ett tydligt vis framgår att klausulen inte bara är avsedd att omfatta traditionella civilrättsliga spörsmål utan även syftar till att omfatta verksamhetsutövaransvaret för avhjälpande som gäller enligt miljöbalken.

I miljööverdomstolens mål M 7995-11 låg större delen av markföreningen under en byggnad och hade rimligen inte upptäckts ens vid en genomförd markundersökning. Vissa delar låg emellertid utanför byggnaden, men drygt två meter ner i marken. I fallet stannade domstolen vid en klassisk fastighetsrättslig bedömning av att ”det du inte hittat ens om du tittat” inte är en försummelse av undersökningsplikten. Därför ges inte någon vägledning i vilken typ av markundersökning som krävs vid fastighetsöverlåtelser. En god gissning är att det idag generellt sett krävs betydligt mer långtgående markundersökningar för att konstatera om det finns eller finns risk för förening. I miljööverdomstolens mål 7995-11 var det emellertid endast under en byggnad som föreningen gick upp till markytan. I ett liknande fall idag skulle flera faktorer spela in. För det första skulle det vara avgörande hur spridd och på vilket djup den övriga föreningen låg. I en situation där en markförening endast förekommer under en byggnad är det troligt att en domstolsbedömning skulle resultera i att köparen inte försummat sin undersökningsplikt. Vid fall då förening är spridd utanför byggnaden bör bedömningen bli att undersökningen har försumrats. På vilket djup och i vilken omfattning föreningen förekommer kan dock vara av vikt. Om föreningen ligger djupt kan detta vara en faktor som talar för att köparen inte försummat sin undersökningsplikt även om föreningen kunnat hittas om marken undersökts på det djupet.

Mycket tyder på att den fastighetsrättsliga undersökningsplikten idag kan anses omfatta även undersökningar av tillståndet i marken. Om en köpare inte genomfört markundersökningar uppfyller denne dessutom de krav som ställs för att en fastighetsägare ska kunna göras ansvarig för avhjälpande enligt 10 kap. 3 § MB i de fall då det saknas en verksamhetsutövare.

5 Analys av ”omständigheterna i övrigt”

5.1 Exploatören och ”omständigheterna i övrigt”

Vem som klassificeras som verksamhetsutövare och vad en sådan kategorisering ska anses innebära är inte fullt ut klarlagt i svensk rätt. Av en relativt färsk dom, NJA 2012 s. 125, framgår det att den som exploaterar en fastighet och i samband med detta påverkar föreningen även om en sådan påverkan sker i syfte att avhjälpa föreningen kan vara att betrakta som verksamhetsutövare. Vad denna kategorisering innebär för framtida exploatörer går inte med säkerhet att säga. Klart är emellertid att verkningarna av NJA 2012 s. 125 kan bli stora och orsaka både positiva och negativa konsekvenser för framtiden.

Möjligheten att klassificeras som verksamhetsutövare kan göra att exploatören själv vågar ta ansvar för kostnaden för avhjälpandet eftersom titeln verksamhetsutövare öppnar upp möjligheten att föra regresstalan mot den som verkligen orsakat föreningen, den tidigare verksamhetsutövaren. Ur effektivitetssynpunkt måste detta anses vara en produktiv lösning för både exploatören och för syftet att markavhjälpande i så stor utsträckning som möjligt ska ske och det utan att belasta statskassan. Med en sådan lösning kan avhjälpandet av förorenad mark komma igång även om ansvarsfrågan inte är helt löst vid starten för avhjälpandet. Syftet med domstolens bedömning i NJA 2012 s. 125 är troligen att läka en brist i systemet, nämligen att en fastighetsägare inte kan föra regresstalan gentemot en verksamhetsutövare. Regresstalan kan bara ske inom respektive ansvarskategori. Genom att exploatörer anses vara verksamhetsutövare öppnas denna möjlighet upp. Det är emellertid inte bara frågan om att läka en brist, kategoriseringen riskerar också att skapa nya brister.

En tänkbar brist, som leder till negativa konsekvenser är att det inte är klarlagt i vilken omfattning det verksamhetsutövaransvar som exploatörer ådrar sig i rollen som avhjälpare ska ha. En högst reell situation är att en stor fastighet har flera ifrån varandra isolerade föroreningar belägna i marken. Det är i en sådan situation inte helt klart vad som gäller för den exploatör som vill sanera endast en av dessa isolerade föroreningar. Rent tekniskt borde avhjälpandeansvaret kunna begränsas till att endast omfatta den förorening som ska saneras. Dock är det är troligen svårt att bestämma om och i vilken grad de andra föroreningarna påverkas utan att kontrollgräva eller på annat sätt påverka dem. Ur ett myndighetsperspektiv torde det smidigaste vara att låta den exploatör som blivit verksamhetsutövare för en del av en fastighet också vara att anse som verksamhetsutövare för resten av fastigheten. Fastighetsgränsen skulle därmed kunna vara den avgörande gränsen och om föreningen från en tidigare verksamhetsutövare spritt sig

utöver fastighetsgränsen så skulle denna del inte falla in under exploatörens ansvar. Detta skulle kunna förefalla naturligt eftersom fastighetsgränsen i flera liknande bedömningar utgör spelplanen.

Å andra sidan är exploatören ofta en fastighetsägare som genom exploatering blir att se som verksamhetsutövare. Om huvudsyftet med att låta exploatören falla in under begreppet verksamhetsutövare är att för exploatören öppna upp möjligheten till regresstalan borde det inte vara ett problem att begränsa exploatörens verksamhetsutövaransvar till att endast gälla den förening som avhjälpes. Det är ju ändå bara kostnaderna för den avhjälpna föreningen som det kommer att föras en regresstalan om. Det kan dessutom hävdas att det inte är rimligt att detta skulle innebära ett övertagande av avhjälpandeansvaret för hela fastigheten från en tidigare verksamhetsutövare. Om huvudsyftet å andra sidan är att i så stor utsträckning som möjligt avlasta stadsbudgeten är det givetvis önskvärt att låta exploatörens verksamhetsutövaransvar innefatta så mycket som möjligt. Hur rättvist eller rimligt detta blir är en annan sak. Rent praktiskt är det nog dessutom så att en exploatör som vill bebygga en förorenad fastighet med bostäder nog i de flesta fall ändå måste sanera hela föreningen även utanför fastighetens gränser. Fastigheten kommer troligen inte att godkännas för känslig markanvändning om detta inte görs.

Det enda som med säkerhet kan sägas är att det är oklart om en verksamhetsutövare som blivit verksamhetsutövare genom att i sin roll som exploatör avhjälpa en förening ska ges samma omfattande ansvar som en verksamhetsutövare som i sin verksamhet faktiskt orsakat en förening. Om begreppen differentieras för mycket riskerar oklarheter att uppstå vilket också kan försvåra för tillsynsmyndigheten. Den enklaste lösningen tycks därför vara att ge dessa två aktörers ansvar precis samma innebörd. Frågan är dock hur korrekt en sådan kategorisering är. Risken för att färre föreningar faktiskt avhjälpes ökar dessutom, eftersom det lär vara färre exploatörer som är villiga att avhjälpa små föreningar om de som ”tack för sin goda gärning” belönas med ett avhjälpandeansvar för hela fastigheten. Ett sådant upplägg ger inte direkt incitament till att ”göra så mycket man kan”, snarare tvärtom. Om betydelsen av begreppet verksamhetsutövare får ett allt för varierat innehåll finns det också en risk för att trovärdigheten av det solidariska ansvaret undergrävs. Så som 10 kap. 6 § MB ser ut ingår fortfarande samtliga verksamhetsutövare under ett och samma solidariska paraply, ingen skillnad görs mellan hur man vann sin titel. Enligt min mening är det rimligt att den som egentligen inte är ansvarig för en förening men som ändå vill vara med och bidra till ett avhjälpande får välja själv till vilken omfattning det avhjälpandet ska sträcka sig. Icke att förglömma finns det dessutom mark med en attraktiv geografisk placering där det finns många exploatörer som mer än gärna skulle axla ansvaret för avhjälpande i utbyte mot att få bebygga marken. Men, så länge bestämmelsen i 10 kap. 6 § MB ser ut som den gör idag är det enda rimliga att exploatörens ansvar som verksamhetsutövare som utgångspunkt anses infatta lika mycket som en vanlig verksamhetsutövare.

En potentiell lösning gällande en exploatörs ansvar som verksamhetsutövare skulle kunna vara att låta denna typ av verksamhet vara av betydelse som en ”omständighet i övrigt”. För att på ett enklare sätt förhålla sig till begreppen skulle då exploatörens ansvar som utgångspunkt omfatta precis samma sak som vilken annan verksamhetsutövare som helst. När en skälighetsbedömning sedan ska göras enligt 10 kap. 4 och 6 §§ MB skulle det i bedömningen kunna visas hänsyn till att verksamhetsutövarens syfte endast varit att avhjälpa föroreningen i en roll som exploatör. Resultatet av detta skulle kunna bli att verksamhetsutövarens bidrag tolkas som så obefintligt att det inte ensamt skulle motiverat ett avhjälpande eller att det av andra skäl ska . Den civilrättsliga tolkningen gällande förhållandet mellan 10 kap. 4 och 6 §§ MB skulle också kunna användas. Det kan då sägas att just denne verksamhetsutövares ansvar är möjligt att begränsa och att det därför inte är skäligt att denna verksamhetsutövare i utöver denna begränsning deltar i det solidariska ansvaret.

5.2 Civilrättsliga inslag och ”omständigheterna i övrigt”

5.2.1 Förorenad mark och ”omständigheterna i övrigt”

Av 10 kap 6 § 2 meningen MB framgår att ”omständigheterna i övrigt” kan påverka ansvarsfördelningen när flera är ansvariga för avhjälpande av förorenad mark. Den vägledning som ges i förarbetena om vilka dessa ”omständigheter i övrigt” skulle kunna vara är mycket knapphändig. En av de få saker som nämns är att det råder viss diskrepans mellan det civilrättsliga och det offentlighetsrättsliga ansvaret och att denna diskrepans kan vara av betydelse vid bedömningen av ansvarets skälighet.⁹⁷ Hur eller i vilken omfattning detta skulle gälla nämns det ingenting om. Propositionen kan ha åsyftat den skillnad som uppstår beroende på om man tolkar det solidariska ansvaret enligt civilrättsliga principer eller enligt offentlighetsrättsliga principer.⁹⁸ I en sådan situation skulle alltså den vars ansvar kan bestämmas förvisso fortfarande vara solidariskt ansvarig enligt huvudregeln men i en skälighetsbedömning skulle den omständigheten att ansvaret ändå faktiskt var bestämt till en viss nivå kunna vara av betydelse som ”omständigheterna i övrigt”. Så används inte ”omständigheterna i övrigt” i miljööverdomstolens dom i målet M 7995-11. Där identifierade miljööverdomstolen tre omständigheter som i det individuella fallet skulle kunna anses som ”omständigheterna i övrigt”. Den första omständigheten som nämns är köpeavtalet, framför allt avtalets friskrivningsklausul. Den andra omständigheten är den potentiella undersökningsplikt som ålåg köparen vid köpetillfället. Den tredje omständigheten gällde att fastigheten sanerats mer än nödvändigt. Det rör sig alltså om uppenbart civilrättsliga omständigheter. Den följande analysen berör omständighet ett och två. Omständighet nummer tre har diskuterats under punkt 3.5 och kommer inte utredas vidare.

⁹⁷ Prop. 1997/98:45 Del 1 s. 360.

⁹⁸ A.a. s.

5.2.2 Avtal och friskrivningsklausuler

Omständighet nummer ett var alltså det civilrättsliga köpeavtalet och den friskrivningsklausul avtalet innehöll. Ett avtal om fördelning av kostnader för avhjälpande av en föroreningskada som lever upp till de fastighetsrättsliga kraven för sådana avtal är givetvis civilrättsligt bindande mellan avtalsparterna. Detta innebär emellertid inte att tillsynsmyndigheten har någon uppenbar skyldighet att förelägga det offentligrättsliga ansvaret om avhjälpande till samma verksamhetsutövare som bär det civilrättsliga ansvaret. Tvärtom, tillsynsmyndigheten kan fortfarande peka ut den myndigheten finner lämplig bland verksamhetsutövarna och förelägga denne att ansvara för hela kostnaden. När det är fråga om seriösa och solventa aktörer som fortfarande håller sams bör tillsynsmyndigheten inte ha något intresse av att förelägga någon annan part än den som också är civilrättsligt ansvarig och dessutom lär parterna själva lösa situationen så att den som är korrekt mottagare betalar redan från början. Trots detta kan det finnas ett visst effektivitetsintresse att i större utsträckning låta civilrättsliga avtal om fördelning av avhjälpandeansvaret influera offentligrättsliga förelägganden om avhjälpande. Om aktörerna kan lita på att tillsynsmyndigheten i större utsträckning följer den civilrättsliga ansvarsfördelningen kan detta leda till att privata aktörer i större utsträckning kan komma att låta en diskussion kring avhjälpandet ingå som en del vid förhandlingar om försäljning eller köp av potentiellt förorenade fastigheter. Kostnader för avhjälpande kan då i större utsträckning beräknas och därmed inte komma som en överraskning vilket skulle kunna ge tillsynsmyndigheten bättre möjligheter att förelägga solventa parter som genom ett (förhoppningsvis) medvetet val tagit på sig ansvaret för avhjälpandet. Resultatet kan bli att aktörerna lägger korten på bordet och löser ansvarsfrågan i ett tidigare skede än vad som sker i dagsläget. Konsekvensen av att inte tillmäta det civilrättsliga avtalet betydelse blir att parterna istället får föra en regresstalan om ansvaret vid ett senare tillfälle. För att en sådan effektivisering av processen ska kunna ske krävs givetvis att det finns en köpare eller säljare som är villig att axla ansvaret för avhjälpande. Det är inte alldeles omöjligt att ett intresse för detta ökar i framtiden i takt med att intresset för branding i form av olika typer av CSR-verksamheter växer. Dessutom bidrar en sådan värdering av civilrättsliga avtal gällande ansvar för avhjälpande till att kloka, medvetna affärer med förorenad mark kan göras i större utsträckning än det görs idag. Ett sådant sätt att ”värdera upp” civilrättsliga avtal och inkorporera dem som en del i den offentligrättsliga lagstiftningen skulle kunna vara att värdera dem som ”omständigheterna i övrigt.”

Vad gäller civilrättsliga friskrivningsklausuler så krävs det som ovan nämnts att dessa för att vara giltiga antingen måste vara mycket specifika eller om de är generella att det på annat vis framgår att parterna haft intentionen att ge avtalet en viss innebörd. Det måste klart framgå att friskrivningsklausulen syftar till att även omfatta verksamhetsutövaransvaret i 10 kap. MB. Allmänt hållna eller på annat vis för generella friskrivningsklausuler i

köpeavtal omfattar inte ansvar för avhjälpande enligt 10 kap. MB. Detta är helt i överensstämmelse med jordabalkens regler om friskrivningar.

5.2.3 Markundersökningar

För att köparen inte ska riskera en situation där undersökningsplikten har försummats bör det idag krävas relativt långtgående markundersökningar. Det finns i större utsträckning en medvetenhet om den risk och potentiella kostnad som förorenad mark utgör. Såsom konstateras i en inlägga till miljööverdomstolens i samband med målet M 7995-11 genomförs markundersökningar numera på rutin vid fastighetsöverlåtelser av de flesta slag. Industriutsläppsdirektivet har potential att bidra till större kunskap om vilka fastigheter som omfattar förorenad mark, men eftersom sådana markundersökningar redan krävs för att fullgöra den fastighetsrättsliga undersökningsplikten är direktivet av relativt begränsad betydelse för svensk rätts räkning. Tydliga statusrapporter kan förvisso leda till en bättre uppfattning om vad som finns i svenska marker. Direktivet har dock ett flertal brister om syftet är att i så stor mån som möjligt leda till ökad information. Till att börja med kräver direktivet att det konstateras vilken status som finns i marken vid tillfället för rapporten men informationen tillåts baseras på gamla mätningar. Det är därför oklart när och på vilket sätt ny information är tänkt att tas fram.⁹⁹ Visserligen kan det finnas ett värde i att vid en nystartad verksamhet ta fram så ny information som möjligt på fastigheter som riskerar att vara förorenade sedan tidigare. I och med att verksamhetsutövarens eget framtida ansvar enligt direktivet baseras på hur mycket marken har försämrats under tiden för den egna verksamheten så finns incitament att ta fram varenda liten förorening som finns i marken. För svenskt vidkommande spelar detta inte lika stor roll som det möjligen gör i andra länder, eftersom ansvaret för samtliga verksamhetsutövare ändå är solidariskt så länge man inte bara bidragit obetydligt lite till föroreningen. Det kan dock ha betydelse ur bevishänseende om en viss verksamhetsutövare vid regresstalan eller annan form av begränsning av ansvaret vill motivera med i vilken mån denne bidragit. Statusrapporten kommer alltså att kunna användas verksamhetsutövarna emellan eller mot tillsynsmyndigheten för att bestämma var och ens bidrag, men så länge inte någon av dem har bidragit så lite att dennes förorening inte ensamt motiverat avhjälpande så kan tillsynsmyndigheten fortfarande rikta föreliggande mot vem som helst av dem. Beroende på hur man tolkar förhållandet mellan 10 kap. 4 och 6 §§ MB kan denna möjlighet att begränsa sitt ansvar givetvis få olika effekt. Enligt den civilrättsliga tolkningen stannar ansvar för den enskilde verksamhetsutövaren vid det egna bidraget. Enligt den offentlig-rättsliga tolkningen å andra sidan spelar industriutsläppsdirektivet och dess beviseffekt ingen roll eftersom det solidariska ansvaret inte påverkas av att de olika verksamhetsutövarnas ansvar kan bestämmas. Skogsindustrierna har som remissinstans dessutom påpekat att en statusrapport möjligtvis

⁹⁹ Enligt senaste rapporten ifrån Miljöbalksdagarna 2013 kommer en sådan instruktion förhoppningsvis någon gång under sommaren 2013, *Dokumentation av Naturvårdsverket från Miljöbalksdagarna 2013*. <http://www.naturvardsverket.se> (2013-05-26).

skulle ha fyllt en funktion för femtio år sedan.¹⁰⁰ Numera orsakas föroreningar i mark nästan uteslutande av olyckor och det är mycket få verksamheter som förorenar mark genom sin löpande verksamhet. Direktivet berör ju bara pågående verksamheter vilket innebär att alla områden där en verksamhet som skulle omfattas av rapportskyldighet tidigare legat, men verksamheten som nu drivs inte omfattas av direktivet kommer falla utanför direktivets tillämpningsområde. Det borde vara ganska många förorenade områden som faller under den kategorin och kravet på statusrapport är därför ganska meningslöst. De rapporter som trots allt upprättas kommer emellertid att kunna fylla en funktion inom fastighetsrätten. En existerande statusrapport (och framförallt dess innehåll) är en indikation på att köparen bör utöka sin undersökning av fastigheten. Den reella betydelsen är dock oklar eftersom markundersökningar redan idag genomförs på regelbunden basis vid stora fastighetsöverlåtelser.

5.2.4 Risker med civilrättsliga friskrivningsklausuler

Det står klart att det är möjligt att genom ett civilrättsligt avtal fördela ansvaret för miljörättsligt avhjälpande av förorenad mark. Teoretiskt skulle en friskrivningsklausul rörande miljörättsligt ansvar för avhjälpande kunna utformas både som en egenskaps- eller påföljdsfriskrivning. Oavsett vilket sker fördelningen av ansvar genom att säljaren friskriver sig ifrån hela eller en begränsad del av ansvaret. För giltighet av en friskrivningsklausul krävs att denna är mycket specifik och att det uttryckligen framgår att det är ansvar för avhjälpande av miljöskador som åsyftas.¹⁰¹ Det är emellertid inte klarlagt hur en avtalsrättslig skälighetsbedömning skulle se ut i en sådan situation. Eftersom det saknas praxis ifrån miljörättsliga fall görs här paralleller till avtalsrättsliga rättsfall och skiljedomar. I dessa finns indikationer på att en långtgående ansvarsbegränsning genom friskrivning kan bli föremål för en bedömning enligt 36 § avtalslagen¹⁰². Mycket tyder på att så är fallet även när det är fråga om två starka avtalsparter. I skiljedomen mellan KPMG vs. Profilgruppen ifrån 22 december 2010 konstateras att den ansvarsbegränsning som KPMG hade gjort genom friskrivningsklausul var oskälig. I fallet hade KPMG hjälpt Profilgruppen att genomföra en due diligence på det tyska bolaget PWG som Profilgruppen planerade att förvärva. KPMG avrapporterade uppdraget fortlöpande och när slutrapporten efter cirka ett halvår lämnades utan speciella anmärkningar förvärvade Profilgruppen PWG till ett pris av 1 100 000 euro kontant och 40 procent av aktierna i ett holländskt företag till ett värde av 600 000 euro. Det totala priset låg alltså på omkring 1 700 000 euro vilket ungefär motsvarar 15 300 000 svenska kronor. KPMG hade dock gjort det förödande misstaget att inte upptäcka att det amerikanska dotterbolaget inte var självförsörjande och att det tyska moderbolagets fordringar på dotterbolaget i stort sett var värdelösa, i ordets rätta bemärkelse. Innehavet i PWG såldes ungefär ett år efter slutrapporten för 1 euro. I uppdragsavtalet hade KPMG begränsat sitt

¹⁰⁰ Prop. 2012/13:35 s. 34.

¹⁰¹ NJA 2010 s. 54 och miljööverstomstolens dom i M 7995-11.

¹⁰² Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

ansvar på två vis. För det första hade ansvaret för skador begränsats på så vis att ansvaret för indirekta skador och följskador hade undantagits. För det andra hade ansvarsbeloppet begränsats till maximalt två gånger det belopp som KPMG erhållit som ersättning vilket i detta fall skulle bli ca 820 000 kr. Visserligen skiljer sig KPMG-fallet på flera väsentliga punkter ifrån miljörettsligt avhjälpandeansvar. För det första är det fråga om ett konsultuppdrag, ett köp av en tjänst och inte köp av en fastighet och förhållandet mellan aktörerna skulle i ett miljörettsligt fall bara kunna appliceras om ett konsultbolag vid genomförandet av markundersökning skulle ha förbiset en väsentlig förorening av stor ekonomisk betydelse. Frågan om ansvarsbegränsning mellan två starka aktörer förtjänar likväl att lyftas upp till ett mer allmänt plan för en diskussion om när en ansvarsfriskrivning blir oskälig. Flera likheter finns trots allt mellan KPMG-fallet och avtal om ansvar för avhjälpande av förorenad mark. För det första baserades KPMG:s ansvar på att man inte tagit reda på eller i vart fall inte informerat om information som var väsentlig för Profilgruppen, nämligen att PWG var kraftigt övervärderat. Dessutom är skadan som Profilgruppen lidit i ungefär samma storleksklass som kostnaden för miljörettsligt avhjälpande av förorenad mark. Om det är en stor anläggning med en förorening som är spridd över ett större område kan kostnaden för ett avhjälpande uppgå till hundratals miljoner kronor. Markundersökningar genomförs idag mycket oftare än vad som gjordes under tidigt 2000-tal. Värt att memorera ifrån KPMG-fallet är dessutom att det är två starka parter som har ingått avtal med varandra. Ingenting av dem kan sägas vara en ”svag part” eller på något annat sätt hamnat i underläge. Ändå valde skiljemännen att tillämpa 36 § AvtL. Även om klara slutsatser inte kan dras från ett beslut i en skiljenämnd till en domstolsbedömning samt att skiljedomen senare klandrades på grund av skiljemannajäv är förekomsten av denna paragraf ett faktum som i framtiden bör tas med i beräkningen.¹⁰³ Detta gäller även vid en överlåtelse av förorenade fastigheter som sker mellan två stora aktörer. Svagheten hos den ena parten tycks inte längre vara en förutsättning för att 36 § AvtL ska vara tillämplig. Dessutom utgör KPMG-fallet en indikation till miljökonsultbolagen att även de bör se över hur de friskriver sig ifrån ansvar för eventuella förbiseenden. Ansvaret skulle kunna placeras på en konsult i motsvarande miljörettslig situation, det vill säga att en förvärvare av en fastighet kan komma att kräva ersättning av en konsult som undersökt marken men inte hittat väsentliga föroreningar. KPMG:s uppdrag handlade om en ”financial due diligence”. Miljökonsultbolaget Golder genomförde markundersökningen av fastigheten Albano 32 i Landskrona. Enligt Golders egna ord i beskrivningen i inlagan i miljööverdomstolens dom i M 7995-11 genomför de ”environmental due diligences”.¹⁰⁴ Varningsklockor bör med andra ord ringa för miljökonsulterna både för risken för att åläggas ansvar från en uppdragsgivare och för risken att den friskrivning som görs kan komma att åsidosättas

¹⁰³ Skiljedom KPMG vs. Profilgruppen från 22 december 2010, klandrad i Svea HovR T 1085-11.

¹⁰⁴ Miljööverdomstolens dom i M 7995-11 bilaga, *Albano 32, om principer vid undersökningar av miljörisker i samband med förvärv kring 2000-2001 i Sverige.*

genom 36 § AvtL även om det är en stor konsultbyrå som genomför uppdrag åt ett stort företag.

Det som kan sägas är att förhållandet mellan avhjälpandekostnaden och köpeskillingen skulle kunna ha en inverkan på i vilket ljus man ser friskrivningen. Det kan ju exempelvis vara så att en fastighet med tillhörande verksamhet försålts billigt just på grund av att risken för föroreningar i marken är stor. Tolkningen av friskrivningsklausulens skälighet borde rimligen höra ihop med i vilket skick köparen "hade fog att förvänta sig" att fastigheten var. Om en sådan skälighetsbedömning inte skulle ges en civilrättslig betydelse vid tolkningen av friskrivningsklausulen så finns det en stor risk för att säljare i framtiden försöker "lura på" sina förorenade fastigheter till oförsiktiga köpare. Det är därför av stor vikt att analysera vilka risker ett utökat civilrättsligt inflytande vid ansvarsfördelning för avhjälpande kan tänkas medföra.

5.3 Risker med ett utökat civilrättsligt inflytande

Enligt min mening är det inte hållbart för tillsynsmyndigheten att i framtiden välja att ignorera civilrättsliga instrument som en faktor inom miljöretten, framförallt vad gäller ansvar för avhjälpande. Allt annat riskerar att ha en avskräckande verkan på viljan att köpa och sälja verksamheter där marken riskerar att vara förorenad vilket skulle resultera i att färre områden än annars möjligt skulle avhjälpas vilket i sin tur innebär att fler områden än nödvändigt står obrukbara. Detta skulle få negativa effekter inte bara för svensk ekologi utan även för svensk ekonomi och industri. Med det sagt måste det emellertid finnas en medvetenhet om vilka biverkningarna som kan förverkligas om civilrättsliga inslag tillåts få allt för stort inflytande på ansvaret för avhjälpande av förorenad mark. En konsekvens av att civilrättsliga instrument ges allt för stor betydelse är att risken för att avtal om avhjälpanden missbrukas för att åstadkomma ett kringgående av ansvaret. En högst realistisk risk är att så kallade "målvakter" eller "målbolag" uppstår, dvs. personer eller bolag som i utbyte mot pengar tar på sig ansvaret för avhjälpandet utan att ha en verklig avsikt att faktiskt genomföra ett avhjälpande. I en sådan situation skulle ansvaret kunna skrivas över på en icke likvid person eller bolag som inte alls har för avsikt att faktiskt avhjälpa föroreningen. Det civilrättsliga avtalet skulle på så vis kunna utnyttjas som ett medel för att ansvarsfriskriva en part som med en rent offentligt rättslig lagstiftning skulle kunna föreläggas ansvar av tillsynsmyndigheten. Detta kan inte ha varit lagstiftarens intention med uttrycket "omständigheterna i övrigt". Inte heller finns det något annat i miljöbalken som tyder på att ett sådant civilrättsligt inslag varit tanken. Så länge tillsynsmyndigheter och domstolar är medvetna om denna risk så är det ändå högst lämpligt att civilrättsliga avtal ges större inflytande än vad de givits hittills. En realistisk bedömning av situationen är att tillsynsmyndigheten kommer låta civilrättsliga avtal ha betydelse i sådana situationer där den part som påstås vara civilrättsligt ansvarig också är tillräckligt solvent för att

faktiskt genomföra avhjälpandet. Syftet med tillsynsmyndighetens föreläggande är ju att uppnå renare mark utan att det belastar stadskassan och det syftet påverkas inte av de olika solventa parternas inre relationer. Med andra ord, för tillsynsmyndigheten spelar det sannolikt inte någon roll vem som bär ansvaret för avhjälpandet så länge den part som åläggs ansvaret har en reell möjlighet att faktiskt genomföra ett avhjälpande. Det finns därför behov att i avtalet tillse att det finns täckning för den ansvarskostnad som kan komma att utkrävas i framtiden.

5.4 En i praktiken förekommande lösning

Denna uppsats utreder ansvarsfördelning då en fastighet överlåts som en ren fastighetsöverlåtelse från någon som varit verksamhetsutövare till någon som blir verksamhetsutövare, nedan benämns denna fastighet som ”verksamhetsfastigheten”. För en säljare finns idag en i praktiken vanligt förekommande lösning som skingrar större delen av den osäkerhet som kretsar kring en överlåtelse av fastighet i fastighetsform. En verksamhetsfastighet som ägs och överlåts i bolagsform är en betydligt säkrare metod för den som säljer en fastighet med en misstänkt förorening. Istället för att sälja fastigheten som fast egendom säljs istället aktierna i bolaget innehållande verksamhetsfastigheten som lös egendom. Den lösa egendomen, aktierna, har förvisso bytt ägare men den fasta egendomen, fastigheten, ägs alltjämt av samma bolag. Det är också bolaget som har bedrivit verksamheten och som därmed är verksamhetsutövare. Ansvarsgenombrott är inte tillämpligt på frågor rörande avhjälpandeansvar för föroreningsskador och personerna bakom det överlåtna bolaget kan därför inte hållas ansvariga för de eventuella föroreningar som bolaget orsakat, så länge det inte handlar om ett miljöbrott. Konsekvensen blir därmed att den förorenade fastigheten varken bytt verksamhetsutövare eller ägare samt att de tidigare ägarna går fria ifrån ansvar. Det är ju fortfarande samma bolag som bedriver exempelvis hyresverksamhet på fastigheten. Ett upplägg av det slaget kan dessutom ofta ha skattemässiga fördelar jämfört med rena fastighetsöverlåtelser. För att detta ska fungera måste det göras redan från början, fastigheten kan inte placeras in i ett bolag lagom till försäljning eftersom det då i vilket fall sker ett ägarbyte.

Av olika skäl kan emellertid köparen och säljaren i vissa lägen vara mer intresserade av att göra en ren fastighetsöverlåtelse. Eftersom överlåtelser av verksamhetsfastigheten i ett sådant fall innebär ett byte av verksamhetsutövare, kan säljaren hållas ansvarig för eventuella framtida avhjälpandeåtgärder. Regleringen kring avhjälpandeansvar är komplex och det kan vara svårt för avtalsparterna att förutse vilken typ av ansvar som kan åläggas dem i framtiden. Detta är något som uppmärksammas av jurister som arbetar inom området. För att i så stor utsträckning som möjligt klargöra framtida förhållanden mellan parterna regleras det numera i detaljerade avtal hur ansvaret ska fördelas och begränsas. Idag är parterna ofta medvetna om när det föreligger en risk för förorening även om storleken eller samman-

sättningen av denna inte är känd. En lösning som är vanligt förekommande är att det i ansvarsregleringen bestäms under vilket tidsspann säljaren ska ansvara för avhjälpandet av eventuella föroreningar och att detta ansvar begränsas genom att det bestäms ett högsta belopp för upp till vilket säljaren ansvarar. För att en beloppsbegränsning ska uppfattas som trovärdig innehåller avtalet ofta en klausul om att det belopp som säljaren ansvarar upp till deponeras hos en tredje part, exempelvis en advokatbyrå. Kravet på tidsbegränsat ansvar fyller framför allt en funktion som incitament för köparen att så snart som möjligt vidta de undersökningar som behövs för att klargöra om och i så fall vilken typ av förorening som finns i marken samt inleda avhjälpandet. För att ytterligare påskynda processen finns ofta ett villkor som innebär att säljaren återfår en viss procentsats eller fast summa av den deponerade beloppet varje år. Effekten blir att desto längre tiden lider, desto mindre pengar finns kvar av den summa säljaren deponerat. Detta gör att säljarens ansvar minskar med åren vilket ger köparen ett kraftfullt incitament att så fort som möjligt undersöka den verkliga situationen. Den som väntar får själv betala en större del av kostnaden för avhjälpandet och en sådan onödig kostnad vill nog de flesta kloka verksamhetsutövare undvika. Det ska framhållas att denna typ av avtalsreglering av avhjälpandeansvaret även tillämpas i bolagsaffärer, där säljaren och köparen av olika anledningar kan vilja fördela avhjälpandeansvaret sig emellan.

5.5 Miljööverdomstolens dom i mål nr M 7995-11

I miljööverdomstolens dom M 7995-11 konstaterade domstolen att både köparen och säljaren var att anse som verksamhetsutövare och därmed hörde till den primära ansvarskategorin. Landskronahem kunde även fört en rent civilrättslig talan i allmän domstol utifrån reglerna i jordabalken men eftersom talan fördes i miljödomstol var de offentlighetsrättsliga reglerna i 10 kap. MB de huvudregler som skulle tillämpas. Miljööverdomstolen utredde dock även den civilrättsliga inlagen i målet. Angående friskrivningsklausulen i köpeavtalet konstaterades att den var alltför generell för att anses omfatta även det offentlighetsrättsliga avhjälpandeansvaret enligt 10 kap. MB. Det kan antas att denna bedömning trots allt gjordes med avtalsrätt som utgångspunkt då bland annat avsaknaden av partsvilja i miljödomstolen nämns som en orsak till friskrivningsklausulens ogiltighet. Miljööverdomstolen instämmer i denna bedömning. Vad gäller upplysningsplikten konstaterades det att markundersökningar vid tidpunkten var ovanliga och att man i allmänhet inte kände till de risker som förorenad mark utgör och vilka kostnader detta kan medföra. Dessutom låg föroreningen direkt under byggnadskroppen och utanför byggnadskroppen på två meters djup. Bedömningen blev därmed att Landskronahem inte ansågs ha försummat sin undersökningsplikt. Viktigt att minnas är dock att resultatet av en liknande bedömning idag nog skulle blivit annorlunda. Idag är markundersökningar en naturlig del av stora fastighetsförvärv och ett åsidosättande av en sådan undersökning skulle mycket väl kunna resultera i att köparen har försummat

sin undersökningsplikt. Föreningar som ligger direkt under huskroppen skulle dock fortfarande kunna falla utanför undersökningsplikten eftersom de är så svåra att undersöka.

Slutsatsen av fallet blir att civilrättsliga inslag visst kan ha en betydelse för miljöbalkens offentlighetsrättsliga ansvar. För att avgöra om civilrättsliga inslag i sig är giltiga används emellertid civilrättsliga principer.

5.6 Slutsats

En exploaterande fastighetsägare som avhjälpas av förorenad mark klassificeras som verksamhetsutövare. För att en sådan exploatörs avhjälpandeansvar inte ska anta orimliga proportioner bör viss hänsyn visas till exploatören påverkade föreningen i syfte att avhjälpa den. Ett sätt att visa sådan hänsyn och samtidigt undvika att verksamhetsutövarbegreppet urvattnas skulle kunna vara att tolka en exploatörsroll som en ”omständighet i övrigt” i 10 kap. 6 § MB.

Problematiken kring ansvar för avhjälpande av förorenad mark omfattar ett komplex system där offentlig rätt och civilrätt blandas på flera olika plan. För det första innehåller miljöbalken i stort inslag av både civilrätt och offentlig rätt. För det andra innehåller 10 kap. MB flera bestämmelser som kan tolkas både ur ett civilrättsligt och ur ett offentlighetsrättsligt perspektiv. Det är därmed som upplagt för att oklarheter ska uppstå. Eftersom ansvar för avhjälpande är föremål för både offentlighetsrättslig och civilrättslig reglering och civilrättsliga avtal är det enda rimliga att dessa regleringar på något vis samsas. Ett bra sätt att inkorporera den civilrättsliga miljöbalken i den offentlighetsrättsliga miljöbalken är att låta civilrättsliga frågor vara en ”omständighet i övrigt”. Därmed ges tillsynsmyndigheter och domstolar möjlighet att genom 10 kap. 6 § MB ta hänsyn till civilrättsliga inslag. En sådan hänsyn kan endast medges om den part som bär det civilrättsliga ansvaret är solvent och tillgänglig.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck:

Prop. 1970:20, del A – B. *Förslag till Jordabalk.*

Prop. 1985/86:83 *Om ersättning för miljöskador.*

Prop. 1989/90:77 *Om konsumentskyddet vid förvärv av småhus m.m.*

Prop. 1997/98:45 *Miljöbalk Del 1-3.*

Prop. 2006/07:95 *Ett utvidgat miljöansvar.*

Prop. 2012/13:35 *Nya regler för industriutsläpp.*

SOU 2011:86 *Ansvar för miljöskador.*

Litteratur:

Bengtsson, Bertil, *Miljörätt och civilrätt i Miljörätten i förändring – en antologi*, Rättsfondens skriftserie 36 (1986).

Bengtsson, Bertil, *Miljöbalkens återverkningar*, Norstedts Juridik, 2001.

Bengtsson, Bertil, Bjällås, Ulf, Rubenson, Stefan, Strömberg, Rolf, *Miljöbalken En kommentar Del I*, Supplement 10, april 2011, Norstedts Juridik, 2011.

Björkdahl, Erika P, *Lojalitet och kontraktliknande förhållanden*, Iustus, 2007.

Darpö, Jan, *Om gamla miljöskador*, SvJT 1998 s. 875.

Darpö, Jan, *Verksamhetsutövare, markägare och konkursbon i miljöbalken*, SvJT 2000 s. 486.

Forsbacka, Kristina, *Behövs det ett utvidgat ansvar för förorenade områden*, SvJT 2005 s. 502.

Grauers, Folke, *Fastighetsköp* (17:e uppl.) Studentlitteratur, 2012.

Hellner, Jan, Hager, Richard, Persson, Anina H, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktetsrätt, 1 häftet. Särskilda avtal*, (5:e uppl.) Norstedts Juridik, 2004.

Michanek, Gabriel, Zetterberg, Charlotta, *Den svenska miljörätten* (3:e uppl.) Iustus, 2012.

Nilsson, Bo, *Aktuella frågor, Om gamla miljöskador*, SvJT 1999 s. 998.

Övriga publikationer

Att välja efterbehandlingsåtgärd, Naturvårdsverket, rapport nr 5978, 2009.

Efterbehandlingsansvar, En vägledning om miljöbalkens regler och rättslig praxis, Naturvårdsverket, rapport nr 6501, 2012.

Om ansvar för miljöskulder i mark och vatten, Miljöbalkens regler om skyldigheter och ansvar för förorenade områden, Naturvårdsverket, Rapport 5242, 2003

Riktvärden för förorenad mark, Naturvårdsverket, rapport nr 5976, 2009.

Elektroniska källor:

Björkdahl, E, *Säljarens upplysningsplikt vid försäljning av fast egendom*.
<http://www.jpifonet.se/Produkter/JP-Infonets-tjanster/JP-Fastighetsnet/Saljarens-upplysningsplikt-vid-forsaljning-av-fast-egendom/>
(2013-05-26)

Naturvårdsverkets dokumentation från Miljöbalksdagarna 2013.
<http://www.naturvardsverket.se/upload/kalendarium/Dokumentation/2013/miljobalksdagarna-2013/miljobalksdagarna-2013-session-b5.pdf>
(2013-05-26)

Översiktlig miljöteknisk undersökning, rapport.
<http://www.malmo.se/download/18.3307ccf61248129e9ad80003024/%C3%96versiktlig+milj%C3%B6teknisk+unders%C3%B6kning+090923.pdf>
(2013-05-26)

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen:

NJA 1975 s. 545.
NJA 1976 s. 217.
NJA 1983 s. 808.
NJA 1983 s. 865.
NJA 1985 s. 871.
NJA 2007 s. 86.
NJA 2010 s. 54.
NJA 2012 s. 125.

Miljööverdomstolen:

MÖD 2003:127.
MÖD 2005:30.
MÖD 2006:36.
MÖD 2008:11.
MÖD 2009:36.
MÖD 2010:17.
MÖD 2010:18.
MÖD 2010:19.
MÖD 2010:24.
MÖD 2010:31.
MÖD 2011:1.

Miljööverdomstolens dom i mål M 7995-11, 16 december 2012.

Miljööverdomstolens dom i mål M 7995-11, 16 december 2012 bilaga, *Albano 32, om principer vid undersökningar av miljörisker i samband med förvärv kring 2000-2001 i Sverige.*

Skiljedomar:

Skiljedom KPMG vs. Profilgruppen från 22 december 2010. Skiljedomen är offentlig sedan den klandrats på grund av skiljemannajäv, Svea hovrätt T-1085-11.