

Ekologiska kompensationspooler – jämförelser och förslag

Henrik Josefsson*

Sammanfattning

I Sverige och andra länder finns ett ökande intresse för att kompensera för de förluster av biologisk mångfald, ekologiska funktioner och ekosystemtjänster som uppkommer då mark tas i anspråk för olika typer av exploatering och åtgärder som förändrar naturmiljön – så kallad ekologisk kompensation. För att underlätta genomförandet av ekologisk kompensation finns det i bland annat Tyskland och USA kompensationspooler. En kompensationspool är en förmedlare av kompensationsåtgärder och kan utföra exempelvis restaureringsåtgärder, samt ansvara för långsiktig skötsel av sådana marker. Poolen kan på så sätt erbjuda aktörer i behov av kompensationsåtgärder områden där de kan investera i biologiska värden och på så sätt säkerställa att de inte medför någon nettoförlust av biologisk mångfald. I sitt betänkande diskuterade utredningen om ekologisk kompensation kompensationspooler som ett sätt att försöka hantera de svårigheter som kringgärdar instrumentet, bland annat bristande tillgång till lämplig kompensationsmark. Med grund i litteraturen och i huvudsak de tyska och amerikanska rättssystemen diskuteras i artikeln viktiga delar som en framtida kompensationspoolsreglering i Sverige skulle kunna innehålla.

1. Inledning

I Sverige och andra länder finns ett ökande intresse för att kompensera för de förluster av biologisk mångfald, ekologiska funktioner och ekosystemtjänster som uppkommer då mark tas i anspråk för olika typer av exploatering och åtgärder som förändrar naturmiljön – så

kallad ekologisk kompensation.¹ Intresset här rör inte bara ur insikten att mänskligheten genomför en massutrotning av biodiversitet utan 'uppvaknandet' kommer också ur vetenskapen att biologisk mångfald utgör ryggraden för ekosystemtjänster som samhället är beroende av, såsom rekreation, vattenreglering, pollinering etc. Om inget görs kommer dessa tjänster att sannolikt fortsätta degraderas. För att undvika nettoförluster av biologisk mångfald försöker bland annat kommuner² och företag³ genomföra ekologisk kompensation på eget initiativ eller på grund av villkor för tillstånd enligt miljöbalken. Det är i detta sammanhang som frågan om ekologiska kompensationspooler kommer in i diskussionen. En kompensationspool är en förmedlare av kompensationsåtgärder och kan utföra

* Forskare i miljörett, Juridiska Fakulteten, Uppsala universitet.

¹ SOU 2017:34, 'Ekologisk Kompensation – åtgärder för att motverka nettoförluster av biologisk mångfald och ekosystemtjänster, samtidigt som behovet av mark-exploatering tillgodoses'; Wolfgang Wende m.fl., 'Biodiversity Offsets: European Perspectives on No Net Loss of Biodiversity and Ecosystem Services' (Springer 2018); ES Brondizio m.fl., 'Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services' [2019] IPBES Secretariat.

² Se exempelvis: Göteborgs kommun: <https://goteborg.se/wps/portal/start/byggande--lantmaterie-och-planarbete/kommunens-planarbete/verktyg-for-stadsplanering-2/miljo-och-klimat-i-stadsplaneringen/kompensationsatgarder?uri=gbglnk%3Agbg.page.1d060bfd-fab8-408f-880e-2758fb3bee32> (2021-02-11).

³ Mest kända exemplen är Botniabanan, LKAB:s kompensation vid Mertainen och Bolidens kompensation vid Aitik.

exempelvis restaureringsåtgärder, samt ansvara för långsiktig skötsel av sådana marker.⁴ Poolen kan på så sätt erbjuda aktörer i behov av kompensationsåtgärder områden där de kan investera i biologiska värden och på så sätt säkerställa att de inte medför någon nettoförlust av biologisk mångfald. Tanken är att kompensationspoolen ska underlätta genomförandet av kompensationsåtgärder. I svensk rätt finns det möjlighet att ställa krav på kompensationsåtgärder vid exempelvis tillståndsprövning enligt miljöbalken⁵ (MB) men i dagsläget finns inga kompensationspooler.⁶ Krav på ekologisk kompensation, till skillnad från monetär sådan, avser att flytta ansvaret för biodiversitetsförluster till de som är ansvariga och kräva åtgärder som upphäver förlusten i linje med principen om att "förorenaren betalar".

Möjligheten att enligt miljöbalken (MB) kräva kompensationsåtgärder har funnits sedan miljöbalkens tillkomst.⁷ Trots att över tjugo år har förflutit finns det fortfarande många frågetecken kring hur ekologisk kompensation ska utvecklas till att bli ett viktigt verktyg i kampen mot biodiversitetsförluster i Sverige.⁸ Bland annat finns det svårigheter att finna områden som är lämpliga som kompensationsmark, avseende bland annat naturvärden och intresserade markägare, samt få nuvarande tillsynstillståndssystem att säkerställa att målet med åtgärden uppnås.⁹ För att hantera dessa utmaningar föreslog utredningen om ekologisk kompensation (SOU 2017:34) att kompensationspooler skulle testas genom en försöksverksamhet som i huvudsak

skulle fungera som en förmedling av kompensationsområden.¹⁰ Utredningen ansåg att poolerna skulle kunna bidra till förbättrad och mer kostnadseffektiv ekologisk kompensation.¹¹ Ställningstagandet baseras på argumentationen att kompensationspooler skulle göra det lättare att finna kompensationsmark och erbjuda ett kontrollsystem för uppföljning samt vid behov genomföra ytterligare åtgärder om det uppstår underskott.¹² Tanken med försöksverksamheten var att det skulle bli tydligare hur kompensationspooler skulle kunna fungera i en svensk kontext.¹³ Förslaget har tidigare lyfts fram av andra aktörer.¹⁴ Utredningen hade inte mandat att lägga fram några författningsförslag kring kompensationspooler.¹⁵

Utredningens förslag om kompensationspooler baseras på etablerade system i länder såsom Tyskland och USA. Systemen i båda länderna syftar till att pooler ska erbjuda exploitörer att köpa andelar (eller krediter) i poolerna och på så sätt kompensera för förluster av naturvärden som exempelvis en plan eller verksamhet medför. Problemet med idén om en svensk försöksverksamhet är att litteraturen är väldigt samstämmig om att fungerande kompensationspooler vilar på två grundläggande förutsättningar: ett rättsligt regelverk och utpekade myndigheter för tillsyn och tillståndsprövning.¹⁶ I och med att

⁴ SOU 2017:34 (n 1) 27.

⁵ 16 kap. 9 § MB.

⁶ Se också Kristjan Laas, 'Ekologisk kompensation och biologisk mångfald. om behovet av rättslig utveckling och försiktighet' 2016 Nordisk Miljörättslig Tidskrift.

⁷ Se Prop. 1997/98:45, s. 314–315, 845–846.

⁸ Naturvårdsverket, Handbok 2016:1. "Ekologisk Kompensation" (2016).

⁹ SOU 2017:34 (n 1) 307, 483.

¹⁰ Ibid. 147–148, 306.

¹¹ Ibid. 148.

¹² Ibid.

¹³ Ibid. 160.

¹⁴ Anders Enetjärn m.fl., 'Environmental Compensation: Key Conditions for Increased and Cost Effective Application' (Nordic Council of Ministers 2015) 129.

¹⁵ SOU 2017:34 (n 1) 154–155.

¹⁶ ICF GHK Consultancy, 'Exploring Potential Demand for and Supply of Habitat Banking in the EU and Appropriate Design Elements for a Habitat Banking Scheme' [2013] Final report submitted to DG Environment; Géraldine Froger, Sophie Ménard och Philippe Méral, 'Towards a Comparative and Critical Analysis of Biodiversity Banks' (2015) 15 Ecosystem Services 152; Renaud Lapeyre, Géraldine Froger och Marie Hrabanski, 'Bio-

Sverige saknar regelverk och utpekade myndigheter finns det risk att försöksverksamheten inte kommer att ge det utvärderingsunderlag som utredningen tänkte sig.

Utredningen hade åtskilliga generella förslag över hur det svenska regelverket om ekologisk kompensation bör utvecklas men berörde endast kort hur kompensationspooler skulle regleras. Litteraturgenomgången som artikeln bygger på pekar tydligt ut att kompensationspooler är en verksamhet som behöver regleras, tillsynas och tillståndsprövas.¹⁷ Frågan är då vilka förutsättningar och svagheter som finns i det svenska rättssystemet i jämförelse med etablerade rättssystem avseende regler för tillsyn och tillståndsprövning för ekologisk kompensation. I och med att utredningen särskilt pekar ut Tyskland, men även i viss mening USA, som rättsliga föregångare kommer jämförelsen i huvudsak att fokusera på dessa två länders rättsliga upplägg.¹⁸ Analysen har fokuserat på det rättsliga regelverkets utformning och vilka kriterier/krav som en kompensationspool behöver efterleva för att få verka i dessa två länder. Med utgångspunkt i dessa kriterier/krav har sedan svensk rätt analyserats avseende förutsättningar att införliva kärnelementen från det tyska och amerikanska systemen.

Dispositionen är sådan att först sammanfattas utredningens förslag, sedan beskrivs olika utländska rättsliga upplägg kring tillstånd och tillsyn av kompensationspooler, sedan disku-

teras det svenska systemets förutsättningar och brister.

2. Utredningens förslag

Utredningen om ekologisk kompensation skissade alltså på en försöksverksamhet för en kompensationspool, vilken i huvudsak skulle fungera som en förmedling för ett avgränsat geografiskt område. Tanken var att markägare (inklusive exempelvis kommuner och statliga företag) anmäler sig till poolen genom en beskrivning av ett potentiellt kompensationsområde samt åtgärder som skulle förbättra områdets biologiska/ekologiska kvaliteter.¹⁹ Poolens uppgift är att värdera och kategorisera intresseanmälningarna samt aktivt uppsöka potentiella leverantörer. Kompensationspoolsförslaget som utredningen arbetade fram skulle alltså i huvudsak syfta till att etablera en organisation som tillhandahåller mark och ansvarar för åtgärder och skötsel dvs. måluppfyllelse.²⁰ Utredningen förordade samordning av områden och/eller markägare för att skapa större sammanhängande kompensationsområden som kan resultera i synergieffekter mellan kompensationsåtgärder och på så sätt ge upphov till större naturvårdsnytta.²¹ Även om utredningens huvudförslag var en förmedlingspool uteslöt den inte ett system med direkta köp och försäljning mellan markägare och exploator.²²

Utredningen motiverar sitt positiva ställningstagande till kompensationspooler med att de bedöms ha förutsättningar att öka utbudet av kompensationsmark i och med att det uppstår ekonomiska incitament för markägare att upplåta sin mark.²³ Dessutom ansåg utredningen att rätt organiserat skulle poolerna kunna kva-

diversity Offsets as Market-Based Instruments for Ecosystem Services? From Discourses to Practices' (2015) 15 *Ecosystem Services* 125; OECD, *Biodiversity Offsets: Effective Design and Implementation* (2016); Wende m.fl. (n 1); Marie Grimm och Johann Köppel, 'Biodiversity Offset Program Design and Implementation' (2019) 11 *Sustainability* 6903.

¹⁷ GHK Consultancy (n 17); Froger, Ménard och Méral (n 17); Lapeyre, Froger och Hrabanski (n 17); OECD (n 17); Wende m.fl. (n 1); Grimm och Köppel (n 16).

¹⁸ SOU 2017:34 (n 1) exempelvis 315.

¹⁹ Ibid. 306–307.

²⁰ Ibid. 150.

²¹ Ibid. 152.

²² Ibid. 147.

²³ Ibid. 152.

litetssäkra åtgärdernas genomförande och upprätthållande.²⁴ Om poolerna etableras innan ett kompensationsbehov uppstår skulle de också kunna erbjuda exempelvis en miljöfarlig verksamhet möjligheten att utan dröjsmål investera i en kompensation och på så sätt undanröja denna fråga tidigt i tillståndsprocessen.²⁵ Ett fullständigt överlåtande av det rättsliga ansvaret skulle inte ske utan poolen skulle ansvara för kompensation på uppdrag av exploatören.²⁶

På punkten huruvida det skulle finnas kriterier för upprättandet av kompensationspooler var utredningen inte så tydlig med utan öppnade för en förvaltare som exempelvis genom avtal med en eller fler markägare byggde upp ett kompensationsområde.²⁷ Oavsett förvaltare, såg utredningen att poolen skulle vara en egen juridisk person med nära eller utan koppling till kommun eller länsstyrelse.²⁸ För en eventuell kommunal kompensationspool såg utredningen olika organisatoriska alternativ såsom ett kommunalt bolag eller vid en sammanslutning av markägare i form av en stiftelse.²⁹ Utredningens tanke var att försöksverksamheten skulle pågå under fem år och att Naturvårdsverket skulle ansvara för utvärdering.³⁰

Utredningen ställde sig alltså generellt positiv till kompensationspooler. Den lyfte också möjliga nackdelar såsom ökad byråkrati, uteblivna samordningsvinster, ekonomiska problem, att en tvådelad prövning³¹ undermineras,

att kompensationsmålet "lika för lika"³² inte efterlevs, att det skapas monopol eller oligopol och att verksamhetsutövare tar ett mindre ansvar.³³ För att motverka dessa möjliga risker ansåg utredningen att poolen med fördel knöts till en myndighet eller kommun, att det upprättas en tillsynsorganisation och utvecklas applicerbara skyddsformer och avtalslösningar som säkerställer ett långsiktigt förvaltningsuppdrag.³⁴ Hur skyddet och avtalen skulle utformas och förhålla sig till gällande rätt kring servitut, nyttjanderätt, naturvårdsavtal, nuvarande skyddsformer, etc., var utredningen inte särskilt tydlig med.

3. Kompensationspooler i andra länder

Utredningen anser att ett framtida kompensationspoolssystem i Sverige bör inspireras av det tyska systemet.³⁵ Trots utredningens analys finns det även skäl att studera det amerikanska systemet i och med att det, tillsammans med det tyska, ofta lyfts fram i den internationella litteraturen.³⁶ Förutom dessa två länder finns det litteratur om andra länders försök att initiera ett kompensationspoolssystem och några EU-länder beskrivs i korthet.³⁷

rätten och den förhandlingsovilliga naturen. Vänbok till Gabriel Michanek (Iustus 2019).

³² Målsättningen syftar till att så långt det går säkerställa likvärdighet mellan skadorna från ett projekt och kompensationsåtgärdernas ekologiska mål, se: Bruce A McKenney och Joseph M Kiesecker, 'Policy Development for Biodiversity Offsets: A Review of Offset Frameworks' (2009) 45 *Environmental Management* 165.

³³ SOU 2017:34 (n 1) 153, 307–308.

³⁴ Ibid. 155.

³⁵ Ibid. 315.

³⁶ GHK Consultancy (n 17); Froger, Ménard och Méral (n 17); OECD (n 17); Wende m.fl. (n 1); Lapeyre, Froger och Hrabanski (n 17); Niak Sian Koh, Thomas Hahn och Wiebren J Boonstra, 'How Much of a Market Is Involved in a Biodiversity Offset? A Typology of Biodiversity Offset Policies' (2019) 232 *Journal of Environmental Management* 679; Grimm och Köppel (n 16).

³⁷ Wende m.fl. (n 1).

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid. 161, 310.

²⁷ Ibid. 149.

²⁸ Ibid. 151.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid. 303.

³¹ En tvådelad prövning innebär att först avgörs om en verksamhet eller åtgärd är tillåtlig. Därefter bedöms vilka kompensationsåtgärder som bör vidtas. För problem och kritik avseende detta se: Henrik Josefsson, 'Ekologisk kompensation och ramvattendirektivet' i Jan Darpö, Maria Pettersson och Charlotta Zetterberg (red.), *Miljö-*

3.1 Tyskland

I Tyskland finns sedan 1976 federal lagstiftning som tillåter kompensationspooler. Syftet med lagstiftningen var att komplettera naturskyddslagstiftning som i huvudsak fokuserade på skydd av områden.³⁸ Kompensationslagstiftningen krävde att det fanns ett starkt funktionellt, rumsligt och tidsmässigt samband mellan skadan och kompensationen, något som medförde en begränsad mängd kompensationsprojekt. Regelverket reformerades 1998 och 2002 i syfte att lätta på dessa tre begränsande faktorer och på så sätt utveckla kompensationsväsendet. En viktig förändring var att det blev lättare att upprätta större sammanhållna kompensationsområden och att externa parter kan etablera kompensationspooler.³⁹

På federal nivå återfinns de tyska reglerna i Bau- und Raumordnungsgesetz, Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (BNatSchG) och Baugesetzbuch (BauGB). Det är huvudsakligen i BNatSchG som vi finner kompensationsreglerna för projekt och i BauGB återfinns kompensationsregler för kommunala planer. Förhållandet mellan dessa två regelverk är att BNatSchG utgör den federala grundregleringen och BauGB tydliggör hur den ska implementeras vid kommunal planläggning. I och med BauGB blir det vissa skillnader mellan kompensationsåtgärder som utformas för projektet respektive planer, bland annat att det endast är stora effekter på miljön som behöver kompenseras vid planläggning och ingen fullständig kompensation krävs.⁴⁰ Det finns även möjligheter att för-

lägga plankompensationen på en plats som inte är förbunden med det skadade området.⁴¹

Det finns även en federal förordning som antogs i maj år 2020 och som avser att standardisera delar av kompensationsväsendet och tydliggöra att kompensationsreglerna även gäller federala projekt såsom byggandet av elledningar, järnvägar, vägar etc. Förordningen benämns Bundeskompensationsverordnung (BKompV),⁴² och bland annat sker en standardisering avseende innehåll, typ och omfattning av kompensations- och ersättningsåtgärder i enlighet med BNatSchG § 15 (2 stycket), mer om det nedan.

I den engelska litteraturen som behandlar det tyska kompensationspoolsystemet används begreppen kompensationspool, landpool eller ekokonto. Begreppsbildningen kommer mer av delstaternas möjlighet att utveckla/anpassa den federala lagstiftningen till sin region och tradition än en praktisk skillnad.⁴³ Delstaternas självbestämmande kommer sig av att Tyskland har ett federalt rättssystem och inom många rättsområden tillhandahålls endast en ramlagstiftning på nationell nivå. Delstaterna ska sedan fylla ramen med regler. Det federala rättssystemet medför att det inte finns ett kompensationspoolsystem i Tyskland utan ett flertal, kanske lika många som antalet delstater (16 stycken). I litteraturen har olika delstaters system använts som exempel på hur det tyska systemet kan se ut och nedan nämns i huvudsak två delstatssystem samt generella aspekter kring systemet som helhet.

³⁸ Felix Ekardt och Bettina Hennig, 'Chancen Und Grenzen von Naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen Und Kompensationen' (2013) 35 Natur und Recht 694.

³⁹ Wolfgang Wende, Alfred Herberg och Angela Herzberg, 'Mitigation Banking and Compensation Pools: Improving the Effectiveness of Impact Mitigation Regulation in Project Planning Procedures' (2005) 23 Impact Assessment and Project Appraisal 101.

⁴⁰ § 1 (a) BauGB.

⁴¹ § 200 (a) BauGB.

⁴² Verordnung über die Vermeidung und die Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft im Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung (Bundeskompensationsverordnung - BKompV).

⁴³ Wende m.fl. (n 1) 135.

3.1.1 *Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege*

BNatSchG utgör den federala ramlagstiftningen vid upprättandet av kompensationspooler och kompensationsprojekt, och tillämpas vid betydande påverkan på natur och landskap. Med 'påverkan' avses modifieringar av mark eller dess användning och modifieringar av grundvatten om det är i kontakt med terrestra ekosystem och om modifieringen kan ha en allvarlig inverkan på miljön eller landskapet.⁴⁴ Pågående markanvändning inbegripet jordbruk, skogsbruk och fiske är generellt undantaget och fokus ligger på vad vi i Sverige betecknar som planläggning och vissa typer av tillståndspliktiga verksamheter/projekt.⁴⁵ Den tyska lagstiftningen följer skadelindringshierarkin⁴⁶ och kompensationsåtgärder sker endast för återstående negativ påverkan.⁴⁷ Om det finns svårigheter att genomföra kompensationsåtgärder p.g.a. exempelvis avsaknad av kompensationsmark kan en monetär kompensation genomföras till delstaten som sedan finansierar naturvårdande åtgärder som annars inte skulle genomföras.⁴⁸ Det finns inget federalt hinder mot att delstaterna tillåter att det rättsliga ansvaret överförs till en kompensationspool och kompensationspoolen blir då ansvarig för exempelvis kompensationsvillkoret i ett tillstånd.⁴⁹

Det som den federala lagstiftningen kräver av delstaterna är att de tillhandahåller grunderna för kompensationssystemet i huvudsak genom regler om poolens organisation/förvaltning, ansvarsförhållandet mellan poolen och kompensa-

tionskunder, dokumentation av kompensationsåtgärder, utvärdering och tillsyn.⁵⁰ På delstatsnivå återfinns reglerna i förordningar och riktlinjer. Den nya federala BKompV förändrar inte detta förhållande mellan den federala staten och delstaterna, däremot standardiseras kompensationskraven på ett nytt sätt. BKompV innehåller bland annat tabeller om monetär kompensation för exempelvis vindkraftverk som skadar landskapet som sådant, vilket inte går att kompensera med åtgärder.⁵¹ Förordningen fokuserar också på värderingen av den befintliga naturen, särskilt redan utpekade skyddsvärda biotoper, och hur kompensation kvalitativt, arealmässigt och funktionellt inte ska resultera i några förluster. Som redan nämnts finns det både ett mer biologiskt/ekologiskt fokus tillsammans med ett mer storskaligt landskapsfokus i den tyska kompensationslagstiftningen, och tanken är att tudelat fokus kan ge upphov till åtgärder som är multifunktionella.⁵² Detta är en viktig del i det tyska systemet, att kompensationsåtgärder integreras på ett antal parallella rättsområden såsom artskydd och klimatanpassning, vilket möjliggör synergieffekter.⁵³ Det medför att exempelvis restaureringen av en våtmark inte bara ska ha ett artskyddsfokus utan också resultera i att våtmarkens översvämningshindrande funktioner förstärks.⁵⁴ I och med kompensationsreglernas breda omfattning finns det ett antal olika referenser som är viktiga att beakta vid upprättandet av en pool såsom landskapsplaner, annan planläggning, bevarandeplaner, riskhanteringsplaner för översvämningsprogram etc.⁵⁵

⁴⁴ § 14 (1) BNatSchG.

⁴⁵ § 14 (2) BNatSchG.

⁴⁶ Ett hierarkiskt synsätt där skador i första hand ska undvikas, i andra hand, så långt det är praktiskt möjligt, minimeras och avhjälpas på plats och endast i sista hand kompenseras, se SOU 2017:34 (n 1) 29.

⁴⁷ Se § 15 BNatSchG och § 3 BKompV.

⁴⁸ § 14 (3) BNatSchG.

⁴⁹ § 17 (11) BNatSchG, § 12 (3) BKompV; Wende m.fl. (n 2) 136.

⁵⁰ § 16 (2) BNatSchG. OECD (n 16) 176.

⁵¹ § 12 (1)(1) BKompV.

⁵² § 2 (4) BKompV.

⁵³ Se bilaga 6 BKompV.

⁵⁴ GHK Consultancy (n 17).

⁵⁵ Se exempelvis § 2 (6) (c) BKompV.

Problemet som kan uppstå till följd av integreringen är att kompensationsåtgärderna finansierar exempelvis åtgärder som redan åligger Tyskland att genomföra i linje med ramvattendirektivets målsättning om god ekologisk status och då uppstår ingen additionalitet^{56, 57}. Samtidigt får integreringen som följd att det blir lättare att exempelvis binda ihop skyddade områden, bland annat finns det ett biotopskydd som syftar till att inom varje delstat skapa grunden för ett nationellt biotopnätverk.⁵⁸ En viktig del i att kompensera för skador på både skyddad natur men även andra områden är att binda ihop dessa nätverk.

Markägarna som tillhandahåller mark för kompensationsändamål är framförallt statliga bolag (eller liknande), kommuner och offentliga stiftelser. Som ett exempel kan nämnas att i delstaten Hessen äger ett statligt företag mer än 40 % av skogsmarken och tillhandahåller stora områden för kompensationsåtgärder.⁵⁹ Jordbrukare och privata skogsägare spelar en mindre roll i utbudet av kompensationsmark och 8 % av kompensationspoolerna beräknas vara privatägda i Tyskland som helhet.⁶⁰

Parallellt med den rättsliga utvecklingen har den nationella föreningen för kompensationspooler antagit en frivillig kvalitetsstandard som har antagits av de flesta pooler. Standarden säger att:

1. Kompensationspooler måste leverera ekologiska förbättringar. Det är otillräckligt att bara upprätthålla en befintlig nivå, även om området redan har höga ekologiska värden.

2. Områden och åtgärder måste säkras på lång sikt. Kompensationsområdena bör helst skyddas över en obegränsad tid och åtgärder säkerställas under minst 25–30 år. Detta måste garanteras genom lämpliga avtal och ekonomisk rapportering.
3. Det ska finnas uppföljande dokumentation kring effekterna av implementerade åtgärder (till exempel efter 5, 10, 15 och 25 år).
4. Regionala landskapsplaner och andra relevanta planer och program måste beaktas.
5. För att säkerställa hög kvalitet bör konsulter och experter från regionen anlitas.⁶¹

Trots det generellt välutvecklade tyska systemet finns det kritik. En del av kritiken är att 80 % av kompensationspoolerna använder kvantifieringsmetoder (finns även med i BKompV § 7).⁶² Frågan som kritikerna reser är vad metoden egentligen säger om statusen på ekosystemen och målet om att uppnå ingen nettoförlust av biologisk mångfald.⁶³ Det efterfrågas därför ytterligare federala regleringar och bindande standardiseringar för hela landet för att förbättra investeringsvillkoren, påskynda administrativa förfaranden, öka insynen i beslut från tillsynsmyndigheter och förbättra planeringen och rättssäkerheten för privata och offentliga projekt.⁶⁴ Om den nya förordningen BKompV kommer att resultera i nationella standardiseringar som efterfrågas återstår att se.

Trots att det finns federal lagstiftning, delstatsförordningar och riktlinjer för kompensationspoolerna påtalas det i litteraturen att det fortfarande är villkoren i tillstånd, planer och planavtal som utgör det viktigaste elementet för

⁵⁶ Grundtanken är ekologisk kompensation leder till positiv naturvårdsnytta utöver den utveckling som skulle ha ägt rum om kompensationen inte hade ägt rum, se: SOU 2017:34 (n 1) 25.

⁵⁷ Se exempelvis § 2 (6)(2) BKompV.

⁵⁸ Exempelvis § 20 BNatSchG och § 2 (6)(2) BKompV.

⁵⁹ OECD (n 17) 184.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Wende m.fl. (n 1) 136–137.

⁶² Marianne Darbi och Christian Tausch, 'Loss-Gain Calculations in German Impact Mitigation Regulation'.

⁶³ Ibid.; Wende m.fl. (n 1) 153.

⁶⁴ Wende m.fl. (n 1) 153.

utformning av kompensationsåtgärder.⁶⁵ Finns det exempelvis inget formulerat villkor om uppföljning av kompensationsåtgärden är risken stor att ingen uppföljning sker.⁶⁶ Därtill är Sachsen-Anhalt den enda delstaten som i lag kräver övervakning av kompensationsåtgärder och BKompV ställer heller inget sådant krav på delstaterna.⁶⁷ Frivilliga kvalitetsstandarder medför inte att aktörerna, inklusive poolerna, frivilligt investerar ytterligare medel i en kompensation om det inte är rättsligt nödvändigt. Detta indikerar ett behov av tillåtlighetsprocesser som resulterar i tydliga och långsiktiga villkor som sedan kan förvaltas av kompensationspoolsverksamheterna.

*Delstaten Hessen*⁶⁸

I Hessen förverkligas den federala lagstiftningen genom en kompensationsförordning från 2005. Miljödepartementet i Hessen är det administrativa organ som till stor del ansvarar för genomförandet. Målet med förordningen är bland annat att stärka spatial konnektivitet mellan kompensationsområden/åtgärder och befintliga skyddade områden (i synnerhet Natura 2000-områden), att göra det ekonomiskt lönsamt att tillhandahålla 'naturvård', att underlätta övervakning och verkställighet samt att säkerställa att produktiv jordbruksmark inte används för kompensationsåtgärder.

För att ett område ska få användas för kompensation krävs att markägaren utarbetar en plan för kompensationsåtgärden som bland annat ska beskriva områdets storlek, den befintliga markanvändningen, kompensationsåtgärden och, om nödvändigt, långsiktiga förvaltnings-

åtgärder.⁶⁹ Markägaren måste också utvärdera områdets ekologiska värde i sitt ursprungliga skick (dvs. före kompensationsåtgärden) samt uppskatta den förväntade värdeökningen som kompensationsåtgärden förväntas leda till. Planen, tillsammans med dessa två utvärderingar, överlämnas till den regionala naturvårdsmyndigheten för granskning, med förbehåll för eventuella ändringar, godkännande och registrering. I samband med att poolen får sitt tillstånd erhåller den också en viss poäng som baseras på dess ekologiska värde. Ett kompensationsområde får högre poäng om kompensationsåtgärden de avser att sälja redan har genomförts. När ägaren till kompensationsområdet eller poolen säljer hela eller delar av området registrerar myndigheten kompensationsåtgärden som använd. Innan myndigheten beslutar om att definiera området som 'förbrukat' har den möjligheten att utvärdera området så att det stämmer överens med vad som registrerats. Kompensationsåtgärden kopplas i registret till den specifika skada som den kompenserar för och det är sedan den som orsakat skadan som är ansvarig för att kompensationen upprätthålls i minst 30 år. Inom samma tidsram åligger det markägaren eller kompensationspoolen att säkerställa att kompensationsåtgärden förvaltas. För skador som inte kan kompenseras krävs en betalning som måste användas av myndigheterna för natur- eller landskapsförbättrande åtgärder i ett närliggande naturområde.

Kompensationsförordningen innehåller flera bestämmelser om den rumsliga uppdelningen av kompensationsåtgärder⁷⁰:

- Om samma kompensationsmål kan uppnås genom en åtgärd inom eller utanför ett Natura 2000-område, är åtgärden inom Natura

⁶⁵ GHK Consultancy (n 17) 56.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Se § 12 (2) BKompV; ibid.

⁶⁸ Om inte annat indikeras baseras hela avsnittet är baserat på: OECD (n 17) 178–185.

⁶⁹ För detta stycke se § 2 (5) Hessen Kompensationsverordning.

⁷⁰ § 2 (2) Hessen Kompensationsverordning.

2000-området att föredra. Om en kompensationsåtgärd har positiv effekt på ett naturreservat, en nationalpark eller ett Natura 2000-område, kan kompensationsåtgärden tilldelas fler poäng.

- En skada måste kompenseras inom samma naturområde eller regionala planområde som skadan.⁷¹
- Kompensationsåtgärder får endast genomföras på jordbruksmark om de inte medför negativ påverkan på markanvändningen eller om markens produktivitet är låg.

I Hessen har det också skapats en förmedlingsbyrå av delstaten som kallas ekobyrå.⁷² Huvuduppgiften är att:

- Inrätta kompensationspooler och att genomföra kompensationsåtgärder för att tillhandahålla miljövärden.
- Agera mellanhand mellan leverantörer av kompensationsområden och exploatörer. Byrån ska dock endast agera på säljarnas vägnar om de uppmanas att göra det.
- Bidra med förvaltningsåtgärder (under en period av 30 år) om de behövs för att bibehålla värdet på kompensationsåtgärderna.

I princip ligger det rättsliga ansvaret inte på ekobyrån men den kan ta över ansvaret om det efterfrågas.⁷³ Det finns inga tillgängliga studier som undersöker de ekologiska effekterna av Hessens kompensationspoolsreglering.⁷⁴

*Implementeringen i delstaten Brandenburg*⁷⁵

I förbundsstaten Brandenburg finns det ett liknande system som i Hessen. Bland annat finns det där också en kompensationsbyrå upprättad av delstaten och byrån har etablerat över 20 kompensationspooler i nästan alla naturområden i delstaten. För att en pool ska bli godkänd av Brandenburgs miljödepartementet måste den uppfylla kriterierna i Brandenburgs kompensationspoolförordningen samt riktlinjerna i förordningen om skadelindringshierarkin (Hinweise zum Vollzug der Eingriffsregelung). I delstatslagstiftningen finns det krav på att kompensationsåtgärder endast får genomföras inom samma biogeografiska område som skadan och delstaten är uppdelad i ett antal sådana områden.⁷⁶ För tillåtlighet kräver regleringen i Brandenburg bland annat att poolen måste lämna in en beskrivning av områdets nuvarande status, planerade åtgärder och målsättningen med området, hur åtgärderna hanterar landskapsintegration och ekologiska funktioner, tidigare kompensationer i området, områdets koherens (bör omfatta minst 30 hektar), förhållandet till kommunala landskapsplaner, interna kontrollkriterier, det långsiktiga förvaltarskapet samt hur poolen avser att rapportera till miljödepartementet.⁷⁷

3.2 USA – The Clean Water Act

I USA finns det två kompensationsprogram: bevarandepooler för hotade arter (Endangered Species Act (ESA)) respektive kompensationspooler (eller habitatbanker som de också kallas) för våtmarker. I den här studien ligger fokus på pooler för våtmarker. Dessa etableras utifrån fe-

⁷¹ Se även § 17 (11) BNatSchG.

⁷² § 5 Hessen Kompensationsverordnung.

⁷³ § 2 (5) Hessen Kompensationsverordnung.

⁷⁴ Moritz Reese, 'Habitat Offset and Banking – Will It Save Our Nature? Perspectives for a More Comprehensive and Flexible Approach to Nature Protection', *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context* (Routledge 2014).

⁷⁵ Om inte annat indikeras baseras hela avsnittet är baserat på: OECD (n 17) 178–179.

⁷⁶ Enetjärn natur, *Habitat Banking – framtider för marknadsbaserade lösningar för biologisk mångfald*, (2015), s. 17.

⁷⁷ Wende m.fl. (n 1) 149.

deral lagstiftning, 'the Clean Water Act' (CWA) och sektion 404, som kräver att exploitörer följer skadelindringshierarkin när ett projekt orsakar negativa effekter på våtmarker och närliggande vattendrag. Många av följdreglerna kring kompensationspooler återfinns i 'The Code of Federal Regulations' (CFR).

Kompensationspoolssystemet inrättades på 1970-talet och kännetecknas av ett starkt deltagande från den privata sektorn i tillhandahållandet av pooler, och kompensationspooler drivs som regel av en tredje part som inte är tillståndshavare.⁷⁸ Det finns även pooler som drivs av företag eller myndigheter som regelbundet behöver egen kompensationsmark och dessa säljer därför inte heller krediter till någon annan. Det finns också ideella pooler som inte har som mål att verksamheten ska gå med vinst.⁷⁹ Verksamhetsutövarens ansvar för ett kompensationsvillkor i exempelvis ett tillstånd överförs ofta till poolen.⁸⁰

Tillståndsprocessen för pooler sköts i grunden av olika myndigheter, och 'U.S. Army Corps of Engineer' (ACOE) och 'US EPA' ansvarar för processen via sina distrikt och regioner.⁸¹ ACOE verkar på ett decentraliserat sätt och har 38 distriktsavdelningar som var och en har behörighet att tolka och implementera den federala regleringen. Detta resulterar i ett skiftande regleringslandskap med olika praxis inom olika distrikt. Enskilda delstater har också en viktig roll när det gäller att bestämma vad som utgör lämplig kompensation.⁸² Exempelvis, fram till 2001 använde delstaten Wisconsin sin möjlighet till att förhindra kompensationsåtgärder som helhet på grund av att delstaten var kritisk till om åtgärden på ett effektivt sätt skyddade våtmarker. Det

finns därför inte ett kompensationspoolssystem i USA, utan baserat på den federala lagstiftningen kan de 38 ACOE-distrikten, 50 delstaterna och 10 EPA-regionerna alla tolka reglerna på sitt sätt.⁸³ I ett försök att minska på tolkningsutrymmet och hantera en del av de problem och genomförandeunderskott som uppstått genomfördes 2008 en större federal förändring av kompensationspoolsregleringen, som kallas "The Final Mitigation Rule"⁸⁴, och med den följde att antal krav.⁸⁵ Bland annat ska varje pool innehålla:

- En beskrivning av områdets ekologiska värden (såsom historiska och befintliga växtsamhällen, hydrologi, markförhållanden etc.), de värden som kommer att skapas, dess ekologiska funktioner, metoden för kompensationsåtgärden (restaurering, etablering, bevarande, etc.) och våtmarkens förväntade funktioner för avrinningsområdet.
- En beskrivning av de faktorer som beaktades vid valet av plats. Detta kan inkludera en beskrivning av avrinningsområdets behov och möjligheten att etablera ekologiskt självunderhållande system.
- En beskrivning av de rättsliga skyddsarrangemangen och äganderätten till området, särskilt hur ett långsiktigt skydd säkerställs (grundtanken är att kompensationen ska vara permanent och varje område ska skyddas genom fastighetsrättsliga nyttjandearrangingar).
- En tillsynsplan, kontrollparametrar och hur rapportering ska ske.

⁷⁸ OECD (n 17) 131.

⁷⁹ Ibid. 139–140.

⁸⁰ GHK Consultancy (n 17) 50.

⁸¹ OECD (n 17) 133.

⁸² Sektion 401 CWA.

⁸³ OECD (n 17) 135.

⁸⁴ U.S. Army Corps of Engineers, and Environmental Protection Agency. 'Compensatory Mitigation for Losses of Aquatic Resources; Final Rule' (2008).

⁸⁵ För kritiken se bland annat JB Ruhl och James E Salzman, 'The Effects of Wetland Mitigation Banking on People' [2006] FSU College of Law, Public Law Research Paper.

- Hur poolen upphör när alla tillgångar har sålts.⁸⁶

I förordningen tydliggör myndigheterna att av de tre organisationsformer som finns – kompensationspooler, avgiftsfinansierade program och verksamhetsutövar drivna pooler – påbjuder myndigheterna att kompensationspooler är att föredra. Anledningen till att just den organisationsformen förordnas är att investeringarna i kompensationsåtgärder, ofta, redan har genomförts och därmed lättare kan matchas emot biodiversitetsförluster medan programmen genomför åtgärderna när det finns tillräckligt med kapital att realisera kompensationsåtgärderna. Riskerna för nettoförluster är lägre om åtgärder redan har initierats eller färdigställt. Samtidigt tar poolverksamheten en större ekonomisk risk i och med att de investerar i kompensationspoolen innan de har en köpare. I praktiken finns det exempel på att myndigheterna tillåter att investeringar sker succesivt.⁸⁷ Även om det finns kriterier för upprättandet av olika typer av pooler i förordningen finns det inga tydliga regler för hur själva kompensationsprojektet ska genomföras utan tillståndsmyndigheterna har diskretion att besluta om det. Skulle däremot poolen misslyckas med att uppfylla villkoren så kan tillsynsmyndigheten begränsa framtida försäljningar och som sista steg avbryta poolverksamheten.⁸⁸ Den federala regleringen kräver således att varje kompensationsprojekt har en långsiktig plan och verksamhet som, helst, tar ett permanent ansvar.⁸⁹

⁸⁶ Se bland annat 33 CFR § 332.4(c)(12) (2008); 40 CFR § 230.94(c)(12) (2008); 33 CFR § 332.8(a)(2) (2008); 40 CFR § 230.98(a)(2) (2008).

⁸⁷ Todd BenDor och Audrey Stewart, 'Land Use Planning and Social Equity in North Carolina's Compensatory Wetland and Stream Mitigation Programs' (2011) 47 *Environmental Management* 239.

⁸⁸ OECD (n 17) 150.

⁸⁹ Ibid. 149.

Kompensationsprojektets enhet för handel är normalt ett visst område med strikt definierade habitat eller en indikatorart såsom en häckande fågelart eller en kombination av dessa två parametrar. Våtmarkernas funktioner är också av stor vikt. Det finns en hel del kritik emot kompensationsystemet i USA, exempelvis att fokus bara har varit på compensationens biologiska värden och inte de sociala.⁹⁰ Det finns också en omfattande kritik emot att distansen mellan skadan och kompensationsområdet kan vara stor, i Florida finns det exempel på ett par till tre mil, medan det i andra delstater finns exempel på ännu längre distanser från 50 km till 222 km.⁹¹ Distansten styrs av distriktsmyndigheterna som beslutar om hur stora områden som en kompensationspool kan verka på.⁹²

En annan kritik är att fokus hamnat på prioriterade arter och inte ekologiska värden eller funktioner. Som resultat har vanligtvis ingen nettoförlust uppnåtts ur ett artperspektiv medan värdefulla ekologiska funktioner inte har förbättrats eller rent av försämrats.⁹³ I vägledning från myndigheterna sägs ett ideal vara att kompensationsprojekten designas så att de kan adressera flertalet olika typer av kompensationsåtgärder, exempelvis både kunna fungera som vattendragskompensation under CWA och hotade arter under ESA.⁹⁴ För att hantera att kunskapen om akvatiska ekosystem och restaurering hela tiden förändras förordas ekologiska

⁹⁰ Ruhl och Salzman (n 86).

⁹¹ Ibid.; BenDor och Stewart (n 88); Harold Levrel, Pierre Scemama och Anne-Charlotte Vaissière, 'Should We Be Wary of Mitigation Banking? Evidence Regarding the Risks Associated with This Wetland Offset Arrangement in Florida' (2017) 135 *Ecological Economics* 136.

⁹² Final Mitigation Rule § 332.2 Definitions.

⁹³ GHK Consultancy (n 17) 52.

⁹⁴ U.S. Fish & Wild Life Service, "Interim Guidance for Implementing the Endangered Species Act Compensatory Mitigation Policy" (2017) 26.

prestationsnormer och det skulle kunna leda till att specifika biodiversitetskrav undviks.⁹⁵

Områdena ska ges ett långsiktigt skydd genom fastighetsrättsliga instrument när så är lämpligt.⁹⁶ Även om det förordnas att områdena ska skyddas över lång tid är det inget krav utan i och med 2008 års förordning försvann kravet på eviga skydds- eller fastighetsrättsliga avtal.⁹⁷ I sina kommentarer till ändringar menade myndigheterna att stor diskretion var nödvändig på detta område, bland annat för att vissa delstater inte tillåter fastighetsrättsliga avtal som gäller för evigt.⁹⁸

3.3 Andra EU länder

Det finns kompensationspoolsystem i andra EU-länder förutom Tyskland. Dessa är generellt sätt nyare och inte lika utvecklade som systemen i Tyskland och USA. Däremot finns det några kompletterande eller alternativa upplägg att lyfta fram.

Frankrike

I Frankrike utgör ett tillstånd med villkor om kompensation ett rättsligt bindande avtal mellan staten och exploatören. Det finns inget utarbetat system för utvärdering eller förvaltning av kompensationspoolen och det juridiska ansvaret för kompensation ligger på utvecklaren och kan inte överföras till kompensationspoolen.⁹⁹ Utmärkande för det franska systemet är att kompensationsavtal kan tecknas som längst 30 år och

efter det måste området överlämnas till naturvårdsmyndigheterna, för att erhålla permanent skydd, eller till en icke-statlig organisation för långsiktigt förvaltarskap.¹⁰⁰ De franska regleringarna är relativt nya och betecknas i litteraturen som i ett pilotskede.¹⁰¹ De dras hittills med problem med att nå målet om ingen nettoförlust av biodiversitet.¹⁰²

Spanien

I Spanien återfinns kompensationspoolsreglerna i lagen om miljökonsekvensbedömningar.¹⁰³ Det är en national lag som implementerades av regionerna 2014 (Spanien har självstyrande regioner). I lagen används begreppet 'bevarandekrediter' och krediterna kan användas som kompensationsåtgärder för att balansera förluster av ett naturvärde med samma eller ett liknande värde, på samma eller en annan plats.¹⁰⁴ Den spanska lagstiftningen knyter kompensationspooler och 'bevarandekrediter' till genomförandet av en MKB, för både projekt och planer/program.¹⁰⁵ För att etablera en pool krävs tillstånd från myndigheten för jordbruk, livsmedel och miljö samt de autonoma regionerna. I tillståndsbeslutet ska markägare registreras tillsammans med antalet 'bevarandekrediter' som poolen omfattar samt tekniska kriterier för poolens förvaltning och upprätthållande. Markägare som omfattas av poolen måste på lång sikt bevara naturvärden som finns och skapas. Kompensationspoolerna ska registreras i fastighetsregistret. Myndig-

⁹⁵ 33 CFR 332.5(b), 40 CFR 230.95(b). Se även Colleen E Bronner m.fl., 'An Assessment of US Stream Compensatory Mitigation Policy: Necessary Changes to Protect Ecosystem Functions and Services' (2013) 49 JAWRA Journal of the American Water Resources Association 449.

⁹⁶ Final Mitigation Rule § 332.7 Management (a).

⁹⁷ Bronner m.fl. (n 96).

⁹⁸ Se kommentaren till 33 CFR 332.7 och 40 CFR 230.97 Management (a).

⁹⁹ OECD (n 17) 43.

¹⁰⁰ Wende m.fl. (n 1) 116.

¹⁰¹ Ibid. 109; Froger, Ménard och Méral (n 17).

¹⁰² Lucie Bezombes, Christian Kerbirou och Thomas Spiegelberger, 'Do Biodiversity Offsets Achieve No Net Loss? An Evaluation of Offsets in a French Department' (2019) 231 Biological Conservation 24.

¹⁰³ Ley21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación Ambiental. Se också: Sara Maestre-Andrés m.fl., 'Habitat Banking at a Standstill: The Case of Spain' (2020) 109 Environmental Science & Policy 54.

¹⁰⁴ Wende m.fl. (n 1) 174-175.

¹⁰⁵ Ibid. 183.

heterna har sanktionsmöjligheter för brott mot kompensationspoolsreglerna.¹⁰⁶

Även om de grundläggande funktionerna för att etablera kompensationspooler definieras i lagstiftningen krävs följdlagstiftning för att verksamheten ska kunna initieras och utvecklas och detta har inte ägt rum. Anledningen till detta är oenigheter kring flertalet viktiga frågor såsom: vad menas med "ingen nettoförlust av biologisk mångfald", vilka marknadsprinciper ska ligga till grund för kompensationspooler, hur säkerställs att kompensationsåtgärderna är ekologiskt effektiva, vilka parametrar ska nyttjas för att mäta ekologiska och biologiska värden samt vad blir konsekvenserna för naturen (kommer det leda till en kommodifiering).¹⁰⁷

Precis som övriga regioner har Katalonien valt att inte utveckla kompensationspooler på grund av dessa svåra frågor och istället fokuserat på att stärka genomförandet av skadelindringshierarkin och främja utvecklingen av kompenserande åtgärder generellt.¹⁰⁸

4. Kompensationspooler i Sverige?

I Sverige saknas rättsliga förutsättningar att tillståndspröva kompensationspooler och det finns ingen utpekad tillsynsmyndighet. Organisatoriska regler som finns i andra länder omfattar bland annat poolens organisation/förvaltning, ansvarsförhållandet mellan poolen och exploator, markägare etc., dokumentationskrav, krav på åtgärdsutvärdering och tillsynsstruktur. För att ekologiska kompensationspooler ska kunna utgöra ett viktigt bidrag till att stoppa nettoförluster av biologisk mångfald i Sverige behövs det med stor sannolikhet en tydlig myndighetsstruktur för godkännande och tillsyn samt regler

för hur verksamheten ska kunna användas i tillstånds- och planprocesser.

Ovan beskriva rättssystem ger referenser för hur tillstånd för och tillsynen av pooler skulle kunna utformas. För att systemen ska kunna nyttjas som referens behöver det ske en anpassning till den svenska kontexten som skiljer sig från bland annat de federala rättssystem som finns i Tyskland och USA. En svensk kompensationspoolsförordning skulle behöva anpassas till viktiga delar av den svenska förvaltningsstrukturen såsom det kommunala planmonopolet och miljöbalkens tillstånds- och tillsynssystem.

Det finns olika typer av organisationsformer som skulle kunna nyttjas för svenska kompensationspooler såsom stiftelser, kommunala aktiebolag, ekonomiska föreningar, handelsbolag och ideella föreningar. Ingen av organisationsformerna kräver ett miljötillstånd eller anmälan enligt miljöbalken utan exempelvis krävs för en stiftelse registrering hos länsstyrelsen. Utredningen diskuterade olika organisationsformer och ansåg att en kompensationspool skulle vara en egen juridisk person där både kommunen och länsstyrelsen skulle kunna delta på olika sätt.¹⁰⁹ Vid en kommunal kompensationspool ansåg utredningen att den kunde organiseras som ett kommunalt bolag eller vid en sammanlutning mellan kommun och andra markägare som en stiftelse.¹¹⁰ Vid en extern förvaltare ansåg utredningen att kommuner inom poolens område själva skulle kunna bidra med kommunal mark.¹¹¹ Utredningen beskriver på så sätt tre varianter av kompensationspooler – kommunala pooler, externa/privata pooler med kommunal mark och externa/privata pooler. I pooler med privata inslag skulle också statliga bolag såsom Sveaskog och Vattenfall kunna upplåta mark för

¹⁰⁶ Ibid. 184.

¹⁰⁷ Maestre-Andrés m.fl. (n 104).

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ SOU 2017:34 (n 1) 151.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid. 306–307.

skogs- och vattenrelaterad kompensation. Om poolerna skulle behöva uppfylla särskilda kriterier för att få verka var utredningen inte så tydlig om.¹¹² I det tyska och amerikanska systemet finns det tydliga kriterier, vilka i litteraturen beskrivs som nödvändiga för bland annat funktionalitet, måluppfyllelse och legitimitet.¹¹³

4.1 Tillståndskriterier

Utredningen pekar ut Tyskland som idealreferens men även den amerikanska federala lagstiftningen är en bra referens avseende tillståndsförfarandet med sina tillståndskriterier. Systematiken i USA skiljer sig från den tyska där det i huvudsak är på delstatsnivå som tillståndskriterierna utvecklas.

I litteraturen finns det ett flertal försök att definiera nödvändiga kriterier för kompensationspooler, bland annat att det är viktigt att integrera kompensationsystemet i planläggningsarbetet¹¹⁴, att det finns en viss flexibilitet i det rättsliga regelverket avseende metoder och mål för kompensationen¹¹⁵, att det finns stringenta mål kring att kontinuerligt visa och upprätthålla statusen för kompensationen, att ha en effektiv kontroll av kompensationsverksamheterna,¹¹⁶ att det finns metoder för att lösa tvister, kontraktsbrott och bristande efterlevnad av villkor/avtal,¹¹⁷ samt att kompensationsområdena anpassas till allemansrättens rekreativmål som

finns i Sverige och Finland^{118,119}. Med utgångspunkt i de tyska och amerikanska systemen finns det ett antal kriterier som kompensationspoolen ska uppfylla för att få verka. Slås dessa kriterier ihop ger det en bild av vilka krav som en verksamhetsutövare i dessa två rättsordningar måste beskriva i sin ansökan om att upprätta en ekologisk kompensationspool:

- Målet med poolen och hur målet ska uppnås.
- Poolens lokalisering och särskilt varför platsen utgör lämplig kompensationsmark. Relevanta faktorer att beakta är platsens konnektivitet till skyddade områden, våtmarker eller andra områden med hög biodiversitet, samt storleken och områdets koherens (30 hektar kan vara en minimireferens). Om jordbruksmark ingår – särskilt motivera detta.
- Kompensationsområdets ekologiska egenskaper såsom historiska och befintliga växt- samt djursamhällen, skyddade arter, hydrologi, markförhållanden etc.
- Markägarstrukturen i området och hur ett långsiktigt skydd/förvaltning säkerställs.
- Förvaltningen av områdets ekologiska funktioner.
- Verksamhetens egenkontroll.
- Verksamhetens avveckling och hur/om värdena som skapats skyddas över tid.

Flera av de kriterier som krävs i dessa två länder är snarlika vissa av de krav som ställs i samband med att en specifik miljöbedömning enligt svensk rätt genomförs. Bland annat stämmer lokaliseringsmotiveringen överens med 12 § miljöbedömningsförordningen. Skulle miljöbedömningsreglerna också omfatta kompensations-

¹¹² Ibid. 149.

¹¹³ Grimm och Köppel (n 16).

¹¹⁴ Enetjärn m.fl. (n 15).

¹¹⁵ Enetjärn Natur (n 73).

¹¹⁶ Reese (n 75).

¹¹⁷ GHK Consultancy (n 17); Cascase Consulting (with Eftec), 'Assessing the Potential for Payment for Ecosystem Market Mechanisms (Welsh Government, 2014), s. 76.

¹¹⁸ Eeva Primmer m.fl., 'Institutions for Governing Biodiversity Offsetting: An Analysis of Rights and Responsibilities' (2019) 81 Land Use Policy 776.

¹¹⁹ Se också: Business and Biodiversity Offsets Programme (BBOP). 'Guidance Notes to the Standard on Biodiversity Offsets' (2012).

pooler skulle det krävas att verksamhetsutövaren vid sin motivering också beskrev relevanta planer såsom översiktsplaner, detaljplaner, områdesbestämmelser och regionala handlingsplaner för grön infrastruktur, precis som krävs vid tillståndsgivning av pooler hos tyska delstater.

En fråga som utredningen inte kom fram till var frågan om tidsspännet för en kompensation och då framförallt hur värden som skapats ska bevaras på lång sikt. I det nordamerikanska systemet finns det exempel på att ambitionen är att skydda området för evigt men det är oklart om så faktiskt sker, samtidigt som vissa delstater inte tillåter den typen av avtal.¹²⁰ Utredningen noterar att terminologin kring tid i svensk rätt avseende obegränsad tid eller en evighet ofta avser 50–75 år.¹²¹ Utredningen menar att detta beror på användandet av en positiv diskonteringsränta i modellerna och juridiska svårigheter att säkerställa förvaltningen av åtgärden/området över längre tid.¹²² Samtidigt noterar utredningen att det finns internationella exempel på att krav ställs över längre tid än 50–75 år baserat på att det sker fondering av medel för förvaltning och att det går att skriva avtal, motsvarande naturvårdsavtal i svensk rätt, utan tidsbegränsningar.¹²³ I Frankrike tecknas kompensationsavtalen om ca 30 år och efter det kan området överlämnas till naturvårdsmyndigheter eller en icke-statlig organisation för att erhålla permanent skydd eller långsiktigt förvaltarskap. Här finns det en begränsning i svensk rätt i och med att ideella organisationer inte kan teckna naturvårdsavtal

eller bilda naturreservat.¹²⁴ Även de olika avtalsmöjligheter som finns i svensk rätt, med naturvårdsavtal eller nyttjanderättsavtal har sina begränsningar och kan tecknas på 50 år utanför detaljplanelagt område och 25 år inom ett sådant område.¹²⁵ Om poolen är i kommunal regi har kommunen möjlighet (kompetens) att upprätta naturvårdsavtal som skulle kunna nyttjas inom ramen för poolen.¹²⁶ Av alla ovan uppräknade kriterier kan just frågan om tidsspännet för en kompensationspoolverksamhet vara en av det viktigaste. Det finns flera anledningar till det, en är att det finns stora skillnader i restaureringstid mellan olika typer av habitat.¹²⁷ I den tyska kontexten finns en utgångspunkt att de flesta kompensationer genomförts och uppnått sitt mål inom 25–30 år.¹²⁸ Om kompensationen tar mer än 30 år krävs det bland annat att området utökas med 25 %.¹²⁹

4.2 Tillståndsmyndighet

I de länder som beskrivits är det en eller flera myndigheter, såsom delstatens miljödepartement eller mer specialiserade myndigheter motsvarande Naturvårdsverket eller Havs- och vattenmyndigheten, som agerar tillstånds- och tillsynsmyndighet.¹³⁰ Även i det marknadsliberala systemet i USA finns det en myndighetsstruktur som prövar och genomför tillsyn av kompensationspoolerna. Avseende genomförandet av kompensationsåtgärder skiljer sig det amerikanska systemet från övriga system i och

¹²⁰ Se Henrik Josefsson, 'Biodiversity offsetting in perpetuity – A Swedish case study on the use of conservation easements for biodiversity protection' 2021 *Transnational Environmental Law* (accepterad).

¹²¹ SOU 2017:34 (n 1) 99–100.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Se 7 kap. 4 § MB och 7 kap. 3 § JB som båda tydlig säger att det är kommuner och länsstyrelser/staten som får bilda naturreservat alternativt författa skriftliga överenskommelser om naturvård.

¹²⁵ 7 kap. 5 § JB.

¹²⁶ 7 kap. 3 § JB.

¹²⁷ Se Josefsson (n 121).

¹²⁸ Se § 12 och Bilaga 5 (B) BKompV.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Kerry ten Kate, Jo Treweek och Jon Ekstrom, 'The Use of Market-Based Instruments for Biodiversity Protection—The Case of Habitat Banking' 225.

med vetorätten för delstaterna, som kan liknas vid svenska kommuners vetorätt avseende vindkraftsutbyggnad.

Vid en miljöbalksprocess avseende anmälan, samråd, tillstånd och tillsyn för/av miljöfarlig verksamhet, vattenverksamhet eller andra verksamheter/åtgärder sker prövningen endast undantagsvis av regeringen eller exempelvis Naturvårdsverket. Prövningen sker istället vanligtvis hos kommuner, länsstyrelser, Skogsstyrelsen och mark- och miljödomstolarna. I och med att en kompensationspoolsverksamhet innebär förändrad markanvändning för området om exempelvis 30 hektar i max 50 år indikerar detta att verksamheten kommer att medföra en betydande miljöpåverkan på grund av sin omfattning, dess kumulativa miljöeffekter och beaktat användningen av mark, jord, vatten, och biologisk mångfald som kommer att ske.¹³¹ Därmed behöver verksamheten miljöbedömas. Med tanke på hur långsiktig och ingripande verksamheten är finns det mycket som talar för att bland annat ett samråd med kommunen, länsstyrelsen, Skogsstyrelsen och närliggande markägare är ett måste för att verksamheten ska uppnå legitimitet. Sedan bör beslutet kunna överklagas. Underlaget för samrådet eller prövningen kommer sannolikt vara en miljökonsekvensbeskrivning som, förutom att innehålla alla de detaljer som följer med en sådan, visar hur verksamheten avser att förhålla sig till kriterierna som räknades upp ovan. I Spanien återfinns kompensationspoolsreglerna i lagen om miljökonsekvensbedömningar och att knyta kompensationspoolerna till påverkan från planer, åtgärder eller verksamheter som kräver en MKB verkar rimligt. En sådan svensk ordning skulle medföra att miljöprövningsdelegationen är första instans och mark- och miljööverdomstolen är sista.

¹³¹ 11 § miljöbedömningsförordningen.

4.3 Tillsynsorganisationen

I de olika rättssystem som beskrivits är det tydligt att myndigheter/företag ges ansvar för att poolerna ska fungera och erbjuda 'marknaden' kompensationsmöjligheter. Avseende kritiken som finns kring bristande måluppfyllelse verkar det vara grundläggande att det inarbetas krav i rättssystemet om utvärdering av åtgärder och att det skapas en tillsynsorganisation som fristående kan granska kompensationspoolens alla delar.

Precis som för andra verksamheter som påverkar miljön skulle krav på egenkontroll och årliga rapporter till en utpekad tillsynsmyndighet ge grundmaterial för tillsyn och uppföljning. I och med att mark- och miljödomstolarna tidvis delegerar det konkreta genomförandet av kompensationsvillkor till tillsynsmyndigheten¹³², vilket som regel är länsstyrelsen, vore ett tudelat tillsynsansvar för både kompensationspoolen och kompensationsvillkoret en rimlig väg för att utveckla tillsynsorganisationen för ekologisk kompensation som helhet.

Även om det finns stora skillnader mellan den svenska rättskontexten och beskrivna länders system finns det mycket att inspireras av. Godkännandeprocessen för kompensationsplaner som finns i USA utgör ett bra exempel på hur organiseringen av kompensationspooler skulle kunna fungera. Standardiseringen som nyligen ägt rum i Tyskland pekar på hur många svåra värderingsfrågor kan lösas genom lagstiftning istället för hos exempelvis domstolarna eller tillsynsmyndigheterna.

4.4 Olika typer av kompensationspooler – kommunal och/eller extern

Utredningen beskriver alltså tre varianter av kompensationspooler för svensk kontext – kommunala pooler, externa/privata pooler med kom-

¹³² Se Josefsson (n 121).

munal mark och externa/privata pooler. Vad gäller externa pooler har statliga Sveaskog redan påbörjat ett sådant arbete.¹³³ I de tyska och amerikanska systemen finns det exempel på att även myndigheter, motsvarande Trafikverket, Svenska kraftnät, etc., skapar kompensationspooler i och med att de återkommande har behov av kompensationsmark. Att tillåta att kompensationspooler drivs av myndigheter, som återkommande tar mark i anspråk, kan verka tveksamt om avsikten är att skapa en öppen marknad. Samtidigt visar forskningen att kompensationspoolssystem allt som oftast inte är öppna marknader utan reglerade marknader, och i en sådan kontext skulle det inte vara otänkbart att även myndigheter såsom Trafikverket skapar kompensationspooler. Lösningen är jämförbar med den stiftelselösning som Banverket etablerade i samarbete med Naturvårdsverket kring kompensationsområdena för Natura 2000 vid Umeå älvens delta i samband med Botniabanan.¹³⁴ En myndighets kompensationspool skulle i de flesta fall falla i kategorin extern pool i och med att den skulle behöva integreras externa markägare i poolen.

I en extern pool som är privat, näringslivs- eller myndighetsinitierad skulle den kunna drivas som en stiftelse eller som ett bolag. I den här kategorin skulle det ingå exempelvis pooler bestående av sammanslutningar av markägare, markägande aktiebolag eller statliga aktiebolag. Inom den skogliga sektorn är det framförallt dessa tre aktörer som är relevanta i och med att den svenska markägarstrukturen är så beskaffad att majoriteten av skogsmarken ägs av en-

skilda ägare (48 %), privatägda aktiebolag (24 %) och statsägda aktiebolag (13 %).¹³⁵ I och med att Sverige täcks av 69 % skog, 8 % jordbruksmark, 8 % naturligt gräsbevuxen mark, 7 % myrar och våtmarker, 5 % berg i dagen/övrig mark och 3 % bebyggd mark kommer skogsmarken vara en viktig miljö för kompensationsåtgärder eftersom den dominerar Sveriges yta.¹³⁶ Avseende den näst största marktypen, jordbruksmark, är det enskilda ägandet dominerande med 91,4 %.¹³⁷

Med tanke på markägarstrukturen i Sverige är det sannolikt att enskilda markägare kommer att utgöra en viktig aktör för att mer storskaligt kunna tillhandhålla kompensationsmark över stora delar av Sverige. Om distansen mellan skadan och kompensationsområdet begränsas och en viss hektar krävs, såsom i Tyskland, kommer enskilda markägare att bli en ännu viktigare aktör i och med att större sammanhängande områden av bolagsskog inte kommer att gå att nyttja överallt.

En kompensationspoolverksamhet som utredningen diskuterade var kommunala kompensationspooler. Kommunal verksamhet lever under särskilda regler som gäller oavsett om poolen organiseras av kommuner, med eller utan kommunal mark, eller av en extern verksamhetsutövare som omfattar kommunala markområden. Anledningen till att dessa måste särskiljas från övriga pooler är att kommunal verksamhet måste förhålla sig till verksamhetsregler i framförallt kommunallagen (KL) där det kommunala handlingsutrymmet begränsas.

Kommunal verksamhet ska som utgångspunkt lokaliseras inom kommunens gränser och begränsningen brukar betecknas som

¹³³ Se bland annat: <https://www.sveaskog.se/press-och-nyheter/nyheter-och-pressmeddelanden/2017/sveaskog-och-boliden-genomfor-affar-kring-ekologisk-kompensation/> (2021-02-11).

¹³⁴ Se Naturvårdsverket rapport 6818, 'Kompensationen för Botniabanans intrång i Umeåälvens delta och slätter', (2018) s. 65–68.

¹³⁵ Skogsstyrelsen rapport 2018/12. 'Statistik om skogsägande 2017' (2018).

¹³⁶ SCB, Statistiska centralbyrån. 'Markanvändningen i Sverige'. Sjunde utgåvan. (2019).

¹³⁷ Ibid.

'lokaliseringsprincipen'.¹³⁸ Även om detta är utgångspunkten får kommunen delta i aktiviteter som sker utanför kommunens gränser om det är till nytta eller anknyter till kommunens egna medborgare. Om så sker ska det finnas ett allmänt intresse inom kommunen som aktiviteten svarar på. Ett allmänt intresse behöver inte medföra att alla medborgare i kommunen upplever aktiviteten som nyttig utan kommunen kan fokusera på vissa frågor om det finns sakliga skäl för det.¹³⁹ Om exempelvis invånarna i en kommun nyttjar ett rekreationsområde i grannkommunen skulle upplåtandet av mark för exploatering inom kommunen kunna kompenseras genom investeringar i rekreationsområdet. I den amerikanska litteraturen har problem kring distansen mellan compensationen och exploateringen lyfts fram som en svår etisk fråga och att exploatera invånarens närmiljö i en del av en stat och sedan kompensera detta många mil därifrån har kritiserats.¹⁴⁰

En form av kommunal organisation som kan vara intressant för framtida kompensationspooler är kommunalförbund. Kommunalförbundet är en fristående juridisk person som kommuner kan lämna över skötseln av vissa kommunala angelägenheter till.¹⁴¹ Det är inte närmare specificerat vad för angelägenheter som får lämnas över utan kravet är att uppgiften faller inom kommunens kompetens. Det medför att det inte finns någon klar avgränsning för vilka kommunala angelägenheter som får/inte får överlämnas till kommunalförbundet. Efter överlämnandet är förbundet huvudman för de frågor som medlemmarna flyttat över och kommunerna har inte längre kvar kompetensen. När kommuner samverkar med varandra i kommunalförbund utsträcks lokaliseringsprincipen för

verksamhetsområdet till att omfatta de samverkande kommunernas totala yta.¹⁴²

I 9 kap. 37 § KL ges kommuner stora möjligheter att ingå avtal kring sina uppgifter och kan flytta dessa till en annan kommun. Avtalsamverkan kan exempelvis avse utredning och beslutsfattande i olika ärenden som innefattar myndighetsutövning, även under speciallagstiftning.¹⁴³ I 10 kap. KL finns bland annat möjlighet att upprätta kommunala bolag, stiftelser och lämna över skötsel av kommunal angelägenhet genom avtal till en privat utförare.¹⁴⁴ För kommunala bolag gäller lokaliseringsprincipen och de kan inte själva med stöd av 9 kap. 37 § KL ingå avtal om avtalsamverkan med andra kommuner eller landsting. Det finns likheter mellan avtalsgrundad samverkan mellan kommuner och ett kommunalförbund så till vida att båda tillvägagångssätten utökar den geografiska ytan som en kommunal kompensationspool skulle kunna agera inom.¹⁴⁵

En begränsning för eventuella kommunala kompensationspooler är att de som utgångspunkt inte får bedriva näringsverksamhet med syfte att göra vinst, utan avsikten med verksamheten ska vara att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medborgarna i kommunen (självkostnadsprincipen).¹⁴⁶ Även här finns det undantag och bland annat i 57 § lagen om allmänna vattentjänster ges kommuner möjlighet att sköta driften av va-anläggningar på affärsmässiga grunder, även i andra kommuner. Om det krävs undantag från självkostnadsprincipen för etablering av kommunala kompensationspooler är inte självklart utan kommunen kan istället upprätta en pool för att säkerställa

¹³⁸ 2 kap. 1 § KL.

¹³⁹ 2 kap. 2 § KL.

¹⁴⁰ Ruhl och Salzman (n 86).

¹⁴¹ Se även 9 kap. 1–2 §§ KL och 3 kap. 8 § KL.

¹⁴² Prop. 2008/09:21 Kommunala kompetensfrågor m.m. s. 21–22.

¹⁴³ Prop. 2017/2018:151 s. 27–28.

¹⁴⁴ Se bland annat 10 kap. 1–10 §§ KL.

¹⁴⁵ 9 kap. 37 § KL.

¹⁴⁶ 2 kap. 7 § KL.

att de själva inte bidrar till nettoförlusten av biodiversitet.

Om förlusten av biologisk mångfald inom en kommun är en allmän angelägenhet och faller inom den kommunala kompetensen finns det alltså ett antal olika lösningar för hur kommunerna kan agera för att skapa en kompensationspool. Kommunen kan skapa ett bolag, en stiftelse, överlåta frågan till ett kommunförbund eller skriva ett avtal med andra kommuner och sedan bilda en gemensam kompensationspool. Vad som är den bästa lösningen beror på många aspekter men en relevant fråga är om förlusten också ska ses som en social rättvisefråga och i så fall kan det ifrågasättas om kompensationsåtgärder bör genomföras utanför kommungränsen som utgångspunkt.¹⁴⁷ Möjliga undantag skulle kunna vara exploateringar som sker nära kommungränsen och för dessa situationer är det möjligt att det behövs riktlinjer eller regler kring avståndet mellan ett kompensationsområde och skadan. Tyskland är exempelvis uppdelat i ett antal naturområden som kompensationsprojektet för biotopområden måste förhålla sig till.¹⁴⁸ Om det inte etableras riktlinjer kring avstånd skulle det möjliggöra att exempelvis Kommunalförbundet Skåne skulle kunna driva en kompensationspool med kompensationsområden i Osby kommun och där kompensera för förluster i Trelleborgs kommun i och med att båda är medlemmar i samma kommunalförbund (Osby ligger i norra Skåne och Trelleborg i södra).

5. Slutsatser

Utredningen om ekologisk kompensation såg kompensationspooler som ett sätt att försöka hantera de svårigheter som kringgärdar instrumentet, bland annat bristande tillgång till lämplig kompensationsmark. Skulle utredningens

författningsförslag genomföras och ekologisk kompensation bli ett vanligare inslag vid planläggning och tillståndprocesser är det möjligt att svårigheterna skulle bli ännu större. För att testa kompensationspoolsidén föreslår utredningen en försöksverksamhet. Utifrån andra rättssystem, litteratur på området och artikelns analys av svensk rätt går det inte att förespråka en konkret försöksverksamhet utan att först utarbeta grundläggande element, såsom tillståndskriterier, innan en verksamhet kan påbörjas. Det är noterbart att både i Tyskland och USA efterfrågas/utvecklas ytterligare regleringar för att säkerställa att kompensationsåtgärderna bland annat gagnar mänskliga och biologiska värden.

Det finns tidvis en övertro att marknaden ska lösa frågan om kompensationspooler och det är tydligt att av de system som finns världen över är det endast undantagsvis som marknaden själv utvecklat systemet.¹⁴⁹ Istället har de system som haft detta som utgångspunkt rört sig mot mer och mer regleringar för att hantera marknadens och olika offentliga aktörers misslyckanden att nå uppsatta mål om ingen nettoförlust av biologisk mångfald. Detta går tydligt att se i den nordamerikanska utvecklingen och utvärderingar av det tyska systemet pekar också åt det hållet. Givet de referenser som finns i andra länder bör ett eventuellt svenskt kompensationsväsende sättas i en större kontext och indikera en högre ambition kring skydd och återställande av den biologiska mångfalden.¹⁵⁰

Något som saknas i utredningen och i den allmänna diskussionen om ekologisk kompensation är hur den här typen av åtgärder och verksamheter ska fungera i relation till hur

¹⁴⁹ Koh, Hahn och Boonstra (n 37).

¹⁵⁰ Exempelvis miljömålet ett rikt växt och djurliv hade 2020 en negativ utveckling. Se Naturvårdsverkets rapport 6919. 'Miljömålen – Årlig uppföljning av Sveriges nationella miljömål 2020 – Med fokus på statliga insatser' (2020) s. 395.

¹⁴⁷ Se kritiken kring detta i USA Ruhl och Salzman (n 86).

¹⁴⁸ § 8 (1), 9 (4) och bilaga 4 BKompV.

äganderätten ser ut i Sverige och vilka typer av avtal (som arrende, servitut, naturvårdsavtal etc.) som ska nyttjas och hur länge avtalen ska gälla. Detta är ett snårigt område kantat av både traditionstyngda regler och känslor som med varsamhet bör utredas ytterligare. Att förutsätta att markägare ska anpassa sig och utifrån ekonomiska incitament upplåta sin mark för kompensationspooler överensstämmer inte med nordiska erfarenheter från tidigare försök att innovativt utveckla naturskyddet i vardagslandskapet.¹⁵¹ Naiva försök att skydda och återställa den biologiska mångfalden är inte vad som behövs i tider då listan av hotade arter även i Sverige expanderar.

Med grund i litteraturen och i huvudsak de tyska och amerikanska rättssystemen har jag diskuterat viktiga delar som en framtida kompensationspoolsreglering skulle kunna innehålla. Diskussionen leder fram till en tillståndsprocess som exempelvis för en stiftelse medför registrering (av stiftelsen) hos länsstyrelsen, en kompensationspoolsansökan till en utpekad tillståndsmyndighet (förslagsvis Miljöprövningsdelegationen) som prövar poolen emot ett antal kriterier, och för kompensationsåtgärder som inte prövas vid anmälan krävs sedan exempelvis ett 12:6-samråd eller en anmälan om vattenverksamhet. Länsstyrelsen är sedermera tillsynsmyndighet och ansvarar för uppföljning.

Kriterierna som poolen behöver beskriva i sin ansökan omfattar bland annat en motivering av lokalisering, en beskrivning av områdets ekologiska egenskaper, markägarstrukturen i området och hur ett långsiktigt skydd/förvaltning

ska säkerställas. Den rättsliga regleringen skulle kunna utformas med inspiration från både USA och Tyskland, exempelvis skulle den svenska lagstiftaren kunna formulera regler som ger basstrukturen för kompensationsverksamheten (som i Tyskland och USA) och överlämna frågan om mer detaljerad reglering till Naturvårdsverket som bemyndigas att utforma bindande föreskrifter (exempelvis kan de amerikanska reglerna som återfinns i "Final Mitigation Rule", se exempelvis CFR § 230.98, utgöra referens tillsammans med BKompV).

Vid en eventuell kompensationspoolsreglering vore det värdefullt om lagstiftaren tydligt motiverar syftet med verksamheten. Om syftet är att säkerställa att inga nettoförluster av biologisk mångfald uppstår måste frågan om tidshorisont beaktas. I dagsläget saknas det möjligheter att genom exempelvis ett naturvårdsavtal skydda ett område längre än 50 år. Är det en rimlig tidshorisont? Lagstiftaren har tidigare motiverat att längre avtalstider riskerar att få negativa samhällsekonomiska konsekvenser.¹⁵²

Det är också värt att reflektera över vad ett införande av ekologiska kompensationspooler för med sig avseende vår syn på naturen. Frågan rör en etisk dimension och vår relation till naturen, miljön, ekosystem, arter och helt unika individer. Det finns en risk att själva begreppsbyggnaden kring "kompensation", som ett sätt att eftersträva likvärdighet mellan ett förlorat område och ett annat, indikerar att vi kan ersätta alla delar av den biologiska mångfalden och återskapa det som går förlorat vid en exploatering. Så är inte fallet. Med exempelvis restaureringsåtgärder skapas andra liknande värden men full ersättningsbarhet kan inte uppnås – det

¹⁵¹ Primmer m.fl. (n 108) I Sverige kan kometprogrammets bristande måluppfyllelse och höga administrativa kostnader, jämfört med ordinarie naturvård, utgöra ett varnande exempel. Se Naturvårdsverket rapport 6621, "Kometprogrammet 2010–2014, Slutredovisning av regeringsuppdrag om att påbörja ett samverkansprogram med markägare med kompletterande metoder för skydd av natur" (2014).

¹⁵² Avvägningen om 50 år baseras på en samhällsekonomisk analys och en vilja från lagstiftaren att 'skydda' markägaren. Se Lagberedningens förslag till jordabalk I, Förslag till lag om nyttjanderätt till fast egendom m.m., Stockholm 1905 s. 69.

går så att säga inte att rädda natur som exploateras med natur på en annan plats. Det har aldrig varit lätt att försvara naturens olika värden och det kommer inte bli lättare med kompensationspooler, men förhoppningsvis kan de bidra till att

minska nettoförluster av biologisk mångfald. Jag har ovan redogjort för några aspekter som med fördel kan beaktas och reflekteras över innan även Sverige utvecklar sin reglering om ekologisk kompensation.

