

YTTRANDE,

dnr M2017/01115/Nm

**Remissvar, betänkande ”Ekologisk kompensation. Åtgärder för att motverka nettoförluster av biologisk mångfald och ekosystemtjänster, samtidigt som behovet av markexploatering tillgodoses” SOU 2017:34**

Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB hänvisar till miljö- och energidepartementets remittering den 5 april 2018 (dnr M2017/01115/Nm) och yttrar sig nedan över SOU 2017:34. Våra kommentarer är baserade på vår erfarenhet som ombud till sökande i tillståndsprövningar enligt miljöbalken och har en praktikers perspektiv.

Vi kommer inledningsvis i avsnitt A i detta remissvar att kommentera utredningen på ett övergripande plan och lämna vissa generella kommentarer, för att sedan i avsnitt B kommentera vissa av författningsförslagen.

**A. Allmänt**

Det är positivt att utredningen behandlar begreppet ekologisk kompensation ur ett brett perspektiv som inte begränsas till tillämpningen av miljöbalken.

Vi anser att utredningen i flera avseenden behandlar tillämpningen av ekologisk kompensation på ett bra sätt och att författningsförslagen, genom att öka förutsägbarheten och effektiviteten av tillämpningen av ekologisk kompensation, kan komma att underlätta för såväl verksamhetsutövare som rättstillämpande myndigheter. Vi ställer oss särskilt positiva till att utredningen behandlar relationen mellan ekologisk kompensation och planbestämmelser. Som det anges i utredningen saknas idag bestämmelser om ekologisk kompensation i plan- och bygglagen samtidigt som en stor del av de intrång som sker i värdefull natur endast prövas enligt den lagstiftningen. Mot den bakgrunden anser vi att utredningens samlade grepp om såväl miljöbalken som annan relevant sektorslagstiftning är värdefullt och nödvändigt för att lagstiftningen kring ekologisk kompensation inte ska riskera att bli fragmenterad.

## A.1 Begreppet ekologisk kompensation

Det saknas en tydlig definition av begreppet ekologisk kompensation vilket kan leda till betydande tillämpningssvårigheter när begreppet ges en juridisk betydelse.

I utredningen återges breda definitioner av begreppet som tycks kunna inbegripa åtgärder av skilda slag och olika exempel ges på åtgärder som kan innefattas i begreppet ekologisk kompensation. Vår erfarenhet är att det i praktiken i många fall kan bli svårt att avgöra om en viss åtgärd är att se som ekologisk kompensation eller inte. I vissa fall är det mer tydligt att en viss åtgärd är att se som ekologisk kompensation, exempelvis en ekologisk restaurering av ett mark- eller vattenområde, medan andra åtgärder kan vara svårare att definiera, exempelvis en åtgärd som syftar till att generellt minska belastningen på en recipient. Vi vill erinra om att begreppet ekologisk kompensation alltid måste utgå från den påverkan som åtgärderna relaterar till. En särskild problematik är att komplexa verksamheter ofta ger upphov till olika typer av miljöpåverkan, där en viss åtgärd kan betraktas som en skyddsåtgärd i ett avseende samtidigt som den kan utgöra en kompensatorisk åtgärd i ett annat avseende. Mot bakgrund av att utredningen förordar att ekologisk kompensation ska få beaktas först i ett andra steg av en tillståndsprövning, i enlighet med den s.k. skadelindringshierarkin, blir det särskilt viktigt att kunna särskilja ekologisk kompensation från andra snarlika åtgärder som ska betraktas som skadelindringsåtgärder. Vi anser att utredningen inte fullt ut ger svar på frågan hur ett sådant särskiljande ska vara möjligt i praktiken och efterlyser exempel som beskriver när det är fråga om skadelindrande skyddsåtgärder och när det är fråga om ekologisk kompensation.

Det finns i utredningen inget förslag om att införa en legal definition av ekologisk kompensation i författningstext. Vi delar utredningens uppfattning att det skulle vara mycket svårt att utforma en allmängiltig definition. Vi ser dock att gränsdragningen mellan skadelindrande skyddsåtgärder och ekologisk kompensation i många fall kan bli mycket svår om det saknas en tydlig definition samtidigt som den s.k. skadelindringshierarkin lagfästs i miljöbalken. Såväl en funktionell som en målinriktad legal definition kan vara ett alternativ, med eller utan en exemplifiering av åtgärder som kan vara att se som ekologiska kompensationsåtgärder. Hur en sådan definition kan utformas är något som vi anser bör utredas vidare om det blir aktuellt att införa ytterligare krav på ekologisk kompensation i lagstiftningen.

I utredningen beskrivs hur ekologiska kompensationsåtgärder kan genomföras genom att addera naturvärden till ett kompensationsområde. Mot bakgrund av att många naturområden är beroende av hävd eller skötsel för att inte få en försämrad status vore det värdefullt att det

klargörs om även ett åtagande om skötsel av ett naturområde under en längre tid kan vara att se som en kompensationsåtgärd.

## **A.2 Ekologisk kompensation ur verksamhetsutövarens perspektiv**

Vi anser att det bör klargöras att en verksamhetsutövare har möjlighet att tillgodoräkna sig kompensationsåtgärder i samband med tillstånds- och dispensprövningar.

Redan med nuvarande lagstiftning kan t.ex. tillstånd och dispenser förenas med krav på särskilda åtgärder för att kompensera det intrång i allmänna intressen som verksamheten medför. Utredningens förslag innebär alltså ingen stor skillnad i det avseendet. Vad förslaget däremot medför är en tydlighet i tillämpningen som gör att instrumentet ekologisk kompensation skulle kunna användas mer konsekvent, vilket vi ser som positivt. Enligt vår erfarenhet anförs inte sällan i tillståndsprövningar att kompensationsåtgärder som en verksamhetsutövare åtar sig eller åläggs att utföra inte ska få räknas verksamhetsutövaren tillgodo i tillåtlighetsprövningen. Enligt vår uppfattning finns det inget stöd för en sådan uppfattning i gällande lagstiftning och vi menar att tillämpningen av den så kallade skadelindringshierarkin inte heller utesluter att kompensatoriska åtgärder ska få tillgodoräknas i samband med en tillståndsprövning. Tvärtom torde det snarare vara regel än undantag att det i någon mån uppkommer en s.k. restskada efter det att en verksamhetsutövare ålagts att vidta alla skäligen skyddsåtgärder och begränsningar. Vi menar att det är angeläget att möjligheten för en verksamhetsutövare att tillgodoräkna sig kompensationsåtgärder i samband med tillstånds- eller dispensprövningar beaktas i det fortsatta lagstiftningsarbetet då vår erfarenhetsbaserade bedömning är att det skulle utgöra ett incitament för många verksamhetsutövare att självmant åta sig att vidta kompensationsåtgärder.

Vi noterar att det av föreslagen lydelse till 6 kap. 7 § MB framgår att de åtgärder som planeras för att kompensera för skadliga verkningar ska inkluderas i miljökonsekvensbeskrivningen. Då en miljökonsekvensbeskrivning innehåller de uppgifter som krävs för tillåtlighetsprövningen borde ett inkluderande av kompensationsåtgärder i miljökonsekvensbeskrivningen innebära att sådana åtgärder ska få beaktas i prövningen.

## **A.3 Tillgång till mark för kompensationsåtgärder**

Vi anser att det, om lagförslaget genomförs, bör övervägas att införa en möjlighet till tvångsvis tillgång till mark eller vatten för att utföra kompensationsåtgärder, om särskilda skäl föreligger.

Utredningen har valt att inte titta på förslag om tvångsvis markåtkomst avseende ekologisk kompensation vilket innebär att det enligt förslagen fortsatt kommer att vara möjligt att tvångsvis få tillgång till mark för exploatering samtidigt som det inte tvångsvis är möjligt att få tillgång till mark för att kompensera för den naturförlust som en exploatering kan orsaka. Vi befarar att det i vissa särskilda fall skulle kunna uppstå situationer där ekologisk kompensation omöjliggörs eller avsevärt försvåras om t.ex. tillgången till lämplig mark för sådana åtgärder är begränsad. Svårigheter med att få tillgång till sådan mark skulle då avsevärt kunna försvåra en tillstånds- eller dispensprövning.

## **B.           Kommentar till förslag till lag om ändring i miljöbalken**

### **B.1           Föreslagen lydelse i 2 kap. 8 a § miljöbalken**

I utredningen föreslås att den s.k. skadelindringshierarkin kodifieras och förs in i 2 kap. 8 a § miljöbalken. Vi ställer oss frågande till hur förslaget har utformats och hur bestämmelsen är tänkt att tillämpas i praktiken.

Placeringen i 2 kap. miljöbalken innebär att bestämmelsen får en vid tillämpning och ska beaktas i alla miljörättsliga bedömningar. Vi anser att det kan ifrågasättas om alla aspekter av införandet av en så pass omfattande bestämmelse har utretts. Den föreslagna bestämmelsens ordalydelse innebär att åtgärder ska bedömas i fyra steg: skada ska 1) *undvikas*, 2) *begränsas*, 3) *återställas* och 4) *kompenseras*. Utredningens uppdrag har dock varit att identifiera och föreslå åtgärder för att åstadkomma en effektivare och mer konsekvent tillämpning av ekologisk kompensation och utredningen har således främst avsett konsekvenserna av att lagfästa det fjärde steget, att *kompensera*.

Vidare innebär den föreslagna placeringen, i slutet av 2 kap. miljöbalken 8 a §, att skadelindringshierarkin i dess helhet placeras under rubriken *Ansvar för skadad miljö*. Det är dock såvitt vi förstår endast de två sista stegen, *p.3 återställas* och *p.4 kompensera*, som innebär att en skada uppkommit. Det kan alltså ifrågasättas om placeringen är lämplig.

En annan aspekt av kodifieringen av skadelindringshierarkin är att vissa av de fyra stegen redan kan anses vara inkluderade i 2 kap. miljöbalken. Såväl *p.1 undvikas* som *p. 2 begränsas* anses innefattas av miljöbalken 2 kap. 3 § där det föreskrivs att (vår understrykning nedan):

”alla som bedriver eller avser att bedriva en verksamhet eller vidta en åtgärd skall utföra de skyddsåtgärder, iaktta de begränsningar och vidta de försiktighetsmått i övrigt som behövs för att förebygga, hindra eller motverka att verksamheten eller åtgärden medför skada eller olägenhet”

Likaså omfattas *p. 3 återställa* redan av miljöbalken 2. kap 8 § där det stadgas att (vår understrykning nedan):

”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 avhjälps”.


## **B.2 Föreslagen lydelse i 7 kap. miljöbalken**

Den föreslagna lydelsen i 7 kap. 11 § miljöbalken är formulerad som att ett beslut om upphävande av eller dispens från ett biotopskyddsområde endast får meddelas om intrånget i naturvärdet kompenseras i skälig utsträckning. Att bestämmelsen ställer upp ett krav för dispens innebär att det måste vara möjligt att kompensera för intrånget i naturvärdet i skälig omfattning för att en dispens ska kunna ges. Mot bakgrund av att inte alla intrång i naturvärden går att kompensera ställer vi oss frågande till om det är lämpligt att utforma bestämmelsen som ett krav på kompensation. Visserligen föreslås att åtgärder *i skälig omfattning* ska räcka för att kunna få en dispens, men i vissa fall kan det tänkas att det inte är möjligt att genomföra en ändamålsenlig kompensation. Konsekvensen blir då att en dispens aldrig kommer att kunna meddelas.

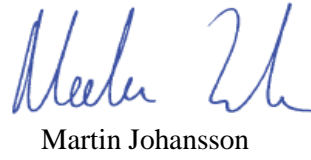
## **B.3 Föreslagen lydelse i 16 kap. 9 § och 22 kap. 25 § miljöbalken**

Utredningen föreslår en lydelse i 16 kap. 9 § miljöbalken som innebär att det ska göras en bedömning av om särskilda åtgärder för att kompensera intrång i allmänna intressen. Likaså innehåller utredningen ytterligare ett förslag till bestämmelse, i 22 kap. 25 § miljöbalken, där det föreskrivs att en dom som innebär att tillstånd ges till en verksamhet i förekommande fall ska innehålla bestämmelser om övriga villkor som behövs för att kompensera för skada eller olägenhet. Som beskrivits ovan framgår det redan av förslaget till 2 kap. 8 a § miljöbalken att det för en verksamhet som tillåts, trots att den medför en skada eller olägenhet för miljön, ska vidtas åtgärder för att kompensera. Vi anser att krav på ekologisk kompensation bör samlas i en gemensam bestämmelse för att undvika missförstånd kring tillämpligheten och därigenom vilka åtgärder som kan krävas. Mot bakgrund av att 2 kap. miljöbalken ska tillämpas för alla tillståndspliktiga och dispenspliktiga verksamheter eller åtgärder enligt miljöbalken ställer vi oss frågande till behovet av ytterligare reglering i 16 kap. 9 § miljöbalken.

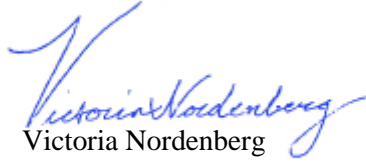
Stockholm 17 september 2018



Felicia Ullerstam



Martin Johansson



Victoria Nordenberg