

Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2013:2

www.nordiskmiljoratt.se

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2013:2

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Gabriel Michanek

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

Innehåll/Content

Gabriel Michanek: **Introduction** ... 5

Katak Malla: **Climate Change Loss and Damage Compensation** ... 7

Ingvild Ulrikke Jakobsen: **Petroleumsvirksomhet i nord – hvilken rettslig betydning har miljøhensyn ved beslutningen av om nye områder skal åpnes og konsesjon tildeles?** ... 27

Ismo Pölönen, Timo Koivurova and Pamela Lesser: **EIA Directive at the Crossroads – Analyses of the Commission's Proposal from the Finnish Developer's Perspective** ... 49

Marianne Reusch og Dag O. Hessen: **Friluftslivets høstingsrett – I biologisk og juridisk perspektiv** ... 67

Christina Olsen Lundh: **Tvenne gånger tvenne ruttna gärdesgårdar – Om urminnes hävd och vattenkraft** ... 85

Introduction

Gabriel Michanek, editor

The ninth issue of Nordic Environmental Law Journal contains five articles with quite different topics. Katak Malla's paper *Climate Change Loss and Damage Compensation* takes a point of departure in a document from the Conference of the Parties (COP) of the UN Framework Convention on Climate change (UNFCCC). The COP document from 2012 recognised "protection against loss and damage caused by climate change" as an agenda item for the negotiation of a new treaty on climate change. Malla's paper focuses on the emerging trend of national adjudication of climate change related disputes, assessing how these litigations are building pressure on the necessary legislation on greenhouse gas emission reductions at national levels. The nexus between litigation and legislation, as well as the domestic climate policy of states, could be detrimental in shaping the content of "climate change loss and damage" into a new climate treaty that is slated to conclude in 2015 and implemented from 2020.

Ingvild Ulrikke Jakobsen is the author of the article *Petroleumsvirksomhet i nord – hvilken rettslig betydning har miljøhensyn ved beslutningen av om nye områder skal åpnes og konsesjon tildeles?* Parts of the Northern sea areas, for instance the areas off the Lofoten Islands and the waters around Svalbard, are managed as sensitive and valuable. Still, they are targets for possible petroleum activities in the future. It is in this context relevant that the Norwegian petroleum act provides the superior authorities with a wide political discretion. Despite relevant principles and provisions in Nature Diversity Act, environmental considerations do not generally carry more weight than other considerations such as economic and social interests.

In EIA Directive at the Crossroads – Analysis of the Commission's Proposal from the Finnish Developer's Perspective, Ismo Pölönen, Timo Koivurova and Pamela Lesser examines the content and quality of the EU Commission's proposal for renewing the Environmental Impact Assessment Directive (2011/92/EU, EIA Directive). They conclude, inter alia, that the proposed screening model would result in benefits for the developer in terms of providing mechanisms for project redefinition and mitigation proposals. Other proposed amendments would serve the environmental objectives of the proposal but not the goal of streamlining. The proposal approaches

EIA as an authority-driven procedure and fails to fully utilize the developer's expertise and abilities in accordance with smart regulation. The article is partly based on interviews with operators in Finland.

The fourth article is written by Marianne Reusch and Dag O. Hessen: *Friluftslivets høstingsrett – I biologisk og juridisk perspektiv*. They discuss and give examples on how increasing pressure on common goods in nature and intensified exploitation and harvesting of natural resources pose new questions concerning the statutory public right to use such "ecosystem services". The legal right to set up camps, exploit resources like wild berries, mushrooms and other plants, recreational fishing in the sea etc., are a highly appreciated common good, but also open up for unsustainable use and tragedy of the commons scenarios, not least due to an increased tendency for organised harvesting by larger groups and commercial interests.

The final paper, *Tvenne gånger tvenne ruttna gärdesgårdar – Om urminnes hävd och vattenkraft* – is written by Christina Olsen Lundh, partly as a response to Ingela Lindqvist's paper in Nordic Environmental Law Journal 2013:1: *Privilegiebrev och urminnes hävd – Vilken ställning har de enligt miljöbalken?* Olsen Lundh emphasises that immemorial prescription [urminnes hävd] is a private law concept, describing a right that emerged so long ago that no one can remember how and when it arose. In contrast to Lindqvist, Olsen Lundh concludes that immemorial prescription does not constitute a water permit according to valid Swedish environmental law.

Climate Change Loss and Damage Compensation

*Katak Malla**

Abstract

The Conference of the Parties (COP) to the UN Framework Convention on Climate change (UNFCCC), held in Doha (2012), recognised “protection against loss and damage caused by climate change” as an agenda item for the negotiation of a new treaty on climate change. This is obviously one of the most controversial agendas of the COP negotiation; e.g. who is responsible for the harm that results from climate change, and how could/should the harmed states (or individuals) be compensated appropriately? The present author suggests that some national case law developments may be useful guidance for the future COP, especially when negotiating the controversial issues of harm and compensation. The reasoning behind the suggestion is that the case law developments helps us to understand nexus between national court’s litigation, legislation and also domestic policy of those countries which are generally not favourable from the binding obligation of emission reductions. And, an understanding of nexus (or tensions) that exist currently, at different national levels, could be instrumental to comprehend and acknowledge the domestic reality of the parties and conduct future COP negotiations accordingly. This paper focuses on the emerging trend of national adjudication

of climate change related disputes in some of the influential states in the COP, assessing how these litigations are building pressure on the necessary legislation on greenhouse gas emission reductions at national levels. The nexus between litigation and legislation, as well as the domestic climate policy of states, could be detrimental in shaping the content of “climate change loss and damage” into a new climate treaty that is slated to conclude in 2015 and implemented from 2020.

1. Introduction

The “loss and damage caused by climate change” is formally added as an agenda item of the international negotiations for a new treaty on climate change. The Conference of the Parties (COP) to the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) held in Doha 2012, specifically COP18, recognised the agenda.¹ The United States and some other likeminded states opposed use of the concept loss and damage in the text of the COP18. At the same time, the European Union (EU) and the group of developing countries endorsed the use of this phrase in the COP18 decision; and it is being described as a significant step towards a new treaty. The agenda may be a necessity for the COP, but it is certainly a dif-

* LLD, Senior researcher at the Department of Law, Stockholm University, Sweden; legal research issues of the author’s interests are natural resource management, biodiversity, climate change and sustainable energy. The author is grateful for the financial support, during the time of writing of this paper, from the Baltic Sea Centre, Baltic Ecosystem Management (BEAM), Stockholm University, Sweden.

¹ Subsidiary Body for Implementation, Thirty-seventh session, Doha, 26 November to 1 December 2012, Agenda item 10; Approaches to address loss and damage associated with climate change impacts in developing countries, Decision 1/CP.16, paragraphs 26–29, see full document > <http://unfccc.int/resource/docs/2012/sbi/eng/l44.pdf>.

difficult obstacle to overcome by the COP. How the agenda might be incorporated into a new treaty, scheduled to be concluded in 2015 and implemented from 2020 onward, remains to be seen.² The present author suggests that some national case law developments may be used as a guide for future COP negotiations.

This paper implicitly focuses on emissions from fossil fuels use, particularly from industrial sectors. Other types of emissions, e.g. deforestation, methane, livestock and agriculture are not addressed. The main issue surrounding the climate change impacts mitigation and adaptation, when looked from the strict legal point of view, is that greenhouse gas emissions are not defined as an illegal act *per se* by any national law or international law. This means that the act of greenhouse gas emission may fall under the category of those harmful acts that are not prohibited by law, and therefore by its definition, could perhaps be addressed under the Common Law of equity and torts. The question is which option the COP will choose; whether the future COP negotiations could and should address climate change loss and damage in line with the ILC Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.³ Or they rather should it be addressed based on the consequen-

tial damage, or will the COP negotiations follow the idea of control and reduction of the source of damage which is somewhat similar to the approach employed by the Ozone treaty regime.⁴

For example, the Climate Fund of can be developed and managed in a similar manner to the Ozone Fund established under the Montreal Protocol, involving and assisting developing countries as a compliance mechanism. The COP negotiations, thus, should, in particular, be focused on how the countries like China, India and Brazil as well as the other developing and least developed countries, could be guaranteed as beneficiaries of the Climate Fund.⁵

However, a number of questions arise concerning the above-mentioned issues and options for the COP. We shall group the questions into

² The negotiations on loss and damage are not formally linked to the 2015 agreement, but implementation of the UNFCCC, i.e. COP18 referred the issue to the subsidiary body of responsible for negotiating the 2015 agreement. The work programme on loss and damage originates from the COP16.

³ The International Law Commission (ILC) initially started its work on draft articles on the liability for harmful activities not prohibited under international law, on which the ILC later adopted the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts' (2001 and 2006). Text adopted by the (ILC) at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10). The report also contains commentaries on the draft articles, also presented in *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two.

⁴ The Ozone treaty regime consists of the Vienna Convention on Ozone depletion (1985) and its Montreal Protocol (1987), which aims to control production and consumption of specific chemicals CFCs (HCFCs), methyl bromide and similar chemicals. Specific targets are set under the ozone treaty regime, aiming at the reduction of chemicals under an agreed timetable by the parties. The Protocol has been amended in London (1990), Copenhagen (1992), Montreal (1997) and Beijing (1999). The London Amendment provided for an Interim Multilateral Fund to assist and qualify developing countries for compliance procedures, among others. In the Copenhagen Amendment, parties made the Interim Multilateral Fund permanent. The Montreal Amendment obligated countries to establish and implement a licensing system for the import and export of new, used, recycled and reclaimed controlled substances, and to control trade in the banned substances by parties not in compliance with the Protocol. The Beijing Amendment provided for a "basic domestic needs" exception for certain controlled chemicals and added bromochloromethane to the list of controlled substances.

⁵ The Ozone Fund was agreed at fair cost and a reasonable grace period for the developing countries. In a similar approach to the grace period under the Montreal Protocol, China, India and Brazil could be offered a reasonable (greenhouse gas emissions) grace period in the short term, the other developing countries in the medium term, and the least developed countries in the long term, see Katak Malla, "The EU and Strategies for New Climate Treaty Negotiations", *European Policy Analysis*, NOVEMBER ISSUE 2011:12epa, p5.

two sets, in order to make an in-depth discussion on “loss and damage caused by climate change”, including issues of political as well as legal relevance.

The first set of questions that arises is of political and legal nature and they are also generally relevant to the COP negotiations: who is responsible for the harm that is and could be resulting from the greenhouse gas emissions? Is greenhouse gas emission reduction essentially a political issue and, if so, what is the political obligation of states (or individuals) for mitigating climate change? If climate harm is also a legal issue, then who has the right to file a case, against whom, (either governments or companies, or both) and in which court of law? Should climate change be considered as a part of the law of public nuisance and if so, what are the possibilities for the compensation to the victims of climate change? What conclusion can be drawn from the practices of some national courts in this regard? Does this line of litigation represent a solution to the problem, and if not, what possible solutions are available with regard to climate change mitigation and compensation of climate harm?

The second group of questions relates directly to the COP negotiations; what is the difference between the COP18 decisions that recognised “damage aid” from the classic official development aid (ODA)? In what sense does “damage aid” differ from the earlier COP decisions on mitigating climate change, e.g. “green climate fund” (COP15) and “long term finance” (COP16 and COP17)? Will the least developed countries and the small Island countries receive funds to repair “loss and damage” incurred as a result of climate change based on a pledge made by industrial states? If future COP decisions are simply going to be a policy statement, what is the relevance of such decisions in terms of legal “injury”, “harm” and “compensation” to victims of climate change?

Generally speaking, the state responsibility-based claim for damages under international law has to fulfil the following criteria; “(i) identifying the damaging activity attributable to a state; (ii) establishing a causal link between the activity and the damage, (iii) determining either a violation of international law or a violation of a duty of care (due diligence), which is (iv) owed to the damaged state, and (v) in a court of law would be to quantify the damage caused and relate those back to the activity.”⁶

Keeping view of these criteria, it can be useful to examine some case law developments as a way to explore the two set of questions mentioned above. In doing so, a few key case law examples, from a number of countries, will be demonstrated first. Afterwards, some noteworthy legal opinions will be discussed and finally conclusion will be presented.

2. Case Law

Some key pieces of litigation are selected from Canada, India and the United States. It is primarily because of language barriers of the present author, the case law developments in China, Brazil, Russia and others countries are not included in this work. It is because of its longstanding support of the COP negotiations and “climate and energy package”⁷ already in place, the EU’s case law is less relevant to this study. With their democratic governments and independent judiciaries, Canada, India and the United States make their case law more relevant in exploring the possibilities for climate harm compensation.

This discussion will focus on the tension between litigation and climate policy of states, which are generally not favourable to the bind-

⁶ Richard S.J. Tol and Roda Verheyen, “State responsibility and compensation for climate change damages—a legal and economic assessment”, *Energy Policy* 32, pp. 1109–1130, (2004).

⁷ See ><http://ec.europa.eu/clima/policies/package/>>.

ing obligation of emission reductions. The selection of the case law is based on the countries' conflicting climate policy towards the binding obligation of emission reduction and national litigations.⁸ A more careful study of the national court's approaches—especially of Canada, India and the United States— towards climate change litigation could serve as indicators.

After its formal withdrawal in 2011 from the Kyoto Protocol, Canada's position, in particular, has become more relevant pertaining to some of the above mentioned questions. The case law from India and the United States are considered as instructive, because the former does not have the same obligation of emission reductions (as the Annex 1 Parties to the Kyoto Protocol) and the latter remains outside the Protocol.

Some case law examples selected for the discussion are the national court decisions, including one, but important, decision from the international legal bodies, i.e. WTO. These decisions generally differ from the point of view of national and international jurisdictions, but they are also interrelated from a prism of the need for emission reductions and sustainable energy development. For instance, one case law is about Canada's obligation to reduce greenhouse gas emission under a Canadian federal law relating to the Kyoto Protocol, and another is about Canada's withdrawal from the Kyoto Protocol.

⁸ For example, the EU – and its member states – has accepted the legal obligation of the greenhouse gas emission reduction. The United States has not and does not seem ready to accept a legal obligation, so long as the developing economic powers, i.e. China and India and Brazil and others countries are not ready to do so, whose fossil fuel industrial emissions have increased in recent decades. Currently, China, India and Brazil are the rising economic powers, whose respective capabilities have increased considerably, both in terms of emission and technological knowhow. These three countries still consider themselves as developing countries and, therefore, they insist on the developed countries' responsibility of the greenhouse gas emission reductions.

Yet, another case decided by the WTO panel is about Canada's renewable energy projects.

The decisions selected from the Supreme Court of India deals with the important principles of international environmental law. Similarly, decisions, on focus, from the US Supreme Court deal with abatement of carbon dioxide emissions by fossil fuel-based utility companies. It should be acknowledged that domestic case law development is mostly not about liability in the strict sense (i.e., compensation for damages) but about injunctive relief (i.e., mitigation of greenhouse gas emissions).

How could domestic case law which is often motivated by slow progress on climate change mitigation, be expected to influence the COP negotiations? Generally, it is assumed that there are nexus or tension between litigation and legislation at various national levels. For example, despite the lack of a pro-active national policy for binding obligation of emission reductions, India's courts and tribunals have interpreted legislative provisions relating environmental protection that sustainable development to be taken into account.⁹ The fact that the national legislations are increasingly becoming necessity for the low-carbon economic growth in the developed countries and developing countries, the author considers this progress as a lynchpin of the climate change mitigation solutions. As well, climate change and energy policies are being integrated and put into practice in the various national legislations. The EU's climate and ener-

⁹ For example, the decision of the Supreme Court in *Narmada Bachao Andolan v. Union of India* 2000 (10) SCC 664 at p. 727, *Taj Trapezium case*, *M.C. Mehta v. Union of India*, AIR 1997 SC 734; see also, Ilona Millar, "The Environmental Law Framework for Sustainable Development – Principles of Sustainable Development in International, National and Local Laws" http://www.actpla.act.gov.au/_data/assets/pdf_file/0006/13893/Millar_paper.pdf.

gy package can be seen as a noteworthy example in that regard.¹⁰

Thus, it is considered necessary to demonstrate the tension or nexus between legislation, litigation and climate policy of states in focus. More specifically, Canada's internal tension can be seen in terms of its withdrawal from the Kyoto Protocol, Canada's Federal Court decision confirming right to withdrawal, and an implication of the WTO panel decision relating its renewable energy development.

In India, it is about its dilemma posed by judicial activism of the Supreme Court of India concerning harm and compensation, on the one hand, and India's policy of voluntary emission reductions, instead of binding obligation, on the other hand.

The tensions between litigation and legislation in the United States are interestingly demonstrative. For example, the US Supreme Court decisions have suggested legislation as a necessary tool for greenhouse gas emission reductions, a legislative bill on emission reduction stalled and died in the US Senate, as a result of the opposition to the bill. Afterwards, the US President Barak Obama has announced in public that, "if Congress won't act soon", he will "to reduce pollution, prepare our communities for the consequences of climate change, and speed the transition to more sustainable sources of energy."¹¹ It is, thus, logical to visualise that the internal situation in the United States would lead to the country towards adoption of an appropriate national legislation on the climate change or actively negotiate a new climate treaty under the COP, or even to do both.

Therefore, the above mentioned national case law developments and some relevant legal

opinions on harm and compensation (to be discussed later), pertaining to the rationale and risk as well as benefit of climate litigations, may be useful guide for future COP negotiations.

2.1 Rationale, risk and benefit of litigation

The rationale of analysing litigation is that a case law may be a small dot in the wider environmental law context, but a combination of such dots may also lead to the development of environmental jurisprudence. For instance, a decision made by the Federal Court of Canada, determining who can represent whom in the court of law concerning the reduction of greenhouse gas emissions, could be an inspiration for the Supreme Court of India or the United States. When the independent courts of the various countries decide the same issue by reaching the same, or different, conclusions, it helps jurists to form opinions which help to promote an evolution of the jurisprudence towards broader changes.

We should, however, be mindful that legal experts have identified a number of difficulties and/or risk associated with climate change-related litigations at the national and international levels.¹² Pursuing these types of lawsuits in the various courts of law is problematic, mainly because of the difficulties of presenting causal links between greenhouse gas emissions and climate harm. However, some progress is slowly being made. This kind of litigation exercise has opened up some possibilities for an adjudication of climate change-related cases.

With regard to litigation concerning climate change mitigations through the use of non-fossil fuel-based energy, we should be aware of the fact that in some situations the outcome of litigation

¹⁰ See ><http://ec.europa.eu/clima/policies/package/><.

¹¹ President Barack Obama's speech that was directly broadcasted in the World's visual media, in February 13, 2013.

¹² Laura Horn, "Is Litigation an Effective Weapon for Pacific Island Nations in the War Against Climate Change?", *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, Vol.12, issue 1 2009, 169–202.

may have “deterrent effect on the expansion of production capacity for renewable energy if it spreads to uncertainty about the types of support that really is legally acceptable.”¹³ In other situations, the litigation’s outcome may “involve countermeasures of various kinds, or a desire to create ‘pawns’ to use in negotiations that do not necessarily involve the same substantive issues.”¹⁴

One specific research on the litigation relating to climate change suggests that, “it could be a useful tool to draw media attention.”¹⁵ It is, thus, not unreasonable to assume that genuine media attention creates favourable national and international public opinion and, that in its turn influences the nexus between litigation and legislation, i.e. litigation by influencing public opinion and legislation and vice versa.

Analysis of the litigations of this sort is considered necessary, because it is possible that public opinion in favour of the environmental protection may result into national legislations or even conclusion of new climate treaty. Similarly, the burden of litigation may also lead to legislations. Mutual influence between litigation and legislation could be considered as means of accommodation with the competing policies, if not convergence of contradictory interests. Nexus between litigation and legislation could also influence institutional aspects of legislative and judicial branches and their competence.

A number of cases relating to the climate change were initiated in different countries by

using a variety of statutes under the Common Law and international law. Public interest litigations, or class actions, are lawsuits relevant to the climate change mitigations and sustainable energy. Public interest litigation means that an individual or a group of people (collectively or individually) could bring a claim to the court, involving the interests of not just to the parties of the case, but for the general public as a whole.¹⁶ This type of litigations is not usually in practice in the Continental Legal system. How this type of litigation is used in Canada, India and the United States and in what ways highlights issues raised in this discussion, is the central focus in the following.

3. Canada

First, let us review and examine the case law from Canada to understand who is entitled to file a case and against whom and where (or which national courts), especially when the dispute is related to climate change mitigations, or climate harm and compensation for that matter.

One case law example from Canada revolves around the question whether or not non-governmental organizations (NGO) have a right to file a case against governments, demanding implementation of a particular national law that also relates to global common concern, i.e. climate change mitigation.

If NGOs do have those rights, does the litigation result in any tangible achievement towards mitigation? The Canadian case law example, together one WTO ruling, will also shed light on the complexities involving free trade and renewable energy development.

¹³ David Langlet, FÖRNYBAR ENERGI – DEN NYA KONFLIKTYTAN MELLAN MILJÖSKYDD OCH FRIHANDEL? – ANALYS, JP Miljönet 2013-03-12.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Laura Horn, “Is Litigation an Effective Weapon for Pacific Island Nations in the War Against Climate Change?”, *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, Vol.12, issue 1 2009, 169–202. e.g. “the Pacific Island nations seeking to recover compensation from developed countries for the adverse effects of climate change”.

¹⁶ Litigation filed in a court of law for the protection of “public interest”, e.g. pollution and hazards waste etc.

3.1 Friends of the Earth v Canada

Despite formidable difficulties of litigation relating to climate change at the national courts, a noteworthy attempt was made in the *Friends of the Earth v Canada* (2008).¹⁷ From the start, the issue of stake at the Federal Court of Canada was whether or not NGO could represent the general public interest. The plaintiff, Friends of the Earth (a NGO) had challenged the Government of Canada for not fulfilling its obligations under the Kyoto Protocol Implementation Act (KPIA).

It should be noted as a background of the case that Canada had initially agreed to reduce their greenhouse gas emissions by six per cent from 1990 levels by 2012, under the Kyoto Protocol to the UNFCCC. The KPIA is a Federal Law of Canada, aiming for effective implementation of the Kyoto Protocol. The case is thus based on the KPIA that include Canada's legal obligations to ensure that the country takes effective and timely action to meet its international treaty obligations under the Kyoto Protocol.

In the *Friends of the Earth v Canada*, the Court recognised *locus standi* of the Friends of the Earth—a right to sue the Government of Canada. This needs to be seen with the international law context, whereby NGOs are generally not recognised as the subject of international law. Whether Canada's Federal Court decision remotely recognised the Friends of the Earth as a subject of international law may be still debatable. The decision has, nonetheless, opened an avenue for NGOs to bring public interest litigations to national courts of law. Except for some exceptional circumstances such as genocide, crime against

humanity and the protection of human rights, individuals are not generally considered as the subjects of international law, but signatories to the 1998 Aarhus Convention have agreed to take a rights-based approach to environmental matters.¹⁸

The NGO's right to engage in public interest litigation has, since 2008, been established by the Federal Court of Canada. That decision stands as an example for other national courts to follow, especially, in countries where NGOs can bring cases against governments for failing the international obligations. Such a possibility, however, may exist only in the countries where the court system is able to exercise judicial independence.

Although the recognition of NGO's rights to represent public interest through litigation at the court of law is an achievement of the case, the Federal Court of Canada did not recognise the plaintiff's claim which demanded that the Government of Canada should fulfil its obligations to reduce its share of emissions. Instead, it is concluded that "the Court has no role to play reviewing the reasonableness of the government's response to Canada's Kyoto commitments."¹⁹ The Court also concluded that, "while there may be a limited role for the Court in the enforcement of the clearly mandatory elements of the Act such as those requiring the preparation and publication of Climate Change Plans, statements and re-

¹⁷ *FRIENDS OF THE EARTH V. CANADA*, 2008 FC 1183, [2009] 3 F.C.R. 201, T-2013-07, T-78-08, 1683-07. The Court found that Parliament had, with the Act, "created a comprehensive system of public and Parliamentary accountability as a substitute for judicial review," see also *Emissions Trading and Climate Change Bulletin*, November 2008, McMillan LLP, >www.mcmillan.ca>.

¹⁸ This convention grants the public rights regarding information, public participation and access to justice in governmental decision-making processes on matters concerning the local, national and trans boundary environment; The UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, See also, Jonas Ebbesson, "Public Participation and Privatisation in Environmental Matters: An Assessment of the Aarhus Convention", *Erasmus Law Review*, Volume 4, Issue 2 (2011).

¹⁹ *FRIENDS OF THE EARTH V. CANADA*, 2008 FC 1183, [2009] 3 F.C.R. 201, T-2013-07, T-78-08, 1683-07.

ports, those are not matters which are at issue in these applications.”²⁰

Nonetheless, it must be noted that Canada’s Federal Court neither ordered the Government of Canada to comply with the demands of the plaintiff, nor did the Court hold that Canada is free from the commitments that the country has made under the Kyoto Protocol for its share of emission reductions.

A few years after the *Friends of the Earth v The Gov’t of Canada*, the Government of Canada notified the UN Secretary General (December 15, 2011) to the effect that the country has withdrawn from the Kyoto Protocol. In the aftermath of the notification, Law Professor Daniel Turp applied to the Federal Court of Canada, asking for the judicial review of the decision concerning Canada’s withdrawal from the Protocol. In the *Turp v Canada* (Minister of Justice), the Federal Court dismissed the application, concluding that, “the executive branch of the Government had the ability to withdraw from the treaty.”²¹

As a result of Canada’s withdrawal from the Kyoto Protocol, Canada has become a subject to international criticisms. In response to the increasing international criticisms, the Canadian Minister for the Environment, Peter Kent, argued that he invoked his country’s “legal right” to do so.²² At the same time, UN Climate Chief Christiana Figueres commented that Canada had both

“a legal and moral obligation” to reduce emissions and lead efforts to fight climate change.²³

Whatever maybe interests involved, Canada has withdrawn from the Kyoto Protocol. In context to the extension of the Kyoto Protocol for its second commitment period by the COP18, Canada’s withdrawal could be a point of further legal dispute domestically, as well as internationally. It could be a matter of contention between Parties to the Protocol, especially under the rubric of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). If/when any dispute arises, the enforcement mechanisms established under the Kyoto Protocol could and should have taken priority over the VCLT-based general international obligations of states, because the Protocol is a specific treaty instrument,²⁴ and the VCLT is a general framework treaty. As a rule, the Parties to the Protocol are required to demonstrate that they are within their assigned amounts of greenhouse gas emissions,²⁵ according to the first commitment

²³ Canada’s withdrawal from Kyoto Protocol regrettable – UN climate official > <http://www.un.org/apps/news/story.asp?newsid=40714#.UhNGa5hvmfA>.

²⁴ In case of the failure to meet these obligations, there are two branches established under the Kyoto Protocol’s compliance mechanism: the Facilitative Branch and the Enforcement Branch. The Enforcement Branch is entitled to determine if a Party (Annex I) is not in compliance with its emissions limitation. In that case, the Party is required to cut emissions by an additional 30 per cent and a Party can be suspended from the Clean Development Mechanism (CDM), thereby being prohibited from making transfers by way of the Emission Trading Mechanisms. The procedural non-compliance issues concerning Canada should have been dealt with during the commitment period by the oversight body. On the other hand, substantive non-compliance would require a Party that has exceeded its emission allocation to purchase equivalent carbon emission rights. If the Party refuses to comply, then economic measures such as fines or trade-related enforcement measures may be used.

²⁵ According to Article 18 of the Kyoto Protocol, “The Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Protocol shall, at its first session, approve appropriate and effective procedures and mechanisms to determine and to address cases of non-compliance with the provisions of this Protocol, including through

²⁰ Ibid.

²¹ *Turp v. Canada* (Minister of Justice) et al. 2012 FC 893; Whether Canada’s withdrawal from the Kyoto Protocol has violated the KPIA was not considered by the Court in *Turp v. Canada*. The separation of powers between the branches of the government also remained unaddressed by the Court, i.e. is the executive branch of the government free to withdraw from a treaty without the consent of the legislative branch?

²² Canada pulls out of Kyoto Protocol CBC News posted: Dec 12, 2011 4:00 PM ET; ><http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-16151310>>.

period (2008–2012). Whether Canada’s withdraw from the Kyoto Protocol at the end of the first commitment period is subject to legal judgment by the court of law. Canada’s withdrawal from the Protocol could also be challenged from the point of view of *pacta sunt servanda*, which in this case may implies that nonfulfillment of the obligation during the first commitment, as a breach of the Kyoto Protocol.

According to Article 27 of the Protocol, “Any Party that withdraws from the Convention shall be considered as also having withdrawn from this Protocol.”²⁶ It seems that Canada’s withdrawal is aimed at the Protocol. Canada remains a party to the UNFCCC and continues to participate in the COP negotiations. So far, no further legal action has been taken against Canada’s withdrawal from the Kyoto Protocol, either by the Facilitative Branch or by the Enforcement Branch. None of the Parties to the Protocol, nor the EU— may be because legal jurisdictional or political reasons— seem ready to bring a case in the ICJ against Canada concerning its withdrawal from the Protocol based on the VCLT.

the development of an indicative list of consequences, taking into account the cause, type, degree and frequency of non-compliance. Any procedures and mechanisms under this Article entailing binding consequences shall be adopted by means of an amendment to this Protocol.” The negotiations over the establishment of a compliance system find their roots in the process leading up to COP-3 in Kyoto. At COP-6 Part II in July 2001 in Bonn, the compliance debate focused on three areas: functions of the compliance bodies; penalties for noncompliance; and the legally binding nature of the agreement. Parties are still debating the legally binding nature of the compliance agreement.

²⁶ Article 27 of the Protocol reads: “(1). At any time after three years from the date on which this Protocol has entered into force for a Party, that Party may withdraw from this Protocol by giving written notification to the Depositary. (2). Any such withdrawal shall take effect upon expiry of one year from the date of receipt by the Depositary of the notification of withdrawal, or on such later date as may be specified in the notification of withdrawal.”

The Kyoto Protocol foresees the possibility of a party legally withdrawing, but a question arises, which courts jurisdiction is appropriate, if a case is to be filed against Canada.

3.2 WTO ruling

It is relevant to note that a related WTO case from 2011, particularly dealing with energy and trade, has led to a new twist in Canada’s position concerning climate change mitigation. This litigation started when Japan and the EU brought a complaint against Canada at the WTO, concerning Ontario’s renewable energy program. It should be noted that Canada has both federal and province-based energy laws and one of them is Ontario’s 2009 Green Energy and Green Economy Act (GEGEA). The GEGEA aims to ensure access to alternative energy, as well as energy conservation and efficiency. Japan and the EU consider that some rules of the GEGEA are contradictory to the WTO principle of non-discrimination. Especially, because of the “local content requirement” under the GEGEA, Japan and the EU brought the subject to the WTO panel of adjudication against Canada.²⁷ In 2012, the WTO ruled in favour of the plaintiffs. The WTO panel ruled that the renewable energy scheme had breached some WTO rules, but it failed to agree whether it constituted an illegality. The subsidy clause,

²⁷ World Trade Organization, DS412/R and DS426/R. Summer 2012 Argentina initiated dispute settlement proceedings against the EU at which it argue that Spain’s implementation of the EU Directive 2009/28/EC on the promotion of the use of energy from renewable sources is contrary to WTO rules by improperly promoting EU-based producers and Certain Measures Concerning the Importation of Biodiesels. As negotiations in the autumn did not result in a solution called Argentina in December 2012 that a panel that is the first instance in the WTO dispute settlement process would be established (DS443). It is not EU law sustainability criteria for biofuels, which have been disputed by both political and scientific starting points, which are subject to review, but some national implementing measures.

which is intertwined with “local content requirements”, is the core issue of disagreement.

After the decision, Canada had lodged appeal over the WTO ruling, arguing that, “Ontario’s feed-in tariff (FiT) scheme aims to support renewable energy by guaranteeing electricity generators above-market rates on certain renewable sources of energy, such as wind and solar.”²⁸

In response to Canada’s appeal, the WTO ruling, in May 2013, found Canada’s incentives offered to local companies against foreign firms, as discriminatory.²⁹ This ruling has made it clear that the use of quality, cost-effective technologies used for the sustainable energy development should not be hampered by protectionist measures. The ruling, in fact, has left no choice for Canada but to work with the provincial authorities to respond to the WTO ruling.

Some skepticism has, however, aroused, whether the situation after the ruling is spurring more WTO disputes. Such disputes are likely to be among those countries that are desperate for economic growth. The other countries may also be doing so, who may be suspecting that their energy development projects are being locked out of foreign interest as a result of the WTO ruling.³⁰ One would assume, in any case, and could argue that alternative energy development that leads to greenhouse gas emission reduction should prevail over trade issues. The WTO panel ruling has not prohibited renewable energy incentives but incentives that favour local content products

before products from other countries. Canada, or any other state, could have a FiT as long as it treats foreign and domestic renewable energy components equally. It is relevant to note that China has filed a complaint to the WTO against the EU, requesting consultations regarding domestic content restrictions, affecting the renewable energy generation sector, including feed-in tariff programs.³¹

The WTO decision has, thus, become a source of legal uncertainty. “While there are a number of potential opportunities associated with investments in emission reduction projects, there are also a number of potential liabilities associated with investing in firms or projects that have high emissions”, according to Chris Rolfe and Staff Counsel.³² Rolfe and Counsel argues that, “emitters will pay carbon taxes, ... have to buy allowances or credits, or pay more for fossil fuels.”³³ Yet, “where long-term fixed price contracts commit an emitter to production of greenhouse gas intensive products, the emitter should consider trying to control its potential liability.”³⁴

However, the fault-based liability in the strict sense of compensation for damage is difficult to establish, particularly in case of greenhouse gas emission reduction. The seriousness of the damage (or injuries) becomes the prime matter of legal relevance in any case involving liability for compensation of harm. An identification of a wrongful act is necessary to establish climate harm liability for compensation.³⁵

²⁸ On 5 November 2012, ICTSD Reporting; ><http://ictsd.org/i/news/biores/154399/>>.

²⁹ DS426.

³⁰ For example, the United States has already charged India with illegally favoring local producers in its solar sector and China has hit the EU with a claim that Greece and Italy favored solar power firms that bought local components. Other potential disputes are simmering, with Brazil, Indonesia, Nigeria, Russia, Ukraine and the United States all under scrutiny in sectors such as energy, mining, car making and telecoms”, as reported by *Reuters*, Mon May 6, 2013 12:39pm EDT.

³¹ WTO, DS452; >http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds452_e.htm>.

³² Chris Rolfe, Staff Counsel, “Opportunities and Liabilities from Greenhouse Gas Emissions and Greenhouse Gas Emission Reductions”, *West Coast Environmental Law*, March, (1999).

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ For example, according to Article 2 of the Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful Acts (DASR), an internationally wrongful act means that when conduct of an action or omission: a) is attributable

If any court of law is ever asked to decide the legality of greenhouse gas emissions, judges will have to rely on natural science-based evidence of what constitutes significant harm. In order to make a successful claim for climate change loss and damage compensation, it would require demonstration of clear linkage between cause and effect for example as was done with the linking of tobacco use to lung cancer.³⁶

4. India

It is worthwhile to contemplate how independent courts in other countries would have decided *Friends of the Earth v Canada* and *Turp v Canada*. For instance, how would the Supreme Court of India have decided in cases like these, given that there is exceptional judicial activism exercised by the Supreme Court of India, relating cases of harm and compensation, as well as the important environmental law principles?

Because of its landmark decisions, India's Supreme Court is somewhat unique in its high level of judicial activism as it concerns environmental rights and principles. Legal experts believe that the Supreme Court of India "will continue to play a significant role in facilitating adaptation to climate change."³⁷ This has led to the Indian Parliament's creation of the National Green Tribunal (NGT), which is a court to deal

to the State under international law; and b) constitutes a breach of an international obligation of the State.

³⁶ One relevant case example how to prove link between human activities and climate change is the casual link between smoking and lung cancer. This link was initially proved by Richard Doll (in 1950) and nicotine substances were recognised as addictive by the United States District Court Judge Gladys Kessler and a federal appeals court in Washington upheld Kessler's findings and found large tobacco companies liable in the case in 2006, Source, news.bbc.co.uk, June 29th, 2010.

³⁷ Aitken Hem, THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN FACILITATING ADAPTATION TO CLIMATE CHANGE IMPACTS IN INDIA, *Journal of Environmental Research And Development*, Vol. 7 No. 1, July–September 2012, pp. 155–165.

with environmental cases. The Tribunal is empowered to render decisions against violators of environmental laws and enforce the payment of civil damages.

The Supreme Court of India is known for its judicial activism and exercise of public interest litigations. In this context, a few but noteworthy examples need to be taken into perspective. Greenhouse gas emissions have not yet been proven to be a toxin. If and when such emissions are eventually scientifically proven to be toxic, India's Supreme Court decision *M.C. Mehta v Union of India*,³⁸ in which the Court defined polluters' "strict and absolute liability", could be relevant. In this case, it is held that if an enterprise is engaged in a hazardous or inherently dangerous activity such as emitting toxic gasses, the enterprise is strictly and absolutely liable to compensate all those who are affected by the toxic emissions.

One international case concerning trans boundary herbicide spraying is relevant here to mention. Ecuador filed a case against Colombia at the International Court of Justice (ICJ), concerning trans-boundary environmental harm, arguing that Colombia's aerial herbicide spraying at the border with Ecuador has resulted in significant environmental harm. The *Ecuador vs Colombia* case has eventually been settled by an agreement between the parties.³⁹ According to the 2013 Agreement, Colombia will not conduct aerial spraying operations across its border with Ecuador.⁴⁰

³⁸ *M.C. Mehta v. Union of India* AIR 1987SC (1965).

³⁹ September 13, 2013, the ICJ made an Order recording the discontinuance by Ecuador of the proceedings and directing the removal of the case from the Court's List. Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia) Case removed from the Court's List at the request of the Republic of Ecuador, see < <http://www.icj-cij.org/docket/files/138/17526.pdf>>.

⁴⁰ The Agreement of 9 September 2013 between the parties to the case > <http://www.icj-cij.org/docket/>

Again turning to the discussion on the cases decided by the Supreme Court of India, it is remarkable that India's Supreme Court has acknowledged the Polluter Pays Principle as the law of the land in the *Indian Council for Enviro-Legal Action v Union of India*;⁴¹ it is a case involving an industrial chemical plant. In addition, in the *Vellore Citizens Welfare Forum v Union of India*, the Indian Supreme Court held that the Precautionary Principle and the Polluter Pays Principle are part of the environmental law of the country.⁴²

The above-mentioned decisions indicate that, jurisprudence of the Indian Supreme Court has evolved significantly, which could be useful for climate change mitigation through litigation. In the *Municipal Council, Ratlam v Vardhichand*,⁴³ the Court held that pollutants discharged by the big factories are "public nuisance" and open drains, garbage, and pollutants being discharged by big factories to the detriment of those living nearby are detrimental to "social justice."

This is the current state of jurisprudence as defined by the Indian Supreme Court regarding nuisance and social justice. How the law of the nuisance is argued concerning the climate change mitigations and fossil fuel industrial emission reduction will be seen in the following case decided by the Supreme Court of United States.

5. The United States

Two important legal issues decided by the United States' Supreme Court stand out concerning the theme of this paper; whether or not states and private parties are entitled under the public law

of nuisance to bring a lawsuit against utility companies, demanding their share of carbon dioxide emission reductions; and whether issues involving greenhouse gas emission reductions are the pure political issues? And if these are also the legal issues, what legal conclusion can be drawn from the US case law development?

5.1 Connecticut v American Electric Power Co

The *Connecticut v American Electric Power Co* (2011) is a noteworthy case from the United States. The case was filed at the United States District Court for the Southern District of New York (2004). Eight Federal States, as well as New York City and three non-profit land trusts, sued the five largest electric power companies in the United States. The plaintiffs claimed that emissions have created a "substantial and unreasonable interference with public rights" and it is being done "in violation of the federal common law of interstate nuisance."⁴⁴

The plaintiffs had asked for a permanent injunction order from the Court, requiring each of the five defendants, the *American Electric Power Co*, to abate their share of carbon dioxide emissions.⁴⁵ The United States District Court of New York initially dismissed the lawsuits, suggesting that greenhouse gas emission reduction is a political issue and therefore such a claim should be resolved by the legislature. The Court of Appeals for the Second Circuit, however, reversed the

files/138/17526.pdf>.

⁴¹ *Indian Council for Enviro-Legal Action v. Union of India* 5 SCC 212 (1996).

⁴² *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India and others*, 5 SCC 647, (1996).

⁴³ AIR, SC 1622, 1980.

⁴⁴ *Connecticut v. American Electric Power Co* 564, U. S., (2011). This is litigation against the fossil fuel electricity suppliers of the United States, emitting 650 million tons annually, which accounts for 25 per cent of domestic emissions, 10 per cent of domestic anthropogenic emissions and 2.5 per cent of global anthropogenic emissions. The full decision see, ><http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-174.pdf>>.

⁴⁵ It should be noted that an injunction is a traditional writ of the Common Law courts, (which may be difficult to apply in the Continental or Civil law systems), where legislations are considered more appropriate than the writ petitions.

District Court dismissal of the lawsuits and held that the dispute is not restricted to resolution in the political arena, and the Court considered that claim is valid under the federal common law of nuisance. The defendants demanded rehearing of the case, but the Second Circuit denied defendants' request, on the ground that the US Environmental Protection Agency had "failed to publicize any regulations on emissions" and could not "speculate whether the hypothetical regulation of emission would pertain to the issues" raised in the case.

The Supreme Court granted the writ of *certiorari*.⁴⁶ The question presented to the Court was that whether federal common law public nuisance claims could be made against carbon dioxide emitters. The Supreme Court held that the plaintiffs of *Connecticut v American Electric Power Co* could not pursue their claims under the federal common law of nuisance. The reason given behind the decision is that in the Clean Air Act, the United States delegates the federal role in managing greenhouse gas emissions to the Environmental Protection Agency (EPA). The Court held that the EPA is better equipped than federal judges to decide how strictly to regulate emissions. This was seen as a setback for those who had hoped to use federal common law to litigate against carbon dioxide emitters, but it says nothing about the "ability of states to use their own public nuisance laws to curb environmental harms."⁴⁷

The outcome of the case suggests that attempts to limit emissions have to be done through the legislative and executive branches. Earlier on, in the *Commonwealth of Massachusetts*

et al. v EPA, the United States' Supreme Court also held that "carbon dioxide is an air pollutant under section 202(a) (1) of the Clean Air Act which provides that the EPA "shall by regulation prescribe...standards applicable to the emission of any air pollutant from...new motor vehicles... which in his judgment cause, or contribute to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare."⁴⁸

The plaintiffs of *Connecticut v American Electric Power Co* had demanded *injunction*, not demand compensation, for damage that may have resulted from the defendant's share of carbon emissions that led to global warming and climate change. It is obvious that the burden of proof would have been higher should the plaintiffs had asked for compensation. Outcomes of the United States case example suggest that legislation, not litigation, is the basis for climate change mitigation.

So, what is the internal tension in the United States? A legislative bill on climate change was abandoned in the United States Senate in 2010, in the face of opposition. The United States President Barack Obama, in his State of the Union Speech (2013), made a pledge that "if Congress won't act soon to protect future generations, I will. I will direct my Cabinet to come up with executive actions we can take, now and in the future, to reduce pollution, prepare our communi-

⁴⁶ It is an order by a higher court directing a lower court, tribunal, or public authority to send the record in a given case for review.

⁴⁷ David R. Brody *AMERICAN ELECTRIC POWER CO. V. CONNECTICUT*, Harvard Environmental Law Review Vol. 36, 298–304.

⁴⁸ The judgment of 2nd April 2007 is available at: ><http://www.climatelaw.org/media/Mass.v.EPA.USSC> Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Judges. A similar view was arrived at in *Australian Conservation Foundation v Minister for Planning*, which held that "greenhouse gas (GHG) emissions from burning coal must be taken into account in a planning decision to approve a coal mine extension, i.e. the use to which the coal would be put must be taken into account in determining the environmental effects." Judgment of Justice Stuart Morris, available at: ><http://www.austlii.edu.au/au/cases/vic/VCAT/2004/2029.html>>It should be noted that the Renewable Energy (Electricity) Act of Australia (2000) has had a mandatory national renewable energy target.

ties for the consequences of climate change, and speed the transition to more sustainable sources of energy.”⁴⁹

It remains to be seen if the President’s words will be matched by future actions that lead to combating climate change and ensuring sustainable energy access and supply. But there is certainly internal stress concerning climate change mitigation liability (or obligation), especially between the climate policy of the United States, the court’s litigation and the national legislation.

The current internal situation in the United States would not be sustainable for longer term, according to a new “national strategic narrative” published by “Mr Y” under the pseudonym.⁵⁰ Mr Y suggests that, there is need for a new narrative to frame the national policy decisions of the United States, including policy on the environmental protection and climate change.

6. Legal opinions

Some relevant legal issues relating climate harm and compensation have been thoroughly examined by Professor Daniel Farber; who caused the harm? Are emitters of greenhouse gasses under an obligation to compensate?⁵¹ Farber argues

that from the start “some of this [emission] activity was innocent, because the reality of climate change was not known at the time.”⁵² An innocent act cannot be a subject to culpability without which liability for the compensation of damage cannot be ascertained. This is one important criterion for determining either a violation of international law or a violation of a duty of care (due diligence) towards the harmed state. There is no disagreement among jurists about these criteria.⁵³ Farber, thus, suggests that, “for those concerned about culpability, apportioning responsibility on the basis of emissions after some cut-off date would be an appropriate response.”⁵⁴

What is the cut-off date, according to Farber? He considers that “one possible cut-off date is 1992, when the United States and other nations entered a framework agreement to reduce greenhouse gasses.”⁵⁵ The reason given for this cut-off date is that “at that point, the international community had clearly identified the harm; any source of emissions after that date was at least on notice of the damaging nature of the conduct.”⁵⁶

⁴⁹ President Barack Obama’s Speech that was directly broadcasted in the World’s visual media, February 13, 2013.

⁵⁰ Mr. Y, A NATIONAL STRATEGIC NARRATIVE; Captain Porter’s and Colonel Mykleby’s “Y article” could not come at a more propitious time, writes Anne-Marie Slaughter in the preface of the Article, who is also Director of Policy Planning, U.S. Department of State, 2009–2011; see <http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/04/13/the_y_article#sthash.BM9xxSYk.dpbs>.

⁵¹ Daniel A. Farber, *Basic Compensation for Victims of Climate Change*, Environmental Law Institute®, Washington, DC, reprinted with permission from ELR®, <http://www.eli.org>, 1-800-433-5120. Prof. Daniel Farber argues that compensation for harm caused by climate change is a moral imperative, and he surveys various mechanisms that have been used in other circumstances to compensate large numbers of victims for environmental

and other harms. In response, Professor Feinberg cautions that significant hurdles remain before any realistic compensation system could be considered, but suggests that the most effective approach may be evolving parallel tracks of civil litigation and government action to address climate harm. Peter Lehner and William Dornbos argue that using common-law doctrines to find greenhouse gas (GHG) emitters liable for harm is a more pressing concern than creating a compensation system. Finally, Raymond Ludwizewski and Charles Haake claim that the basic elements of liability are not readily discernable with climate change and that it would be more productive to invest in curtailing GHG emissions.

⁵² Ibid.

⁵³ For example see, Richard S.J. Tol and Roda Verheyen, “State responsibility and compensation for climate change damages—a legal and economic assessment”, *Energy Policy* 32, pp. 1109–1130, (2004).

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

Farber's critics, specifically Raymond B Ludwiszewski and Charles H Haake argue that, "assuming such a cut-off date could be established, how would a court differentiate from a liability damages standpoint what is caused by post-1992 emissions—which would be actionable—and pre-1992 emissions—which would not be?"⁵⁷ Farber acknowledges that, "it is obviously impossible to link any specific greenhouse gas emissions with any specific injury from a particular company or governmental entity due to the cumulative nature of the (GHG) effect."⁵⁸

Ludwiszewski and Haake argue that, "liability would require a finding that a putative defendant engaged in conduct that was unreasonable under the circumstances."⁵⁹ A vital question against Farber's arguments raised by Ludwiszewski and Haake is "what constitutes unreasonable conduct when it comes to emissions?"⁶⁰ The two critics note that, "Farber suggests that, "it may have been unreasonable for manufacturers to not use environmentally friendly technologies or to reduce production to account for the impacts of global warming."⁶¹ The two critics further notes that, "Farber does not identify what viable alternative sources of energy could have been relied upon, nor does he provide any formula for determining what level of output is reasonable and what level is unreasonable; output after all, is dictated by the law of supply and demand."⁶²

⁵⁷ Raymond B. Ludwiszewski and Charles H. Haake, RESPONSE Comment on *Basic Compensation for Victims of Climate Change Basic Compensation for Victims of Climate Change*, Environmental Law Institute®, Washington, DC, reprinted with permission from ELR®, <http://www.eli.org>, 1-800-433-5120.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

However, neither Farber nor his critics take into account that 80 per cent of the world's energy needs can be met through alternatives to fossil fuels.⁶³ Thus, it would be unreasonable for states not to agree for the use of alternative energy of fossil fuels, especially to prevent further loss and damage from the climate change. Even if states fail to negotiate an international agreement for sustainable energy, they will sooner or later, have to accommodate the competing interests, primarily as a result of nexuses between litigation arising from loss and damage caused by climate change, and legislation on sustainable energy development as a part of the climate change mitigations. The WTO will have to balance between environmental protections interests versus economic interests.⁶⁴

There are, however, certain limitations of climate change mitigation through litigations. The UNFCCC provides for dispute settlement, but it precludes legal redress avenues from the Convention process.⁶⁵ In contrast to trans-boundary air or water pollution cases, where it may be relatively easy to identify the victims and the sources of harm, it is much more complicated to demonstrate causality in the present context,

⁶³ IPCC *Special Report on Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation* (IPCC 2011) Prepared by Working Group III of the Intergovernmental Panel on Climate Change [O. Edenhofer, R. Pichs-Madruga, Y. Sokona, K. Seyboth, P. Matschoss, S. Kadner, T. Zwickel, P. Eickemeier, G. Hansen, S. Schlömer, C. von Stechow (eds)], Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, pp. 1075.

⁶⁴ There seems to be enough legal grounds to argue convincingly for the prioritisation of alternative energy development under the "local content requirement." But, at the same time, importing goods and services essential for sustainable development is also equally valuable under the WTO rules of non-discrimination and the most favoured nation clause. Until that case is decided, it will have to be sufficient to rely on legislation and/or treaties to balance between economic and environmental interests.

⁶⁵ Article 14 of the UNFCCC.

where there can even be a dual identity of injured (victims) and emitters (wrongdoers). The New Zealand's High Court rejection of an appeal of a Kiribati climate refugee case (2013) is an indication of difficulties in reconciling the country's generally favorable policy of emission reduction with the notion of "climate refugee".⁶⁶

It is also difficult, if not impossible, to prove a case of climate harm, linking any specific anthropogenic emissions with any specific injury from a particular company or state, that is specific from the cumulative effect of emissions. It is, however, argued by some that, "harmed states are not bound to tolerate damage and liability that can be established according to the case facts at hand."⁶⁷ Some other, therefore, consider climate harm mitigation as a part of the "prevention duties and state responsibility"⁶⁸ and still other consider climate change as a "wrongful harm to future generations."⁶⁹ Yet, it remains difficult how to define greenhouse gas emission as a wrongful act. In this situation, should not the international community of states acknowledge the principle of *unjust enrichment* in dealing with the climate harm and compensation?

⁶⁶ Petra Ďurková, Anna Gromilova, Barbara Kiss, Megi Plaku, *Climate refugees in the 21st century*, December 2012 <<http://acuns.org/wp-content/uploads/2013/01/Climate-Refugees-1.pdf>>. The asylum claim "based on vulnerability to climate change highlights the fact that international refugee law cannot respond to climate-induced displacement" > <http://www.ejfoundation.org/node/997>>.

⁶⁷ Christina Voigt, "State Responsibility for Climate Change Damages", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 77, No. 1-2, (2008).

⁶⁸ Roda Verheyen, *Climate Change Damage and International Law Prevention Duties and State Responsibility*, Martinus Nijhoff Publishers, (2005).

⁶⁹ Marc D. Davidson, Wrongful Harm to Future Generations: The Case of Climate Change, *Environmental Values*, Volume 17, Number 4, November 2008, pp. 471–488(18).

6.1 Unjust enrichment

Harm and compensation are also part of the Common Law principles of equity and tort. Relevant to these concepts is *unjust enrichment*,⁷⁰ which suggests that those benefiting disproportionately at the expense of others should compensate the victims, even if the use of the resources involved is not illegal. It follows from this principle that any person, natural or corporate, who unjustly obtains wealth or property, owes compensation to the injured party, even if the property was not obtained illegally. This suggests that even if greenhouse gas emissions may not be an illegal act as such, it is illegal to harm the common interest of humanity, while taking advantage of the situation, in order to fulfil individual interest by a state or individual.

Thus, the principle of unjust enrichment scrutinises one party's right to use natural or human resources to optimise the fulfilment of its needs to the detriment of another party's pursuit

⁷⁰ John Bede Donnelly (in a paper for the degree of Doctor of Juridical Science Deakin University February, 2004) suggests that, a like concept has had a place in the common law since its inception under several characterisations. It bears the mark of ancient Roman jurisprudence, but relates to independent principles. The jurisprudence was formed by special characteristics of its history. It is distinct from modern Roman/Dutch law but the doctrinal overtones of its foundational case law reflect the basis of reasoning, which in Continental law is founding the adopted ancient codes. It is this foundation of reasoning and the firm rejection of a normative general principle that makes Anglo/Australian law different in character and jurisprudence from unjust enrichment in USA and Canada. Stifled for centuries by quasi contract misconceptions, the law of unjust enrichment entered the modern law in the 20th C through the seminal judgments of Lord Wright in *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Coombe Barbour Ltd*, [1943 AC 32] and related cases and through the strong judicial and juristic following they inspired. Donnelly seems to suggest that any civilised system of law is bound to provide remedies for unjust enrichment, as it "became an imperative across the common law world: it has long held a place in the Roman Dutch jurisdictions of South Africa and Continental Europe.

of the same. In addition, the principle can be a basis for restitution, compensation and introduction of global taxation, which can hold excessive greenhouse gas emitters directly responsible for global climate harm.

Keeping in view the difficulties to establish a fault-based compensation system, as well as in the light of value of the principle of *unjust enrichment*, a no-fault-based insurance scheme could be a suitable mechanism to deal with climate change loss and damage compensation.

Before reaching to any conclusion, it is important to address one crucial question; whether the existing legal concepts, rules and mechanisms are equipped to meet the challenges and complexity posed by climate change, including adequate compensation for climate change loss and damage?

The state responsibility to reduce greenhouse gas emissions is based on the UNFCCC, including the Kyoto Protocol. It is important to note that there is clear legal obligation of states to provide climate finance under Article 4 of the UNFCCC.⁷¹ There are political obligations of states as well, especially recognised by the 2009 Copenhagen Accord (COP15)⁷² in the form of self-imposed obligations. It should be also noted that there are historical evidences where such self-imposed political obligations have evolved

⁷¹ The relevant parts of Article 4 of the UNFCCC and its para 4 and 8 reads as follows; 4) "The developed country Parties and other developed Parties included in Annex II shall also assist the developing country Parties that are particularly vulnerable to the adverse effects of climate change in meeting costs of adaptation to those adverse effects"; 8) "In the implementation of the commitments in this Article, the Parties shall give full consideration to what actions are necessary under the Convention, including actions related to funding, insurance and the transfer of technology, to meet the specific needs and concerns of developing country Parties arising from the adverse effects of climate change and/or the impact of the implementation of response measures".

⁷² FCCC/CP/2009/L.7 18 December 2009.

into *de facto* legal obligation. For example, the Helsinki Accords and Final Act on Security and Cooperation in Europe⁷³ have, over decades, acquired legal significance, including political-military security, economic and environmental issues as well as protection of human rights.⁷⁴ Therefore, an importance of the political commitments under the Copenhagen Accord should not be underestimated,⁷⁵ particularly concerning the Green Climate Fund (COP15). In this context, the Fund could be developed in the future as global no-fault insurance schemes for compensation.

As mentioned earlier, the future COP negotiations might use the ozone treaty regime as a model, focusing on control and reduction of sources of damage, instead of concentrating on consequential damage and compensation. The

⁷³ The Final Act of the Conference on Security and Cooperation in Europe, known as the Helsinki Final Act, Helsinki Accords or Helsinki Declaration, was the final act of the Conference on Security and Co-operation in Europe held in Helsinki, Finland during July and August of 1975; see also the book review by Leo Gross and Anthony D'Amato, 78 *American Journal of International Law* 960 (1984) (Code BR1-84); See, also Igor I. Kavass, Jacqueline Paquin Granier and Mary Frances Dominick, ed., *Human Rights, European Politics, and the Helsinki Accord: the Documentary Evolution of the Conference on Security and Co-operation in Europe 1973-1975*. The Helsinki Accord type documents "engage States politically and morally, in the sense that they are not free to act as if they did not exist", see Gidon Gottlieb, "Relationism: Legal Theory for a Relational Society", 50 *University of Chicago Law Review*, 1983, pp. 567-582.

⁷⁴ The Helsinki process includes that respect for human rights and fundamental freedoms, including the freedom of thought, conscience, religion or belief. The Conference on Security and Cooperation in Europe held in Helsinki, Finland 1975, thirty-five states, including the United States, Canada, and all European states except Albania and Andorra, signed the declaration including Helsinki Final Act, Helsinki Accords or Declaration. This was an attempt to improve relations between the Communist bloc and the West.

⁷⁵ Katak Malla, *The International Negotiations for a New Global Climate Treaty: Legal Analysis of COP 15-16 and Basis for Further Action*, Clipore and Stockholm Miljörettscentrum publication, (2011).

COP19 has, thus, “decided to establish an international mechanism to provide most vulnerable populations with better protection against loss and damage caused by extreme weather events and slow onset events such as rising sea levels.”⁷⁶ There are ongoing efforts to distinguish the climate finance from the Official Development Aid (ODA).⁷⁷ The ongoing discussions on loss and damage are seeking to introduce a concept based on a different logic than ODA. The alternative concept is supposed to be in line with the notion of Article 4 of the UNFCCC, i.e. compensation owed to vulnerable countries due to damage caused by climate change.⁷⁸

7. Conclusion

An examination of the case law developments in Canada, India and the United States shows that national court litigations have been driven, in part, to guarantee individual’s right to file climate-related cases against governments and/or individuals corporations. These litigations have certainly created considerable pressures on na-

tional governments and corporations to climate mitigate harm. As has been described earlier the internal situation of the United States, in terms of litigation, legislations and President Obama’s policy statements, it can be concluded that the United States sooner or later will have to adopt national legislation of climate change, or actively take part in the COP negotiation, or even both.

At the international level, a stalemate persists in the COP negotiations concerning a new climate treaty.⁷⁹ Appropriate national legislations by all industrialised countries, as well as developing countries, whose share of global emissions is on the rise, would be an important step towards climate change impacts mitigation and adaption.

A fault-based approach to climate change loss and damage compensation would be difficult, if not impossible, to include in a new treaty. An act of greenhouse gas emission, as well as liability to pay compensation for climate harm, could have been a part of the international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, but the ILC’s work encountered difficulties in developing draft articles. The ILC, therefore, shifted its approach towards responsibility of states for “internationally wrongful acts.”⁸⁰ Serious obstacles remain in recognising greenhouse gas emissions as a wrongful act. Similar difficulties exist concerning recognition of the legal status of climate “victim” or “refugee” in different national laws

⁷⁶ Detailed work on the so-called “Warsaw international mechanism for loss and damage” remains to be established; >http://unfccc.int/files/press/news_room/press_releases_and_advisories/application/pdf/131123_pr_closing_cop19.pdf<.

⁷⁷ Felix Fallasch and Laetitia De Marez, “New and Additional? A discussion paper on fast-start finance commitments of the Copenhagen Accord”, *Climate Analytics*, 01 December, (2010).

⁷⁸ According to Article 4 of the UNFCCC and its para, 8 the following countries are listed as vulnerable: a) Small island countries; b) Countries with low-lying coastal areas; c) Countries with arid and semi-arid areas, forested areas and areas liable to forest decay; d) Countries with areas prone to natural disasters; e) Countries with areas liable to drought and desertification; f) Countries with areas of high urban atmospheric pollution; g) Countries with areas with fragile ecosystems, including mountainous ecosystems; h) Countries whose economies are highly dependent on income generated from the production, processing and export, and/or on consumption of fossil fuels and associated energy-intensive products; and i) Land-locked and transit countries.

⁷⁹ Especially between the United States and the Basic group – Brazil, South Africa, India and China – on the one hand, and between the EU and the United States, on the other; Katak Malla, “The EU and Strategies for New Climate Treaty Negotiations”, *European Policy Analysis*, NOVEMBER, ISSUE 2011:12epa.

⁸⁰ The United States had insisted that the ILC’s Draft Articles on Wrongful Acts should be crafted as non-binding guidelines.

and international law.⁸¹ Given the situation, a no-fault based climate change loss and damage compensation, owed to vulnerable countries,

seems to be a workable option for the COP negotiations to follow, establishing a new global climate treaty regime.

⁸¹ "Climate change refugee bid denied by New Zealand court, High court in Auckland rules against Kiribati man's claim for asylum over rising sea levels caused by global warming," <http://www.theguardian.com/environment/2013/nov/26/climate-change-refugee-new-zealand-court>.

Petroleumsvirksomhet i nord – hvilken rettslig betydning har miljøhensyn ved beslutningen av om nye områder skal åpnes og konsesjon tildeles?

*Ingvild Ulrikke Jakobsen**

Abstract

Large areas in the Norwegian Sea and in the Barents Sea are not opened for petroleum activities. Parts of these northern sea areas, for instance the areas off the Lofoten Islands and the waters around Svalbard, are managed as sensitive and valuable sea areas according to the Integrated Management Plans. In the last years there has however, been a political debate in Norway about opening these northern sea areas for petroleum activities. The article addresses the legal significance of environmental considerations when determining whether a new area shall be opened with a view of granting production licenses and whether production licenses are granted on the basis of the Act Pertaining to Petroleum Activities. The Nature Diversity Act from 2009 includes general provisions on sustainable use such as management objectives of habitats and ecosystems as well as environmental principles such as the precautionary principle and the ecosystem approach. A particular question which is discussed in the article is therefore whether the Nature Diversity Act implies a strengthening of environmental considerations when decisions are made on the basis of the petroleum act. A finding in this article is that the petroleum act provides the superior authorities with a wide political discretion. The Nature Diversity Act sets out provisions and environmental principles that are of relevance and significance for

the evaluations made on the basis of the petroleum act. However, the environmental considerations do not generally carry more weight than other considerations such as economic and social interests. The political will of the authorities will therefore to a large extent determine to what extent environmental considerations are emphasized in the decisions.

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Utvinning av petroleumsressursene i nordlige havområder er et kjerneområde i norsk petroleumspolitik og et sentralt element i Norges nordområdesatsing for å sikre næringsutvikling og økonomisk aktivitet i regionen.¹ Det antas at en stor andel av verdens gjenværende petroleumsressurser befinner seg i de nordlige havområdene. Selv om det knytter seg usikkerhet til hvor stor denne andelen er, anslår forskere at henholdsvis 13 og 30 % av de uoppdagede olje- og gass ressursene finnes i arktiske strøk.² I den senere tid har også ytre forhold som smelting av

¹ Meld. St. nr. 7 (2011-2012) s.25 hvor petroleumsvirksomhet i nord trekkes fram som en prioritert oppgave. Se også Meld. St. nr. 28 (2010-2011) s. 12–13 om muligheter i nord.

² Meld. St. nr. 7 (2011-2012), s. 110. Det fins forskjellige definisjoner av hvilke områder som omfattes av Arktis. En vanlig definisjon er områder nord for polarsirkelen er en del av Arktis. Se for eksempel Arktisk Råd, *Arctic Marine Shipping Assessment*, (2009) Report s. 19. Rapporten er tilgjengelig på <http://www.pame.is/amsa>

* Førsteamanuensis ved KG Jebsen senter for havrett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, Norges Arktiske Universitet.

havisen i Polhavet ført til at et "nytt hav" med rike ressurser har åpnet seg. Også klarlegging av maritime grenser i nordlige havområder har bidratt til å gjøre uutnyttede petroleumsressurser tilgjengelig for utnyttelse. Det tidligere omstridte området i Barentshavet er nå, med grenseavtalen mellom Russland og Norge, klarlagt med hensyn til hvem som eier hvilke ressurser. Med et økende globalt behov for energikilder har dette aktualisert spørsmålet om petroleumsvirksomhet i nordlige havområder hvor det ikke tidligere har vært åpnet for slik virksomhet. Dette har skapt politisk debatt.

Petroleumsvirksomheten er Norges største næring målt i verdiskapning, statlige inntekter og eksportverdi.³ Det er for eksempel anslått at utbyggingen av Snøhvitfeltet og anlegget på Melkøya i Hammerfest har skapt nærmere 400 arbeidsplasser i Nord-Norge.⁴ I konsekvensutredningen for åpning av Barentshavet sørøst er det gjort ulike beregninger av inntekter og arbeidsplasser. På nasjonalt nivå, er det beregnet i tillegg til inntekter for salg av olje og gass, en årlig verdiskapningseffekt på 10 mrd. kroner og en sysselsettingseffekt på 1200 personer. På lokalt nivå er det forventet en sysselsettingsvekst på 2900 i et høyt scenario, og 700 i et lavt scenario.⁵ Utsiktene til nye arbeidsplasser og vekst i næringslivet på den ene siden, og de miljømessige konsekvensene av petroleumsvirksomhet for det sårbare miljøet i nordlige havområder på den andre siden, innebærer imidlertid vanskelige avveininger. Spørsmålet om hvorvidt det skal åpnes for olje og gassutvinning i nye havområder reiser i tillegg til spørsmål om potensielle konsekvenser på miljøet som følge av drift eller ulykker, også andre miljøspørsmål av mer global og etisk karakter. Olje og gassutvin-

ning representerer den største kilden til utslipp av klimagasser i Norge.⁶ Et relevant spørsmål er derfor hvorvidt Norge bør åpne for ytterligere petroleumsvirksomhet eller heller satse i større utstrekning på teknologiutvikling og alternative, klimavennlige energikilder. Videre kan det argumenteres med at Norge som kyststat i Arktis har et særskilt ansvar for å oppfylle internasjonale forpliktelser og til å ivareta det marine miljøet i de nordlige havområdene.⁷ Ved at aktiviteter i våre havområder påvirker miljøet og økosystemene i Polhavet og andre havområder i Arktis, kan dette sette grenser for norsk oljevirksomhet også på egen sokkel.

For at det skal finne sted petroleumsvirksomhet i et område må det være åpnet for slik aktivitet. Åpningsprosessen er regulert i petroleumslovens⁸ § 3-1 og omfatter en konsekvensutredning. Deretter avgjøres det av Stortinget på grunnlag av en avveining av de relevante hensyn som næringshensyn og miljøhensyn om området skal åpnes. Når området er åpnet, kan det tildeles konsesjoner til utvinning og produksjon av olje og gass etter § 3-3.

Det er imidlertid ikke bare petroleumsloven som er relevant for spørsmålet om åpning av nye havområder og tildeling av konsesjoner. Naturmangfoldloven⁹ har som formål å ivareta naturmangfoldet og økologiske prosesser, og er relevant for alle aktiviteter og virksomheter som får betydning for naturmangfoldet, herunder også petroleumsaktivitet. Problemstillingen som drøftes i denne artikkelen er hvilken rettslig be-

⁶ <http://www.ssb.no/klimagassn/>

⁷ Se Ilulissat Declaration, Arctic Ocean Conference, Ilulissat, Greenland 27–29 May 2008. Her stadfester de fem arktiske kyststatene at "The Arctic Ocean is a unique ecosystem, which the five coastal states have a stewardship role in protecting."

⁸ Lov av 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet.

⁹ Lov av 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold.

³ Meld. St. 36 (2012-2013) s. 5.

⁴ Meld. St. nr. 7 (2011-2012) s. 114.

⁵ Meld. St. 36 (2012-2013) s.

tydning miljøhensyn har ved åpning av nye områder og ved tildeling av konsesjon for oljeutvinning etter petroleumsloven. Et viktig spørsmål er om naturmangfoldloven innebærer en rettslig endring ved at den lovfester miljørettslige prinsipper som føre var-prinsippet og prinsippet om samlet belastning/økosystemtilnærming, slik at miljøhensyn får større vekt ved tolkningen og anvendelsen av petroleumsloven.

Norge har forpliktet seg folkerettslig gjennom avtaler som konvensjonen om biologisk mangfold¹⁰, konvensjon om bevaring av det marine miljø i det Nordøstlige Atlanterhavet¹¹ (OSPAR) og havrettskonvensjonen¹² til å beskytte marint biologiske mangfold gjennom tiltak som marine verneområder og andre tiltak for å sikre en helhetlig økosystembasert forvaltning av havområder. Hvilken rettslig betydning miljøhensyn har ved åpning av havområder og tildeling av konsesjon, drøftes derfor også i lys av Norges internasjonale forpliktelser og de rammer disse gir for petroleumsvirksomheten.

1.2 Oversikt over uåpnede norske havområder

Selv om det har vært drevet petroleumsvirksomhet på norsk sokkel i 40 år, er det fortsatt store uåpnede områder i nordlige havområder. Dette gjelder hele Barentshavet Nord (havområdene utenfor Svalbard) og Polhavet, deler av Barentshavet Sør (havområdet mot Bjørnøya og grenselinjeområdet mot Russland) og deler av Norskehavet (havområdene rundt Jan Mayen, Troms II, Nordland VII og deler av Nordland IV, V og VI).¹³

¹⁰ Konvensjonen om biologisk mangfold, vedtatt 5. Juni 1992.

¹¹ Konvensjonen om bevaring av det marine miljø i Nordøst- Atlanteren (OSPAR), vedtatt 22. September 1992.

¹² De forente nasjoners havrettskonvensjon, vedtatt 10. Desember 1982.

¹³ Om uåpnede områder se Meld. St. 10 (2010-2011), kapittel 6.

De politiske rammene for petroleumsvirksomhet og andre aktiviteter i norske havområder angis i de helhetlige forvaltningsplanene for havområdene.¹⁴ Gjennom vedtakelsen av forvaltningsplanen "Helhetlig forvaltning av det marine miljø i Barentshavet og havområdene utenfor Lofoten" i 2006, slo Stortinget fast at det ikke skulle åpnes for petroleumsvirksomhet i Barentshavet Nord, i det nord østlige Norskehavet (Troms II, Nordland VII, deler av Nordland VI og kystnære områder utenfor Nordlandskysten) eller i Barentshavet Sør.¹⁵

Forvaltningsplanen for Barentshavet og havområdene ble oppdatert i 2011 av Stortinget, hvor rammene for petroleumsvirksomhet ble vurdert på nytt. I den oppdaterte forvaltningsplanen ble det fastholdt at det ikke skal foretas konsekvensutredning med tanke på en åpningsprosess av de uåpnede havområdene i Norskehavet og Barentshavet Nord i Stortingsperioden.¹⁶ Områdene ble således gitt et tidsbegrenset "politisk vern" mot petroleumsvirksomhet. Det ble imidlertid besluttet at det skulle startes en kunnskapsinnhenting av virkninger av petroleumsvirksomhet i uåpnede deler av Nordland IV, V, VI, VII og Troms II, med tanke på en eventuell konsekvensutredning.¹⁷ Mindretallsregjeringen til Høyre og Fremskrittspartiet som tiltrådte høsten 2013 har senere i sin regjeringsplattform klarlagt at det ikke vil åpnes for petroleumsvirksomhet i perioden 2013 – 2017.¹⁸

¹⁴ I tillegg til helhetlige forvaltningsplaner for Barentshavet og Norskehavet, ble det vedtatt en helhetlig forvaltningsplan også for Nordsjøen og Skagerak i 2013, jf. Meld. St. 37 (2012-2013).

¹⁵ St.meld. nr. 8 (2005-2006) s. 122–125. Deler av Barentshavet Sør; Bjørnøya Sør, Troms I nordvest og nordlige del av Finnmark Vest) ble åpnet for lettevirksomhet i St.meld. nr. 40 (1988-1989).

¹⁶ Meld. St. 10 (2010-2011) s. 130.

¹⁷ *Ibid.*, s. 130.

¹⁸ <http://www.hoyre.no/filestore/Filer/Politikkdokumenter/plattform.pdf>

Når det gjelder det tidligere omstridte området vest for avgrensningslinjen mot Russland, et område i Barentshavet sørøst, ble det fastslått i den oppdaterte forvaltningsplanen for Barentshavet, at myndighetene ville gjennomføre konsekvensutredninger etter petroleumsloven med tanke på åpning av området.¹⁹ De første undersøkelsene av området i Barentshavet Sør, ble også igangsatt så snart delelinjeavtalen med Russland trådte i kraft i juli 2011.²⁰ Konsekvensutredning for Barentshavet sørøst ble gjennomført og sendt på offentlig høring høsten 2012. Området ble anbefalt åpnet av Regjeringen i Meld. St. 36 (2012-2013), og Stortinget ga tilslutning til dette i juni 2013.

Åpningsprosessen i det "nye" norske området i Barentshavet sørøst omfatter imidlertid ikke hele det uåpnede havområdet i Barentshavet Sør.²¹ Forvaltningsplanen for Barentshavet setter også rammer for åpningsområdet i Barentshavet sørøst ved at det fastslås at det ikke skal igangsettes petroleumsvirksomhet i områdene ved iskanten, Polarfronten og kystsonen langs Troms og Finnmark.²²

I den helhetlige forvaltningsplanen for Norskehavet som ble vedtatt i 2009, besluttet myndighetene å igangsette en åpningsprosess av havområdene rundt Jan Mayen.²³ Konsekvensutredningen av dette området ble sendt på høring høsten 2012.²⁴ Regjeringen har imidlertid uttrykt

at det er behov for en grundigere ressurskartlegging av havområdene utenfor Jan Mayen.²⁵

1.3 Miljøtilstanden i de uåpnede nordlige havområdene

Den oppdaterte forvaltningsplanen for Barentshavet bygger på eksisterende og ny kunnskap om miljøtilstanden og om arter, naturtyper og økosystem og om påvirkning på økosystemer og miljøtilstand.²⁶ Generelt sett regnes Norges nordlige havområder for å ha en god miljøtilstand. Økosystemene i Barentshavet er i god forfatning og havet betegnes som rent.²⁷ Enkelte havområder i Barentshavet er i forvaltningsplanen utpekt som *særlige verdifulle og sårbare* i miljø- og ressursmessig forstand. Dette er definert som områder

"...som ut fra naturfaglige vurderinger har vesentlig betydning for det biologiske mangfoldet og for den biologiske produksjonen i hele havområdet, og der mulige skadevirkninger kan få langvarige effekter."²⁸

Kriteriene som er brukt for å klassifisere områdene som *verdifulle* er at de har stor produksjon av arter. Videre kan området ha stor forekomst av truede arter eller naturtyper, eller være et nøkkelområde for såkalte rødlistearter, dvs. arter som er oppført på en offisiell liste over truede eller sårbare arter som Norge har et ansvar for å forvalte. Området kan også ha viktige nasjonale eller internasjonale bestander av enkelte arter i hele eller deler av året slik som for eksempel sjøfugl som hekker i et bestemt område.²⁹ Med *sårbarhet* menes en arts eller et områdes evne til "å opprettholde sin naturtilstand i forhold til

¹⁹ Meld. St. 10 (2010-2011), s. 132.

²⁰ Forslag til program for konsekvensutredning av området ble vedtatt av Olje og energidepartementet våren 2012. Informasjon om åpningsprosessen er tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/oed.html?id=750>

²¹ Se Meld. St. 36 (2012-2013) s. 18 og 38

²² Se Meld. St.10 (2010-2011), s. 132.

²³ Se Meld St. (2010-2011) s. 132. Høsten 2011 fastsatte Olje- og energi departementet et program for konsekvensutredning. Mer informasjon om åpningsprosessen er tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/oed.html?id=750>

²⁴ Se <http://www.regjeringen.no/nb/dep/oed/pressemeldinger/pressemeldinger/2012/apningsprosess-ved-jan-mayen---konsekven.html?id=705121>

²⁵ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/oed/aktuelt/nyheter/2013/trenger-grundigere-ressurskartlegging-ve.html?id=720480>

²⁶ Meld St. (2010-2011), s. 21 og 22.

²⁷ *Ibid.* s. 6.

²⁸ St.meld.nr. 8 (2005-2006) s. 26.

²⁹ *Ibid.*

ytre, ofte menneskeskapt påvirkning.”³⁰ Områdene som er klassifisert som sårbare er vurdert i forhold til aktiviteter som skipsfart, fiskerier og petroleumsvirksomhet i tillegg til andre ytre påvirkninger som miljøgifter, radioaktivitet og introduserte arter.³¹ På grunn av områdenes sårbarhet slås det fast at det må utvises aktsomhet og tas spesielle hensyn her.³² Et område som er sårbart for eksempel for akutt oljeforurensning trenger likevel ikke være sårbart i forhold til andre aktiviteter slik som fiskeriaktiviteter.³³

En årsak til at spørsmålet om oljevirkosomhet i nordlige havområder har skapt stor politisk debatt er, er at det til dels er geografisk overlapp mellom de nordlige havområdene som fortsatt er uåpnet og som forventes å inneholde petroleumsressurser, og de områdene som er utpekt som særlig verdifulle og sårbare områder i miljø- og ressursammenheng.

Havområdene utenfor Lofoten til og med Tromsøflaket inkludert eggakanten og kysten av Finnmark er i den helhetlige forvaltningsplanen for Barentshavet, pekt ut som særlige verdifulle og sårbare områder. Også Iskanten, Polarfronten, havområdene rundt Svalbard inkludert Bjørnøya er identifisert som verdifulle og sårbare havområder. Alle disse nevnte områdene er funnet å være sårbare for akutt forurensning.³⁴ Det er på bakgrunn av denne klassifiseringen at det er besluttet at det ikke skal åpnes for petroleumsvirksomhet her.

Når det gjelder miljøtilstanden i det tidligere omstridte området i Barentshavet sørøst, ble det besluttet i forvaltningsplanen at det ikke skal igangsettes petroleumsvirksomhet i den sørlige delen av det tidligere omstridte området i kystsonen langs Troms og Finnmark til grensen mot

Russland, Eggakanten, Iskanten og polarfronten og Bjørnøyviften, da dette er identifisert som verdifulle og sårbare områder.³⁵

1.4 Hvilke konsekvenser har petroleumsvirksomhet for miljøet og det biologiske mangfoldet i nordlige havområder?

Petroleumsvirksomhet kan påvirke miljøet negativt gjennom driftsutslipp til sjøen av miljøgifter. I tillegg kan fysiske inngrep på havbunnen føre til skade på koraller og leveområder for arter. Videre innebærer petroleumsvirksomheten en viss risiko for ulykker med akutt oljeutslipp (utblåsning). Også skipsfart som er knyttet til aktiviteten, innebærer operasjonell forurensning og risiko for skade på miljøet som følge av ulykker. I tillegg medfører den samlede økte aktiviteten i nordlige havområder utfordringer knyttet til samordning av og klarlegging av rammene for ulike aktiviteter som fiskeri, skipsfart, oppdrett, turisme for å sikre en god miljøtilstand. I forvaltningsplanene vurderes derfor også den samlede belastning av petroleumsvirksomhet og andre aktiviteter.³⁶

Et særlig spørsmål i relasjon til hvorvidt det skal åpnes for oljevirkosomhet i nordlige havområder, er om disse områdene er særlig utsatt, om slik virksomhet har en større potensiell negativ effekt for det marine miljøet her. I en rapport fra høsten 2009 fra Norges Institutt for Naturforskning (NINA) konkluderes det med at mer sårbare økosystemer i nord vil bidra til at et oljeutslipp får verre konsekvenser her enn utslipp lengre sør og at hele økosystem i verste fall kan rammes.³⁷ Dette forklares blant annet med at

³⁵ Meld. St. 10 (2010-2011) s. 132.

³⁶ Se Meld. St. 10 (2010-2011) s. 111-127 og St. meld. nr. 37 (2008-2009) s. 52-78

³⁷ Elisabeth Forsgren, Signe Christensen-Dalsgaard, Per Fauchald, Johanna Järegren og Tor F. Næsje, *Norwegian marine ecosystems – are northern ones more vulnerable to pollution from oil than southern ones?*, Norwegian Institute for Nature Research, NINA Report 514, Trondheim (2009).

³⁰ *Ibid.*, s. 28.

³¹ *Ibid.* s. 26.

³² Meld. St. 10 (2010-2011), s. 22.

³³ St. meld. nr. 8 (2005-2006).

³⁴ *Ibid.*, s. 28-32.

økosystemene i nord består av færre arter og har mindre motstandskraft mot påvirkning fra menneskelige aktiviteter. Den samlede belastningen med aktiviteter som fiskeri, skipsfart og petroleumsvirksomhet kan også bli for høy, for å sikre bevaring av områder med rikt, eller unikt biologisk mangfold.

Flere områder innenfor de nordlige havområdene er pekt ut som sårbare områder. Barentshavet inneholder betydelige fiskebestander av torsk, lodde og sild og viktige fuglefjell. Havområdet innehar også store kaldtvannskoraller som er omtalt som havets regnskoger og er svært viktige for å bevare det biologiske mangfoldet. Deres oljevirksomhet skal finne sted innenfor områder som er klassifisert som sårbare områder, må det stilles særlige krav til at virksomheten er tilpasset den særegne sårbare naturen.³⁸ For petroleumsvirksomhet som finner sted i Barentshavet er det også vedtatt slike skjerpede krav blant annet ved at det gjelder et nullutslippskrav ved normal drift.³⁹

2. Overordnede miljørettslige rammer for petroleumsvirksomheten

Naturens mangfold og sentrale miljøverdier er vernet gjennom Grunnloven § 110 b. Grunnloven 110 b utgjør sammen med Norges folkerettslige forpliktelser overordnede rettslige rammer for petroleumsvirksomheten. Dette betyr at petroleumsvirksomheten på norsk sokkel må skje på en slik måte at Grunnloven 11 b og folkerettens forpliktelser oppfylles. I dette punktet vil jeg drøfte nærmere hvilken betydning disse rettskildedefaktorene har for tolkningen og anvendelsen av petroleumsloven.

Det følger av Grunnloven § 110 b, 1. ledd, 1. pkt. at "Enhver har Ret til et Mileu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktions-

æвне og Mangfold bevares." Marint biologisk mangfold og levende marine ressurser omfattes klart av denne forpliktelsen. Videre følger det av første ledd, andre pkt. at "Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsiktig og alsidig Betragtning der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten." Flere miljørettslige prinsipper som føre var – prinsippet, integrasjonsprinsippet og prinsippet om økosystemtilnærming kommer direkte eller indirekte til uttrykk i grunnlovsbestemmelsen.⁴⁰ At miljøet er vernet gjennom Grunnloven § 110 b innebærer at miljøhensyn skal integreres i beslutningsprosesser og gir derfor et formelt grunnlag for integrasjonsprinsippet i norsk rett.⁴¹ Formuleringen om at naturens ressurser skal forvaltes ut fra langsiktige vurderinger tilsier anvendelse av føre var-prinsippet, mens prinsippet om økosystemtilnærming kan utledes av retten og plikten til å bevare naturens produksjonsevne og mangfold.⁴²

Grunnloven § 110 b skal etter 3. ledd gjennomføres ved at myndighetene plikter å vedta lovgivning som er nødvendig for å oppfylle bestemmelsens forpliktelser. I forarbeidene til Grunnloven fremkommer det videre at bestemmelsen har betydning ved tolkning og skjønnsutøvelse av annen lovgivning.⁴³

⁴⁰ Se Innst. S. nr. 163 (1991-92) s. 6. Se også Hans Christian Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, Oslo 2012, s. 139.

⁴¹ Bugge (2012) s. 129. Mer om integrasjonsprinsippet se Inge Lorange Backer, "Integrasjonsprinsippet – er det noe bedre alternativ?" s. 42–62 i *Pro Natura Festskrift til Hans Christian Bugge*, redigert av Inge Lorange Backer, Ole Kristian Fauchald og Christina Voigt, Oslo 2012.

⁴² Om betydningen av disse prinsippene for marin ressursforvaltning se Ingvild Ulrikke Jakobsen og Tore Henriksen, "Prinsippene om føre var og økosystemtilnærming – hvilken betydning har lovfesting for marin ressursforvaltning?" s. 227–248 i Inge Lorange Backer, Ole Kristian Fauchald og Christian Voigt (2012).

⁴³ Se Innst. S. nr. 163 (1991-1992) s. 6. For en grundig analyse av Grunnlovens § 110 b's betydning, se Ole Kristian Fauchald, *Forfatning og miljøvern – en analyse av grunnloven § 110 b* TjR 2007 nr. 1 s. 1–84.

³⁸ Se St. meld. nr. 8 (2005-2006) s. 26.

³⁹ Om dette Meld. St. 10 (2010-2011) s. 60–62.

Naturmangfoldloven ble vedtatt for å bidra til oppfylle kravet til miljøkvalitet som følger av Grunnloven.⁴⁴ Nærmere bestemt skal bestemmelsene og prinsippene i naturmangfoldloven bidra til oppnåelsen av en "Natur hvis Produktionsæвне og Mangfold bevares." Naturmangfoldloven lovfester flere av de miljørettslige prinsippene som kan utledes av grunnlovsbestemmelsen, slik som føre var-prinsippet, prinsippet om økosystemtilnærming og integrasjonsprinsippet.⁴⁵ Bestemmelsene i naturmangfoldloven må derfor tolkes og anvendes i lys av Grunnloven § 110 b. Dette gjelder også for annen virksomhetslovgivning som regulerer aktiviteter som har betydning for naturmangfoldet, slik som petroleumsloven. Grunnloven § 110 b har også blitt trukket inn som tolkningsfaktor av Høyesterett i flere saker.⁴⁶

Havrettskonvensjonen, konvensjonen om biologisk mangfold og OSPAR forplikter Norge til å beskytte det marine miljøet og sikre bærekraftig bruk og bevaring av marine økosystemer, arter og biologisk mangfold. Havrettskonvensjonen artikkel 192 og 194(5) inneholder generelle forpliktelser for statene til å verne og bevare det marine miljøet, herunder også "rare or fragile ecosystems as well as the habitat of depleted, threatened or endangered species and other forms of marine life."⁴⁷ Konvensjonen om biologisk mangfold av 1992 har som formål å sikre

"the conservation of biological diversity, the sustainable use of its components and the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources."⁴⁸ Biologisk mangfold er definert i konvensjonen om biologisk mangfold som

"the variability among living organisms from all sources including, inter alia, terrestrial, *marine* and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part; this includes diversity within species, between species and of ecosystems."⁴⁹

Begrepet biologisk mangfold omfatter således *variasjonen av liv*, og bygger på en erkjennelse av at man må bevare økosystemene og prosessene i naturen. Konvensjonen inneholder prinsipper og forpliktelser for statene for å oppnå formålene om vern og bærekraftig bruk av det biologiske mangfoldet. Spesielt kan det nevnes at statene er forpliktet til å bevare det biologiske mangfold "in situ" gjennom en rekke spesifiserte tiltak, herunder ved opprettelse av beskyttede områder.⁵⁰ I tillegg er statene forpliktet til å integrere hensynet til bevaring og bærekraftig bruk av biologiske ressurser i nasjonale beslutningsprosesser.⁵¹

På det regionale nivået er Norge gjennom OSPAR forpliktet til å beskytte det marine miljøet mot skadevirkninger fra menneskelig virksomhet, og til å bevare de marine økosystemer og det biologiske mangfoldet.⁵² OSPAR vedtok i 1998 Annex V om beskyttelse og vern av økosystemer og biologisk mangfold i 1998. Det følger av artikkel 2 i Annex V at statene for å oppfylle

⁴⁴ Se Ot. prp. nr. 52, s. 57.

⁴⁵ Naturmangfoldloven kapittel I og II. Backer trekker fram naturmangfoldloven kapittel I og II som et fremtredende eksempel på at miljøhensyn skal trekkes inn også ved anvendelsen av andre lover, se Backer på s. 43 i Inge Lorange Backer, Ole Kristian Fauchald og Christina Voigt (2012).

⁴⁶ Se for eksempel Rt. 1993 s. 528 og Rt. 1995 s. 1939.

⁴⁷ For en tolkning av innholdet i disse forpliktelsene og hvorvidt de omfatter en plikt til å bevare biologisk mangfold, se Ingvild U. Jakobsen, "Marine verneområder i Arktis: Kyststatens forpliktelser og rettigheter" s. 97–101, i *Juss i Nord, Hav, fisk og urfolk. En hylles til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø 25 årsjubileum*, redigert av Tore Henriksen og Øyvind Ravna, Oslo 2012.

⁴⁸ Konvensjonen om biologisk mangfold, artikkel 1.

⁴⁹ Konvensjonen om biologisk mangfold av 1992, artikkel 2. (min utheving).

⁵⁰ Konvensjonen om biologisk mangfold, artikkel 8 a).

⁵¹ Konvensjonen om biologisk mangfold artikkel 10.

⁵² Forpliktelsene til å bevare og beskytte det biologiske mangfoldet ble presisert gjennom vedtakelsen av Vedlegg V til OSPAR i 1998.

forpliktelsene etter konvensjonen om biologisk mangfold skal ta nødvendige tiltak for å beskytte og bevare økosystemer og biologisk mangfold. Både under konvensjonen om biologisk mangfold og OSPAR er det vedtatt som målsetninger at ca. 10 % av havområdene skal være vernet innen 2012.

Verken havrettskonvensjonen, konvensjonen om biologisk mangfold eller OSPAR er inkorporert i norsk rett. De internasjonale forpliktelsene får imidlertid betydning i norsk rett gjennom presumsjonsprinsippet, ved at norsk rett formodes å være i samsvar med folkeretten.⁵³ Et annet rettskildefrinsipp som innebærer at folkeretten får betydning i norsk rett, er effektivitetsprinsippet som innebærer at den norske regelen tolkes slik at formålet med en internasjonal regel oppfylles.⁵⁴

De nevnte folkerettslige avtalene er således relevante og skal trekkes inn og tillegges vekt når petroleumsloven tolkes og anvendes. Et annet, mer usikkert spørsmål er imidlertid hvilken vekt forpliktelsene til å bevare det marine miljøet og det biologiske mangfoldet får. Det fremkommer av uttalelser i Finnanger-dommen, Rt. 2000 s. 1811, at presumsjonsprinsippet kan ha ulikt gjennomslag og vekt på ulike rettsområder. Her uttales det av førstvoterende på s. 1829 at presumsjonsprinsippets gjennomslagskraft "vil være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til." I en situasjon hvor folkeretten gir borgerne rettigheter og beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, uttrykker førstvoterende videre at en

nasjonal regel vil "yte lite motstand" mot den folkerettslige regelen.⁵⁵

Spørsmålet om åpning av nye områder og tildeling av konsesjon for oljevirkosomhet dreier seg ikke om vern for borgerne mot inngrep. Men slike saker har betydning for viktige allmenne miljøsaker. Miljøverdiene som Norge etter de folkerettslige avtalene er forpliktet til å beskytte, har også vern gjennom Grunnloven § 110 b. Ved at folkeretten kan få betydning for å klarlegge innholdet i det materielle kravet etter Grunnloven § 110 B, kan det tale for at man er på et rettsområde hvor de folkerettslige forpliktelsene får styrket vekt ved tolkningen og anvendelsen av nasjonale regler, slik som petroleumslovgivningen, enn hva som følger ellers av presumsjonsprinsippet.⁵⁶

Karakteren og innholdet i folkerettslige forpliktelser, herunder forpliktelsenes klarhet har også betydning for hvilken vekt den får som rettskildefaktor i norsk rett.⁵⁷ Internasjonale miljørettslige forpliktelser, slik som forpliktelsene i konvensjonen om biologisk mangfold, er ofte generelt og vagt formulert. Det forhold at de folkerettslige reglene selv er uklare og kan tolkes på flere måter, vil derfor redusere vekten deres i avveiningen med de nasjonale rettskildefaktorene.⁵⁸

De internasjonale forpliktelsene og Grunnloven har følgelig betydning ved lovtolkningen av § 3-1 og § 3-3 som regulerer spørsmålet om åpning av områder og tildeling av konsesjon. Rettskildefaktorene kan bringe inn og gi styrket

⁵³ Om forholdet mellom internasjonal rett og norsk rett, se Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utg., Oslo 2011 s. 52–65.

⁵⁴ Om effektivitetsprinsippet, se Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode; Særlig om EØS-rettens metode i norsk rett*, Oslo 2009, s. 54 – 57.

⁵⁵ Finnanger-dommen, Rt. 2000 s. 1811, på s. 1829.

⁵⁶ Geir Ulfstein, "Internasjonal miljøretts stilling i norsk rett" s. 1–20, på s. 3 i *Forholdet mellom internasjonal og nasjonal miljørett: Utvalgte artikler. Miljørettslige studier nr. 18*. Institutt for offentlig skriftserie nr. 5/2000.

⁵⁷ Se Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode; Særlig om EØS-rettens metode i norsk rett*, Oslo 2009, s. 76–81.

⁵⁸ Inge Lorange Backer, *Naturmangfoldloven. Kommentartutgave*, Oslo 2010 s. 15.

vekt til miljøhensyn og miljørettslige prinsipper og slik bidra til andre tolkningsalternativer, enn de som følger av en tolkning av petroleumslovens ordlyd, formål og forarbeider.

Folkeretten og Grunnloven § 110 b har også betydning ved den konkrete rettsanvendelsen, dvs. skjønnsutøvelsen. De folkerettslige forpliktelser og Grunnloven kommer inn, sammen med de øvrige relevante rettskildefaktorene, som tolkningsmomenter og klarlegger rammene for forvaltningsskjønnet ved at de angir og konkretiserer relevante og pliktige hensyn for forvaltningen.⁵⁹ Slike prinsipper og hensyn kan også få betydning i helhetsvurderinger som må foretas etter petroleumsloven. Grunnloven § 110 b og folkerettslige forpliktelser kan videre gi støtte til hvilke vilkår forvaltningen har adgang til å stille når de for eksempel gir en tillatelse til petroleumsvirksomhet etter lovens § 3-3.⁶⁰

Mer konkret kan det i åpningsprosessen av nye havområder oppstå konflikter mellom beslutninger om petroleumsdrift på den ene siden og statens forpliktelser til å verne og beskytte sårbare habitater som koraller eller representative havområder. Både havrettskonvensjonen, konvensjonen om biologisk mangfold og OSPAR stiller krav til statene om å beskytte økosystemer og sårbare habitater. Selv om avtalene ikke angir konkret hvilke områder som må beskyttes eller hvilke aktiviteter som må forbys eller reguleres, kan statens forpliktelser til å beskytte det marine miljøet og det marine biologiske mangfoldet få betydning for hvor oljevirksomhet kan finne sted og i hvilken utstrekning og under hvilke betingelser slik virksomhet kan utøves. Som eksempel kan det vises til at det under OSPAR er det utviklet lister og definisjoner av hva som er

sårbare arter og habitater som veiledning for statene når de skal gjennomføre sine forpliktelser.⁶¹ Dersom petroleumsaktiviteter finner sted i områder som inneholder slike arter og habitater, kan dette komme i konflikt med denne konvensjonens formål og plikter. Videre kan forurensning som følge av drift og ulykker, medføre skade på økosystemer og biologisk mangfold. Det innebærer at petroleumsvirksomheten må finne sted i et slikt omfang og på en slik måte at både de internasjonale forpliktelsene og Grunnloven § 110 B kan oppfylles.

Oppsummert må altså miljøhensyn og miljørettslige prinsipper slik som beskyttelse av biologisk mangfold, integrasjonsprinsippet, prinsippet om økosystemtilnærming og føre var-prinsippet, som er del av Norges folkerettslige forpliktelser og som også kan utledes av Grunnloven § 110 b, tillegges betydelig vekt ved tolkingen og anvendelsen av petroleumsloven.

3. Prosessen med åpning av nye områder og tildeling av konsesjon etter petroleumsloven

3.1 Generelt

I dette punktet gis det en oversikt over saksgangen ved åpning av nye områder og tildeling av utvinningstillatelser. Formålet er å beskrive konsesjonssystemet etter petroleumsloven, og redegjøre for hvilke beslutninger og tillatelser som kreves før utvinning av petroleumsressurser kan finne sted. Det blir også redegjort nærmere for hvilke typer beslutninger som fattes og hvilken utøvelse av forvaltningsmyndighet som finner sted etter hhv. petroleumsloven § 3-1 og § 3-3. Dette er ment å danne bakgrunn for de senere drøftelsene av naturmangfoldlovens betydning for tolkingen og rettsanvendelse av petroleumslovens bestemmelser.

⁵⁹ Se Bugge (2012) s. 66.

⁶⁰ Se Inge Lorange Backer, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 5. utgave, Oslo 2012, s. 60 i forhold til Grunnloven § 110 b og forvaltningens ulovfestede adgang til å stille vilkår.

⁶¹ OSPAR List of Threatened and/or Declining Species and Habitats (Reference Number: 2008-6)

Etter at et område er åpnet etter § 3-1 kan departementet tildele undersøkelsestillatelse etter § 2-1, for å finne petroleumsressursene som kan utnyttes i området. Deretter kan Kongen i statsråd, dvs. Regjeringen, tildele utvinningstillatelse etter § 3-3 etter at området er utlyst som beskrevet i § 3-5. Før utvinning og utbygging starter må den som gis tillatelse utarbeide en plan for utbygging og drift av petroleumsforekomster (PUD) etter § 4-2. Planen skal inneholde en beskrivelse blant annet av miljømessige forhold ved virksomheten, jfr. § 4-2, 2. ledd. Etter petroleumsforskriften § 20 er det også ved utarbeidelse av PUD krav om at det skal foretas en konsekvensutredning. Et relevant og viktig spørsmål er hvilken rettslig betydning miljöhensyn og naturmangfoldloven har for departements beslutning om å godkjenne PUD etter § 4-2. I denne artikkelen er det imidlertid bestemmelsene om åpning av områder og tildeling av tillatelse i § 3-1 og 3-3 som er gjenstand for undersøkelser.

3.2 Nærmere om saksgangen

Det følger av petroleumsloven § 1-1 at den norske stat har eiendomsrett til undersjøiske petroleumsforekomster og eksklusiv rett til ressursforvaltning. Lovens formål er at "ressursforvaltningen skal gi landet inntekter og bidra til å sikre velferd, sysselsetting og et bedre miljø og styrke norsk næringsliv og industriell utvikling". For å oppnå dette formålet er naturressursene og petroleumsaktivitetene underlagt omfattende regulering og kontroll, hvor lovens konsesjonssystem inngår som et viktig element.⁶² Loven gjelder for petroleumsvirksomhet som er definert i petroleumsloven § 1-6 (c) som "all virksomhet knyttet til undersjøiske petroleumsforekomster, herunder undersøkelse, leteboring, utvinning, transport,

utnyttelse og avslutning samt planlegging av slike aktiviteter, likevel ikke transport av petroleum i bulk med skip."

Regjeringen kan etter § 3-3, jfr. § 3-5 utlyse og tildele utvinningstillatelser på kontinentalsokkelen. Området en utvinningstillatelse evt. skal gis i må være åpnet slik som beskrevet i § 3-1. Petroleumsloven § 3-1 fastslår at "før åpning av nye områder med sikte på tildeling av utvinningstillatelser" skal det foretas en avveining av de relevante interesser. Det følger videre av § 3-1, 1. ledd, 1.pkt. at det under denne avveiningen skal foretas "en vurdering av de nærings- og miljømessige virkninger av petroleumsvirksomheten og mulig fare for forurensninger samt de økonomiske og sosiale virkninger som petroleumsvirksomheten kan ha."

I forarbeidene til loven er det presisert at det kreves en *konsekvensutredning* for å foreta en "vurdering" av de nevnte virkninger.⁶³ Det følger videre av bestemmelsen 4. ledd at departementet bestemmer hvilken saksbehandling som skal følges i det enkelte tilfelle. Det innebærer at Olje- og energidepartementet bestemmer hvilke utredninger som skal foretas og i hvilket omfang. Utfyllende regler om konsekvensutredningen følger av petroleumsforskriften⁶⁴ som er gitt i medhold av petroleumsloven. Forskriftens kapittel 2a stiller krav om at det skal utarbeides et konsekvensutredningsprogram som blant annet skal klargjøre hvilke forhold det skal gjøres rede for i konsekvensutredningen, jfr. § 6b. Videre følger det av § 6b i forskriften utfyllende krav til hvilke vurderinger som skal inngå i konsekvensutredningen.

Etter at de nødvendige vurderinger av et område har funnet sted, foretas det etter § 3-1, 1. ledd, 1. pkt. "en avveining av de ulike interesser

⁶² Høstmælingen, Ingrid Kristine, *Etablering av petroleumsvirksomhet i nye områder på norsk kontinentalsokkel*. Spesialoppgave, Universitetet i Oslo, 2005, s. 1. <https://www.duo.uio.no/handle/10852/20448?show=full>

⁶³ Ot. prp. nr. 43 (1995-96) s. 34

⁶⁴ Forskrift til Lov om Petroleumsvirksomhet 27. Juni 1997 nr. 653

som gjør seg gjeldende på det aktuelle området." Dersom Regjeringen ønsker at området skal åpnes, fremmes det Stortingsmelding til Stortinget. Det er altså formelt Stortinget som beslutter om områder skal åpnes for petroleumsdrift. Dette følger ikke av loven, men det er utviklet en praksis hvor det er Stortinget som avgjør om nye områder skal åpnes etter petroleumsloven.⁶⁵

Når et område er besluttet åpnet for petroleumsvirksomhet av Stortinget, følger det av § 3-3 at "Kongen i statsråd kan på nærmere bestemte vilkår tildele utvinningstillatelse." At et område er åpnet betyr altså ikke at det må gis utvinningstillatelser, men vil være opp til Regjeringen å avgjøre.

3.3 Nærmere om beslutningene og utøvelsen av forvaltningsmyndighet etter petroleumsloven § 3-1 og § 3-3

Ordlyden i § 3-1 om at det skal foretas en avveining "av de nærings- og miljømessige virkninger av petroleumsvirksomheten og mulig fare for forurensninger samt de økonomiske og sosiale virkninger som petroleumsvirksomheten kan ha" signaliserer at det er et vidt skjønn for Stortinget når det tar stilling til om området skal åpnes eller ikke. Stortinget står også etter ordlyden fritt når det gjelder hvordan hensynene skal vektlegges i interesseavveiningen. Den skjønsmessige vurderingen Stortinget må foreta etter § 3-1 må likevel skje innenfor rammene av loven og de relevante rettskildefaktorene slik som Grunnloven 110 b, internasjonale konvensjoner og naturmangfoldloven. Spørsmålet om hvilken rettslig betydning naturmangfoldloven har i denne skjønsmessige avveiningen diskuteres nedenfor i pkt. 5.3.

Man kan stille spørsmål ved hvilken type beslutning eller avgjørelse som fattes etter § 3-1. Som et utgangspunkt kan man slå fast at dette ikke er et enkeltvedtak jfr. forvaltningsloven⁶⁶ § 2, 1. ledd bokstav a, da beslutningen ikke er "bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer." At et område er åpnet innebærer ikke at noen får rett til å utvinne petroleumsressursene i området og heller ikke at området må lyses ut, jfr. § 3-3 og 3-5. Beslutningen er beskrevet i litteraturen som et "nødvendig saksbehandlingsskritt" for at myndighetene senere skal kunne utlyse områder og gi tillatelser til utvinning.⁶⁷

Beslutningen om å åpne nye områder fattes av Stortinget på bakgrunn av en Stortingsmelding utarbeidet av Regjeringen. At beslutningen tas av de øverste statsorganer innebærer at det ikke fins noe overordnet forvaltningsorgan som avgjørelsen kan påklages til. Det betyr at beslutningen bare kan angripes ved å gå til domstolen.⁶⁸

Petroleumsloven § 3-1 overlater imidlertid til forvaltningens frie skjønn å avgjøre om området skal åpnes. Det er således begrenset hva domstolene kan overprøve. Domstolene kan etter prinsippet i naturfredningsdommen, Rt. 1995 s. 1427, overprøve både lovtolkningen og den konkrete rettsanvendelsen. Selve beslutningen av om området skal åpnes eller ikke, basert på interesseavveiningen i § 3-1 hører under forvaltningens frie skjønn og er således unndratt domstolskontroll. Domstolene kan imidlertid overprøve saksbehandlingsreglene, herunder om avgjørelsen er tatt på et forsvarlig grunnlag samt det faktiske grunnlaget. Videre kan domstolene på grunnlag av myndighetsmisbrukslæra prøve

⁶⁵ Ulf Hammer, Trond Stang, Sverre B. Bjelland, Yngve Butnesli og Amund Bjøranger Tørum, *Petroleumsloven*, Oslo 2009 s. 115. Ser også Ot. prp. nr. 72 (1982-1983), s. 45, høyre spalte.

⁶⁶ Lov av 10. februar 1967 nr. 2 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

⁶⁷ Hammer med flere, s. 115.

⁶⁸ Om beslutningens angripelighet, se Høstmælingen s. 75-84.

om forvaltningen har trukket inn utenforliggende hensyn i interesseavveiningen etter § 3-1.⁶⁹

Beslutningen om å gi tillatelse eller ikke etter § 3-3 er et enkeltvedtak etter forvaltningslovens § 2 a) og b). Ved at det er Regjeringen som har myndighet til å gi tillatelse kan vedtaket ikke påklages til noe overordnet forvaltningsorgan. Videre følger det klart av ordlyden "kan på nærmere bestemte vilkår tildele utvinningstillatelse", at det er overlatt til forvaltningens frie skjønn hvorvidt det skal gis tillatelse eller ikke. Domstolene kan på samme måte som i forhold til § 3-1 således bare prøve saksbehandlingsregler, avgjørelsens faktiske grunnlag og hvorvidt det foreligger brudd på myndighetsmisbrukslæra, slik som om det er tatt utenforliggende hensyn eller om avgjørelsen er sterkt urimelig. Rammene for dette skjønnet og betydningen av naturmangfoldloven drøftes nedenfor i punkt 5.4.

4. Naturmangfoldloven

4.1 Generelt

I den videre fremstillingen vil det først redegjøres for forholdet mellom naturmangfoldloven og petroleumsloven. Deretter drøftes de alminnelige bestemmelsene om bærekraftig bruk i naturmangfoldloven som får anvendelse ved tolkningen og anvendelsen av petroleumslovens regler om åpning av områder og tildeling av konsesjoner.

Naturmangfoldloven er vedtatt for å sikre naturens mangfold. Loven skal bidra til å gjennomføre Grunnloven § 110 b og Norges internasjonale forpliktelser slik som konvensjonen om biologisk mangfold.⁷⁰

Loven omhandler all natur i Norge og har full anvendelse på landterritoriet, herunder inn-

sjøer og vassdrag og i territorialfarvannet, jf. § 2. På kontinentalsokkelen og i økonomisk sone, er lovens alminnelige bestemmelser slik som lovens formål, bestemmelser om forvaltningsmål for arter og miljørettslige prinsipper, gitt anvendelse så langt de passer, jf. § 2, 3. ledd. Det betyr at lovens virkemidler for å ivareta naturens mangfold som etablering av marine verneområder i § 39, prioriterte arter § 23 og særlige naturtyper § 52, ikke får anvendelse ut over territorialfarvannet. Utenfor 12 nautiske mil har man altså ingen internrettlig hjemmel for å opprette et sektorovergripende marint verneområde hvor alle aktiviteter som kan skade naturmangfoldet er regulert, slik som fiskeri, skipsfart og oljevirkosomhet mv.⁷¹ Innenfor grensen for territorialfarvannet kan man imidlertid etablere et marint verneområde med hjemmel i naturmangfoldlovens § 39, hvor også oljevirkosomhet kan reguleres eller forbys.

4.2 Forholdet mellom naturmangfoldloven og petroleumsloven

Naturmangfoldlovens formål er uttrykt i § 1 ved at "naturen med dens biologiske, landskapsmessige og geologiske mangfold og økologiske prosesser tas vare på ved bærekraftig bruk og vern."⁷² Loven har videre som mål å bevare naturen både nå og i framtiden for senere generasjoner, jfr. ordene "nå og i fremtiden." For å oppnå formålet med å ivareta "naturen med dens biologiske ... mangfold og økologiske prosesser" inneholder loven både alminnelige prinsipper for bærekraftig bruk og virkemidler som artsforvaltning, områdevern og utpeking av spesielle naturtyper.

⁶⁹ Om domstolskontroll og hva domstolene kan overprøve se Thorstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 2010 s. 539–553.

⁷⁰ Se Ot. Prp. nr. 52 (2008-2009) s. 20, høyre spalte.

⁷¹ Etter havressursloven har man hjemmel til å etablere et beskyttet område også in den økonomiske sonen. Et beskyttet område kan imidlertid bare beskyttes mot høsting og utnyttning av levende marine ressurser.

⁷² Loven må ses i lys av Grl. § 110 b hvor det følger av 1. ledd at enhver har rett til en "Natur hvis Produksjons-ævine og Mangfold bevares".

Selv om formålsbestemmelsen ikke inneholder noen forpliktelser i seg selv, har den betydning for tolkningen av lovens øvrige bestemmelser. Den kan for eksempel ha betydning for hvor strenge restriksjoner som skal fastslås i et marint verneområde etablert etter naturmangfoldloven.

Mange tiltak som får betydning for naturmangfoldet reguleres imidlertid gjennom annen lovgivning, som har egne formålsbestemmelser og egne bestemmelser. For å oppnå lovens formål er det nødvendig at formålet med loven og lovens alminnelige bestemmelser kommer til anvendelse ved reguleringen av alle aktiviteter som påvirker eller har negativ effekt på naturmangfoldet, slik som fiskeri, akvakultur, oljevirkosomhet etc.

Naturmangfoldlovens forhold til annen lovgivning er ikke klargjort i en lovbestemmelse. I lovens forarbeider er det imidlertid fremhevet at naturmangfoldloven virker side om side med annen lovgivning som for eksempel havressursloven og petroleumsloven.⁷³ Det betyr at alle aktiviteter og uttak av naturressurser reguleres gjennom sektorlovgivningen, men naturmangfoldloven er ment å fylle ut annen særlovgivning. Det fremgår av lovens forarbeider at ivaretagelse av naturmangfoldet, lovens formål, er et tilleggshensyn i tolkningen og skjønnsutøvelsen av annen lovgivning.⁷⁴

Formålsbestemmelsen definerer derfor naturmangfoldlovens saklige virkeområde ved at loven får anvendelse for all aktivitet som har betydning for naturens mangfold og økologiske prosesser. Formålet til naturmangfoldloven har da den funksjon at den supplerer og bidrar til tolkningen og skjønnsutøvelsen etter annen lovgivning.⁷⁵

4.3 Naturmangfoldlovens alminnelige bestemmelser om bærekraftig bruk

4.3.1 Generelt

For å klargjøre hvilken betydning naturmangfoldloven har for spørsmålet om åpning av nye områder og for tildeling av konsesjon etter petroleumsloven, er det nødvendig å redegjøre nærmere for de alminnelige bestemmelsene om bærekraftig bruk i naturmangfoldloven. Jeg vil derfor presentere og drøfte lovens regler om forvaltningsmål og de miljøretslige prinsippene som er lovfestet i kapittel II i loven.

4.3.2 Forvaltningsmål

Naturmangfoldloven har vedtatt forvaltningsmål for arter og naturtyper i §§ 4 og 5. Begrunnelsen for dette og formålet med bestemmelsene er at målene skal gjelde på tvers av sektorene og dermed bidra til en mer helhetlig forvaltning av naturmangfoldet.⁷⁶ Det følger videre av forarbeidene at målene først og fremst retter seg mot skjønnsutøvelsen etter naturmangfoldloven og annen lovgivning, men kan også få betydning for lovtolkningen.⁷⁷

I forhold til petroleumsvirksomhet er særlig naturmangfoldlovens forvaltningsmål for naturtyper og økosystemer relevant. Det følger av § 4 at

”Målet er at mangfoldet av naturtyper ivaretas innenfor deres naturlige utbredelsesområde og med det artsmangfoldet og de økologiske prosessene som kjennetegner den enkelte naturtype. Målet er også at økosystemers funksjoner, struktur og produktivitet ivaretas så langt det anses rimelig.”

Målet er ikke formulert som et absolutt resultat eller terskel. Det kreves imidlertid ikke bare at naturtypene ivaretas, men også at de økologiske

⁷³ Ot. prp. nr. 52 (2008-2009) s. 56.

⁷⁴ Ot. prp. nr. 52 (2008-2009), s. 57, venstre spalte.

⁷⁵ Backer (2010) s. 44–45.

⁷⁶ Ot. prp. nr. 52 (2008-2009), s. 81, venstre spalte.

⁷⁷ *Ibid.*

prosesser og at økosystemers funksjoner ivaretas. Man kan derfor si at målet både stiller krav til kvantitet og til kvalitet.⁷⁸ Det er videre påpekt i forarbeidene at selv om målet ikke er presist angitt, så er det likevel målbart.

Et relevant spørsmål er hvorvidt dette betyr at naturmangfoldloven her oppstiller minstekrav dvs. at forvaltningsmålene for naturtyper, økosystemer og for arter som er vedtatt i §§ 4 og 5, er obligatoriske minstekrav for all virksomhet. Det vil innebære at all oljevirkosomhet som finner sted på norsk sokkel må gjennomføres på en måte slik at forvaltningsmålene oppfylles.

Det er imidlertid naturlig å forstå forvaltningsmålet slik det kommer til uttrykk i loven, som et mål i et større perspektiv. Bestemmelsens formulering om at målet er at økosystemers funksjoner, struktur og produktivitet ivaretas "så langt det anses rimelig", tilsier også at det ikke er naturlig å forstå dette som en plikt til å vurdere hvorvidt forvaltningsmålene er oppfylt i den enkelte sak. Det fremgår videre også av forarbeidene at målene ikke er ment å gi direkte forpliktelser, men at de angir rammer for handling for forvaltningen.⁷⁹

Det betyr at forvaltningsmålene ikke vil gjelde i alle enkeltsaker, men heller som en retningslinje for den samlede virksomhet og bruk av naturressurser. Loven åpner også i § 14 for å ivareta andre samfunnsinteresser og viktige hensyn, slik som økonomisk utvikling og distrikts-hensyn.⁸⁰ Men, det betyr i følge forarbeidene ikke at man kan fravike målene på grunn av andre samfunnsinteresser. Myndighetene har imidlertid frihet til å vurdere om målene kan nås på en annen måte, gjennom andre virkemidler eller i et annet tempo.⁸¹

Selv om forvaltningsmålene ikke innebærer en konkret plikt for myndighetene, så står man altså ikke fritt til å ikke ta hensyn til disse målene ved vurderingen av om et område skal åpnes etter petroleumsloven § 3-1 eller om en tillatelse til oljevirkosomhet skal gis etter § 3-3. Hvis det for eksempel er klart at oljevirkosomhet i et konkret område vil virke mot at målene kan oppnås, vil slik aktivitet ikke kunne aksepteres.

4.3.3 Miljørettslige prinsipper

Gjennom naturmangfoldloven er sentrale miljørettslige prinsipper lovfestet. Den rettslige betydningen av de miljørettslige prinsippene er slått fast i lovens § 7. Det følger av § 7, 1. pkt. at prinsippene skal legges til grunn som "retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet, herunder når et forvaltningsorgan tildeler tilskudd, og ved forvaltning av fast eiendom." At prinsippene skal gjelde "som retningslinjer" innebærer at de angir vurderingstema eller hensyn som forvaltningen er pliktig til å vurdere. I forarbeidene er ordet retningslinje forklart som at "prinsippene ikke trenger å være utslagsgivende for resultatet i enhver sak."⁸² Det betyr at lovens miljørettslige prinsipper må avveies mot andre relevante verdier eller hensyn som en lov, slik som for eksempel petroleumsloven skal ivareta. I en konkret sak kan andre hensyn som er relevant for skjønnsutøvelsen etter en lov veie tyngre og få avgjørende betydning. Hvilken konkret betydning prinsippene får i en sak, må avgjøres ut fra alminnelige lovtolkning.⁸³

Det følger av § 7, 2 pkt. at "vurderingen etter første punktum skal fremgå av beslutningen". Dette er presisert i forarbeidene som et krav om at forvaltningen skal vise "hvordan prinsippene er kommet inn i den konkrete saken og hvilken

⁷⁸ *Ibid.*, s. 81, høyre spalte.

⁷⁹ *Ibid.* s. 375.

⁸⁰ *Ibid.* s. 81, venstre spalte og Backer (2010) s. 71.

⁸¹ Ot. prp. nr. 52 (2008-2009), s. 375, høyre spalte.

⁸² Ot. prp. nr. 52, s. 378, høyre spalte.

⁸³ Ot. prp. nr. 52 s. 378, høyre spalte.

vekt de er tillagt.”⁸⁴ Formålet med reglene er å sikre at den samlede forvaltningen er i tråd med de miljørettslige prinsippene og sikre en ensartet forvaltningspraksis.⁸⁵ Naturmangfoldloven oppstiller altså her en begrunnelsesplikt som gjelder i tillegg til den alminnelige som følger av forvaltningsloven § 25.

Bestemmelsen i § 8 inneholder et prinsipp om kunnskapsbasert forvaltning. Det fremgår av bestemmelsen at

“Offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet skal så langt det er rimelig bygge på vitenskapelig kunnskap om arters bestandssituasjon, naturtypers utbredelse og økologiske tilstand, samt effekten av påvirkninger. Kravet til kunnskapsgrunnlaget skal stå i et rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmangfoldet.”

Ordlyden “berører naturmangfoldet” innebærer at bestemmelsen både gjelder ved beslutninger som er et inngrep i natur og mangfoldet, og når det tas beslutninger etter naturmangfoldloven for å ivareta mangfoldet. Bestemmelsen utfyller den alminnelige regelen i forvaltningslovens § 17 om at forvaltningen har plikt til å sikre at en sak er “så godt opplyst som mulig.”⁸⁶ Naturen og dets økosystemer, og biologisk mangfold er så kompleks at det vil være nærmest umulig å ha kunnskap om alle arter eller alle økologiske prosesser og om hvordan en aktivitet påvirker det. Det er derfor viktig å merke seg at kunnskapskravet ikke gjelder absolutt, men bare “så langt det er rimelig”. Videre følger det også av bestemmelsens 2. pkt., at kunnskapskravet skal stå i rimelig forhold til sakens karakter og risiko for skade på naturmiljøet.

Bestemmelsen om kunnskapsgrunnlaget i § 8 må sees i sammenheng med føre var-prinsippet i § 9. Til tross for at det etter § 8 gjelder et krav om kunnskap når beslutninger tas, kan det være usikkerhet hvorvidt og hvordan et tiltak vil påvirke naturmangfoldet. Naturmangfoldloven § 8 gjelder jo heller ikke absolutt ved at den gir anvisning på en rimelighetsvurdering av når man har tilstrekkelig kunnskap. Etter en slik vurdering kan man komme til at det ikke kan forventes mer kunnskap og at det aksepteres at beslutninger kan tas på et ikke tilstrekkelig kunnskapsgrunnlag. I slike situasjoner kommer § 9 inn og sier hvordan usikkerhet skal håndteres. Det følger av bestemmelsen at

“Når det treffes en beslutning uten at det foreligger tilstrekkelig kunnskap om hvilke virkninger den kan ha for naturmiljøet, skal det tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet.”

Videre følger det av det av 2. pkt. av bestemmelsen at:

“Foreligger en risiko for alvorlig eller irreversibel skade på naturmangfoldet, skal ikke mangel på kunnskap brukes som begrunnelse for å utsette eller unnlate å treffe forvaltningstiltak.”

Prinsippetts første pkt. er mest relevant for avgjørelser som treffes etter annen lovgivning enn naturmangfoldloven, mens bestemmelsens andre pkt. retter seg mot tiltak etter naturmangfoldloven.⁸⁷

Føre var-prinsippet gir her myndighetene en retningslinje for hvordan de skal håndtere situasjoner hvor det er tvil om hvilke virkninger en virksomhet, slik som for eksempel petroleumsvirksomhet, har for naturmangfoldet. Tvilen som føre var-prinsippet skal håndtere kan knytte seg

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Backer (2010) s. 88.

⁸⁷ *Ibid.*, s. 97–98.

både til hvilke naturverdier som blir berørt, det marine biologiske mangfoldet er for eksempel ikke kartlagt, eller det kan være tvil knyttet til hvilken type påvirkning, dens varighet og omfang. Det er likevel etter første pkt. ikke en absolutt plikt til å unngå enhver skade, men bare til å unngå vesentlig skade. Hva som er vesentlig må kunne variere etter om det er en sårbar eller truet naturtype.⁸⁸ Dette vil kunne bety at dersom det er aktuelt å åpne og tildele utvinningstillatelse i et område som er identifisert som verdifullt eller sårbart, vil vilkåret vesentlig skade lettere kunne være oppfylt.

Prinsippet om samlet belastning/økosystemtilnærming er slått fast i lovens § 10. Prinsippet er formulert slik at "en påvirkning av et økosystem skal vurderes ut fra den samlede belastning som økosystemet er eller vil bli utsatt for". Lovfestingen av dette prinsippet innebærer at virkningen av et tiltak, slik som petroleumsvirksomhet, ikke kan vurderes isolert når det avgjøres om en tillatelse skal gis. Det følger av ordlyden og det er også presisert i forarbeidene at man må vurdere påvirkningen ut fra den samlede miljøbelastningen som allerede har skjedd gjennom tidligere påvirkninger og mulige framtidige påvirkninger.⁸⁹ Det følger av forarbeidene at målet med bestemmelsen er at "nye påvirkninger underlegges en helhetsvurdering av hvilken belastning et økosystem vil bli utsatt for."⁹⁰ Prinsippet om samlet belastning trenger likevel ikke å få avgjørende betydning i skjønnsutøvelsen ved om en virksomhet skal tillates eller ikke. Andre kryssende hensyn innenfor et regelverk kan bli avgjørende. Det som er klart er imidlertid at prinsippet krever at man ikke kan la være å se en virksomhet i lys av andre påvirkninger av

miljøet. Det er imidlertid også fremhevet i forarbeidene at prinsippet om samlet belastning kan få avgjørende betydning i en situasjon hvor et økosystem er utsatt for press fra flere aktiviteter og kanskje er på grensen av hva det kan tåle for å opprettholde sin funksjon. Det uttales om dette i forarbeidene at prinsippet om samlet belastning har særlig betydning hvor miljøbelastningen er ved "en kritisk grense hvor selv en liten økning i belastning vil ha stor effekt på økosystemet."⁹¹ Hva som nærmere ligger i innholdet i kravet til økosystemtilnærming og samlet belastning, må fastlegges i sammenheng med andre normer slik som naturmangfoldlovens formålsbestemmelse og lovens forvaltningsmål for naturtyper og arter, jfr. §§ 4 og 5.

Dersom myndighetene unnlater å trekke de miljørettslige prinsippene inn i lovtolkningen eller skjønnsutøvelsen slike § 7,1 pkt. foreskriver, eller unnlater å vise hvilke vurderinger av prinsippene som er gjort etter § 7,2. pkt., kan dette medføre ugyldighet.

5. Naturmangfoldlovens betydning for tolkning og anvendelse av petroleumsloven

5.1 Generelt

I dette punktet redegjøres det for hvilke vurderinger og avveininger som må foretas og hvilke rammer som gjelder for den skjønsmessige interesseavveiningen i § 3-1. Deretter drøftes rammene for forvaltningsskjønnet i forhold til tildeling av utvinningstillatelser etter § 3-3. Den sentrale problemstillingen er hvilke skranker naturmangfoldloven og de overordnede miljørettslige rammene gir for myndighetene i denne prosessen. Først diskuteres imidlertid hvilke krav som stilles til konsekvensutredningen etter § 3-1.

⁸⁸ Ot. prp. nr. 52 (2008-2009), s. 103, høyre spalte og s. 381, høyre spalte.

⁸⁹ *Ibid.* s. 381, høyre spalte. Se også Backer (2010) s. 101-103.

⁹⁰ Ot. prp. nr. 52 (2008-2009), s. 381, høyre spalte.

⁹¹ *Ibid.*

5.2 Krav til konsekvensutredningen etter § 3-1

Spørsmålet om åpning av nye havområder for petroleumsvirksomhet reiser viktige spørsmål knyttet til saksbehandlingen for å sikre at allmenne hensyn som miljøhensyn trekkes inn, og at forvaltningen kommer til rimelige og forsvarlige beslutninger. Det kan i denne anledning diskuteres hvor grundig vurderinger som kreves før petroleumsvirksomheten igangsettes i tillegg til spørsmål knyttet borgernes rett til medvirkning i beslutningsprosessen. At saksbehandlingen er forsvarlig, er særlig viktig i saker som dette hvor det er motstridende interesser og store verdier er involvert og hvor regelverket åpner for et vidt skjønn.⁹²

Det følger av § 3-1 at det skal foretas "en vurdering av de nærings- og miljømessige virkninger av petroleumsaktiviteten og mulig fare forurensninger samt de økonomiske og sosiale virkninger som petroleumsvirksomheten kan ha." Det fremgår ikke direkte av lovens selv et krav om konsekvensutredning, men i forarbeidene er det slått fast at "både lovens ordlyd og den praksis som er utviklet, gjør bestemmelsen også til en regel om konsekvensutredning."⁹³ Denne forståelsen er også i samsvar med Grunnloven § 110 b, 2. ledd hvor det stilles prosessuelle krav til utredninger av inngrep i naturen.

Det er imidlertid ikke klart etter lovens ordlyd *hva* som skal utredes, herunder hvilke miljøhensyn som skal vurderes og videre *hvor grundige* konsekvensutredninger som må foretas.

Hvile miljøhensyn skal utredes etter petroleumsloven § 3-1? Etter ordlyden skal vurderingene omfatte *de miljømessige virkninger* av petroleumsvirksomheten og *mulig fare for forurensninger*. Et relevant spørsmål er hvorvidt dette også

omfatter hvilken betydning oljevirksomheten har for det biologiske mangfoldet. Naturmangfoldlovens formålsbestemmelse og målsetningen om å ivareta naturens mangfold og økologiske prosesser, kommer inn som tolkningsfaktor i tolkningen av hva som ligger i "miljømessige virkninger." Selv om ordlyden i bestemmelsen ikke eksplisitt nevner dette hensynet eller uttrykker at det skal vurderes hvilke virkninger virksomheten har for det biologiske mangfoldet og naturens økologiske prosesser, er det naturlig å tolke loven slik at dette må omfattes i vurderingene. Dette følger også av Grunnloven § 110 b og kravet i bestemmelsens første ledd om en natur som hvor mangfoldet bevares. Også folkeretten, herunder konvensjonen om biologisk mangfold og OSPAR som stiller krav om bevaring av biologisk mangfold, arter og habitater, har betydning for hvordan "miljømessige virkninger" må forstås.

En fortolkning av petroleumsloven i lys av Grunnlovens § 110 b og Norges folkerettslige forpliktelser, innebærer at hensynet til biologisk mangfold inngår som en del av "miljømessige virkninger" som skal utredes. Naturmangfoldloven og dens formålsbestemmelse bidrar også til å tydeliggjøre at hensynet til at naturens mangfold og økologiske prosesser kommer inn som en del av de miljømessige virkninger som må vurderes etter § 3-1.

Dette betyr at miljømessige virkninger ikke bare kan forstås som virkninger på enkeltarter som sjøfugl eller fisk, eller at vannkvaliteten kan bli påvirket av forurensning og utslipp av miljøgifter. Utredningene må også omfatte hvilke virkninger petroleumsaktiviteten har for det biologiske mangfoldet, økosystemer og de økologiske prosesser i naturen.

Det neste spørsmålet blir så *hvor omfattende og grundige* konsekvensutredninger som kreves.

Formålet med en konsekvensutredning er å kartlegge hvilke konsekvenser et tiltak har, og da

⁹² Bugge (2011) s. 146.

⁹³ Ot. prp. nr. 43 (1995-96) s. 34.

ofte for miljøet.⁹⁴ De vurderinger som gjøres etter § 3-1 for å vurdere de miljømessige virkninger må derfor være slik at petroleumsvirksomhetens virkninger for det biologiske mangfoldet avdekkes. Departementet, som fastlegger saksbehandlingen etter § 3-1, 4. ledd må påse at konsekvensutredningene har et slikt omfang og innhold at virkningene for det biologiske mangfoldet blir klarlagt.

Det vil være usikkerhet knyttet til hvilke virkninger petroleumsvirksomheten har for det biologiske mangfoldet. Naturen er kompleks og man kan ikke kreve at det foretas en like grundig analyse av enhver påvirkning petroleumsaktiviteten kan ha for det biologiske mangfold. Her er det et vist skjønn for myndighetene å avgjøre hvilke virkninger som må vurderes. I *Altadommen Rt. 1982 s. 241* som gjaldt utbyggingen av *Altavassdraget* uttalte Høyesterett at "det er grunn til å understreke at det må være rimelig forholdsmessighet mellom betydningen av vedkommende interesse og omfanget av den utredningen som foretas" (på s. 264).

På den andre siden er formålet med bestemmelsen i § 3-1 at man på forsvarlig grunnlag skal fatte en beslutning om hvorvidt det skal åpnes for petroleumsvirksomhet. Utredningene må derfor være slik at beslutningene tas på et forsvarlig grunnlag. Her kommer også de alminnelige forvaltningsrettslige reglene om krav til sakens utredning inn. Hvis en sak ikke er godt nok utredet og skjønnet ikke er foretatt og avgjørelsen tatt på riktige faktiske premisser, kan dette innebære en skjønsmangel som kan føre til ugyldighet, jfr. *Rt. 1960 s. 1374*.⁹⁵

Hvor grundige undersøkelser som må foretas av virkningene av petroleumsvirksomhet for det biologiske mangfoldet, må avgjøres et-

ter en tolkning av § 3-1 og de alminnelige forvaltningsrettslige regler. Et spørsmål i denne sammenheng er hvilken betydning naturmangfoldloven § 8 om krav til kunnskapsgrunnlaget har for spørsmålet om krav til utredningen etter § 3-1. Her er det uttrykkelig sagt at "offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet skal så langt det er rimelig bygge på vitenskapelig kunnskap" om naturmangfoldet og effekten av påvirkninger. Kravet til kunnskapens innhold er presisert i forarbeidene til å gjelde kunnskap om "arters bestandssituasjon, naturtypers utbredelse og økologiske tilstand, og effekten av påvirkninger." Men bestemmelsen i § 8 krever ikke at det gjennomføres konsekvensutredning, og bestemmelsen er også formulert slik at det er rimelig å anta at de undersøkelsene som kreves her ikke må være grundigere og mer omfattende enn hva som kreves etter petroleumsloven § 3-1. Bestemmelsen i § 8 får likevel betydning ved at den konkretiserer innholdet i de vurderinger som må foretas etter § 3-1.

5.3 Avveiningen av om et område skal åpnes etter § 3-1

De interesser som skal avveies er uttrykt i § 3-1, 2. pkt. og omfatter "de nærings- og miljømessige virkninger av petroleumsvirksomheten, mulig fare for forurensning samt de økonomiske og sosiale virkninger som petroleumsvirksomheten kan ha".

Bestemmelsen i § 3-1 angir ikke noe om hvordan de ulike interessene skal veies mot hverandre i den avveiningen som skal foretas. Det at loven ikke gir føringer om hvordan interessene skal avveies, tyder på at myndighetene skal foreta en totalvurdering av interessene og at de står fritt når de vurderer ulemper og fordeler ved petroleumsvirksomhet i et område. Slik bestemmelsen er uttrykt indikerer det at hvordan de ulike interessene veies mot hverandre er et politisk spørsmål, som skal avgjøres innenfor

⁹⁴ Backer (2012) s. 144.

⁹⁵ Se Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2010, s. 493–495.

lovens rammer. Det er fremholdt i teorien at de positive virkningene må anses for å være større enn ulempene.⁹⁶

Å foreta en avveining mellom økonomiske og sosiale virkninger på den ene siden og virkninger virksomheten har for naturens mangfold og de økologiske prosesser på den andre siden, kan være problematisk og vanskelig. I hvilken grad kan man akseptere at aktiviteten kan medføre skade eller tap av det biologiske mangfold som kanskje ikke har en økonomisk verdi i seg selv, men som er viktig for å bevare det biologiske mangfoldet når de økonomiske og sosiale fordelene er store? Dette kan være tilfellet i et område hvor petroleumsvirksomhet kan gi arbeidsplasser og dermed være viktig ut fra sosiale og distriktpolitiske hensyn. Loven gir ikke svar på hvordan dette skal avgjøres. Utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er også at når loven ikke angir hvilken vekt de relevante og pliktige hensynene har ved skjønnsutøvelsen, så står forvaltningen fritt i den nærmere vektleggingen av de ulike hensyn.⁹⁷

Etter lovens ordlyd er det således akseptabelt å åpne et område hvis de økonomiske og de sosiale interessene taler for det, selv om de miljømessige hensynene tilsier at det ikke bør åpnes for slik virksomhet.

Et viktig spørsmål er imidlertid hvilken betydning de alminnelige prinsippene i naturmangfoldloven har for den skjønsmessige avveiningen av de ulike interessene. Danner naturmangfoldloven noen skranker for skjønnsutøvelsen som skal skje etter § 3-1?

Naturmangfoldlovens forvaltningsmål er relevante og også pliktige hensyn som må trekkes inn i skjønnsutøvelsen. Målet etter § 4 om å ivareta mangfoldet av naturtyper, de økologiske prosesser og økosystemers funksjoner, innebæ-

rer imidlertid ikke som vist i drøftelsene ovenfor en plikt til å legge avgjørende vekt på miljøhensyn og dermed avstå fra åpning. Men myndighetene må vurdere om målene *kan* nås ved åpning av det nye området.

Videre kan det spørres om de miljørettslige prinsippene i § 8-10 kan få betydning for avveiningen av interessene som skal foretas etter § 3-1. Det følger av § 7 at prinsippene gjelder ved "ved utøving av offentlig myndighet, herunder når et forvaltningsorgan tildeler tilskudd, og ved forvaltning av fast eiendom" Dette reiser for det første spørsmål ved hvilken beslutning åpning av områder er. Er dette "utøving av offentlig myndighet" som de miljørettslige prinsippene får anvendelse for?

Selv om beslutningen etter § 3-1 ikke er et enkeltvedtak etter forvaltningslovens § 2 a og b, så er det en beslutning som er en forutsetning for og nært knyttet til at utvinningstillatelser skal kunne gis etter § 3-3, som er et enkeltvedtak. Dette tilsier at vi har med offentlig myndighetsutøving å gjøre. I tillegg kan det også anføres at en beslutning om å åpne et område for petroleumsvirksomhet innebærer "forvaltning av fast eiendom" ettersom petroleumsloven § 1-1 fastslår at staten har eiendomsrett over petroleumsforekomstene. Det er derfor naturlig å se på beslutningen om å åpne områder både som utøving av offentlig myndighet og som utøving eierrådighet. Dette innebærer at prinsippene etter naturmangfoldloven må trekkes inn ved avveiningen av de ulike interessene.

Når petroleumsloven så tydelig ikke angir hvilken vekt de ulike interessene skal ha, men overlater til politikerne å foreta den konkrete avveiningen, tyder dette på at naturmangfoldloven ikke får den virkningen at hensynet til miljøet får tyngre vekt enn de andre interessene. Likevel kan man si at hensynet til miljøet og det biologiske mangfoldet er styrket med naturmangfoldloven. De miljørettslige prinsippene skal

⁹⁶ Hammer med flere, s. 118.

⁹⁷ Rt. 1993 s. 528.

etter naturmangfoldloven være retningslinjer ved offentlige beslutninger. En anvendelse av føre var prinsippet og prinsippet om samlet belastning innebærer ikke at miljøhensynet må bli avgjørende og at områder ikke kan åpnes. Men prinsippene bidrar likevel til å konkretisere og kan klargjøre i hvilke situasjoner miljøhensyn må få gjennomslag til fordel for de øvrige interesser. For eksempel hvis utredningene viser at det er usikkerhet med hensyn til virkninger virksomheten kan ha, og virksomheten kan føre til vesentlig skade på naturmangfoldet, kan dette tilsi at en slik usikkerhet må tas i betraktning og at området må besluttes ikke åpnet. Videre kan også prinsippet om samlet belastning få avgjørende betydning i skjønnsutøvelsen etter § 3-1 i en situasjon hvor oljevirkosomhet vil innebære en for stor samlet belastning på et økosystem slik at forvaltningsmålet etter § 4 ikke kan oppnås, dersom området åpnes for drift.

5.4 Tildeling av utvinningstillatelser etter § 3-3

Bestemmelsen i § 3-3 angir et vidt skjønn som ikke kan overprøves av domstolen. Rammene for dette skjønn bestemmes ut fra en tolkning av petroleumsløven § 3-3, i lys av lovens formål. Det innebærer hensyn som ressursforvaltning i et langt perspektiv, miljø, velferd, sysselsetting og industriell utvikling trekkes inn og vektlegges. Ved at også petroleumsløven må tolkes med støtte i Grunnloven og i folkeretten kommer miljørettslige hensyn som hensynet til biologisk mangfold og miljørettslige prinsipper inn som relevante og pliktige hensyn i skjønnsutøvelsen. Også de alminnelige bestemmelsene i naturmangfoldlovens kapittel II får betydning i skjønnsutøvelsen.

Selv om myndighetene etter petroleumsløven står fritt når de vokter hensynene innebærer naturmangfoldloven en konkretisering av miljøhensynenes betydning i denne skjønns-

utøvelsen. Også her kommer forvaltningsmålene i § 4 og 5 inn som pliktige hensyn. Det må vurderes om forvaltningsmålene kan nås når Regjeringen vurderer om den skal gi konsesjon. Hvis en utvinningstillatelse fører til at de ikke kan nås, kan det diskuteres om det innebærer en plikt til å avstå fra å gi tillatelse, eller kanskje vurdere å stille vilkår som innebærer at målene kan oppnås. Som en del av utøvelsen av det frie skjønn kan Regjeringen stille vilkår som f.eks. at det bare gis boringstillatelser på bestemte tidspunkt. I vurderingen av hvilke vilkår forvaltningen har adgang til å stille etter den alminnelige vilkårs læra, vil naturmangfoldloven og dens formål og prinsipper være relevante.

Videre har de miljørettslige prinsippene som føre var- og økosystemtilnærming/samlet belastning betydning. Hvis prinsippene ikke er tatt inn i vurderingen, eller uriktig anvendt, for eksempel hvis utvinningstillatelse gis selv om det foreligger usikkerhet om påvirkningen på naturens mangfold, og det ikke "er tatt sikte på å unngå vesentlig skade på miljøet", eller det ikke er tatt hensyn til at den samlede belastningen på et økosystem er for stor, kan det innebære en feil ved skjønnsutøvelsen som kan ha virket inn på avgjørelsens innhold og føre til at utvinningstillatelsen kjennes ugyldig etter den ulovfestede ugyldighets læra.⁹⁸

6. Vurderinger

I hvilken grad er så hensynet til miljøet og det biologiske mangfoldet ivaretatt gjennom prosessen ved åpning av nye områder?

Analysene viser at naturmangfoldloven har rettslig betydning ved spørsmålet om åpning av oljevirkosomhet. Imidlertid er beslutningen av om nye områder skal åpnes i stor grad et politisk spørsmål, hvor hensynet til miljø og det marine

⁹⁸ Se Eckhoff og Smith s. 493–495.

biologiske mangfoldet blir en del av en politisk vurdering.

Faktisk sett gjenstår det å se om de myndighetene som anvender petroleumsloven vil trekke inn de relevante prinsipper og bestemmelser i naturmangfoldloven og la den få sin tiltenkte virkning som en sektorovergripende lov. Som vist innledningsvis vil petroleumsaktiviteten i nordlige havområder finne sted i områder som er utpekt som sårbare eller verdifulle for det biologiske mangfoldet. Det blir derfor spennende å se hva slags vurderinger som blir gjort, og hvordan prinsippene i naturmangfoldloven blir anvendt i disse vurderingene og beslutningene.

Et problem er imidlertid at disse beslutningene er uangripelig. Avgjørelsene fattes av de øverste myndighetene, Regjeringen og Stortinget, og det er derfor ikke noe overordnet forvaltningsorgan vedtakene kan påklages til. Avgjørelsene om åpning og tildeling av konsesjon, kan derfor bare angripes gjennom domstolsbehandling. Men domstolene vil nok være svært tilbakeholdne med å overprøve myndighetenes politiske vurderinger i den konkrete rettsanvendelsen.

Innenfor petroleumslovens vide politiske rammer, kan det derfor stilles spørsmål ved om naturmangfoldloven i tilstrekkelig grad kan sikre den rettslige ivaretagelse av miljøhensynet. Sett i lys av Norges folkerettslige forpliktelser til

etter konvensjonen om biologisk mangfold og OSPAR til å etablere verneområder for å beskytte særskilte områder, også utenfor 12 nautiske mil, mangler Norge en internrettslig hjemmel til å beskytte sårbare og verdifulle områder også mot oljevirksomhet. Det betyr at beskyttelse av sårbare naturtyper og økosystemer er avhengig av den politiske viljen og vurderingene enhver sittende regjering og flertallet i Stortinget foretar. Dette gir ikke et tilstrekkelig varig rettslig vern for felles allmenne naturverdier og for den sårbare naturen i nordlige havområder.

Den folkerettslige plikten til å beskytte særskilte områder, kan nok oppfylles også gjennom et "politisk vern" som forvaltningsplanene for de norske havområdene gir, ved at områder gjennom planlegging skjermes for petroleumsaktiviteter som kan påføre det biologiske mangfoldet skade. Det er likevel klart at opprettelsen av verneområder med hjemmel i lov vil innebære et mer varig og forutsigbart vern, enn ved at politikerne bestemmer at enkelte områder ikke skal åpnes for drift i inneværende Stortingsperiode. Videre er det ikke slik at områdevern innebærer at et område stenges for all virksomhet og drift. Også innenfor et verneområde kan det åpnes for petroleumsdrift, men da etter en nøye vurdering av om aktiviteten vil kunne føre til skade på verneformålet.

EIA Directive at the Crossroads – Analysis of the Commission’s Proposal from the Finnish Developer’s Perspective

*Ismo Pölönen, Timo Koivurova and Pamela Lesser**

Abstract

The main aim of the article is to examine the content and quality of the EU Commission’s proposal for renewing the Environmental Impact Assessment Directive (2011/92/EU, EIA Directive) particularly from the Finnish developer’s perspective. In addition to the legal analysis, this research is based on semi-structured interviews with seven companies operating in Finland. The article concludes that the proposed screening model would result in benefits for the developer in terms of providing mechanisms for project redefinition and mitigation proposals in the early phase of planning, which could lead to an avoidance of a full assessment procedure. This scheme may, however, weaken the environmental and participatory functions of EIA. Most of the other amendments proposed by the Commission would serve the environmental objectives of the proposal but not the goal of streamlining. At least in Finland, many changes proposed by the Commission would unnecessarily increase administrative burdens. The proposal approaches EIA as an authority-driven procedure and fails to fully utilize the developer’s expertise and abilities in accordance with smart regulation. In addition, the overlapping assessment duties in the current EIA Directive re-

sulting from the rulings of the European Court of Justice are discussed, and the authors suggest the Directive should not regulate on the extensive assessment requirement for the competent authority. Instead, the duty of the competent authority should be to carry out or facilitate efficient and independent quality control and produce conclusions on the likely significant effects of the project.

1. Introduction

The European Commission has recently introduced a proposal to substantially amend the Directive on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (2011/92/EU, EIA Directive). This is the most significant attempt to revise the EIA Directive since its adoption 25 years ago. The proposal has two ultimate objectives. It is intended to streamline environmental impact assessment and to improve the current level of environmental protection.¹ Streamlining the EIA Directive is part of the Commission’s agenda for smart regulation²

* Ismo Pölönen, Associate Professor of Environmental Law, Department of Law, University of Eastern Finland. Timo Koivurova, Research professor, Director of The Northern Institute for Environmental and Minority Law, Arctic Centre/University of Lapland, Finland. Pamela Lesser, Researcher, The Northern Institute for Environmental and Minority Law, Arctic Centre/University of Lapland, Finland.

¹ See explanatory memorandum of the proposal (COM(2012) 628 final) and EIA pages of the Commission (<http://ec.europa.eu/environment/eia/review.htm>).

² Smart regulation means in the EU agenda “delivering EU policies and laws that bring the greatest possible benefits to people and businesses in the most effective way”. Commission 2013. Subsequently, in this article, smart regulation refers to regulation where business, civil society and diverse institutions act, where appropriate, as surrogate regulators in order to implement policy goals effectively, with high legitimacy and at the lowest cost to the state. Gunningham & Grabosky 1998, *passim*. and Gunningham 2011 p. 174, 196.

and for reducing unnecessary administrative burdens³. In terms of environmental protection, the latest needs for the reform arise from emerging environmental challenges, such as resource efficiency, climate change, and disaster prevention.⁴

The primary objective of this article⁵ is to analyze the content and quality of the proposal particularly from the point of view of the developer.⁶ Furthermore, the aim is to seek, where possible, regulatory options which would address the environmental goals of the EIA Directive and simultaneously lead to better regulation from the business perspective. There are two reasons why we have paid special attention to developers in this research. Many times EIA research is conducted with only superficial views of the developers' relationship to the process, even if they are the ones that often have the largest responsibility to implement it. Secondly, since the Commission argues that the proposal will simplify procedures⁷, it is useful to examine whether

the content of the proposal corresponds with this end, and thus benefits the companies.

In order to concretely demonstrate the implications of the Commission's proposal (if accepted), the suggested changes will be examined in the context of one Member State – Finland. The ultimate purpose of the analysis is to examine whether the proposed Directive benefits the Finnish developer. The Finnish case is also relevant for highlighting the strengths of the current EIA Directive compared to the proposed one. Finland has utilized the wide discretion given to Member States in the valid EIA law by emphasizing the role of the developer in the EIA process.⁸ The developer has an active role in the scoping and in organizing public participation. It is also the task of the developer to identify, assess and describe the environmental impacts of the project in an extensive manner.⁹ Previous research on the Finnish EIA legislation has shown that it is well-designed, at least from the perspective of

³ COM(2007) 23 final.

⁴ COM(2012) 628 final. Furthermore, there is a clear need for the amendments from the perspective of the EIA principles. The EIA Directive lacks some established principles of a high quality EIA system such as a mandatory scoping and follow-up. On the principles for EIA, see e.g. *IAlA* 1999 and *Wood* 2003 p. 12.

⁵ We want to thank the anonymous referee for the useful comments. We are also grateful for the interviewees for their valuable responses. The research has been funded by Academy of Finland project TERLA (14898) and TEKES project Testing Improvement Processes of Finnish Environmental Impact Assessments and the Modes for Application in Arctic Regions of Finland and Russia (1374/31/2012).

⁶ However, the environmental and participatory functions of EIA are also taken into account in order to understand the rationale of the Commission's proposal and to identify possible quality problems in the chosen regulatory techniques. Without considering these core functions, it would also be difficult, if not impossible, to seek a smart EIA model.

⁷ COM(2012) 628 final p. 4.

⁸ In Finland, the Act on Environmental Impact Assessment Procedure (468/1994, EIA Act) implements the EIA Directive as well as the Espoo Convention (30 ILM 802, 1991, in force September 10, 1997). Besides the EIA Act, the Finnish regulation on impact assessment is based principally on the Decree on Environmental Impact Assessment Procedure (713/2006, EIA Decree).

⁹ *Hokkanen & Jantunen* (2012) point out that the developers in Finland have learned to use EIA successfully as a planning tool and as a means to organize public participation. According to their interviews, some of the most experienced developers have adopted EIA as a main planning tool. The role of developers in the Finnish EIA has also been challenged. See *Kokko* 2013 p. 295–299, 303–306, 315. He argues that the dominant position of the developer and consulting companies in the EIA system should be better balanced with the other information sources.

the coverage¹⁰, flexibility¹¹ and mechanisms for public participation¹² and quality control¹³. As a whole, it seems that Finland has adapted a smart regulatory approach to implementing the EIA Directive and that it has gained wide acceptance by the practitioners.¹⁴

¹⁰ Pölonen *et al.* 2011 p. 122. EIA has wide-ranging coverage and the thresholds are at high, but reasonable levels. Annually between 30 and 50 projects undergo the assessment prescribed by the EIA Act. In the Finnish system, a lighter version of environmental assessment is applied to smaller projects, with the full-blown EIA, which on average takes 15–16 months (excluding both screening and permit decision phases), being justified in only the most extensive projects. For example, some 700 projects undergo environmental assessment annually within the environmental permit process under the Environmental Protection Act (86/2000). Ministry of Environment 2012 p. 20. This figure does not include the permits issued at the municipal level for the smallest projects, but only the permits granted by the state authority. In many other EU Member States, the number of EIAs is significantly higher and the duration for the EIA procedure is significantly shorter. See e.g. GHK (2010 p. 9 and 18) where the average duration of EIA in the Member States was estimated to be 10.1 months excluding screening but including the final decision.

¹¹ Pölonen 2007 p. 187–188. For instance, the content requirements of an assessment report take well into account the case-specific demands resulting from varying characteristics of the projects and the environment.

¹² Hokkanen 2007, *passim.*; Pölonen *et al.* 2011 p. 125–126; Hokkanen & Jantunen 2012. Due to the structure of the Finnish EIA system, the process is often started in the early phase of project planning (before the permit process begins). This helps the public to participate prior to the crucial decisions on the project plan made by the developer.

¹³ Jalava *et al.* 2010 p. 18–25; Pölonen *et al.* 2011 p. 123. Quality control is supported by the Finnish system in that one regional environmental authority (*EIA liaison authority*) carries out the quality control, starting from the very beginning of the EIA process. This enables a single authority to specialize in EIA issues and gain wide expertise on the EIA requirements, guidelines and good practices.

¹⁴ See also Pölonen *et al.* 2011 p. 127; Hokkanen & Jantunen 2012. This does not imply that there is no room and need for enhancing the Finnish EIA system. The call for improvements concern, in particular, systematic follow-up, better integration between EIA and the permit and land use planning schemes, and enhancing the quality of the information provided in the EIA. See Pölonen 2007 p. 281–294, Hokkanen & Jantunen 2012; Kokko 2013, *passim.*

In terms of the methodology for this research, we have used the basic legal-dogmatic approach, that is legal analysis of the proposed Directive and its comparison to the current one, and literature review. Furthermore, in order to better understand the developer perspective, we have conducted semi-structured interviews¹⁵ with companies in Finland. The representatives of the developers were asked the following general questions¹⁶:

- 1) How did they perceive the proposed changes to the EIA Directive compared to the existing state of law?
- 2) Would their business benefit or suffer from the proposed changes?
- 3) How should the EIA legislation be improved from their perspective?¹⁷

We will examine the proposal via those suggested changes of the EIA procedure which are most essential for the developers. In the begin-

¹⁵ We conducted seven interviews with representatives of companies covering several of the more prominent sectors in Finland. The interviewees include the following: General Counsel and Director of Legal Affairs for a hydropower company, President of Environment for an international EIA consulting company, Regional Director for Lapland for a Finnish engineering and environmental consultancy, Director of Water and Environment for an international EIA consulting company, Manager for Sustainability and Quality for an international mining company and two Environmental Managers for two different international mining companies. All of the interviewees are well-established professionals in their respective fields of expertise and in their companies as well. In addition, all seven representatives answered two rounds of questions (conducted April through October 2013), thus providing valuable insight into the actual practice of EIA in Finland.

¹⁶ The detailed list of questions is described in Annex I of this article.

¹⁷ The interpretation of this question is left open for the companies as ‘perspective’ could include everything from shortening the EIA process and reducing costs, to producing a more comprehensive and informative document, to encouraging a more inclusive process in terms of public participation.

ning of each section, the current state of EU law is briefly described. Section two analyses the proposed screening¹⁸ procedure for Annex II projects; Section three looks at the scoping¹⁹ process; Section four focuses on the duty of the developer to provide an environmental report and its relationship to the assessment of the competent authority; Section five discusses the integration of EIA with the other environmental assessments required under the EU legislation; and conclusions are presented in Section 6.

2. Screening of the Annex II projects

The current EIA Directive (Art. 2(1)) requires an EIA to be carried out for projects “likely to have significant effects on the environment.” These projects are defined in Article 4 which requires that projects listed in Annex I must be subject to EIA on a mandatory basis. Projects listed in Annex II must be made subject to screening where the need for an EIA procedure is decided. To facilitate the screening decision, the EIA Directive provides Member States discretion to determine the basis on which significant environmental effects should be identified.²⁰

The implementation of the screening requirement has resulted in a wide variation in the types and levels of thresholds or criteria set by Member

States.²¹ Case law indicates that, when establishing thresholds, Member States have quite often exceeded their margin of discretion, either by taking account of only some selection criteria in Annex III or by exempting some projects in advance. According to the European Court of Justice, the limits of the screening discretion are set out in Article 2(1).²² Furthermore, the court has given rulings on the information and reasoning to be included in the screening decision.²³

The Commission’s proposal includes renewal of the screening system. It aims at amending the EIA Directive taking into account the above-mentioned rulings of the Court of Justice. Moreover, the Commission’s purpose is to better address the emerging environmental challenges in the screening system (through increased Annex III criteria) and set time frames for the screening decision. Furthermore, the proposal intends to determine the division of labor between developer and competent authority in the screening phase.²⁴ The proposed Art. 4 and Annex III address these needs, but also go beyond them with the functions of the new Art. 4(3) and Art. 4(5c).

The new Art. 4(3) would introduce an early phase assessment requirement (a ‘mini-EIA’ type of process) for the projects listed in Annex II of the Directive.²⁵ If EIA is not required, the

¹⁸ In the context of environmental impact assessment, the concept of screening refers to a process by which a decision is taken on whether or not EIA is required for a particular project. See e.g. Commission 2001(a).

¹⁹ Scoping can be summarized as a process of “determining the content and extent of the matters which should be covered in the environmental information to be submitted to a competent authority for projects which are subject to EIA”. Commission 2001(b).

²⁰ Article 4(2) requires that Member States make the screening determination through 1) a case-by-case examination of projects, 2) thresholds and criteria set by the Member States; or 3) a combination of (1) and (2) above. When establishing those thresholds or criteria, Member States must take into account the selection criteria set out in Annex III.

²¹ Commission 2003 p. 33–41 and COM(2009) 378 final p. 5.

²² See e.g. C-72/95 (*Kraaijeveld and Others*), C-392/96 (*Commission vs. Ireland*) and C-486/04 (*Commission vs. Italy*), C-2/07 (*Abraham and Others*) and 427/07 (*Commission v. Ireland*).

²³ C-87/02 (*Commission vs. Italy*) and C-75/08 (*Mellor*).

²⁴ The current EIA Directive, and national legislation in some Member States, do not define who provides the information for the screening decision and this has caused, to an extent, legal unclarity. *Pölönen* 2007 p. 111–112. Therefore, in general, regulating the division of work in the screening phase seems well reasoned.

²⁵ The assessment would be based on the information provided by the developer. The required information contains the following elements (defined in the proposed new Annex II.A): a) a description of the project, b) a de-

screening decision must include a description of the measures envisaged to avoid, prevent and reduce any significant effects on the environment (proposed Article 4(5c)). An explanatory memorandum mentions two grounds for the proposed Art. 4(3) and Art. 4(5c). First, it reflects the Commission's presumption that EIA is too often prepared in cases where the current threshold of "likely significant environmental effects" has not been exceeded. According to the Commission, the amendments to the screening provisions "would ensure that EIAs are carried out only for projects that would have significant environmental effects, avoiding unnecessary administrative burden for small-scale projects."²⁶

In the Finnish context, this reasoning seems irrelevant since there is no empirical evidence that EIA would have been applied to too small activities in terms of environmental consequences. Studies rather indicate that the EIA requirement has not covered all projects which exceed the threshold.²⁷ In Finland, EIA has typically

description of the aspects of the environment likely to be significantly affected by the proposed project c) a description of the likely significant effects of the proposed project on the environment and d) a description of the measures envisaged to avoid, prevent or reduce any significant adverse effects on the environment.

²⁶ COM(2012) 628 final, Explanatory memorandum, p. 3 and 5. The Commission also states that the aim is to ensure that EIA is required only "when it is clear that there are significant environmental impacts". This type of approach is contrary to the precautionary principle, which is the central legal principle in EIA law, through the wording of Art. 2(1) of the EIA Directive, the case law of the European Court of Justice (*C-127/02, Waddenzee*) and Article 191(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union.

²⁷ *Käyhkö et al. 2007, passim.* and *Pölönen 2007 p. 258–270*. There are cogent reasons to believe that Finland is not an exception in this respect. See e.g. *Stookes (2003 p. 145)* and *Cashman (2004 p. 86–87)* who doubt that the EIA requirement is widely circumvented in some project types such as agriculture and housing. See also *Krämer (2012, p. 156)* who argues that the rulings of the ECJ on the assessment requirement are rather frequently ignored in daily practice at the local and regional levels.

been applied only to those projects whose size is either comparable or close to the size of the projects listed in Annex I of the Directive and correspondingly the Annex I of the Finnish EIA Decree.²⁸ If the authority requires EIA for small- or medium-sized projects, which clearly have no significant environmental impacts, the developer can, and very likely will, successfully appeal the screening decision.

Second, the proposal's core idea is to enable project modifications in the early state of planning in order to eliminate the need for a full scale EIA. The Commission considers this a successful practice.²⁹ A similar regulatory approach has evolved through administrative practices in the U.S. when applying the National Environmental Policy Act of 1969 (NEPA). If an action is not listed as a categorical exclusion, an environmental assessment (EA) is typically prepared in order to determine the need for an environmental impact statement (EIS).³⁰ Federal agencies adopt mitigation measures as part of the environmental assessment in order to reduce adverse environmental impacts below the "significant" threshold (called a mitigated FONSI³¹).

The number of EISs conducted annually in the U.S. varied between 473–594 from 2000–2007³², whereas it has been estimated that 15 800 EIAs were conducted each year in the EU during

²⁸ *Käyhkö et al. 2007, passim.*

²⁹ COM(2012) 628 final, Explanatory memorandum, p. 5.

³⁰ See e.g. *Mandelker 2010 p. 297*. An EA, which has similarities with the assessment referred to in the proposed Article 4(3), is described in Section 1508.9 of the CEQ NEPA regulations. These regulations specify how agencies should carry out NEPA's statutory requirements. On the use of EA see also NEPA Task Force 2003 p. 65–70 and *Karkkainen 2007 p. 57*.

³¹ Finding of no significant effects. On the use of mitigated FONSI see also *Karkkainen 2007 p. 57*.

³² NEPANet: <http://ceq.hss.doe.gov/nepa/nepanet.htm> [12.3.2013].

the period 2005–2008.³³ The number of environmental assessments prepared in the U.S. has outnumbered the number of EISs by a ratio (approximately) of one hundred to one.³⁴ These figures support the often expressed view that there is a strong incentive for avoiding the NEPA process through a mitigated FONSI in the U.S.³⁵ A full EIA seems to be perceived by the agencies often as a threat rather than a useful tool for planning and public participation.³⁶

For the developer, EAs and mitigated FONSI, or similar arrangements now proposed by the EU Commission, can be seen as a cost effective means of environmental protection since they provide mechanisms for impact prediction and project redefinition in the early phase of planning without a heavy assessment procedure and hearings. In the optimal case, the prevention of significant environmental harms (the substantive aim of the EIA legislation) can be reached without extensive burden to agencies and delays caused by a full-scale EIA. However, the model contains structural deficiencies from the perspective of environmental effectiveness and public participation. Environmental assessment occurs outside of public scrutiny and the follow-up or verification of the accuracy of pre-project prediction is not required under the NEPA. As Karkkainen states: “NEPA thus assumes an unattainable level of clairvoyance at the pre-project state, and naively relies on the uncertain infor-

mation thus generated”.³⁷ The proposed EIA Directive seems to face similar challenges. The results of the assessment (Art. 4(3)) and mitigation measures described in the screening decision (Art. 4(5c)) are not supported by the monitoring requirement. Also the public has no opportunity for expressing views on the assessment and sufficiency of the mitigation measures adopted in the screening process.³⁸

The companies interviewed concur with the need for Member States to be given discretion over their individual screening systems and believe the current screening system in Finland works well. The only criticism has to do more with the competent authority in Finland rather than the system itself, as one company suggested that screening criteria is not consistently applied throughout the country. With respect to increasing the administrative burden³⁹ and lengthening the screening decision minimum time frame from the current one month in Finland to anywhere between three and six months⁴⁰, almost all of the companies expressed deep concern.⁴¹ The increased criteria (Annex III) for screening engendered less dismay although three out of seven companies did feel this would put an added burden on business.

³⁷ Karkkainen 2004 p. 350.

³⁸ For the controversial projects, lack of *ex ante* participatory procedures is not necessarily beneficial for the developer as it may increase the court proceedings (*ex post* participation).

³⁹ Specifically related to the competent authority's need for more capacity since there will be much more information (based on new Annex IIA.) during screening they will have to review.

⁴⁰ Based on the proposal (Art. 4(6)) the screening decision should be given within three months from the request for development consent and provided that the developer has submitted all the requisite information. The competent authority may extend the deadline by a further 3 months depending on the nature, complexity, location and size of the proposed project.

⁴¹ The proposal would not, however, restrict the possibility for maintaining the current Finnish time frame of one month.

³³ Impact Assessment accompanying the Commission's proposal (SWD(2012) 355 final, p. 66). According to the assessment document, this figure is subject to a high uncertainty. However, for the purpose of this paper, it gives sufficient indication of the volume of the EIAs in the EU.

³⁴ Karkkainen 2002 p. 909–910 and Mandelker 2010 p. 298.

³⁵ Blumm & Mosman (2012 s. 218) note that completing an EIS often takes years and requires resources. Thus agencies have an incentive to issue a FONSI whenever possible. See also e.g. Karkkainen 2002 p. 908 and Deacon 2003 p. 155–156.

³⁶ See also Karkkainen 2002 p. 936 and Karkkainen 2007 p. 58.

3. Scoping

The current EIA Directive contains very loose requirements on scoping. Article 5(2) of the EIA Directive requires only that competent authorities provide, if the developer so requests, an opinion on a list of the information to be submitted later by the developer.⁴² Thus, scoping is not mandatory under the current EIA Directive.

Based on the Commission's proposal, the scoping process would become obligatory. This is clearly a step in the right direction given the integral role of scoping in supporting the production of high quality EIA documents.⁴³ According to proposed Art. 5(2) the *competent authority* should, after having consulted the authorities referred to in Article 6(1) and the developer, determine the scope and level of detail of the information to be included by the developer in the environmental report.⁴⁴ Based on the proposal, the Directive would restrict the asking of further information from the developer for the scoping.⁴⁵

Thus, the proposal would introduce a scoping process where the developer is consulted but the 'plan' for the impact assessment, including the study of alternatives and public participation, would be prepared by the competent authority.

⁴² It is also required in Art. 5(2) that developer and relevant environmental authorities are consulted before the scoping opinion is given. Furthermore, the Directive allows Member States to make scoping a mandatory procedure, requiring competent authorities to provide a scoping opinion in all cases.

⁴³ On the significant role of scoping in aiding the quality of EIAs see e.g. *Wood* 2003 p. 159.

⁴⁴ In particular, it would be the task of the competent authority to determine: "(a) the decisions and opinions to be obtained; (b) the authorities and the public likely to be concerned; (c) the individual stages of the procedure and their duration; (d) reasonable alternatives relevant to the proposed project and its specific characteristics; (e) the environmental features referred to in Article 3 likely to be significantly affected."

⁴⁵ According to the proposal, subsequent requests to the developer for additional information could only be made if these are justified by new circumstances and duly explained by the competent authority.

From the Finnish perspective this would mean shifting the planning and management of EIA from the developer to the administration. In the current state in Finland, the developer prepares the first scoping document (so called assessment programme) which is rather an extensive plan for the impact assessment and public participation⁴⁶. The task of the competent authority⁴⁷ is to organize notification and hearings and give its statement on the assessment programme. The competent authority must require revisions to the assessment programme if needed (Section 9 of the EIA Act).

From the perspective of the Finnish system, the proposal seems to have more negative than positive impacts. The proposed scheme would likely mean a slower and more expensive scoping phase in Finland given that the developer has an economic incentive and more likely the capacity to prepare a scoping document promptly and cost-efficiently. The developer also has good knowledge of the project and the technically and economically feasible alternatives, which can be seen as an argument for developer-driven scoping.

The company viewpoint supports these conclusions as none of them favor transferring responsibility for the scoping process from the developer to the competent authority. The overriding concern for all of them is that the competent authority would not have enough resources and expertise to prepare the scoping report resulting in severe schedule delays. Given the likelihood that the competent authority would not have the capacity internally to assume this task, it is likely they would have to use the same consultants to prepare the scoping document as the companies use for their EIAs leading to less transparency

⁴⁶ Section 9 of the Finnish EIA Decree defines the minimum requirements for the assessment plan.

⁴⁷ The Centre for Economic Development, Transport and the Environment in its role of EIA liaison authority.

and probably not resulting in a higher quality scoping document. All of the companies favor the developer having a strong and active role throughout the scoping phase and think the current process in Finland is both effective and efficient.⁴⁸

Furthermore, there are reasons to doubt whether the proposed restrictions on the information requests to the developer would lead to a smarter EIA system. During a project's scoping phase, all of the relevant information should be used in order to prepare an adequate environmental report. Restricting the information flow in the scoping phase can lead to quality problems and delays in the environmental report phase. The Commission's authority-driven scoping model supports the objectivity of the scoping documents, but this element could be achieved with a less bureaucratic model whereby the authority has a duty for effective quality assurance instead of drafting the scoping document itself.

It is noteworthy that the proposal would also result in different scoping requirements for Annex I and Annex II projects because the scoping decision for Annex II projects would be based on information provided by the developer during the screening phase (proposed Art. 4(3) and Annex II.A). For Annex I projects, however, the authority could not ask the same information from the developer. There seems to be no grounds for such distinction (leading to unequal treatment) between the Annex I and II projects.

According to the proposal, the scoping decision should be integrated with the screening decision (proposed Art. 4(6)). Thus, there would

be no discretion on the timing of scoping for Annex II projects. Although this requirement aims at streamlining EIA, it may not be beneficial for all developers as they may have an interest in obtaining an early determination of their EIA obligation without having to begin the scoping phase at the same time. A requirement for simultaneous screening and scoping for Annex II projects would hinder the flexible timing of scoping based on the developer's project planning. This does not mean that integration would not be sensible in many cases. When asked if it is better to combine screening and scoping, the majority of companies agree that it is better to combine the two in terms of economy and in the interest of a faster process.

On balance, the Commission seems to propose rather inflexible frames for the scoping process, which do not allow for full utilization of a developer's expertise. For creating preconditions for a smart regulatory model, the EIA Directive should leave room for the national arrangements where the developer has an active role in the scoping phase.

4. Environmental Report and Assessment of the Competent Authority

The current EIA Directive contains loosely formulated obligations for Member States with respect to the information provided by the developer. Article 5(1) requires that the developer shall provide, in an appropriate form, the information in Annex IV *inasmuch as Member States consider* the information to be relevant and the developer may reasonably be required to compile this information. Member States may exercise this discretion when transposing Art. 5(1) into national law.⁴⁹

Article 5(3) contains a list of information which the developer is always obligated to pro-

⁴⁸ Even so, there is still room for improvement as one of the companies asserted that the requisite information and the entire EIA sequence should clearly be discussed in the scoping document as there have been a number of cases when the "rules" were changed mid-way through the process. The other area that could be improved is the need for better addressing the study of project alternatives already in the scoping phase.

⁴⁹ See case C-287/98, *Linster* (para. 37).

vide. At a minimum, the requisite information includes the following: a) a description of the project site as well as the design and size of the project, b) a description of the measures envisaged in order to avoid, reduce and, if possible, remedy significant adverse effects, c) *the data required to identify and assess the main effects which the project is likely to have on the environment*, d) an outline of the main alternatives studied by the developer and an indication of the main reasons for his choice, taking into account the environmental effects and e) a non-technical summary of the information referred to in points (a) to (d). It is noteworthy that the current Art. 5(3) does not explicitly require the developer to assess the likely significant impacts but to only provide data needed for the assessment.⁵⁰

The Commission's proposal would maintain the requirement for the developer to submit environmental information, but its form and content would be specified and less discretion would be left to the Member States. The intent is to contribute to the completeness and quality of environmental reports while also adapting EIA to 'newer' environmental challenges such as biodiversity loss, climate change, disaster risks and the availability of natural resources, all which are worthy goals to include in EIA.

Under the proposed Art. 5(1), the environmental report would be based on the scoping and it would include the information that may reasonably be required for making informed decisions on the environmental impacts of the proposed project (taking into account the factors mentioned in the paragraph, such as current knowledge and assessment methods). The

detailed list of information to be provided in the environmental report would be specified in Annex IV.⁵¹

The headings of Annex IV include descriptions of the 1) project, 2) alternatives considered, 3) relevant aspects of the existing state of the environment and the likely evolution thereof without implementation of the project (baseline scenario), 4) aspects of the environment likely to be significantly affected by the proposed project, 5) the likely significant effects of the proposed project on the environment, 6) the forecasting methods used to assess the effects on the environment referred to in point 5, as well as an account of the main uncertainties involved and their influence on the effect estimates and selection of the preferred alternative, 7) the measures envisaged to prevent, reduce and, where possible, offset any significant adverse effects on the environment referred to in point 5 and, where appropriate, of any proposed monitoring arrangements, 8) an assessment of the natural and man-made disaster risks and risk of accidents to which the project could be vulnerable and, where appropriate, a description of the measures envisaged to prevent such risks, as well as measures regarding preparedness for and response to emergencies, 9) a non-technical summary of the information provided under the above headings and 10) an indication of any difficulties (technical deficiencies or lack of know-how) encountered by the developer in compiling the required information and of the sources used for the descriptions and

⁵⁰ The wording of Article 5 is a result of the political controversy surrounding the Directive and it indicates tension between allowing Member States a certain degree of flexibility and ensuring the fundamentals of the EIA process are not thereby undermined or circumvented. *Tromans & Fuller* 2003 p. 100.

⁵¹ While the function of scoping is to determine the relevant issues to be addressed in the environmental report, some of the Annex IV information could therefore be paid less attention, or even scoped out, if it is deemed not relevant.

assessments made, as well as an account of the main uncertainties involved and their influence on the effect estimates and selection of the preferred alternative. Most of these elements to be addressed in the environmental report are more specifically defined in Annex IV.

These specifications would mean new requirements for the developer, such as a mandatory description of project alternatives considered, which includes the identification of the least environmentally impacting alternative.⁵² The wording is clearly more rigorous since the current Directive requires only an outline of the main alternatives studied by the developer and an indication of the main reasons for his choice, taking into account the environmental effects.⁵³

On the whole, the requirements for the developer would be significantly broader than in the current EIA Directive. At the national level, the change may appear small or even non-existent, if the legislation of a Member State already exceeds the minimum requirements of the EIA Directive. However, also in cases where the formulations of existing EIA legislation correspond with the proposal, relevant changes can still occur through new interpretations of the content requirements. When the sufficiency of the environmental report (or part of it) is a matter of EU law instead of national law, this will likely change the way the legal requirements of the EIA report evolve.⁵⁴

The interviewed companies have different interpretations of the proposed changes. One thinks that the additional content requirements would better meet the challenges of today while another company perceives them to be onerous (especially since an EIA Report can already run 900 pages) and too theoretical. There is a concern that a heavy burden will be placed on developers as they would have to study alternatives in much more detail even though only one option will be implemented. One company mentioned the need for a more standardized impact assessment methodology, and in general, companies seem to want a “tool box” of models and methodologies for impact analysis that they can access. Although the overwhelming consensus is that the additional content requirements would likely result in higher costs and a greater amount of time needed to produce the EIA Report, the majority of companies also hold the viewpoint that a better EIA benefits the project, the public, and the industry at large.

In addition to the developer’s duty to prepare an environmental report, the Commission’s proposal also includes an assessment duty for the competent authority which partially overlaps

courts have so far adopted a passive role in interpreting the content requirements for the environmental report and reviewing the adequacy of environmental reports in individual cases. The Finnish Supreme Administrative Court (SAC) has given significant weight to the opinion of the EIA liaison authority while reviewing the adequacy of the environmental reports. The case law of SAC refers to the view of the court that it is the liaison authority that controls the EIA quality in the first place. If the liaison authority considers that environmental impact studies are adequate, it is very unlikely the court will reverse the environmental permit decision on the grounds of poor EIA quality. *Pölönen* 2007 p. 181–184, 192–204 and *Pölönen & Koivurova* 2009 p. 384–386. The liaison authority system is a clear strength of the Finnish EIA regime because the authority coordinates the EIA process from the very beginning and thus developers are well informed throughout the process about the requirements and principles of EIA. *Pölönen et al.* 2011 p. 123. This also serves to reduce the role of the court in EIA issues.

⁵² Annex IV (point 2). See also recital (point 18) of the proposed Directive.

⁵³ Based on this requirement an environmental impact statement needs to cover only the alternatives which the developer has studied on his own initiative. See also *Sparwasser et al.* 2003 p. 168; *Kloepfer* 2004 p. 355, footnote 705; *Pölönen* 2006 p. 483 and *Krämer* 2012 p. 157.

⁵⁴ Furthermore, the national courts would approach the sufficiency and quality of an environmental report from a different angle if the requirements for the report are laid down more specifically at the EU level. In Finland, the

with the assessment requirements of the developer. According to the proposed Art. 1(2g), the concept of environmental impact assessment would include *an assessment by the competent authority*. This assessment is described in Article 3 which also would be subjected to changes.⁵⁵

In this respect the Commission is following the rulings of the Court of Justice. Particularly, in the case *C-50/09 (Commission vs. Ireland, para. 36–41)* it was clearly pointed out that Article 3 of the EIA Directive “makes the competent environmental authority responsible for carrying out an environmental impact assessment which must include a description of a project’s direct and indirect effects on the factors set out in the first three indents of that article and the interaction between those factors...”. According to the Court, this assessment obligation is distinct from the obligations laid down in Articles 4 to 7, 10 and 11 of the Directive.⁵⁶ Furthermore, the

Court stated that the competent environmental authority “may not confine itself to identifying and describing a project’s direct and indirect effects on certain factors, but must also assess them in an appropriate manner, in the light of each individual case”.

The ruling is surprising since the wording of the current EIA Directive does not support the Court’s interpretation.⁵⁷ First, the assessment duty of the competent authority is not explicitly mentioned in the articles of the EIA Directive which lay down duties for the Member States. Second, Art. 4 in particular states clearly that Annex I and II projects “shall be made subject to an assessment in accordance with Articles 5 to 10”. According to the wording of these articles, the requirement to provide information throughout the process rests with the developer. The assessment duty of the competent authority cannot be even indirectly derived from Articles 5–10. Third, Art. 3 is not referred to in Art. 8 where it is required that products of the assessment (results of the consultations and information provided by the developer) shall be taken into consideration in the development consent procedure. Based on the wording of the EIA Directive, it is hard to avoid the conclusion that the Court went too far, via its teleological interpretation, and created

⁵⁵ The proposed Art. 3 requires that the environmental impact assessment shall identify, describe and assess in an appropriate manner, in the light of each individual case and in accordance with Articles 4 to 11, the direct and indirect significant effects of a project on the following factors: (a) population, human health, and biodiversity, with particular attention to species and habitats protected under Council Directive 92/43/EEC and Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council; (b) land, soil, water, air and climate change; (c) material assets, cultural heritage and the landscape; (d) the interaction between the factors referred to in points (a), (b) and (c); (e) exposure, vulnerability and resilience of the factors referred to in points (a), (b) and (c), to natural and man-made disaster risks.” Article 3 does not explicitly mention that the assessment referred to in this provision is for the competent authority. However, this can be concluded from the wording of the proposed Art. 8 and case law of the Court of Justice (*C-50/09, Commission vs. Ireland* and *C-404/09, Commission vs. Spain*).

⁵⁶ Thus, the Court of Justice accepted the Commission’s view on the content of Art. 3 presented in its action against Ireland. It is interesting that the Commission did not present such interpretation of Art. 3 in its latest implementation report on the application and effectiveness of the EIA Directive (COM(2009) 378 final). Instead, the Commission (p. 5) stated that competent authorities

“are not obliged to draw specific conclusions from the findings of the EIA”.

⁵⁷ A majority of the EIA law literature has not suggested that Art. 3 lays down such a fundamental assessment duty for the competent authority described in the case *C-50/09*. See e.g. *Tromans & Fuller* 2003 p. 99–101, *Wood* 2003 p. 40–51, *Hörnberg Lindgren* 2005 p. 184–186 and *Jans & Vedder* 2012 p. 351–354. *Krämer* (2007 p. 133–134) is here an exception. He notes that an administration’s task to actually prepare an impact assessment can be indirectly derived from Art. 3. Krämer argues that the assessment of impacts would thus require “some form of an ‘assessment document’ which evaluates in detail all direct and indirect effects of the project”. See also *Krämer* 2012 p. 155.

new EIA requirements, which do not correspond with the intention of the EU legislature.⁵⁸

Consequently, the judgment can be subject to criticism from the perspective of the rule of law. The assessment duty of the competent authority can be only indirectly derived from the wording of Art. 3 while many other articles of the EIA Directive speak clearly against the interpretation of the Court. Such a fundamental assessment requirement demanding vast amount of administrative resources should have a clear statutory basis.⁵⁹ The judgment also causes legal uncertainty while resulting in overlapping regulation for countries where the developer has, consistent with the polluter pays principle, an extensive duty to assess and describe all relevant environmental impacts of the project based on Art 5(1) and Annex IV of the EIA Directive and national norms.

The Commission's proposal would reduce the duties of the competent authority following from the interpretation of Article 3 by the Court of Justice. While Art. 3 now requires, in light of case C-50/09, a description of a project's numerous "direct and indirect effects", the proposed Art. 3 calls for the identification, description and assessment of the *significant* effects. This is a very important repair which decreases the above-mentioned duplication in Member States where the developer has comprehensive assessment

duties. The proposed wording could be understood such that the competent authority would have a requirement to analyze and summarize the main results of the assessment process based on the environmental report, views of the public and other authorities, and its own expertise. This type of assessment of the competent authority seems well reasoned from the perspective of environmental and participatory functions of EIA. However, the wording of the Directive could more clearly distinguish the differences between the assessment duty of the developer and the duty of the competent authority for producing reasoned conclusions on the likely significant environmental effects.

5. EIA 'One-Stop Shop'

Within current EU law, integrating various assessments is, to a large extent, legally possible but not compulsory. EIA can be fully integrated with the consent procedures,⁶⁰ and a co-ordinated procedure involving EIA and SEA is legally possible if the processes occur simultaneously⁶¹. Furthermore, there are no legal obstacles for integrating an assessment under Art. 6 of the Habitat Directive (92/43/EEC) with the EIA procedure.

In order to avoid duplication of assessments, reduce administrative complexity and increase economic efficiency, the Commission's proposal (new Art. 2(3)) includes provisions that *require* the coordination of, or joint procedures for, impact assessments under the EIA Directive and

⁵⁸ On the restrictions of the purposive interpretation in the context of the EIA Directive see case C-275/09 (Brussels Hoofdstedelijk Gewest and Others, particularly paragraph 29): "...while it is established case-law that the scope of Directive 85/337 is wide and its purpose very broad [...], a purposive interpretation of the directive cannot, in any event, disregard the clearly expressed intention of the legislature of the European Union".

⁵⁹ It is also reasonable to ask how EIA harmonization in the EU should be done. It seems to us that this should be rather left to the preparatory work of the experts in EIA, and, ultimately, to the EU legislator. It is hard to see how the Court of Justice would be better equipped to develop the EIA system in the EU.

⁶⁰ Under the Art. 2(2) of the EIA Directive, the environmental impact assessment may be integrated into the existing consent procedures in the Member States. Furthermore, Art. 2(3) states that Member States may provide for a single procedure in order to fulfill the requirements of the EIA Directive and the requirements of IPPC-Directive (2008/1/EC) which is now integrated with modifications to the Directive on Industrial Emissions (2010/75/EU).

⁶¹ See Art. 11(2) of the Directive on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment (2001/42/EC, SEA Directive) and Commission's guidance on the SEA Directive. Commission 2003 p. 50.

other EU legislation. The aim of the EIA 'one-stop-shop' model proposed by the Commission is well grounded. The environmental assessments related to one EIA project are often carried out at different levels and by different instruments. Clearer frames for the integration at EU level would be useful.

However, the proposed regulation would not fit well with the national EIA systems, such as the one in Finland, where the developer has the central role in producing and integrating different assessments. The Commission perceives environmental assessments as authority-driven processes only and proposes regulating the integration of the *assessments of the competent authorities*. This view does not accommodate situations where the assessments are produced by the developer and a joint or integrated procedure would be initiated and mainly carried out by the developer. For example, the developer can, under Finnish law,⁶² integrate the Habitat Directive assessment (Natura 2000 assessment) with the EIA process. This type of integration seems not to correspond with what the Commission is envisaging in its proposal.

In concept, the companies think the idea of a 'one-stop-shop' to be positive, but also note that sometimes it makes more sense to allow assessments to proceed along individual tracks. In terms of shifting the responsibility of integration from developer to the competent authority, every company interviewed feels it is a good idea as long as there is effective collaboration between the company and authority. The companies do not see their businesses being affected (indeed one company expressed the opinion that the Centre for Economic Development, Transport and the Environment already acts as a one-stop-shop), except for one, which thinks the proposed changes will result in a positive benefit. It

is noteworthy that positive responses are connected with authority-driven integration and not authority-driven assessments.⁶³

Given the diversity of planning, permit and EIA laws and practices in the Member States, there appears to be no rationale for regulating the integration procedure in a detailed manner via the EIA Directive. It seems sufficient that the EIA Directive regulates the opportunity for integrating diverse assessments by establishing joint or coordinated procedures. In any case, the integration should not be restricted to the assessments of the competent authorities but it should also include the assessments carried out by the developer.

6. Conclusions

This article has analyzed the EU Commission's proposed amendment to the EIA Directive and used the perspective of Finnish developers to illustrate the effects of the revisions on the private sector. The ultimate aims of the Commission's proposal are to streamline the EIA process and improve its capacities in terms of environmental protection. The proposal addresses these targets, to a large extent, by introducing more detailed EU level regulation, decreasing the discretion given to Member States, and increasing the duties for the administration and developer. Approval of the Commission's proposal would mean substantial changes to EIA law in the European Union. The most important changes, from the Finnish developer's perspective, would relate to a) new requirements and function of the screening procedure⁶⁴, b) obligatory, authority-

⁶² Section 65.1 of the Nature Conservation Act 1096/1996.

⁶³ See also p. 9 which illustrates the companies' deep concern that the competent authority would not have enough resources and expertise to prepare the scoping report resulting in severe schedule delays.

⁶⁴ The new screening model would foster project modifications in the early state of planning in order to eliminate the need for a full-scale EIA.

driven scoping, c) new content requirements for the EIA report and d) application of coordinated or joint procedures for integrating assessments issued by authorities.

The proposed screening model would mean benefits for the developer in terms of providing mechanisms for impact assessment, project re-definition and mitigation proposals in the early phase of planning, which could lead to an avoidance of a full assessment procedure. However, this scheme would not support the environmental and participatory functions of EIA, since the early assessment with project modifications would occur outside of public scrutiny and the verification of the pre-project predictions would not be required.

Most of the other amendments proposed by the Commission would serve the environmental objectives of the proposal but not the aim of streamlining. At least in Finland, due to the regulatory strategy and legal-technical choices adopted by the Commission, these changes would clearly increase the unnecessary administrative burdens. Environmental impact assessment is approached in the proposal as an authority-driven procedure rather than as an instrument that can be widely utilized by the developer as a planning and management tool.

The proposed EIA Directive would hamper the application of smart regulation to the EIA process such that the abilities, expertise and creativeness of the companies could not be fully utilized. At present, Finnish developers enjoy wide latitude in influencing how and when EIA is carried out as long as minimum requirements are fulfilled. The active role of the companies in the EIA regime reflects a smarter system, compared to the authority-driven model, as business enterprises have a clear incentive to produce EIA documents (including for the scoping phase) promptly and cost-effectively. The high quality of the documents can and should be efficiently

controlled by the environmental agency (or other independent body) with sufficient expertise, legal competence and resources.⁶⁵

The article has identified ways of improving the proposal from the developer's perspective without weakening the environmental and participatory functions of the EIA Directive. In general, the proposal could be improved by leaving more discretion to the Member States to choose the most suitable implementation models in each context.⁶⁶ The most important revision needs relate to scoping. The EIA Directive should leave more room for the national arrangements where the developer plays a more significant role in the scoping phase. Although a good idea in concept, the proposed EIA one-stop-shop model is also in need of further preparatory work. It would be sufficient that the EIA Directive regulates the opportunity for integrating diverse assessments. In the current form, the proposal would hinder the arrangements where the developer has a central role in producing environmental assessments and integrating different forms of assessments.

The article has also analyzed the overlapping assessment duties in the current EIA Directive, which are not caused by the legislature (wording of the Directive) but the Court's purposive interpretation (particularly in case *C-50/09, Commission vs. Ireland*). The Court of Justice has ruled that Article 3 is a fundamental provision which sets an extensive assessment duty for the competent authority. According to the Court, it is the duty of the competent environmental authority to identify and describe a project's direct and indirect environmental effects, and also to assess

⁶⁵ Broad public participatory rights (including access to justice) are also integral to contributing and controlling the quality of the EIA and they serve to balance, to an extent, the role of the developer.

⁶⁶ This would not entail less stringent requirements but more discretion on the regulatory techniques used to achieve the goals of the proposal.

them in an appropriate manner, in the light of each individual case. At the same time, the developer may have, depending on how the Member State has used its discretion under Art. 5(1), an extensive duty for assessing and describing all relevant environmental impacts of the project.

To avoid unnecessary administrative burdens and costs of the assessment process – both for the administration (direct costs) and the developer (delays and fees from the administration) and for incorporating the polluter pays principle fully into the Directive – the current content of Art. 3 should be changed. If extensive assessment requirements are laid down for the developer (proposed Art. 5 and Annex IV), and sufficient quality assurance mechanisms are in place, there is no need to simultaneously mandate an extensive assessment obligation for the competent authority. Instead, it would be sufficient that the Directive regulates the assessment requirement for the developer, and the duty of the competent authority to carry out or facilitate efficient and independent quality control and produce conclusions on the likely significant effects.

References

Blumm, Michael & Mosman, Keith 2012. The Overlooked Role of the National Environmental Policy Act in Protecting the Western Environment: NEPA and the Ninth Circuit. *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, 2012, Vol. 2:2, p. 193–234.

Canter, Larry – Clark, Ray 1997. NEPA Effectiveness. *Environmental Impact Assessment Review*. Vol. 17, p. 313–327.

Cashman, Liam 2004. Environmental Impact Assessment. A Major Instrument in Environmental Integration. In: *Europe and the Environment. Legal Essays in Honour of Ludwig Krämer*. Ed. Onida, Marco. Europa Law Publishing. Groningen, p. 63–90.

CEQ 1997. The National Environmental Policy Act. A Study of Its Effectiveness After Twenty-five Years. Council on Environmental Quality.

COM(93) 28 final – vol 12. Report from the Commission of the implementation of Directive 85/337/EEC. Brussels 2.4.1993.

COM(2007) 23 final. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the European Union.

COM(2009) 378 final. Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the application and effectiveness of the EIA Directive (Directive 85/337/EEC, as amended by Directives 97/11/EC and 2003/35/EC).

COM(2012) 628 final. Proposal for a Directive on the European Parliament and of the Council amending Directive 2011/92/EU on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment.

Commission 2001(a). Guidance on EIA. Screening. Available at: <http://ec.europa.eu/environment/eia/eia-guidelines/g-screening-full-text.pdf>.

- Commission 2001(b). Guidance on EIA. Scoping. Available at: <http://ec.europa.eu/environment/eia/eia-guidelines/g-scoping-full-text.pdf>.
- Commission 2003. Commission's Guidance on the implementation of Directive 2001/42/EC on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment. Available at: http://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/030923_sea_guidance.pdf.
- Commission 2010. Environmental Impact Assessment of Projects – Rulings of the Court of Justice. Available at: http://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/eia_case_law.pdf.
- Commission 2013. Webpages of the European Commission (http://ec.europa.eu/smart-regulation/index_en.htm), visited September 10, 2013.
- Deacon, Whitney 2003. The Bush Administration's Attack on the Environment; Target: NEPA's Environmental Impact Statement. *Missouri Environmental Law and Policy Review*. Vol. 10, s. 147–157.
- GHK 2010. Collection of information and data to support the Impact Assessment study of the review of the EIA Directive. Final Report. A study for DG Environment.
- Gunningham, Neil & Grabosky, Peter 1998. *Smart regulation. Designing Environmental Policy*. Oxford University Press, Somerset.
- Gunningham, Neil 2011. Enforcing Environmental Regulation. *Journal of Environmental Law*. Vol. 23, p. 196–201.
- IAIA 1999. Principles of Environmental Impact Assessment Best Practice. International Association for Impact Assessment. Available at: http://www.iaia.org/publicdocuments/special-publications/Principles%20of%20IA_web.pdf
- HE 319/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi ympäristövaikutusten arviointimenettelystä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Hokkanen Pekka 2007. *Kansalaisosallistuminen ympäristövaikutusten arviointimenettelyssä*. Acta Universitatis Tamperensis 1285. Tampere: Tampere University Press.
- Hokkanen, Pekka & Jantunen, Jorma. 2012. A Multi-view Evaluation of the Finnish EIA System – an 18-Year Success Story? *Journal of Environmental Assessment Policy and Management*. Vol 14, 1250024.
- Hörnberg Lindgren, Christina. Miljökonsekvensbedömningar som rättsligt verktyg för hållbar utveckling. *Juridiska institutionen skriftserie*, no 10/2005. Umeå Universitet.
- Jalava, Kimmo – Pasanen, Sanna – Saalasti, Mikko – Kuitunen, Markku 2010. Quality of environmental impact assessment: Finnish EISs and the opinions of EIA professionals. *Impact Assessment and Project Appraisal*. Vol. 28, p. 15–27.
- Jans, Jan & Vedder, Hans H.B. 2012. *European Environmental Law. After Lisbon*. Europa Law Publishing. Groningen.
- Jantunen, Jorma & Hokkanen, Pekka 2010. YVA-lainsäädännön toimivuusarviointi. Ympäristövaikutusten arviointimenettelyn toimivuus ja kehittämistarpeet. *Suomen ympäristö 18/2010*.
- Karkkainen, Bradley C. 2002. Towards a Smarter NEPA: Monitoring and Managing Government's Environmental Performance. *Columbia Law Review*. Vol. 102, p. 903–972.
- Karkkainen, Bradley C. 2004. Whither NEPA? *New York University Environmental Law Journal*. Vol. 12, p. 333–363.
- Karkkainen, Bradley C. 2007. NEPA and the curious evolution of environmental impact assessment in the United States. In: *Taking Stock of Environmental Assessment. Law, Policy and Practice*. Ed. Holder, Jane & McGillivray, Donald. Routledge-Cavendish. Abingdon.
- Kloepfer, Michael 2004. *Umweltrecht*. 3. Auflage. Beck Juristischer Verlag. München.
- Kokko, Kai 2013. Weighing environmental information and its sources in legal decision-making. In: *Miljörettsliga perspektiv och tankeväндor*. Vänbok till Jan Darpö och Gabriel Michanek. Ed. Gipperth, Lena – Zetterberg, Charlotta. Iustus Förlag. Uppsala, p. 285–317.
- Krämer, Ludwig 2007. The development of environmental assessment at the level of the European Union. In: *Taking Stock of Environmental*

Assessment. Law, Policy and Practice. Ed. Holder, Jane & McGillivray, Donald. Routledge-Cavendish. Abingdon.

Krämer, Ludwig 2012. EU Environmental Law. Seventh Edition. Sweet & Maxwell. London.

Käyhkö, Ulla-Riitta – Pölönen, Ismo – Grönlund, Elisabeth 2007. YVA-menettelyn soveltaminen yksittäistapauksissa. Soveltamisratkaisujen laatu ja yhtenäisyys 1994–2006. Suomen ympäristö 18/2007.

Mandelker, Daniel 2010. The National Environmental Policy Act: A Review of Its Experience and Problems. *Journal of Law & Policy*. Vol. 32, p. 293–312.

Ministry of Environment 2012. Ehdotus uudeksi ympäristönsuojelulaiksi (15.11.2012). Yleisperustelut.

NEPA Task Force 2003. Report to the Council on Environmental Quality. Modernizing NEPA Implementation.

Pölönen, Ismo 2006. Quality Control and Substantive Influence of Environmental Impact Assessment in Finland. *Environmental Impact Assessment Review*. Vol. 26, s. 481–491.

Pölönen, Ismo 2007. Ympäristövaikutusten arviointimenettely. Tutkimus YVA-menettelyn oikeudellisesta asemasta ja kehittämistarpeista ympäristöllisen vaikuttavuuden näkökulmasta. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 280. Jyväskylä.

Pölönen, Ismo – Hokkanen, Pekka – Jalava, Kimmo 2011. The Effectiveness of the Finnish EIA system – What works, what doesn't, and what could be improved? *Environmental Impact Assessment Review*. Vol. 31, p. 120–128.

Pölönen, Ismo – Koivurova, Timo 2009. Rajat ylittävä ympäristövaikutusten arviointi – vaihtoehtotarkastelun riittävyys ja suhde lupapäätöksentekoon. *Lakimies* 3/2009, p. 371–393.

Sparwasser, Reinhard – Engel, Rüdiger – Voßkuhle, Andreas 2003. *Umweltrecht*. Mütler Verlag. Heidelberg.

Stookes, Paul 2003. Getting to the Real EIA. *Journal of Environmental Law*. Vol. 15, p. 141–151.

SWD(2012) 355 final. Commission staff working paper. Impact assessment accompanying the Commission's proposal for renewing EIA Directive (COM(2012) 628 final).

Tromans, Stephen – Fuller, Karl 2003. *Environmental Impact Assessment – Law and Practice*. Butterworth Environmental Law Series. Chippingham.

Wood, Christopher 2003. *Environmental Impact Assessment. A Comparative Review*. Second Edition. Pearson. Harlow.

Case law

European Court of Justice

C-72/95, Kraaijeveld and Others [1996], p. I-05403

C-392/96 Commission vs. Ireland [1999], p. I-05901

C-87/02, Commission vs. Italy [2004], p. I-05975

C-127/02, Waddenzee [2004], p. I-07405

C-486/04, Commission vs. Italy [2006], p. I-11025

C-2/07, Abraham and Others [2008], p. I-01197

427/07, Commission v. Ireland [2009], p. I-06277

C-75/08, Mellor [2009], p. I-03799

C-50/09, Commission vs. Ireland [2011], p. I-00873

C-275/09, Brussels Hoofdstedelijk Gewest and Others [2011], p. I-01753

C-404/09, Commission vs. Spain [2011], p. I-11853

ANNEX I

THE QUESTIONS INCLUDED IN THE QUESTIONNAIRE

- 1) How do you perceive the proposed changes to the screening procedure in the EIA Directive compared to Finland's existing procedures?
- 2) Would your business benefit or suffer from the changes in the screening process?
- 3) How could screening be improved in Finland, or does it need to be improved?
- 4) How do you perceive the proposed change in responsibility for the scoping procedure?
- 5) With respect to screening and scoping, is it better (i.e. economically advantageous) to combine the two steps (as a compulsory requirement) or have one follow the other on a case by case basis?
- 5) Would your business benefit or suffer from the proposed changes in the scoping process?
- 6) How could scoping be improved in Finland, or does it need to be improved?
- 7) How do you see the additional content requirements affecting the quality of the EIA report? Will this result in different costs for the EIA report and process in the Finnish context? Would your business benefit or suffer from these changes?
- 8) Is there the need for improved quality control by accreditation of the consultants or use of external experts?
- 9) How could the EIA Report be improved in Finland?
- 10) Do you think the EIA 'One-Stop-Shop' is a good way to integrate EIA with other EU legislation?
- 11) Is shifting the integration of assessments in Finland from the developer to the Competent Authority (CA) beneficial for the EIA process? Would your business benefit or suffer from these changes?
- 12) How could streamlining different assessment requirements be improved in Finland, or does it need to be improved?
- 13) How do you perceive the proposed change in the developer's role compared to their role in Finland's existing EIA system?
- 14) Would your business benefit or suffer from the institutional changes?
- 15) Are you satisfied with the division of responsibilities between developers and government authorities in the Finnish system?

Friluftslivets høstingsrett – I biologisk og juridisk perspektiv

Marianne Reusch og Dag O. Hessen*

Abstract

Increasing pressure on common goods in nature and intensified exploitation and harvesting of natural resources pose new questions concerning the statutory public right to freely use of these goods. The recent Norwegian Official Report “Benefits of nature – the value of ecosystem services” addresses the concept of ecosystem services, the “free” goods that population receives from nature. Many nations have similar ongoing studies on how to implement ecosystem services into management. The monetary value of ecosystem services mainly belongs to the states and their population. However, the access to nature and recreational use of these goods and services are open to everybody and is rarely discussed, despite an increased population size with increasing pressure and exploitation on nature at large. The legal right to set up camps, exploit resources like wild berries, mushrooms and other plants, recreational fishing in the sea etc. is a highly appreciated common good, but also open up for unsustainable use and tragedy of the commons scenarios. This is not the least due to an increased tendency for organized harvesting by larger groups and commercial interests. We here discuss these issues drawing on Norwegian examples, also addressing practices in other countries, and we believe this should be of interest to management of common goods in general.

* Marianne Reusch, jurist (ph.d.), Oslo, www.allemannsretten.no. Dag O. Hessen, Dr. philos, professor i biologi ved Institutt for Biovitenskap, Senter for økologisk og evolusjonær syntese (CEES), UiO.

Sammendrag

Økt press på arealene og mer intensiv utnyttelse av naturen reiser nye spørsmål om den lovfestede allemannsretten til høsting. I NOU 2013:10 *Naturens goder – om verdien av økosystemtjenester* er det gjort en verdivurdering av goder og tjenester vi får fra naturen. Lignende kartleggingsarbeid pågår i mange land.¹ Naturverdiene inngår i nasjonalformuen, men tilgangen til godene er i liten grad diskutert. Fellesgoder er gjenstand for økende grad av utnyttelse. Spørsmålet er om alle bør ha lik tilgang til disse ressursene. Og er det ønskelig at kommersiell virksomhet skal kunne høste fritt av naturprodukter innenfor de samme reglene som gjelder for det tradisjonelle friluftslivet? I forlengelsen av dette er problemstillingen hvordan høstingsretten kan reguleres der det er risiko for en ikke bærekraftig utnyttelse, samtidig som det enkle friluftslivet ikke begrenses unødige.

1. Økosystemtjenester, jus og biologi

Bærplukking og soppspanking er en del av det tradisjonelle friluftslivet. Det samme er fritidsfiske i sjøen. Man plukker en bukett blomster i skogen, tar ved til kaffebålet, fyller bærs spann og soppkurv og senker pilken i sjøen uten å spørre

¹ Utgangspunktet er FNs globale økosystemstudie, Millennium Ecosystem Assessment (MA), 2005. Studien involverte over 1300 forskere og konkluderte med at menneskelig aktivitet i økende grad innvirker negativt på klodens biologiske mangfold og økosystemer. Det ble påvist at både motstandskraften og kapasiteten i økosystemene er redusert.

noen om tillatelse. Dagens regelverk gir liten veiledning om hvordan man skal håndtere høsting i mer intensive former enn ved tradisjonell matauk og enkelt friluftsliv. Kommersiell utnyttelse av høstingsretten er ingen nyhet. Å plukke bær i skogen og selge dem på torget er snarere en del av tradisjonen. Men bildet endres når disse rettighetene utnyttes av organiserte grupper som foretar systematisk innsamling av enkelte arter med vekt på økonomisk utbytte.

Tilgangen til mange typer naturressurser er strengt regulert, som fiskeri og olje. Det er bred enighet om at åpen tilgang til naturressurser gir risiko for overutnyttelse og skade på økosystemer. Spørsmålet er hvilke rettslige virkemidler som er best egnet til å hindre dette.² En særlig problemstilling knytter seg til fare for at høstingen av en spesifikk ressurs eller art er til skade for andre komponenter i økosystemet.

Den lovfestede høstingsretten har røtter tilbake til middelalderen, og ble før 1900 omtalt som *den uskyldige nyttesrett*.³ I dag tjener de gamle og tradisjonsbårne rettighetene nye formål. Bærplukking har en stund vært på retur i Norge, mens Finland og Sverige stedvis har hatt store, organiserte grupper med tilreisende bærplukkere. Ressurser som sopp og kystfisk utsettes for økt høstingspress også i Norge. Denne frie tilgangen til naturressurser er et sentralt aspekt ved de nasjonale *økosystemtjenester*. Begrepet omfatter varer og tjenester naturen byr på, inkludert alt fra opplevelsesverdi og rekreasjon til økono-

misk utnyttelse av naturressurser. Det skilles mellom forsynende, regulerende, kulturelle og støttende tjenester.⁴ Økosystemtjenester er dermed et fellesnavn på naturens tjenester som vår velferd og livskvalitet er avhengige av. Norge er som andre land avhengig av robuste økosystemer og velfungerende økosystemtjenester, blant annet for en stabil primærproduksjon, god vannforvaltning og redusert sårbarhet for endringer i klimaet.

Økosystemtjenester har fått økt aktualitet som et argument for bevaring av natur og høsting av naturressurser på en bærekraftig måte ved å synliggjøre typer av verdier som ofte ikke inngår i totalvurderinger av arealutnyttelse. Allemannsretten gir alle rett til å ferdes, oppholde seg og høste visse naturprodukter, uavhengig av hvem som eier grunnen. Disse rettighetene er åpent tilgjengelige, også på tvers av landegrensene. I vurderinger av nasjonale økosystemtjenester er tilgangen til naturgodene i liten grad diskutert. Stadig økende organisert og kommersiell, og på andre måter intensiv utnyttelse av høstingsretten, øker risikoen for overskridelse av bæreevnen til lokale bestander eller forekomster. Eksempler er fritidsfiske fra turister som lokalt kan innebære en betydelig beskatning på enkelte fiskearter, organisert bærplukking for levering til industriell bearbeidelse i matindustrien, og ikke minst gjennom utnyttelse av genressurser og andre former for bioprospektering, undersøkelser som har til hensikt å finne verdifulle genetiske og biokjemiske ressurser.

² Se for eksempel Ernst Nordtveit, "Konsesjonsordninger og kvotesystem som regulering av tilgang til opne ressursar – privatisering eller regulering?", i Inge Lorange Backer, Ole Kristian Fauchlald og Christina Voigt (red), *Pro Natura – Festskrift til Hans Christian Bugge*, (2012) s. 346–368 (på s. 353).

³ Mer om den rettshistoriske utviklingen, se Marianne Reusch, *Allemannsretten – Friluftslivets rettsgrunnlag* (2012), særlig kapittel 2: «Nyttesrett ble til nytelsesrett», s. 36–59.

⁴ NOU 2013:10, *Naturens goder – om verdier av økosystemtjenester*, s. 10.

2. Dagens lovgivning

2.1 Grunnloven

Grunnloven § 110 b ble vedtatt i 1992, og er en rammebestemmelse for langsiktig miljø- og ressursforvaltning.⁵ Grunnlovsbestemmelsen gjennomføres gjennom annen lovgivning. Første ledd annet punktum er særlig relevant for høstingsretten: «Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsiktig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten.» Regulering av høstingsretten av hensyn til naturmiljøet kan bidra til oppfylle dette grunnlovsbudet.

2.2 Allemannsretten i friluftsløven og straffeloven

Allemannsretten er en samlebetegnelse på rettigheter alle og enhver har i naturen, uavhengig av hvem som eier grunnen. Allemannsretten består av tre hovedelementer: Ferdretsretten, oppholdsretten og høstingsretten. Retten til høsting forutsetter ferdselsrett, og er i dag særskilt nedfelt i lovgivningen. Sentrale lover er friluftsløven fra 1957, straffeloven fra 2005, havressursloven og naturmangfoldloven begge fra 2008 samt forskrifter til disse lovene. I tillegg kommer internasjonale konvensjoner Norge har sluttet seg til, og som kan påvirke innholdet i den nasjonale reguleringen av høstingsretten. EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelse av personer mellom medlemsstatene og fri etableringsrett innebærer forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av statsborgerskap. Traktatforpliktelsene medfører at det for eksempel ikke uten videre vil være adgang til å forby borgere fra EØS/EU-land kommersiell utnyttelse av allemannsretten til høsting i Norge, uten at de samme restriksjonene også gjelder for landets egne borgere.

⁵ Se nærmere om bestemmelsen hos Ole Kristian Fauchald, "Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnloven § 110 B", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 nr. 1-2.

Opprinnelig sto det ikke noe uttrykkelig i friluftsløven om høsting. Retten til å høste ville vekster var ulovfestet sedvanerett, og kom indirekte til uttrykk gjennom bestemmelser i straffeloven. I 2011 ble en ny bestemmelse om allmennhetens høstingsrett tatt inn i friluftsløven § 5. Første ledd lyder slik:

«Under ferdsel i utmark kan allmennheten høste ville nøtter som skal spises på stedet og plukke og ta med seg ville blomster, planter, bær og vill sopp, samt røtter av ville urter, når det skjer hensynsfullt og med tilbørlig varsomhet.»

Dersom høstingsretten er begrenset gjennom annen lovgivning, for eksempel med hjemmel i naturmangfoldloven, har den strengere reguleringen forrang. Dette følger av henvisningsbestemmelsen i friluftsløven § 19. Selv om friluftsløvens høstingsregel er ny, er hovedinnholdet i bestemmelsen av langt eldre dato. Formuleringen er en modernisering og videreføring av regelen om straffrihet for tilegnelse av mindre naturprodukter i kriminalloven av 1842 § 22-16 som sa:

«... hvis nogen på uindhegnet Sted sanker eller plukker Nødder, som han paa Stedet fortærer, eller ville Bær eller Blomster, eller opskjærer Rødder af vilde Urter, er han fri for straf.»

Da høstingsregelen skulle integreres i friluftsløven i 2011, var det et naturlig tidspunkt for å vurdere modernisering av innholdet i retten i lys av nye utfordringer, blant annet knyttet til mer omfattende utnyttelse av ressursene. Men lovforarbeidene tyder ikke på at det ble reflektert rundt dette spørsmålet. Snarere ble det uttalt: «[D]epartementet (ser) det som ønskelig å kodifisere gjeldende sedvanerett...»⁶ Tidligere kunne nøtter ha stor økonomisk verdi for grunneieren.

⁶ Prop. 88 L (2010-2011) s. 18.

I dag er dette annerledes, og det foreligger neppe noen naturfaglig begrunnelse for at det skal gjelde andre regler for nøtter enn andre vekster. Eksempelet illustrerer mangel på dynamikk i regelutviklingen.

Friluftslovens regler er formålsnøytrale i den forstand at det ikke er noe alminnelig forbud mot for eksempel å benytte seg av rettighetene i organiserte grupper, eller til kommersielle formål.⁷ Tvert i mot er det å plukke bær og selge dem på torget del av den tradisjonelle utøvelsen av høstingsretten. Men det dukker stadig opp nye eksempler på både nasjonale og internasjonale virksomheter som baserer sin forretningsidé på utnyttelse av fritt tilgjengelige naturressurser. Det er antatt at grunneieren ikke kan forby slik virksomhet under henvisning til allemannsretten fordi den har et kommersielt formål, men bare dersom eiendommen, miljøet eller andre påføres nevneverdig skade eller ulempe.⁸ Hensynet bak friluftsloven var opprinnelig å avveie friluftslivets mot grunneierens interesser. Senere har egenverdien av naturopplevelser og det å fremme friluftsliv som helsebringende aktivitetsform fått større plass i loven. Dette kom særlig til uttrykk da loven fikk en ny formålsparagraf i 1996, der hensynet til grunneierinteressene ikke er nevnt. Formålsbestemmelsen i friluftsloven § 1 lyder slik: «Formålet med denne loven er å verne friluftslivets naturgrunnlag og sikre almenhetens rett til ferdsel, opphold m.v. i naturen, slik at muligheten til å utøve friluftsliv som en helsefremmende, trivselskapende og miljøvennlig fritidsaktivitet bevares og fremmes.» Grunneierens interesser er likevel fortsatt et sentralt hensyn i

forståelsen av allemannsrettens innhold. Bestemmelsen i straffeloven (2005) § 323 om straffrihet for forhold som ellers ville karakteriseres som mindre tyveri bidrar til å trekke grensen mellom allmennhetens høstingsrett og grunneierretten:

«Tilegnelse av naturprodukter, herunder stein, kvister, vekster mv., av liten eller ingen økonomisk verdi under utøvelse av lovlig allemannsrett, straffes likevel ikke.»⁹

De rettslige rammene for høstingsretten er skjønsmessig formulert. Friluftsloven § 5 stiller krav om at høstingen skal skje *hensynsfullt og med tilbørlig varsomhet*. I tillegg stiller den alminnelige hensynsregelen i friluftsloven § 11 krav om at den som benytter seg av allemannsretten skal opptre *hensynsfullt og varsomt* for ikke å påføre miljøet skade. Loven gir derved liten veiledning om hvordan systematisk, organisert og intensiv utnyttelse av høstingsretten skal håndteres, utover at hver enkelt utøver må oppfylle kravet om hensynsfull og varsom opptreden.

Friluftsloven § 5 annet ledd har enkelte særregler for retten til plukking av multer i Nord-Norge. På muldebærland i Nordland, Troms og Finnmark er det bare lov for andre å plukke når eier eller bruker ikke har nedlagt uttrykkelig forbud. Den juridiske betydningen av "muldebærland" er vokseplasser for multer der forekomsten er såpass betydelig over tid at bærene har økonomisk betydning for grunneieren. I praksis er det i våre dager ikke så mange slike områder. Men kultiveringsarbeider på multemyrer kan endre dette.¹⁰ Slike steder kan grunneieren forby andre å plukke bær som fraktes bort. Forbudet må gjøres uttrykkelig. En turgåer skal derfor ikke

⁷ Lovens eneste begrensning av denne typen er en ny regel i friluftsloven § 3a som ble innført i 2011 om retten til ferdsel på sti og vei i innmark. For slik ferdsel er det gjort unntak for "organisert aktivitet som sykkeløp og rideklubbaktivitet".

⁸ Se Arve Martin Bjørnvik, "Kommersiell utnyttelse av allmennhetens frie ferdselsrett", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1999 s. 194–230 (særlig s. 227).

⁹ Loven ble vedtatt i 2005, men har av praktiske, datatekniske årsaker ennå ikke trådt i kraft.

¹⁰ Gunnar K. Eriksen, "Retten til å plukke muldebær i Nord-Norge", *Institutt for rettsvitenskaps skriftserie*, 1996 nr. 32.

behøve å være i tvil om det er lov med multeplukking. Friluftslivets lov fastsetter at det alltid er tillatt å plukke multer som spises på stedet. Dette er et eksempel på at det lar seg gjøre å forene generelle begrensninger i høstingsretten med regler som samtidig tilgodeser friluftslivet.

2.3 Havressursloven og naturmangfoldloven

Havressursloven ble vedtatt i 2008 og omfatter alle former for høsting i havet. Det følger av lovens § 2 at de viltlevende marine ressursene ligger til fellesskapet i Norge. Formuleringen er et resultat av omfattende drøftelser om eienomsretten til havressursene under lovforberedelsene.¹¹ Bestemmelsen gir uttrykk for statens forvaltingsansvar over ressursene. Fritidsfiske i sjøen har tradisjonelt vært regnet som en allemannsrett, og reguleres av havressursloven §§ 22 og 23 som blant annet har regler om redskapsbruk og omsetningsgrense. En fritidsfisker kan etter gjeldende regler ikke omsette fangst for mer enn 50 000 kroner per kalenderår, et beløp som samsvarer med grensen for registreringsplikt i Merverdiregisteret. Omsetningsgrensen forebygger at yrkesfiske kamufleres som fritidsfiske, og begrenser muligheten for kommersiell utnyttelse av høstingsretten i sjøen. Yrkesfiske er undergitt en omfattende lovregulering. Utgangspunktet er at fritidsfiske er alt fiske som foregår fra land, og fra fartøyer som ikke er såkalt merkeregistrert og gitt ervervstillatelse i henhold til deltakerloven.¹² Marin bioprospektering er regulert i havressursloven §§ 9 og 10. I § 9 gir loven hjemmel for å fastsette at undersøkelser og uttak i forbindelse med marin bioprospektering krever tillatelse fra Fiskeri- og kystdepartementet. Bestemmelsen i § 10 gir hjemmel for å fastsette at en del av fordelene fra utnyttelse av norsk marint

genetisk materiale skal tilfalle staten. I lovproposisjonen er dette forklart nærmere med at staten kan kreve økonomisk godtgjørelse av en eventuell kommersiell suksess som følge av utnyttelse av genetisk materiale.¹³

Naturmangfoldloven ble vedtatt i 2008 og avløste da naturvernloven fra 1970. Lovens formål er å sikre naturens mangfold gjennom bærekraftig bruk og vern i et langsiktig perspektiv, se § 1. Høsting er etter naturmangfoldloven § 3 bokstav g definert som: jakt, fangst, fiske og innsamling av planter eller plantedeler (medregnet bær og frukter) og sopp, i friluftsliv og næring. Loven fastsetter et alminnelig forvaltningsprinsipp i § 15. Hovedregelen for viltlevende dyr er at høsting og uttak bare er tillatt med uttrykkelig hjemmel i lov eller vedtak med hjemmel i lov. For allmennhetens høstingsrett til planter og sopp gjelder det motsatte forvaltningsprinsippet; høsting er som hovedregel tillatt.¹⁴ Bestemmelsen om dette står i naturmangfoldloven § 15 annet ledd:

«Høsting og annet uttak av viltlevende planter og sopp er tillatt så langt det ikke truer overlevelsen av den aktuelle bestanden eller begrenses ved lov eller vedtak med hjemmel i lov.»

Høsting er altså ikke tillatt dersom det truer bestandens overlevelse. Dette har særlig betydning dersom bestanden har genetiske særtrekk som skiller den fra andre bestander av arten.¹⁵ Unntaket fra høstingsretten innebærer imidlertid ingen individuell plikt til å være føre var: Det er ikke til hinder for høsting at bestanden trues dersom noen andre kommer senere og tar resten.¹⁶

¹¹ Se Ot. prp. nr. 20 (2007-2008) s. 37–43.

¹² Lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst.

¹³ Ot. prp. nr. 20 (2007-2008) s. 184.

¹⁴ Se nærmere hos Inge Lorang Backer, *Naturmangfoldloven*, (2010), s. 130–137.

¹⁵ Samme sted s. 135.

¹⁶ Samme sted.

Naturmangfoldloven § 58 regulerer høsting fra naturen for å utnytte genetisk materiale, såkalt bioprospektering. Dette innebærer å benytte levende organismers arvemateriale eller andre produkter som enzymer på en måte som kan ha verdi for mennesker, blant annet i medisiner. Lovens utgangspunkt er at enhver har rett til å benytte det genetiske materialet i naturprodukter det ellers er lovlig tilgang til, så sant dette ikke kommer i konflikt med lovens intensjon. Retten gjelder også for utlendinger og internasjonale foretak.¹⁷ Loven åpner imidlertid for at det kan kreves løyveplikt for slik utnyttelse, men noe slikt krav er foreløpig ikke innført. Det klassiske eksemplet er legemiddelet cyclosporin som ble funnet i den mikroskopiske soppen *Tolypocladium inflatum* på Hardangervidda I 1969 av et sveitsisk ektepar ansatt i legemiddelfirmaet Novartis.¹⁸ Middelet, som nå fremstilles syntetisk, brukes blant annet til å dempe immunforsvaret ved organtransplantasjon, og representerer en årlig omsetning på ca 10 mrd NOK. Prinsippet som ligger til grunn for naturmangfoldlovens bestemmelse om ikke å begrense bioprospektering (og kommersialisering av eventuelle produkter) på norsk grunn til norske statsborgere var at dette var ressurser som burde komme menneskeheten som sådan til gode.¹⁹ Problemstillingen og lovgivningen er noe annerledes når det gjelder utviklingslands tilgang til, og kompensasjon for kommersialisering av egne genressurser, men vi går ikke videre inn på den problemstillingen her.

¹⁷ Inge Lorang Backer, *Naturmangfoldloven*, (2010), s. 494.

¹⁸ Hanne Svarstad, H.C. Bugge, S.S. Dhillon: "From Norway to Novartis: Cyclosporin from *Tolypocladium inflatum* in an open access bioprospecting regime." *Biodiversity and Conservation*. 2000 nr. 11 s. 1521–1541.

¹⁹ Se NOU 2004:28 om lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold s. 521 flg, og Ot. prp. nr. 52 (2008-2009) s. 300

2.4 Økosystemtilnærming og samlet belastning

Flere lover har bestemmelser om plikt til å vurdere belastningen for økosystem når det gis tillatelser eller treffes vedtak. Havressursloven § 7 fastsetter prinsipper og grunnleggende hensyn som havressursforvaltningen skal bygge på. Blant annet skal det legges vekt på en økosystembasert tilnærming (annet ledd bokstav b). Det er presisert i lovforarbeidene at det skal gjøres avveier mellom retten til høsting av overskudd og vern for å sikre levedyktige bestander som igjen bidrar til høyest mulig avkastning av ressursene. For å oppnå dette skal det innføres de reguleringene som er nødvendige, for eksempel kvoteregulering eller teknisk regulering. Økt rapporteringskrav er også nevnt som et virkemiddel.²⁰ Naturmangfoldloven § 10 lyder slik: «En påvirkning av et økosystem skal vurderes ut fra den samlede belastning som økosystemet er eller vil bli utsatt for.» Intensjonen var at bestemmelsen skulle gjelde alle forvaltningsmessige beslutninger av betydning for naturmangfoldet, og bestemmelsen bør tolkes slik at den får denne rekkevidden.²¹ Hensikten med bestemmelsen er at det enkelte tiltakets betydning for økosystemet ikke skal vurderes isolert, men i lys av både tidligere, nåværende og fremtidig påvirkning. Økosystemtilnærmingen og kravet om å vurdere samlet belastning er retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet.²² Bestemmelsen kan få betydning for beslutninger om arealbruk etter plan- og bygningsloven eller for tillatelser til tilrettelegging for friluftsliv i naturområder.

Allmennhetens utnyttelse av høstingsretten baserer seg på individenes beslutninger, og bygger ikke på offentlig myndighetsutøvelse. Bestemmelsene om økosystemtilnærming og

²⁰ Ot. prp. nr. 20 (2007-2008) s. 182.

²¹ Inge Lorang Backer, *Naturmangfoldloven*, (2010), s. 100.

²² Ot. prp. nr. 52 (2008-2009) s. 381.

samlet belastning i havressursloven og naturmangfoldloven kommer derfor ikke direkte til anvendelse ved utøvelse av høstingsretten som allemannsrett, heller ikke når den skjer i organiserte former. Det finnes ingen rettslige mekanismer som er innrettet på å fange opp hvordan slik virksomhet virker inn på økosystemet, og det er heller ikke adressert noen forpliktelse til å vurdere virksomhetens samlede belastning. Det er heller ikke utviklet et tilstrekkelig sett med indikatorer for vurdering av miljøbelastning, og dette er satt fram som en sentral anbefaling fra utvalg for økosystemtjenester.²³

3. Nærmere om problemet

Ville bær, urter, sopp, fisk, tang og skjell er fornybare ressurser. Det kan anføres at høsting og utnyttning er bedre enn at «bærene råtner på rot». Kanskje er det bare uvant, men verken skadelig for grunneieren, friluftslivet eller naturen selv, at høstingen foregår omfattende og systematisk? Før man går i gang med å diskutere løsninger på organisert og kommersiell utnyttelse av allemannsretten til høsting, bør det klargjøres nærmere hva som eventuelt er problematisk ved slik aktivitet.

Begrepene «kommersiell» og «organisert» høsting er upresise og favner vidt. Kommersiell høsting (med sikte på økonomisk vinning) kan være både organisert og uorganisert (jeg plukker noen liter bær og selger dem på torget). Tilsvarende kan organiserte aktiviteter arrangeres både med og uten mål om økonomisk vinning. Poenget i denne sammenheng er at når det åpnes opp for kommersiell utnyttelse av fellesressursene og skapes et marked vil det lettere oppstå problemer i for av overutnyttelse. Derfor kan det være en viktig prinsipiell avgrensning å holde organiserte og kommersielle høstingsaktiviteter utenfor allemannsretten til høsting i større grad enn det

som følger av dagens regler. Dette betyr ikke at enhver form for høsting i omsetningsøyemed må omfattes av en slik regulering. Kunstneren som lager bilder av naturmaterialer eller plantekjerner som selger urter til gourmetrestauranten utfordrer ikke naturens tålegrense.

I 2012 rapporterte svenske medier at politiet ble koblet inn da et hundretalls bulgarske bærplukkere befant seg i skogene rundt tettstedet Medhedby.²⁴ Sverige har allemannsrett, basert på ulovfestede, sedvanerettslige regler.²⁵ Retten til bærplukking er ikke klart definer eller avgrenset. Det var lite bær å finne i skogene. Sultne og pengeløse bærplukkere, som var rekruttert av bakmenn med kommersielle interesser, fikk lokal hjelp til å dekke akutte behov som vann og mat. Saken fikk stor oppmerksomhet og utløste en debatt med spørsmål om å innskrenke allemannsretten. I rapporten *Guld i gröna skogar – Bärplockning från självförsörjning til industri* som kom i juni 2013, viser Sveriges Livsmedelsföretagen hvordan både regler om turistvisum og arbeidsinnvandring henger sammen med utnyttelsen av allemannsretten til bærplukking på oppdrag for kommersielle foretak. Rapporten beskriver et tilfelle der 4000 asiatiske bærplukkere kom til Sverige i 2010 med kontrakter som garanterte arbeiderne fast lønn. Foretaket gikk konkurs og de ansvarlige forsvant. I kjølvannet av dette oppsto uklare spørsmål om arbeidstakernes rettigheter i det svenske velferdssystemet, deriblant tilgang til lønnsgarantiordningen.

Eksempelet illustrerer at problemet må identifiseres før man ser etter løsninger. For naturens del er utfordringen kanskje ikke primært at bær og planter høstes, men den samlede belastningen aktiviteten medfører på naturen, for grunneieren og for andre utøvere av friluftsliv. Noe upresist

²⁴ Sveriges Radio, *Upplandsnytt*, 14. juli 2012.

²⁵ Se for eksempel: Åsa Åslund, *Allemansrätten och marknyttjande* (2008).

²³ NOU 2013:10 s. 17

kan summen av dette betegnes som «fotavtrykket» høsteren etterlater seg. Fotavtrykket forstørres når antallet som ønsker å benytte seg av rettighetene stiger. Selv om hver enkelt opptrer hensynsfullt og varsomt, kan belastningen i sum bli for stor. Fenomenet er også beskrevet som «invasjonsproblemet», og er en variant av «allmenningens tragedie» der den kumulative belastning overstiger bæreevnen for en ressurs eller resipient. Den typen problemer må løses på et mer overordnet plan enn ved å stille krav til den enkelte utøver.²⁶ Paralleller finnes fra andre former for naturutnyttelse enn høsting, der opplevelsverdier står sentralt. Et kjent tilfelle fra Norge er stien over fjellpartiet Besseggen. Summen av slitasje fra tusenvis av turgåere gjorde at stien etter hvert stedvis ødela den sårbare fjellvegetasjonen med påfølgende erosjon og sår i terrenget. Problemet er søkt løst ved omfattende tilretteleggingsarbeider (steintrapper, hellelegging) innenfor nasjonalparken, hvor slike inngrep vanligvis ikke er tillatt. I tillegg ble visse partier av traseen stengt og stien lagt om. Ingen enkeltaktører kan sies å ha opptrådt uaktsomt og forvoldt miljøskaden, likevel blir totalbelastningen for stor. For høstingsretten vil bruk av lov og forskrift være mer nærliggende verktøy enn tilrettelegging gjennom naturinngrep for å forebygge eventuelle «invasjonsproblemer».

På kort sikt vil som regel naturen eller gitte bestander hente seg inn igjen etter overbeskatning såfremt denne reduseres. På den annen side er det grenser for hva de enkelte artene og økosystemet tåler i et mer langsiktig perspektiv, og sterk desimering av enkeltarter kan gi uforutsette ringvirkninger. Det er grunn til å regne med at vilt, fisk eller sopp er mer utsatt for overbeskatning enn bær. Videre kommer fordelings-

spørsmålet: Uten nærmere regulering er de aktuelle naturressursene tilgjengelige etter prinsippet om «først til mølla». På friluftslivets område samarbeides det i liten grad om utviklingen av lovgivningen på tvers av landegrensene. Hvert land har egne regler om tilgang til naturområder og rette til å høste av naturens produkter. Det er store forskjeller mellom de forskjellige landenes lovgivning på dette feltet, se nærmere nedenfor under punkt 5. Plukking av sopp er for eksempel forbudt eller sterkt regulert i store deler av Europa nettopp fordi det her har vært en sterk overbeskatning. Det gjør uregulerte finske, svenske og norske ressurser mer attraktive. Sopp spiller en svært viktig økologisk funksjon i skog ved at skogbunnen er gjennomvevd av soppmycel (mychorizza) som står i et symbiotisk forhold til trær, og sopp er en viktig komponent i nedbryting og stoffkretsløp. Begrensning av retten til å høste sopp kan derfor være nødvendig, ikke for å verne selve arten, men av hensyn til økosystemet den inngår i.

Oppsummert kan problemene som følger med intensiv utnyttelse av høstingsretten knyttes til enten aktivitetens generelle «fotavtrykk» i naturen, trussel for den enkelte bestanden, hensynet til økosystemet eller problemer knyttet til fordeling mellom flere interesser som konkurrerer om den samme ressursen. At høstingen har et kommersielt formål eller skjer i organiserte former er i seg selv ikke et problem, men kan forsterke belastningen og være årsaken til en eller flere av de nevnte problemene. Første skritt vil være å identifisere hvilket eller hvilke av disse problemene som foreligger eller ønskes forebygget. Deretter kan eventuell nærmere regulering av høstingsretten målrettes mot den aktuelle problemstillingen.

²⁶ Bertil Bengtsson, «Allemansrätt och naturskydd – problem vid en friluftslagstiftning», *Festskrift til Gösta Walin*, Stefan Lindskog, Red. (2002) s. 41–59.

4. Sentrale hensyn

Det er mange hensyn som spiller inn ved reguleringen av tilgangen til naturens ressurser. Ulike hensyn trekker til dels i forskjellige retninger, og det er derfor ikke opplagt hvordan reglene bør være utformet. Her pekes det på fire sentrale hensyn som har betydning for vurderingen av tilgangen til økosystemtjenester, og som bør avveies ved nærmere regulering av høstingsretten. De fire er: Hensynet til naturen, hensynet til friluftslivet, hensynet til grunneieren og hensynet til samfunnets behov for at naturressurser nyttiggjøres.

4.1 Hensynet til naturen

For naturens egen del spiller det liten rolle om alle sesongens bær og sopp plukkes av én person, eller om ressursene fordeles på mange med et mindre kvantum til hver. Tvert imot vil det beste for naturen kanskje være å begrense antallet plukkere. Det vil heller ikke gjøre noen prinsipiell forskjell sett fra naturens side om retten til høsting er en allemannsrett eller en grunneierrett. Hensynet til naturen alene tilsier antakelig en mest mulig restriktiv regulering av høstingsretten sammenlignet med de øvrige hensynene.

4.2 Hensynet til friluftslivet

Betydning for friluftslivet taler for at høstingsretten i størst mulig grad bør være en allemannsrett, og ikke en særrett for grunneieren eller lokalsamfunnet. Friluftslovens uttalte målsetting (§ 1) er å fremme friluftsliv som en helsefremmende, trivselskapende og miljøvennlig fritidsaktivitet. Høstingsretten er en del av dette. I tillegg kommer at friluftsliv i stadig større grad betraktes som et gode i seg selv, og en ønskelig aktivitet. Innlandsfiske har tradisjonelt vært en særrett for grunneieren. Eksempel på at hensynet til friluftslivet ble tillagt selvstendig betydning ved lovregulering av høstingsretten var ved innføringen av fritt innlandsfiske for barn

i 1992. Barn og unge under 16 år fikk rett til fritt innlandsfiske med håndredskap i vassdrag som ikke er lakseførende. Rekruttering til friluftslivet var hovedgrunnen til den nye bestemmelsen i lakse- og innlandsfiskeloven § 18. I lovproposisjonen står det: «Hensikten er å stimulere barn og ungdom til friluftsliv og naturopplevelser.»²⁷ For alle høstingsrettene kan hensynet til friluftslivet tilsi at reglene i en viss utstrekning inneholder noen fordelingsmekanismer. Formålet må da være at ikke store aktører skal kunne uttømme ressursene, men at det også er noe igjen til befolkningen for øvrig.

4.3 Hensynet til grunneieren

Allemannsretten åpner for tilgang til naturen uavhengig av hvem som eier grunnen. Høstingsretten kan derfor utøves både i private og offentlige eide naturområder. Grunneieren har i dag få muligheter til å nekte andre å utøve allemannsretten, men hensynet til grunneieren er likevel av betydning for utforming av reglene. Grunneieren kjenner ofte eiendommen godt og forvalter den i et langsiktig perspektiv. Eieren har gjerne ansvaret for kultiveringsarbeider som kan bedre vekstvilkår for sopp og planter, og eieren bærer kostnadene med skogsveier som igjen gjør det lettere å komme til bærmarkene.

4.4 Hensynet til mat- og nytteressurser

Samfunnsøkonomiske hensyn taler for at naturens spiskammers i størst mulig utstrekning bør benyttes. Viltvoksende nyttevekster kan være en viktig matressurs. Dette hensynet kan tilsi at man bør ha rettsregler som i størst mulig grad legger til rette for at i alle fall bær, sopp og matfisk i størst mulig grad blir høstet hvert år, uavhengig av hvem som eier grunnen, og uavhengig av hvem som står for høstingen. Samtidig tilsier mathensynet at reglene sikrer at ressursene som

²⁷ Ot. prp. nr. 29 (1991-1992) s. 50.

har næringsverdi benyttes nettopp til mat, og ikke til annen industriell virksomhet.

Det er ikke uten videre gitt hvordan hensynene bør vektes, men hensynet til naturen må være overordnet i vurderingen. Gode reguleringsmekanismer vil trolig kunne fremme flere av hensynene.

5. Europeiske trender – noen eksempler

I alle de skandinaviske landene, og mange steder ellers i Europa, har befolkningen visse rettigheter til å plukke ville vekster og sopp, uavhengig av hvem som eier grunnen. Med økende folketall og stadig knappere utmarksarealer i Norge, kan det være interessant å se hvordan høstingsretten er lovregulert og hvilke løsninger som er valgt i enkelte andre land som har møtt disse utfordringene tidligere enn oss.

5.1 Danmark

Danske høstingsregler gir en fin illustrasjon til sammenligning. Landet står Norge nokså nær språklig og kulturelt, men har ikke en allemannsrettslig friluftstradisjon. I tillegg er naturarealene under sterkt press. Det aller meste av landets areal er i dag utbygget eller kultivert. I moderne dansk lovgivning er det likevel åpnet for allmenn høstingsrett. Offentligheten har i tråd med bestemmelser i naturbeskyttelsesloven kapittel 4 en relativt fri adgang til naturområder som skoger og strender, både privateide og offentlige. Videre følger det av *Bekendtgørelse om offentlighedens adgang til at færdes og opholde sig i naturen* § 28 nr. 5 at innsamling av nøtter, bær, sopp, frø og kongler, blomster, urter, grener, kvist, mose og lav m.v. er tillatt i begrenset omfang til privat bruk. Ervervsmessig høsting er ikke tillatt.

5.2 Island

Island har hatt lovfestet allemannsrett (almanna-rétt) siden 1950-tallet. I den gjeldende naturvernloven fra 1999 er høstingsretten ganske grundig

regulert, med forskjellige bestemmelser for statlig grunn/allmenning på den ene siden, og privat grunn på den andre. På offentlig eiendom og allmenning er hovedregelen at enhver har rett til å plukke bær, blomster, lav og urter. På privat grunn er denne høstingsretten begrenset til naturprodukter som konsumeres på stedet. Utover dette grunneierens samtykke nødvendig. Loven har hjemmel for regulering av kommersiell høsting av bær, sopp og lav, urter. De siste årene har det pågått et reformarbeid. En ny islandsk naturvernlov ble vedtatt 10. april 2013, og trer i kraft 1. april 2014. I forbindelse med allmennhetens høstingsrett er det foreslått følgende bestemmelse:²⁸

«Departementet kan gi forskrift om høsting av bær, sopp, lav, planter og vegetasjon i kommersiell øyemed, inkludert rapporteringsplikt til myndighetene om mengden og art som er høstet. Kommunen og miljøvernmyndighetene kan forby eller begrense høsting av enkelte arter eller høsting i bestemte områder hvis det er nødvendig for bevaring av truede arter eller for å hindre overbeskatning.»

Den islandske lovreguleringen av allemannsretten fremstår som både moderne og rustet til å møte forventede utfordringer, blant annet som følge av stadig økende turisme og kommersiell utnyttelse av rettighetene.

5.3 Tyskland, Østerrike og Sveits

Flere land i Mellom-Europa har til en viss grad det samme tradisjonelle utgangspunktet som Norge, med rett til å plukke ville planter og sopp i begrenset omfang, til personlig bruk. Rettighetene er stadig strengere regulert. I føderale land som Tyskland, Østerrike og Sveits er det separat lovgivning for hver enkelt delstat, og det er vanskelig å gi en dekkende oversikt.

²⁸ Egen oversettelse.

Men en hovedlinje er at høstingsretten de aller fleste steder er sterkt begrenset og for øvrig regulert på et detaljert nivå. I tysk rett er det rettslige utgangspunktet et generelt høstingsforbud i Bundesnaturschutzgesetz § 44, samtidig som Bundesartenschutzverordnung (2005) § 2 oppstiller en liste over arter som lovlig kan høstes i små mengder (in geringen Mengen für den eigenen Bedarf). Høstingsretten er nærmere regulert gjennom delstatslovgivningen.

I Sveits er prinsippet om allmennhetens høstingsrett sikret gjennom en bestemmelse i Den sveitsiske sivillovboken fra 1907 artikkel 699 (1) som sier at det er tillatt for enhver å ferdes fritt i utmark og plukke ville bær og sopp i det omfang som er vanlig på stedet:

«Zutritt: Das Betreten von Wald und Weide und die Aneignung wildwachsender Beeren, Pilze u. dgl. Sind in ortsüblichem Umfange jedermann gestattet, soweit nicht im Interesse der Kulturen seitens der zuständigen Behörde einzelne bestimmt umgrenzte Verbote erlassen werden.»

Med bakgrunn i denne rammelovgivningen har imidlertid kantonene på regionalt nivå anledning til å fastsette nærmere bestemmelser. Sopp-plukking er over alt grundig regulert, med begrensninger i tillatt mengde, tidspunkt for lovlig høsting og bestemmelser om hvor store grupper som kan opptre i fellesskap. I Østerrike har retten til å ferdes fritt på fjellet, i skogen og på udyrkede arealer (wegefreiheit) vært lovfestet i de fleste delstatene siden 1920-tallet. Reglene finnes i delstatenes skoglovgivning, og i forskjellig spesiallovgivning. Høsting av ville bær, sopp og naturprodukter er i Østerrike i utgangspunktet tillatt i mindre kvanta, til personlig bruk. Men reglene har blitt strammet inn i senere tid. Ved lovendring i 1987 fikk skogloven (Forstgesetz 1975) en bestemmelse om at det ikke er tillatt å plukke mer enn 2 kilo sopp per person per dag (§ 174 b).

5.4 Skottland

Gjennom en lovreform i 2003 ble allemannsretten innført i Skottland, som derved er eksempel på et land som i dag har slik lovgivning uten forankring i landets tradisjon og kulturarv.²⁹ Retten til å plukke ville bær og sopp til eget forbruk er ikke uttrykkelig fastsatt i loven. Reglene vil kunne variere lokalt, og høsting i beskjedent omfang vil kunne være tillatt på sedvanegrunnlag. Loven fastsetter imidlertid i artikkel 9 e) et uttrykkelig forbud mot kommersiell høsting. Adgangen til naturen inkluderer ikke: «being on or crossing land for the purpose of taking away, for commercial purposes or for profit, anything in or on the land.»

6. Regulering og begrensninger

6.1 Argumenter mot å begrense allemannsretten

Eksisterende regelverk åpner i stor grad for at friluftsliv og høsting kan begrenses i bestemte områder, både i forbindelse med naturvern og for å ivareta andre lokale hensyn. Resultatet av dette er stor variasjon av lokale særregler. Overordnet lovbegrensning av aktiviteter som kan knyttes til allemannsretten er et lite brukt virkemiddel. Tvert imot har alle endringer i friluftsloven de senere årene gått i retning av å utvide allemannsretten, uten at pliktene er tilsvarende skjerpet. Kanskje er man fra lovgiverhold engstelig for å innføre begrensninger av frykt for at dette skal svekke allemannsretten? Da friluftsloven ble revidert i 1996 ble det foreslått å føye til i formålsparagrafen at allemannsretten ikke skulle gi rett til kommersiell organisering av ferdsel uten grunneiers tillatelse. Bakgrunnen var bekymring knyttet til en økende kommersialisering av naturen i form av bl.a. villmarkssafari, organiserte fjellturer og rafting.³⁰ Problemstillingen er ytter-

²⁹ Land Reform (Scotland) Act 2003.

³⁰ Innst. O. nr. 60 (1995-1996), s. 45.

ligere aktualisert ved den norske regjeringens ønske om liberalisering av motorisert ferdsel i utmark, noe som også vil skape et marked for kommersielle aktører. Det ble anført at næringsvirksomhet basert på kvaliteter ved norsk natur og med retten til fri ferdsel som innsatsfaktor lå utenfor formålet med allemannsretten. Forslaget ble nedstemt fordi man fryktet det også ville kunne ramme ideelle friluftsansjoner virksomhet.³¹ Det bør imidlertid la seg gjøre å utforme restriksjonene slik at reglene bidrar til å fremme friluftslivet, samtidig som de forebygger at allemannsretten utnyttes på uønskede måter. Det er også viktig å revidere syn og lovverk i takt med endrede rammebetingelser, spesielt når en økende befolkning ønsker å utnytte er begrenset (og ofte) avtakende naturressurs.

Et annet eksempel på innebygd skjevhet i lovverket kom til syne da friluftsløven ble revidert i 2011.³² For å etablere et mer effektivt håndhevingsverktøy ble det innført en hjemmel for å ilagge tvangsmulkt til gjennomføring av pålegg om å fjerne hindringer for lovlig ferdsel, bading, opphold eller høsting, se friluftsløven § 40 fjerde ledd. Lovgiver har her sett for seg at den potensielle lovbrøyer er grunneieren som setter opp et ulovlig gjerde. Den motsatte problemstillingen, at ferdsels- oppholds- eller høstingsretten utøves ulovlig, kan ikke på samme måte møtes med pålegg etterfulgt av tvangsmulkt. Særlig i tilfeller der aktiviteten har et økonomisk motiv, for eksempel omfattende organisert bærplukking med slitasjeskader, ville det være nyttig å ha tilgang til tvangsmulkt som sanksjonsverktøy. Friluftsløvens hensynsregel kan ellers ikke så lett håndheves effektivt. Lovgiver har enten ikke tenkt på, eller valgt å ikke inkludere, brudd på utøvelse av allemannsretten i denne delen av friluftsløvens sanksjonssystem. Fordi løsningen ikke er nær-

mere begrunnet blir forsøket på forklaring lett preget av spekulasjon. Men det kan som nevnt synes som det er en generell motforestilling mot å innføre regler som kan tolkes som en innskrenkning av allemannsretten.

6.2 Reguleringsmekanismer

Flere forskjellige rettslige mekanismer kan benyttes for å begrense høstingsretten. Her diskuterer vi hvordan de forskjellige reguleringsmåtene møter de grunnleggende hensynene omtalt i punkt 4 ovenfor. For oversiktens skyld er reguleringsmulighetene systematisert i tre grupper: Regler om hvem som har rett til å høste (avsnitt 6.2.1), regler om hva som kan høstes (avsnitt 6.2.2) og regler om hvordan det kan høstes (6.2.3).

6.2.1 Regulering av berettigede

Regler om hvem som har rett til å benytte seg av høstingsretten finnes i mange varianter. Den mest vidtrekkende bestemmelsen er friluftsløven § 5 som fastsetter at høstingsretten tilkommer en ubegrenset personkrets («allmennheten»). Et eksempel fra den andre enden av skalaen er grunneierens enerett til jakt og fangst etter viltloven § 27. Mellomløsninger er ulike former for avgrensning av rettighetshavere. I statsallmenning følger det av fjellova § 23 første ledd at småviltjakt uten hund skal være tilgjengelig på like vilkår for alle som det siste året har vært og fortsatt er bosatt i Norge. Viltloven § 31 første ledd har en lignende begrensning, men jaktretten er formulert noe videre og gjelder også for norske statsborgere bosatt i utlandet. Finnmarksloven har egne forvaltningsregler som gjelder tilgangen til fornybare ressurser på Finnmarkseiendommens grunn. Høstingsretter som ellers i landet er grunneierrettigheter (innlandsfiske med garn, laksefiske i sjøen med faststående redskap, storviltjakt m.fl.) tilhører etter finnmarksloven kommunens eller fylkets innbyggere, jf. finnmarksloven §§ 22 og 23. Multer kan som hovedregel bare

³¹ Forh. O. nr. 28 (1995-1996), s. 395-396.

³² Prop. 88L (2010-2011).

plukkes til egen husholdning, se finnmarksloven § 25. Finnmarksloven § 24 har en bestemmelse om særskilt rett til lokal utnyttelse av fornybare ressurser. Kommunen kan gi enkeltpersoner eller grupper med lokal tilknytning en særrett for inntil 10 år ad gangen. Ordningen omfatter blant annet fangst av småvilt, plukking av multer, uttak av trevirke til husflid, fiske etter innlandsfisk med garn, og sankning av egg og dun.³³ Grunnvilkåret for å få tildelt særrett er at man har en betydelig del av sitt livsgrunnlag knyttet til utnyttelse av den aktuelle ressursen. I følge retningslinjer for den kommunale tildelingsretten skal vilkåret forstås slik at både salgsinntekter og vesentlig dekning av naturalhusholdsbehov kan inngå i vurderingen.³⁴ Retningslinjene fastsetter videre at det kulturelle aspektet og bevaring av levemåter som er i ferd med å gå tapt bør tillegges stor vekt, samt at den tradisjonelle kollektive bruken av områdene og mulighetene for å videreføre denne bør vektlegges. Den som tildeles særrett må være fast bosatt i området. I tillegg til vern om samisk kultur er reglene også et forvaltningsredskap som i prinsippet kan tenkes å innføres på andre områder.

Den svenske miljørettsprofessoren Staffan Westerlund analyserte allemannsrettens stilling i forkant av Sveriges tilslutning til EU, og drøftet muligheten for å fastsette begrensninger i personkretsen slik at allemannsretten bare skulle gjelde for svenske statsborgere og de som er fast bosatt i landet.³⁵ Uten begrensninger i den eksisterende allemannsretten fryktet han følgende:

«[S]verige tillsammans med Norge och Finland [kommer] at bli föremål för omfattande turism som kommer att bygga på att det

finns stora naturområden som med europeiska mått har orörd natur och stor rörelsefrihet. Det har tagit årtionden att upplysa dem som bor i Sverige om hur man betar sig hänsynsfullt med och i naturen och det finns fortfarande stora brister i denna kulturella fostargärning.»³⁶

Videre spådde Westerlund at om han fikk rett: «kommer allemansretten i sin nuvarande omfattning att kunna bli en miljöfara...». Reglene ble imidlertid ikke endret som følge av det svenske EU-medlemsskapet, men problemstillingen er stadig mer aktuell. I Finsk rett er det eksempel på det motsatte, at kretsen av høstingsberettigede ble utvidet som følge av EU-tilknytningen. I «allmänt vattenområde» som utgjør store deler av de finske innsjøene, har allmennheten rett til visse former for håndredskapsfiske. Tidligere var retten begrenset til finske statsborgere. Gjennom en lovendring i 2009 ble fiskeretten utvidet til å gjelde alle borgere i EU- og EØS-land, som er fast bosatt i Finland. For borgere i Finland, Danmark, Island, Sverige og Norge gjelder ikke bosetningskravet, og nordiske tilreisende har rett til husbehovs- og fritidsfiske.

Ved at tildeling av retten til særskilt utnyttelse vurderes individuelt som etter finnmarksloven, gir det mulighet til å føre kontroll med at utøvelse av høstingsretten ikke overskrider bæreevnen. En regulering som går for langt i å begrense kretsen av berettigede vil imidlertid uthule allemannsretten og begrense mulighetene for friluftsliv.

6.2.2 Regler om hva som kan høstes

Artsbestemt høstingsregulering er utbredt. For å benytte seg av høstingsretten på lovlig måte er det som regel nødvendig med en viss naturfaglig bakgrunnskunnskap. Norsk rødliste gir oversikt

³³ Ot. prp. nr. 53 Rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke, (2002-2003), s. 136.

³⁴ Retningslinjer for kommunene fastsatt av Finnmarks-eiendommen i styresak 52-2008. saksnr. 07/01759.

³⁵ Staffan Westerlund, *EG:s miljöregler ur svenskt perspektiv*, andre opplag 1993.

³⁶ Samme sted, s. 194-195.

over truede plante- og dyrearter. Fredning av bestemte arter kan gjelde innenfor et verneområde. Naturmangfoldloven har også bl.a. hjemmel for vern om prioriterte arter (§ 23) og bevaring av bestemte bestander (§ 25). Forvaltningsprinsippet i naturmangfoldloven § 15 innebærer et restriktivt utgangspunkt fordi høsting bare er tillatt når det foreligger et lovgrunnlag.³⁷ På den annen side gir ikke dette nærmere veiledning når det foreligger et så generelt hjemmelsgrunnlag som friluftslovens § 5 om allmennhetens høstingsrett. Et eksempel på begrensning av friluftslivets høstingsrett på artsnivå var lovfesting av forbud mot plukking av moltekart i 1970.³⁸ Bakgrunnen var blant annet et økt høstingspress som følge av ønsket om å skaffe inntekt ved plukking av molter for videresalg.³⁹ Departementet la vekt på at det var viktig å sikre at molten som i moden tilstand er en viktig c-vitaminkilde ble benyttet i ernæringen på best mulig måte. Forbudet mot plukking av moltekart imøtekom altså det hensynet som ovenfor i avsnitt 4.4 er omtalt som hensynet til mat- og nytteressurser. Forbudet tok også sikte på en fordelingseffekt; hensikten var ikke å hindre allemannsretten til molteplukking, men å skape større likhet mellom de som plukket til eget bruk og de som plukket for videresalg.⁴⁰ Loven ble opphevet i forbindelse med en opprydding i regelverket da matloven trådte i kraft i 2004. Hensynet til naturen ble den gang tillagt størst vekt i vurderingen.⁴¹ Det ble problematisert om plukking av moltekart er skadelig for planten. Konklusjonen var at enkeltplanter kan miste påfølgende års avling dersom stilken som bærene sitter på rives av. Dette faremomentet ville gjelde for enkeltplanter og ikke for hele be-

standen. At enkeltplanter kunne skades var etter helsedepartementets vurdering ikke tilstrekkelig grunn for å opprettholde et straffesanksjonert forbud mot plukking av moltekart.⁴²

Andre reguleringsmekanismer knyttet til det som høstes er kvantumsbegrensninger eller kvoter. I Mellom-Europa er kvantumsbegrensning stort sett hovedregelen for retten til å plukke sopp. I Sveits har for eksempel 19 av 26 kantoner regler om kvantumsbegrensning på maksimalt 1–2 kilo sopp per person per døgn. Kombinert med forbud mot organisert plukking (se avsnitt 6.2.3) fungerer dette i praksis som et forbud mot kommersiell utnyttelse. Kvoteregulering er kjent fra fiskeri- og jaktlovgivningen. Retten til jakt tilhører som hovedregel grunneieren. Kvotestemmelser er en vanlig begrensning knyttet til denne formen for høsting.⁴³ Minstemål for fisk er en vanlig begrensning av betydning for retten til fritidsfiske i sjøen.⁴⁴ På Svalbard er kvantumsbegrensningen ved rypejakt fastsatt gjennom *bag-limit*, opprinnelig et bilde på hvor mye jegeren kunne bringe med seg i sekken. Med hjemmel i svalbardmiljøloven er det fastsatt begrensninger for fastboendes rett til rekreasjonsjakt på svalbardrype med en kvote på inntil 10 ryper pr. dag, mens kvoten for tilreisende er fem ryper per sesong.⁴⁵ Fastboende fangstfolk med jakt som næring er unntatt fra begrensningen. Også på fastlandet har det stedvis blitt innført kvantumsbegrensning på rypejakt på grunnlag av lokal bestandsnedgang. Rypejakt er en grunneierrett, og eventuelle kvantumsbegrensninger kan fastsettes av eierne i kraft av eiendomsretten. I statsallmenning og på statsgrunn er imidlertid

³⁷ Inge Lorang Backer, *Naturmangfoldloven*, (2010), s. 21.

³⁸ Lov 6. mai 1970 nr. 25.

³⁹ Ot. prp. nr. 17 (1969-70) s. 5.

⁴⁰ Samme sted.

⁴¹ Ot. prp. nr. 100 (2002-2003) om lov om matproduksjon og mattrygghet mv, s. 40.

⁴² Samme sted.

⁴³ Se forskrift 22. mars 2002 nr. 313 om utøvelse av jakt, felling og fangst.

⁴⁴ Forskrift 22. desember 2004 nr. 1878 om utøvelse av fisket i sjøen.

⁴⁵ Forskrift 4. august 2003 nr. 1005 om lokal regulering av jakt på svalbardrype og svalbardrein på Svalbard, §§ 1-2.

tilgangen såpass åpen at det er vanlig å betegne småviltjakten uten hund som en allemannsrett.⁴⁶ I statsallmenning kan fjellstyret med hjemmel i fjellova § 23 tredje ledd avgrense tallet på vilt som kan felles eller fanges. Den samme bestemmelsen gir fjellstyret også hjemmel til å fastsette bestemmelser om tidsbegrensning, jaktform og geografisk avgrensning av jakten eller fangsten. På statsgrunn som ikke er statsallmenning kan Statskog SF i forskrift foreta reguleringer av jakten, fangsten eller fisket dersom dette er nødvendig av hensyn til bestanden, utøvelsen eller en hensiktsmessig geografisk fordeling av jegere og fiskere eller andre brukere.⁴⁷

For fritidsfiske i sjøen ble det i 2006 fastsatt en kvote som begrenser utførsel av fisk fra sportsfiske til maksimalt 15 kilo per person.⁴⁸ Forskriften forskjellsbehandler dem som er bosatt i og utenfor landets grenser, når det gjelder hvilket kvantum selv fisket fisk man kan ta med seg hjem. Formålet med utførselsforbudet var først og fremst å hindre skjult næringsfiske som truer lokale fiskeressurser og tradisjonelt næringsfiske. Restriksjonene ble derved vurdert å gå klar av EØS-avtalens artikkel 12 om forbud mot kvantitative eksportrestriksjoner som gjør unntak for regulering begrunnet av særlige hensyn. Høstingsbegrensningene kan ikke brukes til vilkårlig forskjellsbehandling, for eksempel med tanke på nasjonalitet, eller medføre et skjult handelshinder. Hjemmelen i innførsle- og utførsle-reguleringslova § 1 åpner for at det kan vedtas tilsvarende begrensninger også for utførsel av planter.⁴⁹

⁴⁶ Slik f.eks. Thor Falkanger, *Allmenningsrett*, (2009) s. 203.

⁴⁷ Se forskrift 20. august 2007 nr. 987 om jakt, felling, fangst og fiske på statsgrunn utenfor statsallmenning, § 4.

⁴⁸ Forskrift 1. juni 2006 nr. 570 om utførselskvote av fisk og fiskevarer fra sportsfiske.

⁴⁹ Lov 6. juni 1997 nr. 32 om innførsle- og utførsle-regulering.

6.2.3 Regler om måten det høstes på

Regulering av selve høstingsaktiviteten er ytterligere en mekanisme som kan begrense høstingsretten. Varianter av dette kan være regler om redskapsbruk, regler om gruppestørrelse og regulering av formålet for høstingen. For fritidsfiske er det for eksempel lempeligere regler for håndredskapsfiske, mens bruk av mer effektive fangstmetoder som garn er mer restriktivt regulert, se havressursloven § 22 første ledd. I den nye islandske naturvernloven som trer i kraft i 2014 er det gitt hjemmel for å forskriftsregulere redskapsbruk i tilknytning til høsting av bær, sopp, planter, lav og vegetasjon.⁵⁰ I Sverige har spørsmålet om å lovfeste begrensninger for kommersiell utnyttelse av allemannsretten til bærplukking vært et aktuelt tema de siste årene. Torgny Håstad har foreslått følgende:

«Ett mer praktisk sätt at komma till rätta med oönskad, kommersiell bärplockning vore kanske att det infördes ett trovärdigt system med certifiering av större bärföretag, där det kontrollerades att bären plockats under betryggande former, att plockarne bott i ordnade och efter avflyttning städade förhållande samt inte blivit socialt utnyttjade.»⁵¹

Regler for gruppestørrelse og forbud mot organisert og/eller kommersiell høsting finnes det en del eksempler på i andre land. I Danmark må organiserte aktiviteter som hovedregel ha grunneierens tillatelse hvis deltakerantallet overstiger 30, selv om ferdsel og opphold skjer i overensstemmelse med reglene i naturbeskyttelsesloven.⁵² Ervervsmessig høsting av nøtter, bær, sopp, frø, kongler, blomster, urter, grener,

⁵⁰ Lög um náttúruvernd, 10. april 2013, § 27.

⁵¹ Torgny Håstad, "Behövs reformer av allemansrätten" i *Allemansrätten i förändring* (2012) s. 81–99 (på s. 91).

⁵² Bekendtgørelse nr. 1317 om offentlighedens adgang til at færdes og opholde sig i naturen, 21. desember 2011, § 7.

kvist, mose og lav m.v. er ikke tillatt. Men det er lov med høsting til privat bruk.⁵³ Først og fremst i Skottland, men til en viss grad også i England er befolkningens rett til ferdsel og opphold i naturen styrket gjennom lovgivning de senere årene. Men både i skotsk og engelsk rett er høsting av naturprodukter for kommersielle forhold uttrykkelig forbudt, selv om det skjer i tilknytning til ellers lovlig ferdsel. Engelske Countryside and Rights of Way Act (2000), Schedule 2 t) fastsetter at alle former for kommersiell utnyttelse av ferdselsretten er forbudt. De rettighetene loven garanterer: «does not entitle a person to be on any land if, in or on that land, he – engages in any activity which is organised or undertaken (whether by him or another) for any commercial purpose.» Forbud mot kommersiell og organisert høsting er også regelen heller enn unntaket i den føderale lovgivningen i Sveits og Tyskland. En innvending mot restriksjoner som knytter seg til høstingens formål er at reglene kan være vanskelige å håndheve. Hva man foretar med det som høstes vil jo ikke nødvendigvis komme til uttrykk på noen måte før etter at aktiviteten er avsluttet. Kvantumsbegrensninger kan da være en mekanisme som er enklere å kontrollere, og som samtidig vil bidra til å forebygge omfattende organisert og kommersiell høsting.

6.3 Forvaltningsnivå og allmenningens tragedie

En problemstilling i forlengelsen av de ovennevnte reguleringsmulighetene er hvem som skal forestå vurderingene. Hvilket forvaltningsnivå er mest hensiktsmessig? Det har vært et ønske om at den nasjonale kartlegging og forvaltning av natur skal desentraliseres, samtidig som det er åpenbart at slike ressurser generelt mangler på kommunalt nivå. Det samme gjelder tilsyn og håndheving av regelverket. Regler om

at høstingsretten tilhører grunneieren innebærer ikke i seg selv noen kontroll med ressursutnyttelsen. Grunneieren vil kunne gi andre tillatelse til å utnytte høstingsretten, eller selge rettigheter til kommersielle foretak. Et argument som kan tale for lokal forvaltning er relatert til den ofte refererte diskusjonen om allmenningens tragedie.⁵⁴ Allemannsretten innebærer, som utnyttelse av alle typer fellesressurser, en risiko for kollektiv eller kumulativ overutnyttelse ved at hver av aktørene har sterke insentiver til å maksimere eget ressursuttak, men svakere insentiver til å båndlegge dette til allmennhetens (eller fremtidens) beste. Kjente eksempler er overbeite og overfiske av fellesressurser – eller overbelastning av utslipp til resipienter. Problemstillingen er meget aktuell for spørsmålet om høsting med basis i allemannsretten, og flere eksempler tyder på at mindre enheter eller lokalsamfunn har større evne til å overkomme allmenningens tragedie fordi det her foreligger et større insentiv for å unngå overhøsting.⁵⁵ Aktører utenfra vil ikke ha samme motivasjon. En lokal forvaltning kan imidlertid vanskelig innebære eksklusjon av aktører utenfra uten at det bryter med prinsippet om lik tilgang for alle, som er en av allemannsrettens kjerneverdier. Lokalforvaltning innebærer også en risiko for å la for eksempel næringshensyn gis forrang framfor verneinteresser. Svaret på hvilket forvaltningsnivå som er mest hensiktsmessig vil derved avhenge av hvilke hensyn som vektlegges.

⁵⁴ Opprinnelig: Garret Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science* 1968.

⁵⁵ Se f.eks. Elinor Ostrom, "Coping with tragedies of the commons", *Annual Review of Political Science*, 1999 s. 493–535.

⁵³ Op.cit. § 28 nr. 5.

7. Fremover: Føre var, eller beholde det vi har?

Ønsket om å beholde den tradisjonelle allemannsretten til høsting har bred oppslutning. Men hensynet til naturen selv (biosentriske argumenter), og ikke minst framtidige generasjoners tilgang og utnyttelse til naturgoder (antroposentriske argumenter) bør vektlegges sterkere i regelutformingen enn i dag. Vi tror at i et langsiktig perspektiv vil disse interessene i stor grad være sammenfallende, og at det er et høyt spill på vegne av naturen, grunneiere og friluftslivet å la denne tilgangen til naturen forbli åpen og uregulert. Slik den rettslige situasjonen er i dag, er det i stor grad overlatt til lokale myndigheter å forestå begrensninger i tilgangen. En avgjørelse om begrensning av tilgangen kan være upopulær å ta lokalt, fordi forvaltningsmyndighetene ofte møtes med argumentet om at allemannsretten svekkes. Erfaringen fra mange land viser at åpent tilgjengelige naturressurser raskt blir utbyttet så fort man finner en regningssvarende driftsform. Fenomenet er velkjent fra fiskeriforvaltningen. For bær og nyttevekster kan billig arbeidskraft kombinert med nødvendig mottaks- og foredlingstilbud eller løsning på transportutfordringene være innledningen til overutnyttelse.

Tilgangen til naturen og mulighetene for høsting kommuniseres i dag på tvers av landegrensene og når frem til store folkegrupper med annen kulturell bakgrunnskunnskap. Allemannsretten til høsting av ville vekster fremstår som en invitasjon. Det vil kunne bety stor forskjell om hovedregelen sier som i dag at enhver har rett til å høste ville vekster i utmark, eller om utgangspunktet er det motsatte. En mulig tilnærming kunne være å lovfeste et overordnet restriksjonsnivå med begrensninger i organiserte og kommersielle høstingsaktiviteter, sammen med muligheter både for strengere regulering lokalt (slik vi allerede har), muligheten for regler om lokale særrettigheter til utnyttelse (etter mønster

fra finnmarksloven eller fiskeriforvaltningens kvoter), sammen med tilfredsstillende muligheter for å tillate organisert aktivitet slik at for eksempel tradisjonell turistforeningsvirksomhet ikke rammes. Enkelte former for organisert og kommersiell utnyttelse vil man kanskje også uttrykkelig ønske å fremme. Selv om flere av reguleringsmekanismene som er nevnt her kan være vanskelige å håndheve, er det vår oppfatning at man ikke må undervurdere den normerende effekten av lovfestede regler.

Å betrakte allemannsretten som en miljøbombe, slik Staffan Westerlund skrev, kan nok virke som en fremmed tanke for mange.⁵⁶ På den annen side bør det ikke være overraskende at regler som har vokst frem under helt andre samfunnsforhold trenger vesentlig oppussing for fortsatt å fungere tilfredsstillende under nye rammebetingelser som sterk befolkningsvekst, stadig knappere utmarksarealer og nye utnyttelsesmåter. Å sette grenser for høstingsretten svekker ikke allemannsretten, men kan snarere bidra til å verne om grunnlaget for det tradisjonelle friluftslivet på lang sikt.

⁵⁶ Staffan Westerlund, *EG:s miljöregler ur svenskt perspektiv*, andre opplag 1993, s. 195.

Tvenne gånger tvenne ruttna gårdesgårdar Om urminnes hävd och vattenkraft

*Christina Olsen Lundh**

Abstract

Immemorial prescription is a private law concept and describes a kind of right that emerged so long ago that no one can remember how and when it arose. The purpose of this essay is to discuss the relationship between immemorial prescription and some Swedish laws, especially the Act with Special Arrangements for Water Operations, the Environmental Code and the legislations regarding promulgation of those laws. To a water operator, the legal consequences of a permit are highly important; they protect the installation from injunctions by regulatory authorities. However, the legal consequences of a permit are limited to circumstances tried in the permit matter. A central question in this essay is whether immemorial prescription could or should be regarded as a permit. The essay expose the legal problems that follow by equating a private law concept dealing with legal relations long time forgotten with a public law structure, where the legal consequences depend on what was tried in the permit matter.

Inledning

Urminnes hävd är inte så urminnes som det låter. På senare tid har frågan om dess innebörd och rättskraft aktualiserats, framför allt beträffande vattenanläggningar och vissa vattenverksamheter eftersom många sådana är uppförda eller drivs med tillstånd som har meddelats med stöd av äldre lagstiftning. Vissa är så gamla att de uppfördes innan tillståndsplikt för anläggande och drift hade införts. Det har gjorts gällande att ägarens rätt att bibehålla dem grundar sig på 'urminnes hävd'; en slags rätt som uppkommit för så länge sedan att ingen kan minnas när och hur rätten uppkom. Det har till och med gjorts gällande att urminnes hävd skulle vara att likna vid ett tillstånd. I MÖD 2012:26 anfördes just detta men Mark- och miljööverdomstolen diskuterade inte frågan utan konstaterade endast att något tillstånd inte fanns och att verksamheten därför borde tillåtlighetprövas. En utredning, Vattenverksamhetsutredningen, har nu tillsatts i vilken utredaren bl.a. ska föreslå ett samhällsekonomiskt effektivt sätt för hur anläggningar som fått tillstånd innan äldre vattenlagen eller som har äldre rättigheter skall utformas och drivas så att miljöbalkens och EU-rättens krav på vattenkvalitet och påverkan på djur och växtliv uppfylls.¹

* Christina Olsen Lundh är jur. dr i miljö rätt och lektor i EU-rätt vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet samt postdok vid Centrum för Europaforskning vid Göteborgs universitet (CERGU). Artikeln har skrivits inom ramen för forskningsprogrammet SPEQS (Systems Perspective on Environmental Quality Standards). Ett varmt tack till professor Håkan Gustafsson och fil. Dr Johan Järlehed för läsning och konstruktiva kommentarer liksom till professor Gabriel Michanek samt en anonym granskare.

¹ Regeringen beslutade den 4 april 2012 kommittédirektiv om översyn av reglerna om vattenverksamheter (dir. 2012:29). Enligt direktiven skulle uppdraget slutredovisas senast den 30 juni 2013 men tiden har förlängts till samma datum 2014. Nya direktiv innebar att utredaren den 1 oktober 2013 i ett delbetänkande redovisade sina

Syftet med den här artikeln är att belysa och diskutera hur 'urminnes hävd' förhåller sig till, dels den s.k. restvattenlagen² och restvattenlagens promulgationslag (VP)³ med avseende på rådigheten,⁴ dels miljöbalkens promulgationslag⁵ med avseende på huruvida hävden ifråga kan utgöra ett tillstånd – och om den kan det; vilka effekter det skulle få med avseende på tillståndets rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken.⁶ Syftet är härvid att visa på det rättsligt problematiska i att likna 'urminnes hävd' vid ett tillstånd.

Inledningsvis ges en historisk tillbakablick på institutet 'urminnes hävd' varefter jag analyserar dess betydelse i relation till 1983 års vattenlag (jämte promulgationslag), miljöbalkens promulgationslag och 24 kap. 1 § miljöbalken. Avslutningsvis diskuteras institutets nutida rättsliga betydelse.

1. Urminnes hävd

I de svenska landskapslagarna⁷ omtalades, enligt Almquist, ett institut, som kan betecknas med uttrycket *lång tids hävd*. Lång tids hävd var så lång

tid att tvenne gärdesgårdar efter varandra hunnit ruttna ned och en tredje blivit uppsatt (detta angavs motsvara ungefär en mansålder).⁸ Från lång tids hävd skall *urminnes hävd* skiljas. Något visst tidsmätt finns inte angivet men det brukar anses omfatta två mansåldrar; d.v.s. ungefär 90 år.⁹ Åtminstone fyra gärdesgårdar ska alltså ha hunnit ruttna ned och en femte, kanske till och med en sjätte ska ha satts upp.

1.1 Urminnes hävd – fång eller presumtion?

Vad innebar då 'urminnes hävd', rättsligt? Var urminnes hävd ett laga fång eller endast ett bevis, en presumtion för den rättmätiga uppkomsten av den rätt till stöd för vilken urminnes hävd åberopas?¹⁰ Detta var den tvistefråga som utvecklades i doktrin och som enligt Undén pågått ända till "nutid" (d.v.s. 1950-tal).¹¹ Tillspetsad, i ljuset av den nutida diskussionen, handlar alltså frågan om huruvida 'urminnes hävd' är en rätt i sig eller en presumtion för uppkomsten av en rätt (men alltså inte en rätt i sig). För att belysa frågan finns det anledning att börja ännu längre tillbaka i tiden eftersom urminnes hävd har haft betydelse i Sverige ända sedan tidig medeltid och synen har varierat över åren.

ställningstaganden i den del som avser analys av rättskraftens räckvidd i fråga om sådana tillstånd och äldre rättigheter som meddelats före ikraftträdandet av vattenlagen (1918:523). Denna artikel författades innan delbetänkandet redovisades och jag har därför inte kunnat beakta detsamma.

² L (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.

³ L (1998:813) om införande av lagen med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.

⁴ Rådighet är en slags vattenrelaterad ekvivalent till "ägande"; när det handlar om det rörliga, strömmande, vattnet brukar man inte tala om 'äganderätt' utan om just 'rådighet'. Var och en råder över det vatten som finns inom hens fastighet. Rådighet kan också upplåtas av fastighetsägaren eller förvärvas tvångsvis enligt vad som är särskilt föreskrivet (L med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet, 2 kap. 2 §).

⁵ Lag (1998:811) om införande av miljöbalken.

⁶ Miljöbalk (1998:808).

⁷ I sin mest utvecklade form framträdde institutet i Östgötalagen (BB 28:4). (J.E. Almquist; *Det processuella förfarande vid ägotvist.* (avh.), (Stockholm:1923) s. 175).

⁸ *Ibid.*

⁹ Ö. Undén; *Svensk sakrätt II, fast egendom, förra avdelningen*, tredje genomsedda upplagan (Lund:1951), s. 146 anger "två mansåldrar, utgörande tillsammans ungefär 90 år". Almquist ägnar ett helt kapitel åt att utröna vilken tidsrymd som fordras; 1643 års lagkommission föreslog, enligt Almquist, att hävdetiden skulle fastställas till 100 år men lagkommissionen fann det *bäst och rådligast* att hålla sig till Konungabalken 4 kap. 4 § *att urminnes hävd är den, som ingen minnas kan eller av sanna sago vet, huru hon är först tillkommen* (citat enligt J.E. Almquist; a.a. s. 201). Enligt Almquist togs lagkommissionens inställning upp av doktrinen som sedermera ansett att urminnes hävd inte är bunden till viss tid.

¹⁰ Jfr Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909. [290]. Finns att hämta [online] på http://sv.wikisource.org/wiki/Lagberedningens_f%C3%B6rslag_till_jordabalk_III/Motiv.

¹¹ Ö. Undén; a.a., s. 142.

'Urminnes hävd' återfinns i Magnus Erikssons landslag från 1350 (EB kap. 1) som inleds med upplysningen att *fem äro laga fång till jord i Sveriges lag*. Efter en uppräknning av de laga fången (arv, köp, byte, gåva och pant) fortsatte stadgandet:

Lagligt stående, olagligt återgånge, ty att lagfånget är rätt fång, och allt olagligen fång är som ofånget, tills urminnes hävd återkommer.¹²

Kompletterande formuleringar infördes nästan hundra år senare i Kristoffers landslag (JB kap. 1) från 1442:

Evar som urminnes hävd kommer på, det är lagfånget, och det må ingen kvälja¹³

Urminnes hävd sågs alltså som ett laga fång och onekligen föreföll urminnes hävd därtill inta en exklusiv ställning.¹⁴

I processuellt hänseende blev just frågan huruvida 'urminnes hävd' är ett laga fång eller en presumtion rykande aktuell mot 1500-talets slut. Detta genom de tvister som följde i och med att "hertig Karls räfst" hade inletts, vilken gick ut på att återvinna den jord som högadeln hade lagt under sig som en följd av riksdagen i Västerås 1527.¹⁵ Adeln gjorde vid dessa tvister gällande att jorden innehades med urminnes hävd, vilket var ett laga fång som inte kunde motbevisas.¹⁶ Enligt Almquist använde adelns ledare, riks-

rådet Hogenskild Bielke, härvid sin ställning som domhavande vid räfsteting och lagmanseting för att vid lämpliga tillfällen betona hävdens egenskap av laga fång. Hertig Karl var av den motsatta uppfattningen och karaktäriserade 'urminnes hävd' närmast som ett bevismedel. Några år senare försökte hertig Karl införa sin uppfattning om hävdens natur i en stadga och denna togs sedermera in i Johan III:s förslag till *ordning vid tillämpning av adelns privilegier*. Här slogs fast att ingen fick stödja sig på urminnes hävd med mindre denna var *lagligen fången som lag uttrycker*.¹⁷

I 1734 års jordabalk¹⁸ samlades bestämmelserna om 'urminnes hävd' i fyra paragrafer; 15 kap. 1–4 §§. Syftet var att tydliggöra reglerna och i 15 kap. 1 § definieras 'urminnes hävd':

Det är urminnes häfd: där man någon fast egendom eller rättighet i så lång tid oqvald och ohindrad besutit, nyttjat och brukat hafver, att ingen minnes, eller af sanna sago vet, huru hans förfärder, eller fångesmän först dertill komne äro.¹⁹

Beviskraven definierades och ändrades till viss del; regeln om att urminnes hävd inte fick klandras togs bort. Hävdens grundas nu på en längre tids *okvald och ohindrad* besittning; en besittning som måste styrkas av den som påstod den.²⁰

Av 15 kap. 4 § framgick bevisreglerna:

Förebär någon urminnes häfd, som klandrad varder; vise då med gamla och laggilda bref och skrifter, eller trovärdige män, de der om orten väl kunnige äro, och på ed sin vittna

¹² 1 kap. 1 § jordabalken i Magnus Erikssons landslag återgiven såsom i J.E. Almquist; *a.a.* s. 175.

¹³ 1 kap. jordabalken i Kristoffers landslag återgiven såsom i K. Andreasson; *På gränsen till framtiden Möjligheter till koordinatbestämda fastighetsgränser* (avh.), (Lunds tekniska högskola: 2008), s. 92.

¹⁴ J.E. Almquist; *a.a.* s. 175. Almquist menar dock att inte var troligt att tillägget var avsett att innehålla någon verklig nyhet.

¹⁵ "Reformationsriksdagen" eller "Västerås recess" då Gustav Vasa berövade kyrkan dess makt och banden med kyrkan i Rom klipptes av

¹⁶ J.E. Almquist; *a.a.* s. 176.

¹⁷ J.E. Almquist; *a.a.* s. 177.

¹⁸ 1734 års jordabalk finns att läsa [online] på <http://www.gamla.fiskevattenagarna.se/Bakgrundsbilder/jorda-&byggningabalk1736a.pdf>.

¹⁹ 15 kap. 1 § 1734 års jordabalk så som återgiven av E.V. Nordling; *om Präskription* (Stockholm:1877), s. 68.

²⁰ K. Andreasson; *a.a.*, s. 93.

kunna, att de hvarken sjelfve veta, eller af andra hört, någon tid annorlunda varit hafva. Gitter han det ej; vare då den häfd utan kraft och verkan.²¹

Urminnes hävd kunde alltså styrkas genom vittnesbevisning men även med *gamla och laggilda brev och skrifter*. Enligt Almquist var det viktigaste, och mest använda, bevismedlet vittnen. 1734 års lag anger också särskilda krav på vittnena; det skall vara trovärdiga och om orten väl kunniga män.²² Vad gäller vittnenas ålder har praxis, enligt Almquist, varit vacklande, men 50 år är att betrakta som en minimiålder för att *med laga verkan* kunna vittna om urminnes hävd.²³ Det kan tyckas motsägelsefullt att vittnen skulle styrka vad *ingen minnes*, men det som ingen skulle minnas var ju själva fångnet, hur förfäder eller fångesman först fått det som rätten hävdades till i sin besittning. Det som vittnena skulle styrka var besittningens varaktighet; att ingen minns att det någon tid annorlunda varit.

I spåren av 1734 års lag tar diskussionen, laga fång kontra presumtion²⁴, ordentlig fart

²¹ 15 kap. 4 § 1734 års jordabalk så som återgiven av E.V. Nordling; *a.a.*, s. 68.

²² Almquist förklarar vidare att doktrinen, på grund av ordalydelsen, antagit att vittnena måste vara män (i not 5 anmärker Almquist att 17 kap. 10 § RB emellertid anger att *Qwinna så gift som ogift, må ej mindre än man witne bära*) och att orsaken till det är att lagstiftaren menade att endast män hade tillräcklig kännedom om orten. Almquist påpekar också att praxis, såväl före som efter 1734, har tillerkänt kvinnors vittnesmål om urminnes hävd samma bevisvärde som mäns. (J.E. Almquist; *a.a.* s. 207 f.).

²³ Ibid.

²⁴ Den 'presumtion' som avses, i den diskussion som Almquist och Undén hänvisar till, är troligtvis den s.k. *præsumtionones juris* som är ett slags rättsregler vilka inte utesluter motbevisning. Ekelöf anger, som exempel på sådan, presumtionen i UB 4 kap. 18 § att "gäldenär anses vara ägare till lös egendom som han har i sin besittning, om det ej framgår att egendomen tillhör annan" (en situation inte helt olik 'urminnes hävd'). Bestämmelsen, presumtionen, skulle då kunna uppfattas som en regel om besittningens *bevisvärde* men Ekelöf menar att det snarare handlar om en *bevisbörderegeln* enligt vilken besittnings-

i den rättsvetenskapliga doktrinen.²⁵ Almquist redogör relativt utförligt för den och lyfter bl.a. fram Calonius som, i Almquists tolkning, menade att hävd är en besittning som varat så länge att dess början ej kan utredas; hävdens skydd beror endast på att besittning skyddar innehavaren så länge ingen annan visar bättre rätt.²⁶ Som företrädare för det andra synsättet märktes bland andra Nordling som menade att den urminnes hävden bör medföra att rättsutövaren erkänns som berättigad även i en situation då bevisning om en olaglig uppkomst av hävden företes.²⁷ Av detta drar Nordling slutsatsen att det i den urminnes hävden ligger något mera än endast en bevisande kraft; urminnes hävd äger enligt Nordling rättsskapande förmåga och är därmed ett verkligt fång.²⁸ Nordlings slutsats, att urminnes hävd inte kan motbevisas förefaller tämligen långtgående i ljuset av ordalydelsen i bevisregeln. Enligt 15 kap. 4 § 1734 års jordabalk skulle visas, genom något av de angivna bevismedlen, att ingen minns att besittningsförhållandena någonsin sett annorlunda ut – annars vare då den häfd utan kraft och verkan. Om ingen minns att det varit på något annat sätt men någon visar, t.ex. med gamla laggilda brev och skrifter, att

förhållandet medför att bevisbördan i äganderätsfrågan åvilar den som påstår sig äga egendomen. (P.O. Ekelöf och R. Boman; *Rättegång, fjärde häftet*, sjätte, omarbetade upplagan (Stockholm: 1995), s. 76f.). Detta motsäges emellertid, i det här sammanhanget, av att bevisbördan är reglerad; den som påstår urminnes hävd skall visa den enligt 15 kap. 4 § i 1734 års JB.

²⁵ Undén nämner bland de författare, vilka uttalat sig för lagafångsteorin; O. Rabenius, Olivecrona, Nordling, Serlachius och Wrede. Till presumtionsteorins anhängare menar Undén att följande kan räknas: Nehrman, Calonius, Lindblad, Schrevelius, Winroth, Ask, Björling, Kuylstierna och Almquist samt äldre lagberedningen (1847) och den senare lagberedningen (1909) (Ö. Undén; *a.a.*, s. 142, not 155).

²⁶ J.E. Almquist; *a.a.*, s. 187. Se även Ö. Undén; *a.a.*, s. 182.

²⁷ Almquist nämner också Olivecrona som företrädare för synsättet att den urminnes hävden hade en rättsskapande förmåga (J.E. Almquist; *a.a.*, s. 183).

²⁸ E.V. Nordling, *a.a.*, s. 70.

fånget varit olagligt – så torde det istället kasta tillbaka bevisbördan om att fånget är lagligt – och det borde inte längre vara möjligt att hävda urminnes hävd eftersom någon företett bevisning om huru någons förfärdar, eller fångesmän först dertill komme äro. Almquist själv drog slutsatsen att det var tämligen meningslöst att rättsdogmatiskt försöka tolka stadgandet i 15 kap. JB i 1734 års lag; detta eftersom stadgandet aldrig avsett att förklara hävdens väsen. Almquist vände sig istället till förarbetena och konstaterade utifrån dessa att beteckningen 'laga fång' å urminnes hävd i svensk rätt på det hela taget varit av *vilseledande* art.²⁹ Enligt Almquist har lagafångsteorins anhängare blivit förvillade av att 'urminnes hävd' under 1600-talet faktiskt ansågs som "laga fång" men att denna ståndpunkt *inte* stämmer överens med den uppfattning som legat till grund för bestämmelserna i 1734 års jordabalk. Undén konstaterar, på samma linje, men mer krasst, att vid urminnes hävd försvaras äganderätten uteslutande genom hänvisning till ett långvarigt besittningsförhållande som sådant, icke till något grundläggande rättsfaktum.³⁰

Mot bakgrund av formuleringen i 15 kap. i 1734 års jordabalk och de passager i förarbetena som Almquist refererar till framstår Undéns slutsats som rimlig. 'Urminnes hävd' bör betraktas som en besittning som varat så länge att dess ursprung inte kan utredas; hävdens skydd beror endast på *besittningen* som skyddar innehavaren så länge ingen annan visar bättre rätt. Eftersom ursprunget inte kan utredas är det alltså inte någon som vet något om det grundläggande rättsliga förhållandet – då kan inte heller urminnes hävd bli eller vara ett grundläggande rättsligt förhållande. 1909 års lagberedning konstaterar också om 15 kap. i 1734 års jordabalk att:

[ä]fven för svensk rätt gäller, att urminnes häfd bör anses innebära blott en presumtion för den lagliga uppkomsten af den rättighet, till stöd hvarför häfden åberopas.³¹

1.2 Urminnes hävd – hävdeobjektet

Vilket hävdeobjekt kunde då institutet avse? I 1734 års jordabalk angavs objektet för 'urminnes hävd' i 15:1 till "fast egendom eller rättighet".³² I 15:3 stadgades att sådan hävd gäller ifråga om *utjord eller urfjäll* samt *kuar eller kvarnställ*, eller *annat vattenverk, eller öar och holmar*.³³ Enligt Undén karakteriserades utjord och urfjäll av att de låg i en annan bys område än den by de tillhörde.³⁴ Urminnes hävd kunde alltså få betydelse i utmarker eller urfjällar men det fordrades då att de avgränsats med "rå och rör"³⁵ eller stängts in av "gård och vård".³⁶ Läran om servitut utvecklades under 1600-talet och därefter har urminnes hävd kommit till användning också ifråga om detta.³⁷

1909 års lagberedning konstaterar att bestämmelserna i 1734 års lag om hur urminnes hävd skall tillämpas på servitut är mycket knapphändiga och inskränker sig till ovan nämnda antydning om "rättighet". Enligt lagberedningen fanns det, i de tidigare lagförslagen,³⁸ särskilda stadganden om servitut vilka uteslöts i 1723 års lagförslag. Med ledning av förarbetena konstaterade Lagberedningen att "eller rättig-

³¹ Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909. [295].

³² 15 kap. 1 § jordabalken, återgiven enligt Ö. Undén; *a.a.*, s. 143.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ "Rå och rör" är ett samlingsbegrepp för anlagda gränsmonument, vanligtvis av sten. (K. Andreasson; *a.a.*, s. 78.).

³⁶ J.E. Almquist; *a.a.*, s. 187. Se även Ö. Undén; *a.a.*, s. 144

³⁷ Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909. [292].

³⁸ Lagberedningen hänvisar här till 1695 års förslag 15 kap. 5 § (Lagberedningens förslag till jordabalk D.3. Stockholm 1909. [300]).

²⁹ J.E. Almquist; *a.a.*, s. 184.

³⁰ Ö. Undén; *a.a.*, s. 142.

het" i 15 kap. 1 § i 1734 års lag *endast* avsåg servitut. Visserligen, menade beredningen, kunde det tänkas att uttrycket skulle innebära att alla de rättigheter som enligt tysk-romersk doktrin är förknippade med besittning också är föremål för urminnes hävd, men mot bakgrund av det kortfattade uttrycket menade lagberedningen att det inte kunde ha varit syftet; särskilt inte som det aldrig varit fråga om sådana rättigheter, vare sig enligt äldre rätt eller enligt lagens förarbeten.³⁹ Undén menar dock att urminnes hävd till "rättighet" kan komma ifråga också beträffande servitutsliknande rätt; i praxis har, enligt Undén, åtskilliga slag av rättigheter, knutna vid äganderätten till viss eller vissa fastigheter, ansetts kunna skyddas genom urminnes hävd.⁴⁰ Här är den avvikande meningen i NJA 1932 s. 314 intressant: minoriteten menade nämligen att det endast var styrkt att Vivastbo byamän av ålder *nyttjat* området för husbehov samt att deras rätt i detta avseende uttryckligen medgivits av kronan, *men* att byamännen inte gjort gällande anspråk på *äganderätt* till det nyttjade området tidigare än år 1859 vilket då uttryckligen bestreds av kronan. Minoriteten skilde alltså mellan nyttjanderätten och äganderätten och menade att endast den förra visats. Att minoriteten gjorde denna åtskillnad tyder också på att de inte (som majoriteten gjorde) betraktade besittningen eller det faktiska nyttjandet som avgörande för skyddet, utan menade att den rätt man åberopade hävd för också uttryckligen måste ha *hävdats*.

1.3 Urminnes hävd – parterna

Under 1600-talet kunde det allmännas bästa påverka utgången av tvister; om en högre skatteintäkt till staten kunde säkerställas genom att döma på ett visst sätt var det inte uteslutet att den

enskildes rätt åsidosattes.⁴¹ Såväl Undén som Almquist påpekar att olika meningar har framförts vad gäller möjligheten att åberopa urminnes hävd gentemot kronojord men båda drar, utifrån förarbetena till 1734 års lag, slutsatsen att kronojord vid den tiden inte ansågs kunna vara föremål för hävd; man ansåg att *nulla prescriptio contra fiscum* var en stadgad princip.⁴² I 1805 års förklaring stadgades också, enligt Undén, att hävd endast kunde vinnas å fastighet *av sådan beskaffenhet, att därom mellan enskilda personer kunnat avhandlas*.⁴³ Detta stadgande tolkades, enligt Undén, så att områden som upplåtits till allmänt bruk eller på annat sätt tjänade ett allmänt ändamål var undantagna från hävdereglerna, vare sig de tillhörde staten, kyrkan, städerna eller andra allmänna inrättningar.⁴⁴

Detta förändrades emellertid och uppfattningen har, enligt såväl Undén som Almquist, inte bibehållits.⁴⁵ Almquist drar sedermera slutsatsen att uppfattningen om att urminnes hävd faktiskt *kan* hävdas mot kronan stämmer väl överens med principen som framkommit i praxis, nämligen att kronan, i likhet med enskild person, bör vara bunden av svensk civillag.⁴⁶ I sammanhanget är åter NJA 1932 s. 314 intressant. Frågan gällde huruvida äganderätt till slätteräng i en kronopark blivit styrkt genom urminnes hävd. Häradsrätten och Hovrätten kom fram till att så var fallet, då Vivastbo byamän (de som hävdat rätten) i så lång tid *okvalda och obehindrade besuttit, nyttjat och brukat merberörda äng, att ingen*

⁴¹ K. Andreasson; *a.a.*, s. 93.

⁴² J.E. Almquist; *a.a.* s. 189 f. samt Ö. Undén; *a.a.*, s. 145.

⁴³ Ö. Undén; *a.a.*, s. 130.

⁴⁴ Ö. Undén; *a.a.*, s. 130 f.

⁴⁵ J.E. Almquist; *a.a.* s. 191 f. samt Ö. Undén; *a.a.*, s. 145.

⁴⁶ J.E. Almquist; *Det processuella förfarandet vid ägotvist.* (avh.), (Stockholm:1923) s. 189 f. samt Ö. Undén; *a.a.*, s. 193. Almquist hänvisar härvid till Schrewelius som anfört denna princip; *det är billigt att när kronan kan genom urminnes hävd blifva ägare till enskildas fastigheter, också enskilda kunna blifva ägare till kronans.*

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ö. Undén; *a.a.*, s. 146.

mindes eller av sanna utsagor visste, huru deras förfäder eller fångesmän först därtill hade kommit. Därtill hade det visats i målet att aktuell mark alltid varit uppdelad i tegar som utmärkts med pålar, nedslagna i marken och som varit avskilda från allmänningen genom rågångar. Högsta domstolens majoritet fastställde underrätternas domar. Ingen invändning gjordes mot att det handlade om mark i kronopark.

Diskussionen när det gäller parterna, som den ser ut i doktrin och gamla förarbeten, har uteslutande handlat om huruvida enskilda personer *kan* åberopa urminnes hävd gentemot kronan eller inte. I denna diskussion synliggörs emellertid något mer:

1805 års förklaring angav att hävd endast kunde vinnas *å fastighet av sådan beskaffenhet, att därom mellan enskilda personer kunnat avhandlas* och Almquist hänvisar till principen att *kronan bör vara bunden av svensk civillag*. Ovan har framgått att oavsett om man betraktar urminnes hävd som ett laga fång eller presumtion så ger hävden ett skydd för etablerat *förhållande*. Skyddet förutsätter att ingen vet hur det etablerade *förhållandet* uppstod; om någon frambringar bevisning om hur förhållandet uppstått kan hävden brytas och istället blir det framtagna fakta som läggs till grund för att avgöra den *tvist* som det handlar om. Det som visar sig är att institutet 'urminnes hävd' hör hemma inom civilrätten. 'Urminnes hävd' gäller det civilrättsliga förhållandet mellan markägare och olika typer av rättighetsinnehavare, må vara att markägaren eller rättighetsinnehavaren är Kronan. Detta konstaterande får betydelse för gentemot vem och i vilka situationer 'urminnes hävd' kan hävdas. Jag återkommer till detta, nedan, i samband med diskussionen om 'urminnes hävd' och 5 § i miljöbalkens promulgationslag, men dessförinnan några avslutande ord om vad som i den svenska lagstiftningen hände med institutet som sådant.

1.4 Urminnes hävd – en relik av dunkel och osäker beskaffenhet

Under andra hälften av 1700-talet minskade betydelsen av urminnes hävd successivt, troligen beroende på utvecklingen av lantmåteriverksamheten och den ökade tilliten till skriftliga handlingar.⁴⁷ Laga skifte i Sverige beslutades år 1827 och principerna i denna skiftesstadga gällde till 1928. Skiftesstadgan omarbetades ett flertal gånger och fick en slutlig utformning år 1866. I skiftesförfattningarna ansågs gränserna vara fastställda enligt kartan, alternativt enligt markeringar på marken om en rågångsförrättning⁴⁸ hade genomförts; dessa författningar lämnade inte något utrymme för hävd.⁴⁹ 1909 års lagberedning tog inte upp någon bestämmelse om urminnes hävd i sitt förslag till jordabalk.⁵⁰ Lagberedningen uttalade:

För framtiden har emellertid Beredningen af skäl, för hvilka i motiven till 27 § promulgationslagen skall redogöras, icke ansett urminnes hävd böra bibehållas. Att emellertid en rätt, som på grund af urminnes hävd uppstått enligt nu gällande lag, icke rubbas genom den nya lagstiftningen är klart; och har detta blifvit uttaladt i nämnda paragraf.⁵¹

I motiven till 27 § promulgationslagen fortsätter 1909 års beredning:

I de flesta europeiska stater har detta institut sedan lång tid tillbaka varit afskaffadt. Med de anspråk, hvilka måste ställas på reda och klarhet särskildt i sådana rättsförhållanden, som hänföra sig till fast egendom, är det icke

⁴⁷ K. Andreasson; *a.a.*, s. 93.

⁴⁸ Rågångar är gamla gränser mellan byar på landsbygden.

⁴⁹ K. Andreasson; *a.a.*, s. 93 f.

⁵⁰ Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909.

⁵¹ Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909. [125].

förenligt att lita till ett rättsinstitut af den dunkla och osäkra beskaffenhet som urminnes häfd. Beredningen har icke heller i sitt förslag till jordabalk upptagit någon bestämmelse om urminnes häfd.⁵²

Att den rätt någon enligt äldre lag redan äger på grund af urminnes häfd, förblifver orubbad ligger i sakens natur, och förbehåll därom har upptagits i 27 § promulgationslagen.

Att urminnes häfd icke förtjänar att för framtiden bibehållas såsom grundval för uppkomsten af nya rättigheter är otvifvelaktigt. Med vissa af de i öfrigt gällande lagbestämmelserna står ett sådant rättsinstitut i bestämd strid, med andra är det icke väl förenligt. Och äfven där intetdera är fallet, kan institutet lämpligen ersättas med bevisregler, som äro afpassade efter sakens natur.

I propositionen till nya jordabalken (från 1970, ikraft 1972) kan man läsa:

... urminnes hävd [är] en relik från ett äldre skede och numera av föga praktisk betydelse.⁵³ Bestämmelser om urminnes hävd är upptagna i 15 kap. JB. Enligt 1 § i kapitlet föreligger urminnes hävd, »där man någon fast egendom eller rättighet i så lång tid okvald och ohindrad besuttit, nyttjat och brukat haver, att ingen minnes, eller av sanna sago vet, huru hans förfäder, eller fångesmän först därtill komne äro». Urminnes hävd verkar enligt en åsikt, som numera vunnit allmän anslutning, bara som en presumtion om den lagliga uppkomsten av en rättighet. Den utesluter inte motbevisning om att den

hävdande härleder sin rätt från någon på vilken denna rätt olagligen övergått.⁵⁴

Eftersom 'urminnes hävd' ansågs vara en relik från ett äldre skede som helt tappat sin praktiska betydelse togs det heller inte in i 1970-års jordabalk.⁵⁵ Trots detta, och trots att man redan 1909 var helt klar över att 'urminnes hävd' inte förtjänade att för framtiden bibehållas så infördes ännu en gång en övergångsbestämmelse i 6 § i Jordabalkens promulgationslag (JP). Innebörden av den regeln är att om urminnes hävd har *uppkommit före 1972* så skall den gälla i enlighet med 15 kap. 1–4 §§ Äldre Jordabalken. Departementschefen uttalande i anslutning till JP 6 § att:

I JB har i enlighet med beredningens förslag inte tagits upp någon motsvarighet till institutet urminnes hävd, vilket alltså inte kommer att fortleva efter JB:s ikraftträdande. I likhet med beredningen finner jag det vara klart, att man dock fortfarande bör bevara den rätt någon enligt äldre lag redan äger på grund av urminnes hävd.⁵⁶

Om urminnes hävd skall vara av betydelse för de rättsliga förhållandena inom jordabalkens tillämpningsområde måste alltså tidskriteriet vara uppfyllt redan vid jordabalkens ikraftträdande, d.v.s. förhållandet skall visas minst 90 år tillbaka i tiden, till 1882.⁵⁷ Urminnes hävd utgör i sådant fall en presumtion om en underliggande laglig uppkomst av rättighet (av något slag) men denna presumtion kan motbevisas. Rättigheten försvaras, med Undéns ord, alltså inte av ett underliggande rättsfaktum. Att urminnes hävd en gång hade betydelse står antagligen att finna i det faktum att ägar- och rättighetsförhållanden rörande

⁵² Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909. [289].

⁵³ Formuleringen i propositionen är ett direkt citat från Ö. Undén; a.a., s. 141 som således konstaterade detta redan år 1951, d.v.s. redan 20 år tidigare.

⁵⁴ Prop. 1970:20 del B s. 420.

⁵⁵ Prop. 1970:20 del B s. 422 f.

⁵⁶ Prop. 1970:145; NJA II 1971 s. 133

⁵⁷ Ö. Undén; a.a., s. 146.

mark inte alltid har varit entydiga; fysiska gränsmärken kunde lätt flyttas eller försvinna medan bybornas minne bestod.⁵⁸

2 Dagens krav på vattenverksamheter och vattenanläggningar

Ovanstående redogörelse har i huvudsak handlat om jord och fastigheter; det är av betydelse eftersom en mycket gammal princip i svensk rätt – liksom i bl.a. Finland och Norge – är att rätten till vatten i första hand tillkommer den som äger den fastighet där vattnet finns.⁵⁹ I miljöbalken regleras vattenverksamheter i 11 kap. och innan miljöbalken reglerades vattenverksamheter för sig, genom vattenlagen.⁶⁰ För vattenverksamhet finns alltså en del specialbestämmelser – frågan är i vilken mån dessa påverkar eller påverkas av 'urminnes hävd'.

Som huvudregel krävs tillstånd för all slags vattenverksamhet,⁶¹ d.v.s. för olika åtgärder i

vatten.⁶² I 3 § definieras 'vattenanläggning' som en anläggning som har tillkommit genom en vattenverksamhet.⁶³ Exempel på vattenanläggningar är dammar, fisktrappor, bropelare och bryggor. Relationen mellan vattenverksamhet och vattenanläggning kan förklaras med exemplet att medan byggandet av en kraftverksdamm är vattenverksamhet så är dammen *som sådan* en vattenanläggning.⁶⁴ För att få bedriva en *vattenverksamhet* måste tre grundläggande förutsättningar vara uppfyllda:

- Utövaren skall, som sagt, råda över vattnet.⁶⁵ Rådighet över enskilt vatten regleras i den s.k. restvattenlagen⁶⁶;
- Utövaren skall som huvudregel ha tillstånd till verksamheten enligt 11 kap. miljöbalken (ibland även enligt andra regler);
- Verksamheten skall uppfylla kraven i 2–4 och 11 kap. miljöbalken.

Som nämndes inledningsvis är många vattenverksamheter och vattenanläggningar uppförda eller drivs med gamla tillstånd, tillstånd enligt äldre lagstiftning, och vissa saknar helt tillstånd eftersom de uppfördes innan tillståndsplikt för anläggande och drift hade införts. Beroende på huruvida de har ett gammalt tillstånd eller inget tillstånd alls hanteras situationen på olika sätt.

⁵⁸ K. Andreasson; *a.a.*, s. 93.

⁵⁹ Se prop. 1981/82:130 s. 77 för en redogörelse av förhållandena kring detta.

⁶⁰ Vattenlagen (1983:291).

⁶¹ 11 kap. 9 § miljöbalken. Vissa undantag finns, t.ex. för vattentäkter för en- eller tvåfamiljsfastigheter eller jordbruksfastigheters husbehovsförsörjning, vissa anläggningar för värmeutvinning m.m. (11 kap. 11 § miljöbalken). För ett resonemang kring de olika typerna av undantag, se G. Michanek och C. Zetterberg; *Den svenska miljörätten*, tredje upplagan (Iustus Förlag: 2012), s. 299. Det finns också ett generellt undantag i 11 kap. 12 § om det är *uppenbart* att varken allmänna eller enskilda intressen skadas. Vissa vattenverksamheter räcker det att anmäla (11 kap. 9 a § miljöbalken.), se förordning (1998:1388) om vattenverksamhet m.m. 19 §. Av förordningens 23 § framgår att när ett anmälningsärende är tillräckligt utrett så *skall* tillsynsmyndigheten besluta om de förbud för verksamhetsutövaren som behövs enligt miljöbalken, förelägga verksamhetsutövaren att vidta de försiktighetsmått som behövs enligt miljöbalken, eller, om det behövs, ansöka om tillstånd enligt miljöbalken, eller, om det inte behövs något förbud eller föreläggande, underrätta den som har gjort anmälan om att ärendet inte föranleder någon åtgärd från myndighetens sida. Tillsynsmyndigheten måste alltså agera på något sätt; om inte genom förbud eller förelägganden så genom att tala om att den inte kommer att agera.

⁶² 11 kap. 2 § miljöbalken definierar vad som utgör 'vattenverksamhet'

⁶³ 11 kap. 3 § miljöbalken.

⁶⁴ Till en vattenanläggning hör också de manöveranordningar som hör till anläggningen även om de inte befinner sig på den plats där det fysiska ingreppet i vattenförhållandena sker (Prop. 1997/98:45 del 2 s. 128). Även pumpanordningar som används för att pumpa upp grundvatten ur en grundvattentillgång omfattas av begreppet. (G. Michanek och C. Zetterberg; *a.a.*, s. 298.)

⁶⁵ L (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet, 2 kap. 1 §.

⁶⁶ L (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.

2.1 Dagens krav om tillstånd saknas eller är oklart – lagligförklaring

Om det handlar om en gammal anläggning som saknar tillstånd eller om det är oklart huruvida tillstånd finns (det ligger på verksamhetsutövaren att visa att denne har tillstånd) så kan ägaren eller den som avser utnyttja anläggningen för vattenverksamhet begära att anläggningen lagligförklaras enligt 17 § i miljöbalkens promulgationslag. Paragrafen reglerar alltså hur man skall hantera en vattenanläggning som *saknar* tillstånd enligt äldre lagstiftning (eller där tillståndsfrågan är oklar). Det kan också vara så att en vattenanläggning *saknar* tillstånd enligt äldre lagstiftning och ägaren ansöker om tillstånd för att *ändra* på anläggningen; om så är fallet skall ägaren samtidigt ansöka om att pröva lagligheten. Själva frågan, huruvida en vattenanläggning som har tillkommit före ikraftträdandet av miljöbalken och som saknar tillstånd enligt äldre bestämmelser är laglig, ska bedömas enligt de bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst.⁶⁷ För att kunna lagligförklara en anläggning måste det alltså fastställas vid vilken tid vattenanläggningen tillkom och det måste också konstateras att det var lagligt, enligt den tidens lagstiftning, för en sådan anläggning att sakna tillstånd.

2.1.1 Lagligförklaring – tillämplig rätt

Hur såg då lagliga anläggningar ut enligt äldre rätt; d.v.s. i vilka fall var det lagligt att sakna tillstånd och hur såg en laglig anläggning utan tillstånd ut? Nedan utgår jag från vilka krav som under olika tidsepoker ställdes på en anläggning utan tillstånd för att den skulle anses laglig. Med laglig menar jag att den håller sig inom gränserna för vad som inte är straffbart eller att det

inte är på annat sätt förbjudet. Det skulle också kunna uttryckas som att de minimikrav som redovisas nedan är de *minimikrav* som ska ställas vid en lagligprövning idag avseende en anläggning som uppkommit under sagda tid. Under de flesta tidsepoker fick dock, vilket redovisas nedan, krav utöver minimikraven ställas.

Minimikrav på anläggning utan tillstånd som tillkom före 1900

En sådan anläggning omfattades av 1766 års fiskeristadga, och senare av 1852 års fiskeristadga vilken sedermera ersattes av 1900 års fiskeristadga.⁶⁸

I Kungl. Maj:ts Fiskeristadga från år 1766 föreskriver 3 kap. 5 § att *alla dammar böra förses med nödige bottenluckor för den upp- och nedgående fisken*. Från 1766 finns alltså en möjlighet att ställa krav på att alla dammar skall förses med bottenluckor.

I 1852 års fiskeristadga, 2 kap. 11 § angavs att i varje älv, ström, å eller sund så skall kungsådra, alla tider på året, på ett sådant djup att all fisk kan komma fram, hållas öppen till en tredjedel av vattnet om en sådan ådra *av ålder har varit* och med minst en sjättedel av vattnet där ingen ådra varit men där man fiskar ovanför.⁶⁹ Detta är alltså vad som gäller i allmänhet i den mån inget tillstånd eller särskild rättighet tillkommer verksamhetsutövaren eller anläggningssinnehavaren som kan begränsa kraven som kan ställas. Det vill säga; såvida inte verksamhetsutövaren eller anläggningssinnehavaren *visar* att denne innehar en rättighet som gör att densamme får konstruera sin anläggning på annat sätt är ovanstående det som gäller när tillstånd saknas.⁷⁰

⁶⁷ 18 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken; enligt samma lagrum döms den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot ett sådant villkor till böter eller fängelse i högst två år

⁶⁸ Kungl. Maj:ts Fiskeristadga given Stockholms slott den 17 oktober 1900.

⁶⁹ Fiskeristadga af Kongl. Maj:t i nåder fastställt den 29 juni 1852, 2 kap. 11 §.

⁷⁰ Jfr t.ex. NJA 1920 s. 191 där HD konstaterar att det inte var styrkt att bolaget i övrigt ägde någon rätt att förfoga

För vattenverk som är anlagda med behörigt tillstånd eller som i framtiden kommer att anläggas, gäller att de kan tillåtas att bygga över kungsådran förutsatt att flott- eller farled hålls öppen utan betalning, när det behövs, och att fiskens upp- och nedgång ej hindras.⁷¹

Om någon har särskild rättighet (men inte tillstånd) för vattenverksamhet, *njute sådan rättighet till godo* ifall alla dammar är försedda med bottenluckor för den upp- och nedgående fisken.⁷² I "smärre" vattendrag där man inte kan underhålla en farled är det tillåtet att endast se till att fiskens vandring befrämjas (man behöver alltså inte bry sig om farleden).⁷³

Reglerna såg alltså något olika ut beroende på huruvida man saknade såväl tillstånd som särskild rättighet (då fick man inte bygga över kungsådra), om man hade "särskild rättighet till vattenverksamhet" men inget tillstånd eller om vattenverken var "anlagda med behörigt tillstånd". "Särskild rättighet" medgav att man använde sig av rättigheten förutsatt att alla dammar var försedda med bottenluckor för den upp- och nedgående fisken. Frågan är då om 'urminnes hävd' kunde vara en sådan "särskild rättighet". Mot bakgrund av att förarbetsuttalandena till 1880 års vattenförordning skiljde mellan "annan lagligen tillkommen rättighet" och "annan rättighet" är det inte självklart att "särskild rättighet" omfattade 'urminnes hävd' – men det är heller inte osannolikt.

Genom förordningen av den 30 dec 1880 om jordägares rätt över vattnet å hans grund (vattenförordningen) infördes prövning för vissa typer av vattenverksamheter:

över vattnet *utöver den som i allmänhet tillkommer jordägare* (i det här fallet enligt förordningen om jordägares rätt över vattnet å hans grund d. 30 dec. 1880).

⁷¹ Fiskeristadga af Kongl. Maj:t i nåder fastställt den 29 juni 1852, 2 kap. 14 §.

⁷² Fiskeristadga af Kongl. Maj:t i nåder fastställt den 29 juni 1852, 2 kap. 14 §.

⁷³ Ibid.

Vill någon för vattenverk göra ny eller förändra äldre dam(sic!), göre anmälan därom hos domaren...⁷⁴

Domaren skulle då begära ett förordnande för en lämplig person att bevaka talan till betryggande av det allmännas rätt. Frågan skulle vinna nödig utredning och därefter skulle rätten bestämma om och under vilka villkor som byggnaden fick uppföras. Ingen annans rätt fick därvid *förnärmas* och domaren skulle också ange dammluckans storlek och vid vilka tider den skulle hållas öppen.⁷⁵ Förfarandet var alltså att likna vid en tillståndsprövning. Detsamma som gällde för vattenverk och vattenbyggnad i allmänhet gällde i tillämpliga delar också ifråga om fiskebyggnad.⁷⁶

Bestämmelserna om tillståndsprövning angav också att villkor kunde ställas på anläggningarna t.ex. med avseende på dammlucka och tider då den skulle hållas öppen; av motiven till 1880 års förordning framgår att detta ansågs viktigt med avseende på lagligheten:

Vattenverk hindra vanligen i någon mån vattnets fria lopp, och i följd deraf uppkomma genom anläggning af sådana verk särskilda rättsförhållanden emellan anläggaren och andra vatten- eller strandegare. Våra gamla lagar innehöllo derföre, såsom ofvan är nämndt, åtskilliga stadganden, hvilka inneburo förbud emot vattenverks byggande till skada för annan, som egde rätt till vattnet eller stränder vid vattendraget;⁷⁷

⁷⁴ Kongl. Maj:ts nådiga förordning om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund, 10 §, s. 30.

⁷⁵ Kongl. Maj:ts nådiga förordning om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund, 10 §, s. 30 f.

⁷⁶ Kongl. Maj:ts nådiga förordning om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund, 24 §, s. 58.

⁷⁷ Kongl. Maj:ts nådiga förordning om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund, motiven till 12 §, s. 32.

Förordningens 25 § angav också att:

Genom denna förordning göres ej rubbning i den rätt och frihet, som bergverk, qvarnar och fiskeverk förutna är, ej heller i annan rättighet att vattendrag stänga eller upp-dämma eller i öfrigt öfver vattnet förfoga.⁷⁸

Det gick inte att genom villkor begränsa den rätt som man hade grund för i "annan rättighet". Förordningen rubbade inte någon förfoganderätt över vattnet. Förordningen som handlade om jordägares rätt över vattnet å hans grund reglerade alltså jordägarens civilrättsliga rätt över vattnet på den egna marken – om vattnet flöt mellan två fastigheter och den ene jordägaren av urminnes hävd hade rätt till allt vattenfall begränsade inte förordningen denna rätt.

Om man inte skulle göra en ny eller förändra sin äldre damm behövdes ingen anmälan men verksamheten omfattades ändå, t.ex. av skyldigheterna enligt 1852 års fiskeristadga (vilka utgjorde ett slags minimikrav i hänsynshänseende) och sedermera av 1900 års fiskeristadga. För en anläggning utan tillstånd som tillkom efter 1766 men före 1900 kunde krav ställas på bottenluckor för fiskens upp- och nedgång.

Minimikrav på anläggning utan tillstånd från och med år 1900

1900 års fiskeristadga⁷⁹ omfattar, även den, regler för dem som påverkar fiskevatten. I 8 § föreskrevs att där vatten ledes in till turbin, skall då is inte täcker vattnet, galler med högst 2 centimeter breda öppningar vara anbragt för att hindra fisk att komma in i turbinerna. Minsta krav enligt fiskeristadgan på verksamhet som av någon anledning inte omfattades av ett tillstånd var alltså att ha galler för sina turbiner. Fiskeristadgan hade

relevans för lång tid framåt; i sammanhanget kan 2 kap. 8 § i 1918 års vattenlag nämnas (lagändringen som trädde ikraft den 1 januari 1955). Bestämmelsen anger att om någon vill bygga en damm eller annan byggnad i vatten, där fisken har sin gång, så är han pliktig att, utan ersättning, vidta och för framtiden underhålla nödiga anordningar för fiskens framkomst eller på annat sätt trygga fiskens bestånd och för det ändamålet släppa till nödvändigt vatten. Därtill skall han följa de särskilda föreskrifter som kan fordras till skydd för fisket. Paragrafen tillkom genom lag 2/4 1954 och trädde, som sagt, ikraft den 1 januari 1955. Lag 2/4 1954 innehåller en övergångsbestämmelse som anger att för turbinanläggning som tillkommit eller för vilken tillstånd meddelats före den 1 januari 1955 så gäller föreskrifterna i 8 § 1900 års fiskeristadga. Underlåtenhet medförde straffansvar.

Minimikrav på anläggning utan tillstånd enligt 1918 års vattenlag

Vid införandet av 1918 års vattenlag (äldre vattenlagen, ÄVL) infördes en möjlighet till *laglig-förklaring av byggnad i vatten*.⁸⁰ 1918 års vattenlag, 2 kap. 25 § anger att om byggnad i vatten verkställts utan medgivande enligt denna lag eller äldre lag så är ägaren berättigad att påkalla prövning av byggnadens laglighet. Man kunde helt enkelt pröva lagligheten av byggnaden i efterhand och domstolens beslut fick då samma rättsverkan som ett byggnadsmedgivande.⁸¹ Förutsättningen för att kunna göra en sådan prövning var alltså att tillstånd, eller *medgivande*, saknas enligt såväl 1918 års vattenlag som enligt äldre lag. Att det inte är möjligt att utröna huruvida tillstånd finns bör enligt af Klintberg inte

⁷⁸ Kongl. Maj:ts nådiga förordning om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund, 25 §, s. 59.

⁷⁹ Kungl. Maj:ts Fiskeristadga given Stockholms slott den 17 oktober 1900.

⁸⁰ ÄVL 25 §.

⁸¹ L.af Klintberg; *Om byggande i vatten enligt 2,3 och 5 kap. vattenlagen; lagtext med kommentar och sakregister* (Norstedt: 1955), s. 137.

vara hinder för att ta upp en sådan prövning.⁸² Prövningen av en byggnad som utförts före 1918 års lags ikraftträdande skulle, enligt 5 § i dess promulgationslag,⁸³ prövas enligt äldre lagbestämmelser. Huruvida byggnaden var laglig eller inte berodde alltså på vad som varit lagligt när byggnaden uppfördes. Därmed blir ovan redovisade bestämmelser aktuella. Även om lagligförklarandet sker enligt äldre rätt kan domstolen, som villkor, föreskriva skyldighet för byggnadens ägare att vidta vissa angivna ändringar i byggnaden med tillhörande anläggningar.⁸⁴

Enligt af Klintberg bör domstolen också, i samband med lagligförklaring, meddela föreskrifter bl.a. om hushållningen med och framsläppande av vattnet enligt 2 kap. 27–32 §§ i 1918 års lag.⁸⁵ Det är också möjligt att ge regler för vattenhushållning även sedan en byggnad kommit till stånd (2 kap. 31 §). I lagen beaktas särskilt de möjligheter som finns vid dammbyggnader att inverka på *vattenståndet*, genom höjning och sänkning, men också på *vattenföringen* genom att vattnet hålls inne vid byggnaden. Flera av bestämmelserna anger ett slags lägsta krav; vad som gäller om inget har bestämts eller meddelats.⁸⁶ Det torde alltså vara dessa regler som bl.a. utgör de bestämmelser som ett kraftverk utan tillstånd som tillkommit efter 1918 skall prövas enligt. Emellertid finns även här en precis likadan begränsning som i 1880 års vattenförordning; nämligen att det som föreskrivs i kapitlet:

rubbar inte rätt och frihet som är förunnad bergverk, kvarnar och fiskeverk, ej heller an-

nan rättighet att stänga eller uppdamma vattendrag eller i övrigt förfoga över vattnet⁸⁷

Formuleringen är exakt densamma som i vattenförordningen. Enligt 5 § i 1918 års promulgationslag omfattas även vattenbyggnader som tillkommit enligt äldre lag av 2 kap. 27–32. Mot bakgrund av 1909 års lagkommittés uttalande om att inte *lita till ett rättsinstitut af den dunkla och osäkra beskaffenhet som urminnes häfd*⁸⁸ och att lagtexten uttryckligen handlar om förfoganderätten (och vad grannar måste tåla i form av uppdämningar etc) så är det rimligt att anta att förordningen inte rubbar denna *förfoganderätt*; möjligheten att sätta villkor påverkas i princip inte men villkoren får inte förändra markägares förfoganderätt sinsemellan.

Slutsatsen blir alltså att om en anläggning som uppkommit efter 1918 skall lagligförklaras enligt 1918 års lag så kan lagligheten villkoras enligt lagens 2 kap. 27–32 §§.⁸⁹

Som visats ovan riktade äldre rätt ganska många krav mot anläggningar som saknade tillstånd; uppfyllde inte anläggningarna dessa krav så kunde de i många fall förbjudas. Även anläggningar som omfattades av tillstånd hade krav på sig beträffande t.ex. dammluckor som under vissa tider skulle hållas öppna för fiskens upp- och nedgång i vattendraget.⁹⁰ Om en anläggning

⁸⁷ 2 kap. 41 § ÄVL.

⁸⁸ Se dock L. af Klintberg; *a.a.*, s. 174, som tycks inkludera 'urminnes hävd' i 1918 års lag under poängterande att den som påstår sig äga sådan särskild rättighet att förfoga över vattnet är bevisskyldig och har att styrka såväl rättens existens som dess närmare innehåll. Notera att Klintberg här använder begreppet 'förfoga' vilket närmast antyder att han syftar till rådigheten snarare än till någon slags immunitet mot ÄVL:s hänsynsregler.

⁸⁹ 1983 års vattenlag (1983:291) diskuteras inte det här sammanhanget eftersom en anläggning som hänvisar till urminnes hävd inte kan ha uppkommit under en tid då lagligheten skall prövas enligt 1983 års vattenlag.

⁹⁰ Se även I. Lindqvist: "Privilegiebrev och urminnes hävd – Vilken ställning har de enligt miljöbalken?" *Nordic Environmental Law Journal* (2013:1), s. 43 f. som redogör för de krav som kan ställas enligt äldre rätt.

⁸² L.af Klintberg; *a.a.*, s. 138.

⁸³ Lagen (1918:524) om vad iakttagas skall i avseende å införande av vattenlagen (1918:523).

⁸⁴ L.af Klintberg; *a.a.*, s. 138 som härvid hänvisar till NJA 1939: A 272.

⁸⁵ L.af Klintberg; *a.a.*, s. 138 som härvid stöder sig mot ÄVL 11 kap. 62 § mom. 1 och 3 och hänvisar till NJA 1930:369.

⁸⁶ L.af Klintberg; *a.a.*, s. 61.

idag skall lagligförklaras enligt miljöbalkens promulgationslag så är det de regler som gällde för tillåtligheten när anläggningen uppfördes som skall tillämpas; alltså ovanstående regler. Förutsättningen för laglighetsförklaringen är att tillstånd saknas (eller är oklart) och ingenstans i den äldre rätten går det att utläsa att 'urminnes hävd' eller "annan rättighet" (t.ex. privilegiebrev) skulle ha setts som något som kunde liknas vid ett tillstånd. Däremot anger flera äldre lagar att de föreskrifter (t.ex. för vattenhushållning och vattenstånd) som sedermera meddelades, t.ex. i samband med en laglighetsprövning eller tillståndsprövning, inte fick inskränka sådan 'annan rättighet' (och en sådan kunde grundas på 'urminnes hävd'). Denna rätt skulle i så fall visas, inte endast till sin existens utan det skulle även visas att den till sitt innehåll medgav rätt att förfoga över vattnet utöver vad som tillkom jordägare enligt gällande rätt. Notera att samtliga rättigheter, såväl 'urminnes hävd' som 'annan rättighet' rör rätten att *förfoga* över vattnet.

2.1.2 Lagligförklaring och rådighet

Frågan är då huruvida anläggningsinnehavaren måste ha *rådighet* över vattnet för att domstolen ska kunna ta upp en fråga om lagligförklaring.

I MÖD 2005:11 diskuterades frågan om rådighet och såväl miljödomstolen som miljööverdomstolen konstaterade att rådighet över det aktuella vattenområdet är en förutsättning för att sökandena skall ha talerätt för sin ansökan om lagligförklaring.

I NJA 2010 s. 246 gjordes emellertid en annan bedömning då Högsta domstolen menade att prövningen av laglighet skall ske med utgångspunkt i de bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst (18 § miljöbalkens promulgationslag). I målet hade miljööverdomstolen avvisat ansökan med hänvisning till att sökanden inte haft rådighet. Högsta domstolen konstaterade att verksamhetsutövare, för att få

bedriva vattenverksamhet skall ha rådighet över vattnet inom det område som verksamheten skall bedrivs men att några motsvarande krav på rådighet *inte* ställs på den som ansöker om lagligförklaring. I dessa fall är det tillräckligt att sökanden *äger* vattenanläggningen eller *avser nyttja den* (17 § miljöbalkens promulgationslag). Utnyttjas sedan anläggningen för vattenverksamhet, såsom denna definieras i miljöbalken, ska tillstånd för själva verksamheten däremot prövas enligt miljöbalken och då fordras även rådighet.⁹¹ Enligt Högsta domstolen hade miljööverdomstolen felaktigt avvisat ansökan med hänvisning till att sökanden inte haft rådighet. Målet visades åter för fortsatt handläggning.

Slutsatsen som kan dras av Högsta domstolens dom är alltså att vad gäller laglighetsprövning av vattenanläggning så behöver den som söker inte ha rådighet över vattnet; det räcker att denne avser nyttja anläggningen. Om anläggningen lagligförklaras enligt miljöbalkens promulgationslag får den förenas med villkor.⁹²

2.2 Dagens krav om gammalt tillstånd finns – 5 § miljöbalken promulgationslag

Om *ett gammalt tillstånd finns*, så anger 5 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken (miljöbalkens promulgationslag) att tillstånd, godkännanden, lagligförklaringar, undantag och dispenser m.m. skall fortsätta att gälla, om de har meddelats enligt någon av de lagar som miljöbalken upphävde. Om det påstås att ett sådant tillstånd föreligger (även om det är ett tillstånd enligt en upphävd lag) så är det verksamhetsutövaren som skall visa att det gör det. Därtill omfattar 5 § promulgationslagen, enligt propositionen, även sådana tillstånd som har meddelats enligt de ännu äldre lagar som har ersatts av de

⁹¹ Högsta domstolen hänvisar härvid till prop. 1997/98:45, del 2 s. 390 f.

⁹² 17 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken.

nu upphävda lagarna. Det innebär bl.a. att miljöbalkens omprövningsregler kan tillämpas på de gamla tillstånden.⁹³

Frågan är då vad som gäller beträffande *omfattningen* av de gamla tillståndens rättskraft.⁹⁴

Av 24 kap. 1 § miljöbalken framgår att tillståndet gäller "mot alla, såvitt avser frågor som har prövats i domen eller beslutet." Innebörden är att ett gällande tillstånd begränsar möjligheterna för tillsynsmyndigheten och enskilda sakägare att framställa krav mot en verksamhetsutövare när denne har skydd av ett tillstånd.⁹⁵ Tillståndets rättskraft omfattar frågor som *prövats* i domen eller beslutet. Det är inte självklart vad den skrivningen avser, särskilt inte eftersom tillstånd ofta innehåller ett s.k. allmänt villkor som innebär att verksamheten ska bedrivas i huvudsaklig överensstämmelse med vad som angivits i ansökan. För att tolka omfattningen av ett sådant villkor (vad som prövats i samband med det) räcker det inte alltid med att läsa tillståndet; det kan också krävas ett noggrant studium av de ansökningshandlingar och annan utredning som tillståndet grundar sig på och hänvisar till.⁹⁶ När det handlar om gamla tillstånd som meddelats

enligt äldre lagstiftning har Miljööverdomstolen uttalat att man måste granska vad rättsverkan närmare innebar vid den tiden när tillståndet meddelades.⁹⁷

Målet MÖD 2003:134 handlade om ett tillstånd till uppförande av enskild avloppsanläggning med sandfilter. Anläggningen omfattades av ett tillstånd från 1984 som meddelats enligt 1984 års hälsoskyddslag. År 2001 meddelade miljönämnden i Kungälv förbud mot utsläpp från anläggningen. Miljööverdomstolen konstaterade att tillståndet förvisso omfattades av 24 kap. 1 § men att dessa äldre tillstånd var ett slags byggnadstillstånd; tillståndet hindrade alltså inte att utsläppen reglerades i annan ordning. Detta skulle vara utgångspunkten för bedömningen av rättsverkan enligt 24 kap. 1 § vilket innebar att tillsynsmyndigheten kunde använda sig av förelägganden och förbjuda utsläpp. Eftersom sandfiltret var klart underdimensionerat ansåg MÖD att förbudet mot utsläpp var motiverat.

Något som komplicerar situationen med gamla tillstånd är att de EU-rättsliga reglerna har kommit att ställa ökade krav på verksamhetsutövarna; dessa skall kontinuerligt anpassa sin verksamhet till teknikutveckling och ny kunskap. Därmed är synen att tillståndet för obestämmd tid reglerar samtliga skyldigheter för verksamhetsutövaren till viss del föråldrad och tillståndet ska ses mot bakgrund av miljöbalkens mål om en hållbar utveckling och de olika uttryck som ges i balken för miljörättsliga principer, inte minst principen att förorenaren betalar och försiktighetsprincipen.⁹⁸ Enligt SOU 2011:86 går dessutom utvecklingen av den moderna miljörätten mot en mindre rigid syn på rättskraften

⁹³ Prop. 1997/98:45 del 2 s. 383. Dock; för att kunna ompröva vattenkraftverk eller vattenreglering för kraftändamål enligt 24 kap. 5 § första stycket 1 miljöbalken så får detta göras tidigast trettio år efter den dag då företaget enligt meddelade föreskrifter skall vara fullbordat – om det gäller ett tillstånd enligt 1918 års vattenlag. Detta framgår av 33 § miljöbalkens promulgationslag.

⁹⁴ Angående begreppen 'tillståndsverkan', 'rättsverkan' och 'rättskraft' se J. Darpö; Rapport 2010: [Rätt tillstånd för miljön](#). Om tillståndet som miljörättsligt instrument, rättskraften och mötet med nya miljökrav [online], s. 10.

⁹⁵ Formuleringen "gäller mot alla", skall emellertid, enligt Michanek och Zetterberg, inte läsas så att lagstiftaren omfattas (G. Michanek och C. Zetterberg; *a.a.*, s. 391). Av propositionen framgår att tillståndsgiven verksamhet inte behöver iaktta hänsynsreglerna i vidare mån än vad som följer av tillståndet (Prop. 1997/98:45 del 2 s. 252) men att tillståndshavaren, omvänt, måste följa hänsynsreglerna på områden som inte regleras av tillståndet (Prop. 1997/98:45 del 1 s. 206).

⁹⁶ SOU 2011:86, s. 227.

⁹⁷ MÖD 2003:134.

⁹⁸ Problematiken diskuteras även av I. Lindqvist; *a.a.*, s. 45, som också nämner svårigheterna med att leva upp till ramvattendirektivets (2000/60/EG) krav på vattenkvalitet.

där omprövning av tillståndsvillkoren antagligen kommer att ske med en större regelbundenhet.⁹⁹ När det gäller vattenverksamheter finns dessutom ett krav på Sverige att rikta tillräckliga krav mot dessa så att skyldigheterna enligt EU:s ramvattendirektiv¹⁰⁰ fullgörs.

I sammanhanget bör även nämnas EKMR och Europadomstolens praxis som ibland åberopas som stöd för att ge ett långtgående skydd för givna tillståndsbeslut¹⁰¹. Darpö som i en rapport utförligt diskuterar och analyserar just miljö tillståndens rättskraft menar att det inte finns stöd för ett sådant påstående.¹⁰² Även om ett tillstånd ses som en del av egendomsbegreppet så har, enligt Darpö, domstolen varit mycket tillåtande när det gäller det allmännas möjligheter att förordna om ändringar.¹⁰³ Ingripanden i befintliga tillstånd har accepterats om det funnits miljöskäl och om tillståndshavaren har getts tid och möjlighet att anpassa sig. Gränsen går vid att berättigade förväntningar måste respekteras.¹⁰⁴ Sammanfattningsvis kommer Darpö fram till att grunderna för återkallande av tillstånd eller ändring av villkor i 24 kap. miljöbalken är oprobematiska ur ett EKMR-perspektiv eftersom förutsättningarna för återkallande finns tydligt angivna i lag, de avser situationer då återkallande eller ändring är påkallat av tydliga miljöskäl och de har ingått som en förutsättning för tillstånden

sedan 1999 eller ännu längre tillbaka i tiden.¹⁰⁵ Enligt Darpö sätter EKMR heller inga hinder i vägen för att under samma förutsättningar reglera frågor som berörs av rättskraften genom ny lagstiftning, detta eftersom lagstiftning, under ovan angivna förutsättningar, kan bryta igenom rådande egendomsförhållanden.¹⁰⁶

2.3 Rådighet i vattenlagens promulgationslag och restvattenlagens promulgationslag

För att kunna ansöka om tillstånd till vattenverksamhet måste man ha rådighet,¹⁰⁷ det är en processförutsättning; alltså en nödvändig, men inte tillräcklig, förutsättning för tillstånd till vattenverksamhet. Saknas rådighet avvisas ansökan.¹⁰⁸ Rådighet kan förvärfvas genom "urminnes hävd".

I NJA 1918 s. 91 handlade frågan om huruvida ägaren till en kvarn som var belägen vid ena stranden av ett strömfallet genom urminnes hävd hade kommit att äga rätt till motsatta strandens andel i strömfallet. Ägaren grundade sina anspråk på följande. Tidigare fanns i strömfallet två skvaltkvarnar. Det fanns också en dammbyggnad för att leda vattnet till kvarnarna. I början av 1870-talet har kvarnarna utrivits och på strömfallets norra strand har istället uppförts en kvarnbyggnad. Ägarna av de två gamla skvalt-

⁹⁹ SOU 2011:86, s. 225 f.

¹⁰⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område.

¹⁰¹ Se t.ex. MÖD 2012:26 där också EKMR åberopades.

¹⁰² J. Darpö; *a.a.* s. 137.

¹⁰³ Darpö poängterar att intrång i egendomsrätten enligt stabil praxis kan tillåtas om det framgår av lag och är motiverat av allmänna intressen av en viss tyngd. Allmänna miljöskäl har av Europadomstolen regelmässigt ansetts utgöra sådana intressen.

¹⁰⁴ J. Darpö; *a.a.*, s. 137 som noterar att även i den äganderättsorienterade juridiska doktrinen så är den grundläggande slutsatsen densamma, varvid han hänvisar till Nerep & Warnling-Nerep (2010) och Karin Åhman (2006).

¹⁰⁵ J. Darpö; *a.a.*, s. 137. Darpö illustrerar Europadomstolens inställning med rättsfallet *Fredin mot Sverige* (se avsnitt 2.2.2). Där konstaterade man att återkallandet av täkt tillståndet inte var oföretsebart, då ju möjligheten hade ju introducerats för mer än ett decennium tidigare. Inte heller hade Fredins några berättigade förväntningar på fortsatt drift. De investeringar som gjorts i verksamheten hade skett sju år efter den nya lagstiftningen och myndigheterna hade varit noga med att inte lämna några garantier för fortsatt drift. Sammanfattningsvis ansåg därför domstolen att återkallandet av täkt tillståndet vare sig var olämpligt eller oproportionerligt.

¹⁰⁶ J. Darpö; *a.a.*, s. 137.

¹⁰⁷ L (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet, 2 kap. 1 §.

¹⁰⁸ Jfr ovan redovisade avgöranden; MÖD 2005:11 och NJA 2010 s. 246.

kvarnarna hade sedan gammalt haft uteslutande rätt till vattnet i ån och utnyttjat hela fallet genom dammbyggnad. Dammbyggnaden hade sträckt sig tvärs över ån med dammfäste på södra stranden. Denna vattenrätt har övergått till den kvarn som trätt i stället för skvaltkvarnarna. Som grund för talan åberopades urminnes hävd.

Motparten (ägaren till södra stranden) hänvisade till verkställda skiftesförrättningar som visade att vattendragets stränder hade blivit tillskiftade respektive hemman samt åberopade ett vittne som berättade att han mindes skraltkvarnarna och dammen men att dammbyggnaden inte sträckt sig till den motsatta stranden av vattendraget utan ett stycke söder om kvarnarna svängt åt väster och småningom avsmalnat. En strömfåra hade därvid lämnats öppen vid södra stranden.

Högsta domstolen drog slutsatsen att:

Emellertid lärer det icke vara tillförlitligen styrkt, att sedan urminnes tid till dessa kvarnar begagnats damm tvärs över strömmen med dammfäste å södra stranden. Vid sådant förhållande torde urminnes hävd för kvarnarna att med uteslutande av södra strandens ägare förfoga över sagda närmast därintill varande hälft av Vrebroströmmen ej vara ådagalagd.

Om än något omständligt formulerat konstaterade alltså Högsta domstolen att vederbörande inte lyckats visa en urminnes hävd som skulle inneburi att det varit möjligt att bortse från södra strandens ägares rätt att förfoga över sin hälft av strömmen.

När vattenlagen (1983:291) infördes fanns en särskild övergångsbestämmelse i dess promulgationslag,¹⁰⁹ 7 §, som angav att genom vattenlagens 2 kap. 2 och 3 §§ så inskränks inte den rätt som före ikraftträdandet av den nya vatten-

lagen tillkom någon på grund av dom, urminnes hävd eller någon annan särskild rättsgrund eller enligt 1 kap. 2 § andra stycket andra meningen i 1918 års vattenlag.¹¹⁰ Den urminnes hävden skulle alltså ha uppkommit före 1 januari 1984 vilket innebär att tidskriteriet tar oss tillbaka till år 1893. Relativt 1972 års jordabalk har alltså tidskriteriet för när rätt enligt urminnes hävd skall uppstå flyttats fram för vattenverksamheter (och vattenanläggningar, även om det inte fordras någon rådighet för att tillåtlighetspröva sådana).

2 kap. 2 och 3 §§ i 1983 års vattenlag handlar om rådigheten och anger i princip att var och en råder över det vatten som finns inom hans fastighet¹¹¹ samt att i rinnande vatten råder vardera sidans ägare över en lika stor andel i vattnet, även om en större del av vattnet rinner fram på den enes fastighet än på den andres.¹¹² Detta gällde även bestämmelsen i 1 kap. 15 § andra stycket i 1983 års vattenlag om skydd för innehavare av äldre rättigheter att ta ut grundvatten på någon annans fastighet.¹¹³ 1983 års vattenlag upphävdes genom miljöbalkens promulgationslag. Samtidigt med miljöbalken infördes även restvattenlagen.¹¹⁴

Restvattenlagens promulgationslag anger, likt 1983 års promulgationslag till vattenlagen, att rådighetsreglerna i restvattenlagen inte inskränker rätten för den som har fått urminnes hävd före lagens ikraftträdande (d.v.s. 90 års-kriteriet skall nu vara uppfyllt per den 1 januari 1999) eller för den som kan visa på lantmåteriförrättning, privilegiebrev eller skattläggning.¹¹⁵ Urminnes hävd,

¹¹⁰ Lag 1918:523

¹¹¹ Vattenlag (1983:291) 2 kap. 2 §.

¹¹² Vattenlag (1983:291) 2 kap. 3 §.

¹¹³ Prop. 1981/82:130 s. 404.

¹¹⁴ L (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.

¹¹⁵ Restvattenlagens promulgationslag, 5 § och B. Bengtsson, U. Bjällås, S. Rubenson, R. Strömberg; Miljöbalken (1 jan. 2013, Zeteo), Kommentar till lagen (1998:813) om införande av lagen med särskilda bestämmelser om

¹⁰⁹ Lag (1983:292) om införande av vattenlagen (1983:291).

privilegiebrev och skattläggning har alltså i detta sammanhang betydelse för *rådigheten*, d.v.s. i vilken mån och i relation till varandra som de vilka har vattnet på sin fastighet får utnyttja vattnet och strömfallet. Något som ter sig märkligt är det ytterligare framflyttandet i tiden av tidskriteriet; enligt jordabalkens promulgationslag måste urminnes hävd ha uppstått före 1882, enligt 1983 års vattenlag måste urminnes hävd ha uppstått före 1893 och enligt restvattenlagens promulgationslag gäller nu 1909.

För att urminnes hävd skall kunna påverka situationen måste alltså först en mycket långvarig och oklandrad besittning bevisas. Motparten i NJA 1918 s. 91 lade emellertid omgående fram bättre bevisning, nämligen såväl skiftesförrättningar som ett gammalt trovärdigt (manligt) vittne. Det går inte att utläsa ur domen vilket av detta som tillmättes störst vikt – endast att den som hävdade rätten inte tillförlitligen styrkt att dammarna till kvarnarna legat såsom han påstod att de gjort sedan urminnes tid. Viktigt att notera är att vad som hanterades i målet var en civilrättslig relation; vem som äger rätt till vems andel i strömfallet; vem har rådighet över vilken del?

I MÖD 2012:26¹¹⁶ återopade verksamhetsutövaren urminnes hävd och hänvisade dessutom till privilegier som staten förlänade Färna bruk redan år 1641; nämligen att anlägga stångjärnshammare och dämna upp vattnet vid Färna. Mark- och miljööverdomstolen uppfattade det (mot bakgrund av var denne anförde) som att verksamhetsutövaren menade att urminnes hävd och privilegiebrev skulle jämföras med ett tillståndsbeslut. Målet hade sin upprinnelse i att länsstyrelsen i Västmanland genomförde en damminventering varvid man upptäckte att

det fanns flera kraftverk (vilka numera ägnade sig åt elproduktion) som inte omfattades av tillstånd. Länsstyrelsen förbjöd då verksamheterna i syfte att få verksamhetsutövarna att söka tillstånd. Verksamhetsutövarna överklagade till miljödomstolen som upphävde länsstyrelsens beslut varpå länsstyrelsen överklagade till mark- och miljööverdomstolen som upphävde såväl miljödomstolens som länsstyrelsens beslut och återförvisade målen till länsstyrelsen för fortsatt handläggning. Frågan om urminnes hävd diskuterades inte närmare i målet.¹¹⁷ Mark- och miljööverdomstolen konstaterade endast att den rätt som verksamhetsutövarna hade enligt privilegiebrev utgjorde en särskild rättighet att förfoga över vattnet men att den rättigheten inte kunde jämföras med tillstånd enligt miljöbalken.

Frågan är om det finns rättslig grund för att

¹¹⁷ Att Mark- och miljööverdomstolen inte över huvud taget diskuterar frågan om urminnes hävd i målet (förutom att den noterar att bolaget återopade det som om det återopade ett verksamhetsstillstånd) uppmärksammas av S. Rubenson; *Frågan om vattenkraft och urminnes hävd fortfarande olöst – men kanske ett begränsat problem – Experianalys av Stefan Rubenson* (JP Infonet: 2012-08-14) [online]: <http://www.jpinfonet.se/dokument/Analyser-och-referat/1150330/Fragan-om-vattenkraft-och-urminnes-havd-fortfarande-olost--men-kanske-ett-begransat-problem--Exper?id=13190&search=M%C3%96D%202012:26#>. Rubenson menar att det därför inte är möjligt att dra några slutsatser utifrån rättsfallet om hur domstolen ser på urminnes hävd. Jag anser att så är möjligt eftersom Mark- och miljödomstolen, mot bakgrund av hur målet såg ut, inte hade anledning att uttala sig om urminnes hävd. Bolaget hade återopat att *verksamheten* bedrevs i enlighet med urminnes hävd och visade i samband med detta även på privilegiebrev och ett officialservitut. Mark- och miljööverdomstolen konstaterade, helt riktigt, att privilegiebrev avser förfoganderätt (alltså rådighet) och inte utgör ett tillstånd. Eftersom det således var utrett att rådighet fanns och då rådigheten heller inte ifrågasatts fanns det ingen anledning för domstolen att gå in och pröva bevisningen för att urminnes hävd skulle föreligga. Det är verksamhetsutövaren som har bevisbördan för att ett tillstånd föreligger och Mark- och miljööverdomstolen ansåg, på goda grunder, inte att tillståndsfrågan var klar. Domstolen fortsatte sedan att resonera utifrån premissen 'tillstånd saknas' och hamnade därmed i slutsatsen att en lagligförklaring måste ske.

vattenverksamhet (LVVP) 5–6 §§, Särskilda övergångsbestämmelser till 2 kap. nya lagen 5 §.

¹¹⁶ Egentligen var det tre mål; MÖD 2012:26–28.

jämställa 'urminnes hävd' med en tillståndsdom och om det, mot bakgrund av institutets beskaffenhet, alls är möjligt (eller lämpligt) att göra det. Frågan är, som sagt, aktuell och enligt Bengtsson m.fl.¹¹⁸ är rättskraften hos gamla privilegiebrev och andra äldre rättigheter en omtvistad fråga. Författarna till miljöbalkskommentaren menar att mark- och miljööverdomstolens ställningstagande i MÖD 2012:26–28 innebar att tusentals äldre vattenverksamheter i ett slag blev olagliga eftersom de, i de allra flesta fall, faller under miljöbalkens regler om tillståndsplikt enligt 11 kap. 9 §. Författarna till kommentaren ställer sig därför frågan om detta verkligen varit lagstiftarens avsikt.¹¹⁹

3 Rättskraften i en rättshandling som ingen minns

Frågan som här ställs på sin spets är huruvida en civilrättslig rättshandling som ingen minns kan anses vara ett offentligt tillståndsbeslut.

Antag att 'urminnes hävd' skulle betraktas som ett tillstånd i 5 § miljöbalkens promulgationslags mening. Det skulle till att börja med innebära ett steg tillbaka till 1600-talets syn på 'urminnes hävd' som varande ett grundläggande rättsligt förhållande. Detta trots att förarbetena till 1734 års jordabalk tyder på att institutet, åtminstone sedan dess, endast har handlat om en besittning som varat så länge att dess ursprung inte kan utredas och att hävdens skydd berott av besittningen just eftersom ursprunget inte kan utredas. Ett skydd som kan brytas med tillräckligt god bevisning.

Som en logisk följd dyker nästa problem upp; ett kriterium för urminnes hävd är just att ingen känner till omständigheterna kring det

grundläggande rättsliga förhållandet; hur skall då rättskraftens omfattning i hävderna kunna avgöras? Om någon minns och kan redogöra för hur rättigheten uppkom och vad den omfattar så handlar det ju inte om urminnes hävd. Att tillskriva 'urminnes hävd' rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken är troligen inte alls möjligt eftersom rättskraften enligt den bestämmelsen omfattar det som *prövats*.¹²⁰ Till grund för urminnes hävd ligger en *okvald och ohindrad besittning* och alls ingen prövning. Med tanke på att lagberedningen redan 1909 konstaterade att [*m]ed de anspråk, hvilka måste ställas på reda och (...) är det icke förenligt att lita till ett rättsinstitut af den dunkla och osäkra beskaffenhet som urminnes hävd* så kan jag inte se hur ett institut som grundas på just osäkerhet om dess rättsliga beskaffenhet ska kunna anses vara ett rättskraftigt tillståndsbeslut. Den rättskraft eller rättsverkan som ändå kan anses följa av 'urminnes hävd' (en rättskraft grundad på praxis, *inte* på 24 kap. 1 § miljöbalken) måste också ses i ljuset av institutets natur. Som visades på ovan är det ett civilrättsligt institut, inte ett offentligt. 'Urminnes hävd' gäller det civilrättsliga förhållandet mellan markägare och olika typer av rättighetsinnehavare, det är inte ett offentligt eller förvaltningsrättsligt institut.¹²¹

Civilrätten rör förhållandet mellan enskilda (organisationer och myndigheter kan förvisso vara civilrättsliga rättssinnehavare) medan, som påpekas av Darpö, tillstånd enligt miljöbalken meddelas av en myndighet till förmån (oftast

¹²⁰ Se även I. Lindqvist som påpekar att urminnes hävd uppkommer genom en längre tids nyttjande och att det knappast kan påstås att det är en rättighet som på något sätt har meddelats. (I. Lindqvist: *a.a.*, s. 47).

¹²¹ Se I. Lindqvist, *a.a.*, s. 47. Se även af Klintberg som beskriver vissa rättigheter som varande av *offentligt rättslig natur*, t.ex. dom, skattläggning eller annan offentlig handling, medan andra rättigheter uppkommer genom privaträttsliga avtal eller grundas på urminnes hävd. (L. af Klintberg; *a.a.*, s. 173 f.)

¹¹⁸ B. Bengtsson et al. *a.a.*

¹¹⁹ B. Bengtsson, et al. *a.a.* Kommentarer till lagen (1998:813) om införande av lagen med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet (LVVP) 5–6 §§, Särskilda övergångsbestämmelser till 2 kap. nya lagen 5 §.

förenat med förpliktelser för det fall man tar för-
månen i anspråk) för en adressat och därmed är
tillståndet att se som ett maktuttryck från sam-
hällets sida. I tillståndet anges gränserna för
verksamheten. Ett tillstånd är inte ett civilrättsligt
avtal.¹²² Tillsyns- och tillståndsmyndigheternas
och kommunernas position är ju speciell på så
vis att det i vissa situationer endast är dessa som
kan ställa krav på en viss verksamhet.¹²³ Omvänt
binder ett civilrättsligt avtal mellan två grannar
inte myndigheterna i större omfattning än det
som det civilrättsliga avtalet är en förutsättning
för något (jfr rådigheten). Antag att jag genom
avtal (eller kanske urminnes hävd) har rätt att
slänga allt mitt hushållsavfall, inklusive kompost
och jaktavfall, på min grannes tomt; min släkt har
alltid gjort så och grannen har aldrig klagat. Hen
gör det inte nu heller men miljö- och hälsovårds-
nämnden i min kommun har plötsligt fått upp
ögonen för den lokala sedvänjan. Att jag då visar
på urminnes hävd eller ett avtal med grannen
(och denne vitsordar allt) kommer inte att (och
bör inte!) avhålla kommunen från att förelägga
mig (eller snarare grannen) att göra något åt si-
tuationen. Vårt interna avtal om rätten att bereda
varandra tillgång till våra fastigheter på olika
sätt binder inte kommunen. Urminnes hävd är
en civilrättslig institution som reglerar relationen
mellan fastighetsägare i vissa avseenden – häv-
den binder inte myndigheter som tillvaratar an-
dra intressen än inblandade fastighetsägares.¹²⁴

¹²² J. Darpö; *a.a.*, s. 10.

¹²³ J. Darpö; *a.a.*, s. 13.

¹²⁴ Jfr Miljööverdomstolen Mål nr M 8837-06, hade en dammägare monterat en plankan på dammens fasta överfall (skibordet) och på så sätt höjt vattennivån i dammen en aning. Åtgärden medförde problem för markägare uppströms dammen. Målet hade initierats hos Länsstyrelsen genom klagomål från markägare uppströms som hävdade att deras marker hade ställts under vatten genom den dämning som utförts av vattenkraftanläggningens ägare. Länsstyrelsen konstaterade att dämning i vattenområde utgör vattenverksamhet enligt 11 kap. 2 § miljöbalken och att den är tillståndspliktig; det fanns ing-

Det ovan diskuterade förhållandet att urminnes hävd *kan* hävdas mot kronan bygger på att kronan bör vara bunden av svensk civilrätt. I sin egenskap av tillsynsmyndighet agerar inte kommunen som ett privaträttsligt subjekt utan som ett offentligrättsligt. En civilrättslig rättighet att förfoga över vattnet som uppkommit med stöd av urminnes hävd har helt enkelt inte meddelats som det myndighetsbeslut som ett tillståndsbeslut med villkor utgör och därför utgör det heller inte ett tillstånd.¹²⁵

Ett argument för att anse att 'urminnes hävd' (jämte privilegiebrev och vissa andra rättigheter) skulle falla in under 5 § i miljöbalkens promulgationslag är, enligt Lindqvist¹²⁶ utformningen av 34 § i samma lag. Miljöbalkens promulgationslag 34 § anger att *omprövning enligt miljöbalken kan göras av en sådan särskild rättighet att förfoga över vattnet som avses i 2 kap. 41 § vattenlagen (1918:523)*.

I 1918 års vattenlag anger nämnt lagrum att det som kan föreskrivas som tillståndsvillkor (eller krav i övrigt) enligt 2 kap. i 1918 års lag inte rubbar *rätt och frihet som är förunnad bergverk, kvarnar och fiskeverk, ej heller annan rättighet att stänga eller uppdamma vattendrag eller i övrigt förfoga över vattnet*;

Lindqvist resonerar kring att om de rättigheter som avses i 1918 års vattenlag, 2 kap. 41 §, *inte* skulle omfattas av 5 § i miljöbalkens promulgationslag och *inte* anses jämställt med

en dokumentation i målet som styrkte att det skulle finnas en hävdvunnen rätt att höja skibordet. Dammägaren förelades att ta bort plankan. Frågan i målet handlade om vad som omfattas av ett "tillstånd" till dammanläggning som baseras på urminnes hävd? Miljööverdomstolen uttalade att rätten att vidmakthålla dammanläggningen kunde grundas på urminnes hävd men att montera en plankan på skiktbordet omfattas inte; åtgärden omfattas av tillstånds- eller anmälningsplikt enligt 11 kap. 12 § men eftersom det inte skett hade länsstyrelsen fog för att förelägga dammägaren att vid vite ta bort plankan.

¹²⁵ Jfr Kammarkollegiets konstaterande i Kammarkollegiet; [online] [PM Urminnes hävd](#) (2012-12-18), s. 1.

¹²⁶ I. Lindqvist: *a.a.*, s. 42.

ett tillstånd så skulle promulgationslagens 34 § sakna betydelse; varför ompröva något som saknar rättskraft?¹²⁷ Mot det kan invändas (vilket också Lindqvist för fram) att det som anses vara tillstånd enligt 5 § i promulgationslagen kan omprövas enligt reglerna i miljöbalkens 24 kap. Om rättigheterna i 1918 års vattenlags 2 kap. 41 § skulle räknas som tillstånd enligt promulgationslagens 5 §, varför ge rättigheterna en egen bestämmelse som reglerar omprövning?

Miljöbalkens promulgationslags 34 § måste läsas i ljuset av vad som regleras i 2 kap. 41 § i 1918 års vattenlag; denna bestämmelse reglerar rätten att *förfoga* över vattnet; bestämmelsen handlar om rådigheten. Rådigheten *regleras* förvisso inte i miljöbalken (utan i restvattenlagen) men när man t.ex. ansöker om tillstånd till vattenverksamhet enligt 11 kap. miljöbalken så *prövas* rådigheten i målet enligt miljöbalken. Innebörden av 34 § i miljöbalkens promulgationslag är alltså att den rådighet och övrig rätt att förfoga över vattnet som följer av 1918 års vattenlag 2 kap. 41 § kan, om den ifrågasätts, prövas i samband med att sådana rättigheter prövas i mål enligt miljöbalken.¹²⁸

En sådan tolkning innebär att 34 § inte saknar betydelse trots att rättigheterna i 2 kap. 41 § 1918 års vattenlag inte omfattas av 5 § i miljöbalkens promulgationslag och således inte jämföras dessa med tillstånd. Promulgationslagens 34 § behövs för möjligheten att ompröva t.ex. privilegiebrev och andra hävdade rättigheter (inte som tillstånd utan som de rättigheter de är). Pro-

mulgationslagens 5 § reglerar ju endast *tillstånd* vilka kan omprövas enligt 24 kap. miljöbalken. Även om det inte handlar om rättskraftiga tillstånd så har ju rättigheterna rättskraft de civilrättsliga rättssubjekten emellan och det kan finnas anledning att ompröva dessa rättigheter. Mot bakgrund av NJA 2010 s.246 och MÖD 2012:26 (se ovan) kan miljöbalkens promulgationslag sammanfattningsvis läsas enligt följande.

- Om äldre tillstånd föreligger (5 §) så gäller dessa men de kan omprövas enligt reglerna i 24 kap. miljöbalken.
- Om inget tillstånd föreligger så kan anläggningen lagligförklaras med tillämpning av äldre rätt enligt miljöbalkens promulgationslag (17 och 18 §§) varvid rådigheten (och därmed även 2 kap. 41 § 1918 års vattenlag) saknar betydelse som processförutsättning. Det räcker att man avser nyttja anläggningen. Vid tillåtlighetsprövning enligt äldre rätt kan emellertid dylika rättigheter (utom 'urminnes hävd', se resonemang ovan) bli aktuella vid villkorsskrivningen i den mån villkor som sätts enligt äldre rätt, av hänsyn till andra markägare/rättighetsinnehavare, riskerar inkräkta på rättigheter som tillkommer anläggningsinnehavaren. Villkor som sätts på grund av *allmänna hänsyn* (t.ex. dåtidens krav enligt fiskeristadgan) och som alltså inte sätts av hänsyn till enskild fastighetsinnehavare eller rättighetsinnehavare påverkas inte av dessa andra rättigheter enligt 2 kap. 41 § i 1918 års lag.
- Om tillstånd till vattenverksamhet skall prövas så tillämpas miljöbalken. Rådighet är då en processförutsättning. Härvid får de rättigheter som åberopas enligt 2 kap. 41 § 1918 års vattenlag omprövas enligt 34 § i miljöbalkens promulgationslag.

Slutsatsen måste alltså bli att det varken är möjligt (enligt nu gällande rätt) eller lämpligt (för det

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Jämför NJA 2010 s.246 där Högsta domstolen slår fast att vid laglighetsprövning enligt miljöbalkens promulgationslag så är det tillräckligt att sökanden *äger* vattenanläggningen eller *avser nyttja den* (17 § miljöbalkens promulgationslag). Utnyttjas sedan anläggningen för vattenverksamhet, såsom denna definieras i miljöbalken, ska tillstånd för själva verksamheten däremot *prövas enligt miljöbalken* och då fordras även rådighet som processförutsättning.

fall man i framtiden tänker sig att ändra lagstiftningen) att betrakta 'urminnes hävd' som något som kan liknas vid ett tillståndsbeslut. Slutsatsen innebär också att de verksamheter som inte har tillstånd men som är tillståndspliktiga är olagliga i den mån de lutar sig mot 'urminnes hävd' (men de kan mycket väl lagligförklaras och få villkor satta). Utgången av såväl NJA 2010 s. 246 som MÖD 2012:26 stöder denna slutsats. Frågan, som författarna till miljöbalkskommentaren ställde sig, var huruvida detta varit lagstiftarens avsikt. Nedan analyseras detta.

4 Lagstiftarens avsikter

Kan det då vara lagstiftarens avsikt att låta tusentals vattenverksamheter, vilka egentligen skulle varit tillståndspliktiga enligt miljöbalken, men som nu drivs i skydd av gamla privilegier och urminnes hävd, fortsätta sin drift utan någon som helst miljöprövning? Lagstiftaren har vid åtminstone två tillfällen tydligt uttryckt sina avsikter beträffande urminnes hävd:¹²⁹

- Urminnes hävd förtjänar inte att bibehållas för framtiden då det är för dunkelt och osäkert (lagrådsberedningen om jordabalken 1909) samt att
- Urminnes hävd är en relik från ett äldre skede och numera av föga praktisk betydelse (prop. till jordabalken 1970).

Det är också möjligt att se till hur lagstiftaren uttalat sig om verksamheterna, avvägningen mellan olika intressen, och vikten av tillståndsprövning i stort.

Innan 1918 års vattenlag (1918:523) betraktade lagstiftaren frågan om användningen av vattenkrafttillgången främst ur de enskildas synpunkt; som en följd av det medgav lagstiftningen endast i mycket begränsad omfattning åtgärder

i vatten som var till förfång för motstående, *enskilda intressen*.¹³⁰ Oaktat detta ställde 1852 års fiskeristadga krav på vandringsvägar för fisken och även om anläggningen omfattades av särskilda rättigheter så skulle man i vart fall se till att det fanns dammluckor för att tillåta fiskvandring. Det var ett minimikrav.

I 1880 års vattenförordning ställdes krav på anmälan av vattenverk och en sådan anmälan resulterade i en form av prövning där det fanns visst utrymme att meddela restriktioner. Det var emellertid fortfarande viktigast att se till att ingen markägare/vattenbyggare gjorde något *till skada för annan, som egde rätt till vattnet*. Det primära intresset när det gäller restriktioner var att de närliggande markägarna inte skulle skada varandras marker och vatten (alltså civilrättsliga hänsyn). Framför allt var det fiskeristadgorna som kunde ställa krav av mer offentlighetsrättslig karaktär, till skydd för fiskens vandringsvägar, på den som byggde damm eller (från 1900 års fiskeristadga) installerade turbiner.

Insikten om vattenkraftens stora betydelse från ekonomisk och social synpunkt ledde till en ändrad intresseavvägning i 1918 års vattenlag. Samhällsintresset kom då mer i fokus. Vattenbyggnadsintresset tillerkändes då, såsom allmänt samhällsnyttigt, tämligen långtgående förmåner men samtidigt slog man i 1918 års lag vakt om andra *samhällsintressen* knutna till vattnet, t.ex. fiske-, farleds- och flottningsintressena, liksom till jordbruket som då ännu var huvudnäringen. Vid lagens tillkomst uttalades uttryckligen att dess huvudsyfte var att skapa gynnsamma lagliga förutsättningar för vattenkraftens tillgodörande samtidigt som vissa klart definierade motstående intressen blev favoriserade i lagen.¹³¹ 1918 års vattenlag gjorde det möjligt att föreskriva villkor på anläggningarna med avseende på

¹²⁹ Jag tar inte upp privilegier i den här artikeln; dessa behandlas dock i Lindqvists artikel *a.a.*, s. 39–50.

¹³⁰ Prop. 1981/82:130 sida 64 f.

¹³¹ Prop. 1981/82:130 s. 65.

vattenhushållning och vattenstånd, även sedan en byggnad kommit till stånd. Tillåtlighetsprövning infördes och finns ännu för gamla anläggningar som saknade och saknar tillstånd – man ville (och vill) alltså att anläggningarna skall prövas.

Inför införandet av 1983 års vattenlag hade många fler intressen som skulle beaktas tillkommit. I propositionen förklarades att vattenföretagen nu måste inpassas i samhällsplaneringen i stort, t.ex. vad gäller samhällsbyggande, markanvändning, näringsutveckling, energipolitik, sysselsättning, naturvård, kulturminnesvård, friluftsliv och hälsovård.¹³² Uttryckligen nämns den ökade medvetenheten om vattnet såsom en naturtillgång av stort värde från miljösynpunkt liksom att strävan bör vara att skapa ett instrument med vars hjälp det går att göra en rimlig avvägning mellan exploateringsintresset och motstående allmänna och enskilda intressen. Samtidigt, påpekade departementschefen, får det inte vara så att ett vattenföretag, även om det står i överensstämmelse med ett en gång givet tillstånd, för all framtid lägger hinder i vägen för fortsatt utveckling; hänsynen till allmänna intressen kräver här att det finns möjligheter till omprövning av ett företag.¹³³ Det framhölls också att behovet av omprövning var särskilt stort ifråga om äldre vattenföretag som kan ha fått tillstånd under en tid då naturvårds- och miljöskyddsintressena inte beaktades på samma sätt som nu (d.v.s. 1981) och kanske även utan att sådana hänsyn har tagits till motstående allmänna intressen som skulle ha skett vid en senare bedömning.¹³⁴

I och med miljöbalkens införande, i slutet av 1990-talet, hamnade fokus uttalat på ”hållbar utveckling” och miljöbalkens regler *skall* tolkas

i enlighet med tolkningsimperativet i 1 kap. 1 § miljöbalken.

Jag har svårt att se det som lagstiftarens vilja att det ska finnas tusentals vattenverksamheter, vilka egentligen skulle varit tillståndspliktiga enligt miljöbalken, som fortsätter drivas i skydd av gamla privilegier och urminnes hävd. Övergångsreglerna har aldrig syftat till att undanta anläggningar från tillståndsprövning. Övergångsreglerna har angett att ett tillstånd med villkor inte kan rubba den civilrättsliga relationen mellan civilrättsliga subjekt som vissa rättigheter (till exempel privilegiebrev och urminnes hävd) har gett upphov till. Dessa rättigheter har haft betydelse för *rådigheten* och för vad andra fastighetsägare kan behöva acceptera. Rättsverkan omfattar emellertid endast dessa civilrättsliga subjekt. De frågor som prövas idag inom ramen för tillståndsgivning (där rådigheten, som sagt, är ett nödvändigt men inte tillräckligt villkor) är av betydligt bredare karaktär och beaktar långt fler intressen än berörda fastighetsägares. Sådana intressen slog igenom redan i 1880 års stadga (läst tillsammans med 1852 års fiskeristadga) där fiskens upp- och nedgång helst skulle vara fri, om inte genom öppen kungsådra så genom luckor. Att fastighetsägares civilrättsliga skyldighet att tåla viss dämning skulle påverka de miljökrav som kan ställas är orimligt; jämför exemplet ovan att mitt civilrättsliga avtal med grannen att slänga avfall på dennes mark skulle avskära tillsynsmyndigheten från möjligheten att utfärda förelägganden. I den mån avfallet hanteras korrekt enligt offentligrättslig lagstiftning, d.v.s. jag lägger min trädgårdskompost i grannens därför avsedda behållare samt min hushållskompost i det godkända och till kommunen anmälda kärlet, så är vårt civilrättsliga avtal (eller urminnes hävd) giltigt och jag får göra så. Villkor och förelägganden kan alltså inte begränsa rätten mellan fastighetsägare men villkor och förelägganden *får ställa krav* så att rätten utövas inom ramen för

¹³² Ibid.

¹³³ Prop. 1981/82:130 s. 66.

¹³⁴ Prop. 1981/82:130 s. 118 f.

de offentlighetsrättsliga krav som ställs på den typen av verksamhet/åtgärd, och det gäller även kraftverk.¹³⁵

5 Avslutande synpunkter

Svaret på den i miljöbalkskommentaren ställda frågan; huruvida det varit lagstiftarens avsikt att tusentals äldre vattenverksamheter skall ses som olagliga eftersom de saknar tillstånd är "ja". Det är emellertid en felaktig beskrivning att situationen, genom MÖD 2012:26, skulle ha förändrats helt hastigt; trenden har varit tydlig, åtminstone sedan 1880 års vattenförordning och framåt.

Tillståndsplikt för den här typen av anläggningar är ingen nyhet. Problemet är snarare att uppdateringen av gamla tillstånd inte har fungerat tillfredsställande¹³⁶ och att civilrättsliga rättigheter har blandats ihop med offentlighetsrättsliga krav. Att frågan blivit högaktuell den senaste tiden hänger antagligen samman med det ökade kravet på tillsynsmyndigheterna att se till att våra vatten överensstämmer med kraven som ställs till följd av ramvattendirektivet.

Vad gäller anläggningars laglighet skall denna, i enlighet med miljöbalkens promulgationslag, prövas enligt de bestämmelser som

gällde när anläggningen uppkom men prövningsmyndigheten kan fortfarande sätta villkor för anläggningen. Om man sedan avser bedriva vattenverksamhet måste tillstånd sökas för detta enligt miljöbalken 11 kap. I samband med tillståndsbeslutet behöver sökanden inte visa rådighet, det räcker att denne avser nyttja anläggningen. För vattenverksamhet krävs rådighet. Villkoren som sätts får inte inkräkta på den rätt som gamla privilegiebrev, 'urminnes hävd' etc. givit beträffande möjligheterna att förfoga över vattnet relativt grannar och andra fastighetsägare, men sådana rättigheter kan, enligt 34 § i miljöbalkens promulgationslag, omprövas vid prövning enligt miljöbalken. Dessa rättigheter står sig inte gentemot myndigheters villkor som *inte* syftar till att genomdriva hänsynskrav mot grannar utan som syftar till att genomdriva andra krav; krav som t.ex. följer av beslutade miljö kvalitetsnormer för vatten. För sådana krav saknar den civilrättsliga möjligheten att förfoga över vattnet betydelse. Därmed saknar även 'urminnes hävd' såsom ett civilrättsligt institut, betydelse för den offentlighetsrättsliga tillståndsfrågan. Urminnes hävd är i det sammanhanget en relik och bör slutligen gå samma väg som de tvenne gärdesgårdarna i rubriken.

¹³⁵ Jfr NJA 1920 s. 191 där häradsrätten påpekade att det, med rätten att behålla dammens konstruktion, *inte* kan följa en rätt att till fullo utnyttja dammens dämningförmåga. Såväl Hovrätten som Högsta domstolen fastställde Häradsrättens domslut.

¹³⁶ Slutsatsen om att uppdateringen av gamla tillstånd inte fungerat tillfredsställande drogs i SOU 2011:86, s. 226 baserat på det faktum att en hel del verksamheter fortfarande bedrivs med stöd av gamla tillstånd. I utredningen (som förvisso inte var inriktad på vattenverksamheter utan miljöfarliga verksamheter; omprövning sker emellertid enligt samma kapitel i miljöbalken) anfördes som troliga förklaringar att omprövning enligt 24 kap. miljöbalken är ett resurskrävande förfarande för myndigheterna där det saknas drivkraft för verksamhetsutövaren att tillhandahålla nödvändigt underlag och bidra till att tillståndet moderniseras. Utredaren anser det därför önskvärt att myndigheterna gavs ekonomiska och personella resurser att se över och vid behov ompröva gamla tillstånd.