

Mark- och miljödomstolen

Miljö- och energidepartementet

Remiss angående betänkande av Utredningen om ekologisk kompensation, SOU 2017:34 (ert dnr M2017/01115/Nm)

Inledning

Ekologisk kompensation kan vara ett verktyg i arbetet med att motverka nettoförluster av biologisk mångfald och ekosystemtjänster och för att i framtiden undvika fördrivande eller försvårande av nya markexploateringar. De befintliga reglerna angående ekologisk kompensation är enligt mark- och miljödomstolens mening svårtillämpliga. Som en trolig konsekvens av detta beslutar domstolen sällan om kompensationsåtgärder. Enligt domstolens bedömning är en reformering av reglerna om ekologisk kompensation nödvändig för att ekologisk kompensation ska kunna bli ett effektivt verktyg för att underlätta hållbar markexploatering. Domstolen ställer sig därför positiv till syftet med de föreslagna lagändringarna och lämnar följande synpunkter på förslaget.

Föreslagna ändringar i miljöbalken

Förslaget till ny paragraf i 2 kap. 8 a § miljöbalken

Utredningen har föreslagit att det ska göras en tvådelad prövning och att den så kallade skadelindringshierarkin ska författningsregleras. Det har föreslagits att regler om detta införs i en ny paragraf i 2 kap. 8 a § miljöbalken, under rubriken Ansvar för skadad miljö.

Utredningens förslag om en tvådelad prövning synes grundad i att det utbildats en praxis som innebär att kompensationsåtgärder prövas i två steg. Domstolen konstaterar att en tvådelad prövning sker vid prövning enligt Natura 2000-bestämmelserna. Det kan ifrågasättas om en tvådelad prövning krävs i övrigt enligt relevant EU-lagstiftning. Flertalet prövningar avser inte verksamheter eller åtgärder som påverkar ett Natura 2000-område. När det gäller prövningar som inte avser Natura 2000-områden är det enligt domstolens mening i praxis oklart om bedömningen ska delas upp i två steg.

Såsom domstolen uppfattat utredningen är de huvudsakliga skälen till uppdelningen i två steg att motverka åsidosättande av skadelindringshierarkin och att kompensationsåtgärder används för att genomföra olämplig markexploatering. Denna risk bör enligt domstolens mening inte överdrivas. Bland annat eftersom

ansökningar om tillstånd och dispenser prövas av domstolar och myndigheter som har att iaktta skadelindringshierarkin och kraven i övrigt i miljöbalken. Vid sådana prövningar kan dessutom eventuella avsteg från miljöbalkens krav uppmärksammas av andra myndigheter, eller intressenter, som är parter eller remissinstanser. Det finns inget som talar för att de tillämpande domstolarna eller myndigheterna inte upprätthåller det grundläggande kravet på lämplig lokalisering enligt 2 kap. 6 § miljöbalken.

En tvådelad prövning passar dåligt in i systematiken i 2 kap. miljöbalken och riskerar att leda till tillämpningssvårigheter. Bland annat eftersom prövningen av kompensationsåtgärder ska ske först efter det att verksamheten bedömts vara tillåtlig och alltså efter den rimlighetsavvägning som ska göras enligt 2 kap. 7 § miljöbalken. Den föreslagna prövningsmodellen innebär att domstolen inledningsvis ska pröva om verksamheten kan tillåtas och får först därefter överväga vilka kompensationsåtgärder som ska vidtas. Det framstår som otydligt vilka ytterligare rimlighetsöverväganden som i detta skede ska göras enligt den föreslagna bestämmelsen. Det är även otydligt om avsikten är att den föreslagna bestämmelsen ska kunna läggas till grund för att inte ge tillstånd eller dispens om det visar sig att en återstående skada inte kan kompenseras fullt ut. Med hänsyn till att prövningen aktualiseras först efter det att verksamheten bedömts vara tillåtlig framstår det som motsägelsefullt att verksamheten skulle kunna nekas tillstånd på grund av att det inte är möjligt att genomföra lämpliga kompensationsåtgärder. Om den föreslagna bestämmelsen införs anser domstolen att det måste klargöras vilken betydelse den ska ha i dessa avseenden vid prövning av tillstånd och dispens enligt miljöbalken.

Ett problem med tvåstegsprövning är att den innebär att olika åtgärder tydligt måste kunna delas upp i skyddsåtgärder respektive kompensationsåtgärder eftersom dessa aktualiseras i olika delar av prövningen. Såsom utredningen har konstaterat kan det i många fall vara svårt att avgöra om en viss åtgärd utgör skyddsåtgärder eller kompensationsåtgärder eller har inslag av båda delar.

Utredningen föreslår att kravet ska gälla vid dispens- eller tillståndsprövning enligt 7, 8, 9 eller 11 kap. Det innebär att ett mycket stort antal verksamheter och åtgärder omfattas av kravet. Enligt bestämmelsen ska åtgärder som inte är orimliga vidtas för att kompensera skadan eller olägenheten som verksamheten innebär. Utgångspunkten förefaller vara att kompensationsåtgärder ska krävas om det är fråga om betydande skada eller olägenhet. Domstolen anser dock att det inte tillräckligt tydligt framgår vilka skador och olägenheter som ska kompenseras och vilka som inte behöver kompenseras. Kraven bör inte omfatta obetydliga skador och olägenheter. Så som bestämmelsen har utformats aktualiseras frågan om kompensationsåtgärder vid samtliga i bestämmelsen angivna tillstånds- och dispensprövningar. Bestämmelsen omfattar allt från prövningar av miljöfarliga verksamheter i form av större industrier till ansökningar om strandskyddsdispens och tillstånd till enskilda avloppsanläggningar. Enligt domstolens mening kan det finnas skäl att begränsa tillämpningsområdet för kompensationsåtgärder. Det kan t.ex. ifrågasättas om kompensationsåtgärder bör inkluderas i prövningen av strandskyddsdispens eller av tillstånd som prövas på kommunal nivå. Prövningen av kompensationsåtgärder förutsätter att det finns ett underlag och i dessa fall framstår det inte som ekonomiskt rimligt eller miljömässigt motiverat att sökanden åläggs att tillhandahålla ett sådant underlag.

Mot denna bakgrund anser domstolen att förslaget till ny paragraf i 2 kap. 8 a § miljöbalken inte bör genomföras. Det bör i stället övervägas en annan ändring i 2 kap. miljöbalken. Systematiken i 2 kap. talar närmast för att göra en mindre ändring i 7 § första stycket, dvs. rimlighetsavvägningen. Det bör vara möjligt att klargöra att det vid en rimlighetsavvägning även ska tas särskild hänsyn till nyttan av åtgärder för att kompensera kvarstående skada eller olägenhet för miljön. Eventuellt behövs även ett mindre förtydligande i 3 § första stycket som klargör att bestämmelsen även omfattar krav på sådana kompensationsåtgärder. En sådan reglering skulle innebära att tillstånd eller dispens inte kan ges om tillräckliga åtgärder inte föreslås för att kompensera kvarstående skada eller olägenhet för miljön. Om det inte är rimligt att vidta kompensationsåtgärder för att fullt ut kompensera den skada eller olägenhet för miljön som riskerar att uppstå, ska en prövning göras enligt slutavvägningen i 9 §. Med en sådan reglering bör det även vara möjligt att begränsa kraven så att de inte gäller åtgärder för att kompensera obetydliga skador och olägenheter.

Sammanfattningsvis anser domstolen att bestämmelsen behöver övervägas på nytt och formuleras på ett annat sätt.

Förslag om obligatoriskt krav på behovsbedömning i 16 kap. 9 § MB.

I 16 kap. 9 § första stycket 3 finns en specialbestämmelse som förtydligar möjligheten att föreskriva villkor om kompensationsåtgärder vid tillstånd eller dispens. Den anger inte de materiella förutsättningarna för när krav ska ställas, de finns t.ex. i de allmänna hänsynsreglerna. Det tillägg som föreslås i andra stycket får närmast uppfattas som ett processuellt krav på prövningsmyndigheten. Vid en jämförelse med regleringen i första stycket framstår förslaget som obehövligt. Domstolen bedömer att den föreslagna bestämmelsen inte behövs med hänsyn till övriga förslag till ändringar i miljöbalken.

Förslag till ändringar i 6 kap. miljöbalken

Den i utredningen föreslagna ändringen innebär att en miljökonsekvensbeskrivning ska innehålla utredning och förslag på lämpliga kompensationsåtgärder. Domstolen är i huvudsak positiv till denna författningsändring och anser att införandet av ett sådant krav är en förutsättning för att kompensationsåtgärder ska bli ett mer frekvent inslag vid domstolens dispens- och tillståndsprövningar.

Föreslagna ändringar i plan- och bygglagen (PBL)

Vid framtagandet av detaljplaner har kommunen redan i dagsläget möjlighet att besluta om kompensationsåtgärder med stöd av 4 kap. PBL. Eftersom eventuella kompensationsåtgärder i en detaljplan måste ha stöd i de materiella reglerna i PBL bedömer domstolen att den föreslagna nya bestämmelsen i 4 kap. 12 a § PBL inte nämnvärt skulle utvidga kommunens möjlighet att besluta om kompensationsåtgärder. Bestämmelsen framstår därför som överflödigt.

Vidare befarar domstolen att behovet av ekologisk kompensation sällan kan lösas i framtagandet av enskilda detaljplaner utan på ett bättre sätt kan hanteras i det mer övergripande planarbetet, främst vid utformningen av regionplaner, översiktsplaner och kanske i viss mån vid det mer översiktliga arbetet med detaljplaner. Enligt domstolens bedömning är det, med hänsyn till hur detaljplaneområden normalt avgränsas, i många fall inte möjligt att i en detaljplan föreskriva

kompensationsåtgärder inom detaljplaneområdet som neutraliserar den miljöpåverkan som detaljplanen innebär. Det skulle alltså i många fall finnas ett behov av kompensationsåtgärder utanför planområdet. Enligt domstolens mening är det inte möjligt att i en detaljplan föreskriva om kompensationsåtgärder utanför planområdet. Det är sällan möjligt att kompensera skador inom planområdet varför tillämpningsområdet för den föreslagna ändringen i 4 kap. 14 § PBL kan antas bli väldigt begränsat.

Utredningen har vidare föreslagit att den begränsade möjligheten enligt 9 kap. 40 § PBL att förena ett bygglov, rivningslov eller marklov med villkor ska utvidgas till att innefatta även kompensationsåtgärder. Den föreslagna ändringen innebär enligt domstolen en betydande utvidgning av utrymmet för att besluta om villkor. Det kan ifrågasättas om en sådan förändring är lämplig när det i nuläget t.ex. inte är möjligt att förena ett bygglov med villkor om att fastigheten ska anslutas till vatten- och avloppsnätet.

I syfte att förbättra kommunernas förutsättningar att arbeta med ekologisk kompensation vid det övergripande planarbetet anser domstolen att Boverket och Naturvårdsverket bör få till uppgift att ta fram underlag och vägledningar angående användningen av kompensationsåtgärder vid planläggningen.

Besvarande av de i remissen särskilt angivna frågeställningarna som bedöms beröra domstolens verksamhet

Fråga 1 och 2 i remissen

Domstolen kan inte på ett enkelt sätt bedöma hur många mål per år som kan beröras av förslagen. Antalet beror bl.a. på om en ny reglering ställer krav på kompensation även för mindre skador och olägenheter. En reglering enligt förslaget innebär att regleringen kan bli tillämplig i ett betydande antal mål årligen i domstolen. I mål om tillstånd enligt miljöbalken kan frågor om kompensationsåtgärder ofta leda till beslut om prövotid, vilket innebär att målet inte avgörs slutligt. Prövningen av prövotidsfrågor är ofta resurskrävande och det är inte ovanligt att det krävs en ny huvudförhandling.

Domstolen bedömer alltså att en reglering enligt förslaget kan leda till en mer omfattande prövning i ett ganska betydande antal ansökningsmål enligt miljöbalken varje år, vilket innebär ökad arbetsbelastning och ökade kostnader för domstolen. Detta gäller även mål som överklagats från länsstyrelsernas miljöprövningsdelegationer.

Fråga 4 i remissen

I fråga 4 i remissen anges att myndigheten bör analysera och redovisa konsekvenser av och möjligheter att tillämpa förslagen vid exploatering eller annan ändrad markanvändning, med hänsyn till frågor som rör bl.a. äganderätt, rådighet, möjlighet till långsiktiga ekonomiska åtaganden m.m. Domstolen kan inte utan ett omfattande arbete, som trots en längre remisstid inte låter sig göras inom ramen för ett remissvar, svara på denna fråga.

Fråga 5 i remissen

Ett av skälen till att kompensationsåtgärder sällan föreskrivs som villkor är att det saknas användbara hjälpmedel för att bedöma skador och vilka kompensationsåtgärder som krävs för att ersätta de skador som bedöms uppkomma. Enligt domstolens mening är det väsentligt att underlag för bedömning av skador och kompensationsåtgärder utformas. Det bör även klargöras i vilka fall det kan vara godtagbart att kompensation sker på annan plats än i anslutning till en aktuell verksamhet, t.ex. genom så kallade kompensationspooler. Sådana vägledningar bör utformas innan lagstiftningsändringarna genomförs. I annat fall kommer tillämpningsproblemen i allt väsentligt att kvarstå. Bristen på vägledning kan även ge upphov till en icke enhetlig rättsutveckling i domstolarna.

Arbetet med vägledande dokument bör även ske kontinuerligt och dokumenten bör revideras över tid. Utöver vägledning behövs även markområden som avsätts för ändamålet kompensation. Av detta skäl ställer sig domstolen positiv till att det genomförs provverksamhet med så kallade kompensationspooler.

Detta yttrande har avgetts av Nacka tingsrätt, mark- och miljödomstolen, i sammansättningen chefsrådmannen Liselotte Rågmark, rådmannen Anders Lillienau, de tekniska råden Annika Billstein Andersson och Ewa André Holst samt tingsfiskalen Simon Rosdahl.