

Bakgrundsdokument

till

Miljökonsekvensbeskrivningar (MKB) från miljörettslig synpunkt

Staffan Westerlund

2006

Detta bakgrundsdokument presenterar grunderna i det som i Sverige har fått beteckningen miljökonsekvensbeskrivning (MKB). För närmare redovisning av gällande regler hänvisas till Gabriel Michanek och Charlotta Zetterberg: *Den svenska miljörätten*, Christina Hörnberg - Lindgren: *Miljökonsekvensbedömning som rättsligt verktyg för hållbar utveckling* och Inga Carlman och Staffan Westerlund: *Miljörätt – Basboken*.

Inledning

1. Det som i Sverige avses med MKB har sitt ursprung i en rättslig utveckling som startade i och med USA:s National Environmental Policy Act 1969 (NEPA). Internationellt är den vanligaste terminologin Environmental Impact Assessment (EIA) för en process vars slutresultat är en Environmental Impact Statement (EIS) eller Report (EIR). En mera korrekt svensk term borde vara miljökonsekvensbedömning (=EIA) för processen som slutar i en beskrivning (=EIS).
2. EIA tillkom därför att amerikanska beslut som påverkade miljön togs utan helhetsinformation om miljökonsekvenser (beroende på bl.a splittrad lagstiftning). För att motverka effekten av sådant, infördes alltså ett krav på att federala beslutsfattare inte fick besluta om stora, miljöpåverkande projekt eller program utan att ha tillgång till en EIS som uppfyllde vissa i NEPA formulerade krav och som hade underkastats en i NEPA angiven procedur.
3. De flesta blev överraskade över konsekvenserna av den till synes måttliga lagstiftningen. Efter en tid ansåg många att det hade kommit ett nytt inslag i miljörätten. Införandet av EIA innebar nämligen att medan det dessförinnan

var lagligt att besluta om något så länge man inte visste vad de innebar ur miljösynpunkt, så var det fortsättningsvis förbjudet att besluta utan sådan information. Att reglerna inte bara förblev papperskonstruktioner följde bl.a av att domstolarna noggrant krävde efterlevnad av de federala organen.

4. Det nya och alltså uppseendeväckande väckte intresse också utanför USA. En del länder prövade på EIA ganska tidigt. I slutet av 1970-talet arbetade man på FN-nivå med EIA i internationella sammanhang (det som sedan blev Esbo-konventionen). 1985 införde EEG en light-variant av EIA. 1987 kom UNEP:s riktlinjer för EIA och samma år förespråkade Brundtlandkommissionen EIA. I Rio 1992 fick EIA en egen artikel i Rio-deklarationen. 1997 skärptes EG-direktivet i flera viktiga hänseenden. 2000 kom direktivet om strategiska miljöbedömningar för planer och program. Ett flertal länder införde under denna långa period olika varianter på EIA-temat.

I Sverige var motståndet länge mycket starkt och det var först i och med närmandet till EG som det man i Sverige känner som MKB infördes.¹

5. Den forskning som har gjorts inriktad på frågan vad det var som gjorde att EIA har slagit igenom internationell så starkt som det har, indikerar att det berodde på flera samverkande orsaker plus att den första konstruktionen, den amerikanska, blev som det visade sig särskilt lyckosam på grund av den kombination av *funktioner* som lagen krävde och som de federala domstolarna sedan också genomdrev. Såvitt bekant finns ingen forskning som pekar i motsatt riktning.²

Det genuina MKB-konceptet

6. Detta har gjort att i MKB-forskning en grundmodell har tagits fram under beteckningen *genuin EIA* (eller *det genuina EIA-konceptet*). Grundmodellen är inte ett akademiskt tankefoster utan är härledd utifrån den amerikanska konstruktionen, med särskilt beaktande av vad i denna som så att säga satte fart på EIA-utvecklingen. Man kan säga att modellen är uppbyggd utifrån vad

¹ Behandlas närmare i Westerlund, S: *PBL, NRL, MKB Grunderna i plan- & marklagstiftningen*. Naturskyddsföreningen. Västervik 1992.

² En viktig utveckling skedde i slutet av 1970-talet när CEQ (Council on Environmental Quality) efter en undersökning utfärdade riktlinjer som särskilt tillskapade *scoping*, avgränsningsförfarandet. I det skedet skulle också allmänheten få vara med och diskutera och föreslå vad som skulle ingå i EIA:n och vad som kunde lämnas utanför. Denna innovation betydde kanske mer än någon annan en effektivisering av EIA-förfarandet och ökade förutsättningarna för att slutresultatet skulle betraktas som legitimt.

det var som gjorde att EIA flög.

Följande sex kriterier *tillsammans* (obs!) gjorde att EIA flög.

7. **BESLUTSUNDERLAGSKRITERIET** – en EIA skulle vara färdig *före* beslutet *samt* beaktas av beslutsfattaren.

8. **MILJÖEFFEKTKRITERIET** – en EIA skulle ge information om miljökonsekvenserna i deras *helhet*, inklusive indirekt och kumulativa effekter, lösningar för framtiden etc. Alltså en holistisk inriktning och vetenskaplig metod.

9. **RESULTATKRITERIET** (eller ändamålskriteriet) – en EIA skulle tydligt relateras till *varför* ett visst projekt eller program övervägs – vad vill man uppnå och varför? Vad är det egentliga syftet bakom projektet?

10. **ALTERNATIVKRITERIET** – en EIA skulle omfatta inte bara det tilltänkta projektet eller programmet med konsekvenser utan också *alternativ* (inte bara ett sådant) till det som övervägdes och då alternativ som helt eller delvis kunde leda till ett jämförbart resultat, till helt eller delvis förverkligande av det syfte som egentligen låg bakom det övervägda projektet (kallas i miljörätten det objektiva syftet eller det bakomliggande syftet). Även alternativ som innebar att någon annat än exploatören, eller någon annan tillståndsmyndighet, skulle ta hand om något, skulle beaktas och bedömas. Även alternativ i flertal, innebärande dellösningar, skulle beaktas och bedömas.

Till alternativen räknas också det s.k noll-alternativet, alltså alternativet att för närvarande inte alls genomföra det som övervägdes.

11. **VIKTNINGSKRITERIET** – en EIA skulle göra så att det var möjligt att meningsfullt väga olika alternativ mot varandra och även väga nytta och skada mot varandra (där alltså EIA-processen ger information om miljöpåverkan).

12. **GRANSKNINGSKRITERIET** – en EIA skulle leda till en EIS som kunde granskas vad gäller saklighet, fullständighet och laglighet. Detta innebar krav på en transparent process och möjligheter för envar att granska och kommentera ett utkast till EIS, samt för berörda enskilda och ideella organisationer att dessutom kunna få en domstolsprövning av huruvida EIS:en uppfyllde NEPA:s krav.

13. Den internationella utveckling som har gått via FN (inklusive UNEP) bygger på samtliga dessa sex kriterier, d.v.s på det genuina EIA-konceptet. EG-direktivet 1985 nådde däremot inte upp dit. Dock gör Esbo-konventionen

det.³

Utöver de sex kriterier som har redovisats är följande karakteristiskt för grundidén bakom EIA.

Vad MKB skulle användas för

14. EIA var tänkt att användas inför *stora* projekt och program som kunde tänkas medföra *betydande* miljökonsekvenser. Att urskilja sådana kan göras genom individuella sållningar (*screening*) eller genom att listor görs upp, eller kombinerat (USA använde sållningsmetoden, EG-direktivet använder en kombination).

Vem som skulle ansvara för MKB

15. EIA var tänkt att utföras av myndigheter, inte av privata exploatörer. Detta återspeglas också i EG-direktivet. Exploatörernas uppgifter är enligt grundmodellen begränsad till att stå för uppgifter och annan information. Exploatörerna ska inte ha någon rätt att bestämma över omfattningen av EIA och heller inte vara de som ska göra själva bedömningen.⁴

Den betydelsefulla skillnaden mellan reellt och formellt beslut

16. Det var viktigt att EIA utfördes utan någon som helst bundenhet till eventuella redan fattade eller övervägda beslut om det projekt eller program, som övervägdes. Detta följer redan av beslutsunderlagskriteriet. I MKB-forskningen har därför, för analysens skull, gjorts skillnad mellan de *formella* besluten och de *reella* besluten. Formella beslut är exempelvis ett tillstånd som sådant. Reella beslut föreligger när någon, som kan inverka på bedömningen eller dess underlag, redan har bundit upp sig eller på andra sätt låst sig vad gäller projekt och alternativ. En EIA-process ska enligt grundmodellen vara avslutad och granskad redan före eventuella *reella* beslut.

Förbudet mot att dela upp vad som hänger samman

³ Vilket inte är märkligt med hänsyn till att den togs fram av ECE, alltså FN:s ekonomiska kommission för Europa.

⁴ Se för övrigt ordvalet i följande del i EG-domstolens dom i *Grosskrotzenburg* (min kursivering) "Regardless of their details, those provisions therefore unequivocally impose on the national authorities responsible for granting consent an obligation to carry out an assessment of the effects of certain projects on the environment." (CELEX 692J0431 i Case C-431/92 *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*.)

17. En kombination av helhetskravet och beslutsunderlagskriteriet var – och är – att s.k segmentering inte är tillåten. Man får alltså inte dela upp (segmentera) vad som i praktiken är projekt eller program som i själva verket hänger ihop på det sättet, att det ena förutsätter det andra eller leder till det andra. Varje segmentering är emot själva grundidén.⁵

I sammanhanget ska man uppmärksamma att redan från början MKB var avpassat även för program (detta framgår tydligt av den amerikanska rätten och MKB-historien) vilket även detta pekar i den riktning som helhetskravet bygger på, nämligen att inte utesluta ur en MKB något som kan vara en följd av, eller ha samband med, det projekt eller program som MKB måste upprättas för.

Granskningens betydelse

18. Granskningens styrka i USA:s EIA-sammanhang låg i kombinationen av det genuina EIA-konceptet och flera andra regler, nämligen:

- allmänhetens möjligheter till deltagande under processen;
- skyldigheten att upprätta en preliminär EIS (draft EIS) som skulle vara offentlig och tillgänglig för alla som dessutom skulle ha rätt att yttra sig över denna; dessa yttranden – antingen de avsåg fakta, påpekanden av fel eller annat – måste tydligt kommenteras i den slutliga EIS:en med motivering till varför man inte har tillgodosett det som framförts etc;
- att EIS:en måste lämnas till den federala Environment Protection Agency för granskning och innan den reglerade tiden för den granskningen passerat får projektet eller programmet inte beslutas;
- att möjligheten till domstolsprövning av huruvida beslut om projektet eller programmet grundades på en laglig EIS var mycket omfattande och domstolarna hade att upphäva beslutet om EIS:en var otillräcklig.

⁵ “Not taking account of the cumulative effect of projects means in practice that all projects of a certain type may escape the obligation to carry out an assessment when, taken together, they are likely to have significant effects on the environment within the meaning of Article 2(1) of the Directive.” Ur domen mot Irland, C-392/96. Indirekt har också domen mot Spanien i mål C-227/01 betydelse, där det bl. sägs i den svenska översättningen: “52. Såsom kommissionen på goda grunder har gjort gällande utgör nämligen det omtvistade projektet en del av en järnvägslinje på 251 km mellan Valencia och Tarragona, vilken utgör en del av projektet Medelhavskorridoren, som förbinder den spanska regionen Levante med Katalonien och den franska gränsen. 53. Om den spanska regeringens argument godtas, skulle direktiv 85/337 riskera att i väsentlig omfattning förlora sin ändamålsenliga verkan, eftersom det då är tillräckligt att de berörda nationella myndigheterna delar upp ett projekt som avser en lång sträcka i flera mindre delar för att inte behöva tillämpa bestämmelserna på vare sig projektet i dess helhet eller delsträckorna till följd av uppdelningen.”

Syftet och betydelsen av MKB

19. Förutom det som omtalades i #2 fick EIA i USA och senare många andra länder betydelse bl.a på följande sätt:

- Exploatörerna själva tvingades överväga sina projekt och tvingades se dessa jämförda med alternativ.
- Det föregående skedde under stor öppenhet (jfr det trendiga uttrycket 'transparens') inklusive under risken för en rättslig granskning.
- Exploatörerna kunde inte sätta agendan, inte heller råda över vad som skulle uteslutas ur MKB, inte heller råda över själva bedömningen.
- Myndigheter, sakägare och andra hade en *rätt* att ge förslag och att föra in information i MKB.
- Den MKB-ansvariga myndigheten hade en skyldighet att redovisa allt som kommit in också från allmänheten, att ta ställning till detta, att redovisa på vilket sätt det inkomna hade kommit till användning i den slutliga MKB:n, samt att redovisa skälen i de fall man inte ansåg samma som stod i det inkomna yttrandet.⁶
- Ett tillstånd som fattas på grundval av en otillräcklig MKB var olagligt och skulle upphävas.

20. MKB-kravet fick också betydelse för beslutens kvalitet. Federala organ meddelade efter några år att en del projekt skrinlades efter vad man kommit fram till i EIA-processen och att en del ytterligare modifierades som följd därav.⁷

21. NEPA krävde EIA, men vilka beslut som sedan skulle fattas berodde på reglerna i den eller de andra lagar som gällde för projektet eller programmet i fråga. Med tiden utvecklade dock domstolarna den praxisen att det av en EIS måste framgå vilket av alternativen som skulle vara bäst sett utifrån NEPA:s syfte (som var ekologisk hållbarhet, om vi ska använda dagens terminologi). Om en myndighet beslöt något annat, utan att motivera varför myndigheten skulle vara tvungen att avvika från det bästa beslutet, var myndighetens beslut olagligt såsom varande godtyckligt, vilket i sig var ett skäl för att upphäva beslutet (såsom stridande mot "the Arbitrary and Capricious

⁶ Här finns faktiskt en parallell i svensk planprocedur under PBL.

⁷ För svenskt vidkommande kan hänvisas till Tunnelkommissionens bedömning av vad som gick snett när det gällde Hallandsåstunneln.

Standard" i Administrative Procedure Act).⁸

Vilket regelverk styr svenska MKB?

22. Svensk rätt är underordnad EG-rätten och har att ta hänsyn till ingångna konventioner. Detta ger ett krångligt regelverk när det gäller MKB. Att så är fallet beror på att miljöbalken inte uppfyller EG-rätten och heller inte fullt ut uppfyller Esbo-konventionen.

Vad gäller EG-rätten krånglas bilden till ytterligare av att EG-direktivets regler har preciserats och delvis kanske också utvecklats av EG-domstolen. Dennas domar är bindande också inom svensk rätt och därmed för svenska domstolar och även regeringen.

23. EG-domstolen har sålunda slagit fast att MKB-direktivet har direkt effekt (bl.a. *Kraaijeveld*)⁹ samt att detta också är till för deras skull, som kan påverkas av ett projekt (bl.a. *Wells*).¹⁰ Av inte minst det sistnämnda fallet kan alltså slås fast att en enda enskild person, som kan påverkas av ett projekt, ska ha sina fulla rättigheter till en MKB som uppfyller EG-direktivets krav samt att därav också följer att om de brister i MKB:n, så ska projektet kunna stoppas.

24. Såväl Esbo-konventionen som MKB-direktivet kräver full MKB för avfallslagring inom kärnbränslecykeln – det ska alltså inte göras någon sällning där. Minimikravet på en MKB enligt direktivet framgår av dels artiklarna, dels (och här går direktivet längre än miljöbalken) av bilagorna, dels till en del av EG-domstolens domar.¹¹

25. Även bl.a miljöbalken kräver full MKB för avfallslagring, men hade den

⁸ Denna förvaltningsrättsliga standard kommer in av många skäl i praxisen inom både NEPA-området och angränsande områden; se bl.a. *Anderson, F: The National Environmental Policy Act*. Ingår i Dolgin - Guilbert (ed): *Dolgin, E L - Guilbert, T G P (ed): Federal Environmental Law*. St. Paul, Minn. 1974; s 282, 304-309, 356, 358, och 360. I rättspraxis se bl a *Conservation Council of North Carolina v. Froehlke*, No. 77-2598 (4th Cir. Jan. 25, 1979); 9 ELR 20105 ff; *Natural Resources Defense Council, Inc. v. Securities and Exchange Commission*, No. 77-1761 (D.C. Cir. Apr. 20, 1979), 9 ELR 20367 ff; *Joseph v. Adams*, No. 76-40076 (476 F. Supp. 141)(E.D. Mich. Apr. 27, 1979), 9 ELR 20468; *Get Oil Out!, Inc. v. Andrus*, No. CV-78-1721 (C.D. Cal. July 26, 1979), 9 ELR 20621 m fl.

⁹ Case C-7295: *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a v Dedeputeerde Staten van Zuid-Holland*. Redan *Grosskrotzenburg* pekade i denna riktning.

¹⁰ Case C-201/02.

¹¹ I sammanhanget hänvisar jag här till Carlman, I: *Kommentar till rapporten miljökonsekvensbeskrivningar inför ett slutförvar av använt kärnbränsle m.m.*; i SOU 1995:90 s 169 ff, samt Carlman, I: *Att äntligen få beslutsprocessen rätt*; i SOU 1997:180 s 177 ff.

inte gjort det, så måste ändå enligt EG-direktivet en sådan göras.

26. Miljöbalken har ingen egentlig motsvarighet för MKB-processen till EG-direktivets ansvariga myndighet (jfr #15 ovan). Miljöbalkens regler tillämpas på det sättet att det är exploatören själv (företagaren, sökanden) som genomför MKB:n. Detta avviker från EG-direktivet på ett sätt som kan ge processen problem i framtiden. Det avviker också från grundidén bakom EIA.

Avvikelsen från EG-direktivet är problematisk eftersom direktivet har direkt effekt. Exploatören ska ansvar för att de uppgifter kommer in, som behövs för MKB men direktivet förutsätter en ansvarig myndighet såsom MKB-ansvarig. I detta sistnämnda ligger rimligtvis att det är MKB-myndigheten och inte sökanden som ska styra processen och som har ansvaret för densamma. Om vi till detta lägger grundidén att om allmänhetens deltagande, så ligger det inbyggt i direktivets idé om en myndighet som adressat för direktivets regler att allmänheten (och i än tydligare grad direkt berörda – jfr *Kraaijeveld* och *Wells*) ska kunna vända sig till denna och ställa krav, inte vara utlämnade till en sökandes egna bedömningar om vad som ska vara med.

24. En MKB ska vara heltäckande (jfr 16 och 16a) och det strider därför mot både miljöbalken och EG-direktivet (och grundidén bakom EIA) att arbeta med olika MKB för olika prövningar av ett och samma projekt eller program.

Post scriptum

Detta bakgrundsdokument bygger på miljörettslig och senare också miljövetenskaplig forskning som i Sverige inleddes 1975. Den amerikanska utvecklingen studerades tidigt av Frederick R. Anderson, särskilt i dennes *NEPA in the Courts Resources for the Future*; distributed by the Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1973 och senare i Westerlund, S: *Miljöeffektbeskrivningar. Del 1-3*. Bakgrundsrapport. Naturresurs- och miljökommittén 1981 (del 1, som behandlar grunderna och USA finns att läsa uppdelad i tre filer via <http://www.imir.com/svenska/eisinfo.htm>). Förhållandet mellan vad som blev svensk MKB jämfört med den internationella modellen har behandlats av Inga Carlman i *Mycket Kom Bort när MKB skulle införas i Sverige* i Miljörettslig tidskrift 1995:1 s 43. MKB i EG-rätten och då särskilt domstolen fram till början av 2000-talet har behandlats av Said Mahmoudi i *The EC Court Practice Relating to Environmental Impact Assessment* som ingår i Basse, Ebbesson, Michanek (red): *Fågelperspektiv på rättsordningen*. Vänbok till Staffan Westerlund; Iustus förlag 2002. En helhetsundersökning av MKB utifrån ett modernt hållbarhetsperspektiv är Christina Hörnberg Lindgrens avhandling *Miljökonsekvensbedömning som rättsligt verktyg för hållbar utveckling*.¹² Förhållandet mellan projektrinriktad och programmatisk MKB har behandlats av Inga Carlman i *Programmatic and Strategic Environmental Impact Assessment – Concepts, Development, Pitfalls and Possibilities. Study on Some Basic Problems to be Avoided*. TemaNord 1999:589.

¹² Finns att hämta på www.diva-portal.org/diva/geytDocument?urn_nbn_se_umu_diva-516-3__fulltext.pdf -