

Mark- och miljödomstolen

Till Regeringskansliet
Miljö- och energidepartementet

Yttrande över "Ekologisk kompensation" SOU 2017:34 (M2017/01115/Nm)

Vänersborgs tingsrätt, mark- och miljödomstolen, har följande synpunkter på förslaget.

Sammanfattning

Domstolen tillstyrker att åtgärder vidtas för att tydliggöra skadelindringshierarkin samt i vilka situationer kompensation ska användas. Domstolen anser också att det är positivt att plan- och bygglagen (PBL) behandlas i detta sammanhang då det kan motverka konfliktsituationer som annars kan uppstå i tillämpningen av PBL och miljöbalken (t.ex. att vissa verksamheter planläggs som sedan får nej i tillståndsprövningen), samt att det ekologiska perspektivet lyfts in i PBL genom tillägget om ekologiskt funktionella landskap. På det sättet kan den ekologiska dimensionen bli en planeringsfråga som kan hanteras tillsammans med andra hållbarhets- och utvecklingsfrågor

Domstolen har emellertid synpunkter på lagförslagets utformning, dels vad gäller systematik, dels vad gäller formuleringar. I flera fall stämmer lagtextens utformning inte med intentionerna bakom, så som de presenteras i utredningen. Domstolen anser att lagtexten behöver en genomgripande bearbetning innan den kan läggas till grund för lagstiftning.

Domstolen har fått beskedet att någon regelrätt konsekvensanalys – som efterfrågas enligt missivet – inte begärs från domstolarna utan enbart statliga myndigheter.

2 kap. 8 § miljöbalken

Övergripande systematik

Domstolen är frågande till placeringen i 2 kap. miljöbalken av den del av förslaget som endast träffar tillståndspliktiga/dispenspliktiga verksamheter/åtgärder. Den typen av bestämmelse bör finnas i 16 kap. miljöbalken, så som är fallet i balkens nuvarande lydelse. Även om det finns bestämmelser i 2 kap. som endast träffar tillståndspliktiga/dispenspliktiga verksamheter så utgör dessa undantag då 2 kap. som huvudregel träffar alla verksamheter och åtgärder, utom de åtgärder som saknar betydelse i det enskilda fallet (jfr 2 §). 16 kap. innehåller grundläggande bestämmelser om prövning enligt balken. Eftersom bestämmelsen om kompensation när det gäller tillståndspliktiga/dispenspliktiga verksamheter inte utgör vare sig ett undantag eller specificering av någon annan hänsynsregel (jfr. t.ex. 2 kap. 6 § om att tillstånd/dispens inte får ges i strid med plan som en del av lokaliseringsregeln samt 2 kap. 7 § om undantag från undantag vid avvägningen enligt första stycket när det handlar om tillståndsprövning) har domstolen svårt att se varför den har placerats i 2 kap. och inte 16 kap. miljöbalken.

Sammanfattningsvis anser domstolen att skadelindringshierarkin bör finnas i 2 kap. miljöbalken och då i ett eget lagrum så att det tydligt framgår att den omfattar alla verksamheter/åtgärder som omfattas av 2 kap. samt att bestämmelsen om att kompensation ska genomföras för vissa tillstånd/dispenser ska flyttas till 16 kap. miljöbalken.

Systematik inom lagrummet

Att lagrummet som hanterar skadelindringshierarkin inleds med bestämmelser som siktar på tillståndspliktiga/dispenspliktiga verksamheter riskerar att exkludera även övriga verksamheter från skadelindringshierarkin.

Domstolen anser att skadelindringshierarkin bör lyftas fram tydligare samt ges ett eget lagrum i 2 kap. miljöbalken. Skadelindringshierarkin omfattar så mycket mer än kompensation och bör omfatta allt som annars träffas av 2 kap. (av bestämmelsens ordalydelse framgår att ”de åtgärder som behövs för

att uppfylla balkens krav ska vidtas i följande ordning, varefter åtgärder som ska vidtas även för det fall kompensation inte aktualiseras också räknas upp; jfr. även vad utredningen skriver om tillsyn enligt 26 kap. 9 §, s. 279 f).

Att hierarkin, som nu, kommer efter bestämmelsen om kompensation kan också riskera att leda tanken till att hierarkin ska beaktas endast i fall då kompensation aktualiseras och då uppkommer ytterligare otydligheter i och med att intryck ges av att samtliga led av skadelindringshierarkin är en del av kompensationen (trots att det som återspeglas i hierarkin är grundläggande miljörättsliga principer). I den ideala situationen ska man inte behöva gå längre än till hierarkins första steg.

Formulering av när kompensation ska ske

Vad gäller formuleringen i 8 a § under b) anser domstolen att ”får tillåtas” bör bytas ut mot ”kan tillåtas”. Detta eftersom många verksamheter/åtgärder ”får tillåtas” men endast under vissa förutsättningar och på vissa villkor. Här torde endast vara fråga om verksamheter som *kan* tillåtas i det enskilda fallet; om de inte kan det ska de inte tillåtas och då aktualiseras inte kompensation.

Formulering av hierarkin

Det är svårt att, utifrån formuleringen, förstå bestämmelsens ändamål (även om det tydligt framgår av själva utredningen). Genom användningen av och placeringen av ”och” framstår det som att alla stegen alltid ska tillämpas. Rent språkligt torde det också vara felaktigt att uttrycka detta som en prioriteringsordning, särskilt som kompensation i vissa situationer inte är ett möjligt val. I själva verket återspeglar hierarkin grundläggande miljörättsliga principer; försiktighet, prevention och reparation. I första hand ska skada undvikas. Kan skada inte undvikas ska den begränsas. Den skada som kvarstår efter skadebegränsning ska återställas, osv. Att det är möjligt att uppfatta lagtexten som att alla stegen alltid ska tillämpas och vara en del av det ”normala förfarandet” kan också leda till en urholkning av utgångspunkten; att kompensation endast får och ska användas om verksamheten/åtgärden kan tillåtas utan kompensation. Om kompensation kommer att upplevas som en del av det ”normala förfarandet” är risken stor att det sker en glidning så att kompensation

blir en del av försiktighetsmåttens som kan leda till att något tillåts/dispens ges.

Formulering av vad kompensation innebär

Domstolen anser att det bör övervägas huruvida begreppet ”kompensation” bör ges någon form av legaldefinition i lagtext; vad begreppet innebär och hur det ska avgränsas mot försiktighetsåtgärder. Befintlig reglering i MB 16:9 innebär just de gränsdragningsproblem mot försiktighetsåtgärder som väl beskrivs i utredningen.

6:7 och 6:12 miljöbalken

Det är positivt att innehållet i såväl SEA- som EIA-direktivet tydliggörs i den svenska lagstiftningen. Domstolen anser emellertid att kompensation bör anges i en egen punkt, enligt resonemanget ovan. Kompensation bör inte hanteras inom ramen för det ”normala förfarandet” så att en glidning mot försiktighetsmått riskeras och kompensation blir ett argument för att bevilja tillstånd/dispens. Ordet ”och” bidrar till detta. Eftersom det handlar om något som ska finnas med är det inte möjligt att ersätta ”och” med ”eller” – därför anser domstolen att kompensation bör regleras i en egen punkt.

7:7 och 7:11 miljöbalken

Prepositionen ”på [område]” bör bytas ut till ”inom [område]”.

Formuleringen (även den befintliga delen av 7 § som nu endast får tillägget ”natur- eller kulturvärdet”) är otydlig och riskerar, genom ”får meddelas endast om” ge intryck av att kompensation kan leda till att dispens upphävs/ges.

Formuleringen ”på något annat område” (som även den återfinns i befintlig lagtext) är otydlig. Vilket annat område avses? Domstolen anser att det bör finnas en anvisning om att området ska vara relevant i något avseende.

16:9 miljöbalken

Domstolen har inga invändningar mot de bakomliggande övervägandena men kan inte se att dessa har reflekterats i författningstexten. Att en bedömning ska göras är i det närmaste ett axiom som är överflödigt i författningstext.

Domstolen tolkar det som att det som avses är att det i beslutsmotiveringen ska framgå varför tillstånds/dispensmyndigheten har valt att inte villkora om kompensation. För att en sådan bestämmelse ska vara relevant anser domstolen att ”får” i första stycket måste bytas ut till ”ska” vad avser kompensationsåtgärder, dock med möjlighet till undantag, för det fall det *inte* behövs. För det fall kompensationsåtgärder inte behövs (genom att en tillämpning av skadelindringshierarkins tidigare steg förmått förhindra skador som behöver kompenseras) ska detta motiveras.

22:25 miljöbalken

Av samma skäl som domstolen angett under 6:7 och 6:12 miljöbalken, bör kompensationsåtgärder få en egen punkt. Detta i syfte att tydliggöra att kompensationsåtgärder är något helt annat än villkor för att undvika, begränsa eller återställa. Villkor om de förra kan leda till att tillstånd kan ges, vilket inte gäller för kompensationsåtgärder.

Förslaget om kompensationspooler

Kompensationspooler framstår som ett möjligt hjälpmedel för att få till stånd en effektiv användning av kompensationsåtgärder, särskilt som det visat sig framgångsrikt i andra länder. Det verkar emellertid svårt att använda beträffande tätortsnära natur och rekreationsområden som föreslås, då sådana områdets värde från rekreationssynpunkt beror på att de är belägna på en viss plats. Värdet är knutet till platsen och därmed inte möjligt att kompensera på en annan plats. Kompensationspooler torde därför vara bättre lämpade för rent biologiska värden.

PBL

Betoningen på landskap i förslaget till tillägg i 2 kap. PBL gör att det allmänna intresset här främst får en koppling till övergripande fysisk planering. Sådan planering som handlar om strukturer och landskap ligger dock företrädesvis på översiktsplanenivå och inte på detaljplanenivå. Översiktsplanen är visserligen inte bindande för vad som regleras i en detaljplan men har i praxis tillmätts betydelse för lämplighetsprövning och reglering i efterföljande plan- eller lovprövning. Det bör därför övervägas om inte någon form av koppling

mellan det allmänna intresset som det uttrycks i 2 kap. och förslaget att reglera kompensationsåtgärder i detaljplan bör finnas i PBL:s kapitel om översiktsplan (3 kap.). Alternativt borde det kanske framgå om det bedömts finnas tillräckligt med stöd i 3 kap. 5 § PBL för kommunens överväganden kring kompensationsåtgärder vid detaljplaneläggning.

Övrig lagstiftning

Hänvisningen från övrig lagstiftning till bestämmelserna om kompensation i miljöbalken bör övervägas ytterligare då den, i linje med vad som anförts ovan, bör kunna förenklas och därmed göras tydligare.

Övrigt

Domstolen anser att det bör övervägas huruvida lagstiftning kring förvaltning, uppföljning och ansvar för kompensationsåtgärderna behövs för att få avsedd effekt.

Vibeke Sylten

Christina Olsen Lundh

Martin Kvarnbäck

Detta yttrande har beslutats av chefsrådmannen Vibeke Sylten, rådmannen Christina Olsen Lundh och tekniska rådet Martin Kvarnbäck. Beredningsjuristen Emelie Karlsson har deltagit i beredningen av ärendet.