

Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2016:2

www.nordiskmiljoratt.se

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2016:2

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Gabriel Michanek

Webpage <http://www.nordiskmiljoratt.se/omtidskriften.asp> (which also includes writing instructions).

Ekologisk kompensation och biologisk mångfald. Om behovet av rättslig utveckling och försiktighet

Kristjan Laas*

Abstract

Loss of biodiversity has been described as one of the big challenges for humanity. Under the Habitats Directive and the Water Framework Directive, Sweden has an obligation to stop degradation of species and water respectively. While avoiding or minimizing impact should be prioritized, the need to cover some impacts by compensation is not negligible. This paper analyses the different parts of Swedish environmental law, which cover the issue of compensation. The aim is to set the regulation in relation to the objectives of stopping degradation of biodiversity. There is a lack of cohesion between different rules on compensation in Sweden. The inconsistency stretches from the question of when to demand compensation to what measures could qualify as compensation and finally how to monitor compensation measures. For compensation to become one, rather than several different, legal instrument it takes changes in the legislation. At present, compensation runs the risk of legitimizing further exploitation but failing to counter the impacts, thus promoting loss of biodiversity rather than preventing it.

1. Biologisk mångfald – förluster och behov av skydd¹

Förlusten av biologisk mångfald har beskrivits som en av de stora utmaningarna för mänskligheten. Att utrymmet för ytterligare påverkan på

miljön är begränsat om vi vill ha en för människor god miljö i framtiden, är något som hävdats under många år.² 2009 publicerade Rockström m.fl. en artikel i tidskriften *Nature*³ som diskuterade de så kallade planetära gränser (*planetary boundaries*) för vilken mänsklig påverkan jorden som ekosystem tål utan att förutsättningarna för det mänskliga samhället förändras radikalt. Även om det i artikeln gjordes en ansats att bedöma de olika gränserna var för sig påpekades också att de i många fall är fundamentalt sammankopplade. För att ta ett konkret exempel tycks övergödningens effekter på ålgräs försvåras av brist på stora rovfiskar såsom torsk.⁴ Kritik har också riktats mot att fisket inte inkluderas i tillräcklig utsträckning i förvaltningen av de marina

med marin ekologi, med ålgräs som gemensam plattform (se vidare: www.gu.se/zorro). Praktiska exempel kommer därför i stor utsträckning att beröra ålgräs och marina miljöer, men avsikten är att diskutera frågor som är relevanta för kompensation generellt. Ett särskilt tack till professor Lena Gipperth, min handledare, för läsning och konstruktiva kommentarer. Tack också till professor emeritus Bertil Bengtsson för granskning och värdefulla synpunkter. Eventuella kvarvarande otydligheter är helt och hållet mina egna.

² I en svensk miljörettslig kontext, se exempelvis Lena Gipperth, *Miljö kvalitetsnormer: En rättsvetenskaplig studie i regelteknik för operationalisering av miljömål* (Uppsala, 1999). Där också komplexitet i form av icke linjära samband och tröskeffekter uppmärksammas.

³ Johan Rockstrom et al., A Safe Operating Space for Humanity, *Nature*, 461/7263 (09/24/print 2009), 472–75.

⁴ Örjan Östman et al., 'Top-Down Control as Important as Nutrient Enrichment for Eutrophication Effects in North Atlantic Coastal Ecosystems', *Journal of Applied Ecology*, (2016).

* Doktorand i miljörett, Juridiska institutionen, Göteborgs Universitet.

¹ Artikeln är en del i ett doktorandprojekt angående rättsliga aspekter på ekologisk kompensation. Forskningen bedrivs tvärvetenskapligt, främst i samarbete

ekosystemen.⁵ Just förlust av biologisk mångfald är en av de parametrar som diskuterats, och som mått används den hastighet med vilken arter dör ut. Hastigheten för artförluster har föranlett bl.a. Barnosky m.fl. att fråga sig om vi är mitt uppe i ett sjätte massutdöende av arter på jorden – påskyndat av mänsklig påverkan.⁶ Orsakerna till förlusterna beskrivs som förbrukning av naturresurser, fragmentering av livsmiljöer, införande av invasiva arter, spridande av sjukdomar, direkt dödande och klimatförändringar.⁷

Försök att identifiera gränslinjer för förändringar av naturen och studier av rättsliga möjligheter att hantera sådana gränser är inte nytt. En grundlig genomgång av rättens förhållande till ett säkert handlingsutrymme finns i Gipperths avhandling om miljö kvalitetsnormer där begreppet navigeringsregler lanserades som en modell för att inom rätten hantera samhällets förhållande till gränserna för långsiktig hållbarhet.⁸

Ebbesson har utifrån beskrivningarna av *planetary boundaries* gjort en analys av vilka internationellrättsliga överenskommelser som motsvarar de olika gränserna.⁹ Skydd för biologisk mångfald på internationell nivå hanteras i första hand inom konventionen för biologisk mångfald (CBD) som undertecknades 1992.¹⁰ För

att konkretisera åtagandena enligt konventionen har parterna beslutat om de så kallade Aichimålen.¹¹ En av målsättningarna är att förlusten av biologisk mångfald som beror på mänsklig påverkan ska upphöra helt fram till år 2020. Inom EU finns livsmiljödirektivet som syftar till att skydda biologisk mångfald.¹² Det viktigaste instrumentet inom ramen för livsmiljödirektivet är utpekandet av värdefulla områden som ska skyddas, och som tillsammans bildar det så kallade Natura 2000-nätverket. Som ett led i arbetet med att uppfylla Aichimålen har EU även antagit en strategi för att stoppa förlusten av biologisk mångfald.¹³ Inom ramen för strategin ryms en målsättning om ett stopp för förluster (eng. "no net loss") av biologisk mångfald till år 2020. År 2013 publicerades en rapport av en arbetsgrupp med rekommendationer för hur målsättningen ska uppnås.¹⁴ Bland annat nämndes ekologisk kompensation (eng. offsetting) som viktigt för att förhindra fortsatta förluster av biologisk mångfald. Det konstaterades i rapporten att kompensation kopplat till art- och habitatdirektivet är relativt välutvecklat men att det dels krävs en bättre tillämpning av dessa regler, dels finns ett behov av att utvidga kompensationskravet till att gälla generellt, inte bara i Natura 2000-områden.¹⁵ Den svenska regeringen initierade i mars 2016 en utredning om effektivare ekologisk kompensation.¹⁶ Utredningen är bara ett av många

⁵ Gabriel Michanek & Anna Christiernsson, Adaptive Management of EU Marine Ecosystems – About Time to Include Fishery, in Peter Wahlgren (ed.), *Environmental Law* (Scandinavian Studies in Law; Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2014), 201–42.

⁶ Anthony D. Barnosky et al., Has the Earth's Sixth Mass Extinction Already Arrived?, *Nature*, 471/7336 (03/03/print 2011), 51–57.

⁷ Ibid.

⁸ Gipperth, *Miljö kvalitetsnormer : En rättsvetenskaplig studie i regelteknik för operationalisering av miljömål*.

⁹ Jonas Ebbesson, Planetary Boundaries and the Matching of International Treaty Regimes, in Peter Wahlgren (ed.), *Environmental Law* (Scandinavian Studies in Law; Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2014), 260–84.

¹⁰ Convention on Biological Diversity (CBD), Förenta Nationerna (1992).

¹¹ Se vidare: <https://www.cbd.int/sp/targets/> (senast besökt 2016-04-26).

¹² Rådets Direktiv 92/43/EEG av den 21 Maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter, (EGT L 206, 22.7.1992, s. 7).

¹³ *Vår livförsäkring, vårt naturkapital – en strategi för biologisk mångfald i EU fram till 2020*, KOM(2011) 244 slutlig.

¹⁴ Graham Tucker et al., *Policy Options for an EU No Net Loss Initiative*. Report to the European Commission, (Institute for European Environmental Policy, London, 2013).

¹⁵ Ibid. s. 17.

¹⁶ Dir 2016:23, En effektivare och mer konsekvent tillämpning av ekologisk kompensation. Utredningen kommer på förslag från SOU 2013:68, Synliggöra värdet av ekosystemtjänster: Åtgärder för välfärd genom biolo-

pågående arbeten med ekologisk kompensation i myndighetsverige, där Naturvårdsverket, Havs- och vattenmyndigheten och länsstyrelserna på olika håll uppmärksammar möjligheten till ekologisk kompensation.¹⁷

Ett incitament för att initiera ekologisk kompensation är förbudet i EU:s vattendirektiv mot ytterligare försämring av vattenkvaliteten.¹⁸ Kravet innebär att det inte räcker att dämpa och minimera påverkan på vattenmiljön, utan att åtgärder ska vidtas så att sådan påverkan som är oundviklig i samband med aktiviteter kompenseras. Ekologisk kompensation kan användas för att förhindra att direktivens förbud mot försämring medför ett totalt stopp för ytterligare exploatering av områden som påverkar vattenstatusen.¹⁹ Genom att ställa krav på kompensation kan en verksamhet tillåtas utan ytterligare försämring av vattenmiljön och den biologiska mångfalden. Kompensationsinstrumentet kan t o m användas för att åstadkomma en förbättring av miljön om det ställs krav på överkompensation i samband med exploatering. Ett argument mot en överkompensation är att det strider mot principen

gisk mångfald och ekosystemtjänster. Här kan nämnas att inför miljöbalkens införande fick Bertil Bengtsson i uppdrag att utreda frågan om kompensation vilket resulterade i Ds 1997:52, *Kompensation för förlust av naturvärden*.

¹⁷ Se t.ex. Naturvårdsverket, *Ekologisk Kompensation: En vägledning om kompensation vid förlust av naturvärden* (Handbok med allmänna råd, 2016:1; Stockholm: Naturvårdsverket, 2016). En rapport med särskild inriktning på ekologisk kompensation av ålgräs kommer att publiceras under 2016 av Havs- och vattenmyndigheten. Länsstyrelserna har de senaste åren haft flera konferenser på temat ekologisk kompensation.

¹⁸ Främst genom direktiven Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2000/60/EG av den 23 Oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område. Och Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2008/56/EG av den 17 Juni 2008 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på havsmiljöpolitikens område (Ramdirektiv om en Marin Strategi), (2008/56/EG; EUT L 164, 25.6.2008, s. 19–40, 2008).

¹⁹ Särskilt efter avgörandet i mål C-461/13 *Weser* har behovet av kompensation vuxit.

om att förorenaren ska betala genom att enskilda aktörer då får bära kostnader som orsakats av andra verksamheter. Överkompensation skulle kunna användas för att kompensera framtida intrång. Ett sådant system diskuterades i *Genevadsstudien* där det dock bland aktörerna fanns en skepsis grundad i brist på tro på möjlig marknad.²⁰

Frågan om ekologisk kompensation kan också initieras av exploatörer som i samband med tillståndsansökningar vill öka möjligheten att få tillstånd till en verksamhet genom att visa insikt om verksamhetens påverkan på miljön och en vilja att minska denna.²¹ Denna typ av yrkanden medverkar till behovet av att mer ingående analysera det miljörättsliga instrumentet ekologisk kompensation. Sammantaget finns alltså en utveckling inom miljöförvaltningen på flera nivåer som pekar mot att kompensation kommer att bli ett mer utbrett verktyg framöver.

Som nämndes ovan har förlusten av biologisk mångfald många olika orsaker och ekologisk kompensation ska ses som en del i arbetet med att nå en situation där samhällets utveckling inte medför förluster av arter och livsmiljöer. Skydd av geografiska områden och av arter har varit (och är) viktiga instrument i arbetet med att bevara den biologiska mångfalden, men är till sin natur begränsade till vissa geografiska platser eller specifika arter. Miljön utanför skyddade områden, det så kallade vardagslandskapet, är i betydligt mindre grad skyddad. Att prata om kompensation som generellt instrument rimmar också väl med intentionen i EU:s direktiv rörande vattenkvalitet, där fokus är flyttat från att skydda vissa utpekade värdefulla vattenförekomster

²⁰ Hans Bertil Wittgren, Staffan Westerlund, och Reinhold Castensson (red.), *Genevadsstudien: Ett aktörspel om genomförande av miljö kvalitetsnormer för kväve i ett avrinningsområde* (Vastra Report, 1404-6652; 1, Linköping, 2000). s. 124.

²¹ Per-Olav Moksnes, *Restaurera ålgräsängar*, (2009).

till att ställa krav på god status i samtliga vattenförekomster. En mer omfattande tillämpning av ekologisk kompensation, med de tillhörande förleden att undvika och minimera skador är en möjlighet att inkludera vardagslandskapet på ett tydligare sätt i arbetet för att bevara den biologiska mångfalden.

Denna artikel syftar till att analysera hur dagens svenska reglering av ekologisk kompensation förhåller sig till målsättningen att förhindra ytterligare förluster av biologisk mångfald. För att kunna beskriva kompensationsinstrumentet har samtliga kompensationsregler i miljöbalken undersökts och analyserats utifrån ett antal kriterier som fångar upp väsentliga frågor som bör hanteras i samband med kompensation av miljöpåverkan. Istället för att analysera reglerna var för sig presenteras regleringen i förhållande till faktorer som påverkar funktionen hos kompensation som skydd för biologisk mångfald.

De frågor som berörs i artikeln är:

- I vilken mån är kompensation kopplat till krav på undvikande och minimering av skador?
- Är kompensation ett krav under vissa förutsättningar eller en rent fakultativ möjlighet?
- Vilka är de skyddsvärda intressen som ska/kann kompenseras?
- Vilken omfattning av påverkan krävs för att kompensation ska aktualiseras, och vilka begränsningar finns i kravet på verksamhetsutövare att kompensera?
- Ska kompensation utföras som praktiska åtgärder eller genom ekonomisk ersättning?

Vad de olika perspektiven innebär redogörs för i anslutning till presentationen av resultaten. I blickfånget för denna artikel finns de kriterier som har behandlats i den svenska lagstiftningen rörande kompensation. Någon egentlig detaljreglering av kompensation finns inte i Sverige, utom möjligen vid kompensation för intrång i Natura 2000 områden, varför analysen är av mer

övergripande karaktär. I ljuset av målsättningen om ett stopp för förlust av biologisk mångfald diskuteras behov av mer detaljerad reglering i artikelns slutdel. Ytterligare faktorer att ta hänsyn till för att kompensation ska bidra till minskad förlust av biologisk mångfald diskuteras kort i avslutningen och kommer att bli föremål för framtida arbete.

Tillämpningen av de svenska reglerna om ekologisk kompensation kommer inte att vara huvudpoängen i förevarande text, något som Naturvårdsverket presenterat i en rapport.²² Däremot som nämns nedan tjänar istället syftet att illustrera mer övergripande resonemang om kompensation.

2. Ekologisk kompensation – möjligt verktyg för att bevara biologisk mångfald

Inför analysen av de svenska reglerna som behandlar kompensation är det på sin plats att kort beskriva kompensation som rättsligt instrument och utmaningar och begränsningar förknippade med detta. Beskrivningen grundar sig mycket på hur kompensation har använts i USA²³ – men också hur det svenska regelverket är utformat. Utmaningarna kan grovt delas in i praktiska och rättsliga. Till de praktiska utmaningarna hör frågan om det alls är möjligt att restaurera eller nyskapa en viss typ av miljö. Med utgångspunkt i studier som har genomförts av plantering av ålgräs utmed västkusten så är svaret att det beror på. I vissa områden med rätt förutsättningar är det fullt möjligt att plantera ålgräs med framgång och därmed kompensera för förluster som

²² Naturvårdsverket, *Tillämpning av miljöbalkens bestämmelser om ekologisk kompensation*, (Stockholm, 2015).

²³ För granskningar av våtmarkskompensation under amerikanska Clean Water Act, se bl.a. Margaret S. Race and Mark S. Fonseca, *Fixing Compensatory Mitigation: What Will It Take?*, *Ecological Applications*, 6/1 (1996), 94–101 eller National Research Council, *Compensating for Wetland Losses under the Clean Water Act* (The National Academies Press, 2001).

orsakats. I andra områden är det i dagsläget mycket små möjligheter att lyckas.²⁴ Praktiskt är också frågan om vilka funktioner som återskapas intressant. För att ta ålgräs som exempel så är det enklast att mäta hur stor areal som har plante-rats, men det är inte givet att alla funktioner det fyller automatisk återskapas. Det tar olika lång tid att binda kol i sedimenten, för fiskar att hitta den nya livsmiljön och för ålgräset att dämpa vågrörelser för att minska stranderosion. Det är därför väsentligt att ha klart för sig vilka funktioner en viss livsmiljö har och i vilken utsträckning de återskapas vid en kompensation. Hur kompensation bör följas upp återkommer jag till i den avslutande diskussionen.

Kompensation kan ses som ett samlingsbegrepp för flera olika typer av åtgärder för att motverka ekologiska förluster. I amerikansk kompensationsreglering nämns följande alternativ begrepp: restaurering, förbättring (enhancement), skapande och under vissa förutsättningar bevarande av relevanta livsmiljöer.²⁵ Restaurering nämns som det alternativ som helst bör väljas då förutsättningarna att lyckas är relativt goda samtidigt som de ekologiska vinsterna anses stora.²⁶ När jag i artikeln använder uttrycket ekologisk kompensation är det restaurering i nu nämnda betydelse som avses. Restaurering kan i sin tur administreras på olika sätt. Antingen genomför exploitören (ofta via en konsult) själv kompensationsåtgärderna eller så kan exploitörens ansvar förvandlas till ett ekonomiskt åtagande och där någon annan genomför den fysiska åtgärden.

²⁴ Eriander L, Infantes E, Olofsson M, Olsen JL, Moksnes P-O 2016. Assessing methods for restoration of eelgrass (*Zostera marina* L.) in a cold temperate region. *Journal of Experimental Marine Biology Ecology*. 479:76–88.

²⁵ Amerikanska EPA, Section 404(b)(1) Guidelines (40 CFR 230) § 230.93 https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-03/documents/cwa_section404b1_guidelines_40cfr230_july2010.pdf (senast besökt 2016-04-30) Hädanefter (EPA GUIDELINES).

²⁶ EPA GUIDELINES s. 280.

Två alternativ för ekonomisk kompensation är köp av krediter i en kompensationsbank (eng. mitigation bank) respektive inbetalning till en kompensationsfond.²⁷

Bertil Bengtsson skrev för snart 20 år sedan på uppdrag av miljödepartementet en rapport om kompensation inom miljöretten.²⁸ Bengtsson argumenterar i rapporten för att kompensation ska kunna ske på flera sätt. Som första alternativ bör motsvarande naturmiljö nyskapas – alltså motsvarande det som Naturvårdsverket benämner ekologisk kompensation. Om möjligt bör kompensationen ske på samma plats, utgångspunkten är att ju närmare platsen för förlusten, desto bättre. Av praktiska skäl är denna modell inte alltid genomförbar varför Bengtsson menar att även alternativa typer av kompensation ska tillåtas. Han nämner exempelvis möjligheten att inrätta skydd av ett område med motsvarande naturtyp eller kompensation på annan plats.²⁹

2.1 Skillnaden mellan försiktighetsåtgärder och ekologisk kompensation

En viktig fråga relaterad till begreppet ekologisk kompensation är om kravet på kompensation ska ses som ett försiktighetsmått eller om det utgör ett krav utöver miljöbalkens krav i framförallt 2 kapitlets allmänna hänsynsregler. Det har visat sig vara svårt att utläsa av svensk praxis var gränsen mellan dessa två regeltyper ska dras,³⁰ något som motiverar en närmare analys av vad som utgör ett försiktighetsmått och vad som är en kompensationsåtgärd. Här görs endast ett kort försök till distinktion.

De allmänna hänsynsreglerna i 2 kapitlet i miljöbalken utgörs i huvudsak av regler som

²⁷ EPA GUIDELINES s. 281f.

²⁸ Ds 1997:52 Kompensation för förlust av miljövärden.

²⁹ Ibid. s. 40–41.

³⁰ Naturvårdsverket, Tillämpning av miljöbalkens bestämmelser om ekologisk kompensation.

syftar till att hindra eller minimera negativ påverkan på människors hälsa och miljön. Hur omfattande krav som ställs i det enskilda fallet avgörs i huvudsak av en avvägning mellan vad som är tekniskt och ekonomiskt möjligt i relation till vad som är miljömässigt motiverat. Det medför att relativt stor påverkan kan tillåtas om tekniken för att minska intrånget inte är väl utvecklad eller dyrare än vad ett genomsnittligt välskött företag i en viss bransch kan klara av. Hänsynsreglerna är med etablerad miljörättslig terminologi aktörsrelaterade medan kompensationsreglerna snarare har (eller bör åtminstone enligt artikelförfattaren ha) sin utgångspunkt i reaktören – d.v.s. naturen.³¹

Det finns principiella argument för att kompensation ska reserveras för sådan påverkan som är oundviklig, som inte kan undvikas eller minimeras med stöd av miljöbalkens allmänna hänsynregler och övriga försiktighetskrav. Kompensation kan enligt detta synsätt inte vara ett sätt att "köpa sig" en rätt att exploatera en naturresurs eller ett område. Den ska inte bli en del av förhandlingen om villkor för ett tillstånd. Bengtsson har argumenterat för att denna princip är så viktig att den bör införas i lagstiftningen.³² Han menar att kompensation bör fungera som en säkerhetsventil för de fall där försiktighetsmått inte förmår att i tillräcklig omfattning begränsa den negativa påverkan på omgivningen. Det kan handla om att det saknas befintlig teknik för rening av utsläpp, att själva platsen som ska tas i anspråk är särskilt värdefull, eller att syftet med exploateringen är så angeläget att den godkänns trots allvarliga konsekvenser.

Var ska då gränslinjen mellan försiktighetsmått och kompensationsåtgärder dras? Som of-

tast när begrepp ska särskiljas finns ett gränsområde där det inte går att tydligt peka på vad som ska tillhöra respektive begrepp. Frågan är vilka kriterier som avgör hur gränsdragningen ska göras; den geografiska kopplingen till den störande verksamheten eller kopplingen till den störande verksamheten? Att anlägga en våtmark för att hantera utsläpp av näringsämnen från en fiskodling har benämnts som kompensation.³³ Däremot ansågs musselodling i vattnet utanför Lysekils avloppsanläggning i syfte att fånga upp motsvarande mängd närsalter som släpptes ut från avloppsreningsverket som ett försiktighetsmått. Likaså har anläggandet av våtmarker i anslutning till en anläggning som en del av reningsprocessen behandlats som ett försiktighetsmått enligt 2 kap. 3 § miljöbalken.³⁴

Jag föreslår att begreppet ekologisk kompensation reserveras för de fall då ren fysisk påverkan ska hanteras. Anläggande av våtmark för att fånga upp näringsämnen skulle därmed klassas snarare som ett försiktighetsmått. Exempel på kompensation kan istället vara att plantera ålgräs för att ersätta sådant som förstörs genom att ett vattenområde fylls ut³⁵ eller om en gruva etableras på en plats med värdefulla livsmiljöer, att det kompenseras genom att skapa nya värdefulla miljöer som kan fylla en motsvarande funktion.³⁶

³¹ Se bland annat Staffan Westerlund, *Miljörättsliga Grundfrågor 2.0* (Björklinge: Institutet för miljörett (IMIR), 2003).

³² Ds 1997:52, Kompensation för förlust av miljövärden, s. 65.

³³ Fallet är MÖD 2005:5 som rörde en fiskodling. Odlingen skulle bedrivas i öppna nätburar – varifrån näringsämnen från foder och fekalier skulle spridas ut i det omgivande vattnet.

³⁴ Se t.ex. MÖD 2002:80.

³⁵ Så var fallet i mål nr M 4523-13, 2015-11-24, Vänersborgs tingsrätt där Göteborgs Hamn ska plantera ålgräs motsvarande den areal som försvinner i samband med hamnutbyggnad i Arendal.

³⁶ Exempel finns i mål nr M 3093-12, 2014-10-03, Umeå tingsrätt angående Aitikgruvan.

2.2 Risker och behovet av försiktighet

Som framgår ovan visar myndigheter från regional till internationell nivå intresse för ekologisk kompensation som en möjlig lösning på konflikten mellan exploatering och bevarande av biologisk mångfald. Erfarenheter av kompensation talar för att vara restriktiv i användandet av kompensation, och visar framförallt på problem med genomförandeunderskott. I utvärderingar av kompensation av våtmarker i USA (som regleras i Clean Water Act, CWA section 404) har risker med kompensation uppmärksammats. Ett inflytelserikt bidrag skrevs av Race & Fonseca 1996, där de visade att det fanns stora brister i uppföljning och kontroll av de kompensationsåtgärder som hade beslutats.³⁷ Bland problemen nämndes att kompensation i många fall helt enkelt inte genomförts, att genomförda projekt inte tog hänsyn till etablerad kunskap, att tillsynen var bristfällig och att kraven var spretiga och därmed undergrävde legitimiteten. Den "no net loss-policy" som gällde för våtmarker riskerade att motarbetas av tron på kompensationens möjligheter, argumenterade samma författare. Att argumentera för att "bättre något än inget" var inget annat än ett tyst medgivande till ytterligare förluster av våtmarker.³⁸ Likaså har det ifrågasatts om kompensation de facto föregås av undvikande och minimering av skador.³⁹

3. Analys av den svenska regleringen av ekologisk kompensation

Huvudsakligen aktualiseras kompensationskravet i samband med prövning av tillstånd och dispenser, men det förekommer också i samband med behandling av uppkomna miljöskador.

Först i detta avsnitt presenteras kort de svenska lagrum som på olika sätt föreskriver kompensation i samband med påverkan på miljön. Därefter analyseras reglerna utifrån de frågor som presenterades i inledningen.

2 kap. 7 § miljöbalken innehåller ett kompensationskrav relaterat till överskridande av miljökvalitetsnormer som utgör så kallade gränsvärdesnormer enligt 5 kap. 2 § 1 p.⁴⁰ I situationen att ett naturreservat ska upphävas eller dispens för intrång i reservatet meddelas gällande särskilda skyddsregler. Sådana beslut får bara fattas om det finns synnerliga respektive särskilda skäl och om intrånget kompenseras på naturreservatet eller på ett annat område (7 kap. 7 § 4 stycket miljöbalken). Skyddet för Natura 2000-områden återfinns i 7 kap 27–29b §§ i miljöbalken. Kompensation aktualiseras i de fall då tillstånd ges trots att verksamheten eller åtgärden påverkar bevarandet av utpekade livsmiljöer eller arter. Kompensationskravet i 10 kap. 5 § skiljer sig från övriga genom att frågan om kompensation inte är en del av en förprövning. Kravet uppstår istället i vissa fall då miljön efter allvarliga miljöskador inte kan återställas. Fiske som påverkas genom vattenverksamhet utgör enligt miljöbalken 11 kap. 8 § ett särskilt skyddsvärt intresse och här föreskrivs också kompensationskrav. Bland reglerna om kompensation finns en regel med brett tillämpningsområde, till skillnad från övriga som endast gäller i specifika situationer. Enligt 16 kap. 9 § får tillstånd eller dispens enligt miljöbalken förenas med krav på att *utföra eller bekosta särskilda åtgärder för att kompensera det intrång i allmänna intressen som verksamheten medför.*

³⁷ Race and Fonseca, *Fixing Compensatory Mitigation: What Will It Take?*

³⁸ Ibid. s. 98.

³⁹ Shari Clare et al., *Where Is the Avoidance in the Implementation of Wetland Law and Policy?*, *Wetlands Ecology and Management*, 19/2 (2011/04/01 2011), 165-82.

⁴⁰ Gränsvärdesnormer är sådana som inrättats med stöd i 5 kap 2 § punkten 1 miljöbalken. EU-domstolens dom i mål C-461/13 *Weserdomen* har betydelse för hur kvalitetsnormer för vatten bör hanteras, och påverkar vilka kvalitetsnormer som bör omfattas av kravet. Den diskussionen tas dock inte upp här.

3.1 Undvika och minimera

I relation till den skadelindringshierarki som ovan presenterats behandlar det här avsnittet i vilken mån kompensationsreglerna innehåller något mått av krav på att skador på biologisk mångfald förhindras eller minimeras innan kompensation blir aktuellt.

Det tydligaste kravet på att skador i första hand ska undvikas gäller inom Natura 2000-områden. Dels krävs tillstånd för verksamheter och åtgärder som på ett betydande sätt kan påverka naturen inom området.⁴¹ Tillstånd kan i undantagsfall lämnas om det saknas alternativa lösningar och verksamheten måste genomföras av tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse, och då krävs också kompensation av intrånget.⁴² De allra flesta ingrepp av betydelse hindras alltså innan en diskussion om kompensation blir aktuell. I MÖD 2004:29 avslogs en ansökan om anläggande av småbåtsbrygga för att lokaliseringen innebar stor risk för intrång på naturvärden i form av mjuka bottenar och ålgräsängar inom ett Natura 2000-område. Närmast lika starkt är kravet att undvika skador när miljö kvalitetsnormer riskerar att överskridas. Själva funktionen hos dessa normer är att uppnå och upprätthålla en viss miljö kvalitet. När miljö kvalitetsnormer riskerar att överträdas kan strängare krav än annars ställas på en verksamhet enligt 2 kap. 7 §. I sammanhanget är det viktigt att åter påminna om att endast de så kallade gränsvärdesnormerna omfattas av kravet på kompensation i 2 kap. 7 §. Skyddet av naturreservat medför att det krävs synnerliga skäl för att upphäva ett reservat respektive särskilda skäl för att meddela dispens från ett förbud som följer av föreskrifterna för ett reservat. Enligt propositionen till miljöbalken ska inrättande av naturreservat innebära ett definitivt skydd som enligt 7 kap.

7 § bara undantagsvis ska kunna frångås. Normalt ska undantag inte göras för exploateringsföretag. Synnerliga skäl kan vara att området har förändrats väsentligt eller att en detaljplan eller områdesbestämmelse har väsentligt förändrat förutsättningarna för områdets skydd.⁴³ Avgörande för skyddets omfattning blir därför hur föreskrifterna för reservatet har utformats. I förhållande till vattenverksamhet finns den särskilda hänsynsregeln i 11 kap. 6 § att fördelarna av verksamheten måste värderas högre än nackdelarna för att verksamheten ska vara tillåten. Särskilt i fråga om områden med ekosystem som är känsliga för påverkan, bör det innebära en begränsande faktor för exploatering. För att identifiera känsliga områden måste det finnas kunskap om de ekologiska förhållandena. Någon direkt formulering av behovet att undvika och minimera skador innan kompensation blir aktuellt finns inte kopplad till den allmänna möjligheten till kompensationskrav i 16 kap. 9 § miljöbalken. Dock kan här, liksom i övriga fall, de allmänna hänsynsreglerna i balkens 2 kapitel fylla den funktionen. För fallet med de allvarliga miljöskadorna finns ett krav att omedelbart förebygga ytterligare skada, och därefter ge kompensation för de fall där återställning inte är möjlig, enligt 10 kap. 5 §. Även om skadan redan är skedd finns en tydlig ambition att minimera behovet av kompensation – något som stärker bilden av att det bör vara en grundläggande utgångspunkt för kompensation som rättsligt verktyg att först söka möjligheter att undvika eller minimera skador.

Kompensationsreglerna ovan är i flera fall (om än inte tydligt uttalat) kopplade till synsättet att kompensation ska vara en lösning i sista hand när andra alternativ är uttömda. Mest direkt uttrycks detta krav i förhållande till kompensation inom Natura 2000-områden. För att upprätthålla

⁴¹ 7 kap. 28a § miljöbalken.

⁴² 7 kap. 29 § miljöbalken.

⁴³ Prop. 1997/98:45 Del 2, s. 712f.

– eller kanske snarare upprätta – en ordning där kompensation är ett sätt att hantera oundvikliga skador krävs att exploatörer inte kan köpslå om möjligheten att få tillstånd genom att erbjuda kompensation. Särskilt viktigt blir det med ett tydligt regelverk när exploatörer själva föreslår kompensationsåtgärder – sannolikt för att öka chanserna att få ett tillstånd. Ett exempel på en situation där verksamhetsutövaren själv föreslog ekologisk kompensation för de skador som skulle uppkomma rörde kvittblivning av muddermassor i samband med byggande av en småbåtshamn.⁴⁴ Exploatören föreslog att störningen skulle kompenseras genom att muddermassorna skulle dumpas på ett grunt område för att höja bottennivån och därmed öka möjligheterna för ålgräs att etablera sig. Det är möjligt att tolka in att det delvis handlade om att hålla nere kostnaderna för att bli av med muddermassorna. Alternativet hade varit att ta hand om massorna på land eller frakta dem en längre sträcka till en dumpningsplats. Osäkerheterna kring projektets genomförbarhet var många, men tillstånd lämnades.

3.2 Krav eller möjlighet

En grundläggande fråga i förhållande till de olika kompensationsreglerna är om behörig myndighet är *skyldig* att kräva kompensation eller om det finns en *möjlighet* att göra detsamma.

Av de undersökta lagrummen är de flesta att hänföra till kategorin krav. Det innebär att om förutsättningarna för kompensation är uppfyllda så ska tillståndsmyndigheten begära att exploatören kompenserar för de störningar som verksamheten eller åtgärden medverkar till. Däremot finns det trösklar (en lägsta skadenivå innan kompensation aktualiseras) som gör att

kompensationskravet begränsas, vilket jag återkommer till nedan. Den generella regeln i 16 kap. 9 § miljöbalken är den enda kompensationsregel som ger möjlighet att ställa krav på kompensation för intrång i allmänna intressen, och utgör således ett undantag i förhållande till övriga kompensationsregler som ska tillämpas i förhållande till ett specifikt intresse eller särskilda geografiska platser. Dock är regeln i 16 kap. 9 § inte tvingande.

3.3 Skyddsvärt intresse

I vilken mån det rättsliga instrumentet ekologisk kompensation bidrar till att bevara biologisk mångfald beror på vilket intresse de olika reglerna syftar till att skydda. Skyddsvärda intressen kan vara specifika så att det anges vad som ska kompenseras eller mer allmänt formulerat. Det skyddsvärda intresset kan också kategoriseras som i första hand materiellt eller formellt. Med formellt intresse avses här att det är formellt utpekade intressen som skyddas, exempelvis genom ett beslut om att inrätta naturreservat, och att kompensationen i det fallet till synes rör sig om att upprätthålla mängden skyddad natur i motsats till att kompensera för förlusten av de värden och funktioner som finns. Ett materiellt intresse utgörs av en art, ett habitat eller en ekologisk funktion oavsett om de befinner sig inom ett skyddat område eller inte.

Undersökningen av kompensationsreglerna visar att de värden som omfattas av skydd och som ska kompenseras för, relaterar till miljöstatus (såsom miljö kvalitetsnormer), eller ekologiska funktioner exempelvis förutsättningar för att behålla fiskars vandring och reproduktion.

Gränsvärdesnormer är det direkt utpekade skyddade intresset i 2 kap 7 § 3 stycket. Endast om en viss egenskap i vår miljö har beskrivits i och skyddats genom en särskild typ av miljö kvalitetsnorm träder kravet på kompensation in. Det är inte situationen i naturen som är avgö-

⁴⁴ Vänersborgs tingsrätt, Mål nr M 417-06 meddelad 2007-03-13.

rande i sig utan hur vi har reglerat vårt förhållande till naturen. Konstruktionen, att relatera till miljö kvalitetsnormer är dock flexibel genom att en förändring av sådana normer direkt får ett genomslag också i förhållande till kravet på kompensation. Hittills har normer som beskriver ekologiska funktioner inte uppfattats som gränsvärdesnormer i Sverige, varför kompensationsregeln i 2 kap 7 § 3 stycket p.2 inte fått särskilt stor tillämpning. Efter den s.k. Weser-domen (C-461/13) krävs dock en förändring av de ekologiska normernas rättsverkan.⁴⁵

Liksom miljö kvalitetsnormer kan kompensationen kopplad till områdesskydden ses som ett formellt skydd. Även om naturreservat och Natura 2000-områden syftar till att skydda viktiga miljöer så är det beslutet om skydd som gör att kompensation kan bli aktuellt. Ett område med mycket höga naturvärden men utan att ett särskilt skydd har inrättats, riskerar att exploateras utan att kompensation krävs då tillämpningen av den generella regeln 16 kap. 9 § hittills varit restriktiv. Å andra sidan finns det krav på vilka typer av områden som ska pekas ut som skyddade enligt Natura 2000-reglerna, där funktion och kvalitet är styrande för vilka områden som pekas ut.⁴⁶

För kompensation i samband med vattenverksamhet är ett särskilt intresse utpekat – fisket. Denna kompensationsregel speglar i 11 kap. 8 § miljörettens civilrättsliga härkomst. När exploateringsintressen medför skador för (yrkes)fisket ska skadorna kompenseras. Syftet med kompensationen är att trygga tillgången på kommersiellt intressanta fiskarter men inte sällan har krav på direkta kompensationsåtgärder ersatts av en fiskeavgift. Åtminstone har tidigare nivåer av

fiskeavgiften utgått från en schablon för mängden fisk som förloras på grund av exploateringen och en beräkning av det kommersiella värdet av förlusten. Kompensationsinstrumentet i 11 kap. 8 § har en potential att skydda även vardagslandskapet, det vill säga sådana områden som inte omfattas av ett specifikt skydd såsom naturreservat, men i praktiken har krav på kompensationsåtgärder ersatts av fiskeavgifter som används för att täcka miljöförbättrande kostnader generellt och inte nödvändigtvis för de skador som den avgiftsbelagda verksamheten medverkar till. Fokuseringen på fisket har också gjort att värdet av habitat och funktioner som också påverkas av verksamheten exempelvis ålgräsängar, har underskattats när nivån på avgifter har bestämts.

Vad som är ett skyddat intresse enligt 16 kap. 9 § är en relativt öppen fråga. Det som kan utgöra grund för kompensationskrav enligt nämnda regel är om intrång sker i allmänna intressen. Allmänna intressen kan enligt förarbetena röra sig om naturvårdsintressen, men även om en verksamhet tar i anspråk bad-, parkerings- eller tältplats eller en sanitär inrättning. Tillståndsmyndigheten kan då kräva att verksamhetsutövaren ställer i ordning en ny liknande anordning på en annan plats.⁴⁷

Gemensamt för de flesta av kompensationsreglerna är att de omfattar sådana delar av naturen som redan formellt har utpekats som skyddsvärda. Oavsett om det rör skydd genom gränsvärdesnormer, geografiska skydd som naturreservat eller Natura 2000-områden eller det specifika skyddet för fisket så rör det sig om på förhand högt värderade funktioner, naturvärden eller ekosystemtjänster. Den bredare möjligheten i 16 kap. 9 § är ett undantag då den är betydligt vagare angående vad som ska skyddas. Uttrycket "intrång i allmänna intressen" ger inte mycket ledning till vad som ska skyddas med kompensation.

⁴⁵ Se t.ex. Christina Olsen Lundh, *Panta Rei: Om miljö kvalitetskrav och miljö kvalitetsnormer* (Göteborg: Havsmiljöinstitutet, 2016). s. 336.

⁴⁶ Se t.ex. fallet Lappel Bank, mål C-44/95 EU-domstolen.

⁴⁷ Prop.1997/98:45 Del 2, s. 846.

sationskrav. Det kan tolkas så att vardagslandskapets biodiversitet – d.v.s. inom sådana områden som inte är specifikt skyddade – åtnjuter ett svagt skydd i form av krav på kompensation för förluster av naturvärden. Å andra sidan kan det också ses som en styrka att lagrummet har ett brett tillämpningsområde, som dessutom är flexibelt i förhållande till förändringar i vad som ses som allmänna intressen. I detta sammanhang är det värt att lyfta fram att Bengtsson hade mer långtgående förslag i sin utredning av kompensation från 1997. I utredningen föreslogs att kompensation skulle krävas, utöver i skyddade områden, för ingrepp i områden med "särskilt värde från miljösynpunkt" om det medförde en "betydande förlust av miljövärden".⁴⁸ Bengtssons förslag innebär enligt min mening en reglering mer inriktad på funktion och faktiska naturvärden än det system vi har i dagens miljöbalk. Bengtsson förordade också att kompensation för intrång i exempelvis naturreservat skulle genomföras som praktiska åtgärder och inte endast genom att utpeka ett nytt område som ersättning för det som exploaterats.⁴⁹ I likhet med Bengtsson är jag av den uppfattningen att kompensation i första hand bör avse de funktioner i naturen som skadas av någon verksamhet eller åtgärd. Att som i fallet naturreservat tillåta att kompensation innebär att ett annat område skyddas är otillräckligt – särskilt i förhållande till den strategi för biologisk mångfald som EU driver. Att inrätta nya skyddade områden kan ses snarast som ett skydd för formella intressen, där effekten blir att mängden skyddade områden inte minskar. Däremot tryggar det inte de ekologiska funktionerna, som i omfattning mycket väl kan minska.

⁴⁸ Ds 1997:52, Kompensation för förlust av miljövärden, s. 82f.

⁴⁹ Ibid. s. 42.

3.4 Trösklar och begränsningar

En ytterligare skillnad mellan olika rättsliga konstruktioner som kräver kompensation är den störningsnivå som krävs för att kompensationsregeln ska börja tillämpas, det vill säga hur hög tröskeln av påverkan är innan kompensation blir ett krav. Det finns olika kvalifikationer, såsom "att miljökvalitetsnormer överskrids", "betydande påverkan på Natura 2000-områden" eller "negativ påverkan på fisktillgång". Bengtsson nämnde i sin utredning att det bästa ur miljösynpunkt vore att kräva kompensation för varje förlust av miljövärden, men att en sådan ordning dels inte skulle stämma med miljöbalkens generella avvägningstanke, dels att det också skulle kunna innebära stor arbetsbelastning för ansvariga myndigheter.⁵⁰ Han föreslog däremot att införa ett krav på att i alla miljökonsekvensbeskrivningar utvärdera behovet av kompensation. Kraven på innehåll i MKB skulle exempelvis kunna utökas med obligatorisk utredning av möjligheterna att kompensera för skador som uppstår till följd av verksamheten. Kompensationskraven har i flera fall också begränsningar som kan hänföras till proportionalitetsprincipen. Det innebär att kompensationen ska utföras i skälig utsträckning eller om det inte är orimligt. Kravet på kompensation kan i de fallen bli mindre än den skada som kan beräknas eller mätas. Tillsammans bildar begreppen tröskel och begränsning det utrymme inom vilket kompensation blir aktuellt, se figur 1. I figuren illustreras också begreppet överkompensation som diskuteras vidare i slutet av artikeln.

För att krav på kompensation ska kunna ställas enligt 2 kap 7 § krävs att den planerade verksamheten eller åtgärden kan antas på ett *inte obetydligt sätt bidra* till att en miljökvalitetsnorm (gränsvärdesnorm) inte följs. Avgörande blir därför hur dessa miljökvalitetsnormer är utformade,

⁵⁰ Ibid. s. 7.

och att den planerade verksamheten eller åtgärden bidrar mer än endast obetydligt till att normen inte uppnås. Tydliga gränsvärden används i första hand för koncentrationer av farliga ämnen och regeln får en relativt snäv användning beroende på att gränsvärdesnormerna är få till antalet. För naturreservat gäller att upphävande av reservatet eller dispens från föreskrifter alltid kräver kompensation enligt 7 kap. 7 § miljöbalken. Dock begränsas kravet av att det gäller i *skälig utsträckning*. Utformningen av reservatsföreskrifterna får betydelse då det är skillnad på att ge dispens från ett förbud respektive att bevilja tillstånd till något som kräver tillstånd inom reservatet.⁵¹ Intrång som kan få företas efter beviljat tillstånd, kräver alltså inte kompensation, även om de kan tänkas innebära betydande skador i enskilda fall. Kompensation för intrång i Natura 2000-områden aktualiseras när det handlar om *betydande påverkan* på den skyddade livsmiljön. Kompensationskravet i 10 kap. 5 § skiljer sig från övriga genom att frågan om kompensation inte är en del av en förprovning. För att kompensation ska bli aktuellt krävs att det är fråga om en allvarlig miljöskada. Som i det mesta när det gäller den generella kompensationsmöjligheten i 16 kap. 9 § är tröskeln för när kompensation kan bli aktuellt väldigt diffus. Intrång i allmänna intressen kan ligga till grund för ett kompensationskrav, men det är oklart hur stora intrång det måste handla om.

En viktig begränsning i flera av fallen är rimlighetsbedömningen i kravet på kompensation. Ett problem är att bedömningen av rimlighet inte så ofta kopplas till förståelse för komplexa samband mellan olika delar av ekosystemet. Särskilt tydligt är det i 11 kap. 8 § där kompensation i samband med vattenverksamhet endast utgår från påverkan på fisket och då endast kommersiellt intressanta fiskarter. De vattenverksamhe-

ter som drabbar fisket kan också orsaka andra problem, men bristen på helhetssyn gör att kompensationskravet begränsas till att avse fisket. Särskilt om kompensationen sker genom erläggande av en avgift blir nivån mycket lägre än vad som hade varit fallet om även påverkan på andra intressen hade varit en del av bedömningen. För Natura 2000-reglerna där hela grunden för skyddsformen är att skydda, förutom arter, hela livsmiljöer som krävs för en livskraftig biologisk mångfald blir bedömningen en helt annan.

3.5 Betala för eller utföra kompensationsåtgärder

Skillnader i regelkonstruktion gäller också i vad för åtgärd som ska utföras för att genomföra kompensationen. I några fall nämns utföra och bekosta som jämbördiga alternativ. Det handlar då om att konkreta åtgärder ska genomföras för att kompensera den skada som orsakas eller ekonomisk ersättning som ska betalas för att kompensera intrången (ersättning som idealt sett ska bekosta kompensation av den specifika skadan). I regleringen av våtmarkskompensation i USA har följande rangordning av kompensationsåtgärder antagits, med utrymme för variation i enskilda fall: 1) betala för redan etablerad kompensation (från s.k. kompensationsbanker, 2) betala in pengar till en fond eller liknande som administrerar kompensation, 3) exploatören ansvarar för kompensation av förlorad funktion inom avrinningsområdet, 4) kompensation utförd av exploatören på samma plats och avseende samma ekologiska värde, 5) kompensation utförd av exploatören men på annan plats och/eller genom annat ekologiskt värde.⁵²

Det finns olika argument för att ställa krav på att den som ansvarar för påverkan på miljön också ska utföra kompensationsåtgärden. I sin kommentar till 1918 års vattenlag skrev af Klint-

⁵¹ Se MÖD 2009:38 för betydelseskilnaden.

⁵² EPA Guidelines, § 230.93.

berg: "Det har nämligen ofta befunnits mera ändamålsenligt att skyddsåtgärderna utföras av någon därav direkt intresserad, såsom hushållningssällskap eller fiskevårdsförening än den byggande."⁵³ Detta förhållande gäller sannolikt fortfarande även om man kan anta att exploatören själv sällan kommer att vidta åtgärder utan att det utförs av konsulter. Genom att låta någon annan än exploatören själv utföra själva kompensationsåtgärden kan man således medverka till att kunskapen om genomförande av sådana åtgärder samlas på färre aktörer. För kompensation av intrång i fisket har det sedan länge ofta beslutats om en avgift snarare än krav på konkreta kompensationsåtgärder.⁵⁴

Generellt kan sägas att de svenska reglerna om kompensation ger liten eller ingen ledning om hur kompensationen ska genomföras. Precis vad det är som ska ersättas, vilka åtgärder som är godtagbara och hur en utvärdering av kompensation ska göras är något som får hanteras från fall till fall. Som kontrast kan nämnas att i det komplex av regler som rör kompensation av påverkan på vattenmiljöer i USA finns detaljerade beskrivningar av både vad som ska kompenseras och hur kompensationen ska beräknas, genomföras och utvärderas. En grov indelning kan ändå urskiljas då det finns en skillnad mellan kompensation för intrång i skyddade områden å ena sidan och övriga kompensationsregler å andra sidan. För både naturreservat och natura 2000-områden gäller att kompensation ska vidtas eller alternativt skydd etableras. För övriga fall gäller att kompensationen antingen kan utföras eller bekostas. I praktiken kan dock en kompensation för intrång i naturreservat innebära att ett annat område skyddas, vilket främst torde hand-

la om att bekosta eventuell ersättning till markägare vid inrättande av exempelvis reservat.

Skillnaden mellan att kräva direkta kompensationsåtgärder eller att acceptera ekonomisk ersättning får särskilt stor betydelse när det saknas etablerade metoder för att beräkna värdet av den förlorade naturen. En metod för att hantera detta problem är att, istället för att räkna fram ett värde på naturen, använda kostnaden för restaurering som utgångspunkt.

I denna fråga utmärker sig kompensation för påverkan på Natura 2000-områden. Kommissionen har publicerat (icke bindande) rekommendationer om hur kompensation ska genomföras med utgångspunkt i artikel 6 art- och habitatdirektivet.⁵⁵ Särskilt relevant att lyfta fram här är att kompensationsåtgärden ska vara funktionell innan det skyddade området slutgiltigt exploateras. Det är en säkerhetsåtgärd för att vara säker på att kompensationen ska lyckas och för att undvika tillfälliga förluster. Kommissionen skiljer också på åtgärder som är en del av medlemsstaternas uppfyllande av kraven i art- och habitatdirektivet och åtgärder för att kompensera påverkan på Natura 2000-områden. Således kan enligt kommissionen aldrig ett utpekande av ett område som Natura 2000-område räknas som kompensation om det i alla fall borde ha skyddats med utgångspunkt i reglerna i art- och habitatdirektivet.⁵⁶ I MÖD 2006:44 rörande Botnia-banan för Miljööverdomstolen en diskussion om hur kompensation ska genomföras. I målet var själva tillåtligheten redan meddelad av regeringen, men frågan om kompensation hade enligt domstolen inte behandlats i detalj av regeringen, varför den togs upp till prövning. En viktig fråga är vid vilken tidpunkt kompensationsåtgärden ska vara effektiv, det vill säga

⁵³ Lennart Af Klintberg, *Om byggande i vatten enligt 2, 3 och 5 kap. Vattenlagen: Lagtext med kommentar och sakregister* (Stockholm: Norstedt, 1955). s. 62.

⁵⁴ *Ibid.* s. 62.

⁵⁵ Europeiska Kommissionen, *Skötsel och förvaltning av Natura 2000-områden*, (2000).

⁵⁶ *Ibid.* s. 44–45.

fylla sin funktion. Med hänvisning till EU-kommissionens tolkningsanvisningar till fågel- och habitatdirektiven, angav Miljööverdomstolen att kompensationen ska vara genomförd innan störningen uppkommer. Domstolen argumenterade i målet för att funktionen skulle vara vägledande för kompensationskravet snarare än areal, även det med grund i tolkningsanvisningarna. I målet var det våtmark för fåglar som skulle ersättas och domstolen menade att det var viktigare att fåglarna kunde finna både goda födo- och viloplatsen än att i första hand mäta areal.

3.6 Övriga kriterier

Flera andra aspekter på utformningen av kompensationsregler än de som beskrivits ovan är av intresse. Flera av dessa aspekter är del av den amerikanska lagstiftningen men (ännu) inte i den svenska regleringen av kompensation. Det rör exempelvis hur framgång respektive motgång av ett projekt ska bedömas och vem som har ansvaret för att kompensationen lyckas. En annan viktig aspekt är, när i tiden kompensationen vara genomförd i förhållande till exploateringen – innan eller efter exploateringen? De flesta av de nu uppräknade frågorna vill jag hänföra till kategorin genomförande. För en framtida, i förhållande till målsättningarna, mer funktionell utformning av kompensationsreglerna finns det behov av att hantera flera av dessa kriterier.

4. Diskussion och framåtblick

Sammanfattningsvis är ekologisk kompensation ett sällan utnyttjat instrument i svensk miljö rätt. Den del av den svenska lagstiftningen om kompensation som kommit längst i att behandla olika frågor är de krav som är kopplade till skyddet för Natura 2000-områden. Dock är vissa av frågorna som är intressanta inte reglerade av svenska myndigheter utan återfinns i kommissionens tolkningsvägledning till art- och habitatdirektivet. Även i de fall där centrala myndigheter tagit

fram närmare vägledning – främst kompensation för fisket och Natura 2000-områden – blir kompensation inte särskilt ofta genomförd. I fallet Natura 2000 beror det dock främst på att förstegen till kompensation – att undvika och minimera skador är väl utvecklade och hindrar nästan all skadlig exploatering av områdena.

Ett antal olikheter mellan de olika kompensationsreglerna gör att det är lätt att se de olika reglerna om kompensation som separata föreskrifter utan någon gemensam ram. Ska kompensation ses som ett relativt enhetligt verktyg så skulle förutsättningarna behöva samordnas i högre grad. Som det är framstår det som delvis slumpmässigt vilka intressen som kan bli föremål för kompensation. Stadganden har följt med in i miljöbalken från tidigare lagstiftning och till stor del behållit form och innehåll. En mer samlad reglering av kompensation föreslogs också av Bengtsson inför miljöbalkens införande, men fick inte genomslag.⁵⁷ Olikheterna rör också hur stark påverkan som förutsätts för att kompensation ska bli aktuellt, liksom under vilka förutsättningar ansvaret kan jämkas genom olika skälighetsbedömningar. Från en avvägning mellan nytta och kostnad i 11 kap. 8 § till att kompensera i den utsträckning det inte är orimligt (Natura 2000). Visserligen kan det vara motiverat att ha skillnader i krav beroende på skyddsvärdet av det som regleras, men skillnaderna är inte tydligt motiverade och framstår inte som medvetet valda.

En brist synes vara avsaknaden av tydliga riktlinjer. Gemensamt för de kompensationsregler som analyserats är en osäkerhet om vad kompensationen ska bestå i, hur den ska kvantifieras och hur den ska utvärderas. Ett tydligt exempel är kompensation respektive fiskeavgift enligt 11 kap. 8 §. Att utföra kompensation kan ofta bli

⁵⁷ Bengtsson, Ds 1997:52 *Kompensation för förlust av miljövärdet*.

mycket mer kostsamt än den avgift som har beslutats istället. Skillnaden beror som nämnts tidigare på att beräkningen har utgått från förluster för fisket – och att värdet av övriga ekosystemtjänster inte har räknats in i bedömningen. Det är för övrigt också generellt en kritik – att kopplingen till ekologi och kunskap om de funktioner i naturen som ska kompenseras inte nämns i regleringen. Om en våtmark ska anläggas för att fånga upp näringsämnen – hur stor bör den vara, var bör den vara placerad, hur ska den anläggas, vilka eventuella negativa effekter finns, hur länge kommer den att vara funktionell, vem har ansvaret om 10 år? Fler frågor skulle kunna radas upp, de angivna avser bara att illustrera behovet av kunskap som idag inte är tydligt kopplad till regleringen av kompensation av miljövärden. Undantaget är skyddet enligt 7 kap. 29 § där det

finns vägledning att hämta från kommissionen angående krav på att undvika skador, innehållet i kompensationen, när den ska vara genomförd och hur den ska utvärderas.

Som helhet betraktat finns det ett stort behov av tydligare anvisningar om hur kompensation ska användas. Allt från när kompensation bör krävas till hur åtgärderna ska utformas, vad det är som ska mätas och vem som har långsiktigt ansvar för kompensationen är frågor som behöver tydligare svar för att kompensation ska bli ett instrument att räkna med i den svenska miljörätten. I dagsläget riskerar kompensation att legitimera fortsatt exploatering men misslyckas med att motverka de negativa effekterna. Resultatet blir i sämsta fall att kompensation bidrar till förlust av biologisk mångfald istället för att skydda densamma.