

YTTRANDE

2010-04-14 Dnr 642-375-10 Rf

Högsta domstolen
Box 2066
103 12 Stockholm

Svarsskrivelse i mål T 5420-08 (rotel 5) angående ekonomisk säkerhet med anledning av tillstånd till nytt sandmagasin (Hötjärnsmagasinet)

Naturvårdsverkets inställning

Naturvårdsverket bestrider bifall till överklagandet.

Sammanfattning

Naturvårdsverket anser av följande skäl att den av Boliden Mineral AB (bolaget) yrkade moderbolagsborgen inte uppfyller kravet enligt miljöbalken på att en säkerhet ska vara betryggande för sitt ändamål.

1. Medel ska vara tillgängliga för efterbehandling under en lång tid samtidigt som bolagets finansiella ställning kan förväntas variera mycket över tiden och inte går att förutsäga annat än på några års sikt. Det måste därför finnas solida garantier som säkerställer att det, oberoende av bolagets finansiella ställning, alltid finns sådana medel som är omedelbart tillgängliga. Annars finns det en beaktansvärd risk för att samhället måste stå för kostnaden.
2. Den enda substantiella tillgången i moderbolaget är aktier i Boliden Mineral AB (bolaget). Det kan därför sägas att en moderbolagsborgen i detta fall endast innebär att bolaget ställer en garanti till sig självt. Det kan ifrågasättas om en sådan garanti utgör en ekonomisk säkerhet över huvud taget, eftersom den inte uppfyller säkerhetens syfte att säkerställa att det finns tillgängliga medel just för det fall bolaget självt inte kan bekosta åtgärderna.
3. Vid tillståndsprövningen ska domstolen bedöma om säkerheten kommer att vara betryggande för sitt ändamål under hela den tid som den ska gälla. Dagens bokslut för koncernen saknar emellertid i princip prognosvärde för att bedöma betalningsförmågan på så lång sikt som det är fråga om här. Med hänsyn till det och till den förväntade variationen i bolagets finansiella ställning, går det inte att i det här fallet göra en bedömning av om en moderbolagsborgen är betryggande för sitt ändamål.

4. En moderbolagsborgen innebär att tillsynsmyndigheten kontinuerligt måste göra en kvalificerad kreditbedömning för att avgöra om säkerheten behöver omprövas. Tillsynsmyndigheten har inte kompetens för att göra den bedömningen. En sådan omprövning är inte heller alltid ändamålsenlig. Vidare är en moderbolagsborgen inte direkt tillgänglig för tillsynsmyndigheten. En moderbolagsborgen innebär också att administrativa kostnader som verksamhetsutövaren ska svara för förs över till tillsynsmyndigheten.

Inte heller kan den konstruktion som bolaget yrkar på i andra hand anses innebära en säkerhet som är betryggande för sitt ändamål. Även den utgår från en moderbolagsborgen som grundsäkerhet, vilket inte är godtagbart. Vidare innebär bolagets höga rörelserisk att det kan vara för sent att få en bankgaranti när så behövs. Konstruktionen förutsätter också att tillsynsmyndigheten kontinuerligt bevakar bolagets skuldsättningsgrad, vilket tillsynsmyndigheten saknar kompetens för att göra.

Dessutom ska miljöbalkens bestämmelser om säkerhet här tolkas utifrån EU-direktiv 2006/21/EG. Av de skäl som anges ovan uppfyller i detta fall en moderbolagsborgen, ensam eller i kombination med annan säkerhet enligt andrahandsyrkandet, inte de krav på en finansiell garanti som ställs i EU-direktiv 2006/21/EG.

Utveckling av Naturvårdsverkets talan

Säkerheten ska vara betryggande för sitt ändamål

En ekonomisk säkerhet ska vara betryggande för sitt ändamål (15 kap. 34 § och 16 kap. 3 § miljöbalken). Naturvårdsverket vill framhålla att det inte finns något stöd i prop. 2006/07:95 för att hävda flexibilitet i fråga om säkerhetens form på bekostnad av det kravet. Tvärtom nämns risken för samhället som en faktor av betydelse för vilken form säkerheten ska ha (a. prop., s. 111). Inte heller är ett företags kostnader för en säkerhet ett skäl för att ge avkall på kravet att säkerheten ska vara betryggande för sitt ändamål.

Naturvårdsverket vill också peka på att möjligheten till en flexibel bedömning av formen för säkerhet för deponier fanns redan före ändringen i 16 kap. 3 § miljöbalken år 2007. Innebörden av bestämmelserna i 15 kap. 34 § har inte ändrats i det avseendet. Naturvårdsverket anser därför att det saknas grund för att påstå att bestämmelserna om ekonomisk säkerhet för deponier ska tillämpas på ett annat sätt än före ändringen i 16 kap. 3 § miljöbalken.

En moderbolagsborgen är ingen långsiktig garanti

Miljööverdomstolen har i den överklagade domen kommit till slutsatsen att bolagets yrkanden om moderbolagsborgen inte kan anses innebära en långsiktig garanti för att efterbehandlingskostnaderna ska kunna täckas. Naturvårdsverket

har inhämtat ett utlåtande från professorn och ekonomie doktorn Thomas Hartman (bilaga). Han kommer där till samma slutsats som Miljööverdomstolen.

Det behövs solida garantier

Medel ska vara tillgängliga för efterbehandling under en lång tid samtidigt som bolagets finansiella ställning kan förväntas variera mycket över tiden och inte går att förutsäga annat än på några års sikt.

I utlåtandet från professor Hartman liknas en ekonomisk säkerhet med en skuld till, i det här fallet, staten. Det konstateras också att de långfristiga krediter som lämnats till bolaget av banker och kreditinstitut har en genomsnittlig löptid på ca fyra år. Kreditmarknadens aktörer har därmed gjort en bedömning av en rimlig genomsnittlig löptid på kreditportföljen för ett företag som verkar i branschen. Enligt utlåtandet kan det därför ifrågasättas varför staten ska bevilja en långfristig ”kredit” på 20-30 år som så kraftigt avviker i löptid jämfört med övriga krediter utan att samtidigt erhålla solida garantier för att ”återbetalningen” säkras.

Naturvårdsverket anser mot den här bakgrunden att den ekonomiska säkerheten måste ha en form som innebär att det finns solida garantier för att det, oberoende av bolagets finansiella ställning, alltid finns medel för efterbehandling omedelbart tillgängliga. Annars finns det en beaktansvärd risk för att samhället måste stå för kostnaden.

Boliden Mineral AB vill ställa garanti till sig självt

I utlåtandet konstateras att organisationen av Bolidenkongcernen innebär att all egentlig verksamhet bedrivs av Boliden Mineral AB och att moderbolagets enda substantiella tillgång är aktier i Boliden Mineral AB. Man kan enligt utlåtandet därför säga att Boliden Mineral AB genom en moderbolagsborgen vill ställa ut en garanti till sig självt.

Enligt Naturvårdsverkets uppfattning går det därmed att ifrågasätta om en moderbolagsborgen i det här fallet är kan anses utgöra en ekonomisk säkerhet över huvud taget, eftersom en sådan borgen inte uppfyller säkerhetens syfte att säkerställa att det finns tillgängliga medel just för det fall bolaget självt inte kan bekosta åtgärderna (jfr NJA 2009 s. 667 där en avsättning i räkenskaperna inte ansågs utgöra en ekonomisk säkerhet).

En beaktansvärd risk för samhället

Enligt utlåtandet jämförs i den föreslagna garantikonstruktionen underförstått staten med en vanlig kreditgivare, vilket inte kan anses rimligt. En moderbolagsborgen som ska gälla i 20-30 år kan från risksynpunkt jämföras med den risk som tas av en aktieägare som satsat eget kapital i ett företag. Aktieägarna tar den största risken i ett företag och kan aldrig vara säkra på att erhålla utdelning, särskilt inte långt fram i tiden. De tar därmed en större risk än vad kreditgivarna gör.

Naturvårdsverket drar av ovanstående slutsatsen att en moderbolagsborgen i det här fallet – om den skulle kvalificera som en ekonomisk säkerhet – innebär sådana risker att den inte kan anses betryggande för sitt ändamål.

Prövningen och tillsynen av en moderbolagsborgen

Vid tillståndsprövningen ska domstolen bedöma om säkerheten kommer att vara betryggande för sitt ändamål under hela den tid som den ska gälla. Enligt utlåtandet saknar emellertid dagens bokslut för koncernen i princip prognosvärde för att bedöma betalningsförmågan på så lång sikt som 20-30 år framåt i tiden. Med hänsyn till det och till den förväntade variationen i bolagets finansiella ställning, går det inte att i det här fallet göra en bedömning av om en moderbolagsborgen är betryggande för sitt ändamål.

Vidare konstaterar Naturvårdsverket att det generellt krävs en kvalificerad kreditbedömning för att ta ställning till om en moderbolagsborgen kan godtas som säkerhet. Även om det åligger sökanden att visa att en form av säkerhet är godtagbar behöver sökandens bedömningar kunna ifrågasättas av någon med kompetens på området. Det visar inte minst utredningen i det här målet. Det krävs därför i princip att statens intressen bevakas av någon med den specifika kompetens som finns hos kreditbedömare på banker och kreditinstitut. Så är inte fallet idag.

Om en moderbolagsborgen godtas i det här fallet krävs inte bara en kvalificerad kreditbedömning av prövningsmyndigheten. Eftersom Bolidenkoncernens finansiella ställning enligt professor Hartmans utlåtande kan förväntas variera relativt kraftigt över tiden krävs dessutom att tillsynsmyndigheten kontinuerligt gör samma kreditbedömning för att bevaka om säkerheten behöver omprövas enligt 24 kap. 5 § första stycket 12 miljöbalken. Tillsynsmyndigheten har inte kompetens för att göra en sådan bedömning. En omprövning är inte heller alltid ändamålsenlig, dels därför att den tar lång tid, och dels för att den inte får innebära att verksamheten inte längre kan bedrivas eller att den avsevärt försvåras. En moderbolagsborgen innebär också en överföring av administrativa kostnader från verksamhetsutövaren till tillsynsmyndigheten, vilket inte är förenligt med miljöbalkens syn på verksamhetsutövarens ansvar.

Naturvårdsverket anser att den ekonomiska säkerheten ska vara omedelbart tillgänglig (jfr a. prop. s. 110). I Miljöansvarsutredningens betänkande Ett utvidgat miljöansvar (SOU 2006:39) finns en redogörelse för innebörden av en ägarbolagsgaranti/ägarborgen (s. 286 f). Enligt den redogörelsen får tillsynsmyndigheten kräva ut garantin om bolaget i fråga inte uppfyller sina förpliktelser. Om ägarbolaget vägrar att ge ut garantin anges att tillsynsmyndigheten kan väcka talan vid domstol. Naturvårdsverket anser att en säkerhet inte kan anses omedelbart tillgänglig, och därmed enkel att realisera, om det krävs att tillsynsmyndigheten vinner framgång i en domstolsprocess som

kan bli utdragen och betungande för att få tillgång till pengar för efterbehandling.

Andrahandsyrkandet

Enligt Naturvårdsverkets uppfattning kan inte heller den konstruktion av säkerheten som bolaget yrkar i andra hand anses innebära en säkerhet som är betryggande för sitt ändamål.

För det första så anser Naturvårdsverket av samma skäl som anges ovan att en moderbolagsborgen inte är godtagbar som ”grundsäkerhet”. För det andra förutsätter konstruktionen att tillsynsmyndigheten kontinuerligt bevakar bolagets skuldsättningsgrad. Tillsynsmyndigheten saknar kompetens för att göra detta. För det tredje tar det 5-7 månader från tidpunkten då redovisningen sammanställdes tills en säkerhet kan erhållas. Med hänsyn till bolagets höga rörelserisk kan den tiden räcka för att det ska vara för sent att få en bankgaranti när så behövs. Konstruktionen innebär också, i än större omfattning än enbart en moderbolagsborgen, en överföring av administrativa kostnader från verksamhetsutövaren till tillsynsmyndigheten.

Ett ytterligare skäl emot konstruktionen anser Naturvårdsverket vara att enligt de senaste tolv årens bokslut hade bolaget sex av de tolv åren en skuldsättningsgrad som översteg 150 %. Under fyra av dessa sex år översteg skuldsättningsgraden 200 %. Det är sannolikt att samma situation uppstår lika ofta i framtiden. Naturvårdsverket ifrågasätter därför en konstruktion där det redan från början kan förutsägas att kravet på kompletterande säkerhet kommer att tillämpas frekvent. Det innebär bara onödiga kostnader och ianspråktagande av tillsynsmyndighetens resurser.

I fråga om den möjlighet till insättning på spärrat konto som bolaget föreslår i sitt andrahandsyrkande, konstaterar Naturvårdsverket att det inte gör säkerheten mer betryggande eftersom det är bolaget som väljer om en sådan insättning ska ske. Det förutsätter också att bolaget genom krediter eller på annat sätt får tillgång till de medel som ska sättas in. Bolaget har inte presenterat någon utredning som visar att detta är möjligt vid en skuldsättningsgrad överstigande 150 %.

Utvinningsavfallsdirektivet

EU-direktiv 2006/21/EG¹, det s.k. utvinningsavfallsdirektivet, innehåller i artikel 14 krav på finansiell säkerhet för verksamhet som omfattar deponering av utvinningsavfall i en avfallsanläggning, dvs. sådan verksamhet som det är fråga om i detta mål.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/21/EG av den 15 mars 2006 om hantering av avfall från utvinningsindustrin och om ändring av direktiv 2004/35/EG.

Den finansiella säkerheten ska ställas så att ”...*alla skyldigheter enligt det tillstånd som utfärdats i enlighet med detta direktiv har uppfyllts, inbegripet bestämmelser om åtgärder efter stängning...*” (artikel 14.1 a) och att ”...*det alltid finns tillräckliga medel tillgängliga för att rehabilitera det område som påverkats av avfallsanläggningen...*”.

Vid en direktivkonform tolkning innebär det här att den säkerhet som ställs ska vara tillräcklig för att täcka alla kostnader för efterbehandling av Hötjärnsmagasinet och att det alltid ska finnas tillräckliga medel tillgängliga för efterbehandling. Av samma skäl som anges ovan anser Naturvårdsverket att en moderbolagsborgen, ensam eller i kombination med annan säkerhet enligt andrahandsyrkandet, inte uppfyller kraven på en finansiell garanti enligt artikel 14 i utvinningsavfallsdirektivet.

I övrigt får Naturvårdsverket hänvisa till vad verket anfört i tidigare yttranden i underinstanserna.

Beslut om detta yttrande har fattats av enhetschefen Rikard Janson.

Vid den slutliga handläggningen har i övrigt deltagit vikarierande enhetschefen Carl Mikael Strauss, Ann-Marie Fällman och Åsa Wiklund Fredström, den sistnämnda föredragande.

För Naturvårdsverket

Rikard Janson

Åsa Wiklund Fredström

Bilaga:

Utlåtande från prof. och ek. dr Thomas Hartman