

Lars Boman

Skada på den biologiska mångfalden

Skada på den biologiska mångfalden

Vad kan och bör ersättas och vad är försäkringsbart?

Av advokaten *Lars Boman*,

Advokatfirman Morssing & Nycander AB, Stockholm, Sverige

Referatet skall ses i ljuset av EG-direktivet den 21 april 2004 om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador. Vägen till direktivet har varit lång. Även om direktivet kan sägas innehålla ett antal brister och vara relativt begränsat, har den viktiga principen fastslagits att det föreligger ett ansvar för skada på naturen i sig och att det finns en bärare av rättigheterna, nämligen staten.

Implementeringen av direktivet skall nu ske i de nordiska länderna, i förekommande fall på grund av EES-avtalet. Direktivet är ett minimidirektiv.

Referatet inviterar till diskussion om hur implementeringen av direktivet skall ske inom Norden och referenten menar för sin del att det skall iakttas försiktighet när det gäller att utvidga direktivets regler utöver vad som där sägs och i andra avseenden än där det redan etablerats strängare regler i de nordiska länderna. Det betonas att implementeringen av direktivet bör ske i nordiskt samråd för att uppnå uniformitet.

Referatet innefattar ställningstaganden när det gäller försäkring och andra säkerhetslösningar till tryggnad av direktivets mål och anger ståndpunkter i ett antal delfrågor beträffande implementeringen av direktivet.

1. Biologisk mångfald

Innan de juridiska frågor behandlas som uppkommer när det gäller skada på den biologiska mångfalden bör något nämnas om vad som egentligen avses med biologisk mångfald,¹ dvs det som är särskilt skyddsvärt enligt de numera interna-

¹ Det finns ett omfattande material som är både naturvetenskapligt, ekonomiskt och juridiskt uppdelat. Generellt kan iaktas att de olika utgångspunkterna inte alltid är förenliga och att spännvidden i diskussionen därför är mycket stor. I flera moderna verk finns dock sammanfattningar och komparativa studier som det inte finns utrymme att här närmare redogöra för. Hänvisning sker därför för enkelhetens skull endast till några verk och framför allt de litteraturförteckningar som förekommer där. (Se bl.a. Larsson, *The law of Environmental damage. Liability and Reparation*, 1999, s 70 ff och den omfattande käll- och litteraturförteckningen på s 618 ff.) Hänvisning kan också göras till de mycket användbara företeckningarna över konventioner och internetkällor hos Ebbesson, *Internationell Miljörätt*, 2000, och Darpo, *Eftertanke och förutseende – en rättsvetenskaplig studie om ansvar och skyldigheter kring förenade områden*, 2001. Vidare kan hänvisning göras till Wetterstein, *Redarens Miljöskadeansvar*, 2004, som ur ett sjörättsligt perspektiv anger värdefulla referenser långt därutöver och med senaste uppdatering.

tionellt vedertagna principer som kommer att beröras här.² För de största skadorna på naturresurserna svarar sannolikt naturen själv genom olika former av det vi kallar naturkatastrofer. Det kan också ifrågasättas om all minskning av biologisk mångfald verkligen är av ondo. Om detta har debattens vågor stundtals gått höga. Jag kommer dock inte att redogörare närmare för den debatten eller ta någon egen ställning i saken.³

Även om innehållet kan te sig svåråtkomligt för en jurist är det värdefullt att ta del av några av de tankar och slutsatser som framförs i t.ex. de studier som nyss hänvisats till. Det är annars inte så lätt att förstå vad det egentligen är som skall anses utgöra skada på den biologiska mångfalden och vad som skall förebyggas och avhjälpas.

I Artikel 2 i 1992 års konvention om biologisk mångfald (se nedan) definieras "biologisk mångfald" som: "*Variationsrikedomen bland levande organismer av alla ursprung, inklusive från alla landbaserade, marina och andra akvatiska ekosystem och de ekologiska komplex i vilka dessa organismer ingår; detta innefattar mångfald inom arter, mellan arter och ekosystem*".

På uppdrag av den svenska regeringen har Naturvårdsverket lagt fram ett förslag till ett "*16:e Miljö kvalitetsmål för Biologisk Mångfald*" som redovisades till regeringen den 15 augusti 2003. Utredningen innehåller ett citat av Carl von Linné i skriften "Om undran inför naturen": "*Jag vet ej ens rätt, huruvida världen utan olägenhet skulle kunna äga bestånd, om till och med blott en enda djurart där komme att saknas*".

Det nya miljö kvalitetsmålet⁴ för biologisk mångfald lyder:

"Ett rikt växt- och djurliv. Alla arter som naturligt förekommer i Sverige skall kunna fortleva i långsiktigt livskraftiga bestånd med bibehållen genetisk variation. Den biologiska mångfalden bevaras genom att arternas livsmiljöer och ekosystemens funktioner och processer värnas. Naturen med dess växter, djur och övriga organismer är en väsentlig del av människans livsmiljö och en grund för vår hälsa och välfärd."

² För en beskrivning av naturresurser och biologisk mångfald se Ebbesson s 162 ff och i avhandlingen angiven ytterligare litteratur. För en mer naturvetenskaplig presentation kan hänvisas till det sannolikt ledande verket på området: Wilson, *The diversity of life* (svensk utgåva 1995).

³ Se även Wilsons senare bok, *The future of life*, 2002 (svensk översättning) som inleds med följande citat: "Till slut kommer vårt samhälle att definieras inte bara av vad vi skapar, utan också av vad vi vägrar att förstöra" (citat av John C. Sawhill, *The Nature Conservancy*). Beskrivningen av den biologiska mångfalden på s 33–42, där de tre nivåerna ekosystemen, arterna och generna i arvsmassan är närmare beskrivna, är tankeväckande.

⁴ Syftet är att bidra till en målstruktur för att stärka arbetet med bevarande av biologisk mångfald. (Se www.naturvardsverket.se)

Utöver det huvudsakliga målet formulerades nya delmål enligt följande: (1) *Regionala landskapsstrategier för biologisk mångfald*, (2) *Restaurering av biotoper*, (3) *Nationell vägledning för bevarande av geografisk och genetisk variation*, (4) *Skydd av hotade arter*, (5) *Främmande arter* och (6) *Förvaltning av viltstammar*.

Det poängterades särskilt att målen sannolikt kan nås bara genom förståelse hos samhällets medborgare. Det krävs därför en ökad informations- och folkbildningsverksamhet. Inte någonstans i de sammanhang som nu refererats till har frågan om skadestånd, ersättningsrätt eller försäkringsmöjligheter berörts. I utredningens sammanfattning sägs att det i Sverige framför allt är stora förändringar i markanvändning, övergödning av haven och på lång sikt klimatförändringar som hotar den biologiska mångfalden.

Som kommer att framgå nedan föreligger sedan april 2004 ett EG-direktiv som omfattar skada på biologisk mångfald. Benämningen är där annorlunda och uttrycks som skada på "*naturresurs*", vilket sedan är närmare definierat.

2. Internationell bakgrund

En FN-konferens i Stockholm 1972 blev det första internationella forum som etablerades med syfte att komma till rätta med de globala miljöproblemen. Framför allt var det den regionala miljöförstörelsen och det sura regnet över Nordeuropa som tilldrog sig intresse.

Konferensen fick först kritik av G7 länderna i FN, men 113 länder kom att delta och resultatet blev ett miljöprogram i FN:s regi, United Nations Environmental Program (UNEP). Efter ett fortsatt internationellt arbete framlades 1986 den s.k. Bruntlandrapporten "*Vår gemensamma framtid*" med fokus särskilt på de växande globala miljöhoten som ett resultat av fattigdom i de fattiga länderna och överkonsumtion i de industrialiserade länderna. Rapporten slog fast att världens miljöproblem inte kan lösas utan omfattande internationellt samarbete. Ett bärande begrepp präglades i den rapporten, nämligen "*hållbar utveckling*".⁵

Nödvändigheten av en hållbar utveckling finns också intagen i Amsterdampfördraget (Artikel 6).⁶

⁵ Definitionen var: "Detta är en utveckling som möter nuvarande generationers behov, utan att äventyra kommande generationers möjligheter att tillfredsställa sina behov."

⁶ Se bl. a. Backer, Miljöskydd och ekonomiskt utnyttjande – principen om hållbar utveckling, Det Nordiska Juristmötet i Helsingfors 2002 och Bugge, Forurensningsansvaret, 1999 s 65–69.

1992 antogs vid en konferens i Rio de Janeiro en konvention om biologisk mångfald,⁷ ett antal deklARATIONER, bl.a. om principerna för det fortsatta arbetet med miljö och utveckling, och det s.k. *Agenda 21* (ett handlingsprogram för nästa århundrade).⁸

På området föreligger också, utöver 1992 års konvention, ett antal mer specificerade konventioner, som även de innefattar frågor om skada på den biologiska mångfalden, t.ex. om havsförorening, oljeutsläpp, luftförorening, radioaktiva ämnen, valfångst, handel med utrotningshotade djur, våtmarker, Antarktis, osv.⁹

Vid en avstämning beslutad vid Riokonferensen, som ägde rum 1997 i FN:s Generalförsamlings regi, visade det sig att det var svårt att uppnå enighet kring en sammanfattande politisk deklARATION. Det fattades dock viktiga beslut om hur det fortsatta genomförandet av Agenda 21 skulle utformas. Det beslutades att världens länder skulle förebereda nationella strategier för hållbar utveckling.

Vid ett världstoppmöte i Johannesburg 2002 åtog sig länderna att till 2005 implementera sina nationella strategier.

År 2000 överlämnade den svenska regeringen Sveriges nationella strategi för hållbar utveckling till riksdagen.¹⁰

3. Nordisk rättslig bakgrund

Miljöskaderätten har utgångspunkt i ungefär samma skadeståndsrättsliga principer i de nordiska länderna, men har sedan utvecklats något olika. Här skall bara göras följande hänvisningar.

Sveriges miljöskadelag från 1986 har i stort sett oförändrad införts i miljöbalken (1998:808) tillsammans med ett stort antal andra miljörättsliga författ-

⁷ The 1992 UN Convention on Biological Diversity.

⁸ Om den historiska bakgrunden och utvecklingen på området finns en utförlig beskrivning hos Larsson a.a. del I: "Setting the scene. Environmental policy and law". I kapitlet ges också ett antal förslag på både ett nationellt och internationellt plan att implementera de idéer och principer om vilka det tycks finnas en viss enighet globalt. Hänvisning görs bl.a. till 1991 års Haagrekommendationer och till Kounzlik i "Enforcement of EU Environmental law"; Article 169 "The Ombudsman and the Parliament". Om utseende av en "Environmental Ombudsman" se nedan i samband med vissa kommentarer till en ny NOU om miljöansvar. Hänvisning görs också till OECD:s riktlinjer om "Environmental effectiveness". I kapitlets sammanfattning nämns att en internationell miljöregim är under utveckling baserad på ett antal principer, däribland "Polluter Pays principle", "Precautionary principle", "Substitution principle" och ett antal underprinciper. Vid den tidpunkten förelåg ännu inte EG:s Vitbok om miljöansvarsordning. Därför kommer det här referatet att något utförligare beröra framför allt det fortsatta arbetet med dessa frågor inom EU.

⁹ Se t.ex. förteckningen över konventioner och internetkällor, Ebbesson, s 273.

¹⁰ Sammanfattning av regeringens skrivelse om Nationell Strategi för Utveckling www.miljo.regeringen.se Slutbetänkande från Nationalkommittén för Agenda 21 och Habitat (pdf).

ningar. Lagstiftning på området har skett i Norge 1989, Danmark 1994 och Finland 1996.¹¹ Nyligen (den 7 december 2004) framlades en norsk offentlig utredning med förslag till en naturmångfaldslag.¹²

4. Svensk rättslig bakgrund

Den svenska miljöbalken (1998:808) anger i sin portalparagraf 1 kap. 1 § att bestämmelserna i balken syftar till att främja en hållbar utveckling och skall tillämpas bl.a. så att den biologiska mångfalden bevaras.¹³

Mellan de olika punkterna i 1 § 2 st finns knappast några klara gränser. 1 kap. 1 § utgör ett slags ramstadgande vilket innebär att preciseringen i andra stycket inte kan anses uttömmande.¹⁴

Miljöbalkens skadeståndsregler

Miljöbalken innehåller skadeståndsregler i 32 kap. Sammanfattningsvis ersätts enligt de reglerna personskada, sakskada och, under vissa omständigheter, ren förmögenhetsskada. Trots att balkens portalstadgande alltså innefattar skydd även för den biologiska mångfalden enligt punkt 3, faller sådan skada utanför miljöbalkens nuvarande ersättningssystem (även om en förvaltningsrättslig skyldighet att vidta förebyggande och återställande föreligger i vissa fall).

¹¹ Se Larsson s 315 och för en sammanfattande framställning Helen Wising, Skadestånd för ekologisk skada, examensarbete Handelshögskolan vid Göteborgs universitet 2001, Darpö, Eftertanke och förutseende, s 389 ff (Danmark) och s 230f (Norge och Finland), Sandvik, Miljöskadeansvar, 2002, Wetterstein, Redarens miljöskadeansvar, 2004 och Basse m.fl., Miljøerstatningsloven med kommentarer, 1995, samt översikt i bilaga 8 till NOU 2004:28 (se där även en internationellt anförda utanför Norden inklusive EU).

¹² NOU 2004:28, Lov om bevaring av naturen, landskap og biologisk mangfold (förslaget kommenteras kortfattat nedan såvitt avser avsnittet om "Tillsyn og sanksjonsmidler").

¹³ Miljöbalkens syfte och tillämpningsområde: 1 § Bestämmelserna i denna balk syftar till att främja en hållbar utveckling som innebär att nuvarande och kommande generationer tillförsäkras en hälsosam och god miljö. En sådan utveckling bygger på insikten att naturen har ett skyddsvärde och att människans rätt att förändra och bruka naturen är förenad med ett ansvar för att förvalta naturen väl. Miljöbalken skall tillämpas så att 1) människors hälsa och miljön skyddas mot skador och olägenheter oavsett om dessa orsakas av föroreningar eller annan påverkan, 2) värdefulla natur- och kulturmiljöer skyddas och vårdas, 3) den biologiska mångfalden bevaras, 4) mark, vatten och fysisk miljö i övrigt används så att en från ekologisk, social, kulturell och samhällsekonomisk synpunkt långsiktigt god hushållning tryggas, och 5) återanvändning och återvinning liksom annan hushållning med material, råvaror och energi främjas så att ett kretslopp uppnås. Emellertid har det i allmänhet konstaterats att ekologisk skadeståndsrätt baserad på ett klassiskt skadeståndstänkande misslyckats och att vägen istället bör tas över ett förvaltningsrättsligt ansvar. Sådana konstateranden har gjorts av ett flertal författare, bl.a. Larsson i a.a.

¹⁴ Se Bengtsson m.fl. Miljöbalken, En kommentar (nedan "Kommentaren"), s 1:4.

Vid miljöbalkens tillkomst ansågs tiden ännu inte mogen, bl.a. i avvaktan på den internationella utvecklingen, att införa skadeståndsregler även för denna typ av skada, men i förarbetena och kommentaren diskuteras den framtida utvecklingen.¹⁵

Därefter har alltså en utveckling skett, särskilt inom ramen för Europasamarbetet. I ett senare avsnitt kommer att redogöras ytterligare för detta, vilket nog är en förutsättning för förståelsen av de speciella frågor som behandlas och de teser som uppställs inom ramen för det här referatet.

Skada på biologisk mångfald enligt svensk rätt

Biologisk/ekologisk skada har i svensk rätt närmast betraktats som en form av ideell skada. Det har också på senare tid hävdats att ekologiska skador skall anses utgöra en särskild skadetyp fristående från sakskada, förmögenhetsskada eller det som annars benämns ideell skada.¹⁶

Enligt Marie-Louise Larsson kan (med viss förebild på annat håll) en möjlig uppdelning också vara att miljöskadeansvaret utvecklas i "tre generationer" den första avseende klassiska skador med stöd av MB 32 kap, den andra offentligrättslig lagstiftning om ansvar för efterbehandling av förorenade områden, och den tredje kommande försäkringslösningar.¹⁷

Svensk rättspraxis på det ekologiska området

Vid miljöbalkens tillkomst fanns i Sverige redan en viss rättsutveckling genom NJA 1995 s 249 (Järvfallet). Miljöbalksutredningen konstaterade att skada på den biologiska mångfalden i stort sett kunde ersättas med de av Högsta domstolen i det fallet uttalade principerna som förebild.¹⁸

¹⁵ Se Kommentaren s 32:5 och 32:10 ff

¹⁶ Se t.ex. Kleineman, Skadeståndsrättens tillväxt – ett samhällsproblem eller en rättvisefråga (SvJT 2003, s 330). Se också beträffande "rent ideell skada" Hellner, Skadeståndsrätten – en introduktion, Uppl 2, s 105 och Larsson, The law of environmental damage, s 491 ff angående olika typer av skador på naturresurserna där det görs en viss utvidgning av begreppet ren förmögenhetsskada och där skada på ekosystemet skall kunna anses som ett brott mot allmänhetens rättigheter, samt Bugge, Föroreningsansvaret, s 403.

Kanske vore det inte helt fel att istället utgå från att skadan är en sakskada. Det är ju fråga om skada på naturen. Att den inte kan mätas i pengar på traditionellt sätt (men kanske på annat sätt) eller att det är samhället i stort, representerat av staten, som är skadelidande, borde inte ha någon principiell betydelse. Skadan skulle kunna utgöra inte bara en ekologisk utan även en ekonomisk skada. Beträktade på detta sätt skulle sådana skador alltså kunna omfattas av redan gällande regler. Så har dock saken normalt inte uppfattats.

¹⁷ Larsson, En doktorsavhandling och en miljöbalk, NFT 1997 s 265 ff.

¹⁸ (SOU 1996:103 s 630 ff)

Ansvarer hade konstruerats som om det avsett en “ekonomisk skada”.¹⁹ Det som emellertid får anses torde ha varit epokgörande i järvfallet är att staten kunde vara skadelidande och part i skadeståndsmålet. De rena miljöskadorna och ekologiska skadorna ansågs ha drabbat ett offentligt allmänt miljöintresse. Det har hävdats att HD genom sin dom i järvfallet kan ha infört en “ekologisk skadeståndsrätt”.²⁰ Det är emellertid tveksamt om det kan dras en så långtgående slutsats av HD:s domskäl. Därmed är inte sagt att ekologiska skador, om man inte väljer att betrakta dem som sakskador, inte skulle kunna utgöra ett särskilt begrepp inom skadeståndsrätten.²¹ I propositionen uttalade regeringen att frågan om ersättning för skador på allmänna naturresurser borde utredas ytterligare. Detta leder snarast till slutsatsen att järvfallet inte utan vidare kunde utgöra en riktlinje när det gäller att fastställa miljövärden.²²

5. Europaarbetet med att implementera de principer som fastlagts vid de ovan nämnda konferenserna och i konventionerna

Det föreligger sedan april 2004 ett EG-direktiv om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskada. Direktivet skall implementeras av medlemsstaterna senast den 30 april 2007 och den fortsatta diskussionen i detta referat skulle kunna ta sin utgångspunkt direkt i direktivet. Det får dock anses viktigt för den rätta förståelsen av vad som skett och nu sker när det gäller skadeståndsrättsliga och försäkringsrättsliga frågor i samband med skada på biologisk mångfald att gå tillbaka i historien och betrakta de olika stegen i utvecklingen av den europeiska miljöretten fram till i dag. Det materialet utgör ju de egentliga förarbetena till direktivet. Särskilt är värt att notera den diskussion som förevarit om försäkring eller annan säkerhet för det rätta fullgörandet av det minimiansvar som direktivet nu föreskriver.

¹⁹ Jfr också NJA 1993 s 753 angående skyddad fast fornlämning och fall refererat i FFR 1966 s 236 angående fridlyst häckande storlom (se om fallet Saxén, Skadeståndsrätt, s 88).

²⁰ Se Kleineman, Ideell skada och förmögenhetsförlust – “nytt synsätt under framväxt” i JT 1995/96 s 102 ff.

²¹ Se Sandvik, Miljöskadestånd – några utvecklingstrender i miljöskaderätten, JT 1996/97 s 402 och Larsson, a.a., s 409.

²² Se Larsson, En doktorsavhandling och en miljöbalk, NFT 1997 s 272 (se också RF 1997: 61 och RH 2000:94 om olovlig jakt på älg och varg).

EG:s Vitbok den 9 februari 2000 om Miljöansvar

Inom EG har förelegat intresse och tagits ett flertal initiativ när det gäller att skapa en gemenskapsregim för ersättning vid miljöskada. Kommissionen lade fram en Grönbok i ämnet 1993. Därefter ägde en gemensam utfrågning rum tillsammans med Europaparlamentet. En parlamentsresolution med krav på ett EG-direktiv lades fram samma år. Ett yttrande från Ekonomiska och Sociala Kommittén 1994 föregick ett kommissionsbeslut i januari 1997 om utarbetandet om en vitbok.

Eftersom frågorna om skadestånd vid miljöskada i EU:s arbete kom att knytas i stor omfattning till frågan om *försäkringsmöjlighet* och då det inte utvecklats någon skadeståndsrätt eller försäkringsmarknad när det gäller den typ av miljöskada som utgörs av skada på den biologiska mångfalden, hade redan vissa underhandskontakter ägt rum med den europeiska försäkringsmarknaden.

En formell kommunikation med den europeiska försäkringsbranschen inleddes genom att *Comité Européen des Assurances (CEA)* inbjöds att lämna synpunkter i olika avseenden när det gäller miljöskada och möjligheterna till försäkring för sådan. CEA yttrade sig genom skriftliga inlägg till DG 11 om bl.a. "*Förutsättningar för försäkringsbarhet när det gäller miljöansvar*", "*Reservationer när det gäller karaktäristika för ekologisk skada*" och "*Särskilda synpunkter på EG:s Working Paper on Environmental Liability*".

I en *CEA Note* i juli 1998 angående "*Insurance Conditions for an Environmental Liability Regime*" uppställdes ett antal grundläggande förutsättningar för att försäkring av miljöskada skulle vara möjlig. Det betonades dock inledningsvis att europeiska försäkringssivare var beredda att positivt ta ställning till initiativet att sträcka ut gränserna för försäkringsbarhet när det gäller miljöskaderisker.²³

²³ De villkor som uppställdes var sammanfattningsvis följande:

- En ansvarsregim får inte göras retroaktiv.
- Eftersom det inte finns några accepterade standarder för skada på naturresurser, är det mycket tveksamt om det går att skapa ett ansvar och en ansvarsförsäkringslösning för ekologiska skador.
- Regimen borde inrikta sig på att på annat sätt stimulera prevention.
- Den i miljöskadesammanhang erkända principen om "Polluter Pays" kan bara vara realistisk i skadestånds- och försäkringsärenden om det är helt klart hur mycket förorenaren skall betala och till vem. Det förslag som dittills skisserats av kommissionen hade inte gett någon klarhet i dessa avseenden.
- De förslag som dittills framlagts innehöll i princip strikt ansvar, men med ett flertal undantag och regler om orsakssamband, långa preskriptionstider m.m. som kunde leda till stor osäkerhet och som skulle göra det omöjligt att få täckning för sådana typer av skador på försäkringsmarknaden. De skulle helt enkelt inte vara försäkringsbara. Efter det att dessa villkor angivits av CEA har följt ytterligare diskussion som lett till en delvis förändrad inställning hos Kommissionen.

Efter ett omfattande förarbete inom EG framlades den 9 februari 2000 genom Generaldirektoratet för Miljö en *Vitbok om Ersättningsansvar för Miljöskador* (KOM (2000) 66, slutlig).

Sammanfattningsvis innefattade Vitboken²⁴ följande: Miljöansvar bör utkrävas av den som har orsakat miljöskador (*“Polluter Pays principen”*²⁵). Denne skall betala kostnaden för att avhjälpa de skador han har orsakat. Ett sådant ansvarsinstrument är bara effektivt om det är möjligt att identifiera en eller flera förorenare, om skadan kan kvantifieras och om det går att visa att det finns ett orsakssamband. En sådan ordning skulle kunna utgöra en garanti för att miljön saneras och återställs, den skulle göra det möjligt att i större utsträckning integrera miljöfrågorna med andra politiska områden och förbättra den inre marknadens funktion.

Miljöansvarsordningen skulle, enligt Vitboken, också förstärka incitamenten för ett mer ansvarsfullt uppträdande från företagens sida och därmed ha en

²⁴ I förordet omnämndes incidenterna med miljöutsläpp från oljetankern ERIKA vid den franska kusten och damngombrottet i södra Spanien, som orsakade enorma skador på den omgivande miljön, bl.a. på fåglar av skyddade arter. (Då hade ännu inte oljeutsläppet från tankern PRESTIGE inträffat, som orsakade skador både i Spanien och Frankrike.) Det sades i förordet att dessa händelser väckte frågan om vem som skulle betala för att sanera förorenade områden och avhjälpa skadan; samhället, skattebetalarna eller förorenaren “om denne kan identifieras”. Det angavs också i Vitboken att allmänheten är oroad över att genetiskt modifierade produkter kan påverka vår hälsa eller få negativa konsekvenser för miljön. Vidare skisserades en struktur för en framtida miljöansvarsordning på EG-nivå enligt huvudprincipen att det är förorenaren som skall betala. Den föreslagna ordningen skulle inte bara omfatta person- och sakkador och förorenade områden, utan också skador på naturen, särskilt sådana naturresurser som är viktiga för att bevara den biologiska mångfalden i gemenskapen, närmare bestämt områden och arter som skyddas inom ramen för det s.k. “Natura 2000-nätet”. Det konstaterades att några sådana miljöansvarsordningar ännu inte fanns i EU:s medlemsstater.

²⁵ Principen är egentligen en marknads- och konkurrensprincip. De kostnader som en verksamhet förorsakar bör bäras av den som har nyttan av verksamheten. Principen har fått ett stort inflytande i olika avseenden. Det kan nästan sägas att den kommit att omfattas av en sorts magi. När det gäller skada på biologisk mångfald är det väl inte särskilt märkligt att den som orsakar en skada får betala den på ett eller annat sätt. Om nu en skada på den biologiska mångfalden anses drabba hela samhället och om alla verksamhetsutövare i sina priskalkyler skall inväga ett ansvar för sådana miljöskador inklusive försäkringar eller andra säkerhetslösningar kan det ifrågasättas om inte principen så att säga urholkar sig själv. Slutligt kommer kostnaden ändå att stanna på samhället. Vid ett sådant betraktelsesätt blir principen mindre magisk, men dess värde kvarstår såvitt avser ansvaret som sådant. (Se om synpunkter på principen även Sandvik, Miljöskadeansvar s 34 ff och kapitel 4.)

förebyggande effekt. Miljöansvarsordningen borde inte ha retroaktiv verkan, men omfatta både miljöskador, dvs förorenade områden och skador på den biologiska mångfalden, och klassiska skador (hälso- och sakskador).²⁶

Vitboken, som alltså omfattade även de s.k. klassiska skadorna, utsändes på remiss till medlemsstaterna. För Sveriges del ordnades en motsvarande nationell remissomgång. Av remissinstanserna reagerade bl.a. Svenska Naturskyddsföreningen mot att skador på den biologiska mångfalden endast definierades som "skador på Natura 2000-områden" och kritiserade att inte andra regler i fågel- eller habitatdirektiven som garanterar naturskydd omfattades av förslaget. Föreningen berörde också frågan om en *obligatorisk försäkring* som miljörörelsen krävt, bl.a. nämndes frågan om ett ersättningstak, mot bakgrunden av önskemålet att erhålla försäkring. Bland remissinstanserna fanns även Försäkringsjuridiska Föreningen.²⁷

På det internationella planet anförde CEA som särskild remissinstans att fokus främst låg på sådan miljö/natur som inte ägs av personer eller vanliga rätts-

²⁶ Den borde också ha ett begränsat tillämpningsområde som är kopplat till EG:s miljölagstiftning, vilket innebär att förorenade områden (liksom klassiska skador) bara borde omfattas om de förorsakas av en farlig eller potentiellt farlig verksamhet som redan är reglerad i EG-lagstiftningen. När det gäller det subjektiva rekvisitet för skadeståndsskyldighet borde det föreligga strikt ansvar för farlig verksamhet, men ett culpa-baserat ansvar för skador på den biologiska mångfalden som orsakas av icke-farlig verksamhet.

I Vitboken citerades och utvärderades också ett antal alternativa lösningar, bl.a. Gemenskapens tillträde till Europarådets Luganokonvention om miljöfarlig verksamhet (som inte fått tillräcklig anslutning), en särskild ordning som skulle omfatta bara gränsöverskridande skador, en rekommendation till vägledning för åtgärder i medlemsstaterna vid gränsöverskridande miljöskada och ett gemenskapsdirektiv och en områdesspecifik ordning med inriktning på bioteknik. Ett gemenskapsdirektiv angående miljöansvar ansågs dock lämpligast, eftersom det skulle ge en integrerande effekt inom gemenskapen. Avslutningsvis angavs i sammanfattningen att detaljerna i direktivet borde utformas i samråd med berörda parter.

²⁷ Föreningens yttrande nämns här, eftersom detta referat även är inriktat på vad som kan försäkras. (Referenten var huvudförfattare till remissyttrandet.) Sammanfattningsvis tillstyrkte föreningen att det inrättas en miljöansvarsordning för att förbättra tillämpningen av miljöprinciperna i EG-fördraget och genomförandet av EG:s miljölagstiftning och för att garantera att en skadad miljö återställs. Ansvaret borde bygga på principen om att förorenaren betalar. Även om en gemensamhetsordning slutligt skulle omfatta även klassiska skador borde arbetet fokuseras på att skapa regler inom det område som i allmänhet är oreglerat i nationell lagstiftning, nämligen ansvaret för skador på den biologiska mångfalden (ekologiska skador). Här angavs att en gemensamhetsordning bör ha formen av direktiv och inte omfatta endast gränsöverskridande skador. Föreningen hade ingen erinran mot att strikt ansvar införs för ekologiska skador. Detta borde inte urholkas genom många undantag. Jämningsregler borde kunna tillämpas inom ramen för ett direktiv. Ansvaret för ekologisk skada borde vara beloppsbegränsat, bl.a. för att underlätta möjligheten att skapa försäkringskydd. Frågan om en lindring av den skadelidandes bevisbörda för orsakssambandet i ekologisk skada borde inte besvaras innan ansvaret fått en mer precis utformning.

subjekt utan där naturresurserna ägs av stater eller möjligen kommuner, att det inte kan bli fråga om något retroaktivt ansvar när det gäller en eventuell kopp-ling till försäkring, att ett strikt ansvar måste förses med ett antal undantag, och – vilket är en grundläggande förutsättning för all försäkring – att det måste föreligga ett klart påvisat samband mellan en miljöförstörande åtgärd och den uppkomna skadan.

CEA fann också att kanalisering av ansvaret till ett definierat rättssubjekt ligger i linje med ett antal redan existerande regimer, t.ex. produktansvar och ansvar för oljeskador. Skador på biologisk mångfald sades vara av en typ som egentligen inte går att försäkra, eftersom skadan inte kan kvantifieras. Detta är ett av grundrekvisiten för försäkring.

Slutsatsen blev enligt CEA att biologisk skada borde uteslutas från ansvarsregimen, i vart fall till dess det var möjligt att på något sätt kvantifiera sådana skador så att det kunde åstadkommas ett försäkringsskydd. Naturligt nog yttrade sig CEA särskilt över avsnittet om “Financial Security”, dvs försäkrings- och andra lösningar för att säkerställa betalning från den ansvariges sida. Hänvisning gjordes visserligen till de ansvarsförsäkringspooler som upprättats i ett antal länder när det gäller olika typer av miljöskador, men CEA reagerade mot en viss optimism som uttalats i Vitboken om tillgängligheten på marknaden av försäkringsskydd för ekologiska skador och ansåg att, så länge de grundläggande förutsättningarna för försäkringsbarhet inte föreligger, något försäkringsskydd knappast skulle bli möjligt.

CEA ansåg vidare att regeln om ett culpabaserat ansvar för icke-farlig verksamhet knappast skulle förbättra möjligheterna att på sikt skapa ett ansvarsförsäkringsskydd för skada på biologisk mångfald. Dock ansågs det vara en fördel att Vitboken inte innehöll någon regel om obligatorisk ansvarsförsäkring och att lösningar lättare skulle komma till stånd om de kan uppnås på frivillig väg.

Under året efter Vitboken upprättades inom kommissionen ett “Working Paper” som innehöll betydande ändringar, delvis baserade på remissvaren. Arbetet inriktade sig nu mer på administrativa regler än civilrättsliga skadeståndsregler. Särskild vikt lades vid prevention och återställande.

Det gjordes också försök att bättre definiera vad som skulle utgöra sådan “betydande skada” (“*Significant Environmental Damage*” (SED)) på den biologiska mångfalden som skulle föranleda ansvar.

Ett förslag den 23 januari 2002 (Kom (2002) 17 Slutlig)²⁸ till direktiv om ansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador föranledde en ny remissomgång och förslaget vidareremitterades också nationellt.²⁹

Direktivförslaget omfattade skada på mark, vatten och biologisk mångfald. De klassiska skadorna, som omfattats av Vitboken, hade nu utmönstrats. Det kan nämnas att *naturvårdsverket*, som i och för sig tillstyrkte förslaget, ansåg att detta behövde ändras eller förtydligas på ett stort antal punkter och att ett direktiv borde omfatta all verksamhet som kan ge upphov till miljöskador och inte endast de begränsade verksamheter som angivits i förslaget. Det anfördes också att verksamhetsutövare som omfattas av direktivet skall ha någon form av försäkring och ekonomisk garanti som tryggar att åtgärder kommer till stånd när så behövs. Bilaga II till förslaget angående förorenade områden borde bli föremål för omarbetning.

Vidare anförde naturvårdsverket att regler som lägger fast ett ansvar för att förebygga och avhjälpa skada på biologisk mångfald leder till ett omfattande ut-

²⁸ Remissvaren sammanställdes och finns delvis refererade i motiven till förslaget. Direktivförslaget innebar en kompromisslösning som visserligen stipulerade ett strikt ansvar för alla verksamheter som angavs i särskild bilaga och för skador på den biologiska mångfalden också av andra yrkesverksamheter än de som förtecknats i bilagan vid culpa, men det gjordes undantag, bl.a. för utsläpp eller verksamheter som inte ansågs skadliga vid den tidpunkt då de ägde rum enligt den då existerande vetenskapliga och tekniska kunskapsnivån (Artikel 9 d). I Artikel 16 uppmanades medlemsstaterna att "uppmuntra" en användning av försäkringsinstrument och andra instrument för ekonomisk säkerhet. Det uttalades att försäkringsmarknaden ännu inte är fullt utvecklad på det här området, varför det vore förhastat att införa en obligatorisk ansvarsförsäkring.

När förslaget sändes på remiss internt inom EG anförde bl.a. Utskottet för Ekonomi- och Valutafrågor i ett yttrande den 28 augusti 2002 att Kommissionen hade en otillräcklig strategi för försäkringsskydd och att det i vart fall borde etableras ett försäkringsobligatorium inom fem år efter det att direktivet trätt i kraft. Det skulle ge marknaden tillräckligt med tid för att anpassa, utveckla och förbättra nya försäkringsprodukter.

CEA framhöll att det förslag till regim som introducerades fortfarande gjorde det mycket svårt att förutsäga om det skulle finnas möjlighet att utveckla försäkringslösningar på marknaden. CEA valde att i första hand ange vilka komponenter i förslaget som i vart fall måste behållas för att kunna ligga till grund för en fortsatt utveckling. Detta var huvudsakligen att det förstärkta offentligtgrättsliga inslaget, som bl.a. var en av nyheterna jämfört med Vitboken, skulle behållas, att förslagets undantag från ansvar var nödvändiga, att det inte skulle föreligga något solidariskt ansvar mellan flera ansvariga parter, att det inte skulle gälla retroaktivt ansvar för en försäkringslösning och att, när det gäller skador på den biologiska mångfalden, det är nödvändigt att premier kan beräknas utifrån något som går att förvandla till pengar och att rimliga försäkringsvillkor kan uppställas. Eftersom emellertid kunskaper och erfarenhet av den typen av skador ansågs nästintill obefintliga i Europa, kunde sådana skador för närvarande inte anses försäkringsbara, inte ens i ljuset av det inledda arbetet inom Kommissionen för att försöka klargöra dessa förhållanden. Försäkringsmarknaden ställde sig dock till förfogande för att delta i det fortsatta arbetet

²⁹ Såvitt avser Sverige föreligger en sammanställning av remissvaren i form av en promemoria upprättad i miljödepartementet (2002-09-23).

redningsarbete. Avgörande frågor som måste belysas var vilken eller vilka delar av den samlade biodiversiteten som skall omfattas, hur *skadan skall mätas/upp-skattas*, hur skada skall bäst förebyggas och avhjälpas, hur skada som *inte går att avhjälpa skall beräknas för kompensation*, vilket behovet är av eventuellt vedertagna och testade metoder för *monetär värdering av biologisk mångfald* (kursiverat här). Sådana frågor har i arbetet med att skapa ett direktiv sedan framstått som de avgörande.

Svenska Naturskyddsföreningen ansåg förslaget vara så svagt att regeringen borde avvisa det i den dåvarande formen. Förslaget innebar enligt föreningen att skadestånd bara kan utkrävas i sådana extrema fall där en miljöbrottslig verksamhet lett till en mycket allvarlig miljöskada. Föreningen ställde sig tveksam till om förslaget över huvud taget var fördragsenligt mot bakgrund av att det så flagrant stred mot principen om att förorenaren skall betala, försiktighetsprincipen, principen att förebyggande åtgärder skall vidtas och att miljöförstöring företrädesvis bör hejdas vid källan (Artikel 174) och mot integrationsprincipen (Artikel 6). Föreningen ansåg vidare att vissa av Kommissionen föreslagna ansvarsfrihetsgrunder måste utmönstras och att detta vore helt avgörande för att det skulle kunna införas en lagstiftning på gemenskapsnivå.

Förslaget avstyrktes även av andra bl.a. av *Svenskt Näringsliv*³⁰ och av *Sveriges Advokatsamfund*,³¹ båda på delvis motsatta grunder jämfört med de nyss nämnda. Det ansågs att direktivförslaget inte uppfyllde grundläggande krav på förutsägbarhet, rättsäkerhet och skydd mot retroaktivitet. Ett direktiv måste i stället utformas så att miljöansvaret är möjligt att kvantifiera och i förlängningen försäkra. Det vore dock inte möjligt att skapa ett rimligt avgränsat individuellt återställansvar för skador på den biologiska mångfalden. Lösningen på problemet med sådana skador skulle istället få sökas i det system med åtgärdsplaner och program som utvecklas inom ramen för bl.a. art- och habitatdirektiven samt fågeldirektivet. Särskilt anmärkningsvärt ansågs vara att direktivförslaget inte innehöll klara definitioner av begreppen *skada* och *värde*. Det var inte möjligt att med stöd i förslagets definitioner och regler avgöra när en skada skall anses föreligga och vilka åtgärder som kan krävas av den ansvarige verksamhetsutövaren. Dessa oklarheter kunde medföra problem att finna adekvata försäkringslösningar till rimliga kostnader. När det gäller förebyggande och avhjälpan åtgärder borde myndighets agerande vara *subsidiärt* i förhållande till verksamhetsutövarens.

De nationella remissvaren som inkom på förslaget föranledde inte någon ny remissomgång i form av ett samlat ställningstagande från respektive land genom remissvar till Kommissionen. Därför finns det inte något skriftligt material

³⁰ (Yttrande 2002-04-29)

³¹ (Yttrande 2002-05-07)

när det gäller den fortsatta handläggningen. En sammanfattning av de synpunkter som lämnats genom remissvaren får antas ha framförts av medlemsländerna vid närvaro i Bryssel.

I en not den 26 mars 2003 till Kommissionen, med anledning av ett särskilt förslag till ny strategi, betonade emellertid CEA på nytt att skada för att vara ersättnings- och försäkringsbar måste kunna fastställas i pengar och att det, i vart fall än så länge, inte är möjligt att tillhandahålla försäkringsskydd när det gäller skada på den biologiska mångfalden, eftersom grundläggande förutsättningar saknas för försäkringsbarhet. Särskilt angavs att det för försäkringslösningar krävs ett riskvilligt kapital för både direktförsäkring och återförsäkring och att det på grund av dessa skadors osäkerhet i ett antal avseenden inte finns någon sådan kapacitet för närvarande. På nytt förklarade sig den europeiska försäkringsmarknaden beredd att samarbeta med kommissionen och medlemsstaterna vid eventuella försök att fastställa skadebelopp när det gäller skada på den biologiska mångfalden. I vart fall måste försäkringslösningar långsamt fasas in. Först måste dock ansvarsreglerna som sådana implementeras. Försäkringslösningarna borde utvecklas därefter.

Den miljörättsliga debatten

Under 1990-talet har, förutom vad som framkommit i de remissvar som berörts, förts en relativt livlig debatt i frågan huruvida någorlunda enhetliga regler skulle kunna utformas internationellt inte bara för miljöansvaret i stort utan även för skada på den biologiska mångfalden.

Ett stort antal avhandlingar, studier, artiklar, examensarbeten, diskussionsunderlag, m.m. har producerats. Till några av dem har hänvisning skett i fotnoter tidigare i detta refererat.

En del av det materialet får antas ha påverkat arbetet i EU när det gäller att ta fram en miljöansvarsordning. Bland de senaste verken på området, utgivna efter det att EU utfärdat direktiv om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskada, kan särskilt framhållas Wetterstein, "Redarens miljöansvar", Åbo 2004. Som tidigare nämnts innehåller den studien väsentligt mer än frågor om redarens speciella miljöansvar.

Den miljörättsliga debatten när det gäller skada på biologisk mångfald kan nu sägas ha på ett sätt nått "vägs ände". De flesta framställningar går närmast ut på att det nästan inte är möjligt att skapa ett ersättningssystem som omfattar skada på biologisk mångfald, i vart fall inte om skadan skall mätas i pengar på ett individualiserande eller klassiskt sätt, dvs i enlighet med sedvanliga skadeståndsrättsliga mönster för personskada, sakskada och förmögenhetsskada.³²

³² Se Larsson, a.a. där avslutningskapitlets övertitel är "Mission Impossible".

Det är kännetecknande för de flesta framställningarna i ämnet att det alltid kan göras en mängd invändningar, oavsett vilken utgångsposition som tas. Så kontroversiellt är ämnet. En tendens som dock kan utläsas är att det finns ett behov av försäkrings- eller fondlösningar som komplement till en ansvarsordning. Vissa förebilder finns för sådana lösningar. De flesta som intresserat sig för frågan tycks också vara överens om att en ansvarsregim i första hand bör avse ett ansvar för *återställande* av miljön och en skyldighet att vidta *förebyggande åtgärder* vid akut fara. Några författare är öppna för *alternativa* återställandeformer.

Arbetet inom EU med en miljöansvarsordning har haft ungefär samma inriktning. I Vitboken utgicks, som nämnts, från ett ansvar även för klassiska skador, men denna inriktning frångicks senare. Genom de många invändningar som inkom vid remissomgångarna inriktade sig EU-arbetet i stället på att, i vart fall för närvarande, täcka en smalare sektor inom miljöområdet och föreslog den begränsningen att ett kommande direktiv skulle omfatta endast skador på den biologiska mångfalden inom Natura 2000-nätet. Detta ansågs dock av många vara för snävt.³³

De frågor som framför allt varit kontroversiella under såväl EU-arbetet som i doktrinen har varit direktivets räckvidd, typen av ansvar (strikt eller culpa-ansvar), vem som skall anses vara ansvarig (vem är verksamhetsutövare?), orsaksamband och bevisbördan i det sammanhanget, ansvarsbegränsning, solidariskt ansvar, vad som är ersättningsgill skada, väsentlighetströsklar, vilka återställandeåtgärder som är rimliga, vilka säkerheter som skall kunna avkrävas en verksamhetsutövare och om det skall föreskrivas obligatoriska ansvarsförsäkringar eller om fondlösningar är att föredra. Kommissionen hade att slutligt ta ställning till detta inför ett kommande direktiv.³⁴

2004 års EG-direktiv

Med beaktande av kommissionsförslaget (EGTC 151 E, 25.6.2002) och ett yttrande av Europeiska Ekonomiska och Sociala Kommittén (EGTC 241 7.10.2002) antog Europaparlamentet och Europeiska Unionens Råd ett direktiv den 10 mars 2004 om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskada. Direktivet trädde i kraft den 21 april 2004.

Direktivet innehåller en del förändringar jämfört med 2002 års direktivförslag men bygger alltjämt på Polluter Pays principen och principen om hållbar

³³ Härtill kommer att etableringen av Natura 2000-områden inte riktigt gått efter planerna, varför nätet ännu inte fått det omfång som förutsatts. Utvecklingen pågår dock alltjämt.

³⁴ Det finns ett antal kommentarer till förslaget också i litteraturen. Här kan hänvisas till den sammanfattande presentation som finns i Ingrid Hjortsbergs tidigare nämnda examensarbete och som innehåller ett kapitel om och ett antal sammanfattande synpunkter på direktivförslaget och hänvisar till ett antal rättskällor.

utveckling och innebär att verksamhetsutövare som orsakat miljöskada eller ett överhängande hot om sådan skada skall ha ett ekonomiskt ersättningsansvar.

Liksom tidigare förslag är direktivet präglad av preventiva idéer. Det är ett ramdirektiv, eller snarare ett minimidirektiv, som införlivar Direktivet 79/409/EEG av den 2 april 1979 om bevarande av vilda fåglar, Direktivet 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter och Direktivet 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område. Hänvisning sker till subsidiaritetsprincipen i artikel 5 i fördraget och proportionalitetsprincipen i samma artikel.

I motivartiklarna anges bl.a. (Artikel 13) att alla typer av miljöskador inte går att avhjälpa genom en ordning med ersättningsansvar. För att en sådan ordning skall vara effektiv måste det finnas en eller flera identifierbara förorenare, skadan bör vara konkret och mätbar och orsakssamband kunna fastställas mellan skadan och den identifierade förorenaren. En ordning med ersättningsansvar är därför inte något lämpligt instrument för att hantera föroreningar av mer omfattande diffus karaktär, där det är omöjligt att hänföra de negativa miljöeffekterna till vissa enskilda aktörers handlingar eller underlåtelse att handla.

Direktivet gäller uttryckligen inte de klassiska skadorna, dvs personskadorna, skada på privat egendom eller ekonomiska förluster, och påverkar inte någon rättighet avseende denna typ av skador. Det ges en definition av vad som avses med miljöskada, nämligen skador på skyddade arter och skyddade naturliga livsmiljöer, dvs alla skador som har negativa effekter när det gäller att uppnå eller bibehålla en gynnsam bevarandestatus för sådana livsmiljöer eller arter. Bedömningen av dessa effekter sker enligt kriterierna i Bilaga I. Med skyddade arter och skyddade naturliga livsmiljöer avses alltså de arter och livsmiljöer som anges i Direktiven 79/409/EEG och 92/43/EEG och dessas bilagor. De skyddade arterna och de skyddade livsmiljöerna samt vatten och mark definieras gemensamt som "naturresurs".

Direktivet tillämpas på miljöskador som orsakas av någon av de *yrkesverksamheter* som förtecknas i Bilaga III och överhängande hot om att sådana skador uppkommer på grund av sådan verksamhet. Dessa verksamheter är sådana som klassificeras som miljöfarliga och för vilka gäller tillståndsplikt. Ansvaret för sådana miljöskador är *strikt* för tillståndspliktigt verksamhet (enligt Bilaga III till direktivet).

Miljöskador som orsakas av andra verksamheter än de som har tillståndsplikt omfattas av direktivet om verksamhetsutövaren har begått *fel eller försumelse*. Om det föreligger strängare gemenskapslagstiftning skall direktivet inte påverka sådan.

I Artikel 4 anges ett antal *undantag* från direktivets omfattning. Undantag från ansvar finnas även enligt Artikel 8 om så beslutas nationellt. En särskild kausalitetsregel föreligger med *omkastad bevisbörda*.

Direktivets huvudidé är att verksamhetsutövaren skall, vid överhängande hot om skada, själv vidta nödvändiga förebyggande åtgärder och, om miljöskada redan uppkommit, åtgärder för att begränsa eller förhindra ytterligare miljöskada. Den behöriga myndigheten får kräva ett antal angivna åtgärder av verksamhetsutövaren.

Verksamhetsutövaren skall *bära kostnaderna* för de förebyggande åtgärder och hjälpåtgärder som vidtas enligt direktivet.

Direktivet innehåller vidare en hänvisning till nationell rätt när det gäller kostnadsfördelning vid skada som vållats av flera parter samt preskriptionsregler, regler om behörig myndighet och talerätt i vissa avseenden (begäran om åtgärder) för andra berörda personer än staten.

Beträffande ekonomisk säkerhet anges i direktivet (Artikel 14) att medlemsstater skall vidta åtgärder för att främja lämpliga och ekonomiska finansiella aktörer att *utveckla instrument* och marknader för *ekonomisk säkerhet* inklusive finansiella mekanismer vid insolvens i syfte att verksamhetsutövaren skall kunna utnyttja finansiella garantier för att fullgöra sitt ansvar enligt detta direktiv.

Kommissionen skall före den 30 april 2010 lägga fram en rapport om direktivets effektivitet ifråga om faktiskt avhjälpande av miljöskador, om tillgänglighet till rimliga kostnader och villkor för *försäkring* och andra slag av ekonomisk säkerhet för de verksamheter som omfattas av Bilaga III. I rapporten kommer också frågor om infasningsperiod, maximibelopp för finansiella garantier och uteslutande av verksamhet med låg risk att bedömas. Därefter skall kommissionen efter en utvidgad konsekvensanalys, inbegripet en kostnads- och nyttoanalys, lämna förslag till ett system för harmoniserad obligatorisk ekonomisk säkerhet.

I artikel 15 åläggs medlemsstaterna att samarbeta vid gränsöverskridande miljöskador.

Om förhållandet till nationell rätt stadgas i artikel 16 att direktivet inte hindrar medlemsstaterna från att behålla eller införa strängare bestämmelser om förebyggande och avhjälpande av miljöskador, t.ex. att ytterligare verksamheter kan omfattas av kraven på förebyggande och avhjälpande åtgärder och att ytterligare ansvariga parter kan identifieras.

Medlemsstaterna skall sätta bestämmelserna i kraft genom implementering senast den 30 april 2007.

Svenskt implementeringsdirektiv

Vid regeringssammanträde den 18 november 2004 gav den svenska regeringen i uppdrag till en särskild utredare att lämna förslag till hur EG-direktivet av den 21 april 2004 skall genomföras i svensk rätt. Utredaren skall lägga fram förslag till de författningsändringar som bedöms nödvändiga och andra åtgärder som direktivet ger anledning till. Därutöver skall utredaren analysera om en bestäm-

melse om ansvarsgenombrott bör införas på miljörättens område. Han skall också undersöka vilka krav som skall ställas och vilka former som bör accepteras när det gäller sådana säkerheter som kan krävas enligt 12 kap 3 §, 15 kap 34 § och 15 kap 3 § miljöbalken. Slutligen skall utredaren göra en översyn av reglerna om miljöskade- och saneringsförsäkring i 33 kap miljöbalken.

Det kan förväntas att utredningsarbetet kommer att innebära en ny svensk remissomgång med berörda instanser. Några har fått en förfrågan om att delta i en expertgrupp i utredningen.

Något om NOU 2004:28

Som nämnts ovan har i december 2004 framlagts en norsk offentlig utredning med ett förslag till en "Naturmangfoldlov". Även om det inte enligt instruktionerna för det här referatet skall göras någon komparativ utredning³⁵ berörs det norska förslaget något här, eftersom norsk lagstiftning torde komma att påverkas av EG-direktivet.

Utredningen utsändes på remiss den 31 januari 2005 med svarstid senast den 1 augusti 2005.³⁶ Förslaget innehåller i kapitel 23 regler om "Tilsyn og sanksjonsmidler". Myndigheterna spelar en central roll vid kontroll och handläggning. Århuskonventionen den 25 juni 1988 återspeglas i norsk rätt, men en utvidgning anses kunna bli möjlig.³⁷

Utredningen sammanfattar kort EG:s miljöansvarsdirektiv. Miljöansvarsdirektivet faller in under EES-avtalet, men fågel- och habitatdirektiven rör frågor som hållits utanför avtalet. Arbete pågår med att införliva direktivet i avtalet, men det föreligger ännu inte något beslut. Mot ett återställandeansvar enligt direktivet görs ingen erinran. Det påpekas dock att det inte går att åtgärda skador vid t.ex. sprängning i fjäll eller utrotning av en art. Kostnaderna kan vara orimliga och åtgärderna svåra att utföra.

En regel om återställande och förebyggande av skador föreslås. När det inte är möjligt att vidta åtgärder eller när detta bedöms olämpligt skall det öppnas för en skälighetsvärdering. Om det skulle vara synnerligen orimligt med hänsyn till kostnader och åtgärdernas verkan skall skyldighet att vidta åtgärder inte föreligga. Om verksamheten inte står i strid med lagen, men medför skada på biologisk mångfald, skall verksamhetsutövaren bära risken även för detta men vidta rimliga åtgärder.

Hänvisning sker till viss norsk rättspraxis när det gäller gränslandet mellan

³⁵ Det kan i och för sig diskuteras vad som avses med detta när det gäller att implementera samma direktiv inom EUs medlemsstater.

³⁶ Vid tiden för det anförande vid det 37 Nordiska Juristmötet i Reykjavik den 17–19 augusti 2005, för vilket denna framställning kommer att ligga till grund, skall alltså remissvaren från de norska remissinstanserna ha inkommit och reaktionen på förslaget kan då bedömas.

³⁷ Jfr dock Rt.2003, s 1630, där Høysterett begränsade möjligheten.

klassiska skador och skador på biologisk mångfald.³⁸ Det konstateras att regeln om ersättning i praxis spelat ganska liten roll för skada på biologisk mångfald och naturen i övrigt. Orsaken är just att det inte utges ersättning för den typen av skada om den inte kan mätas i pengar. Utredningen påpekar emellertid att av två ekologiska skador den allvarligaste kan vara den som inte medför någon ekonomiskt mätbar skada för någon.

Det föreslås en regel enligt vilken ersättningsansvar kan åläggas för skada på biologisk mångfald och naturresurser i övrigt även om det inte orsakas någon ekonomisk skada. För det ansvaret åläggs en *miljöersättning*. Förslaget bygger på § 95 i Svalbardmiljöloven (som torde vara unik hittills i sitt slag).

Den miljöersättning som skall utgå skall inbetalas till en fond som används bara för naturresursändamål benämnd "*Naturfond*".

Fonden skall ses som statens eller allmänhetens representant för naturvärdena. Enligt förslaget skall det ankomma på domstol att avgöra ersättningsfrågan fullt ut, dvs både grunden för att påföra ersättning och storleken på ersättningen. Det har övervägts om det också skulle kunna utgå en sanktionsavgift. Någon sådan föreslås inte med hänvisning till att det pågår arbete med en lag (NOU 2003:15) om nya generella bestämmelser i förvaltningsrätten om administrativa sanktioner.³⁹

I utredningen diskuteras inrättandet av en institution som skulle på ett neutralt sätt tillvarata de allmänna miljöintressena, ett "miljöombud". En skiss på ett sådant arrangemang fogades som bilaga till utredningen, men det togs ännu inte något beslut i frågan.

6. "Skadestånd?" Vad kan och bör ersättas?

I EG-direktivet har den klassiska ersättningsformen vid skada utmönstrats. Inriktning sker i stället på åtgärder för avhjälpande och förebyggande av skada. Här uppdelas (se Bilaga II) åtgärderna i *primära*, *kompletterande* och *kompenenserande* åtgärder. Även om det inom ramen för kompletterande och kompenenserande hjälpåtgärder och med tillämpning av s.k. ekvivalensmetoder ges utrymme för skapande av alternativa naturresurser eller funktioner, inryms i skadebegreppet inte någon ekonomisk ersättning som direkt skall utges i pengar till staten som skadelidande i annat avseende än att det kan krävas ersättning för de kostnader för åtgärder som staten själv kan ha ådragit sig. Det är kostnaden för ett avhjälpande som utgör "skadeståndet" om man så vill. Man kan också se det som en form av förvaltningsrättslig förpliktelse.

³⁸ Bl.a. RG 1979 s 715 Frostrating. "Kanadagässen" (jaktloven), RT 1992 s 453 "sjuk lax", RT 1999 s 1517 reducerat fiske, (utsättning av pungråka som åt upp födan för viss fisk). I dessa fall utgick ersättning. Hänvisning gjordes även till det svenska järvfallet, NJA 1995 s 249.

³⁹ Några synpunkter på det norska förslaget kommer att ges längre fram i detta referat.

Vad som kan och bör ersättas har i princip besvarats av direktivet, i vart fall vad som minst skall ersättas (minimidirektiv). Detta begränsade "skadebegrepp" kan nog kritiseras. Det förefaller uppenbart att skador på den biologiska mångfalden inte alltid kan avhjälpas eller komplettering/kompensering ske på det sätt som tycks förutsättas i direktivet. Svårigheterna är här lika stora som när det gäller att försöka ange ett värde på en kvarstående skada. Bedömningen av vad som kan utgöra rimliga alternativa åtgärder blir under alla omständigheter starkt skönsmässig. Exempel på detta finns från USA, där det förekommit ett större antal tvister om skäligheten av begärda alternativåtgärder. Det är svårt att bedöma möjligheten till effektivt återställande och det kan ta avsevärd tid innan det kan fastställas vad som måste göras och om det till slut föreligger någon skada alls. Det kan också vara svårt att bestämma vad som är nödvändiga och skäliga kostnader för bevakning/kontroll av återhämtning efter insatta åtgärder. Detta är belyst i ett helt nyligen avgjort mål i första instans i Norge (Aust-Agder tingrett i en dom den 5 januari 2005 mellan Assuranceforeningen Gard m.fl. och Republic of China (Taiwan)). Saken gällde ett krav på ersättning för bl.a skada på naturresurser vid en känslig kust inom nationalpark till följd av mt AMORGOS's grundstötning utanför den taiwanesiska kusten den 14 januari 2001 (negativ fastställesetalan och genkärsmål om fullgörelse.)⁴⁰

⁴⁰ Grundstötningen skedde inom Kenting Nationalpark söder om Taiwan. Fartyget var P & I försäkrat hos Gard. Vid grundstötningen uppstod ett stort oljeutsläpp som förorenade cirka 3 km strandlinje och påstods ha försakat bestående skador på korallrev. Kravet från Taiwan avsåg alltså en oljeskada under de för sådan skada gällande sjörättsliga reglerna. Kravet omfattade bl.a. att återställa skadade korallrev och utgifter för övervakning av skador. Kravet uppgick till ca USD 5,5 miljoner och därtill krävdes ersättning för återställande av fiskeresurser. Särskilt tilldrog sig korallkravet intresse och avsevärd utredning presenterades. Domstolen konstaterade att det krävdes ersättning för fysiska skador och fråga uppkom vilka koraller som funnits före olyckan, vilka som skadats och vilka åtgärder som det var nödvändigt och möjligt att genomföra. Bevakningskostnaderna omfattade både möjliga oljerelaterade skador och fysiska skador.

Gard gjord häremot ett antal invändningar. Rätten fann att det var den skadelidandes lag som skulle tillämpas och hänvisning gjordes därför till vissa artiklar i Taiwans Sea Pollution Prevention Act. När det gällde korallkravet ansåg rätten att det inte fanns tillräcklig utredning för att kunna bedöma hur området såg ut före grundstötningen. Det var därför osäkert hur stor utbredning av koraller det var i det området. Det ansågs inte finnas behov av att vidta åtgärder för att "stabilisera" området. Sådana skulle istället kunna leda till ny förstörelse av koraller.

Det fanns inte heller tillräcklig utredning för att kunna visa sviktande tillväxt. Tillväxten av koraller sker i form av larver som följer med havsströmmarna. Tillförseln av de larverna påverkades inte av grundstötningen. För det fall att det föreligger problem med tillväxten ansåg rätten att det var sannolikt att det berodde på andra omständigheter än grundstötningen, t.ex. sediment från land.

Vid en samlad bedömning fann rätten att det inte fanns något behov av att företa återställandeåtgärder i området. I stället torde området återhämta sig genom naturlig rekrytering av koraller och rätten beaktade att själva strandområdet inte varit i aktivt bruk.

Med den bedömningen fanns det inte heller grund för en fortsatt övervakning för vilken kostnader skulle betalas av rederiet och försäkringsbolaget. Det blev då inte heller nödvändigt att pröva hur en bestående skada på korallrevet skulle värderas.

Domen har överklagats.

EG-direktivet kan sägas vara smalt. *Begränsning* sker till fågel- och habitatdirektiven och till Natura 2000-nätet. Direktivet kommer säkert att bli föremål för kritik i enlighet med vad som framförts redan under remissomgångarna alltsedan Vitboken lades fram år 2000. Att direktivet trots allt blivit verklighet får dock anses som ett stort steg framåt. En viktig princip har fastslagits, nämligen att det föreligger ett ansvar för skada på naturen i sig och att det finns en bärare av de rättigheterna, nämligen staten som företrädare av medborgarna. Det kan knappast erinras mot att ansvaret, såsom det är utformat, är *strikt*. Därmed undviks tvister om bevisning och beviskrav när det gäller försumlighet och strikt ansvar med kanalisering till vissa utövare. Detta är en accepterad form i andra sammanhang, bl.a. i de internationella HNS och bunkerkonventionerna.

Direktivet omfattar både skador på naturresurser och skador på vatten och mark. Rekvisiten är dock delvis olika, vilket kan vålla problem eftersom det inte alltid går att skilja på mark-, vatten- och naturresursskador. Alla dessa typer av skador kan uppkomma vid samma skadehändelse.⁴¹

Trots att direktivet har element som leder tanken till civilrättsligt skadeståndsansvar som "skada", "miljöansvar", "bära kostnaderna" osv. är det i övrigt snarast *förvaltningsrättsligt*.

Den här tvåsidigheten kan på ett sätt sägas vara olycklig. Samtidigt som det anses att det nu skapade ansvaret för skada på biologisk mångfald är en typ av ansvar som skiljer sig från sedvanligt skadeståndsansvar, har direktivet inte lyckats frigöra sig från ett klassiskt skadeståndstänkande. Det är möjligt att en sådan inriktning har föranletts av diskussionen om säkerheter/försäkring till trygghet av det ansvar som åläggs verksamhetsutövaren.⁴²

En oklar punkt är alltså definitionen av "verksamhetsutövaren" och "yrkesverksamhet".⁴³

Enligt referentens uppfattning borde det vara möjligt att redan vid tillståndsgivning noggrant definiera vem som skall anses vara verksamhetsutövare och att då, om så anses erforderligt, ålägga ett s.k. koncernansvar.

Frågan om identifikationen av verksamhetsutövaren hänger nära samman med frågor om ansvarsgenombrott.⁴⁴ När det gäller identifikation av annan utövare än den som är tillståndspliktig är problemet givetvis större. Om det föreligger godtagbara försäkringslösningar minskar problemet.

⁴¹ Se dock Direktivets Bilaga II 1 sista st om när människors hälsa skall anses ha påverkats negativt.

⁴² Se diskussionen i Darpö, a.a. s 326 ff och hänvisningen där till Uppsala universitets remissyttrande (Westerlund) där i stället förordades en anslutning till Luganokonventionen. En motsvarande genomgående diskussion om skillnaden mellan civilrättsligt och ett förvaltningsrättsligt ansvar finns hos Larsson, a.a.

⁴³ Se om detta definitionsproblem Darpö, s 337 ff.

⁴⁴ Den frågan berörs särskilt på annat håll i detta referat.

Den svenska miljöbalken saknar en definition av uttrycket “verksamhetsutövare”. Viss praxis har möjligen utvecklats på området genom det tidigare förfarandet vid koncessionsnämnden.⁴⁵

Frågan vem som i olika sammanhang som skall anses bedriva “yrkesverksamhet” är också tveksam och kommer säkert, i gränslandet mellan rörelse och olika former av hobby- eller fritidsverksamhet, att vålla bekymmer, särskilt när det gäller frågan om olovlig jakt på fridlysta djur.

Direktivet innehåller vidare ett antal *undantag* från ansvaret och möjlighet till nationella undantag. Undantag på grund av andra gällande konventioner är formellt nödvändiga, eftersom medlemsstaterna redan är bundna av dessa konventioner. Skillnader föreligger nu i förhållande till de konventionerna, bl.a. de sjörättsliga konventionerna, men de kan på sikt komma att minska.⁴⁶

När det gäller de övriga undantag från Polluter Pays principen (den principen innebär ju en sorts kanalisering till verksamhetsutövaren) kan frågas varför det skulle finnas anledning att göra undantag för händelser eller skada i verksamhet bara för att den i och för sig är tillåten. En verksamhet kan mycket väl vara tillåten på det villkoret att den som bedriver verksamheten får svara för om den medför skada på den biologiska mångfalden. Enligt referentens uppfattning är det inte logiskt motiverat att ha kvar en möjlighet till sådant undantag. Det grundläggande ansvaret borde också innefatta effekten av nyvunna naturvetenskapliga kunskaper. En tillåtlig verksamhet innebär inte heller i andra sammanhang (t.ex. enligt 32 kap i den svenska miljöbalken) något undantag från skadeståndsansvar.⁴⁷ När det gäller force majeure-undantagen i Artikel 4.1a och b kan det ifrågasättas om inte dessa borde täckas redan av kausalitetsregeln i Artikel 8.3a.

Direktivet innehåller inte några regler om *ansvarsgenombrott*. Som framgått tidigare är emellertid definitionen av verksamhetsutövare tämligen vid. Detta kan på sätt och vis innebära en form av ansvarsgenombrott jämfört med vad som annars skulle gälla genom att även den som kontrollerar en yrkesverksamhet eller den som har avgörande ekonomiska befogenheter när det gäller en verksamhet (se Artikel 2.6) kan vara sådan person som enligt bolagsrättsliga regler inte skulle ha ansvar, men som träffas av sådant enligt den definitionen.

⁴⁵ Se bl.a. Kommentaren s 9:5 f. Se också den s.k. Sevesolagen som innehåller en definition av vem som skall anses vara verksamhetsutövare.

⁴⁶ Se om en strävan åt det hållet, bl.a. Wetterstein, s 493 ff, särskilt s 496.

⁴⁷ Se bl.a. den svenska Försäkringsjuridiska Föreningens remissvar beträffande Vitboken där det särskilt framhölls att undantagen borde vara så få som möjligt. Därmed avsågs att endast undantag baserade på annan konventionsbundenhet skulle förekomma. Inom andra områden, inte minst de sjörättsliga, har – ofta som en kompromiss – ett antal undantag intagits som motvikt till ett strikt ansvar. Om ansvaret är kanaliserat till visst subjekt bör dock inte det ansvaret urholkas genom en katalog av undantag. Det blir då inte mycket kvar av kanaliseringen.

Miljöbalken innehåller inte någon regel om ansvarsgenombrott. Det har ett flertal gånger diskuterats om det inte på miljörättens område skulle göras avsteg från grundläggande aktiebolagsrättsliga principer. Lagrådsremissen med förslag till ny svensk miljöbalk innehöll ett förslag som skiljer sig avsevärt från den definition av verksamhetsutövare som nu föreligger i direktivet. Lagrådet ansåg dock att lagreglering av ansvarsgenombrott inte borde ske innan pågående utredning inom aktiebolagsrättens område slutförts.

I aktiebolagskommitténs slutbetänkande om ny aktiebolagslag (SOU 2001:1) fanns ett förslag om ansvarsgenombrott på miljörättens område. Den föreslagna regeln var ganska långtgående och flertalet remissinstanser avstyrkte förslaget. Regelen fanns sedan inte med i förslaget till ny aktiebolagslag. Det hänvisades dock till att den skulle komma att återupptas i samband med införandet av ett kommande EG-direktiv. Frågan om ansvarsgenombrott kommer nu, i vart fall när det gäller svensk rätt, att slutligt få sitt svar.

Enligt referentens uppfattning kan frågan om ansvarsgenombrott inte ses isolerad. Förutom den vida definitionen av verksamhetsutövare enligt direktivet skall vägas in möjligheten att få säkerhet för uppfyllandet av det ansvar som direktivet föreskriver. Det motiv som särskilt åberopats för ansvarsgenombrott är att en verksamhetsutövare genom att bedriva farlig verksamhet i separata och kanske underkapitaliserade bolag i praktiken skulle kunna undandra sig ansvaret för skador. Syftet med försäkrings- eller andra säkerhetslösningar är just att trygga fullgörandet av det ansvar som föreskrivs. Behovet av en regel om ansvarsgenombrott minskar därför om fullgoda säkerhetslösningar kan knytas till ansvarssystemet. I vart fall såvitt gäller miljöfarlig verksamhet som är tillståndspliktig kommer i samband med tillståndsärendet såväl frågor om vem som skall anses vara verksamhetsutövare som säkerhetsfrågorna att kunna behandlas och omständigheterna läggas till grund för tillståndsbeslutet.⁴⁸

Undantaget beträffande miljöskador orsakade av verksamhet inom ramen för totalförsvaret visar väl i och för sig på en av Polluter Pays principens svagheter. När staten behöver bedriva verksamhet som kan orsaka skada på biologisk mångfald uppkommer skadan för staten själv och något ansvar behöver alltså inte utkrävas. Det bör sägas ett det finns ett stort antal verksamheter som bedrivs, med statens tillstånd, därför att de anses nödvändiga för samhället, t.ex. för energiförsörjningen. Man får samtidigt påminna sig att staten är en av de största förorenarna i ett antal egna verksamheter.

För andra yrkesverksamheter än de för vilka det föreligger tillståndsplikt enligt Bilaga III i direktivet gäller ett *culpa-ansvar*. Ett sådant ansvar är svårare att utkräva inte minst när det gäller skada på naturresurser. Även det ansvaret

⁴⁸ Se närmare om dessa frågor Asta Uptaite, Ansvarsgenombrott på miljörättslig grund, Examensarbete VT 2003, Lunds universitet och den källförteckning som finns där.

avser emellertid skada bara inom *Natura 2000-nätet* och går, liksom för de i Bilaga III förtecknade yrkesverksamheterna, ut på att utövaren skall vidta åtgärder för återställande och förebyggande.

Det kan anläggas även ett antal andra synpunkter på direktivet, men det finns inte utrymme att närmare gå in på dem här. Lagtekniskt kan somligt också ifrågasättas, bl.a. kausalitetsregelns uppdelning.

Trots de brister som alltså alltjämt kan sägas föreligga i direktivet och trots att det saknas en modell för värdering av uppkomna skador i de fall då återställande eller kompletterande åtgärder inte är tillräckliga, kan direktivet som medlemsstaterna nu har att implementera ses som en viktig plattform för en fortsatt utveckling av ansvaret för skada på naturresurser. Direktivet är ett minimidirektiv och möjlighet finns alltså för medlemsstaterna att nationellt bygga ut ansvarssystemet. Sådan utbyggnad bör dock ske med stor försiktighet och syfta till enhetlighet.

För nordisk del torde flera av ansvarskomponenterna i direktivet redan vara etablerade, men skador på biologisk mångfald har nu, så att säga, fått en egen disciplin, även om ansvaret i princip inskränks till att avse åtgärder för återställande och förebyggande. Vid implementeringen bör det emellertid övervägas om inte ansvarsmodellen skall utvidgas till att också innehålla regler för värdering av kvarstående skada på den biologiska mångfalden när åtgärder för återställande eller alternativa åtgärder antingen visat sig otillräckliga eller bedömts orimliga av andra skäl, bl.a. ekonomiska.

Möjliga skadevärderingsmodeller för kvarstående skador

EG-direktivet har redan, som framgått ovan, tagit ett steg bort från klassisk skadeståndsrätt. Visserligen skall verksamhetsutövaren ansvara för kostnaderna för återställande och förebyggande – även detta kan ju kallas skadestånd – men det är samtidigt fråga om ett förvaltningsrättsligt ansvar.

När det gäller kvarstående skador på den biologiska mångfalden har det sedan länge diskuterats vilka värderingsmodeller som skulle kunna användas. Förebilder finns i bl.a. USA under OPA 90 och i CERCLA. Andra modeller har skapats i Europa och i ett antal länder i övrigt. I Norden har ibland, konstruerade, enstaka lösningar tagits till, t.ex. genom avgörandet i det svenska järvfallet, NJA 1995 s 249,⁴⁹ medan det i vissa länder finns mer schablonmässiga tabeller för skada, framför allt när det gäller utrotningshotade djur (se t.ex. listan över förverkandebelopp när det gäller vissa fridlysta djur i Finland.⁵⁰ (Se även de hänvisningar till andra länder som görs i järvfallet.)

⁴⁹ Det har i Sverige efter järvfallet utdömts ersättning enligt ungefär samma modell i ett antal ytterligare fall vid olovlig jakt på andra fridlysta djur, bl.a. björn och varg;

⁵⁰ Miljöministeriets beslut (MB 1209 1995) med riktgivande tabell om fridlysta djurs och växtarters ekologiska värde uttryckt i pengar; se Wetterstein s 202 och genomgående hos Sandvik.

Emellertid kan det ifrågasättas om inte tanken helt borde frigöras från de klassiska skadeståndsrättsliga modellerna. Skada på den biologiska mångfalden bör kunna ses som en skada "*sui generis*" som inte behöver värderas på sedvanligt sätt. Det låter sig i många fall helt enkelt inte göra. Att uppställa schabloner för vissa typer av skada på den biologiska mångfalden skulle kanske i förstone befinnas vara oskäligt och beloppen sakna anknytning till verkligheten. Att ett förvaltningsrättsligt ansvar, när återställande inte visar sig möjligt, emellertid kan behöva "transformeras" till pengar är en annan sak. Det kan då krävas en schablonisering, men den bör ske på ett samlat sätt och i samförstånd mellan de olika intressena. I den mån sådan ersättning i pengar skall utdömas av miljödomstolarna behövs såväl naturvetenskapliga som ekonomiska riktlinjer. Därmed är inte sagt att konstruktioner av komplicerat slag, motsvarande dem i USA som vållar stora bekymmer vid sin tillämpning, skall eftersträvas. På miljörättens område används redan en annan modell i CRAMRA.⁵¹

Det finns förebilder för skadeståndsschabloner inom andra områden, närmast inom personskaderätten. Lika lite som det går att fastställa vad en viss kvarstående biologisk mångfaldsskada kan vara värd, lika lite kan det egentligen fastställas vad en förlorad tumme eller en förlorad arm skall anses ha för värde. Detta är beroende av så många faktorer att prövning i det enskilda fallet knappast blir möjlig. Visserligen kan skada på biologisk mångfald ta sig uttryck i ett oändligt mycket större antal varianter än personskada, men i princip borde samma tankegångar kunna följas.

Det vore därför rimligt om det inom ramen för eller i anslutning till implementering av direktivet, med stor försiktighet, inleds arbete med att upprätta schabloner för ersättning av kvarstående skada på den biologiska mångfalden och att även ett sådant ansvar slutligen inflyter i respektive lands miljölagstiftning. Som kommer att nämnas i nästa avsnitt om försäkring och andra säkerhetslösningar underlättar en sådan schablonisering av skadan möjligheten till försäkring.

7. Ekonomisk säkerhet (försäkring)

Enligt direktivet skall medlemsstaterna framlägga rapport om villkor för försäkring och annat slag av ekonomisk säkerhet för de verksamheter som omfattas av Bilaga III.

Direktivet har begränsats till att avse säkerhet till tryggnad av åtgärder av kostnaderna för att förebygga och avhjälpa miljöskador. I avsnittet ovan har diskuterats vad som bör gälla för skada som inte visat sig möjlig att återställa. En viss jämförelse har gjorts med schablonvärden för bl.a. invaliditet inom personskaderätten.

⁵¹ 1988 Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resources Activities.

När direktivet förelägger medlemsstaterna att vidta åtgärder så att det utvecklas instrument och marknader för ekonomisk säkerhet, har nu i första hand verksamhetsutövarens ansvar för återställande för förebyggande åtgärder satts i fokus. För sådana åtgärder föreligger – utan tvekan – försäkringsmöjlighet under förutsättning att verksamhetsutövaren är identifierbar. Så är fallet med sådana verksamhetsutövare som har tillståndsplikt för sin verksamhet, dvs de utövare som omfattas av Bilaga III till direktivet. Olika delförsäkringslösningar föreligger redan i olika länder bl.a. i Sverige genom miljöskade- och saneringsförsäkring enligt 33 kap MB. De redan existerande försäkringslösningarna, som har till syfte att säkerställa åtgärder i fall då utövaren inte själv kan förmås vidta åtgärderna eller inte har tillräckliga ekonomiska resurser, kan utvidgas till att omfatta även sådana återställandeåtgärder när det gäller skada som avses i direktivet, dvs återställande av naturresurser, utan att det föreligger någon av de klassiska skadorna. En sådan försäkring – som därigenom också blir obligatorisk – kan utkrävas i samband med tillståndsprövningen.

Det ställer sig svårare att ordna en försäkringslösning för andra verksamhetsutövare än sådana som har tillståndsplikt. Dessa är ju inte identifierbara på förhand. Fråga uppkommer om en försäkring ändå skulle kunna ordnas för dem. Nästan alla verksamhetsutövare, i vart fall de som bedriver yrkesverksamhet (som nämnts ovan är definitionen av "yrkesverksamhet" oklar i direktivet och fråga uppkommer var gränsen skall anses vara i förhållande till personer som företar åtgärder utanför ramen av någon direkt yrkesverksamhet, t.ex. vid jakt på fridlysta djur) har någon form av *företagsförsäkring*. Den kan redan i dag omfatta vissa miljöåtgärder, men borde kunna omfatta även det utvidgade ansvar som stadgas i direktivet. En sådan lösning kan åstadkommas på frivillig väg genom att försäkringsbolagen inför ett utvidgat ansvarsmoment i företagsförsäkringen.

För det fall att även privatpersoner skall ha ett motsvarande ansvar (även de kan orsaka skada på naturresurser) borde motsvarande lösning kunna ske inom ramen för *hemförsäkringen*. Det behöver knappast befaras att en sådan utökning av försäkringsansvaret skulle innebära någon avsevärd premiehöjning.

Såvitt avser eventuellt utökat ansvar även för kvarstående skador på den biologiska mångfalden kan försäkring ske av schablonvärden sedan sådana väl etablerats. Ett arbete med att skapa schabloner bör i så fall ske i samråd med försäkringsbranschen.

Försäkringslösningar av nu nämnt slag torde förutsätta att försäkringsgivarens ansvar blir begränsat. Därmed är inte sagt att verksamhetsutövarens ansvar också skall vara begränsat. Försäkringslösningarna tillkommer endast som ett särskilt skydd för den skadelidande staten, dvs som en ekonomisk säkerhet för att återställande och förebyggande av ytterligare skada verkligen kommer till stånd och eventuellt, om det steget tas, för den schabloniserade ersättning som kan utgå för kvarstående skador på naturresurser.

Den svenska försäkringsmarknaden

Även om de nationella försäkringsbolagen (i den mån de numera är sådana) låtit sig företrädas i det centrala arbetet med anledning av EG:s Vitbok och förslaget till direktiv har, förutom i samband med de sekundära remissomgångarna, gjorts motsvarande nationella undersökningar. Kontakter har även tagits mellan de nationella försäkringsmarknaderna och respektive regering i ett flertal länder

I Sverige har skett sådant utbyte, bl.a. vid möten mellan Sveriges Försäkringsförbund och Miljödepartementet under 2003 då försäkringsmöjligheterna ur ett svenskt perspektiv när det gäller skada på den biologiska mångfalden diskuterades. Försäkringsförbundet betonade att man måste skilja på miljöansvaret i sig och vad som är försäkringsbart. Därmed är inte sagt att det skulle vara helt omöjligt att försäkra skador på den biologiska mångfalden, men ett antal begränsningar anses nödvändiga (ungefär överensstämmande med vad som tidigare anförts av CEA). Det hänvisades också av naturliga skäl till att det alltid krävs återförsäkringskapacitet och att man därför måste följa den internationella återförsäkringsmarknaden. En intressant synpunkt från Försäkringsförbundets sida var att en spridning av en försäkring skulle vara lättare att uppnå om den utformades som en egendomsförsäkring och inte som en ansvarsförsäkring. Direktivförslaget bygger dock på Polluter Pays principen, vilket förutsätter att det är fråga om en ansvarsförsäkring. Om en lösning med egendomsförsäkring (gällande för tredje man) skulle komma ifråga skulle den sannolikt endast avse ett saneringsansvar och en starkt beloppsbegränsad, snarast schabloniserad, ersättning för kvarstående skada på den biologiska mångfalden.

Fonder eller andra säkerhetslösningar; kombinationer

De förutsättningar som uppställts av CEA i samband med arbetet på EG-direktivet och diskussioner som förekommit i Sverige, bl.a. med Sveriges Försäkringsförbund, kvarstår som relevanta efter utfärdandet av direktivet. De synpunkterna torde ha föranlett att frågan om säkerhet/försäkringslösningar för närvarande skjutits på framtiden för fortsatt utredning och upprättande av förslag.

I den miljörättsliga debatten har det oftast diskuterats inte bara försäkringslösningar utan även fondlösningar,⁵² men vanligast som alternativ till varandra. På vissa håll har fonder föredragits framför försäkringslösningar.⁵³

Det kan dock finnas fog för en lösning som innebär en kombination, nämligen i första rummet en försäkringslösning men, i andra, när det saknas ett försäkringsskydd, när skyddet är otillräckligt eller när det visar sig omöjligt eller

⁵² Se den diskussion som föregick reglerna i MB miljöskadeförsäkring. I SOU 1987:1 hade förslagit en fondlösning men sedan en försäkringslösning erbjudits på marknaden valdes det alternativet (Kommentaren s 33:2ff).

⁵³ Se Larsson. a.a., s 585 ff och Wetterstein, s 474 ff.

orimligt att vidta några åtgärder, en fondlösning som då är supplerande. Tillståndspliktiga verksamhetsutövare skulle betala ett bidrag till fonden, förutom den försäkringspremie de betalar för sin primärförsäkring. Alternativt kan en del av försäkringspremien föras över till fonden och förvaltas av denna.

Bidrag till fonden från andra verksamhetsutövare kan betalas endast via företagsförsäkringar.⁵⁴ För det fall att schablonbelopp kan utkrävas av verksamhetsutövare som vållat skada på den biologiska mångfalden kan sådan ersättning tillföras fonden och användas av fonden för återställande av miljön i andra avseenden.

Förebilder för en kombination av försäkrings- och fondlösningar finns på oljeskadeområdet genom P & I försäkringens grundläggande skydd och den internationella oljeskadefondens kompletterande skydd (IOPC). Erfarenheterna från IOPC⁵⁵ ger vid handen att, även om fondens kapacitet är mycket stor, den vid särskilda katastrofer kan visa sig otillräcklig. Mot den bakgrunden bör det övervägas (goda förutsättningar finns säkert om detta redan från början är inbyggt i systemet) om fonden i sin tur inte bör teckna en form av "excess of loss-försäkring (XL) på den internationella marknaden eller arrangera någon form av återförsäkringsskydd".⁵⁶

En fördel med en fondlösning är att det kunde samlas kunskaper och erfarenhet hos fonden vid bedömning av återställandeåtgärder (jfr IOPC-fonden) och en fond skulle kunna vara neutral i förhållande till både verksamhetsutövare och den skadelidande (staten). Fonden skulle också kunna vara normgivare

⁵⁴ Se dock det norska lagförslaget där fonden tillförs medel genom en miljöersättning som utgår vid skada.

⁵⁵ Fonden grundar sig på 1992 års ändringsprotokoll till Fondkonventionen av 1971. Den är en mellanstatlig organisation etablerad av stater och ger ersättning för skada på grund av kutsläpp av oljelast från tankfartyg i stater som är organisationens medlemmar. Fonden administreras av ett sekretariat under ledning av en "director" (Måns Jakobsson). Den har sitt säte i London. Fonden utger bara ersättning som utgår enligt 1992 års ansvars- och fondkonventioner. Med "oljeskada" ("Pollution Damage") avses skada vid oljeutsläpp, men såvitt avser "impairment of the environment" kan ersättning utgå bara för åtgärder som faktiskt vidtagits för avhjälpande såvida det inte är fråga om förmögenhetsförlust på grund av sådan skada. Med skada avses också kostnader för rimliga förebyggande åtgärder ("preventive measures") under förutsättning att det förelåg en överhängande fara för skada.

I IOPC:s Claims Manual (november 2002) sägs särskilt att fonden inte ersätter skada på miljön som kan fastställas bara genom en abstrakt beräkning enligt teoretiska modeller. Fonden betalar heller inte skadestånd av vites- eller straffkaraktär ("damages of a punitive nature"). Inte heller undersökningar som vidtas för att läggas till grund för sådana beräkningar bekostas av fondmedel, medan däremot sådan oljeskada som är ersättningsgill kan inkludera motsvarande undersökningskostnader.

⁵⁶ En sådan lösning för IOPC har diskuterats men varit svår att uppnå vid tillfället. Behovet har dock uppkommit i ett läge där en stor katastrof nyligen ägt rum, vilket medfört att det krävts mycket höga premier. I ett mer utjämnat läge kan det antas att sådan försäkringskapacitet finns till en inte alltför hög kostnad.

och beslutsfattare när det gäller ett utvidgat ansvar jämfört med direktivet för kvarstående skador på den biologiska mångfalden. En fondlösning skulle kunna medföra att åtgärder vidtas snabbt och effektivt när det visar sig osäkert om verksamhetsutövaren själv kommer att vidta åtgärder.⁵⁷

Idealiskt sett skulle ett fondarrangemang göras på övergripande europeisk nivå så att därigenom uppnås uniformitet, inte bara i säkerhetssystemet utan också i beslut och värderingar. Vidare skulle det då redan ha etablerats ett neutralt organ för sådana fall då skadan är gränsöverskridande. I princip är ju verksamhetsutövaren ansvarig även utanför sitt lands gränser. I det sammanhanget bör man påminna sig att staterna själva ofta är de potentiellt största förorenarna (det kan i det gränsöverskridande sammanhanget te sig olyckligt att EG-direktivet inte skall tillämpas på totalförsvarsverksamhet).⁵⁸

När det gäller gränsöverskridande skador kan också påminnas om det omdiskuterade internationella problemet när det gäller eventuell skyldighet att i sina hamnar ta emot fartyg i sjönöd som utgör ett hot mot landets miljö (inom IMO och CMI behandlat under benämningen "Places of Refuge"). Dilemmat är att den miljöförstörelse som uppkommer om ett fartyg i nöd, t.ex. en oljetanker, inte ges möjlighet att söka nödhamn kan bli oerhört mycket större än om fartyget tillåtit uppsöka hamnen. Det har då ansetts av stor betydelse att det tillskapas ett internationellt organ med möjlighet att fatta snabba beslut i sådana frågor. Frågan har dock varit mycket kontroversiell, eftersom den berör enskilda staters integritet och vilja att skydda sina egna hamnar och kuster.⁵⁹

Även om det skulle etableras nationella fondlösningar, vilket förefaller mest sannolikt eftersom de kan ha att anpassas till redan delvis etablerade försäkringslösningar, bör samråd och utbyte av erfarenheter ske mellan dessa fonder på EU nivå.

Änyo kan nämnas IOPC-fonden, som verkar över hela världen och vars

⁵⁷ När det gäller både "kompletterande" och "kompenserande" åtgärder, med direktivets terminologi, kan det istället vara så att det endast på "lång sikt" (ett uttryck som används i Direktivet) kan avgöras om det alls till slut uppkommer en skada eller om den som uppkommit består eller om naturresursen återhämtar sig. I den delen föreligger därför inte behov av snabbhet och effektivitet.

⁵⁸ En diskussion om en Europafond fanns redan i 1993 års Grönbok. Hänvisning gjordes till IOPC-fonden och Superfonden under CERCLA och vissa fond- och försäkringslösningar i Sverige. Frankrike och Holland nämndes också. Diskussionen fördes inte vidare vid direktivarbetet, men frågan aktualiserades på nytt när det gäller oljeskador sedan det visat sig att IOPC-fonden i samband med några stora oljeutsläpp varit otillräcklig i sin dåvarande kapacitet. Sedan kapaciteten dock ökats lades frågan på nytt åt sidan. Det har diskuterats om preventionen uttunnas i och med att försäkrings- och fondlösningar saknas. Enligt referentens uppfattning behöver detta knappast befaras. Som direktivet nu är utformat med ett återställande och förebyggande ansvar och allt vad det innebär för verksamhetsutövaren kommer preventionen sannolikt att upprätthållas.

⁵⁹ Se om detta Comité Maritime International, Yearbook 2003, s 314 ff och Louise Dalborg, Places of Refuge, Examensarbete, Uppsala universitet 2004.

praxis fått stor genomslagskraft vid skadereglering inom oljeskadeområdet. Andra fondförebilder föreligger, särskilt de olika lösningarna i USA som ägnats stor uppmärksamhet i litteraturen och i EU:s arbete med ett direktiv. Samtidigt som dessa lösningar och ett antal andra olika länders visat sig ha fördelar, har de också i många avseenden stora nackdelar. Det saknas utrymme att närmare gå in på dem här. Hänvisning görs till den litteratur som angivits ovan och som relativt utförligt beskriver dem. Gemensamt för många av dessa lösningar är att fonden finansieras genom avgifter på en viss vara, t.ex. olja eller motorbränsle. Motsvarande låter sig inte direkt göra när det gäller de verksamhetsutövare som omfattas av EG-direktivet. Däremot kan det fastställas en viss avgift baserad på andra motsvarande kriterier, t.ex. verksamhetens art, verksamhetsutövarens omsättning eller liknande. Detta måste givetvis övervägas och preciseras ytterligare. När det gäller t.ex. IOPC-fonden har kanalisering av det primära ansvaret skett till den som transporterar oljan, medan avgiften betalas av oljeimportörerna enligt ett visst system. När det gäller skada på den biologiska mångfalden kan någon annan kanalisering inte ske än just till verksamhetsutövaren själv, som därigenom får såväl en försäkringskostnad som en fondavgift. Slutligt får emellertid samhället självt bära huvuddelen av kostnaden för att säkerställa ett snabbt åtgärdande av en skada på den biologiska mångfalden, eftersom verksamhetsutövaren väger in den ökade kostnaden i sin prisbild.⁶⁰

En fondlösning förutsätter att det byggs upp kapital i fonden. Så kan endast ske successivt och det kan behövas en interimslösning för det fall att fonden skulle behöva tas i anspråk på ett tidigt stadium för en större skada där den underliggande försäkringskapaciteten inte räcker till. Här bör övervägas om fonden själv skall försäkra sig genom XL- eller återförsäkringslösningar på lägre nivåer under detta inledningsskede eller om staten själv skall bära det överskjutandet ansvaret under den tiden.

Några kommentarer till NOU 2004:2

Den norska utredningens förslag har likheter med de tankar referenten här framfört. Som framgått innehåller utredningen också ett förslag till fondlösning. Den miljöersättning som skall utgå och som inte är knuten till någon visad ekonomisk förlust skall betalas till en särskild fond som bara får användas för åtgärder beträffande naturmångfalden. Miljöersättningen skall utgå utöver skyldigheten att återställa eller förebygga skada, såvitt får förstås, i de fall där åtgärderna inte leder fram. Man skulle i så fall kunna se miljöersättningen som en sorts schablon för värdesättning av sådan skada. Det förefaller dock som om det är domstolen som har att fastställa miljöersättningen och det kan då antas att förfä-

⁶⁰ Som tidigare nämnts kan Polluter Pays principen därigenom sägas inte bara vara naggad i kanten av undantag, utan även urholka sig själv.

randet kommer att ta tid och ersättningen bli mycket skönsmässig, i synnerhet om ersättningen skall utgå, som förslaget innebär, även om miljöskadan är "obetydlig".

Enligt referentens uppfattning kan det ifrågasättas om det inte är att föredra att alla tillståndspliktiga i stället betalar till fonden och att de som inte betalar får utge en "avgift" som på något sätt är schabloniserad. Även den norska fonden behöver byggas upp successivt och om större skador uppkommer innan den är fullt utbyggd kan dess bidrag till återställandeåtgärder bli litet. Kanske kunde det övervägas om inte det norska fondsystemet därför borde kompletteras med XL- eller återförsäkringslösning.

Förslaget lämnar öppet hur ersättnings- och fondlösningar skall förhålla sig till en verksamhetsutövares eget försäkringsskydd och vilka möjligheter som finns för att uppnå att ett återställande tryggas genom försäkringslösningar.

8. TESER

- EG-direktivet den 21 april 2004 innebär att skada på naturresurser blir ersättningsgill så tillvida att förorenaren skall betala för att förebygga och avhjälpa miljöskador. Direktivet – som är ett minimidirektiv – är begränsat till arter och livsmiljöer inom *Natura 2000-nätet*. En viktig princip har fastslagits, nämligen att det föreligger ett ansvar för skada på naturen i sig och att det finns en bärare av rättigheten, staten som företrädare för medborgarna. Direktivet är snävt, men kan ses som en viktig plattform för en fortsatt utveckling av ansvaret för skada på naturresurser. En utvidgning bör ske med stor försiktighet för uppnående av enhetlighet och till undvikande av att regelsystemet blir svårt att tillämpa.
- Solidariskt ansvar bör inte åläggas verksamhetsutövare, eftersom ett sådant ansvar inte fyller någon egentlig funktion och är svårt att försäkra.
- En ytterligare precisering av vem som är verksamhetsutövare behöver ske, men en del av det problemet kan lösas genom bestämning i samband med tillståndsgivning för miljöfarlig verksamhet.
- Regler om ansvarsgenombrott bör inte införas. Motsvarande effekter uppnås genom en bestämning ad hoc för tillståndspliktig verksamhet av begreppet verksamhetsutövare och i andra fall med hjälp av försäkringslösningar.
- Det är möjligt att skapa särskilda försäkringslösningar för att trygga rätta fullgörandet av förebyggande och avhjälpande åtgärder, men ett försäkringsskydd för förebyggande och avhjälpande åtgärder får ha snävare ramar än direktivets. Försäkringsansvaret skall vara beloppsbegränsat.
- För icke tillståndspliktiga verksamheter kan arrangeras skydd genom företagsförsäkring som utvidgas att avse ansvar på naturresurser.

- Det är möjligt att försäkra även subsidiära (kompletterande och kompenserande) åtgärder under förutsättning att riktlinjer för fastställandet av rimliga sådana åtgärder kan ske i samråd med försäkringsbranschen.
- Sådana skador som inte kan avhjälpas och kvarstående skador efter det att kompletterande åtgärder inte är möjliga eller rimliga omfattas inte av direktivet, men försäkring är möjlig även beträffande sådana skador under förutsättning att de kan åsättas ett värde som kan försäkras. Det förutsätter att värdena kan schabloniseras.
- En subsidiär miljöskadefond bör upprättas. Den skall ha regressrätt mot verksamhetsutövaren.
- Det implementeringsarbete som nu skall ske före 2007 är av största betydelse, eftersom EG-direktivet är ett ram- och minimidirektiv. Implementeringen bör ske i nordiskt samråd och med nordisk uniformitet som mål. Ett snabbt och gemensamt genomförande av direktivet från nordisk sida kan utgöra förebild för andra medlemsstater, inte minst de nytilträdna.