

Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2012:2

www.nordiskmiljoratt.se

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2012:2

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Gabriel Michanek

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

Innehåll/Content

Gabriel Michanek: **Introduction** ... 1

Jan Darpö: **EU-rätten och den processuella autonomin på miljöområdet – Om det svenska systemet med tillåtighetsförklaringar och mötet med europarätten** ... 3

Damilola S. Olawuyi: **Towards a Transparent and Accountable Clean Development Mechanism: Legal and Institutional Imperatives** ... 33

Karin Buhmann and Iben Nathan: **Plentiful forests, happy people? The EU's FLEGT approach and its impact on human rights and private forestry sustainability schemes** ... 53

Eivind Junker: **Kommuners plikt til å undersøke konsekvenser av klimaendringer ved planlegging etter plan- og bygningsloven** ... 83

Introduction

Gabriel Michanek, editor

The seventh issue of Nordic Environmental Law Journal begins with an article written by Jan Darpö: *EU-rätten och den processuella autonomin på miljöområdet – Om det svenska systemet med tillåtighetsförklaringar och mötet med europarätten*. Darpö discusses the impact of European law on environmental proceedings in Sweden. The discussions are linked to a controversial case concerning a planned limestone quarry on the Baltic Sea island of Gotland in Sweden; the “Bunge case”. The author discusses three aspects of possible EU-law impacts. First, the Swedish Environmental Code empowers the government and the environmental courts to initially declare a planned project as “permissible” (“tillåtligt”). This decision on permissibility has a binding effect on the subsequent permit procedure (where the function normally is to determine the specific conditions for the project). However, the question is if the permissibility decision is binding where the subordinated permit authority finds that a permit would violate environmental requirements in EU law, in this case the Habitat directive (protection of two adjacent natura 2000 areas). Secondly, the author questions if a system with binding permissibility decisions could conflict with the basic requirement on access to justice for the public concerned according to EU law and the Aarhus Convention? Thirdly, Darpö discusses the requirement for timeliness in environmental proceedings. In this respect, the article also concerns international obligations according to the European Convention on Human Rights and the Aarhus Convention.

The relation between environmental law and human rights law is even more accentuated in the following two articles. In the paper *Towards a Transparent and Accountable Clean Development Mechanism: Legal and Institutional Imperatives*, Damilola S. Olawuyi demonstrates how the Clean Development Mechanism (CDM) in different ways has been criticised for violating human rights in host countries in terms of e.g. mass displacement of citizens from their homes to allow for projects. Olawuyi discusses the need for a more transparent and accountable CDM. She explores the idea of accountability under international law and examines how these notions could be mainstreamed into a post-2012 CDM framework. The author also discusses the need for a comprehensive com-

plaint mechanism under the CDM as a starting point for a more transparent and accountable CDM.

The third article is written by Karin Buhmann and Iben Nathan: *Plentiful forests, happy people? The EU's FLEGT approach and its impact on human rights and private forestry sustainability schemes* (FLEGT is short for Forest Law Enforcement, Governance and Trade). Drawing on Vietnam as a case study and the private Forest Stewardship Council (FSC) criteria as an example of a broader sustainability scheme, the authors elaborate on conflicts between FLEGT and human (and labour) rights. The authors also discuss possible contributions that could follow from adding a Corporate Social Responsibility (CSR) perspective to the FLEGT approach. They conclude that although the FLEGT scheme seeks to achieve commendable objectives, it could do more to address human rights related to forestry usage, harvest and timber processing through the combined force of law and the market on which the scheme builds.

Finally, in the fourth paper – *Kommuners plikt til å undersøke konsekvenser av klimaendringer ved planlegging etter plan- og bygningsloven* – Eivind Junker discusses if the Norwegian municipalities have a duty to assess how climate change consequences can affect the physical planning, and if so, how thorough and detailed this assessment ought to be. Both general requirements stemming from the Administrative Procedures Act and specific demands according to the Planning and Building Act are analysed. Junker concludes that municipalities in most cases are supposed to review possible climate change effects. However, the demand for details varies depending on the type of plan or decision, as well as other aspects.

EU-rätten och den processuella autonomin på miljöområdet – Om det svenska systemet med tillåtligheidsförklaringar och mötet med europarätten

Jan Darpo*

1. Inledning	4
1.1 Bakgrund och syftet med artikeln	4
1.2 Allmänt om den svenska miljöprövningen	5
1.3 Bunge-målet i korthet	6
1.4 EU-kommissionens brev till regeringen	8
1.5 Tillåtligheidsförklaringar i svensk rätt	9
1.6 Regeringens tillåtligheidsbeslut enligt 17 kap. MB	11
2. Diskussion 1: Tillåtligheidsförklaringarna och bundenheten	12
2.1 Den kontroversiella frågan	12
2.2 EU-domstolen om rättskraft och bundenhet	13
2.3 Om bundenhet av överinstansens ställningstagande i samma mål	15
2.4 Mötet mellan tillåtligheidsförklaringen och kraven för Natura 2000-tillstånd	17
2.5 Rättskraftsprincipen inom EU-rätten	18
2.6 Slutsatser om mötet mellan tillåtligheidsförklaringar och EU-rätten	18
3. Diskussion 2: Tillgången till rättslig prövning och miljöprövning i allmän domstol	19
3.1 Klagorätten i miljösmål	19
3.2 Möjligheten att rättsligt utmana tillåtligheidsbeslut enligt 17 kap. MB	20
3.3 Hänvisningen till artikel 9.2 Århuskonventionen	22
3.4 Enskildas möjligheter att ansöka om rättsprövning	23
3.5 Rättsprövningen som ett effektivt rättsmedel	25
4. Diskussion 3: Miljöprövning i allmän domstol och tidsaspekten	26
4.1 Inledning	26
4.2 Europadomstolens dom i Matti Eurén v. Finland	26
4.3 Tidsaspekten i Bunge-målet	27
4.4 Slutsatser om den svenska miljöprövningen	28
5. Avslutande om de svenska domstolarnas roll i implementeringen av EU-rätten	30

* Professor i miljö rätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet, jan.darpo@jur.uu.se, www.jandarpo.se.

Abstract

In this article, I discuss some aspects of the general impact of European law on environmental proceedings in Sweden. These aspects have each, to some extent, been highlighted in a controversial case about a limestone quarry on the Baltic Sea island of Gotland in Sweden, the Bunge case. I use this case to analyze and discuss the encounter between the Habitats Directive and the ability of the Swedish government and the environmental courts, according to the Environmental Code, to declare a certain activity permissible prior to the commencement of that activity, with a binding effect on the subsequent permit procedure. Second, I discuss whether a system that allows early decisions on permissibility with binding effect might conflict with the basic requirement for access to justice for the public concerned according to EU law and the Aarhus Convention. Third and last, I use the Bunge case to discuss the requirement for timeliness in environmental proceedings. In this respect, the article also concerns international obligations according to the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Aarhus Convention.¹

1. Inledning

1.1 Bakgrund och syftet med artikeln

En miljöhändelse som väckt stor massmedial uppmärksamhet i Sverige under det senaste året är det s.k. Bunge-målet. Det handlar om företaget Nordkalks ansökan om tillstånd till ett kalkbrott i Bunge på ön Gotland och målets handläggning i miljödomstolarna. Det är svårt att uttala sig om orsakerna till uppmärksamheten annat än i allmänna ordalag. Det är fråga om en verksamhet som kan orsaka skada i ett mycket skyddsvärt

område, ett förhållande som engagerat stora delar av miljörörelsen. Även fackmyndigheterna på naturvårdsområdet – Naturvårdsverket och länsstyrelsen på Gotland – har hela tiden varit mycket kritiska till projektet och har drivit målet i domstolarna. Här finns vidare påståenden om påtryckningar från politiska och ekonomiska intressen på domstolarna och JO-kritik mot myndigheter för bristande förståelse av jävsproblematiken. Till detta kommer att domstolsinstanserna har bedömt frågan helt olika, delvis i polemik mot varandra. EU-kommissionen har också intresserat sig för tåkten under pågående mål.

För den svenska publiken har jag redan kommenterat Bunge-målet i artiklar som är publicerade i andra sammanhang, dit den som är intresserad av de närmare detaljerna i målet kan söka sig.² Denna artikel är istället ämnad för en bredare och nordisk läsekrets och här presenterar jag några miljöprocessuella funderingar kring mötet mellan den svenska miljöprövningen och våra EU-rättsliga och folkrättsliga förpliktelser. Förutom i Bunge-målet, har jag funnit inspiration till ämnet i mitt arbete med att samordna och sammanfatta en studie åt EU-kommissionen om implementeringen av artikel 9.3 i Århuskonventionen i 17 av unionens medlemsstater.³

EU-rätten bygger på att den vid regelkonflikter gäller framför medlemsstaternas lagstiftning och att den kan tillämpas direkt. Det unionsrättsliga kravet på företräde innebär att myndigheter och domstolarna i vissa situatio-

² Det rör sig om två artiklar, båda med titeln Bunge-tåkten och EU-rätten. De återfinns båda i fulltext på min publiceringssida, <http://www.jandarpo.se/rapporter.asp>. Den kortare versionen är också publicerad i nättidningen JPMiljönet 2012-10-14.

³ Syntesrapporten har titeln Effective Justice? Synthesis report of the study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in Seventeen of the Member States of the European Union, 2012-11-11. Den finns – tillsammans med de nationella rapporterna från de 17 medlemsstaterna – på kommissionens hemsida, se <http://ec.europa.eu/environment/aarhus/studies.htm>.

¹ Den forskning som legat till grund för artikeln har generöst finansierats av Ragnar Söderbergs Stiftelse. Jag vill också tacka Faculty of Law/University of New South Wales för möjligheten att forska i lugn och ro i den inspirerande miljön i Sidney under hösten 2012.

ner ska bortse från motstridiga nationella regler. Samtidigt utgår systemet från att EU-rätten ska tillämpas i de 27 medlemsstaternas befintliga rättsordningar i enlighet med nationella regler, dvs. processuell autonomi. Autonomi innebär egentligen bara att det är upp till medlemsstaterna att bestämma hur EU-rätten ska iakttas på nationell nivå, varför man i litteraturen även använder uttrycken "procedural competence" eller "national procedural responsibility".⁴ I teorin kan det här framstå som en harmonisk ordning, men i konstruktionen ligger en motsättning som kommer fram i situationer där de nationella reglerna hindrar eller försvårar att unionsrätten får genomslag. Motsättningen mellan EU-rätten och den processuella autonomin kan givetvis utgöras av direkt motstridiga nationella regler eller undermålig implementering. Men den kan också vara indirekt genom den allmänna påverkan som EU-rätten har på de nationella besluts- och processordningarna. Ett exempel är att det numera i flera EU-rättsliga akter på miljöområdet ställs krav på viss tillsyn och rapportering, något som i sin tur får konsekvenser för den administrativa organisationen i medlemsstaterna. I dessa fall är det alltså fråga om ett mera systematiskt inflytande på så vis att de materiella reglerna inom unionsrätten förutsätter ett antal organisatoriska och processuella förhållanden för ett effektivt genomslag.

Avsikten med denna artikel är att mot bakgrund av det ovan sagda diskutera tre frågeställningar kring det inflytandet som Europarätten i vid mening utövar på den svenska miljöprocessen. Den första frågan gäller konstruktionen med s.k. tillåtligheidsförklaringar, ett slags preliminärbeslut om att ett visst projekt kan utföras på en särskild plats. Jag menar att denna konstruktion kan medföra problem när det gäller genomföran-

det av materiella EU-rättsliga krav. Den andra frågan gäller tillåtligheidsförklaringarna och allmänhetens tillgång till rättslig prövning enligt EU-rätten och Århuskonventionen. Här finns anledning att diskutera om den domstolsprövning som erbjuds är effektiv. Den tredje och sista frågan gäller miljöprövningen i allmän domstol. Här gäller diskussionen främst tidsaspekten och de krav som ställs genom artikel 6 i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR). Jag avslutar med några ord kring domstolarnas roll som väktare av det EU-rättsliga systemet.

1.2 Allmänt om den svenska miljöprövningen

Miljölagstiftningen utgörs i Sverige främst av miljöbalken (1998:808, MB) och plan- och bygglagen (2010:900, PBL). Miljöbeslut tas i många fall av kommuner eller kommunala nämnder. En mängd beslut tas också av länsstyrelsen, t.ex. inom det "gröna området" (artskydd och naturvård). Det finns också en mindre kategori beslut som fattas av centrala förvaltningsmyndigheter som Naturvårdsverket, Kemikalieinspektionen och Jordbruksverket. När det gäller tillstånd till olika verksamheter meddelas sådana i huvudsak av länsstyrelserna eller mark- och miljödomstolarna. Vissa tillstånd enligt sektorslagstiftning meddelas dock av fackmyndigheterna. Exempel på detta är järnvägsplan enligt lagen (1995:1649) om byggande av järnväg och vägplan enligt väglagen (1971:948) samt bearbetningskoncession enligt minerallagen (1991:45), vilka meddelas av Trafikverket respektive Bergmästaren.

Alla beslut enligt MB och PBL överklagas i samma linje. Kommunala beslut överklagas till länsstyrelsen, därefter till någon av de fem de regionala mark- och miljödomstolarna och slutligen till Mark- och miljööverdomstolen (MÖD). För de mål som börjar i en myndighet är MÖD slutinstans. De mål som börjar i en mark- och miljödomstol – främst tillstånd till vattenverk-

⁴ Craig, P & De Búrca, G: EU Law – Text, Cases and Materials Oxford University Press (5th ed. 2011), s. 220.

samhet och miljöfarliga verksamheter av större omfattning – överklagas också till MÖD, men går sedan vidare till Högsta domstolen (HD). Krav på prövningstillstånd gäller i både MÖD och HD. Tillstånd enligt sektorslagstiftningen överklagas i regel till regeringen, vars beslut enbart kan angripas genom rättsprövning i Högsta förvaltningsdomstolen (HFD).

En del av själva beslutsfattandet i den svenska miljöprövningen ligger alltså i allmän domstol. Att en domstol agerar som tillståndsorgan är vi helt ensamma om inom EU. Till och med i vårt förvaltningsrättsliga syskonland Finland har man övergivit systemet med domstolar som tillståndsorgan och det finns få motsvarigheter i övriga världen.⁵ Vi skiljer oss också från många andra medlemsstater genom att vår överprövning i domstol är reformatorisk, dvs. den överprövande domstolen prövar hela målet om igen och avslutar med ett nytt avgörande i sak. Det gamla beslutet ersätts alltså med ett nytt, åtminstone som huvudregel. Som en konsekvens av den reformatoriska processen dömer våra miljödomstolar med tekniska experter som ledamöter, s.k. tekniska råd. Att processen är reformatorisk är dock inte unikt för den svenska miljöprocessen, inte heller att det ingår tekniska ledamöter. Detsamma gäller ju i Finland, där såväl Vasa förvaltningsdomstol som Högsta förvaltningsdomstolen i Helsingfors dömer med sådana ledamöter. I Danmark går de flesta överklaganden till Natur- og Miljøklagenævnet (NMK), ett domstolsliknande organ på nationell nivå. Andra sådana överprövningsorgan i EUs medlemsstater är Umweltsenat i Österrike, An Bord Pleanála

⁵ Se Darpö & Kuusiniemi & Vihervuori: Miljöprövning i vågskålen. Förvaltningsrättslig Tidskrift 2009 s. 323, på s. 330 ff. För en vidare utblick, se Pring, G & Pring, C: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals. The Access Initiative, World Resources Institute, Sturm College of Law/University of Denver 2009 – <http://www.law.du.edu/index.php/ect-study?>

(Planning Appeals Board) i Irland och First-tier Tribunal/Upper Tribunal i Storbritannien. En del av dessa organ är tillräckligt opartiska och oberoende för att passera som "court or tribunal" enligt artikel 6 EKMR och enligt artikel 267 TFEU.⁶ Gemensamt är dock att de räknas som en del av den administrativa besvärapparatens och att det i samtliga fall finns en möjlighet att få deras beslut överprövade genom rättsprövning eller laglighetsprövning i domstol. Det här systemet ansluter också till den helt förhärskande ordningen för överklagande av miljöbeslut inom EU, nämligen att de – oavsett om det är fråga om tillståndsbeslut, tillsynsbeslut eller andra ställningstaganden – tas inom administrationen och att domstolarna kommer in i bilden först genom rättsprövning av beslutets formella och materiella laglighet.

1.3 Bunge-målet i korthet

Bunge-täkten är planerad till ett område med konkurrerande markanvändningsintressen. Naturvårdsverket har pekat ut det som riksintressant för naturvården, samtidigt som Sveriges Geologiska Undersökning (SGU) har angett området som riksintressant för brytning av kalkstensfyndigheter. Till detta kommer att täktområdet ligger i direkt anslutning till två Natura 2000-områden, Bästeträsk och Bräntings haid. I områdena finns flera skyddsvärda naturtyper som är upptagna i EU:s art- och habitatdirektiv, varav några är prioriterade. Täkten hotar dessutom flera arter utanför Natura 2000-områdena som omfattas av bilaga 4 till direktivet. En stor del av kontroversen i Bunge-målet gäller om det kan uppkomma skada på de skyddsvärda naturtyper och arter som finns i och omkring Natura 2000-områdena.

⁶ Se EU-domstolens avgörande i C-205/08 om Umweltsenat i Österrike.

Nordkalk – uppbackade av SGU och gruvnäringens branschorganisation – menar att påverkan på de motstående intressena är begränsad och att föreslagna skyddsåtgärder garanterar att det inte uppkommer påtaglig skada på de skyddade intressena. Naturvårdsverket, Länsstyrelsen på Gotland, Artdatabanken/SLU och naturvårdsorganisationerna menar istället att täkten är otillåten med hänsyn till de skyddsvärda arterna och omgivande Natura 2000-områdena. Gotlands kommun tillstyrker ansökan, men ifrågasätter – i likhet med övriga motparter – bolagets slutsatser om påverkan på grundvattnet i de skyddade områdena. Vad som emellertid är ostridigt mellan parterna är att risken för påverkan består i förändrad avrinning och uttorkning eller förändrade tillflöden, både med avseende på fluktuationer och på vattenkvaliteten. Till riskbilden hör också att det finns två andra verksamheter planerade i området som kan påverka Natura 2000-intressena; dels ett vattentag i sjön Bästeträsk, dels en utökning av en pågående täkt i området (SMA-täkten i Stucks).

Domstolsbehandlingen av kalktäkten började redan 2005 med att Nordkalk ansökte om tillstånd till två provbrott, vilket meddelades av miljödomstolen i Stockholm och fastställdes av MÖD i september 2006. Ansökan om tillstånd för huvudverksamheten inkom till miljödomstolen i Nacka i maj 2006, dvs. redan före MÖDs dom om provtäkten. Ansökan omfattade flera tillstånd enligt MB, däribland enligt de s.k. Natura 2000-reglerna. Miljödomstolen avtog ansökan i december 2008.⁷ Domstolen menade bl.a. att det verkade troligt att det skulle uppstå skada på de skyddsvärda arterna och naturtyperna och det inte framstod som sannolikt att det skulle gå att förhindra det genom den återföring av vatten som bolaget föreslagit.

⁷ Miljödomstolen i Nackas dom 2008-12-19 i mål nr M 1826-07.

Domen överklagades av Nordkalk som yrkade att MÖD i första hand skulle meddela tillstånd, i andra hand förklara verksamheten tillätlig och återförvisa till miljödomstolen för fastställande av villkor. MÖDs dom kom i oktober 2009.⁸ Domstolen menade inledningsvis att verksamheten var förenlig med de allmänna hänsynsreglerna i miljöbalken. När det gällde Natura 2000-intressena ansåg domstolen sig förhindrad att göra en samordnad prövning av vattentaget ur Bästeträsk och SMA-täkten av processuella skäl. Sedan uttalade man att det fanns osäkerheter i bedömningen av de hydrologiska förhållandena i området, men att de planerade skydds- och kontrollåtgärderna "bör leda till att effekterna inte påverkar de skyddade livsmiljöerna i området som helhet eller medför att de skyddade arterna utsätts för en störning som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet av arterna i området". Domstolen menade att verksamheten därmed var tillätlig och målet återförvisades till miljödomstolen med uppdrag att meddela tillstånd för verksamheten och föreskriva nödvändiga villkor. Domen överklagades till HD, som dock inte meddelade prövningstillstånd.⁹

⁸ Miljööverdomstolens dom 2009-10-09 i mål nr M 350-09.

⁹ Det bör också nämnas att frågan om jäv aktualiserades efter MÖDs dom 2009. Föreningen Bevara Ojnarekogen (FBO) vände sig nämligen till JO och klagade på att 1:a statsgeologen Anders C vid SGU dels hade varit verksam som konsult åt Nordkalk i arbetet med ansökan om Bunge-täkten, dels hade deltagit i myndighetens remissvar. JO var kritisk och menade att mycket talade för att det förelegat en jävssituation. Efter JOs beslut ansökte FBO resning av målet i HD (NJA 2011 s. 884). I det målet avgav MÖD ett yttrande där man menade att jävsfrågan hade beaktats vid prövningen i målet. HD konstaterade att föreningen hade talerätt, men fann att de omständigheter som föreningen hade åberopat inte utgjorde grund för resning. Därefter ålades FBO av domstolens majoritet att betala rättegångskostnader till Nordkalk på 20 000 kr i resningsmålet. Minoriteten menade emellertid att frågan om rättegångskostnader skulle bedömas i enlighet med de regler som gäller för miljömål i allmänhet och ogillade Nordkalks anspråk om kostnadsersättning.

Målet gick därefter alltså tillbaka till miljödomstolen i Nacka som meddelade dom i november 2011.¹⁰ Domstolen gick igenom företagets förslag till villkor och reste en rad invändningar. När det gällde Natura 2000, uttalade man att det ska vara klarlagt att verksamheten inte kan påverka de skyddsvärda intressena på ett otillåtet sätt och att villkoren ska formuleras redan när tillståndet meddelas. Domstolen ansåg sig därför inte bunden av MÖDs tillåtlighetsförklaring, eftersom där inte angavs några villkor för verksamheten och de uttalanden som överrätten hade gjort var för allmänt hållna. Därmed ansåg miljödomstolen att man kunde göra en egen bedömning i målet och avlog återigen Nordkalks ansökan om tillstånd.

Miljödomstolens dom överklagades av Nordkalk. MÖDs avgörande kom sommaren 2012 och innebar att Nordkalk fick de tillstånd man sökt, förenat med verkställighetsförordnande. Domstolen började med att kommentera frågan om prövningens omfattning och där var man kritisk till miljödomstolen. MÖD menade att frågan om företagets tillåtlighet var avgjord genom den lagkraftvunna domen från 2009 och att prövningsordningen förutsätter att underinstanserna lojalt följer processuella anvisningar vid en återförvisning. Endast i undantagsfall kan det bli aktuellt att avslå en tillståndsansökan efter sådan återförvisning, t.ex. om sökanden inte följer kompletteringsförelägganden från domstolen och det därför inte går att fastställa villkor för verksamheten. Sedan upprepade man uttalandet från 2009, dvs. att verksamheten utlöser tillståndsplikt enligt Natura 2000-reglerna, men att de planerade skydds- och kontrollåtgärderna *borde* leda till att effekterna på arterna och naturtyperna i områdena hålls på en godtagbar nivå. Man bestämde därefter utsläppsvillkor för

avledning och återfiltrering av täktvattnet. Villkoret om efterbehandling av tükten sattes dock på framtiden.

Naturvårdsverket, flera miljöorganisationer och enskilda överklagade domen till HD och begärde inhibition av verkställighetsförordnandet. HD meddelade tämligen omgående prövningstillstånd i frågan om *vilken betydelse MÖDs lagkraftvunna dom från 2009 om tillåtlighet har för den efterföljande tillståndsprövningen*. I övrigt förklarades målet vilande. I mitten av oktober förordnade HD att tillståndet inte fick tas i anspråk tills vidare. I beslutet pekade domstolen på att MÖD 2012 hade utgått från att 2009 års dom var bindande i fråga om verksamhetens tillåtlighet och därför begränsat omfattningen av sin prövning. Då nu prövningstillstånd hade meddelats i den frågan måste målet betraktas som helt öppet. Vidare har ett stort antal klagande framfört invändningar och verksamheten kan redan i det inledande skedet medföra stora skador på miljön. Mot den bakgrunden ansåg domstolen att sökandens intresse av omedelbar verkställighet av tillståndet inte vägde över intresset av att avvakta slutlig dom i saken. Det är i skrivande stund osäkert när slutlig dom i målet kan förväntas, men det bör bli inom kort.

1.4 EU-kommissionens brev till regeringen

Under målets handläggning i MÖD 2012 påbörjade EU-kommissionen en kommunikation med svenska regeringen om Bungetükten. Ärendet hade initierats genom en anmälan av tre miljöorganisationer där man argumenterade för att MÖDs tillåtlighetsdom från 2009 inte var förenlig med EU-rätten. I februari 2012 skrev kommissionen till regeringen genom EU Pilot.¹¹ In-

¹⁰ Miljödomstolen i Nacka, dom 2011-11-30 i mål nr M 5418-10.

¹¹ EU Pilot är ett verktyg för kommunikation mellan kommissionen och medlemsstaternas regeringarna för hantering av klagomål och synpunkter på implementering av EU-rätten. Verktöget är avsett för diskussion och förhandling i ett tidigt skede så att formella överträdelse-

ledningsvis konstaterar man att täktområdet är undantaget från skydd och undrar om utpekandet av områdena hade skett utifrån enbart vetenskapliga kriterier. Därefter frågade kommissionen om tillståndsgivningen hade skötts i enlighet med artikel 6.3 i art- och habitatdirektivet och den rättspraxis som utvecklats av EU-domstolen (C-127/02 *Waddenzee*). Här undrade man också om det fanns fall där svenska myndigheter eller domstolar har följt ett förfarande där beslutet att bevilja ett tillstånd för ett projekt eller en plan redan har fattats och innebär att myndigheten eller domstolen är bundet till att enbart föreskriva villkor för projektet.

I regeringens svar redogjordes för de svenska reglerna om MKB och tillståndsprövning av Natura 2000, därefter för turerna i miljödomstolarna. Regeringen konstaterade att domstolarna hade kommit till olika slutsatser i sina bedömningar, men också att målet fortfarande pågick. När det sedan gällde den andra av kommissionens frågor, löd svaret:¹²

Utöver de ärenden om det svenska genomförandet av bestämmelserna i art- och habitatdirektivet som rör Natura 2000, där den svenska regeringen och kommissionen tidigare haft informationsutbyte kring liknande frågeställningar, känner regeringen inte till några sådana fall.

I juni återkom kommissionen med ytterligare frågor. Nu riktade man in sig på de svenska domstolarnas begäran om förhandsavgöranden. Man frågade dels om domstolarna måste ange skäl vid avslag på ett yrkande om en sådan begäran, dels hur många gånger en begäran till

EU-domstolen som gjorts i miljösmål. Dessutom skrev kommissionen:

Mot bakgrund av svenska domstolar rätts- och annan praxis och eftersom de två rättsinstanserna i fråga verkar ha motsatta åsikter om tillämpningen av relevant EU-lagstiftning, skulle denna omständighet kunna anses vara ett tillräckligt skäl för Mark- och miljööverdomstolen att be om ett förhandsavgörande när den kommer att behandla ärendet om kalkstenstakten för andra gången? Om svaret på föregående fråga är nekande, på vilka grunder skulle Mark- och miljööverdomstolen ensam tolka relevant EU-lagstiftning?

Regeringens svarade på de två första frågorna. När det gällde beslutsmotivering vid avslag på yrkanden om att begära förhandsavgörande, hänvisade man till lagen (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol, som ju tillkom efter tidigare kritik från kommissionen. Av den lagen framgår att domstolen ska ange skälen för sitt avslag. Antalet inhämtade förhandsavgöranden från EU-domstolen i miljösmål angavs vara noll från miljödomstolarna, ett från MÖD och tre från Högsta domstolen. Frågorna i citatet närmast ovan avstod regeringen att svara på med hänvisning till att målet fortfarande pågick.

1.5 Tillåtlighetsförklaringar i svensk rätt

Den tillåtlighetsförklaring som MÖD meddelade 2009 grundades på 22 kap. 26 § miljöbalken (22:26 MB). Här framgår att sökanden kan yrka att miljödomstolen i särskild dom avgör frågan om verksamheten är tillåtlig. Om det är angeläget, får domstolen då också besluta om tillstånd till de byggnadsarbeten som måste utföras snarast. Bestämmelsen har en vattenrättslig historia, där motsvarande möjlighet fanns i 1983 års vattenlag (VL). Här bör man komma ihåg att

ärenden kan undvikas, se Hadroušek, D: Speeding up Infringement Procedures: Recent Developments Designed to Make Infringement Procedures More Effective (Journal of European Environmental & Planning Law (JEEPL) 2012 s. 235. Författaren är tjänsteman vid tjeckiska UD.

¹² Miljödepartementet 2012-03-07, dnr M2012/366/R, s. 5.

VL byggde på att domstolen *först bedömde* verksamhetens tillåtlighet, *därefter satte* villkoren för verksamheten. Ordningen innebar att villkor om utförandet eller "jämkning" endast kunde göras om det fanns utrymme inom ramen för tillåtligheten.¹³ Om alltså verksamheten nått och jämnt klarade ribban i "tillåtlighetsbedömningen", minskade möjligheten att ställa krav på skyddsåtgärder. Kostbara sådana skulle nämligen medföra att det s.k. båtnadskravet inte uppfylldes, dvs. att fördelarna med företaget översteg nackdelarna. Den här uppdelningen i tillåtlighet och villkor för utförande blev tidigt föremål för kritik. Enligt Michanek var det missvisande att skilja begreppen åt, eftersom samtliga regler syftade till att klargöra vilka materiella krav som måste uppfyllas för att verksamheten skulle få tillstånd. Han menade också att det vore mera systematiskt att först fastställa villkoren och därefter göra en slutavvägning.¹⁴ Vattenlagens ordning skilde sig också från den som gällde enligt 1969 års miljöskyddslag (ML). Den lagen byggde på att beslutsorganet först fastställde villkoren för verksamheten, därefter gjorde en slutavvägning där man tog ställning till om det trots villkoren kunde uppkomma otillåtna olägenheter. Någon möjlighet till tillåtlighetsförklaringar fanns heller inte i ML, däremot ett mera begränsat "igångsättningsmedgivande" till vissa byggnadsarbeten.¹⁵

Miljöbalken bygger på samma systematik som ML, dvs. att man vid tillståndsprövningen först sätter villkor på verksamheten (2:3–7 MB), därefter gör en slutavvägning (2:9 MB). Samti-

digt finns alltså möjligheten till att göra preliminära tillåtlighetsbedömningar enligt 22:26. Möjligheten utnyttjades inte särskilt mycket i balkens barndom och när det ändå skedde satte MÖD upp stränga villkor för sådana "preliminärbedömningar".¹⁶ I MÖD 2003:95 undanröjdes miljödomstolens tillåtlighetsbeslut om ett raffinaderi med hänvisning till brister i MKBn. Domstolen uttalade då att en tillåtlighetsprövning inte kan göras mindre omfattande när det gäller verksamhetens miljöpåverkan än vid en tillståndsprövning.¹⁷ Vägledande för tillåtlighetsprövningar är också MÖD 2006:54. Underlaget i det målet var en komplett ansökan om tillstånd med MKB, ansökan hade remissats till myndigheter och berörda och huvudförhandling hade hållits. Därmed menade MÖD att utredningen räckte för att fastställa de grundläggande villkoren för verksamheten och den kunde därför förklaras tillåtlig. Målet visades sedan åter till miljödomstolen för meddelande av tillstånd med närmare villkor. I MÖD 2008:40 uttalade domstolen att en tillåtlighetsförklaring innebär ett grundläggande ställningstagande för att lokaliseringen är godtagbar enligt miljöbalken. Ingenting hindrar emellertid att verksamheten begränsas i den efterföljande tillståndsprövningen eller ytterligare krav på utredning och försiktighetsmått ställs. Här betonade också domstolen något som sades redan i 2006 års avgörande, nämligen vikten av att precisera vilka anläggnings- och byggnadsåtgärder som omfattas av tillåtlighetsförklaringen. I MÖD 2009:40 uttalade domstolen att när en verksamhet förklarats tillåtlig, måste sökanden kunna förlita sig på att det

¹³ Prop.1981/82:130, s. 419.

¹⁴ Se Michanek, G: Den svenska miljörettens uppbyggnad (Iustus 1985), s. 78 f. och Svensk miljö rätt (Iustus, 2:a uppl. 1993), s. 208 f.

¹⁵ I översättningsnyckeln till miljöbalken sägs visserligen 22:26 MB motsvara 21 a § ML, men då avses paragrafens andra stycke om byggnadstillstånd ("igångsättningsmedgivande"), dvs. att vissa arbeten kunde påbörjas "utan hinder av att tillståndsfrågan inte har blivit slutligt avgjord".

¹⁶ En sökning på Domstolsverket rättsfallssamling (www.rattinfosok.dom.se/MÖD) på 22:26 MB ger tio träffar, varav några inte gäller tillåtlighetsbedömningar enligt lagrummet.

¹⁷ MÖD 2011:51 om LKAB i Svappavaara träffar en liknande situation, då sökanden avgränsat ansökan på ett otillåtet sätt och ansökan därför avvisades.

efterföljande tillståndet i allt väsentligt överensstämmer med denna inledande bedömning. Det villkor om tidsbegränsning som hade satts upp av miljödomstolen i tillståndet godtogs därför inte då den inte framgått redan av tillåtlighetsförklaringen.

Systemet utgår alltså från att man först anger ramen och lokaliseringen för en verksamhet genom en tillåtlighetsförklaring, därefter meddelar tillstånd och villkor. Det bygger också på att underrätten vid återförvisning lojalt följer överrättens bedömning och instruktioner.

1.6 Regeringens tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. MB

Det har inte varit särskilt vanligt med separata tillåtlighetsprövningar i miljödomstol och när det gäller miljöfarliga verksamheter har möjligheten främst använts när det gäller mycket stora och långsiktiga industriinvesteringar.¹⁸ De är däremot vanliga i ett annat sammanhang, nämligen genom de ställningstaganden som regeringen gör med stöd av 17 kap. MB. Detta var givetvis något som regeringen borde ha informerat kommissionen om i sitt junisvar i Bunge-målet. Regeringens tillåtlighetsprövningar syftar till att

de politiskt ansvariga ska ha möjligheten att ta ställning till stora projekt där svåra avvägningar mellan olika samhällsintressen måste göras. Tillstånd till vissa större verksamheter enligt miljöbalken och en rad andra lagar – exempelvis till kärnteknisk verksamhet, mineralbrytning och byggande av vägar och järnvägar – kan föregås av ett sådant tillåtlighetsbeslut av regeringen. Till en början täckte katalogen av projekt som alltid skulle bli föremål för dessa beslut alla slags större industrier, anläggningar för lagring av naturgas och farligt avfall, gruvor och liknande. Listan med obligatorisk regeringsprövning har emellertid med åren bantats och kvar idag enbart kärnteknisk verksamhet (17:1 MB). Regeringen kan emellertid fortfarande förbehålla sig en sådan prövning, vilket normalt sker efter anmälan av sektorsmyndigheterna (17:3 MB). Dessutom har också kommunerna numera en möjlighet att begära att regeringen tillåtlighetsförklarar vissa verksamheter (17:4a MB). Visserligen kan regeringen i dessa senare fall neka att ta upp frågan, men systemet har ändå utvecklats av vindkraftvänliga kommuner till något av en gräddfil för prövningen av stora vindparken. Överprövning av regeringens beslut sker inte i miljödomstol, utan genom rättsprövning hos Högsta förvaltningsdomstolen (HFD).

Grundidén med tillåtlighetsbesluten enligt 17 kap. MB är att lokaliseringen och de övriga frågor som bedömts av regeringen inte ska överprövas av den myndighet eller domstol som hanterar de efterföljande tillståndfrågorna. Dessa ska alltså inskränka sin prövning till det närmare innehållet i tillståndet och de villkor som inte redan är bestämda. Bundenheten framgår inte av lagtexten utan har utvecklats i rättspraxis. Frågan diskuterades av olika instanserna i målen kring Botnia-banan, och såväl MÖD som Regeringsrätten menade – bl.a. med hänvisning till miljöbalkens förarbeten – att man var bunden av regeringens 17 kap.-beslut (MÖD 2006:44 och

¹⁸ Se t.ex. MÖD 2010:53 om Norvikudden i Nynäshamn. Det bör också noteras att reglerna och rättspraxis skiljer sig på vattenrättens område, men det får utvecklas i ett annat sammanhang. Som ett belysande exempel kan dock nämnas att miljödomstolen i Nacka godtog – med hänvisning till MÖD 2009:40 – ett en tillåtlighetsförklaring från 1989 enligt VL (förlängd 1998) hade fortsatt verkan vid en tillståndsprövning enligt MB, trots att tillståndet inte var förenligt med ramvattendirektivets krav på icke-försämring eller miljökvalitetsnormen "god ekologisk status". Domstolen menade nämligen att "(v)arken vattendirektiv eller miljökvalitetsnormer har sådan status att de kan föranleda miljödomstolen att, till förfång för enskild part, fränkänna en lagakraftvunnen dom den s.k. "positiva funktion" som genom rättskraften tillkommer parten." (MD/Nacka 2011-01-28; M 1427-07 *Eldforsen i Daläven*, s. 23). Domen överklagades av Kammarkollegiet, men varken MÖD eller HD meddelade prövningstillstånd.

RÅ 2008 ref. 89).¹⁹ Efter Botnia-målen har regeringen vid flera tillfällen beslutat om tillåtlighet enligt 17 kap. och samtidigt uttryckt rent allmänt att förutsättningar finns för att meddela tillstånd enligt Natura 2000-reglerna. Som ett exempel kan nämnas vindparken i Sjisjka, Gällivare kommun. Placeringen var kontroversiell och motsades av såväl länsstyrelsen, Naturvårdsverket och Kammarkollegiet. Lokaliseringen godtogs dock av regeringen som också uttalade sig i Natura 2000-frågan, vilket såväl Regeringsrätten som MÖD fann var bindande i den efterföljande tillståndsprövningen (MÖD 2009:38 och RÅ 2010 not. 52).

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att en tillåtlighetsbedömning enligt 22:26 MB i allt väsentligt är lik den som sker enligt 17 kap. MB. I båda fallen innebär beslutet ett ställningstagande för en viss lokalisering och vissa grundläggande villkor för verksamheten, vilket är bindande i den efterföljande tillståndsprövningen. Att det är en domstol som sätter ramarna i det ena fallet och regeringen i det andra utgör inte någon principiell skillnad i frågan om bundenhet, som ju i båda fallen följer av en samläsning av miljöbalkens regler och de allmänna förvaltningsrättsliga principerna för gynnande förvaltningsbeslut. I frågan om domstolsprövning är i det senare fallet rättsprövningsinstitutet avsett att garantera lagligheten av regeringens beslut och göra det möjligt att begära förhandsavgörande från EU-domstolen.

2. Diskussion 1: Tillåtlighetsförklaringarna och bundenheten

2.1 Den kontroversiella frågan

Kontroversen i Bunge gäller tillämpningen av Natura 2000-reglerna i miljöbalken, vilka grundas på artikel 6.3 i art- och habitatdirektivet. Av bestämmelserna framgår att tillstånd för projekt som kan påverka ett Natura 2000-område får lämnas endast om verksamheten eller åtgärden *ensam eller tillsammans* med andra pågående eller planerade verksamheter inte orsakar otillåten skada. Vid skadebedömningen måste tillståndsmyndigheten vara *säker* på att verksamheten inte kan skada de skyddsvärda livsmiljöerna i området eller medföra att arterna utsätts för en betydande störning.

I Bunge-målet ansåg MÖD 2009 att verksamheten var tillåtlig. Samtidigt uttalade man att det *borde* vara möjligt att meddela sådana villkor att otillåten skada inte uppkommer och man underlät – på närmast formella grunder – att göra en samordnad skadebedömning med två andra pågående eller planerade verksamheter som kunde påverka Natura 2000-området. Viktiga villkor för verksamheten bestämdes inte, utan överläts till den efterföljande tillståndsprövningen. Domen vann laga kraft genom att HD inte meddelade prövningstillstånd.

Frågan är då vad som gäller om man vid den efterföljande tillståndsprövningen inte kan formulera sådana villkor att otillåten skada undviks, eller att man finner att den sammanlagda skadebilden på Natura 2000-intressena blir alltför allvarlig eller oklar. Är då fortfarande tillåtlighetsförklaringen bindande? *Om svaret blir jakande, hamnar vi i en konflikt med direktivet.* Från Nordkalks sida hävdar man att tillåtlighetsförklaringen ger en obetingad rätt till tillstånd genom att den har vunnit laga kraft. I konsekvens härmed går företaget t.o.m. så långt så att man påstår att även om miljödomstolen ansåg att

¹⁹ Prop. 1997/98:45 del 1 s. 443, se Darpö: Regeringen bestämmer över Botniabanan (JPMiljönet 2006-07-03) och Botniabanan – slutpunkten som blev frågetecken (JPMiljönet 2008-12-19).

MÖDs dom bröt mot art- och habitatdirektivet – och att det var en riktig bedömning – var man bunden av tillåtligheidsförklaringen. Stöd för det synsättet hämtar man i EU-domstolens tolkning av rättssäkerhetsprincipen, som den kommit till uttryck i målet *Kapferer*. Bolaget menar att avgörandet visar på respekten för nationella regler om att slutliga domar är orubbliga (*res judicata*).

Det finns skrivningar i MÖDs senaste dom som kan tolkas som stöd för Nordkalks uppfattning, t.ex. att de justeringar som företaget gjort sedan sist inte "påverkar rättskraften av" 2009 tillåtligheidsförklaringen och att verksamheten "således kan bedrivas" utan otillåten skada på Natura 2000-områdena. Som enda exempel på en undantagssituation där det skulle kunna bli aktuellt att ändå avslå en tillståndsansökan nämns att det brister på sökandesidan, t.ex. genom att företaget inte följer ett kompletteringsföreläggande från domstolen. Mot den här bakgrunden kan man i varje fall påstå att MÖDs dom är oklar med avseende på bundenheten och frågeställningen har också utvecklats till en av de avgörande i Bunge-målet. Den är emellertid vidare än så genom tillåtligheidsförklaringarnas centrala roll i den svenska miljöprövningen av större verksamheter. En inledande fråga är hur EU-rätten ser på en nationell uppdelning av ett direktivgrundat tillståndsförfarande. En andra fråga är om det finns någon grundläggande europarättslig princip som kan medföra att en uppdelning måste accepteras i det enskilda fallet, trots att konstruktionen strider emot direktivkraven. Innan jag går vidare i diskussionen om mötet mellan tillåtligheidsförklaringar och tillståndskraven i art- och habitatdirektivet, kan det därför vara lämpligt att belysa hur EU-domstolen har sett på frågan om bundenhet och rättskraft i de nationella systemen i situationer när det uppstår hinder i genomslaget för unionsrättsliga bestämmelser.

2.2 EU-domstolen om rättskraft och bundenhet

Konflikten mellan unionsrättens krav på genomslag och den processuella autonomin var något som EU-domstolen tidigt fick ta ställning till. Med åren har det utvecklats en rik rättspraxis på området där riktningen har varit en allt starkare betoning av kravet på företräde.²⁰ Rättsfallen gäller frågor som nationella processregler om talfrister och preklusion av argument, omprövning av slutliga avgöranden och bundenhet mellan domstolsinstanser. Tidiga sådana avgöranden var *Van Schijndel*²¹ och *Petersbroeck*,²² båda från 1990-talet. I det första fallet accepterades att nya EU-rättsliga grunder inte kunde åberopas i ett sent skede i den holländska civilprocessen i strid mot nationella regler. I det andra målet som gällde skatteprocess godtogs däremot inte en belgisk preklusionsregel, då den inte skäligen kunde motiveras av grundläggande rättsprinciper om förfarandet.²³ EUD gjorde här ett vägledande uttalande om mötet mellan de unionsrättsliga principerna om lojalt samarbete och direkt effekt och den processuella autonomin som är värt att lägga på minnet (min kursiv):

Vid tillämpningen av dessa principer måste varje fall, i vilket frågan gäller om en nationell förfarandebestämmelse gör det praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt att tillämpa gemenskapsrätten, *bedömas med beaktande av den ställning denna bestämmelse har inom förfarandet i dess helhet, dess förlopp och särdrag vid de olika nationella domstolarna*. Ur

²⁰ I den här delen har jag haft nytta och glädje av Gustaf Walls projektbeskrivning "Rättskraft i ett svenskt och europarättsligt förvaltningsperspektiv", doktorandprojekt vid Juridiska Fakulteten i Uppsala.

²¹ C430-431/93 *Van Schijndel* (1995-12-14)

²² C-312/93 *Petersbroeck* (1995-12-14), para 14.

²³ Domen para 20 – observera dock att i den svenska översättningen saknar ett "inte" (jfr med engelska versionen), varför texten inte går ihop med slutet.

denna synvinkel finns det anledning att i förekommande fall beakta de principer som det nationella rättssystemet bygger på, som till exempel skyddet för rätten till försvar, principen om rättssäkerhet och principen om förfarandets riktiga förlopp.

Uttalandet utgår från den s.k. *Rewe-formeln* på så vis att det betonar kraven på likvärdighet och effektivitet, dvs. att EU-rättsliga fall ska behandlas lika som inhemska och att det nationella systemet inte får göra det omöjligt för unionsrättsliga bestämmelser att få genomslag i den nationella rättsordningen.²⁴ I vissa situationer är det givetvis så att domstolen accepterar att nationella regler begränsar unionsrättens genomslag. Ett sådant exempel är just *Kapferer* som är det enda rättsfall som Nordkalk åberopar. Det gällde rätt forum för en konsumenttvist, där en österrikisk kvinna ansåg att hon hade vunnit ett pris genom att besvara ett reklamutskick från ett tyskt postorderföretag. Frågan som ställdes till EUD gällde om Landesgericht Innsbruck hade möjlighet att överpröva en lagakraftvunnen dom om rätt forum i tvisten om det visade sig att avgörandet stred mot gemenskapsrätten. Här uttalade EUD att rättskraftsprincipen är grundläggande och att EU-rättens idé om lojalt samarbete inte medför en skyldighet för de nationella domstolarna att åsidosätta lagakraftvunna domar i en situation som denna. EUD hänvisade också till C-126/97 *Eco Swiss*, där en nationell talerätsfrist på tre månader accepterades för invändningar mot en skiljedom som stred mot unionsrätten.²⁵

²⁴ EUDs dom i målet kom 1976 (mål nr 33/6 *Rewe*; 1976-12-16) och var den första i en rad avgöranden som utgör grunden för *Rewe-formeln*, se Groussot, X & Minsser, T: Res judicata i EG-domstolens rättspraxis: En avvägning mellan rättssäkerhet och lagenlighet. Europarättslig tidskrift (ERT) 2007 s. 545, på s. 549 f.

²⁵ C-126/97 *Eco Swiss* (1999-06-01). Ett annat mål där en nationell tidsfrist för att framställa ett EU-rättsligt krav accepterades är C-2/06 *Kempter* (2008-02-12). I rättsfallet C-392/04 & C-422/04 *Arcor* (2006-09-19) utvecklar domsto-

En annan bedömning gjordes dock i rättsfallet *Kühne & Heitz*,²⁶ som gällde en begäran om omprövning av en klassificering av exportvaror, där rättsläget hade klargjorts genom en senare dom i EUD. Här uttalade domstolen att visserligen gäller dess tolkning av en bestämmelse från den dag som bestämmelsen trädde i kraft, men att den nya förståelsen endast kan göras gällande inom ramen för myndigheternas behörighet. Det är en viktig rättssäkerhetsprincip att myndigheter och enskilda kan lita på att ett beslut är definitivt. I det här fallet kunde man ändå kräva att myndigheten skulle ändra den felaktiga klassificeringen, eftersom den var grundad på en felaktig dom av en domstol som inte hade begärt förhandsavgörande av EUD. En förutsättning för detta var emellertid att ändringen kunde ske utan skada för tredje man.

Ett fall där skador för tredje man faktiskt accepterades är det inom miljörätten så kända rättsfallet *Delena Wells*.²⁷ Här hade ett engelskt gruvbolag fått tillstånd till att återuppta en sedan länge nedlagd brytningsverksamhet utan att miljökonsekvenserna hade utretts i enlighet med MKB-direktivet (85/337, idag 2011/92). En av de frågor som ställdes till EUD var om täktillståndet nu måste återkallas på talan från den närboende Ms Wells. Domstolen svarade att så var fallet och det faktum att tredje man – dvs. gruvbolaget – skulle drabbas genom förseningar och eventuellt indraget tillstånd inte innebar något hinder. Sådana negativa återverkningar skyddades inte av rättssäkerhetsprincipen och kunde heller inte anses utgöra en s.k. otillåten omvänd direkt effekt av direktivet. Principen om lojalt samarbete innebär att medlemsstaterna är skyldiga att se till att alla otillåtna följdverkningar av överträdelser

len närmare när nationella tidsfrister inom förvaltningen kan accepteras resp. när de ska anses utgöra ett otillåtet hinder för unionsrättens effektiva genomförande.

²⁶ C-453/00 *Kühne and Heitz* (2004-01-13)

²⁷ C-201/02 *Delena Wells* (2004-01-07).

av EU-rätten upphör. Det följer emellertid också av principen om processuell autonomi att det är den nationella domstolen som måste avgöra om det är möjligt för myndigheterna att återkalla tillståndet eller inhibera verksamheten för att säkerställa att en MKB upprättas i enlighet med direktivet. Ett alternativ kan också vara att den enskilda går med på ersättning för uppkommen skada.²⁸ En liknande situation bedömdes i *Brussels Hoofdstedelijk*, och där uttalade EUD att den MKB som inte tidigare hade upprättats i varje fall måste göras när driftstillstånden flygplatsen förnyades.²⁹

För att sammanfatta: Vid en läsning av rättsfallen som rör unionsrättens genomslag gentemot lagakraftvunna domar och beslut, blir det tydligt att det är fråga om ett möte mellan olika grundläggande principer. Rättssäkerhetsprincipen betraktas som en sådan, men den får ibland stå tillbaka för andra, lika grundläggande principer inom EU-rätten. Man kan säga att EUD strävar efter jämvikt mellan rättsäkerhet och unionslaglighet i en konkret bedömning utifrån omständigheterna och de berörda intressena i det enskilda fallet.³⁰ Det är fråga om en balansgång som får bedömas från fall till fall, där rättsäkerhetsaspekter vägs mot betydelsen av att unionsrätten genomförs på ett effektivt sätt.³¹ Det går också att märka att EUD är försiktigare med

att underkänna lagakraftvunna domstolsavgöranden, jämfört med att kräva omprövning av myndigheter.³² Man får dock inte glömma domstolens allmänna inställning till fördragsenlig tolkning, unionsrättens krav på effektivt genomförande – vilket bl.a. innebär att domstolarna ska tillämpa den ex officio – samt skyldigheten att sätta åt sidan sådana nationella regler som strider mot EU-rätten, eller som det uttrycks i *Lucchini* (para 61).³³

Det framgår vidare av fast rättspraxis att en nationell domstol, som inom ramen för sin behörighet skall tillämpa gemenskapsrättsbestämmelserna, är skyldig att säkerställa att dessa regler ges full verkan, genom att med stöd av sin egen behörighet, om det behövs, underlåta att tillämpa varje motstridande bestämmelse i nationell lagstiftning (...).

2.3 Om bundenhet av överinstansens ställningstagande i samma mål

En näraliggande och för Bunge-målet intressant fråga gäller i vilken mån en underrätt är skyldig att följa ett lagakraftvunnet avgörande av en överrätt. Även här kan det givetvis uppstå en konflikt mellan de nationella processreglerna om bundenhet och EU-rättens krav på företräde och effektivitet. Det vägledande rättsfallet här är redan från 1974, *Reinmühlen*.³⁴ Det gällde en finansiell tvist där tyska Bundesfinanzhof hade upphävt en dom av Finanzgericht Hessen och visat målet åter till underrätten för vidare behandling. Nu undrade domstolen i Hessen om man måste följa den tyska processordningen som stadgade bundenhet i en situation som denna, eller om man kunde ifrågasätta avgörandet genom

²⁸ Domen para 69. Det är inte glasklart vad EUD menade med den senare delen av uttalandet, men troligen avsågs möjligheten för Ms Wells att begära kompensation av den engelska staten. Det som skedde var istället att Ms Wells flyttade efter att ha köpts ut av gruvföretaget. Domen är också intressant genom att den illustrerar att vad som betraktas som "lagakraftvunnet" är ett nationellt koncept som kan variera i en medlemsstat jämfört med en annan. Ms Wells hade ju överklagat tillståndsbeslutet genom rättsprövning och i Sverige vore det inte något problem att vräka tillståndet i en liknande situation då det inte anses slutligt förrän domstolen sagt sitt.

²⁹ C-275/09 *Brussels Hoofdstedelijk Gewest et al* (2011-03-17), para 37.

³⁰ Groussot & Minsser på s. 545.

³¹ Craig & De Búrca, s. 231–234.

³² Groussot & Minsser, s. 552.

³³ C-119/05 *Lucchini* (2007-07-18). Fallet är lite apart, eftersom utgången (underkännande i den italienska civilrätten) också berodde på en behörighetsfråga mellan medlemsstaterna och unionen.

³⁴ Mål nr 166/73 *Rheinmühlen* (1974-01-16).

att begära förhandsavgörande i EU-domstolen. Svaret från EUD var tydligt och innebar att varje nationell domstol har en möjlighet – i vissa fall en skyldighet – att begära förhandsavgörande om den anser att det är nödvändigt för att kunna döma EU-rättsligt rätt i saken. EUD har upprepat denna inställning genom åren. Det relativt färskta avgörandet *Elchinov*³⁵ gällde en bulgarisk man som sökte behandling för en ögonsjukdom vid en klinik i Tyskland. När han sedan sökte bidrag för behandlingen från den egna sjukvårdsmyndigheten fick han avslag, vilket ändrades av förvaltningsdomstolen i Sofia. Myndigheten överklagade med framgång till Högsta förvaltningsdomstolen med återförvisning som följd. Då den bulgariska förvaltningsprocesslagen säger att HFDs beslut är bindande för underrätten, begärde förvaltningsdomstolen förhandsavgörande av EUD. Man frågade om bundenheten även gällde om det fanns anledning att anta att det skulle bryta mot unionsrätten. EUD svarade att underrätten har möjlighet – men inte skyldighet – att begära förhandsavgörande. I de fall som underrätten begär förhandsavgörande, måste man sedan följa EUDs tolkning av frågan och är skyldig att underlåta att tillämpa nationella bestämmelser som bryter mot unionsrätten.³⁶ Generaladvokaten hade i sitt yttrande föreslagit att domstolen skulle ändra sin praxis i frågan, med hänvisning till att det numera finns andra effektiva instrument inom unionsrätten för dess effektiva genomslag. Domstolen gick alls inte på den linjen, eller med Backes & Eliantonos ord:³⁷

These arguments have completely ignored by the ECJ, which, by simply restating its

³⁵ C-173/09 *Elchinov* (2011-10-05).

³⁶ Domen para 27–30.

³⁷ Backes, C & Eliantonio, M: Taking Constitutionalization One Step Forward Too Far? The Need for Revision of the Rheinmühlen Case Law in the Light of the AG Opinion and the ECJ's Ruling in *Elchinov* (European Review of Public Law 2011 s. 839), på s. 842.

settled case law, held that national procedural rules binding a national lower court (which is called upon to decide a case referred back to it by a higher court hearing an appeal) to the ruling of the higher court which the lower courts consider to be inconsistent with European Union law, are contrary to EU law.

Backes & Eliantonio pekar också på att medan *Kapferer* avser omprövning av myndigheters beslut i en situation där EUD har ändrat sin praxis, har *Rheinmühlen*-doktrinen allmän tillämpbarhet, dvs. den täcker alla situationer där överrätten feltolkar unionsrätten.³⁸ Det bör också observeras att dessa mål inte är begränsade till bundenhet till nationell *rättspraxis*, utan istället gäller samma situation som den i *Bunge*-målet, dvs. ett lagakraftvunnet beslut av en högre rätt som utgör en del i prövningen i målet.³⁹

Återstår så frågan om underrätten kan underlåta att följa en nationell processregel som säger att överrättens avgörande är bindande *utan* att begära förhandsavgörande. De enda avgöranden jag kan hitta där EUD klart har tagit ställning för en sådan möjlighet rör situationer där "olydnad" är nödvändigt för att skydda sådana rättigheter som följer av grundläggande rättsprinciper, vilket var fallet i *Kücükteveci*.⁴⁰ Det rörde kvinna som hade blivit uppsagd i strid mot det EU-rättsliga diskrimineringsförbudet i direktiv 2000/7. EUD uttalade att förbudet väger så tungt att det dels kan göras gällande mellan enskilda (arbetsgivaren och den uppsagda), dels att un-

³⁸ Backes & Eliantonio på s. 849.

³⁹ Ett mål som ligger mitt emellan dessa situationer är C-2/08 *Olimpiclub* (2011-10-05), där EUD underkände en regel i den italienska regeln i civillagen som stadgar att ett avgörande i skattemål som rör samma skattesubjekt och fråga under ett tidigare år var prejudicerande för efterkommande prövningar. Detta kunde EUD inte godta eftersom det skulle hindra den nationella domstol från att göra EU-rättslig rätt vad tidigare hade dömts fel.

⁴⁰ C-555/07 *Kücükteveci* (2010-01-19).

derrätten kan sätta åt sidan en nationell bestämmelse om bundenhet om det behövs för att säkerställa EU-rättens genomslag, alldeles oavsett om man begärt förhandsavgörande eller inte.

Sammanfattningsvis gäller alltså att EUD har tagit avstånd från synsättet att underrätten är bunden av överrättens besked i en fråga då det kan uppstå en konflikt med EU-rätten. I dessa situationer bör den förra som huvudregel begära förhandsavgörande av EUD. Det finns också författare som menar att underrätten alltid – som i *Küçükdeveci* – kan bortse från en nationell processregel som försvårar unionsrättens genomslag utan att begära förhandsavgörande. Argumenteringen går ut på att lojalitetsprincipen i art. 4.3 i EU-fördraget är allmängiltig och att möjlighet till oföljksamhet alltid finns, så länge som EU-rätten inte sätter gränser i enlighet med *Eco Swiss*, *Kapferer* och *Kühne & Heitz*. Man kan också peka på att företrädesprincipen fått en starkare roll genom Lissabonsfördraget, där den framgår av förklaring nr 17.⁴¹ Och även om utvecklingen inom EU-rätten nog kan sägas gå mot det hållet,⁴² har jag emellertid inte hittat något tydligt stöd för ett sådant synsätt i EUDs rättspraxis som rör mötet med den processuella autonomin. Vad som däremot finns är allmänna uttalanden som kan tolkas på det viset, t.ex. i målet om *Interedil Sri*:⁴³

Unionsrätten utgör hinder för att en nationell domstol ska vara bunden av en nationell processrättslig bestämmelse, enligt vilken den måste tillämpa den bedömning som gjorts av en högre nationell instans, när

det framgår att den bedömning som denna högre instans har gjort inte är förenlig med unionsrätten, såsom denna uttolkats av EU-domstolen.

Jag menar emellertid att diskussionen om underrättens möjlighet att bortse från en överrätts avgörande i en del fråga i prövningen inte är avgörande för hur man ska se på bundenheten i den situation som uppkommer i och med de svenska tillåtlighetsförklaringarna. Här finns redan tillräcklig många tolkningsdata som ger ett tydligt svar utifrån ett unionsrättsligt perspektiv.

2.4 Mötet mellan tillåtlighetsförklaringen och kraven för Natura 2000-tillstånd

I Natura 2000-reglerna ligger alltså att det kan uppstå en konflikt med bindande tillåtlighetsförklaringar som görs på ett tidigt stadium och kravet på säkerhet i skadebedömningen. När vi diskuterar lösningen på regelkonflikten kan det vara lämpligt att börja med de nationella reglerna, se dem i ljuset av EU-rätten och sedan diskutera om det uppnådda resultatet strider mot någon allmän EU-rättslig princip.

Jag menar inledningsvis att en utgångspunkt för bedömningen är att den nationella uppfattningen om att tillåtlighetsförklaringarnas bindande effekt – oavsett om de är grundade på 22:26 eller 17 kap. MB – får vika för EU-rättsliga krav. Bundenheten framgår inte av en lagregel, utan är en självpåtagen begränsning från domstolarna sida. Man kan givetvis argumentera för att i ordalydelsen ”frågan om verksamheten är tillåtlig” (22:26 MB) ligger att verksamheten måste tillåtas alldeles oavsett vilka konsekvenserna blir. Det är emellertid inte en så självklar tolkning att den kommer att tillåtas bryta igenom de EU-rättsliga kraven. När det sedan gäller de svenska domstolarnas rättspraxis, har frågan om bundenhet genomgående diskuterats utan att de unionsrättsliga konsekvenserna analyserats,

⁴¹ Förklaringar som fogas till slutakten från den regeringskonferens som antagit lissabonfördraget undertecknat den 13 december 2007 (30.3.2010 Europeiska unionens officiella tidning C 83/335). Förklaring till artikel 55.2 i fördraget om Europeiska unionen, nr 17.

⁴² Craig & De Búrca s. 241.

⁴³ C-396/09 *Interedil Sri* (2011-10-20), para 39, se även para 38.

frånsett resonemang kring utredningens (MKB) och prövningens omfång. Det är anmärkningsvärt mot bakgrund av att de EU-rättsliga invändningarna gjordes redan i och efter Botnia-målet. Rättspraxis kan dock inte sägas ha en sådan omfattning eller stabilitet att den grundar några berättigade förväntningar om att en tillåtlighetsförklaring ger en ovillkorlig rätt att få tillstånd. Jag menar också att Regeringsrätten i sin omtalade andra dom om Botnia-banan (RÅ 2008 ref. 89) tog avstånd från en alltför omfattande bundenhetsdoktrin. Domstolens majoritet öppnade för detta genom skrivningen att "(tillstånd) kan dock (...) komma att vägras om sökanden inte lyckas prestera tillräckliga kompensationsåtgärder för de skador som projektet orsakar". Kompensationsfrågan var diskuterad, men inte prövad i regeringens tillåtlighetsbeslut. Om man anlägger det synsättet på Bunge-målet kan alltså tillståndet vägras med hänvisning till de viktigare frågor som inte slutligt avgjordes och preciserades i MÖDs tillåtlighetsförklaring 2009.

2.5 Rättskraftsprincipen inom EU-rätten

Då blir nästa fråga om det finns en rättssäkerhetsprincip inom unionsrätten som väger över och som gör att en lagakraftvunnen tillåtlighetsförklaring ändå ger en obetingad rätt till tillstånd. Jag kan emellertid inte hitta något stöd för det synsättet i de vägledande avgörandena som redogjorts för ovan. Utifrån EU-domstolens uttalanden blir det tydligt att det är fråga om en balansgång eller avvägning mellan medlemsstaternas processuella autonomi och unionsrättens krav på företräde. Den nationella bestämmelsen ska dessutom bedömas utifrån dess ställning inom förfarandet i dess helhet. När man sedan jämför de situationer där EU-domstolen godtagit att en nationell regel utgjort hinder för unionsrättens krav på genomslag inser man att de skiljer sig på avgörande sätt från den i Bunge. Det har oftast gällt klart avgränsade processfrågor som

varit föremål för slutgiltiga beslut eller domar. I flera av fallen har det dessutom gällt interna regler om domstolsförfarandet. Det är svårt att jämföra dessa situationer med den svenska konstruktionen med tillåtlighetsförklaringar och tillstånd, där vi har valt att dela upp prövningen av ett materiellt EU-rättsligt krav i två delar. Då är det lättare att argumentera för att EU-domstolens praxis kring domstolsinstansernas inbördes bundenhet har bäring, och här har ju domstolen gett företrädesprincipen ännu större tyngd.

I det här sammanhanget bör man också notera att EU-rättsligt agerar våra miljödomstolar som tillståndsmyndigheter, eller som EU-domstolen – med viss förvåning kan man tro – noterade i *DLV-målet*, "med utövande av befogenheter av förvaltningskaraktär".⁴⁴ Det här tror jag har betydelse för frågan om rättskraft och bundenhet. Vi kan knappast räkna med att EU-domstolen i en avvägning mellan EU-rättslig effektivitet och processuell autonomi kommer att ha samma förståelse för vår uppdelning av tillståndsprocessen, jämfört med den som de nationella domstolarna kan komma i åtnjutande av i den vanliga dömande verksamheten i civil- eller brottmål eller vid rättsprövning.

2.6 Slutsatser om mötet mellan tillåtlighetsförklaringar och EU-rätten

Sammanfattningsvis menar jag alltså att vare sig de svenska reglerna eller EU-rätten medför att en lagakraftvunnen tillåtlighetsförklaring ska anses ha bindande verkan i den efterföljande prövningen av målet. Vid mötet mellan den svenska konstruktionen och kraven i art- och habitatdirektivet blir det istället tydligt att det måste vara möjligt för underrätten att göra en slutlig bedömning av om villkoren säkert kan skydda Natura 2000-intressena.

⁴⁴ C-263/08 *DLV* (2009-10-15), para 37.

Det innebär att HD i Bunge-målet bör känna sig oförhindrad att formulera en regel som begränsar verkan av en tillåtlighetsförklaring, ett slags EU-rättslig "ventil". En sådan ska kunna utlösas i de fall den tillståndsprövande myndigheten/domstolen finner att ett tillstånd skulle strida mot EU-rätten. Att det är möjligt att förena ett beslut enligt 17 kap. med en ventil framgår av 11:23 MB, där det stadgas att tillstånd ska lämnas till vissa vattenverksamheter som omfattas av en tillåtlighetsförklaring, "om inte något annat följer av 2 kap. 9 §". Inspiration till en EU-rättslig ventil kan vidare hämtas från den diskussion som har förts kring miljöbalkens regel om omprövning av tillstånd (24:5 MB). I dagens bestämmelse står att vid omprövning får inte meddelas så ingripande villkor att verksamheten inte längre kan bedrivas eller att den avsevärt försvåras. Lagstiftaren har genom åren försökt att bagateliserat bestämmelsens betydelse, men det har blivit alltmer uppenbart att den inte kan tillämpas i situationer där EU-rätten kräver mer. Därför föreslog den s.k. IED-utredningen ett tillägg med just det innehållet, dvs. att begränsningen gäller så länge som annat inte följer av EU-rätten. Förslaget försvann dock under lagstiftningsarbetet i regeringskansliet.⁴⁵

Slutligen i den här frågan ska sägas att HD är rätta instansen att uttala sig i så allmängiltiga termer att en EU-rättslig ventil även kommer att omfatta de tillståndsprövningar som följer efter regeringens tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. MB. Som framgår av nästa avsnitt, tillkommer ju där problematiken att domstolskontrollen av regeringsbesluten sker på ett så tidigt stadium av tillståndsprocessen att det kan ifrågasättas om den är effektiv i förhållande till EU-rätten. Att därutöver formulera en ventil som är allmängiltig och alltså täcker samtliga aspekter på och skeden

⁴⁵ SOU 2011:86 Bättre miljö – minskade utsläpp, jfr med prop. 2012/13:35 Nya regler för industriutsläpp.

av tillståndsprocessen – vilket jag menar vore att föredra – är däremot en uppgift för lagstiftaren.

3. Diskussion 2: Tillgången till rättslig prövning och miljöprövning i allmän domstol

3.1 Klagorätten i miljöområde

Klagorätten för enskilda i miljöområde följer de gängse reglerna inom förvaltningsrätten, dvs. att beslutet är överklagbart, angår den klagande och har gått honom eller henne emot (16:12 MB). Avgränsningen av denna krets är väsentligen gjord i rättspraxis. Därtill har miljöorganisationer klagorätt med avseende på beslut eller domar om tillstånd, godkännanden och dispenser samt en begränsad kategori av tillsynsbeslut under förutsättning att de möter vissa kriterier som är uppsatta i 16:13 MB. Dessa anger att det ska vara fråga om organisationer som enligt sina stadgar har till huvudsakligt ändamål att tillvarata naturskydds- eller miljöskyddsintressen, inte är vinstdrivande, har bedrivit verksamhet i Sverige under minst tre år, och har minst 100 medlemmar eller på annat sätt visar att verksamheten har allmänhetens stöd.⁴⁶ När det gäller miljölagstift-

⁴⁶ Rättsutvecklingen när det gäller talerätten på miljöområdet är snabb i Sverige. Bara det senaste året har en rad avgöranden kommit från samtliga inblandade domstolar som inneburit ökade rättsliga möjligheter för den berörda allmänheten, se bl.a. HDs beslut 2012-03-07; Ö 882-11 och Ö 5990-10 (om överklagbarhet av tillstånd av Finsk-svenska Gränsälvscommissionen), HFDs beslut 2012-06-28; mål 7943-11 (om miljöorganisationers möjligheter att överklaga beslut om vargjakt) samt MÖD 2011:46 (om enskildas möjligheter att begära omprövning av tillstånd), MÖD 2012:47 och MÖD 2012:48 (om miljöorganisationers möjligheter att överklaga tillsynsbeslut resp. samrådsbeslut). Inom regeringskansliet behandlas just nu ett förslag om att tidskriteriet och Sverige-kriteriet ska tas bort. Det förra anges försvåra miljödemokratin genom att det utestänger ad hoc-organisationer, det senare strider mot diskrimineringsförbudet i artikel 3.9 Århuskonventionen. Det kan nämnas att förslaget – vars framtid nog får sägas vara osäker – är det enda initiativ om utökad klagorätt som kommit från regeringen under

ning utanför miljöbalken – t.ex. med avseende på skogsvård och jakt – gäller förvaltningslagen och där saknar den berörda allmänheten klagorätt. Tillåtlighetsförklaringar i domstol enligt 22:26 MB i domstol överprövas i enlighet med reglerna i MB. Som tidigare nämnts, överprövas regeringens tillåtlighetsbeslut emellertid inte i miljödomstol, utan genom rättsprövning hos Högsta förvaltningsdomstolen (HFD, tidigare Regeringsrätten).⁴⁷

Tidigare hade enbart enskilda som berördes av regeringens tillåtlighetsbeslut möjlighet att ansöka om rättsprövning. År 2006 vidgades dock kretsen genom ny lagstiftning, delvis som ett resultat av Sveriges tillträde av Århuskonventionen. Numera ges denna möjlighet till två kategorier, dels enskilda vars civila rättigheter eller skyldigheter enligt artikel 6 EKMR berörs, dels miljöorganisationer enligt 16:13 MB om det är fråga om sådana tillståndsbeslut som omfattas av artikel 9.2 i Århuskonventionen. I artikel 9.2 anges att den berörda allmänheten och deras organisationer ska ha rätt att få den materiella och formella giltigheten av ett beslut som omfattas av artikel 6 prövad i domstol eller annat opartiskt organ. De beslut som regleras i artikel 6 gäller till att börja med tillstånd till stora och miljöstörande verksamheter som listas i bilaga 1 till konventionen (artikel 6.1.a.). Bilagan motsvarar i stora drag de listor med verksamheter som ligger under Esbokonventionen och MKB-direktivet. Uppräkningen avslutas med en tjugonde punkt som inkluderar "all verksamhet (...) där

allmänhetens deltagande är föreskrivet enligt ett förfarande för bedömning av miljöpåverkan" enligt den nationella lagstiftningen. Därutöver gäller enligt artikel 6.1.b att parterna ska tillämpa bestämmelserna "i enlighet med sin nationella rätt (...) på beslut om föreslagna verksamheter som inte anges i bilaga 1 och som kan ha betydande påverkan på miljön".

Rättsprövning enligt svensk rätt motsvarar i allt väsentligt det som gäller för kontinental överprövning i domstol av förvaltningsbeslut eller anglosaxisk "judicial review". Det är alltså fråga om en begränsad prövning av beslutets formella och materiella rättsenlighet. Den skrivning som HFD regelmässigt använder är att prövningen omfattar förfarandefrågor och lagtolkning, faktabedömning och bevisvärdering samt frågan om beslutet strider mot kraven på saklighet, opartiskhet och allas likhet inför lagen. Slutligen brukar domstolen tillägga att prövningen även omfattar om regeringen hållit sig innanför det handlingsutrymme som den tillämpade rättsregeln erbjuder. En begränsning ligger dock i att den som söker rättsprövning direkt måste ange på vilket sätt som beslutet strider mot en rättsregel eller att det annars framgår klart av omständigheterna. En begäran om rättsprövning skjuter heller inte upp beslutet – vilket annars är den vanliga ordningen vid överklaganden i svensk rätt – om inte HFD beslutar om inhibition. Slutligen är processen kassatorisk, dvs. domstolen kan bara acceptera eller upphäva beslutet.

3.2 Möjligheten att rättsligt utmana tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. MB

Regeringens inställning vid implementeringen av Århuskonventionen 2005 var att tillåtlighetsbeslut enligt 17 kap. MB inte täcktes av artikel 6 i Århuskonventionen. Därmed behövdes inte någon möjlighet för allmänheten att kunna begära rättsprövning, vilket motiverades med att besluten "endast utgör del i en prövning som

senare år, trots upprepade utredningsförslag. På så vis har lagstiftaren förvandlats till en statist som tittar på när rättsutvecklingen drivs framåt av domstolarna i frågan om klagorätt.

⁴⁷ För en vidare analys av klagorätten, se Darpö, J: Study on the Implementation of Article 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in 17 of the Member States of the European Union. National report from Sweden 2012-04-16, <http://ec.europa.eu/environment/aarhus/studies.htm>.

leder fram till ett överklagbart beslut”.⁴⁸ Den internationella rättsutvecklingen har dock visat att en sådan inställning inte håller. Århuskonventionens efterlevnadskommitté (Compliance Committee) har i flera beslut genom åren gjort klart att preliminära ställningstaganden som dessa omfattas av artikel 6 i konventionen och därmed kravet på rättslig prövning enligt artikel 9.2. Tidigt uttalade kommittén att artikel 6 skulle tillämpas på det ställningstagande som var direkt relaterat till miljöfrågorna och att ”tillståndet” utgjordes av det beslut som i praktiken beredde vägen för aktiviteten (”effectively pave the way”).⁴⁹ Flera ärenden har gällt inledande planer för olika projekt. Kommittén har då uttalat att artikel 6 ska bedömas autonomt, alltså oberoende av vad beslutet kallas i de nationella rättsordningarna. I ett ärende som rörde Litauen klargjorde man att vissa planer kan omfattas av artikel 6 om det är fråga om avgörande beslut som tillåter att projektet utförs på en viss plats med angivande av de grundläggande kraven (”setting the basic parameters of the project”).⁵⁰ Samma slutsats drogs i ett ärende om ett större industrikomplex i nationalparken Vlorë Bay i Albanien. Etableringen hade blivit möjlig genom en rad beslut på regeringsnivå. Ett av dessa avsåg enbart lokaliseringen, men ansågs ändå utgöra ett artikel 6-beslut, då det bestämde placeringen av verksamheten på en viss plats efter ansökan av ett särskilt företag.⁵¹ Det ärende där kommittén tydligast uttalar sig om vad som ska gälla när ett projekt tillåts genom flera beslut är det som gällde EUs finansiering av deponi i Litauen (min kursiv):⁵²

The Committee therefore considers that some kind of *significance test*, to be applied at the national level on a case-by-case basis, is the most appropriate way to understand the requirements of the Convention. The test should be: does the permitting decision, or range of permitting decisions, (...) *embrace all the basic parameters and main environmental implications of the proposed activity in question?* If (...) there are other environment-related permitting decisions with regard to the activity in question for which no full-fledged public participation process is foreseen *but which are capable of significantly changing the above basic parameters or which address significant environmental aspects of the activity* not already covered by the permitting decision(s) (...) this could not be said to meet the requirements of the Convention.

Samtliga beslut som har betydelse för projektet och dess miljöeffekter måste alltså omfattas av kraven på deltagande och tillgång till rättslig prövning. Frågan om beslutet omfattas av artikel 6 ska bedömas utifrån sammanhanget (on a contextual basis) och beslutets rättsliga effekter.⁵³

Det kan mot bakgrund av dessa beslut inte råda någon tvekan om att tillåtligheidsförklaringar är sådana beslut som omfattas av artikel 6 och 9.2 Århuskonventionen. I lagstiftningsärendet om de nya reglerna om rättsprövning upprepade regeringen heller inte uttalandena om att tillåtligheidsbesluten inte behövde vara överklagbara och genom Regeringsrättens/HFDs rättspraxis är det numera klart att dessa beslut ska ses som tillstånd enligt artikel 9.2.⁵⁴

⁴⁸ Prop. 2004/05:65 s. 92, se även s. 81 och 83.

⁴⁹ C/2004/8 (Armenia) para 28.

⁵⁰ C/2006/16 (Lithuania) para 58, se även C/2005/11 (Belgium).

⁵¹ C/2005/12 (Albania) para 67.

⁵² C/2006/17 (EU) para 43.

⁵³ C/2006/26 (Austria) para 50, se även C/2007/22 (France). Även EU-domstolen har i flera fall tagit avstånd från uppdelning av projekt för att undkomma olika miljökrav, s.k. ”salami tactics” (se bl.a. i C-392/97).

⁵⁴ RÅ 2008 ref. 89 som bekräftades i HFD 2010 not. 52 (*Sjisjka*) och HFD 2011 not. 26.

3.3 Hänvisningen till artikel 9.2 Århuskonventionen

Genom hänvisningen till "tillståndsbeslut som omfattas av art. 9.2" i Århuskonventionen kommer rättsprövningens räckvidd att bestämmas av HFD, vilket innebär att domstolen fortlöpande tvingas ta ställning till den internationella rättsutvecklingen på området. Förutom att följa Århuskonventionens Compliance Committee blir det också fråga om att tillämpa EU-rätt, då artikel 9.2 har genomförts i unionsrätten genom bestämmelser som har direkt effekt i medlemsstaterna. Då konventionen dessutom är en s.k. "mixed agreement", dvs. både EU och medlemsstaterna är parter, får bestämmelserna i artikel 6 och 9.2 extra tyngd i de situationer som de inte fullt ut är implementerade i unionsrätten. Genom hänvisningen till artikel 9.2 har alltså den svenska lagstiftaren gjort det möjligt för HFD att fortlöpande anpassa sin rättspraxis till den snabba rättsutvecklingen på området, såväl med avseende på den materiella EU-rätten som tillgången till rättslig prövning. Bara i det senare avseendet har EU-domstolen meddelat ett antal viktiga avgöranden de senaste åren (*C-237/07 Janecek*, *C-75/08 Mellor*, *C-263/09 DLV*, *C-115/09 Trianel*, *C-240/09 Den slovakiska brunbjörnen* och *C-128/09 Boxus*) och flera är på gång.⁵⁵

Artikel 9.2 hänvisar alltså till beslut som omfattas av artikel 6. Som nämndes ovan, är det till att börja med fråga om dels sådana verksamheter som ingår i bilaga 1 till Århuskonventionen. Genom skrivningen i den tjugonde punkten inkluderas även sådana verksamheter där allmänhetens deltagande är föreskrivet enligt ett förfarande för bedömning av miljöpåverkan

enligt den nationella lagstiftningen. Som nationell lagstiftning räknas i detta sammanhang både unionsrätten och den nationella rätten.⁵⁶ Det innebär att samtliga verksamheter som täcks av MKB-direktivet (2011/92) och MKB-reglerna i miljöbalken omfattas av artikel 6 och därmed tillgång till rättslig prövning enligt artikel 9.2. Såväl direktivet som balken arbetar emellertid med "slutna listor" genom att de anger vad slags verksamheter som omfattas. För dessa verksamheter gäller antingen att det alltid ska upprättas en MKB eller att det ska ske i de fall som verksamheten kan medföra betydande miljöpåverkan. Därutöver finns skrivningen i artikel 6.1.b i Århuskonventionen som anger att bestämmelserna även ska tillämpas "i enlighet med sin nationella rätt (...)" på beslut om föreslagna verksamheter som inte anges i bilaga 1 och som kan ha betydande påverkan på miljön". Bestämmelsen kan tolkas på olika sätt. Den ena är att parterna själva kan bestämma vilka andra slags verksamheter som ska omfattas av kraven i artikel 6. Den andra – som stämmer bättre med ordalydelsen – är att varje verksamhet eller åtgärd med betydande miljöpåverkan ska omfattas av reglerna. Jag menar att den andra tolkningen också är rimligare av flera skäl.⁵⁷ För det första har parterna redan en möjlighet att "lägga till" verksamheter till bilaga 1 genom tillägget i punkt 20, varför det vore ologiskt att söka uppnå samma effekt om igen i den efterföljande paragrafen. För det andra skulle den snävare tolkningen ge parterna ett helt fritt manöverutrymme, vilket rimmar illa med konventionens ambition att ge en internationell standard på området. Den nationella friheten är be-

⁵⁵ Närmast *C-416/10 Križan* (begäran om förhandsbesked från SK: inhibition av miljöbeslut), *C-260/11 Edwards* (begäran om förhandsbesked från UK: kostnader), *C-530/11 Kommissionen mot UK* (överträdelseärenden: kostnader) och *C-72/12 Altrip* (begäran om förhandsbesked från DE: prövningens omfång).

⁵⁶ Se Efterlevnadskommitténs uttalande i *C/2008/18* (Denmark), para 27. Uttalandet upprepas i rapporten 2008-05-22 till Tredje partsmötet i Riga (ECE/MP.PP/2008/5, para 65).

⁵⁷ Se för liknande bedömning, se *The Aarhus Convention – An Implementation Guide*. Economic Commission for Europe/UN 2013, s. 137.

gränsad, vilket bl.a. betonades av EU-domstolen i *DLV-målet*. Sammantaget menar jag därför att artikel 6 omfattar dels listade verksamheter, dels alla andra slags verksamheter och åtgärder som kan medföra betydande miljöpåverkan.

Frågan om vilka verksamheter som omfattas av artikel 9.2 har aktualiserats i HFDs rättspraxis i två situationer. Den ena är att enskilda har ansökt om rättsprövning och argumenterat för att det borde ha upprättats en miljökonsekvensbeskrivning (MKB) i målet eftersom verksamheten kan medföra betydande miljöpåverkan. Som reglerna är upplagda, blir HFDs bedömning här vägledande för frågan om miljöorganisationernas talerätt under rättsprövningslagen. Exempel på rättsfall där frågan har bedömts i sak på det viset är RÅ 2006 not. 35, RÅ 2008 not. 75 och HFD 2011 ref. 4. Den andra situationen då HFD fått bedöma om ett regeringsbeslut omfattas av artikel 9.2 Århuskonventionen är då enbart en miljöorganisation har begärt rättsprövning. Då blir istället frågan om verksamheten kan medföra betydande miljöpåverkan avgörande för om ansökan ska avvisas eller tas upp till prövning. Sådana exempel är HFD 2011 not. 17 och HFD beslut 2012-10-10 i mål 661-12. I rättsfallen har miljöorganisationerna avvisats, då domstolen ansett att det inte har behövts en regelrätt MKB för att bedöma den planerade verksamheten. I samtliga fall utom ett har HFD hänvisat till att artikel 9.2 och bilagan under artikel 6.1.a är genomförd i svensk lagstiftning genom reglerna i 6 kap. MB och tillämplig på lagar som hänvisar dit. Enbart i HFD 2011 not. 17 hänvisade domstolen till artikel 6.1.b genom uttalandet att "av intresse (...) är också artikel 6 punkt 1 b, enligt vilken bestämmelserna (...), i enlighet med den nationella rätten, ska tillämpas även på beslut om föreslagna verksamheter som inte anges i bilaga 1 men som kan ha betydande påverkan på miljön". Då den planerade detaljplanen inte ansågs kunna medföra sådan påverkan,

avvisades emellertid ansökningarna om rättsprövning.

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att HFD anser att tillåtligheidsbeslut är sådana som omfattas av reglerna om tillgång till rättslig prövning enligt rättsprövningslagen. Det innebär att de miljöorganisationer som möter kriterierna i 16:13 MB kan ansöka om rättsprövning av sådana beslut då de ju regelmässigt omfattas av obligatorisk MKB-plikt. I de fall ansökan avser en verksamhet där MKB-kravet inte är obligatoriskt, blir talerätten beroende av bedömningen om det kan uppstå betydande miljöpåverkan eller inte. Det är dock anmärkningsvärt att HFD inte har diskuterat möjligheten att gå utanför de ramar som regeringen satt upp för miljöorganisationernas talerätt, dvs. att det är fråga om ett tillstånd enligt artikel 9.2 Århuskonventionen. Saken har ännu inte ställts på sin spets, men en sådan inställning försvårar unionsrättens genomslag. Exempelvis har ju EU-domstolen uttalat i *Den slovakiska brunbjörnen* att de nationella domstolarna är skyldiga att tillämpa den processuella rätten så att den står i överensstämmelse med artikel 9.3 Århuskonventionen så att miljöorganisationer ges möjlighet att överklaga miljöbeslut som kan strida mot unionsrätten.⁵⁸ Än så länge har den inställningen inte varit synlig i HFDs rättspraxis i rättsprövningsmål.⁵⁹

3.4 Enskildas möjligheter att ansöka om rättsprövning

Förutsättningen för enskilda att kunna begära rättsprövning anslöt före 2006 års reform av rättsprövningslagen till förvaltningslagens talerättsregler och begreppet "berörd". Konstruktio-

⁵⁸ C-240/09 *Den slovakiska brunbjörnen*, para 51.

⁵⁹ Däremot var den avgörande för HFDs beslut att meddela prövningstillstånd för frågan om miljöorganisationernas möjlighet att överklaga jaktbeslut på varg (HFDs beslut 2012-06-28; mål 7943-11).

nen visade sig problematisk att tillämpa på tillåtighetsbeslut, vilket illustrerades genom målen om Botnia-banan. Problemet är att regeringens beslut sker på ett så tidigt stadium av processen att det inte alltid går att bestämma vilka som berörs av verksamheten. När sedan tillståndet meddelas kan inte de grundläggande ställningstaganden om lokalisering och tillåtlighet ifrågasättas då de ju redan är bestämda genom regeringens beslut.

Botnia-målen inleddes med att regeringen i juni 2003 fattade tillåtighetsbeslut enligt 17 kap. MB om järnvägens dragning genom Umeådelat. Ett antal närboende och Sveriges Ornitologiska Förening (SOF) begärde rättsprövning, men samtliga avvisades (RÅ 204 ref. 108 *Botna I*). När det gällde de enskilda, uttalade Regeringsrättens majoritet att planläggningen av järnvägen inte hade kommit så långt att det gick att uttala sig om vilka som skulle beröras och om vilken hänsyn som skulle tas till deras intressen. Då de enskilda ansågs ha möjlighet till domstolsprövning i ett senare skede – genom rättsprövning av regeringens fastställande av järnvägsplanen – ville domstolens majoritet inte ta upp deras talan till prövning. En ledamot var skiljaktig och pekade bl.a. på att regeringens beslut i tillåtighetsprövningen enligt 17 kap. MB var bindande för den efterkommande järnvägsplaneringen, varför det är särskilt viktigt för den enskilde att kunna påverka i detta tidiga skede.

Därefter fortsatte arbetet med järnvägsplanen som beslutades i juni 2005 och fastställdes av regeringen två år senare. Mot det beslutet ansökte återigen ett antal enskilda och miljöorganisationer rättsprövning i Regeringsrätten. De klagande hävdade att hela lokaliseringsfrågan måste prövas för att de enskilda skulle få sina rättigheter bedömda i domstol, något som följer av både EKMR och Århuskonventionen. Domstolens majoritet menade emellertid att lokaliseringen redan var avgjord genom regering-

ens tillåtighetsbeslut (RÅ 2008 ref. 89 *Botnia II*). Man ansåg heller inte att det faktum att samtliga hade avvisats i det första skedet kunde medföra att prövningen nu skulle omfatta lokaliseringen. Det hade nämligen enbart ålegat regeringen att pröva om järnvägsplanen rymdes inom tillåtighetsbeslutets ramar. Majoritetens slutsats var alltså att rättsprövningen av järnvägsplanen inte kunde omfatta lokaliseringsfrågan bara för att en rättsprövning av den frågan tidigare inte varit möjlig. Därmed kunde heller inte rättsprövningen omfatta Natura 2000-frågan, varför det blev meningslöst att begära förhandsbesked av EU-domstolen.

Den skiljaktiga ledamoten utvecklade ett motsatt synsätt. Hon menade inledningsvis att målet borde ha avgjorts i plenum eftersom majoritetens ställningstagande stred mot vad Regeringsrätten förutsatte när samtliga sökanden avvisades i det första målet, nämligen att en förutsättningslös prövning kunde ske i ett senare skede. Hon menade också att domstolen var oförhindrad att nu bedöma lokaliseringsfrågan och intrånget på Natura 2000-intressena. Vid en sådan prövning fann hon att regeringsbeslutet stred mot art- och habitatdirektivet, varför det skulle upphävas.

Med de nya reglerna är talerätten inte längre något problem för miljöorganisationerna, då de som sagt alltid bör kunna begära rättsprövning av det första tillåtighetsbeslutet enligt 17 kap. MB. Frågan är emellertid om det har skett någon förändring av situationen för enskilda berörda. Den äldre rättspraxisen blev ju till ett slags Moment 22 för dem. I det skede när tillåtligheten bedömdes för verksamheten, fick de inte klaga på beslutet. När prövningen sedan resulterar i ett överklagbart beslut eller dom, kunde överprövningen inte omfatta lokaliseringsbedömningen och de viktigaste villkoren för verksamheten.

Det är möjligt att HFD blivit medveten om problemet och utvecklat ett annat synsätt under

2006 års rättsprövningslag.⁶⁰ I rättsprövningen av Förbifart Stockholm uttalade man att de enskilda som klagat måste släppas in därför att deras civila rättigheter eller skyldigheter *kan* beröras. Avgörandet är dock enbart rapporterat som ett notismål (HFD 2011 not. 26, se även RÅ 2008 not. 75). Mot bakgrund av de starkt skiljande åsikterna i domstolen i Botnia-målen, borde frågan ha behandlats i plenum och fått sin lösning i ett vägledande avgörande. Detta kunde också vara en viktig markering inför den prövning som Europadomstolen så småningom kommer att göra av frågan på talan av de enskilda kring Botnia-banan.⁶¹

3.5 Rättsprövningen som ett effektivt rättsmedel

Enligt artikel 9.4 Århuskonventionen ska de rättsmedel som erbjuds genom artikel 9.2 vara *tillräckliga och effektiva*, inbegripet möjligheten att inhibera besluten ("injunctive relief"). När det gäller det här kravet – som f.ö. förstärks av unionsrätten och den rättspraxis som utvecklats av EU-domstolen – kan man diskutera hur effektiv rättsprövning av tillåtlighetsförklaringar är. Konstruktionen innebär ju att Högsta förvaltningsdomstolen på ett tidigt stadium av tillståndsprocessen måste analysera de unionsrättsliga konsekvenserna av beslutet och vid behov begära förhandsavgörande av EU-domstolen. Emellertid sker rättsprövningen på ett stadium då möjligheten att rätt bedöma effekterna av projektet kan vara begränsade. Typiskt sett rör besluten enbart de grundläggande dragen i en plan för stora verksamheter, t.ex. korridorer för infrastrukturanläggningar eller områden för

lokaliseringen av vindkraftparker. Vid rättsprövningen kan begäran om förhandsbesked hos EU-domstolen alltså bara avse dessa större frågor. I det efterföljande tillståndsskedet kan följaktligen enbart frågor ställas om de närmare villkoren eftersom lokaliseringen då ju är "färdigtolkad" av regeringen med bindande effekt i den efterföljande prövningen. Det innebär att ingenstans i processen kan den samlade effekten av verksamheten, dess lokalisering och villkoren ifrågasättas, vilket i praktiken betyder att viktiga frågor kring unionsrätten inte kommer att nå EU-domstolen.

Vidare är det så att fackmyndigheterna – till skillnad från i många andra av EU:s medlemsstater – är helt avstängda från möjligheten att begära rättsprövning. Vare sig länsstyrelsen, Kammarkollegiet eller Naturvårdsverket kan utmana regeringsbesluten rättsligt i sådana mål där de har motsatt sig verksamheten. Om ärendet ändå når HFD genom att någon annan begär rättsprövning, är de fortfarande utestängda från processen genom att de inte blir hörda i saken.

Till det kommer också att domstolens prövning i dessa frågor är relativt inskränkt, mest inriktad på brister i formalia och andra tydliga felaktigheter i regeringens rättstillämpning. Det finns visserligen exempel där domstolen har ingående bedömt de unionsrättsliga aspekterna av ett regeringsbeslut, men då har det gällt utredningen i målet. Jag menar därför att det finns skäl att ifrågasätta om rättsprövningen av tillåtlighetsbesluten utgör ett effektivt medel för att ge EU-rätten genomslag i situationer som dessa. Även detta talar alltså för att det är nödvändigt att förse tillåtlighetsförklaringarna med en "slutventil", vilken möjliggör att ärendet i slutänden kan prövas i sin helhet utifrån samtliga aspekterna.

⁶⁰ För en utförligare redogörelse i frågan, se Gustafson, L: Tillgången till rättsprövning av tillåtlighetsbeslut. Examenssuppsats 30 hp, Uppsala Uppsala/Juridiska fakulteten ht-12 (<http://uu.diva-portal.org/smash/record.jsf?searchId=1&pid=diva2:555585>).

⁶¹ Case 29878/09 *Andersson and others v. Sweden*.

4. Diskussion 3: Miljöprövning i allmän domstol och tidsaspekten

4.1 Inledning

Bunge-målet illustrerar ytterligare ett problem med den svenska miljöprocessen och dess möte med europarätten, nämligen tidsaspekten. Problemet är dock inte särskilt för tillåtlighetsförklaringar, utan är allmänt för hela miljöprocessen. Som framgått ovan, inleddes Bunge-målet i miljödomstolen för mer än sju års sedan. I realiteten påbörjades givetvis ansökan och upprättandet av MKBn flera år tidigare. Långbänken är – åtminstone delvis – orsakad av systemet för miljöprövning i Sverige.

Vår miljöprocess är enkelspårig på så vis att alla slags beslut avgörs i en enda domstolslinje. Detta är en fördel då prövningsordningen därmed bidrar till enhetlig rättspraxis. Samtidigt finns det inslag som gör miljöprövningen internationellt sett långsam. En förklaring till detta ligger i den reformatoriska processen, dvs. att den överprövande domstolen i princip bedömer hela saken om igen i alla dess delar. Till detta kommer att processen ofta börjar i en myndighetslinje och slutar i upprepade överprövningar i allmän domstol. Antalet instanser är i många fall fyra, i vissa fall t.o.m. fem. Det hela kompliceras också av regeringens och HFDs roll i prövningen, dels genom tillåtlighetsprövningarna enligt 17 kap. MB, dels genom att tillstånd enligt sektorslagstiftningen överklagas till den politiska nivån, dels genom rättsprövningen. Den svenska "salen" för överprövning i miljömål kan därmed sägas vara både vid och lång. Av tradition har porten dit – dvs. talerätten – varit trång. Som ett resultat av Århuskonventionen och EU-rätten vidgas emellertid klagorätten snabbt, varför detta inte längre är en hållbar inställning. I det läget utsätts hela prövningssystemet för påfrestningar genom en ökad måltillströmning, åtminstone inledningsvis. Det kan i sin tur resultera i ytter-

ligare fördröjningar. Därmed ökar också risken att vi får besök av den i vårt östra grannland så kända Matti Eurén och hans likar. Trots närheten mellan Sverige och Finland och trots att vi har samma förvaltningstraditioner, har han varit helt osynlig i den svenska miljöprövningsdebatten. Det är anmärkningsvärt med tanke på hur hans närvaro har påverkat den finska miljöprocessen och vi kan lugnt utgå från att Nordkalk är väl bekanta med honom. Det kan därför vara lämpligt med en närmare presentation.

4.2 Europadomstolens dom i Matti Eurén v. Finland

Matti och Ari-Pekka Eurén drev en servicestation i Nastola i södra Finland sedan 1965. Stationen låg i ett industriområde som samtidigt var ett vattenskyddsområde för en grundvattentäkt. År 1998 infördes nya förvaringsregler för kemikalier i området, vilka skulle vara uppfyllda senast vid utgången av 2002. Euréns ville därför bygga om och utöka anläggningen, vilket krävde tillstånd enligt den finska miljöskyddslagen. Man ansökte och fick ett sådant av miljönämnden i Nastola i mars 2001. Den regionala miljöcentralen överklagade dock tillståndet och menade att det inte var förenligt med grundvattenskyddet. Vasa förvaltningsdomstol avslag överklagandet, men lade till ytterligare villkor för anläggningen. Miljöcentralen lät sig emellertid inte nöja utan gick vidare till Högsta förvaltningsdomstolen i Helsingfors. HFD ansåg att det behövdes ytterligare utredning i målet, undanröjde tillståndet och återförvisade målet till miljönämnden. En kompletterande ansökan om en något mindre anläggning inkom i april 2004 och godtogs genom beslut i december samma år. Miljöcentralen överklagade och förvaltningsdomstolen avslag, men HFD undanröjde även det nya tillståndet genom dom i december 2007, dvs. sju år efter att processen hade börjat.

Efter avslaget fick Euréns stänga sin verk-

samhet på platsen. Man stämde därför finska staten vid Europadomstolen och hävdade dels att man inte hade fått tillgång till rättvis "rättegång inom skälig tid" enligt artikel 6 EKMR, dels att deras äganderätt hade blivit inskränkt på ett otillåtet sätt, dels att man var diskriminerad jämfört med andra som drev servicestationer i andra län med andra miljöcentraler.⁶²

Den första frågan som Europadomstolen måste ta ställning till var om det hade varit en eller två processer. Euréns hävdade att det hade varit en och samma tillståndsprocess som hade pågått mellan 2000 och 2007, medan finska staten menade att det var två prövningar som varit särskilda från varandra. I den delen uttalade Europadomstolen att en förutsättning för att prövningen skulle ses som en rättegång var att de ingående processerna var oskiljaktiga och väsentligen avsåg samma sak ("proceedings are indissociable and concern essentially the same dispute").⁶³ I det konkreta fallet pekade Europadomstolen dels på att HFD återförvisade målet till miljönämnden för förnyad bedömning i sak, dels på att såväl ursprungsansökan som den kompletterande krävde samma slags tillstånd. Det var alltså fråga om samma sak som hade bedömts två gånger av tre instanser. Sedan angav domstolen att startpunkten för beräkningen av tiden var i juni 2001, då Euréns hade lämnat synpunkter på miljöcentralens första överklagande till Vasa förvaltningsdomstol. Sammanfattningsvis fann domstolen att prövningen skulle ses som en och samma rättegång, vilken hade pågått i över sex och ett halvt år.

Den andra frågan gällde tidskriteriet, dvs. kravet om att rättegången ska ske inom skälig tid. Här uttalade domstolen att bedömningen ska göras utifrån målets komplexitet, parternas

agerande och beslutets betydelse för sökanden. Euréns pekade här på att man inte hade överklagat eller försvårat processen och att det nekade tillståndet hade medfört att de fick lägga ned verksamheten. Europadomstolen konstaterade bara kort att man i ett stort antal liknande situationer hade bedömt att det skett en kränkning av tidskriteriet och att finska staten inte hade angett några giltiga skäl för ett annat synsätt i det här fallet.

Finland fälldes alltså för brott mot artikel 6 EKMR. I de övriga delarna, dvs. de påstådda kränkningarna mot äganderätten och för diskriminering ogillades käromålet.⁶⁴ Avgörandet skapade en hel del diskussion om miljöprocessen i Finland. Från domstolarnas sida är irritationen påtaglig och det påstås ibland att man numera hellre avslår en ansökan direkt, istället för att återförvisa. Jag har emellertid inte sett några undersökningar om det, men om det är en riktig uppgift är det en praxis som knappast gynnar verksamhetsutövarna.

4.3 Tidsaspekten i Bunge-målet

Bunge-målet började som nämnts ovan med ansökan om provtäkt 2005. Ansökan om tillstånd till huvudverksamheten inkom till miljödomstolen i maj 2006 och avslogs i december 2008. Då ju miljödomstolen agerar som tillståndsorgan har alltså "rättegången" enligt artikel 6 EKMR pågått sedan överklagandet gjordes i början av 2009. Räknet på det viset går målet snart in på sitt femte år. Som nämndes i inledningen, uttalade HD i sitt senaste beslut att prövningen i MÖD 2012 var begränsad, då domstolen ansåg sig bunden av "rättskraften" i 2009 års tillåtlighetsförklaring.

⁶² ECtHR 2010-01-19 (case 26654/08) *Huoltoasema Matti Eurén and others v. Finland*.

⁶³ Domen para 25.

⁶⁴ Här är avgörandet också intressant eftersom Europadomstolen bekräftar ställningstagandet i rättsfallet *Fredin v. Sweden* (ECtHR 1991-02-18; case 18928/91) om att nya miljökrav på gamla verksamheter är tillåtna inskränkningar i äganderätten eftersom de kan motiveras av tungt vägande allmänintressen.

Om HD nu finner att en sådan bundenhet strider mot de unionsrättsliga bestämmelserna i målet ställs man inför valet att avgöra tillståndsfrågan själv eller att återförvisa till MÖD för en fullständig prövning.

Det senare alternativet framstår inte som särskilt attraktivt av flera skäl. Ett första sådant är trovärdigheten för rättssystemet, tidsaspekten är ett annat skäl. En tredje prövning i MÖD är knappast en lösning som kommer att vinna samtliga parter gillande. Dessutom tar en förnyad och fullständig tillståndsprövning med ett stort antal parter och myndigheter troligen mer än ett år att genomföra. Därefter kommer domen att överklagas till HD, som knappast kan meddela beslut i prövningstillståndsfrågan på kortare tid än tre månader. I bästa fall har då processen pågått i drygt sex år, i värsta närmare sju år. Om den processen slutar med att Nordkalks ansökan ogillas, är det knappast förvånande om bolaget i Matti Euréns efterföljd stämmer svenska staten vid Europadomstolen för brott mot tidskriteriet i artikel 6 EKMR. Det är svårt att sia om utgången i en sådan process. Å ena sidan är utredningen mer komplex i Bunge-målet, jämfört med Euréns servicestation. Å andra sidan var det också där fråga om svåra bedömningar av påverkan på grundvatten som bedömdes olika av instanserna. Till det kommer de förväntningar som väcktes genom 2009 års tillåtlighetsförklaring och som Europadomstolen kan komma att väga in i frågan. Jag tror därför att utgången i ett sådant mål inte är alldeles given.

Alternativet är att HD meddelar prövningstillstånd i resten av målet och dömer av det i sak. Visserligen har man inte tillgång till egna tekniker, men det är möjligt att förordna om en eller flera sakkunniga. Dessutom kan tillståndsfrågan bedömas mot den rättspraxis som utvecklats av EU-domstolen i mål om Natura 2000. Här har ju domstolen formulerat hanteringsregler just med tanke på den situation som vi nu har i HD, dvs.

att en nationell domstol ska bedöma ett tekniskt material utan att ha sakkunniga i sitsen. Mot bakgrund av den omfattande utredningen i målet från olika myndigheter bör MÖDs ställningstagande kunna utvärderas mot de hållpunkter om vetenskapligt tvivel som finns i *Waddenzee-målet* och *Alto Sil*, dvs. att det ur ett vetenskapligt perspektiv inte får föreligga något rimligt tvivel om att verksamheten inte kan orsaka otillåten skada i området.⁶⁵ Därutöver måste HD ta ställning till i vilken utsträckning man kan sätta villkor för en Natura 2000-påverkande verksamhet på framtiden.

4.4 Slutsatser om den svenska miljöprövningen

Frågan om miljöprövningen och tidsaspekten är emellertid betydligt större än Bunge-målet. Som nämnts ovan, utsätts den svenska miljöprocessen rent allmänt för påfrestningar bl.a. genom kraven på ökad tillgång till rättslig prövning. En förutsättningslös diskussion om detta har dock lyst med sin frånvaro i Sverige, trots de senaste årens utredningar. Den svenska debatten har istället svängt fram och tillbaka, vilket inte minst märks på näringslivets inställning. I ena stunden är det utmärkt att vi har fyra eller fem instanser som bedömer hela saken om och om igen ända upp till Högsta domstolen, i den andra kan vi inte ha individuell omprövning av IED-anläggningar för att den svenska domstolsprocessen är så lång och omfattande. Vi behöver en mer strategisk diskussion och en djupare analys av den svenska miljöprocessen i mötet med EU-rätten. Jag tänker inte försöka mig på en sådan här, men vill ändå göra några anmärkningar. En inledande sådan är att om Sverige har valt att lägga miljöprövningen i allmän domstol och det uppstår friktioner med

⁶⁵ C-127/02 *Waddenzee* (2004-09-07), para 58–59, skrivningar som citeras i MÖD 2011:50 och C-404/09 *Alto Sil* (2011-11-24), para 100.

EU-rätten kommer vi att behöva anpassa vårt system, rimligen genom förenklingar i miljöprocessen. Dessa förenklingar kan inte åstadkommas genom att försvåra för den berörda allmänheten att överklaga beslut som rör deras intressen. Förändringarna måste alltså ske på andra sätt, varav jag kan se två huvudalternativ. Det ena är att förändra hela systemet för domstolskontroll i riktning mot rättsprövning. Det andra är att behålla den reformatoriska processen i ett mindre antal instanser. Den senare lösningen ansluter bättre till den svenska traditionen inom förvaltningsprocessen och är att föredra av flera skäl.

Den reformatoriska processen i domstol eller domstolsliknande organ har nämligen stora fördelar. Det är ett enkelt, billigt och snabbt sätt att få till en överprövning av administrativa beslut, samtidigt som systemet garanterar en rättvis rättegång enligt artikel 6 i EKMR. I Sverige görs på miljöområdet överprövningen av miljödomstolar som har teknisk expertis. Alla slags miljömål bedöms i samma linje, oavsett om det är fråga om tillstånd, tillsyn, vite, exekution och handräddning, sanktionsavgifter eller miljöskadestånd. Enbart miljöbrotten tas fortfarande i annan ordning, vilket får betecknas som en anomaly. Jag menar att fördelarna är uppenbara vid en jämförelse med andra rättssystem. Det normala inom EU är en uppdelning av frågorna till flera olika domstolar och andra instanser. Miljöbeslut tas av en myndighet och överprövas av nästa nivå inom administrationen, i separata organ eller hos ansvarigt departement. Domstolarnas kontroll sker genom en begränsad laglighetsprövning som sker utanför det normala beslutsfattandet. Slutresultatet blir ofta bara att ärendet skjuts tillbaka till beslutsinstansen, som fattar ett nytt och likalydande beslut. Överklaganden är sällan suspensiva och om inhibition begärs kan det kosta en smärre förmögenhet i form av säkerhet och liknande. Rekvisiten för inhibition kan också

vara svåra att möta. Därtill görs rättsprövningen ofta av instanser högt upp i domstolshierarkin och kan därför vara extremt långdragna, vilket gör att saken kan vara överspelad när den avgörs.⁶⁶ Vanligast arbetar man med en mer eller mindre civilprocessuell ordning där den klagande måste bevisa sin sak. Advokatobligatorium är inte ovanligt, liksom att rättegångskostnaderna kan vara höga eller mycket höga.

På ett rättsområde som är så specialiserat som miljörätten menar jag att den reformatoriska processen i särskilda domstolar eller domstolsliknande organ med tekniska ledamöter är överlägsen. Med en så rik flora av regelverk från olika nivåer och krav på tekniska och naturvetenskapliga kunskaper är det en illusion att tro att den vanliga domargeneralisten kan behärska dessa mål. Däremot finns ingen anledning att ha så många instanser som vi har i Sverige. Jag behöver knappast påpeka att vår instanskedja är betydligt längre än i de flesta andra länder i Europa. Här kan vi återigen jämföra med Finland. Där överklagas alla myndigheters beslut direkt till förvaltningsdomstolarna – i miljömål till Förvaltningsdomstolen i Vasa med hela landet som domkrets – och sedan vidare till Högsta förvaltningsdomstolen i Helsingfors (utan krav på prövningstillstånd). Båda domstolsinstanserna har tekniska ledamöter.⁶⁷ Båda våra system är reformatoriska, men där Sverige alltså kan ha fem instanser, har finnarna tre. Dessutom skapas rättspraxis entydigt i finska HFD. I Sverige sker det i praktiken i MÖD, men vissa mål kan överklagas till Högsta domstolen. Samtidigt utgår det

⁶⁶ Det kända rättsfallet C-44/95 *Lappel Bank* slutade ju med en lysande seger i EU-domstolen för den klagande miljöorganisationen, samtidigt som den kontroversiella parkeringsplatsen byggdes i fågelskyddsområdet. Ett annat känt fall från EU-domstolen med liknande utgång är C-304/05 *Santa Caterina Valfurva*. Det finns en mängd andra sådana exempel, se *Effective Justice*, avsnitt 2.5.

⁶⁷ Se Se Kuusienimi & Vihervuori & Darpö i FT 2009, avsnitt 3.2 och 3.4.

svenska regelverket från att "den kvalificerade rättsbildningen" sker i den senare domstolen, en inställning som inte stämmer med vare sig verkligheten eller HDs egen inställning.⁶⁸

De närmare ingredienserna i en sådan reform får anstå till en senare diskussion. Vi kan hämta inspiration från såväl Finland som det danska systemet med en nationell Natur- og Miljøklagenævnet (NMK). Idéer som ventilerats de senaste åren är att alla myndighetsbeslut överklagas direkt till domstol, vilket gör att länsstyrelsens roll som överprövningsorgan för kommunala beslut avskaffas. Ett annat är att tillståndsprovning på regional nivå ska ske i ett mindre antal koncessionsnämnder och att slutlig överprövning sker i en specialdomstol som är organisatoriskt självständig. Det finns givetvis för- och nackdelar med alla dessa förslag och det finns också andra idéer som borde diskuteras.⁶⁹ Då jag dessutom tror att det är en samstämmig uppfattning att den svenska miljöprocessen är för långsam, borde frågan utredas.

5. Avslutande om de svenska domstolarnas roll i implementeringen av EU-rätten

Bunge-målet är intressant ur många perspektiv, bl.a. därför att det har tydliggjort hur nationella rättsliga konstruktioner kan kollidera med EU-rätten. Jag tycker även att målet har illustrerat en underskattning av unionsrättens genomslagskraft och dynamik på miljöområdet. Möjligen kan man prata om en kulturkrock mellan EUs

institutioner och våra myndigheter och domstolar. Kommissionen inledde som sagt under våren en kommunikation med regeringen. Från svensk sida finns det tecken på irritation över att man anser att Bryssel lägger sig i ett pågående mål. Det kan också vara så att man från regeringens sida underskattar kommissionens beslutsamhet i frågan. Det vi ser kan vara ett utflöde av kommissionens nya strategi när det gäller överträdelser av unionsrätten. Lissabon har gett nya instrument åt myndigheten som kan utnyttjas genom förfaranden under artikel 260 EUF-fördraget, bl.a. begäran om viten och inhibition.⁷⁰ Att hotet om sådana ingripanden inte bara är tomma ord har inte minst märkts i den svenska vargdebatten. Det finns också andra exempel på att kommissionen har använt sig av dessa möjligheter för att faktiskt förhindra överträdelser, inte bara för att i efterhand sanktionera dem.⁷¹

En annan avslutande reflektion gäller domstolarna och EU-rätten. Det unionsrättsliga systemet utgår från att domstolarna har en viktig roll i värnandet av EU-rätten, eller som står i standardverket på området:⁷²

Most fundamentally, the national courts become enforcers of EU law in their own right. When the ECJ has decided an issue, national courts apply that ruling without further resort to the ECJ. The national courts are, in this sense 'enrolled' as part of a network of courts adjudicating on EU law, with the ECJ at the apex of that network. They become 'delegates' in the enforcement of EU law, and part of a broader EU judicial hierarchy.

⁶⁸ Prop. 2009/10:215, s. 180. I NJA 2011 s. 782 uttalar HD att "(s)lutsatsen av det nu sagda är att Mark- och miljööverdomstolen har ett betydande ansvar för prejudikattbildningen inom miljörettens område både genom egna avgöranden och genom att möjliggöra en provning i HD."

⁶⁹ För en vidare diskussion om miljöprovningen i Sverige, se avsnitt 8.3 i Darpö: Rätt tillstånd till miljön – Om tillståndet som miljörettsligt instrument, rättskraften och mötet med nya miljökrav. Slutrapport 2010-11-15 inom forskningsprogrammet ENFORCE, publicerad på <http://www.jandarpo.se/rapporter.asp>.

⁷⁰ Se t.ex. de nyligen avdömda målen C-279/11 och C-374/11 (EUD 2012-12-19).

⁷¹ Se den i not 11 nämnda artikel av David Hadroušek i JEEPL 2012 s. 235 som ger en god bild av de nya tongångarna inom kommissionen.

⁷² Craig, P & De Búrca s. 476.

I ett sådant sammanhang fungerar det inte bra om de nationella domstolarna sitter i en position där de inte kan överpröva den rättstillämpning som sker i politiska instanser, oavsett om det är i kommunala nämnder eller i regeringen. Jag menar att hela idén med att regeringen tar beslut som är bindande i miljöprövningar har spelat ut sin roll. De politiska instanserna bör ange principer, budgetramar och planeringsunderlag för samhällsviktiga projekt. Rättstillämpningen bör emellertid skötas av myndigheter och domstolar utan inblandning av företrädarna för de politiska intressena. Jag menar också att det har blivit tydligt att konstruktionen med preliminärbedömningar av stora projekt som omfattas av EU-rättsliga tillståndskrav kan komma i konflikt med unionsrätten. Som framgått i artikeln, anser jag därför att tillåtlighetsförklaringar – oavsett om de utförs enligt 17 kap. MB eller 22:26 MB – måste föreses med en möjlighet att frångå dem om annat följer av unionsrätten. Det bör också rent allmänt vara möjligt för det tillståndsprövande organet att göra en slutavvägning i tillståndsprövningsprocessen. Med en sådan "slutventil" försvinner en stor del av idén med tillåtlighetsförklaringarna och frågan är därför om inte möjligheten bör skrotas.

Towards a Transparent and Accountable Clean Development Mechanism: Legal and Institutional Imperatives

Damilola S. Olawuyi*

Abstract

The Clean Development Mechanism (CDM) of the Kyoto Protocol has come under increased criticisms for spearheading human rights violations in host countries. These human rights concerns include mass displacement of citizens from their homes to allow for projects, lack of participation by citizens in project planning and implementation, siting and concentration of projects in poor and vulnerable communities, lack of governmental accountability on projects and the absence of judicial and quasi-judicial remedies for victims of the above-mentioned problems.

As negotiators continue to map out the details of post 2012 climate change regimes, it is imperative to take stock and examine how these transparency and accountability concerns facing the current CDM framework could be pragmatically addressed. This paper discusses the need for a more transparent and accountable CDM. It explores the idea of accountability under international law and examines how these notions could be mainstreamed into a post-2012 CDM framework. This paper discusses the need for a comprehensive complaint mechanism under the CDM as a starting point for a more transparent and accountable CDM.

1. Introduction

The Kyoto Protocol's market mechanisms have been lauded as its most innovative features. These mechanisms are considered significant for providing alternative opportunities for in-

dustrialized countries to achieve their emission reduction objectives through investments in other countries.¹ However, as innovative as these mechanisms are, their implementations across national and international levels have been fraught with challenges.² Specifically, the Clean

* LL.M (Harvard), Clarendon Scholar and Doctoral Candidate, Faculty of Law, University of Oxford, United Kingdom. Email: damilola.olawuyi@law.ox.ac.uk

¹ The three flexible mechanisms: Joint Implementation (JI), Emission Trading (ET) and the Clean Development Mechanism (CDM) allow industrialized countries to meet their emission reduction targets by investing in projects abroad rather than through domestic actions alone. They give industrialized countries the opportunity to earn emission reduction credits *anywhere* in the world, at the *lowest cost* possible by investing in projects that lead to emission reduction and sustainable development. Studies confirm that it requires US \$50 to mitigate one ton of CO₂ eq. in developed countries, while in developing countries the same reduction can be accomplished at US \$15 per ton of CO₂ eq. For a detailed and excellent discussion of these mechanisms, see F Yamin and J Depledge, *The International Climate Change Regime* (CUP, 2005) 25.

² See generally D Driesen, 'Sustainable Development and Market Liberalism's Shotgun Wedding: Emissions Trading Under the Kyoto Protocol' (2008) 83(1) *Indiana Law Journal* 21; D Hunter, C Wold, and M Powers, *Climate Change and the Law* (LexisNexis Publishing, 2009); UN Development Programme, *Fighting Climate Change: Human Solidarity in a Divided World* (New York: 2007) 1; A McMichael et al., eds., *Climate Change and Human Health – Risks and Responses* (World Health Organization, 2003); M Sandel, 'Its Immoral to Buy the Right to Pollute' *N.Y. TIMES*, 15 Dec., 1997; T Jackson, 'The Language of Flexibility and the Flexibility of Language' (1998) 10 *International Journal of Environment and Pollution* 3; I Rowlands, 'The Kyoto Protocol's Clean Development Mechanism: A Sustainability Assessment' (2001) 22 *Third World Quarterly* 795; K Umamaheswaran & A Michaelowa, 'Additionality and Sustainable Development Issues Regarding CDM Projects in Energy Efficient'

Development Mechanism (CDM) has arguably come under more intense and scurrilous attacks than the other mechanisms.³ One main criticism is the low level of accountability in the project approval and implementation procedures under the CDM Rules.⁴ A number of CDM projects approved by the CDM Executive Board have also been criticised for resulting in the violation of existing human rights.⁵ There have also been issues related to pollution caused by the transfer of outdated and inefficient technologies for emission

cy Sector' (2006) HWWA Discussion Paper 346; M Doelle, *From Hot Air to Action? Climate Change, Compliance and the Future of International Environmental Law* (Carswell, 2005) 29.

³ The CDM has in fact been labeled as a 'Cheap and Corrupt Development Mechanism'. See Down to Earth Group, 'Issues: Flexibility Mechanisms' *Down to Earth Magazine* (November 15, 2005).

⁴ See L Schneider, 'Is the CDM Fulfilling its Environmental and Sustainable Development Objectives? An Evaluation of the CDM and Options for Improvement' (Öko-Institut, November 2007); C Sutter, 'Does the Current Clean Development Mechanisms Deliver its Sustainable Development Claims' (2005) *HWWA Report 1*; R Saner and A Neiderberger, 'Hype or Reality: Can the CDM trigger FDI?' (2005) 2 E.C.P 12; B Haya, *Damming the CDM: Why Big Hydro is Ruining the Clean Development Mechanism* (International Rivers Network, Berkeley: 2002) 1; H Kolshus, 'Can the Clean Development Mechanism attain both Cost effectiveness and Sustainable Development Objectives?' (2001) 8 CICERO Working Paper at 1.

⁵ See T Griffiths and F Martone, 'Seeing 'REDD'? Forests, Climate Change Mitigation and the Rights of Indigenous Peoples and Local Communities' Forest Peoples Programme, May 2009, available at <http://www.rightsandresources.org/documents/files/doc_923.pdf> (accessed 12 January, 2011); See generally E Meijer, 'The International Institutions of the Clean Development Mechanism Brought Before National Courts: Limiting Jurisdictional Immunity to Achieve Access to Justice' (2007) *New York University Journal of International Law and Politics* 873. See also J Barbara, *The False Promise of Biofuels* (San Francisco and Washington, DC: International Forum on Globalization and Institute for Policy Studies, September 2007); E Holt-Giménez and I Kenfield, *When Renewable Isn't Sustainable: Agrofuels and the Inconvenient Truths Behind the 2007 U.S. Energy Independence and Security Act*, Food First Policy Brief No. 13: Agrofuels (Institute for Food and Development Policy, March 2008).

credits.⁶ Other human rights concerns include the lack of participation by citizens in project planning and implementing,⁷ siting of projects in poor and vulnerable communities, lack of governmental accountability on projects and the absence of judicial and quasi-judicial remedies for victims of the above mentioned problems.⁸

⁶ See generally P Lucas and T Patzek, 'The Disastrous Local and Global Impacts of Tropical Biofuel Production' (March 2007) *Energy Tribune* 19. See also 'Groups Slam Nigeria's Submission of Gas Flare Reductions for Carbon Credits' available at <http://www.carbonradewatch.org/index.php?option=com_content&task=view&id=171&Itemid=36> (accessed 12 October, 2010). Another example is the Chan 75 Hydro dam project in Panama, which has been criticised as violating several human rights of the Ngöbe indigenous people. See Petition, 'Human Rights violations by the Government of Panama against the Ngöbe indigenous communities and individuals in the Changuinola River Valley, Bocas del Toro, Panama' p.32–33 (28 Mar. 2008). See also the case of *Saramaka People v. Suriname* (2007) Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 172 (Nov. 28, 2007). where the Inter American Court on Human Rights held that large scale development projects that would have a major impact within an indigenous people's territory can only proceed with the free, prior, and informed consent of the people, according to their customs and traditions.

⁷ See F Seymour, 'Forests, Climate Change, and Human Rights: Managing Risks and Trade-offs' in S Humphreys, ed., *Human Rights and Climate Change* (CUP 2010) 207; S Jodoin, 'From Copenhagen to Cancun: A Changing Climate for Human Rights in the UNFCCC?' CISDL & IDLO Sustainable Development Law on Climate Change Working Paper Series (January 2011) available at <http://www.idlo.int/Download.aspx?Id=282&LinkUrl=Publications/3_JodoinSébastien%20_ChangingClimateforHumanRights.pdf&FileName=3_JodoinSébastien%20_ChangingClimateforHumanRights.pdf>. (Accessed 03 August, 2011).

⁸ See Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting from Global Warming caused by Acts and Omissions of the United States, by the Inuit people of the Arctic Regions of the United States and Canada, 7 December 2005. The IACHR informed the petitioners that it would not consider the petition because the information it provided was not sufficient for making a determination and that no legally enforceable right has been violated. Available at <<http://inuitcircumpolar.com/files/uploads/iccfiles/FINALPetitionICC.pdf>> (accessed 12 July, 2011).

The most recent example that has dominated international discussions is the case of the Aguan biogas CDM project in Honduras, which was approved on the 18th of July, 2011 by the CDM Executive Board.⁹ This project sponsored by the U.K Government, has been heavily criticized internationally for its gross human rights violations.¹⁰ According to a report of the international human rights mission submitted on 25 March 2011 to the Inter-American Commission on Human Rights, the local project developer Grupo Dinant is alleged to have been at the center of violent conflicts with local people, who were deprived of their land by the project; about 23 peasants have also been killed.¹¹ A coalition of over seventy international human rights groups called on the UK to withdraw sponsorship for the project and for the CDM Executive Board not

to approve or register the project.¹² The U.K Secretary of State for Energy, in response, promised to follow the findings of the CDM Board on the project.¹³ Despite the protests, the CDM board approved this project. The Board argued as in most cases that it has no mandate to investigate human rights abuses and that any matter related to the sustainable development of a project or human rights is determined by the government that hosts the project.¹⁴ According to the spokesman for the CDM Executive Board:

The allegations are deplorable. If human life has been taken, or human rights violated in any other way, it is a flagrant violation of the most fundamental principles of the United Nations ... However the CDM board has no mandate to investigate human rights abuses. Any matters related to the sustainable development of the project are determined by

⁹ See UNFCCC, Lists of Registered CDM projects (2011), available at <<http://cdm.unfccc.int/Projects/DB/TUEV-SUED1260202521.42/view>> (accessed 02 August, 2011).

¹⁰ The project is located in the Bajo Aguan region in Honduras and it intends to reduce emissions by collecting biogas from methane emissions and replacing fossil fuels utilized for heat generation in a mill of a palm oil plantation of Grupo Dinant's subsidiary Exportadora del Atlantico. Estimates suggest that it would reduce annually about 23000 tonnes carbon dioxide, generating about US\$ 2.8 million between February 2010 to January 2017. See BIOMASS Hub, 'Human Rights Violations Linked to CDM Biogas Project in Honduras' (2011) available at <<http://biomasshub.com/human-rights-violations-linked-cdm-biogas-honduras/>> (accessed 12 July, 2011). See also CDM Watch, 'Press Release: United Nations under Pressure to denounce Human Rights Abuses in Carbon Offsetting Scheme' (2011) available at <<http://www.cdm-watch.org/?p=1872>> (accessed 02 August, 2011).

¹¹ For comprehensive details of human rights violations by this project, see CDM Watch, Petition to the CDM Executive Board on Aguan Gas project (2011) available at <http://www.cdm-watch.org/wordpress/wp-content/uploads/2011/02/unsolicited_letter_cdmproject_application_3197_honduras.pdf>; See also FIAN, Human Rights Violation in Bajo Arguan (2011), available at <http://www.fian.org/resources/documents/others/honduras-human-rights-violations-in-bajo-aguan/pdf>. (Accessed 02 August, 2011).

¹² CDM Watch, 'Open Letter: UK Government must withdraw authorisation for Aguan and Lean CDM projects linked to assassinations and other human rights abuses in Honduras' available at <<http://www.cdm-watch.org/?p=1648>> (accessed 02 August, 2011). As a response to protests by several international human rights groups German public development bank DEG (Deutsche Entwicklungsgesellschaft) declared that it will not pay out an already approved loan of \$20 million USD for the project. Similarly, EDF Trading, a wholly-owned subsidiary of Electricité de France SA's and one of the biggest CDM investors, pulled out from a contract to buy carbon credits from the project. See CDM Watch, 'German Bank Won't Lend to Honduran CO₂ Project' (April, 2011), available at <<http://www.bloomberg.com/news/2011-04-18/german-bank-won-t-lend-to-honduran-co2-project-cdm-watch-says.html>> (accessed 01 August 2011).

¹³ See Letter by Rt. Hon Chris Huhne M.P, (April 2011) available at <http://www.cdm-watch.org/wordpress/wp-content/uploads/2011/02/UK_Gov_reponse_on_aguan_130411.pdf> (accessed 31 July, 2011).

¹⁴ See The Response of the CDM Executive Board to the Petition, available at <http://www.cdm-watch.org/wordpress/wp-content/uploads/2011/02/EB59-14_CDM-Watch_Concerns-on-CDM-project-in-Honduras-Ref.-3197_Response.pdf> (accessed 02 August, 2011).

the government that hosts the project, in this case the de-facto government of Honduras ...¹⁵

The Kyoto Protocol is silent on the above mentioned human rights impacts of climate change, neither does it give the CDM Board any authority to consider such issues.¹⁶ It instead places the decision to host a project in the hands of national governments.¹⁷ Placing such a crucial decision in the hands of a country that is interested in such projects has led to the approval of all sorts of projects, even the ones that lead to loss of lives and the violation of human rights. States have been more concerned with hosting climate

¹⁵ See Climate Connections, 'Carbon Trade Group Backs Call to check Credits on Human Rights' available at <<http://climate-connections.org/2011/04/18/carbon-trade-group-backs-call-to-check-credits-on-human-rights/>> (accessed 02 August, 2011).

¹⁶ See S Jodoin, 'Lost in Translation: Human Rights in the Climate Change Negotiations' (January 2010) CISDL Legal Working Paper, available at <http://www.cisd.org/pdf/working_papers_climate/Jodoin.pdf> (accessed 02 June, 2011).

¹⁷ See Para. 27(h), CDM Modalities & Procedures, 3/CMP.1 (2005) <<http://cdm.unfccc.int/Reference/COPMOP/08a01.pdf>> accessed 12 July, 2012.

According to the CDM Watch Group:

... Current CDM Rules rely on the CDM host country government to assess whether a project contributes to sustainable development. This places the assessment of sustainable development in the hands of governments that would like to see more investment in their respective countries. As a consequence it is quite logical that essential criteria to assess sustainable development, which are chosen by host country governments themselves, are already deemed to be fulfilled with the mere requirement that the projects 'increase GDP per capita'. As a consequence, no CDM project has ever been rejected on the basis that it did not contribute to sustainable development. Allegations of serious human rights abuses related to CDM project applications in Honduras and Panama have caused an outcry amongst civil society organizations and widespread dismay that human rights are not being taken seriously under the CDM.

See CDM Watch Group News Letter (February 2011) <http://www.cdm-watch.org/wordpress/wp-content/uploads/2011/02/cdm_watch_newsletter_15_february_2011.pdf> (accessed 23 July, 2011).

change projects at all costs, irrespective of the human rights consequences of such projects. Due to the scramble by developing countries to host CDM projects, there have been increased tendencies to lower sustainability standards and to encourage foreign CDM projects despite their potential short and long term effects on human rights enjoyment.¹⁸ These concerns are more serious in developing countries with abysmal human rights records.¹⁹

¹⁸ M Jung, 'Host Country Attractiveness for CDM non-sink projects', *Energy Policy* (2006): 2174; A. Silayan, 'Equitable Distribution of CDM Projects Among Developing Countries' *HWWAReport* 255 at 1; K. Olsen, 'The Clean Development Mechanism's Contribution to Sustainable Development: A Review of the Literature', available at <http://cd4cdm.org/Publication/> (accessed 21 January 2011).

¹⁹ In Nigeria for example, six different emission reduction projects have been subjects of intense petition and court actions over their human rights violations. These projects include: the Kwale Project, Ovade Ogharefe project, the Lafarge Cement Project, The West African Gas Project (WAGP), the Asuokpu/Umutu Gas Recovery and Marketing Facility, and the Reducing Emissions from Deforestation and Degradation (REDD) currently being executed in Nigeria by Shell. The violations range from land grabs without compensation, assault on indigenes, killings, lack of participation in decision making process and the displacements of residents of affected areas. For these projects it is reported that the environmental impact assessment was only put together as a smokescreen and forwarded to the CDM Board after the project had already been approved by the Nigerian authorities. These projects were consequently approved and registered by the CDM Board despite the protests. See K Adeyemo, 'Nigerians Oppose Climate Development Projects' *The Tribune* (Ibadan, 12 September, 2010) 3; REDD Under Fire in Nigeria, <http://uk.oneworld.net/article/view/165950/1/246>, Dont Sell Forests: Group Urge Nigerian Government <<http://www.scoop.co.nz/stories/WO1008/S00467/dont-sell-forests-groups-urge-nigerian-govts.htm>>; See Carbon Trade Watch, 'Groups Slam Nigeria's Submission of Gas Flare Reductions for Carbon Credits' (2006) <http://www.carbontradewatch.org/index.php?option=com_content&task=view&id=171&Itemid=36> accessed 12 October, 2010; Bank Information Center, 'Local Groups say project will not end gas flaring, could exacerbate conflicts in the Niger Delta' <<http://www.bicusa.org/en/Project.39.aspx>> (accessed 14 January, 2011).

Another critical concern under the current CDM rules as embodied in the Kyoto Protocol, and the Marrakesh Accords is that they fail to establish complaint mechanisms and procedures for stakeholders or private individuals whose consultative rights or human rights in general have been infringed to seek redress, to block the approval of such projects or to seek the review of already approved projects. Currently, only governments or three CDM Executive Board members can request a review of projects under the CDM rules.²⁰ As expected, States that have approved projects would most unlikely instigate such review processes. Stakeholders whose rights are violated do not currently have any way to request a review of a CDM project prior to registration. The Kyoto Protocol does not also confer the CDM Board with the authority to refuse a project based on human rights complaints or with the discretion to hear appeals from members of the public whose rights might be affected by a project even in cases such as the Aguan gas project where several petitions were received that indicated significant infringements of human rights.

This creates a one-way mechanism in which the decision of the State is final and most often rubber stamped by the international supervisory body. It freezes out the common citizen whose fundamental human rights may be repressed by the home state and the repression endorsed by the UNFCCC. This is a loophole that has significantly contributed to the high level of human rights petitions and criticisms against CDM projects. As Filzmoser notes:

Reported human rights abuses related to CDM project activities have caused widespread dismay that human rights are not

being taken seriously under the CDM ... The CDM Executive Board must take this issue seriously. If there are no rules in place that allow for the rejection of projects based on human rights abuses, it is time to change this now ... Excluding carbon offset projects that fund human rights abuses from the CDM would only be a logical move given that responsible investors should not be interested in buying carbon credits from projects that violate UN conventions.²¹

These concerns have led to calls for a more transparent and accountable market system in emerging climate change regimes.²² It has been argued that:

those with human rights expertise therefore have good reasons to think through the human rights consequences of different mitigation strategies-at national and local but perhaps especially at international level-given that the effects will be profound, of long duration and probably irreversible ...²³

Shue also notes that responses to these human rights concerns have to be coordinated internationally:

²¹ A Filzmoser, CDM Projects Affect Human Rights, (February 2011) available at <<http://www.cdm-watch.org/wordpress/wp-content/>> (accessed 2 August, 2011).

²² See E Meijer and J Werksman, 'Keeping It Clean: Safeguarding the Environmental Integrity of the Clean Development Mechanism' in D Freestone and C Streck, eds., *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol* (OUP 2005) 191, 201; The World Bank, *Development and Climate Change: World Development Report 2010* (The World Bank, 2010); Oxfam International, *Climate Wrongs and Human Rights: Putting People at the Heart of Climate-Change Policy*, Oxfam Briefing Paper 117 (Oxfam International, 2008).

P Baer, T Athanasiou, and S Kartha, *The Right to Development in a Climate Constrained World: The Greenhouse Development Rights Framework* (Heinrich Böll Foundation, 2007); E Page, *Climate Change, Justice and Future Generations* (Edward Elgar, 2006), 132-60.

²³ *Ibid.*

²⁰ CDM Modalities & Procedures, 3/CMP.1 (2005)<<http://cdm.unfccc.int/Reference/COPMOP/08a01.pdf>> accessed 12 July, 2011.

any institutions to protect the rights threatened by climate change must be international ... When a national government fails to carry out its primary responsibility to protect rights, responsibility defaults to the second level consisting of the remainder of humanity, organized under the other national governments and constituting the remainder of the international community. This is essentially the model or picture underlying, for instance, what has come to be called the —responsibility to protect (or R2P) ... The futility of uncoordinated national efforts at protection against effects of climate change is certain. The only conceivable protection of any rights threatened by climate change is protection through concerted action by the international community as a whole.²⁴

This paper examines some of the transparency and accountability concerns in the current CDM framework. This paper discusses how the absence of transparent procedural guidelines on project approval and implementation have cast shadows on the overall importance and desirability of carbon market and the importance of retaining the CDM in emerging climate change regimes. This paper argues that the absence of complaint mechanisms and accountability procedures in the extant CDM Rules and institutions are direct violations of the robust human rights safeguards on accountability under international law. As negotiators continue to map out the details of post 2012 climate change regimes, it is arguably a good time to mainstream principles of accountability and a comprehensive complaint mechanism into the Kyoto Protocol and the CDM Rules, in line with well-established notions of accountability under international law.

²⁴ H Shue, 'Human Rights, Climate Change, and the Trillionth Ton' in D Arnold (ed.), *The Ethics of Global Climate Change* (CUP 2011) 292.

This paper sets out in part two with an examination of the concept of accountability under international law and a discussion on its essential normative requirements. Part three tests the current CDM framework against these notions of accountability with the aim of identifying areas that call for improvement. Part four offers recommendations on how these notions of accountability could be mainstreamed into post-2012 climate change regimes.

2. Notions of Accountability under International Law

Accountability has been defined as the requirement that officials explain their reasons and accept responsibility for carrying out an assigned mandate in light of agreed upon expectations.²⁵ It is the obligation to (demonstrate that work has been conducted in accordance with agreed rules and standards and to report fairly and accurately on performance results vis-à-vis mandated roles and/or plans.²⁶ An individual, group or organization entrusted with some financial, human or other resources ought subsequently to give an account of the use (or non-use) of the resources.²⁷ It has also been defined as 'being obliged to give satisfactory reasons for one's actions'.²⁸ It includes the burden on states to show compliance with human rights standards in project planning and execution and the need to demonstrate transparency in decision-making.

²⁵ Government of Canada, *Restoring Accountability: Recommendations* (Public Services Canada 2006) 8-9, see also S Kuyama and M Fowler (eds), *Envisioning Reform: Enhancing UN Accountability in the Twenty-First Century* (United Nations University Press 2009).

²⁶ OECD, "Public Sector Transparency and Accountability: Making it Happen" OECD (2002) 7.

²⁷ See R Keohane 'Global Governance and Democratic Accountability' in D Held and M Koenig-Archibugi (eds) *Global Governance and Public Accountability* (Blackwell 2002) 130-159.

²⁸ Webster English Dictionary, Definition of Accountable.

The UNDP describes it as when actors *accept* responsibility for the impact of their action and inaction on human rights; *cooperate* by providing information and entering into dialogue and *responding* adequately to claims made.²⁹ The Global Accountability Project (GAP) defines accountability as the processes through which an organization makes a commitment to respond to and balance the needs of stakeholders in its decision-making processes and activities, and delivers against this commitment.³⁰

Behn explains the dimensions of accountability to include accountability for fairness, under which government organizations are held accountable to the norms of democratic governance through a fairness procedure by applying rules with fairness and equity; and accountability for performance, which involves fulfilling expectations of the citizens in a satisfactory manner and being accountable to the entire citizenry.³¹

Paragraph 29 of the UN Norms and Responsibilities of Transnational Corporations and other Businesses with Regard to Human Rights provides that:

²⁹ According to the UNDP, indicators for human rights need to be explored for four interlocking objectives: *asking whether states respect, protect and fulfill rights*—the overriding framework of accountability for the role of the state; *ensuring that key principles of rights are met*—asking whether rights are being realized without discrimination, and with adequate progress, people’s participation and effective remedies; *ensuring secure access*—through the norms and institutions, laws and enabling economic environment that turn outcomes from needs met into rights realized; *identifying critical non-state actors*—highlighting which other actors have an impact on realizing rights and revealing what that impact is. Indicators for Human Rights Based Approaches to Development in UNDP Programming: A Users’ Guide (March 2006), <<http://www.undp.org/oslocentre/docs06/HRBA%20indicators%20guide.pdf>> accessed 23 November, 2010. 1

³⁰ One World Trust, 2011 Pathways to Accountability II, The Revised Global Accountability Framework, <http://oneworldtrust.org/publications/doc_download/470-pathways-to-accountability-ii> accessed 12 March 2012.

³¹ R Behn, *Rethinking Democratic Accountability* (Brookings Institution Press 2001) 317.

To make it possible for grievances to be addressed early and remediated directly, business enterprises should establish or participate in effective operational-level grievance mechanisms for individuals and communities who may be adversely impacted.³²

Grievance mechanisms support the identification of any adverse human rights impact as part of the human rights due diligence on a project; they also make it possible for grievances, once identified, to be addressed and for any adverse impact to be remediated early and directly by project proponents, thereby preventing harm from being compounded and grievances from escalating.³³ As new project information emerges, new human rights issues could also emerge. As such, it is not enough to only provide updated information on projects, there must also be a project review dispute resolution platform for stakeholders to seek a review of projects and to address any human rights concerns that might arise. A review mechanism complements wider stakeholder engagement as it provides opportunities for stakeholders to raise emerging issues that were not discussed or during the pre-approval consultations.

A) Accountability in international human rights law

Accountability in human rights terms is measured by a set of indicators which include identifying the unintended impact of laws, policies and practices on human rights; identifying which actors are having an impact on the realization of

³² UN Doc/E/CN.4/Sub 2/2003/38/Rev. 2. These norms have been further elaborated and endorsed by the United Nations in the recently released report: J Ruggie, “United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework” (2011) UN Document A/HRC/17/31 (21 March 2011).

³³ *ibid.*

rights; revealing whether the obligations of these actors are being met; giving early warning of potential violations, prompting preventive action; enhancing social consensus on difficult trade-offs to be made in the face of resource constraints; exposing issues that had been neglected or silenced.³⁴

Virtually every human right instrument creates mechanisms for monitoring compliance and for reporting violations. Many human rights treaty bodies monitor implementation through the creation of additional reporting requirements for states and the adoption of general comments and recommendations interpreting treaty obligation.³⁵ The Commission on Human Rights also establishes special rapporteurs, or expert committees and working groups to gather human rights compliance information and to recommend actions for non-compliance. The United Nations has in different resolutions identified accountability as part of the founding principles of public administration.³⁶ The UN General Assembly, for instance, has adopted Resolution 60/260 on Accountability.³⁷ This resolution emphasized the importance of strengthened accountability within the United Nations and the need for all UN agencies to ensure greater accountability within their spheres of operation for the effective and efficient implementation of legislative

mandates and the best use of human and financial resources.

In 2008, the UN Secretary General released an additional report Accountability Framework, Enterprise Risk Management and Internal Control Framework, and Results-based Management which reiterated the importance of accountability, that the UN can become stronger and more effective only if it is better managed and more clearly accountable.³⁸ In this report the Secretary-General proposes a comprehensive accountability architecture, comprising three pillars: performance, integrity, and compliance and oversight. The new architecture would build on the existing accountability framework, under which the Secretary-General delegates authority to his senior managers to implement the mandates and achieve expected results within a given resource level. The Secretary-General reports these results to Member States, which can then hold him accountable for the achievement of results.³⁹ This report was proposed as a model for all UN agencies to ensure greater accountability in their areas of operation.

Despite these however, the reality is that violations of human rights are still prevalent all over the world especially with regards to the respect of citizens in developmental projects that can affect their lives.⁴⁰ The lack of accountability within the UN systems and within international development agencies has received scholarly

³⁴ S Lankford and H Sano, *Human Rights Indicators in Development: An Introduction* (World Bank 2010); see also UNDP, *Using Indicators for Human Rights Accountability* <http://hdr.undp.org/en/media/hdr_2000_ch5.pdf> accessed 12 March 2012.

³⁵ See United Nations, 'Delegation of Authority and Accountability' (2004) Report of the UN Joint Inspection Unit, JIU/REP/2004/7, 13.

³⁶ See A/RES/49/136 of 1994, A/RES/50/225 of 1996, A/RES/53/201 of 1999, A/RES/56/213 of 2002, A/RES/57/277 of 2002 and A/RES/58/231 of 2004.

³⁷ United Nations, *Investing in the United Nations: For a Stronger Organization Worldwide*, Resolution of the United Nations General Assembly, 16 May 2006, A/RES/60/260.

³⁸ United Nations (2006) Press Release SG/2119, GA/10558.

³⁹ United Nations (2008) 'Accountability Framework, Enterprise Risk Management and Internal Control Framework, and Results-based Management' A/62/701, see also United Nations, 'Delegation of Authority and Accountability' (2004) Report of the UN Joint Inspection Unit, JIU/REP/2004/7, at 13.

⁴⁰ See E Brown Weiss, 'Accountability and International Law: Reflections from Water Projects' A lecture delivered at the University of Oxford on 23 February, 2012; see also O Hathaway, 'Do Human Rights Treaties Make a Difference?' (2002) 11(8) Yale Law Journal.

attention within the last decade.⁴¹ Accountability concerns include the prevalent development paradigm that fails to hold development agencies and corporations liable for human rights violations in project constructions.⁴² There is also the failure by development banks and international agencies to establish clear and compulsory human rights benchmarks that must be met before projects are approved or funded.⁴³ This has led to increased calls for an approach that hinges development on the respect for a human rights threshold on accountability.⁴⁴

Rights based notions on accountability focuses on the need for human rights based benchmarks or indicators by which progress in human rights is measured in developmental projects, and

⁴¹ See S Kuyama and M Fowler (eds), *Envisioning Reform: Enhancing UN Accountability in the Twenty-first Century*, (United Nations University Press 2009) 5-8.

⁴² See E Brown Weiss, 'On Being Accountable in a Kaleidoscopic World' (2011) 1 *Asian J. Int'l L.* 21-32; see also E Brown Weiss, P Lallas and A Herken, 'The World Bank Inspection Panel: Participation and Accountability' in S Kuyama and M Fowler (eds), *Envisioning Reform: Enhancing UN Accountability in the Twenty-first Century*, (United Nations University Press 2009) 271.

⁴³ See R Keohane, 'Global Governance and Democratic Accountability', in D Held and M Koenig-Archibugi (eds) *Global Governance and Public Accountability* (Blackwell 2005), see also S Nanwani, 'Improving Accountability at the Asian Development Bank' in S Kuyama and M Fowler (eds), *Envisioning Reform: Enhancing UN Accountability in the Twenty-first Century* (United Nations University Press 2009) 271

⁴⁴ See E Brown Weiss, 'Accountability and International Law: Reflections from Water Projects' A lecture delivered at the University of Oxford on 23 February, 2012, see also O Hathaway, 'Do Human Rights Treaties Make a Difference?' (2002) 11(8) *Yale Law Journal*. Other accountability issues identified include the public access to all relevant documentation related to operations and activities including budget information and procurement activities; the need for: whistle-blower protection policies; financial disclosure policies; availability of internal audits and other reports to Member States; independence of the respective internal oversight bodies; See United Nations, *Public Sector Transparency and Accountability in Selected Arab Countries: Policies and Practices* (United Nations 2010).

the provision of reward and sanction for success and failure in achieving a positive human rights effect.⁴⁵ It has been noted that an accountability procedure depends on, but goes beyond, monitoring.⁴⁶ It is a mechanism or device by which duty-bearers are answerable for their acts or omissions in relation to their duties. An accountability procedure provides right-holders with an opportunity to understand how duty-bearers have discharged, or failed to discharge, their obligations, and it also provides duty-bearers with an opportunity to explain their conduct.⁴⁷

B) Elements/Indicators of accountability

One suggested approach for measuring accountability is through the use of human rights indicators.⁴⁸ Human rights indicators aim to measure human rights realization, both qualitatively and quantitatively, and also to measure human rights outcomes, i.e. naming and shaming who is responsible for what. Human rights measurements help to name and shame project proponents or officials responsible for problems such as lack of participation, discrimination or inhuman treatments. The use of indicators thus provides clear and precise measurements of areas of progress and areas where progress is lacking. Indicators

⁴⁵ B Andreassen and H Otto Sano, *Human Rights Based Approaches Indicators* (Norwegian Centre for Human Rights, 2004) 1.

⁴⁶ *ibid.*

⁴⁷ See A Kuper (ed.), *Global Responsibilities: Who Must Deliver on Human Rights?* (Routledge 2005).

⁴⁸ S Lankford and H Sano, *Human Rights Indicators in Development: An Introduction* (World Bank 2010); Department for International Development, 'How to Note: A Practical Guide to Assessing and Monitoring Human Rights in Country Programmes' (DFID 2009); M Malhotra, and N Fasel, 'Quantitative Human Rights Indicators: A Survey of Major Initiatives' (2005) Background paper for the UN Expert Meeting on Human Rights Indicators, Turku; Norwegian Agency for Development Cooperation (NORAD), *Handbook in Human Rights Assessment: State Obligations, Awareness and Empowerment* (NORAD 2001).

help citizens to decide which areas human rights responsibilities are being met and areas in which action is lacking. As such, human rights indicators help us gauge the degree at which human rights are violated by a project and to what extent people have access to redress for violations.

While scholars agree on the importance of measuring accountability using a set of clearly identified indicators, creating such human rights-based indicators has remained a major theoretical and practical challenge.⁴⁹ The UN Special Rapporteur on the right to health, Paul Hunt, has however provided a framework which provides clear guidance on how human rights accountability can be measured. He argues that human rights accountability should be measured in terms of structural conditions, processes, and outcomes.⁵⁰ I will examine and analyse Hunt's framework.

⁴⁹ Limited progress has been made towards developing commonly accepted systems of measuring human rights promotion. For example there is an ongoing debate on whether the same set of indicators could be used to assess both civil and political and the economic and social rights. This paper will not assess the nature and extent of these debates because it is not directly relevant our scope. For more readings see J Ackerman, 'Social Accountability for the Public Sector: A Conceptual Discussion' (Paper No 82, The World Bank 2005); M Besançon, 'Good Governance Rankings: The Art of Measurement' (2003) 36(2) World Peace Foundation Report; P Ball, 'Making the Case: Investigating Large Scale Human Rights Violations Using Information Systems and Data Analysis' (2001) 18(3) Statistical Journal of the United Nations Economic Commission for Europe 163-174; T Landman, 'Measuring Human Rights: Principle, Practice, and Policy' in (2004) 26 Human Rights Quarterly 906; UNDP, *The Concept and Measurement of Human Development: UNDP, Human Development Report 2002* (OUP 2002).

⁵⁰ P Hunt, Interim report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the Right of Everyone to Enjoy the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, United Nations General Assembly, Fifty-eighth session, Agenda item 117 (c), 10 October 2003, United Nations General Assembly, paras. 14-29.

i) Structural conditions

This measures the availability of relevant regulatory and institutional structures that make it possible for citizens to enjoy human rights. It includes the availability of laws and regulations, which forbid human rights violations, and the establishment of relevant institutions that monitor and enforce these laws. At the international level, many international environmental agreements establish compliance committees that would be responsible for monitoring compliance. Even though the Kyoto protocol contains a very comprehensive compliance mechanism, it does not include a public complaint procedure.

Similarly, the Kyoto Protocol establishes the CDM Executive board as the body responsible for granting approvals and monitoring CDM projects.⁵¹ This body however does not have any mandate to consider projects from a human rights angle. Rather, the body examines the technical requirements of projects and whether such projects have met national requirements of the host country. Similarly, the CDM Executive Board is mainly accountable to member states in the discharge of its duties and not to the public. As such, it does have the mandate to take public complaints from citizens. This makes it impossible for individuals to approach the executive board for any projects that affect their human rights, leaving states as the only option for redress. When states, due to economic reasons fail to provide redress, individuals would only be left frustrated. This lacuna is a major factor responsible for human rights violations by climate projects under the CDM.

ii) Process

Apart from providing laws and institutions on human rights issues in development, such laws

⁵¹ See The CDM Executive Board, <<http://cdm.unfccc.int/EB/index.html>> accessed 12 February, 2011.

and institutions must be effective. Process measures how the laws and institutions are functioning in practice, whether they merely exist on paper or they actually possess the tools and skills needed to ensure the enforcement of human rights. International treaties might condemn lack of participation or gender discrimination and even appoint a committee to monitor the situation, but unless the courts are accessible and the committee is functional, such a treaty would mean nothing. As such, it is not enough to have huge volumes of laws and different institutions on human rights enforcements; 'process' measures how effective the existing laws and institutions are in the enforcement of human rights. For example it would include whether the public were consulted in the decision-making process for developmental projects; how decisions on projects locations are taken; if the marginalized groups are carried along; the availability of administrative or judicial remedies in case of perceived human rights violations and the degree of independence of the judicial system in dealing with such cases. When, for example, a government decides to go ahead with a project for economic or political reasons despite protests, claims and agitations by citizens and even despite the availability of scientific advice against such a project, the process indicator helps us to conclude that human rights accountability is low.

The Kyoto Protocol does not include any provision on the need to consider the human rights aspects of climate change projects. Similarly, the CDM Executive Board has not provided any human right threshold for CDM projects. In the absence of such a threshold, it is impossible to talk about effectiveness.

iii) Outcomes

This measures the progress made in human rights enforcement, it asks whether and to what extent human rights are realized. It tests whether indi-

viduals experience or enjoy their human rights enshrined in legal instruments; and whether structural conditions and processes are actually bringing about results in preserving people's human rights. While the outcome may tell us whether human rights are enforced, structural conditions and processes tell us how they are enforced. Outcome indicators assess, for example, whether and to what extent people actually feel they have a say in developmental projects that affect them. The outcome may suggest whether actors should be applauded and encouraged or whether they should be named and shamed.

C) The World Bank Inspection Panel: a case study on accountability

The World Bank Inspection Panel has gained increased recognition as a good example of how international institutions could mainstream accountability into their areas of activities.

The International Bank for Reconstruction and Development (The World Bank) was established in 1944 to promote the recovery and development of countries heavily affected by the impact of the Second World War.⁵² However during the 1980s, concerns began to emerge on how development projects sponsored by the World Bank were producing negative environmental and social impacts ranging from environmental pollution, unsafe dams and projects, mass displacement of citizens from their homes to allow for projects, concentration of projects in poor and vulnerable communities, and the lack of participation by citizens in project planning and implementation.⁵³ For example the Bank came under

⁵² See World Bank, About us, available at <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:20040558~menuPK:34559~pagePK:34542~piPK:36600,00.html>> accessed 21 March 2012.

⁵³ See for example Witness for Peace, A People Dammed: The Impact of the World Bank Chixoy Hydroelectric Project in Guatemala <<http://www.witnessforpeace.org/apd.html>> accessed 23 March 2012. See also D Clark, 'Re-

heavy criticism for financing the Sardar Sarovar Dam in India despite heavy opposition by villagers and community leaders.⁵⁴ The concerns raised by this project were publicized by locally affected communities, non-governmental organizations and interest groups to highlight the need for accountability in the operations and activities of the World Bank and that international funds should not be used for projects that harm the environment or externalize development costs to the poorest members of society.⁵⁵

Consequently, the Board of Executive Directors of the World Bank in September 1993 adopted a resolution to create an independent World Bank Inspection Panel to serve as an independent forum through which individuals or communities who believe that they are or are likely to be harmed by a World Bank funded project to bring their concerns directly before the Board of Executive Directors of the World Bank.⁵⁶ The Panel serves as an independent fact finding body with the power to review Bank funded projects to determine whether the World Bank management is following its own operational policies

settlement: *The World Bank's Assault on the Poor* (CIEL Brief May 2000); F Seymour, 'The World Bank and Environmental Sustainability' in P Bosshard, *Lending Credibility: New Mandates and Partnerships for the World Bank* 43, 43–44 (World Bank 1996); K Horta, 'Rhetoric and Reality: Human Rights and the World Bank' (2002) 15 *Harv. Hum. Rts. J.* 227.

⁵⁴ See K Ramachandra, 'Sardar Sarovar: An Experience Retained' (2006) 19 *Harvard Human Rights Journal* 275–281; see also P Mehta, 'Internally-Displaced Persons and the Sardar Sarovar Project: A Case for Rehabilitative Reform in Rural Media' (2005) 20(3) *American University International Law Review* 613–647; D Clark, *The Impact of the 2002 Submergence on Housing and Land Rights in the Narmada Valley* (Habitat International Coalition 2003).

⁵⁵ See D Clark, 'The World Bank and Human Rights: The Need for Greater Accountability' (2002) 15 *Harvard Human Rights Journal* 205–226; D Bradlow, 'The World Bank, the IMF and Human Rights' (1996) 6 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 47, 59.

⁵⁶ World Bank, IBRD Resolution No. 93-10/ IDA Resolution No. 93-6 (1993), available at <<http://www.worldbank.org/inspectionpanel>> accessed 23 February 2012.

and procedures in the design, appraisal and implementation of projects.⁵⁷ According to the Panel Operating Procedures:

The Panel has been established for the purpose of providing people directly and adversely affected by a Bank financed project with an independent forum through which they can request the Bank to act in accordance with its own policies and procedures.⁵⁸

The Panel is to ensure that the Bank funded projects are not leading to social and environmental consequences to the people in countries or communities where the projects are situated. The goal of the Inspection Panel is to provide individuals with a chance for their voices to be heard before an international body. It opens the window of opportunity for individuals to identify loopholes in the compliance system of an international organization. Weiss the Former Chair of the Panel describes the panel as part of the broadening of the range of actors in international law and policymaking – a stage once restricted to national governments and the bureaucracies of international organizations.⁵⁹ According to Weiss, the Panel offers people affected a formal means to challenge whether an international institution (The World Bank) is complying with international norms (its operational policies and procedures). This exemplifies the move in international law to recognize individuals and non-state actors in policy and decision-making processes and to create a 'public space' where

⁵⁷ *ibid.*

⁵⁸ IBRD Inspection Panel, 'Panel Operating Procedures' August 19, 1994 <<http://www.worldbank.org/inspection-panel>> accessed 23 February 2012.

⁵⁹ E Brown Weiss, *The World Bank Inspection Panel: Participation and Accountability* in S Kuyama & M Fowler (eds) *Envisioning Reform: Enhancing UN Accountability in the Twenty-First Century* (United Nations University Press 2009) 271.

people, states and large institutions can better interact.⁶⁰

The creation of the World Bank Panel as a structurally independent of World Bank management and Staff has gone a long way in restoring accountability to the process of approving development projects at the World Bank. Hunt's typology can be adopted to examine the structural conditions, processes, and outcomes of the World Bank Inspection Panel and to test how this panel has been able to restore some measure of accountability and transparency within the World Bank.

i) Structural conditions of the World Bank Inspection Panel

The enabling resolution of the Panel provides some measure of structural independence, fairness and impartiality in its operations. For example, the Panel comprises three members of different nationalities who are nominated by the President after consultation with the Board of Executive Directors. No panel member may serve for more than one term; as such vacancies in the Panel are filled every five years.⁶¹

⁶⁰ See L Boisson De Chazournes, 'The World Bank Inspection Panel: About Participation and Dispute Settlement' in T Treves et Al (eds) *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies* (Asser Press 2005) 187-203; see also K Kingsbury and Stewart, 'The Emergence of Global Administrative Law' (2005) 68 *Law & Contemporary*.

Problems 15, at 17; A Bradlow 'Private Complainants and International Organizations: A Comparative Study of the Independent Inspection Mechanisms in International Financial Institutions' (2005) 36 *Georgia J Int'l L* 403, at 419. See also E Brown Weiss, 'New Directions in International Environmental Law' Address Before the United Nations Congress on Public International Law (15 March 2001); L Sohn 'The New International Law: Protection of the Rights of Individual Rather than States (1982) 32(1) *American University Law Review* 1-64.

⁶¹ Para.4, World Bank, IBRD Resolution No. 93-10/ IDA Resolution No. 93-6 (1993), <<http://www.worldbank.org/inspectionpanel>> accessed 23 February 2012.

Structurally, the enabling resolution of this panel provides for independence in the appointment of members of the Panel. The 1993 Resolution provides that:

Members of the Panel shall be selected on the basis of their ability to deal thoroughly and fairly with the requests brought to them, their integrity and independence from the Bank's management and their exposure to developmental issues and to living conditions in developing countries. Knowledge and experience of the Bank's operations will also be desirable.⁶²

ii) Processes of the World Bank Panel

The World Bank Panel adopts a procedure that allows any group of individuals or community affected by a project including NGOs can approach it for investigations. The process of investigation is triggered by the submission of a request for inspection. According to the Resolution, such a request may be submitted by a community of two or more affected people; a local organization or other duly appointed representative on behalf of the affected people; a foreign organization in exceptional circumstances if no local representative is available; or an executive director of the World Bank. A request may be submitted in any language and in any format, including by a mere letter, except that they must be in writing, dated and signed by the requesters.⁶³ The Panel also respects the confidentiality of requesters who ask that their names should not be published.

iii) Outcomes of the World Bank Panel

Due to the simplicity of the process involved in accessing the Inspection panel, requests for review have been sent in from individuals and communities across the world. Since 1994, it has

⁶² *ibid.*

⁶³ *ibid* Para.6-15.

received over 52 requests from 31 countries on a wide variety of projects.⁶⁴

The Panel has been pragmatic in dealing with project requests and has recommended the suspension of projects that fail to comply with the World Bank's policies and procedures especially projects that involve inadequate levels of local involvement, community consultations and social and environmental impact assessments. The World Bank Executive Board has also followed the reports for the Panel by suspending funding for projects found to be in non-compliance by the Panel.⁶⁵ This aspect of following the findings of the Panel demonstrates outcomes. It is not enough for the Panel to make its findings, people must be satisfied that the report has been followed and has led to outcomes such as the

⁶⁴ Communities from Albania, Argentina, Bangladesh, Brazil, Burundi, Cambodia, Cameroun, Chad, Chile, China, Columbia, Congo Democratic Republic, Ecuador, Ethiopia, Ghana, Honduras, India, Kenya, Lesotho, Mexico, Nepal, Nigeria, Pakistan, Papua New Guinea, Paraguay, The Philippines, Romania, South Africa, Tanzania and Uganda have submitted project requests to the Panel. See World Bank Inspection Panel, *Cases and Reports*, *ibid*.

⁶⁵ A good example is the Mumbai Urban Transport Project (MUTP), which was reviewed by the Inspection Panel. The Panel received four successive requests for inspection of this project that would displace over 120,000 people from their homes. The requests noted that the Bank's policies concerning resettlement, income restoration and rehabilitation were violated by the project and that they would suffer adverse effects from the project. In 2005, the Panel released its investigation report which concluded that several policies of the World Bank had been violated particularly on involuntary resettlement and environmental assessment. Consequently on 1 March 2006, the World Bank Executive board suspended disbursements of funds for the road and resettlement components of the project. The Bank asked the government of Maharashtra to demonstrate compliance in terms for environmental impact assessments and resettlements before funding could be resumed. On 29 June 2006, The Bank lifted the suspension of funding after it was satisfied that the State of Maharashtra had substantially met all the requirements. The Panel later issued a follow up report on 01 March 2007 on progress made under this project after visiting India and after meeting with the people affected.

suspension of funding for the project or the resolution of outstanding issues relating to the project.

Due to the concrete contributions of the Panel towards ensuring accountability within the World Bank, it has been recognized with the highest accountability rating by *the 2006 Global Accountability Report*. The Report identified four key dimensions of accountability: transparency, participation, evaluation and complaint and response mechanisms. The Report studies 30 international institutions in terms of accountability and recommended the Panel as the 'best practice' for accountability especially for keeping its commitments of responding to all complaints brought before it.⁶⁶ It has been said that:

The Inspection Panel offers a significant example of an internationally agreed mechanism to promote the involvement of civil society and local communities in the decision-making process of international law, cooperation and development. In this way it has made-and is still making- an important contribution to the continuing evolution towards greater rights of participation by non-state actors in the international law and policymaking process.⁶⁷

The World Bank Inspection Panel could be a fitting template for restoring accountability within the systems of approving CDM projects. By creating an independent panel that would enable individuals, communities and NGOs to have a voice in the processes of approving climate change projects, the current pervasive culture of approving projects which could lead to emis-

⁶⁶ One World Trust, *2006 Global Accountability Report: Holding Power to Account* (One World Trust 2005) 25-46.

⁶⁷ E Brown Weiss, 'The World Bank Inspection Panel: Participation and Accountability' in S Kuyama and M Fowler (eds) *Envisioning Reform: Enhancing UN Accountability in the Twenty-First Century* (United Nations University Press 2009) 292.

sion reductions without adequate attention to their potential human rights and environmental impact could be addressed in a balanced and transparent way before an independently structured international panel. The aim is to provide a balanced measurement system which includes structure, process and outcome indicators, which allow individuals to expose the side effects of projects and to demand amendments before their registration.

Accountability thus encompasses the conditions, the processes and the outcomes with respect to who gains or loses in human rights terms from a particular project or activity. It is relevant to incorporate these three considerations in designing policies that would ensure that actors in a mitigation/adaptation project are accountable for human rights violations that result from them. A good accountability framework would also de-emphasize state-centric notions of accountability for projects; it would take into consideration the fact that a project life cycle involves several actors including project proponents, funding agencies, host governments and supervisory bodies of climate change regimes who all have obligations to ensure that human rights are not violated by a project.

3. Reforming the CDM: The Need for a Project Review Mechanism

It is crystal clear from the foregoing that there is a need for an equally detailed project review mechanism to be mainstreamed into the CDM project approval process. A project review mechanism is necessary to provide a chance for stakeholders who have legitimate concerns or whose rights might be affected by a project to raise their concerns and have them addressed. A review mechanism would enable project proponents to address any claims that affected persons may have early in the project planning stages. This would provide an opportunity for a rem-

edy before disputes become inflamed. Grievance mechanisms support the identification of an adverse human rights impact as part of the due diligence on a project; they also make it possible for grievances, once identified, to be addressed and for an adverse impact to be remedied early and directly by project proponents, thus preventing any escalation.

Currently, the CDM Rules contain no requirements that provide stakeholders the opportunity to request a review of projects before or after registration. As such, many projects have been registered by the CDM Executive Board despite intense petitions and protests by stakeholders. Generally, as new project information emerge; new human rights issues could too. As such, it is not enough to only provide updated information on projects, it is pertinent for project proponents to provide a project complaint and review platform for stakeholders to establish complaints that have arisen especially after the initial consultations.

A practical approach would be to establish project review panels that would get feedback from stakeholders on projects and to consider if and how these projects could affect them. This can be through household perceptions, opinion surveys or a simple questionnaire, for example 'do you think the construction of hydro power projects in Aguan violates or could violate human rights?'; 'what specific human rights are in danger and in what way?'. Such feedback would allow stakeholders the chance to demand human rights enforcements and would make it easier for the project proponents to prevent human rights violations.

A starting point therefore would be for the COP to expand the mandate of the CDM Executive Board by vesting the Board with powers to refuse registration for projects that violate human rights and by establishing a review process through which already registered projects could

be discontinued if they violate human rights. As noted, the current CDM rules fail to establish complaint mechanisms and procedures for stakeholders or private individuals whose consultative rights or human rights in general have been infringed to seek redress, to block the approval of such projects or to seek the review of already approved projects. Currently, only governments or three CDM Executive Board members can request a review of projects under the CDM rules.⁶⁸ As expected, States that have approved projects would be unlikely to instigate such review processes.

A) Process

The criteria for approaching the public complaint mechanism would also have to be simplified for ease of access. Firstly, the review panel must adopt a simple procedure that ensures any group of individuals or community affected by a project (including NGOs) can approach it for investigation by the submission of a request or complaint. A simplified procedure would be able to admit a petition whenever the following three requirements are met. An individual or NGO allege that:

(a) A project or action would cause actual or threatened injury or human rights violations to the public. This would make it possible for any interested member of the public or NGO to be able to file a petition even if they suffer no direct or actual injury. This expansive approach

is endorsed by the Aarhus convention in Article 9(3) which provides that environmental non-governmental organizations 'shall be deemed' to have sufficient standing to seek redress for lack of access to environmental information for this purpose. Similarly, the procedure of the World Bank Inspection Panel is such that a request may be submitted by a community of two or more affected people; a local organization or other duly appointed representative on their behalf; a foreign organization in exceptional circumstances if no local representative is available; or an executive director of the World Bank.⁶⁹ Similarly, a request may be submitted in any language and in any format, including by letter, except that they must be in writing, dated and signed by the requesters.⁷⁰ This simplified process of the World Bank Inspection Panel should be adopted by the CDM project review panel so that any member of the public including NGOs would be able to trigger a review of a project by a petition or complaint.

(b) The injury or violation is traceable to the project or action. This condition would be satisfied by linking the policy measure to a public harm or human rights violations. For example, emission reduction projects that displace citizens or lead to loss of life, arable land or loss of income. Once complainants can establish that violations can be traced to an emission reduction project, it should create sufficient grounds for the public complaint branch to investigate and penalise the parties involved.

⁶⁸ Para 41 of the CDM Modalities and Procedures provides that:

The registration by the Executive Board shall be deemed final eight weeks after the date of receipt by the Executive Board of the request for registration, unless a Party involved in the project activity or at least three members of the Executive Board request a review of the proposed CDM project activity.

See CDM Modalities & Procedures, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add1.

⁶⁹ IBRD Inspection Panel, 'Panel Operating Procedures' August 19, 1994 <<http://www.worldbank.org/inspection-panel>> accessed 23 February 2012.

⁷⁰ Para.6-15, World Bank, IBRD Resolution No. 93-10/IDA Resolution No. 93-6 (1993), <<http://www.worldbank.org/inspectionpanel>> accessed 23 February 2012.

(c) The injury is avoidable or redressable by the intervention of the project review panel. This condition would establish the importance of a complaint. It must be shown that the intervention of the public complaint branch would assist in preventing or redressing the violations. This would require the complainants to demonstrate that the project is one that is carried out under the climate change regimes and how the complaint branch can assist either by redress or avoidance. Redress would be the best remedy if the project had already been completed. In such cases, the public complaint branch could apply consequences that can redress or mitigate the harm suffered by the public, for example by requesting the party to pay compensation or to ensure resettlement where necessary or face the risk of losing emission reduction credits obtained as a result of such a project. For an on-going project, complainants can request that the project be stopped by the complaint branch to prevent any likely impact on human rights or environmental issues. The panel can then compel the parties to stop the project pending a comprehensive investigation on the scale and magnitude of human rights violations involved and how the violations can be prevented.

B) Investigation

Most of these tasks would be to deal with petitions and complaints regarding any impact. To establish these claims, there is a need for proper investigation, this would include visiting countries where projects are initiated to investigate the claims. The review panel could occasionally mandate an inspection committee made up of its own members to investigate claims brought before it and to produce a comprehensive report on which the panel could base its decisions. The committee would serve as an ad-hoc investigative organ of the review panel and would be charged with producing a comprehensive report

on its findings. The purpose of the investigation is to establish the facts and determine whether the complaint has merit.

For the inspection committee to function effectively, part of its terms of reference would be to hold consultations, public hearings and meetings with directly affected people and general members of the affected community. There would also be the need to visit project sites and to speak with as many interested NGOs on the field who have vital information. The report of the inspection committee should indicate the relevant facts and of steps taken to conduct the investigation; a conclusion showing the committee's findings on whether the Bank has complied with relevant policies and procedures; and the recommendations of the committee to the project review panel.

The team's report would form the basis for a decision by the project review panel on whether or not to proceed with the registration of a project. This comprehensive process would make it easier to exclude projects that violate human rights, environmental and social standards prior to their registration. It represents a preventive approach that makes use of human rights safeguards to avoid the source of some of the problems facing current CDM projects. This approach is in tandem with the precautionary principle of international environmental law, which requires States to anticipate and avoid environmental damage before it occurs, especially where failure to do so would result not only in environmental degradation, but in human rights violations.⁷¹ According to the principle, where there are threats of serious or irreversible damage, governments should take all effective measures to prevent environ-

⁷¹ Principle 15 of the Rio Declaration which states that 'where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost effective measures to prevent environmental degradation'

mental degradation, to anticipate and respond to credible environmental threats.⁷²

This dispute resolution mechanism could also help to avoid litigation arising from environmental projects as it provides an opportunity for concerns to be addressed at an early stage before they escalate. This could prevent violations and litigation.

C) Constitution and Membership

There is also the need to provide elaborate rules on the constitution and membership of the EB to safeguard and ensure impartiality, transparency and accountability. The current rules have led to a situation whereby certain EB members also hold positions as UNFCCC and Kyoto Protocol negotiators for their countries.⁷³ This creates conflicts of interests and reduces the transparency of the EB. To ensure transparency, individuals who serve as negotiators for their countries should be disqualified from serving in the CDM EB while holding such 'negotiator' appointments. It is also important for CDM EB members to be appointed and remunerated as officials of the UNFCCC during the term of their membership of the board.⁷⁴ Similarly, an EM member should be disqualified from participation in the hearing and investigation of any project in which they have a personal interest or a significant involvement in any capacity with the project proponents or state.

⁷² According to Kiss, the principle involves the use of special techniques such as risk analysis and assessment of the potential effects of planned activities. See A Kiss, *Introduction to International Environmental Law* (2nd Edition, UNITAR 2005) 70.

⁷³ See C Streck and J Lin, 'Making Markets Work: A Review of CDM Performance and the Need for Reform' (2008) (19 (2) *Eur J Int Law* 409-442.

⁷⁴ See for example, the World Bank Inspection Panel, para. 10 of the Operating Resolution. See Resolution No. IBRD 93-10, Resolution No. IDA 93-6 "The World Bank Inspection Panel"

There is also the need to create a balanced mix in environmental and human rights expertise in the membership of the EB. The current CDM Rules simply provides that members of the B shall possess 'appropriate technical and/or policy expertise'.⁷⁵ For the EB to effectively mainstream human rights principles into its project registration and eligibility requirements, there is a need for it to be properly constituted to include human rights experts not only technical or policy experts. It would be helpful to clarify what the exact constitution of the panel would be in terms of expertise, how many human rights experts, how many policy and technical experts. This would ensure that at every sitting of the Board, all the areas of expertise would be represented.

D) Post Registration Issues: The need for a public complaint branch

A question that would flow from the foregoing is: what of projects that satisfy all the requirements and were registered but subsequently turned out to violate some of the minimum legal threshold, i.e. what remedy would be available for victims in the case of projects that violate the legal threshold post-registration or on the long term. To provide for such events, the compliance committee of the Kyoto Protocol (which is vested with powers under the current regime to facilitate and enforce compliance with the Protocol and its rules) should be reformed to take up such post-registration compliance issues.⁷⁶ This would enable the EB to receive and facilitate the resolution of the affected stakeholders or communities' concerns and grievances about the human rights,

⁷⁵ Para. 8 (c) of the CDM Modalities & Procedures.

⁷⁶ The Kyoto Protocol established a compliance mechanism to facilitate, promote and enforce compliance with the commitments under The Protocol and under its subsequent accords and rules. UNFCCC, 'An Introduction to the Kyoto Protocol Compliance Committee', <http://unfccc.int/kyoto_protocol/compliance/items/3024.php> accessed 21 April 2012.

environmental and social impacts of post registration

This could be done by establishing a third branch for the compliance committee: a 'public complaints branch'.⁷⁷ A public complaints

⁷⁷ The Compliance Committee is currently made up of two branches: a facilitative branch and an enforcement branch. The facilitative branch provides advice and assistance to parties to promote their compliance and implementation of The Protocol. It provides parties with guidelines, information on new technologies and procedures on how to attain emission reduction targets. The enforcement branch is responsible for determining the consequences for parties not meeting their commitments. The enforcement branch is responsible for determining whether a party included in Annex I (Annex I Party) is not in compliance with its emissions targets, the methodological and reporting requirements for greenhouse gas inventories, and the eligibility requirements under the mechanism. As comprehensive as the Kyoto Protocol's compliance mechanism is-in fact one of the most comprehensive and rigorous systems of compliance for a multilateral environmental agreement – the mandate of the enforcement branch does not extend to addressing human rights issues arising from the Kyoto Protocol. It is only vested with powers to detect non-compliance with emission reduction targets and to determine consequences for such non-compliance. As such issues relating to how policy measures aimed at achieving emission reductions affect human rights fall outside the mandate and expertise of the enforcement or facilitative branches of the compliance committee. This is not surprising considering the fact that the Kyoto agreement itself does not mention human rights, neither does it place any obligation on parties to minimize an adverse human rights impact resulting from the implementation of measures taken to mitigate or adapt to the climate change impact (response measures). Also, the enforcement branch only considers non-compliance issues amongst parties. As such private parties or individuals cannot approach the enforcement branch for issues related to pollution or displacements and resettlements. The Kyoto Protocol as a whole does not recognise private individuals or entities. Most of its dispute resolution mechanisms are only accessible by parties and are designed to resolve disputes between parties. Unlike the Aarhus Convention the Kyoto Protocol does not provide any formal complaint mechanism for private individuals and NGOs whose interests or rights are violated This void closes the door to private individuals accessing the COP, the enforcement branch or the UNFCCC secretariat. For a detailed understanding of the Kyoto Compliance mechanisms, see UNFCCC, 'An Introduction to the Kyoto Protocol Compliance Com-

branch could serve as a sort of an 'appellate body' where post-registration issues arising from projects could be raised by stakeholders. The PCB could be established as a specialized branch responsible for receiving and reviewing claims by individuals, private entities and NGOs against policy measures adopted by states for meeting their obligations if such measures produce a negative impact on human rights or social and environmental concerns. Human rights issues arising from projects that have already been registered by the EB, could be brought under the jurisdiction of the PCB in line with the CDM rules. These rules vest the compliance committee with overseeing functions for ensuring that parties comply with the methodological requirements and procedures of the CDM.⁷⁸ A public complaint branch would create a public space or forum through which individuals can access climate change regimes and provide opinion, comments or complaints about policy measures and on-going projects that violate international law standards. This would offer individuals the opportunity to hold their governments directly accountable for adverse policy measures before an international supervisory body. The PCB would also determine the appropriate remedies and consequences for non-compliance with approved project procedures or methodologies.

To function effectively, the PCB like the two already existing braches of the compliance committee would have to be appropriately staffed and provided the space, resources and structures to function as a stand-alone branch of the compliance committee. Since the PCB would be considering human rights issues and petitions it is pertinent for its members to include international

mittee', <http://unfccc.int/kyoto_protocol/compliance/items/3024.php> accessed 21 April 2012.

⁷⁸ See Para 5 of CDM Rules.

human rights experts and individuals who have experience and training in human rights compliance and enforcements

4. Conclusion

The growing recognition that policy responses to climate change must address complex and fundamental causes of human rights violations and lack of a public complaint process have led to a meteoric rise in calls for a more transparent and accountable CDM. There could be no better time, to think of such reforms. As negotiators prepare for the expansion and modification of the expiring Kyoto Protocol, it is important that the human rights and accountability issues facing the current regimes are brought to the fore and addressed to restore the integrity of climate change regimes.⁷⁹ Failure to address these concerns in the build up to a new climate change treaty would only preserve the human rights problems and challenges that have trailed current regimes and could even cast more doubts on the future of international cooperation on global climate change mitigation and adaptation.

This paper has examined how the well-tested notions of accountability under international law could be mainstreamed into current and emerging CDM framework. Creating a project review process through which stakeholders could

seek and obtain redress will arguably go a long way. The reforms proposed here could assist in achieving a rights-based climate change regime where the rights of stakeholders are considered in the design and execution of CDM projects. The World Bank Inspection Panel model could be a fitting template for restoring accountability within the systems of approving climate change projects under the CDM. By creating an independent panel that would enable individuals, communities and NGOs to have a voice in the processes of approving climate change projects, the current pervasive culture of approving projects which could lead to emission reductions without adequate attention to their potential human rights and environmental impact could be addressed in a balanced and transparent way before an independently structured international panel.

⁷⁹ The recommendations here would also be helpful to shape thoughts on the implementation of the recently concluded CDM Policy Dialogue on how to address human rights concerns facing the CDM and how to ensure the recognition of human rights principles in the design and implementation of post 2012 market mechanisms. According to the UNFCCC, the CDM policy dialogue was established in November 2011 is to address prevalent criticisms against the CDM including allegations that some projects lack environmental integrity or, in extreme cases, have been the scene of environmental and human rights abuses. See UNFCCC, Input to the high-level panel for the CDM Policy Dialogue: Background Paper by the Secretariat (22 December 2011) 1<http://www.cdmpolicydialogue.org/background/CDM_policy_background.pdf> accessed 10 May 2012

Plentiful forests, happy people? The EU's FLEGT approach and its impact on human rights and private forestry sustainability schemes¹

Karin Buhmann* and Iben Nathan**

Key words: Sustainable forestry, EU's Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT) scheme, human rights, Forest Stewardship Council (FSC), Vietnam

Abstract

Focusing on potential impact on social sustainability in timber exporting or processing states outside the EU, this article discusses the EU's Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT) scheme and its regulatory implementation modalities. Drawing on Vietnam as a case study and the private Forest Stewardship Council (FSC) criteria as an example of a broader sustainability scheme, in the analysis we identify concerns of a human rights or labour rights character that risk becoming institutionalised in an adverse fashion as a result of the FLEGT's scheme's legality orientation with regard to exporting states as well as importers who place timber on the EU market, and the assumption that civil society involvement in exporting states will sufficiently ensure consideration of such concerns. Next we consider potential adverse impact on the usage of broader sustainability schemes, such as FSC, which address social sustainability as well as the environment but do not (yet) deliver legality verification required by the EU Timber Regulation from March 2013. We also discuss possible contributions that could follow from adding a Corporate Social Responsibility (CSR) perspective to the FLEGT approach, given increasing recognition that CSR may be promoted by pub-

lic regulation. We conclude that although the FLEGT scheme seeks to achieve commendable objectives, it could do more to address human rights related to forestry usage, harvest and timber processing through the combined force of law and the market on which the scheme builds.

¹ The reference to 'plentiful forests, happy people' is inspired by a presentation by the European Forest Institute, 'FLEGT AP Progress Report: Brief overview of survey results: Interpretation and Implications' by John Hudson and Catherine Paul, 13 January 2011. Field work and other research for this article has been made possible through a grant from the Danish Research Council for the Social Science for the collaborative research project 'New forms of governance and law in Multi-Level Governance: The role of the state between international, transnational, national and sub-national governance of sustainable forestry' (2010-2013). The authors wish to thank the following persons for particularly useful information, comments and help: Ms Aimi Lee Abdullah (European Forest Institute), Mr John Bazill (EU Commission), Ms Guiliana Torta (EU Commission), Dr. Nguyen Thi Minh Hien (Hanoi University of Agriculture), Dr. Nguyen Viet Dang (Hanoi University of Agriculture), an anonymous reviewer and the editor of this journal, Professor Gabriel Michanek. The authors also wish to thank numerous individuals who spared their time to meet with the authors during field work in Vietnam in November 2010 and November 2012. Useful comments were also made to previous versions of this paper by participants at the 'Stock-taking conference', held 19-21 May 2011, under the GLOTHRO (Beyond Territoriality: Globalisation and Transnational Human Rights Obligations) research project, Antwerp, and by participants at a workshop on *Multi-Level Governance schemes across organisations and regions – Impact on forestry governance, sustainability and the role of the state*, held on 21 November 2012 at Hanoi University of Agriculture. The usual disclaimers apply.

* Ph.D. (law), Master of International Law, cand.jur. et exam.art (East Asian Studies), Associate Professor in Business Studies (CSR, Business and Human Rights), Department of Communication, Business and Informa-

Introduction

The EU's Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT) scheme seeks to promote sustainable forest management through supporting legality in tropical forestry. The scheme is implemented through a range of modalities, which include treaties with some tropical timber export states as well as intra-EU measures regulated through two Regulations. The later of those, the 2010 EU Timber Regulation, with effect from March 2013 prohibits the placing on the EU market of illegally harvested timber and products from such timber, and establishes requirements on the supply chain to exercise due diligence in that respect. The earlier 2005 FLEGT Regulation establishes a 'green lane' to the EU market for timber from states that have signed a 'Voluntary Partnership Agreement', a treaty with the EU under which both the exporting country and the EU commit to trade only in legal timber. Timber exporting or processing states are able to set their own definitions of legality within some overall policy requirements on economic, environmental and social aspects of forestry management. This provides these states with broad discretion to define what is to be acknowledged as legal timber traded as such in the EU, based on their own political, economic and social priorities, as well as to set the level of requirements according to what is locally convenient in the context of regional or global competition.

Emphasising legality and environmental sustainability, the FLEGT scheme both complements and competes with non-governmental forestry sustainability schemes, including the Forest Stewardship Council (FSC), which considers social sustainability issues of a human rights

character as well as environmental sustainability. FSC is a private scheme, which in the current context serves to exemplify a number of social sustainability concerns that can be addressed in a broader context of environmental sustainability and forest management. Because FSC mainly serves to illustrate the integration of social with environmental concerns, we do not analyse FSC specifically, nor discuss or critique the effectiveness of the FSC scheme.

In terms of the measures by which the FLEGT scheme is implemented, the scheme possesses a degree of extraterritorial, transnational or multi-level regulation elements: Policy objectives related to sustainable development are sought to be implemented outside of the EU's territory through the power of the market (trade with the EU) intended to drive change in timber exporting states, but in practice based on intra-EU and border measures introduced through conventional EU law as well as treaties with exporting states. As such, the objectives particularly address law enforcement and governance issues in developing states, which are typically those in which the problems and policy objectives targeted by the FLEGT scheme are the most acute. While recognising the close connection between forestry and environment, this article investigates some potential effects in exporting states in relation to impact on social aspects of sustainable development, in particular human and labour rights. We also discuss potential impact on the future role in the timber sector of broader sustainability schemes, which consider human and labour rights. Drawing on examples from Vietnam, we discuss the impact of the FLEGT approach on social aspects in sustainable forestry. The analysis concludes that while the FLEGT scheme addresses commendable objectives in relation to forestry management and environment, it fails to consider and address some significant human rights issues in relation to people who live in or

tion Technologies, Roskilde University, Denmark. Corresponding author: buhmann@ruc.dk.

** Ph.D. (political science), Department of Food and Resource Economics, Faculty of Science, University of Copenhagen.

off the forest in relation to land usage and working conditions, and that as a result, the legality requirement may lead to a deterioration of such social sustainability concerns.

Methodologically, this article is based on study of EU documents relating to or implementing the FLEGT Action Plan, study of documents relating to the forest and timber processing sectors in Vietnam, and semi-structured interviews with EU officials and Vietnamese officials, timber sector representatives and civil society in November 2010 and October-November 2012. The article proceeds as follows: Section 1 provides the background and frames the research problem. Section 2 provides an overview of the institutional framework of the FLEGT scheme, including the legality definition requirement and the 2005 and 2010 Regulations (2.1) and of FSC (2.2). Section 3 sets the framework for the discussion of human rights in relation to sustainable development through the perspective of later years' increased recognition of human rights as an element in the duties of both states and business enterprises with regard to Corporate Social Responsibility (CSR), and through the increased recognition of an interrelationship between CSR and the law. Section 4 introduces Vietnam's forestry sector as a basis for the inclusion of Vietnam as a case study in the subsequent discussion. Section 5 discusses sustainable development and human rights as FLEGT elements (5.1) and implications of FLEGT for FSC and human rights in sustainable forestry (5.2) with the situation in Vietnam serving to provide insight into practical implications. Section 6 concludes by summing up and critically questioning the potential for a happy marriage between environmental and social sustainability under the FLEGT scheme to achieve not only plentiful forests, but also happy people.

1. Background and problem

The European Union's (EU) Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT) scheme aims to reduce illegal logging and its adverse impact on society. In addition to forest governance capacity building support in developing countries which export timber or processed timber products (such as furniture) and intra-EU procurement policies, the scheme is implemented through two Regulations (the 2005 FLEGT Regulation (No. 2173/2005, hereinafter 'EU 2005')² and the 2010 Timber Regulation (No. 995/2010, hereinafter 'EU 2010') and bilateral treaties with timber exporting countries. Connecting activities in timber producing countries and the EU market, the FLEGT scheme seeks to support governments in timber producing countries in fighting illegal timber by promoting access to the EU market for legal timber through the establishment of so-called Voluntary Partnership Agreements (VPAs), which are in effect treaties between the EU and a timber exporting country based on a definition of legal timber developed by the exporting state but approved by the EU for the purpose of the VPA in accordance with the Regulations. Under a VPA, exporting countries commit to licensing timber exports as legal, and the EU agrees to accept only licensed timber. A bilateral treaty between the European Union and a timber exporting country, a VPA combined with a Timber Legality Assurance System set up in the exporting country and a 'FLEGT licence' issued by the exporting country provide easy access to the EU market because timber exported under a FLEGT licence is treated as legal. Once the licensing system has been established and is working, exporters from a country with a VPA can export FLEGT-licensed timber into the EU

² See further details for this and other references in the reference section at the end of the article

without their customers being required to make further legality checks.

With effect from March 2013, the Timber Regulation requires timber to be placed on the EU market to be verified to be legal, and for this purpose requires action to be undertaken by the supply chain in order for tropical (and other) timber and timber products to be traded on the EU market. While importers ('operators') may meet the requirement through the exercise of due diligence (EU 2010, art. 4(2)), from the perspective of timber exporting states the prohibition of the placing on the EU market of illegally harvested timber or timber products derived from such timber (EU 2010, art. 4(1)) will strengthen the significance of the 'green lane' provided by a VPA (see also EU 2010, preambular para. 9) and, therefore, the importance of timber producing states' defining what constitutes legal timber for the purpose of a VPA. For goods not covered by a VPA, the general requirements under the Timber Regulation apply.

On a global scale the EU is a large market for imported timber, including tropical timber and timber products. Around 80 million m³ of imported timber and timber products are placed on the EU market annually (Europa 2008, WWF 2008). With the long term goal of contributing to sustainable forestry, the EU in 2003 launched its FLEGT Action Plan (EU 2003). The FLEGT Action Plan was established to reduce the consumption of illegally harvested timber and contributing to the wider objective of sustainable forest management in timber-producing countries. Combined with some capacity building to promote forest law enforcement and governance in (mainly tropical) timber producing countries, the Action Plan was to promote the trade in legal timber. For this purpose, it envisaged the setting up of a licensing scheme as a measure to ensure that only timber products that have been legally sourced in accordance with the national legislation of the

producing country may enter the EU market. To be effective, the licensing scheme was recognised to require that imports of timber and timber products be made subject to a system of legality checks and controls. The practical details were to be organised through VPAs to be concluded between the EU and timber exporting countries. A VPA is a border measure, targeting events before customs release of goods. If goods are accompanied by a license, they will be released to the EU market. Primarily relating to activities of importers and the intra-EU supply chain as well as monitoring and enforcement within the EU, the Timber Regulation is not a border measure. Nevertheless, as will be described below, the combination of the Timber Regulation, the FLEGT Regulation and a VPA has effects outside of the EU, specifically in relation to forest law within timber exporting states (both states that grow timber and those that process timber) and what is to be understood a legal timber in those states.

Working as a form of multilevel regulation, the FLEGT scheme does much to address environmental problems and promote law reforms and implementation in the environmental field in processing and exporting countries. The Preamble of the 2010 Timber Regulation specifically notes that forests provide a broad variety of environmental, economic and social benefits including timber and non-timber forest products and environmental services essential for humankind, such as maintaining biodiversity and ecosystem functions and protecting the climate system. Among social issues, it notes that illegal logging threatens the livelihood of local forest-dependent communities (EU 2010, preambular paras. 1 and 3). However, the FLEGT scheme and in particular the 2010 Regulation are also an example that marrying environmental and social sustainability is not easy, especially if the perspective is limited to one of those areas

(which in the case of the FLEGT scheme is the environmental one).

Illegal logging is the harvesting of timber in contravention of the laws and regulations of the country of harvest. The practice is recognised to have significant adverse economic, environmental and social impact. It leads to deforestation as corollary to a loss of biodiversity, lost revenue and other missed economic benefits. Illegal logging is believed to cost timber-producing countries 10-15 billion Euros per year in lost revenues (Europa 2008, WWF 2008). This undermines the competitiveness of legal forestry and discourages or harms efforts to develop long-term sustainable forestry practices. A global problem, illegal logging is particularly prone to occur in states with weak legal and governance systems. Illegal logging is often a result of the prevalence of corruption, not least among forestry officials (World Bank 2010, Miller 2011 esp. at 51-52 with references). Tropical timber is a valuable source of export income to many poor countries, and a valued product with costumers in Europe, Japan, Australia and the US. Among intergovernmental initiatives to address the problem, the EU's FLEGT scheme stands apart from development organisations' forest legality and governance initiatives (such as the World Bank's Forest Law Enforcement and Governance (FLEG) programme) by adding a trade element (hence the 'T' in FLEGT) intended to promote the scheme through the force of the market. The 2010 Timber Regulation introduces legality and due diligence requirements for the EU market that somewhat resemble measures introduced in later years in the United States and a few other jurisdictions.³

³ Amending a 100 year old statute (16 U.S.C. § 3371-3378) in May 2008 the U.S. Congress passed a law banning commerce in illegally sourced plants and their products, including timber and wood products, and requiring 'due care' and documentation. In Switzerland an Ordinance requires suppliers selling timber or wood products to

Primarily seen as an environmental issue, illegal logging and timber processing directly and indirectly causes adverse social impact affecting several types of human rights as defined in international declarations and conventions, in particular the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the 1966 International Covenant on Social and Economic Rights (ICESCR) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), International Labour Organisation (ILO) Convention No. 169 on Indigenous Peoples and ILO conventions relating to working conditions, including occupational health and safety. In particular, local communities that live in or off the forest are affected in terms of access to land and continuation of traditional forestry practices. Illegal logging affects cultural practices related to forest or land usage and spurs conflicts over land and resources. The logging and timber industry in states that suffer from weak legal frameworks and monitoring may apply industrial standards or practices that are insufficient to protect workers against occupational health and safety injuries in an industry fraught with such risks.

When adopting the FLEGT Action Plan in 2003, at the level of policy the Council of the European Union urged the Community and Member States

- to enter into political dialogue with key target countries to instigate forest sector governance reforms, more specifically to:
- strengthen land tenure and access rights especially for marginalised, rural communities and indigenous peoples;
 - strengthen effective participation of all stakeholders, notably of non-state actors and

Swiss consumers to provide information on the species of wood and place of harvest. (EFI EU FLEGT News, October/November 2010). Japan and Australia have introduced similar measures.

indigenous peoples, in policy-making and implementation;

- increase transparency in association with forest exploitation operations, including through the introduction of independent monitoring;
- reduce corruption in association with the award of forest exploitations concessions, and the harvesting and trade in timber;
- engage the private sector of the timber producing countries in the efforts to combat illegal logging;
- address other issues related to illegal logging as identified, such as the financing of violent conflict (Council Conclusions 2003 – references in original omitted).

Thus, at the level of policy (including bilateral dialogue) social issues related to sustainable forestry are clearly objectives of the FLEGT Action Plan. Yet in terms of the legality definition of exporting states, which is a corner stone in the implementation of the FLEGT scheme, social issues are addressed only to a limited extent and where mentioned skirt problems such as indigenous rights and occupational health and safety.

The FLEGT scheme is both innovative and comprehensive in terms of seeking to regulate practices in states outside the regulator's jurisdiction (in casu the EU) through regulatory measures within the regulator's legislative powers (the VPAs and Regulations). The combination of extra- and intra-EU measures provides the scheme and its usage of intra-EU legislative acts (the Regulations) with a form of extraterritorial effect. Yet the relatively narrow focus of the scheme on environmental sustainability and anti-corruption measures calls for attention to be paid to its impact on social sustainability. This goes for instance for impact on the rights of people who live in or off the forest whose customary rights to forest usage may be adversely affected

in a rush to set legality definitions that comply with the 2010 Regulation's requirements on formal land rights, occupational health and safety in the sector which is not addressed by the legality definition requirements. For example, indications made to the authors during research for the Vietnam case study suggest that the economic interest of a government in fast developing a legality definition in order to enter into a VPA and preserving access to the EU market for the country's large small and medium sized timber processing sector may overrule time-consuming clarifications of contested boundaries or formalisation of informal usage rights, with the possible result that such contested or informal rights are simply declared illegal rather than formalised. Along with this comes the risk of reduced emphasis on social sustainability in forest management and timber processing, which may result from reduced application of other sustainability schemes that include social along with environmental issues, such as for the purposes of the current article, the case of FSC.

Sustainable forestry does not only require environmental sustainability and management, but also social sustainability, not least in terms of the human rights of communities and workers. That is a particularly acute need in countries in which rights of ethnic or other minorities who live in forest areas are known to pose problems in terms of international human rights. Social concerns are also relevant in states where respect and implementation of labour standards, including occupational health and safety standards, are problematic from a human rights perspective. Without detailed requirements in relation to human rights including labour rights and with detailed requirements on legality verification, FLEGT both complements and competes with private schemes like the Forest Stewardship Council (FSC) and the Programme for Endorsement of Forestry Certification (PEFC). FLEGT

complements the soft, non-enforceable schemes in setting enforceable legality requirements, but competes with the latter by being less comprehensive and therefore less demanding in terms of social sustainability requirements. The FLEGT scheme's emphasis on environmental sustainability differs from the broader sustainability emphasis proffered by private or public-private forestry sustainability schemes, such as FSC and PEFC, both of which include human rights and particularly labour rights beyond the limited focus of FLEGT.

Vietnam, a VPA-candidate aiming to conclude negotiations in 2013, offers insight into both issues and therefore serves as a case study in this article. FSC has obtained some hold in Vietnam's forestry and timber processing sectors exporting to sustainability conscious customers in the EU and elsewhere. FSC is purely voluntary and private, but serves as a case for placing FLEGT into perspective because of FSC's emphasis on social issues that are not addressed directly by the FLEGT scheme.

This is not to say that FSC does not have its own weaknesses (such as limited application outside temperate regions and questionable effectiveness with regard to conservation of biodiversity) or that voluntary sustainability modalities are preferable to those that work through mandatory action. Still, from the human rights and social sustainability perspective, FSC does offer a requirement (soft but with possibility to be included in contractual obligations in the supply chain) to consider social issues. Beyond the FSC issues, Vietnam serves as a case to illustrate some human rights issues that fail to be considered by the FLEGT scheme and may suffer as a result of the rush to set up VPAs and the scheme's limited focus on what may constitute legality in forestry.

Certification of compliance with privately developed criteria (such as FSC or similar schemes that do not have a legality verification

element) is not sufficient legality proof for the purposes of the Timber Regulation. Certification by FSC, PEFC and other third party verified schemes can be used by importers in their risk assessment and for risk mitigation purposes. However, certification is not an evidence of legality in accordance with the requirements under the Timber Regulation, and such certification therefore does not absolve importers from the Regulation's requirement that they collect information and assess risks (see also EFI (2012)). From the European retailers' and consumers' perspective, FSC or PEFC labelling may still be of interest as these labels are visible signals to consumers that timber or timber products are produced or sourced in accordance with certain sustainability criteria. However, from the producer's or processor's perspective in a non-EU, typical tropical, country competing in a global market as well as for governments seeking to preserve or gain access to the EU market for their timber industry, such labelling may not be very important compared to a VPA. As will be elaborated below based on the example of FSC, in terms of social issues related to sustainable timber FSC goes considerably further than the limited requirements for a VPA. While large-scale producers or processors who have already introduced labelling may prefer to continue applying these for the signal value to consumers, small and medium sized enterprises may prefer to simply comply with the legality requirements established by the national regulator for the purpose of the VPA.⁴ Because the global market for timber includes public authorities as well as emerging markets that do not (yet) have strong policies or law in relation to sustainably sourced timber, counting on a limited number of private or public consum-

⁴ Information to authors from interviews with timber industry and forestry sector specialists, Ho Chi Minh City and Hanoi, Vietnam, 2, 20 and 23 November 2012.

ers to demand broad sustainability may not be sufficient to drive suppliers to apply the more demanding schemes. Therefore, the fact that a FLEGT licence facilitates entry to the EU market may affect the application of forestry sustainability schemes, such as FSC or PEFC, that have so far been applied by the industry in order to gain access to markets of CSR concerned buyers, or a number of suppliers may simply turn to less demanding markets. In turn, this may affect the consideration of social issues considered by such schemes as part of sustainable forestry or timber supply chain practices.

Based on this complex web of issues, we proceed in the subsequent sections to identifying and discussing challenges to social sustainability that may result from the FLEGT scheme's emphasis on legality and its limited requirements in this regard.

2. The institutional framework

This sub-chapter sets out the key elements and provisions under the FLEGT scheme and its implementing modalities as well as of FSC for the purposes of the subsequent discussion. Hence, the sections do not provide complete overviews of the legal or political context but deal mainly with the parts of the FLEGT scheme that relate to social issues in tropical timber producing or processing states, and to those FSC principles that relate to social issues.

2.1 The FLEGT scheme: regulatory instruments to promote the trade in legal timber

2.1.1 2003 Action Plan and 2005 Regulation

When the FLEGT Action Plan was launched in 2003 it was described as the European Union's response to the global problem of illegal logging and the international trade in illegally harvested timber. To prevent imports of illegal timber to the EU, the Action Plan sets out measures intended to influence both the demand and the

supply of legal and sustainably produced timber. Within the EU, the Action Plan seeks, *i.a.*, to increase public and private consumer demand for verified legally produced timber through encouraging public procurement of such timber and encouraging the private sector in the EU to adopt purchasing policies ensuring that they use only legal timber in their supply chains (EU 2003). As noted above, with regard to activities outside the EU the Action Plan seeks to promote the harvest and trading of legal timber through capacity building, law and governance reforms, and the force of the market.

Adopted in 2005 the FLEGT Regulation establishes a set of rules for the import of certain timber products for the purposes of implementing the FLEGT licensing scheme. The Regulation provides border control requirements for EU member states and sets out details of VPAs with a view to establishing a licensing scheme with partner countries. The intention was to make entering into a VPA attractive to timber exporting countries as this would allow for easy access to the EU market. However, by 2008–2009 the impact of the VPA option was considered to be limited as only one state was in the process of negotiating a VPA (Ghana, which signed a VPA in 2009). As a result, to strengthen the EU's efforts to promote sustainable forestry, in the process of reviewing the results of the 2005 Regulation the European Parliament proposed stronger measures. These were operationalised with the Timber Regulation to which the subsequent subsection turn.

2.1.2 The 2010 Timber Regulation

While the FLEGT Action Plan and 2005 Regulation sought to induce forestry governance and law reform in timber producing countries by providing easy access to the EU market for timber from VPA states, the 2010 Regulation more radically aims to exclude illegal timber from the

EU market. With effect from 3 March 2013 the Timber Regulation prohibits the placing of illegally harvested timber and products derived from such timber on the EU market.⁵

The Regulation requires importers (“operators that place timber and timber products on the internal market for the first time” (EU 2010 preamble para. 15, art. 4(2)) to exercise due diligence to ensure legality of timber and timber products which they place on the EU market; and it sets out detailed requirements for the due diligence process (art. 6). Importers must apply information on the timber and on compliance with national legislation in the harvest state to conduct an assessment of risk that the timber is illegal. If the assessment shows that there is a risk of illegal timber in the supply chain, the importer must seek to mitigate the risk of illegal timber by requiring additional information and verification from the supplier. Importers may apply due diligence systems offered by so-called ‘monitoring organisations’. To ensure traceability of timber and timber products that have entered the EU market, the Regulation also requires that intra-EU traders keep records of their suppliers and customers (art. 5).

At the time of writing (December 2012), VPAs have been entered into with five African and one Asian state. Six states, including Vietnam, are negotiating VPAs. This is a considerable rise from the single VPA (with Ghana) that had been concluded prior to the adoption of the Timber Regulation. This indicates that seen in isolation, the Timber Regulation has the potential to promote sustainable forestry partly driven by the

easy access to the EU market established through the VPA and licensing scheme under the FLEGT Regulation.

2.1.3 Voluntary Partnership Agreements (VPAs)

As noted, a VPA is a bilateral trade agreement between the EU and a country that produces or processes timber. VPAs are voluntary only in the sense that partner countries are under no legal obligation to enter into such an agreement with the EU. Once a VPA has been concluded, it is binding as any other international treaty.

Under a VPA, partner states and the EU commit to trading only in wood products that can be verified as legal. A state entering into a VPA with the EU undertakes to establish a ‘Legality Assurance System’ to ensure that timber being exported to the EU is legally produced. The legal source and production of wood are verified by the partner country and subject to independent monitoring. A ‘FLEGT license’ issued by the exporting state is awarded to timber verified as legal. Once the Legality Assurance System is in place, the EU will only accept FLEGT licensed timber from that country. The EU still accepts non-licensed timber and timber products from countries that do not have a FLEGT licensing scheme. Such timber and timber products must be documented to be legality verified through other schemes.

By itself, the VPA does not ensure easy access to the EU market. But since establishing a VPA needs to be in place before the legality assurance system can be established, the legality definition which is key for the VPA as well as the assurance system becomes a *sine qua non* for a state’s achieving the ‘green lane’.

The process to draft a VPA is initiated at the request of the exporting country. Obviously, the EU is not able to regulate matters outside its jurisdiction. Still, the EU may set conditions for entering into a VPA. A VPA partner country is supposed by the EU to develop its legality defini-

⁵ The Regulation covers a range of timber products, including solid wood products, flooring and unprinted paper. Recycled products and rattan, bamboo and printed paper products (books, magazines and newspapers) are not covered. The product scope covered by the Regulation can be amended as necessary.

tion through a transparent and inclusive process with full stakeholder involvement. According to the EU Commission's FLEGT website, the development of the legality definition should involve stakeholders "so that there is a wide consensus supporting the defined requirements" (FLEGT website, "The Elements"). The 'consensus building' process within the partner country should include information dissemination, opportunities for stakeholders to organise and create a structure for discussion; and a debate to take place within the partner country on the specification of legality, the tracking system, and other elements required under a VPA (FLEGT website, "The Process"). In other words, the legality definition process is assumed to build on participatory processes which by themselves presuppose a vibrant civil society and culture of debate. This is associated with the sort of rule formation that the EU from a political perspective would like to see flourish but which also encounters obstacles in states which do not enjoy such a culture of debate, let alone legal guarantees or broad usage by citizens of the freedom of association or expression in order to state and seek to protect interests of particular groups, such as forest dependent communities.

Bilateral negotiations between the EU and the partner country to conclude a VPA are not initiated until the "consensus building process" has been finalised with a legality definition. Thus, to a potential partner state interested (or even eager) to have a VPA to be able to develop a FLEGT licensing system to make use of the 'green lane' to the EU market, the legality definition process may be seen as a cumbersome requirement and a process to be completed as soon as possible.

When the VPA is signed and ratified by the partner country and the EU, a tracking system must be developed or existing systems revised in order to live up to the requirements of the VPA. The partner state must establish a

licensing system and select independent auditors. VPAs are implemented through the of FLEGT licences, independent monitoring, and timber controls at EU borders, thus working through steps both in exporting states and the EU.

2.1.4 Legality, VPAs and due diligence

Before entering into a VPA the EU Commission will consider whether the legality definition accords with the overall policy requirement on economic, environmental and social aspects of forestry management. The EU may suggest changes, but in terms of the law the substantive elements of the legality definition is fully within the sovereign decision making power of the partner state. This leaves it up to each state to consider whether and to what extent to include (or if necessary, develop) national law that relates to social, economic or cultural rights of people living in or off the forest, occupational health and safety procedures and other working conditions related to the forest industry, or other social or human rights issues of particular relevance to forest communities and the forest industry. Likewise, this provides timber exporting states with considerable discretion to define what is to be acknowledged as legal timber in the EU, based on their own political, economic and social priorities, as well as according to what is locally convenient (for example to ensure competitive production prices) in the context of regional or global competition.

For the purpose of due diligence to be exercised in the absence of a FLEGT licence, legality is to be assessed on the basis of national law, including implementation within the 'partner' state's national legal system of "relevant international conventions" which that state has ratified or acceded to (EU 2010 preambular para. 14). Not all substantive areas of law are to be considered for this purpose, however: only legislation

relating to harvest rights, payment and duties, environmental, management and biodiversity conservation issues related to harvesting, third parties' legal usage and tenure rights, and trade and customs (EU 2010, art. 2(h)). The Commission Implementing Regulation (No. 607/2012, EU 2012) specifies technical requirements for the due diligence but does not elaborate the substantive issues to be considered.

For trade of timber and timber products within the EU, legality is based on the definition set by each timber exporting state (EU 2005, art. 2(10); EU 2010 preamble para. 14, art. 2). According to the Timber Regulation, which requires due diligence of importers, "legally harvested" means harvested in accordance with the applicable legislation in the country of harvest (art. 2 (f)). It further provides that

'applicable legislation' means the legislation in force in the country of harvest covering the following matters:

- rights to harvest timber within legally gazetted boundaries,
- payments for harvest rights and timber including duties related to timber harvesting,
- timber harvesting, including environmental and forest legislation including forest management and biodiversity conservation, where directly related to timber harvesting,
- third parties' legal rights concerning use and tenure that are affected by timber harvesting, and
- trade and customs, in so far as the forest sector is concerned. (art. 2 (h)).

The Timber Regulation provisions on what issues must be considered by the legality due diligence by importers functions as a sort of catch clause for timber or timber products imported from a state that does not (yet) offer a FLEGT licence based on a VPA and functioning Timber Legality Assurance System.

In relation to the legality definition, VPAs are negotiated in a grey zone between politics and law, with EU politics potentially having an impact on the law in terms of the coverage of the partner state legality definition but with no certainty that this will occur. On the policy side, the EU has indicated a very general set of overall requirements that the legal framework should relate to economic, environmental and social aspects of forest management and timber processing (FLEGT website, "The Elements"). On the law side, timber producing or processing states are free to set their own definitions of what is to be considered 'legal timber', thus what national legislation should be complied with. The Timber Regulation notes that "In the absence of an internationally agreed definition, the legislation of the country where the timber was harvested, including regulations as well as the implementation in that country of relevant international conventions to which that country is party, should be the basis for defining what constitutes illegal logging" (preamble, para. 14).

No explicit provision is made in the operative part of the Timber Regulation on the significance of "relevant international conventions", nor does the Regulation indicate what is "relevant" for the purposes of identifying treaties to be considered. Arguably, this may leave issues covered by international treaties on social, environmental or economic issues which are related to forest management but not effectively implemented within the partner state outside the legality definition. From a human rights perspective, particularly points related to the rights of people living in and off the forest, and working conditions related to harvest and processing are of interest in this context. Tenure rights address only some rights related to the former, as according to the Timber Regulation recognised tenure and use rights must be based on formal recognition. Therefore, usage rights based on informal

or customary law may risk being disregarded, as may disputed or overlapping usage claims. Those, however, are often of particular significance to minorities or other vulnerable groups who depend on the forest for their living.

As discussed below based on the Vietnam case study, the drive by governments to set up a VPA and therefore to live up to the requirements of legally recognised land or usage rights may result in customary usage rights being rejected in favour of allocation of land to other groups. Protection of working conditions including occupational health and safety may be limited. These types of labour rights (salaries, overtime payment, investing in occupational health and safety equipment) are costly from a purely economic perspective. As a result of competition among timber exporting and processing states, the bar may be set low in this context rather than high. And while the FLEGT scheme as such seeks to promote sustainable forest management, neither the general policy requirement for the national legality definition, nor the Timber Regulation's legality definition for the purposes of due diligence requires forest management practices that prevent flooding and/or drought. As a result, a legality definition developed for the purpose of a VPA in order to obtain the 'green lane' into the EU market may in effect promote forest usage that depletes forests, institutionalise forestry or processing practices that are the most harmful to those individuals or groups most in need of protection by legalising them, or not ensure the planting and harvest of trees in a sustained manner that will protect the social livelihood conditions of people living around the forest. And timber imported into the EU according to the Timber Regulation's due diligence requirement may be legal according to the law of the exporting state but without assurance that the production or processing method ensures environmental sustainability that may in the longer

term seriously affect living conditions and human rights to food, shelter, land or customary non-formalised usage or tenure rights.

2.1.5 FLEGT licences and partner state timber legality assurance systems

A FLEGT licence is defined as a shipment-based or market participant-based document of a standard format which is to be forgery-resistant, tamper-proof, and verifiable, and which refers to a shipment as being in compliance with the requirements of the FLEGT licensing scheme, duly issued and validated by a partner country's licensing authority (EU 2005, art. 2 (5)).

Issuance of FLEGT licences is connected to the Legality Assurance System in the VPA partner country. The objective is that timber is licensed as verified to have been legally produced, that is, having been produced from domestic timber that was legally harvested or timber that was legally imported into a partner country in accordance with national laws determined by that partner country as set out in the VPA (EU 2005, art. 2 (10)). The system is required in order to verify that laws included in the legality definition have been complied with, and that supply chain controls are implemented. Verification may be exercised by the government, the private sector or NGOs. It must contain a specific legality verification element. Once the system is in place, imports into the EU of timber products exported from partner countries are only allowed if the shipment is covered by a FLEGT licence (EU 2005, art. 4 (1)).

A FLEGT licence does not come with a label or other device that consumers may identify as a token of legality in accordance with the FLEGT Regulation. Thus, in contrast to schemes like FSC and PEFC which apply a label to indicate to buyers and consumers that a product has been certified, FLEGT licensed timber will not be visibly legal to the consumer. The difference may be put

down to different working modalities and receivers of visible signals (FLEGT working through the market at the level of buyers (importers, supply chain sellers) rather than consumers).

2.2 FSC

FSC is a private certification and labelling scheme developed by NGOs and the forest industry to ensure that forest products used originate from responsibly harvested and verified sources. A voluntary scheme, FSC offers companies a set of environmental and social sustainability criteria to follow in order to act in a socially responsible way. FSC certified forest products may carry the FSC label.

FSC was established in 1993 by NGOs and forestry sector actors in response to disillusionment with what they saw as incapacity of inter-governmental processes (the UN and its member states) to deliver comprehensive regulation of sustainable forestry at the 1992 Rio Summit on Sustainable Development. In terms of organisation, FSC is a multi-stakeholder organisation which provides certification on the basis of 10 Principles and 57 criteria developed by FSC and promotes the application of the principles. FSC offers three types of certification: Forest management, chain of custody, and FSC controlled wood (FSC homepage, "FSC certification"), based on assessment of respect for the principles and criteria. FSC certificates are issued by external consultants for a fee.

Setting out detailed requirements, the ten FSC principles provide detailed guidance for sustainable forestry that considers both environmental and social issues. Principles 1–4 focus on legality and social issues. They require compliance with all applicable laws and international treaties; demonstrated and uncontested, clearly defined, long-term land tenure and use rights; recognition and respect of indigenous peoples' rights; maintenance or enhancement of long-

term social and economic well-being of forest workers and local communities and respect of worker's rights in compliance with ILO conventions. Principles 5–9 focus on environmental sustainable forest usage. These require equitable use and sharing of benefits derived from the forest; reduction of environmental impact of logging activities and maintenance of the ecological functions and integrity of the forest; appropriate and continuously updated management plan appropriate monitoring and assessment activities to assess the condition of the forest, management activities and their social and environmental impacts; maintenance of High Conservation Value Forests defined as environmental and social values that are considered to be of outstanding significance or critical importance. Finally, principle 10 requires plantations to contribute to reduce the pressures on and promote the restoration and conservation of natural forests (FSC homepage, *FSC Principles and Criteria*).

For the purposes of the current article, principles 1–4 are the most relevant due to their emphasis on social issues with human rights relevance. Criteria under Principle 1 specify, *inter alia*, that forest management shall respect all national and local laws and administrative requirements; and that in signatory states the provisions of all binding international agreements shall be respected. Besides CITES (also noted in the FLEGT context) and conventions relating to environment and biodiversity, this criterion specifically notes ILO Conventions, thus connecting to labour conditions as well as concerns related to indigenous peoples under Convention 169 in states to which these conventions apply. Criteria under Principle 2 note, amongst others, that local communities with legal or customary tenure or use rights shall maintain control to the extent necessary to protect their rights or resources, over forest operations unless they delegate control with free and informed consent to other agencies. Criteria

under Principle 3 state that indigenous peoples shall control forest management on their lands and territories unless they delegate control with free and informed consent to other agencies, that forest management shall not threaten or diminish, either directly or indirectly, the resources or tenure rights of indigenous peoples, and that sites of special cultural, ecological, economic or religious significance to indigenous peoples shall be clearly identified in cooperation with such peoples, and recognized and protected by forest managers. It further notes that indigenous peoples shall be compensated for the application of their traditional knowledge regarding the use of forest species or management systems in forest operations. This compensation shall be formally agreed upon with their free and informed consent before forest operations commence. Criteria under Principle 4 note, amongst others, that forest management should meet or exceed all applicable laws and/or regulations covering health and safety of employees and their families, and that the rights of workers to organize and voluntarily negotiate with their employers shall be guaranteed as outlined in ILO's Conventions 87 and 98 on these matters.

Thus, the application of FSC principles and criteria by timber producing or processing companies aims to ensure that not only environmental sustainability is considered, but also that a range of social issues which are both core to the problems often facing the sector (such as customary use rights and occupational health and safety) and supported by international law standards on human rights or human rights related international labour rights (ILO conventions) are taken into account.

3. Sustainable development, Corporate Social Responsibility, and the law

The commonly accepted definition of sustainable development refers to meeting the needs of present generations while enabling future generations to meet their own needs (UN 1987). The human rights aspect of sustainable development and the conduct of the private sector, including through the notion of Corporate Social Responsibility (CSR) has become strengthened with globalisation and the spread of transnational business (Welford 2002, Whelan, Moon and Orlitzky 2009).

While successful efforts at the international and intergovernmental level to regulate the conduct of the private sector with regard to adverse impact on society have been rather limited until recently, for a longer period of time private initiatives have emerged and flourished based on social expectations on CSR. The FSC is an example of this. In the absence of public regulation across national or regional boundaries, private initiatives like the FSC were developed to offer options for the forest and timber industry and consumers to work along a set of normative guidelines that connect to international law standards (such as ILO standards), which due to the state-centred structure of international law only bind states directly. CSR, by contrast, has been seen to be voluntary and as a result has tended to be seen also as an area outside of governmental and intergovernmental regulation. This idea of CSR as only voluntary, however, is giving way to a more integrated approach that combines public and private regulatory modalities (Buhmann 2008, Buhmann 2011a). While the 1990s and early 2000s were marked by an emergence of private CSR codes, process standards and reporting initiatives, later years have witnessed an emergence of regulation of CSR by intergovernmental organisations as well as nation states, as

well as the promotion of CSR by combinations of enforceable public law and incentives as well as social expectations and private schemes. Several of these have emerged in efforts to remedy governance gaps that otherwise enable transnational business activities to harm sustainable environmental or human development (Lister 2011, Cashore and Stone 2011, Buhmann 2011a). The idea of CSR as 'voluntary' in the sense of action above what is required by law is giving way to recognition that CSR is increasingly subjected to governmental regulation, and that this impacts organisations' internalisation of social expectations (Mares 2012, Horrigan 2010, Matten & Moon 2008, McBarnet 2007, Zerk 2006). Thus, CSR is no longer simply a matter of vague social expectations related to sustainability and voluntary private sector action, but offers potential for combining public and enforceable law with softer public regulatory measures and social expectations of the market to address global sustainability concerns beyond the limits of national jurisdictions. This has come out clearly with recent years' clarification of CSR in relation to business and human rights.

With developments under the United Nations (UN) since 2005, human rights responsibilities of business enterprises have become substantively unfolded, particularly with a basis in international law. Under a mandate established by the UN Secretary General, as Special Representative on Business and Human Rights (SRSG) Professor John Ruggie noted that companies may affect all human rights (civil, cultural, economic, political and social), and that attention should be paid by companies as well as (inter-) governmental organisations to company respect of ILO core conventions (SRSG 2008, SRSG 2011). Under the *Protect, Respect, Remedy* framework accepted by the UN Human Rights Council in 2008, SRSG John Ruggie reminded the global society that states' duty to protect under international

human rights law includes an obligation to protect individuals against human rights violations caused by other non-state actors, such as companies, as well as by state-owned companies (SRSG 2008).

Labour rights as elaborated in ILO core conventions as well as other working condition related labour rights such as occupational health and safety are of particular relevance to many companies and communities. Rights considered 'core labour rights' under international labour law (freedom of association and negotiation, non-discrimination, elimination of child labour and forced labour) and other labour rights related to basic working conditions (such as occupational health and safety, working hours and payment) are regulated not only by ILO conventions but also under international human rights law (in particular article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights).

The EU in a 2002 Communication's definition of CSR emphasised the 'voluntary' aspect (EU 2002). The 2002 Communication defined CSR as "behaviour by businesses over and above legal requirements, voluntarily adopted because businesses deem it to be in their long-term interest" (EU2002: 5). However, under the influence of the SRSG's recommendations, a new definition presented in a 2011 EU Communication omits reference to whether CSR is 'voluntary' or 'mandatory'. Stating simply that CSR is "the responsibility of enterprises for their impacts on society", it is qualified by noting that respect for applicable legislation is a prerequisite for "meeting that responsibility", and that to "fully meet their corporate social responsibility" enterprises should have processes in place to integrate social, environmental, ethical, human rights and consumer concerns into their business operations to identify, prevent and mitigate possible adverse impact (EU 2011, section 3.1). Referring to recommendations by SRSG John Ruggie, it

even announces a “smart mix” strategy of voluntary ‘policy measures’ and complementary (hard public) regulation to promote CSR (EU 2011, section 3.4). The EU’s approach to CSR, which remains (even with the 2011 Communication, cf EU 2011 section 3.4.) at least at the level of formality defined as a “Business-Driven, Voluntary and Process-Oriented Policy”, has been questioned for being too little integrated with EU legislative initiatives or development policies (Wouters & Hachez 2009).

Although at the level of policy both the European Parliament and the Commission have referred extensively to human rights and international human rights standards as what could constitute a normative part of a European CSR concept, the approach adopted by the Commission has not been very effective in bringing out the human rights potential in resulting normative guidance, nor so far in connecting the potential between authorities’ obligations, business compliance with law and private sector action, nor specifically with business compliance with requirements related to non-EU host states’ international obligations, such as international labour or human rights conventions that may not be sufficiently implemented or enforced in host states (Buhmann 2011b).

Preceding the EU’s 2011 definition of CSR, the FLEGT scheme and Regulations simply do not make reference to CSR. Developed under the EU Commission’s Directorate General (DG) for Environment, it is not surprising that the FLEGT scheme and Regulations should emphasise environmental issues. Yet in view of general EU policies related to sustainable development as well as specific policy and legal measures such as the GSP+ scheme, it is noteworthy that social sustainability issues are mainly considered indirectly and in a limited fashion. Also in view of the prevalence of social sustainability concerns in relation to forestry, such as those that gave rise

to the inclusion of these schemes in the formulation of the FSC principles or other private or public-private CSR schemes, it is surprising that the FLEGT scheme makes only limited direct reference to social issues.

The disconnect with compliance that has marked the EU’s approach to CSR until the 2011 Communication may be a reason why the EU’s FLEGT Action Plan and the Regulations do not refer to CSR, although much of what the Action Plan and Regulations aim to induce in terms of conduct in the forestry sector in timber exporting countries has many parallels to CSR expectations. The disconnect, however, may also be an explanation for the Commission’s limited focus on social sustainability issues and therefore its failure to consider sustainable forestry in the comprehensive fashion that schemes like FSC do. In view of the EU’s engagement with the SRSG process it is, however, striking that the 2010 Regulation does not take account of the normative guidance on business responsibilities for human rights that was developed by SRSG John Ruggie, including the 2008 *Protect, Respect, Remedy* ‘UN Framework’ that clarifies both the state duty to protect individuals (and groups) against human rights violations caused by business enterprises (whether private or state enterprises) and the corporate responsibility to respect, which encompasses not only the duty to comply with national law but also sets out international human rights and labour law as a normative source of social expectations of business enterprises (SRSG 2008).

Admittedly, achieving social sustainability in forestry in terms of, for example, raising working conditions or social conditions, which are closely related to the life of individuals living in or off the forest, is complex, often politically sensitive, and at least in the short term may be seen as costly without generating production savings or income. Raising working conditions often lead to more expensive production processes. Human

rights are politically sensitive in some timber exporting states. For this reason, states may be less willing to introduce or amend legislation to protect the relevant rights. 'Legality' is not by default the same as sustainability – environmental or social. Yet, recent years' recognition of law as a lever for CSR and emphasis on the role that international law plays as source of CSR normativity, particularly in the field of human rights, underscore that linking CSR with law may be fruitful, and that sustainable development requires broad based sustainability that connects environmental and social aspects (Buhmann 2008, SRSG 2008, SRSG 2011).

An example of an "experimentalist regime" that interacts with public law in timber producing states and to some extent with private certification schemes, the EU's FLEGT scheme may potentially offer a flexible and adaptive transnational governance scheme (Overdevest and Zeitlin 2012). However, as it also both complements and competes with private forest sustainability schemes, the omission of reference to several social sustainability concerns that are also forestry-relevant human rights becomes significant. As discussed in section 5, the disconnect from a comprehensive approach to sustainability leads to potentially undermining broader sustainability schemes that also address such concerns, and risks contributing to institutionalisation of forestry sector practices that contravene human rights.

4. Vietnam's forestry and timber processing sectors

Vietnam is the world's fourth largest exporter of wood products. The EU is a large market for Vietnam's considerable export of processed timber products, especially furniture. Officially, only around 10 per cent of the wood employed for exported products is harvested in Vietnam (ProForest 2009, McElwee 2004). Large quantities of timber for Vietnam's timber processing

industry come from Laos, Cambodia, Burma, Malaysia, Indonesia and Congo, where reportedly some of the timber supply originates from unknown or possibly illegal sources (ProForest 2009). According to a World Bank report, weak forest governance in neighbouring countries coupled with a strong market demand from Vietnam's wood-processing industry for cheap products motivates illegal trade, and corruption of customs and other government officials permit illegal timber trade to persist (World Bank 2010).

A socialist country, Vietnam does not have private ownership of forest land. The land belongs to the state which manages it on behalf of the people (Land Law 2004 art. 1). Land management and forest usage is governed through certificates which are issued to land users, of which the two main groups are comprised of local communities or households, and so-called state forest enterprises. A third group comprises individuals or groups who live in or around the forest and use it based on customary usage rights. The majority of the latter are so-called ethnic minorities, many of whom live in the mountainous forest areas of Vietnam. Some of these claim to be indigenous groups, having settled in Vietnam before the dominant Kinh people (Nguyen Khac Vien 2009; Government of Vietnam 2009; Wikipedia entry 'Demographics of Vietnam').

Vietnam's forestry sector is characterised by a combination of actors, including the national government, state forest enterprises, para-statal logging companies, provincial forest policy managers, and resident villagers around protected forests, many of which are 'ethnic minorities' (McElwee 2004). These are complemented by a number of private companies, and at the production level by community forestry and small scale forest users under the management of local government (People's Committees and People's Councils) at village, town and provincial level.

Sustainable forest management is decisive

to the livelihood of many local people, including indigenous people (ethnic minorities). The Government of Vietnam has introduced policies and legislation aiming at community forestry as a strategy to promote pro-poor and sustainable forest governance (FAO 2007, Nguyen 2006, Sikor & Nguyen 2007). The government officially recognises 54 ethnic minority groups each with their own language, lifestyle, and cultural heritage. Most, if not all of these groups are poor and forest dependent and live in the mountainous areas of the country (Government of Vietnam 2009). Sustainable access to forest and forest products is decisive to these groups of people (Sunderlin & Ba 2005). In a comprehensive poverty reduction strategy adopted in 2002, the Government linked reforestation and community based forest protection with rural development (Government of Vietnam 2002). More recently, the link between forest and poverty reduction has also been recognised by the Government in its strategies with regard to land and forest allocation (Government of Vietnam 2009).

In the mid-1950s, North Vietnam nationalised all natural forests. The process was extended to the South in 1975 after the reunification of Vietnam. National forests were turned over to state forest enterprises to log. Any locally used forest was considered to be national property. Still, local communities often continued to manage forests according to their traditions and customs. Access and tenure decreased for the communities in particular in the northwest forests of the country, where many non-Vietnamese minorities groups live. The borders of land rights and exploitation areas between villagers and state forest enterprises remain contested in many rural areas (McElwee 2004). Much of the timber that goes into the country's timber processing industry is grown in areas traditionally inhabited by 'ethnic groups'. Some of these have long-standing customs related to living off the

forest, living in houses built from forest timber, using timber for cooking and heating fuel, etc. Central level induced forest management plans introduced in later years have limited the legal possibilities of small-scale farmers and ethnic groups living in forest areas to gain access to wood for such subsistence fundamentals as maintenance of houses and firewood for heating and cooking.

Vietnam's official forestry policy aims to increase overall forest cover and protect natural forest, improve forest-based livelihoods and employment opportunities, and promote tenure reform and land reform of forest lands. The Constitution and several statutes, including the Land Law, the Forest Protection Law, the Law on Environmental Protection and the Penal Law already set out certain rights and duties related to forestry management, access, usage, ownership, protection and enforcement. There are, however, both gaps and overlaps between some of this legislation. For example, according to information provided to the authors during research in Vietnam, some case studies undertaken by civil society organisations involved in Vietnam's legality definition process suggest that inconsistencies between land and forestry law may mean that land that which is not actively used for a limited period of years may be reallocated by the government, for example to state forest enterprises or other users. This, however, may conflict both with practices of 'ethnic minorities' who customarily leave forest land to re-grow for a longer period, and with the Forest Law that allows for allocation of forest land for protected forest, with the land entrusted to local people for protection (and therefore, non-use).

Having decided in 2010 to enter the VPA process, Vietnam quickly moved towards the process of formal negotiations, originally aiming to finalise these in 2012 (Nguyen 2011) but at the time of writing more likely to not finalise negoti-

ations until some time into 2013. Studies to identify challenges and opportunities for Vietnam's conclusion of a VPA with the EU have indicated that within the Government of Vietnam and among forestry actors, there is concern about the potential negative impact on trade which may result from the application of the Timber Regulation, especially for small-scale producers (ProForest 2009). There is concern that small companies will encounter problems in setting up procedures to ensure the legality of timber supply and that they may incur increased costs from this or simply be pushed out of business. It is feared that timber product exports may decrease, and that there will be negative impact on trade and consequently on the national economy if companies are unable to provide documentation to prove legality (ProForest 2009). This may impact the economy of individual forest farmers, especially at community level. Limited reference to working conditions in recent draft legality definitions (Socialist Republic of Vietnam 2012a, Socialist Republic of Vietnam 2012b) also suggests that the legality definition process is not currently taken as an option to significantly strengthen the conditions of employees in the timber processing industry, such as in relation to occupational health and safety and other working conditions that are important from the perspective of social sustainability.

5. Discussion

5.1 Sustainable development and human rights as FLEGT elements

The Timber Regulation was drafted and is officially promoted as a measure to promote sustainable forest management. Yet the Timber Regulation focuses on legality, not whether timber or timber products are sustainably produced. The assumption appears to be that legality equates sustainability. Law and legality can certainly promote forestry that is environmentally and so-

cially sustainable. However, if the bar is set low of what is required for forestry related practices to be legal, legality by itself is no guarantee of sustainability.

The EU reserves its right to ratify the VPA if the legality definition or the stakeholder process towards development of the definition is not considered to be acceptable. Yet apart from the general points on social issues, noted in section 1, which are defined as points of policy, little is formally required of VPAs with regard to social sustainability. Obviously, much of this is related to the fact that the EU neither cannot nor should directly regulate what is legal or not within other states. Yet, the issue that emerges based on the discussion above is whether in addition to the definition of some requirements for environmentally sound practices and anti-corruption measures, the legality definition process may cause less fortunate results through institutionalising practices as legal even if these do not conform with sustainability concerns of a social rather than environmental nature.

The 2010 Timber Regulation sets out requirements for the due diligence process for timber that does not have a FLEGT licence, and referring mainly to harvest rights and processes in terms of payment and environmental concerns is also limited with regard to social issues. Having another objective, the 2005 FLEGT Regulation does not specify substantive legality requirements. The Regulations or the Commission's FLEGT guidance do not specify particular substantive elements to be encompassed by the legality definition. Guidance provided by the EU Commission notes that the "set of legal requirements should include laws responding to economic, environmental and social aspects of forest management and timber processing" (FLEGT website, "The Elements") and that definitions of legality may include granting of or compliance with rights to harvest of timber within legally gazetted bound-

aries, compliance with requirements concerning taxes, import or export duties, and with requirements for trade and export procedures (EU, no year). The guidance does refer to “compliance with requirements regarding forest management, including compliance with relevant environmental, labour and community welfare legislation”. Yet it does not specify what legislation is “relevant”, nor stipulate that particular type of legislation must be in place. Like the Regulation the guidance does refer to respect for tenure or use rights to land and resources that may be affected by timber harvest, with the addition, however, that this is “where such rights exist”.

In relation to harvest rights, the Timber Regulation presumes that these are already “legal” or within “legally gazetted boundaries”. Land or harvest rights are often based on tradition and in many developing countries remain non-gazetted. Indigenous peoples’ access to land and forest is often based on customary rights. Cadastral registration may be non-existent or faulty. Due to the value related to the forest as a natural resource, governments may be hesitant to introduce or register legal rights for forest dependent people as this would limit access by others to industrial exploitation of the forest (Un & So 2009). Even when land tenure rules do exist it is not uncommon that overlapping administrative borders between local government areas complicate these rights (Nathan & Boon, forthcoming). As examples noted in section 4 indicate, in developing countries such as Vietnam tenure and use rights may be claimed but indeed not formally recognised, or they may be disputed. As the Vietnam case also demonstrates, legal formalisation may cause less privileged groups, including but not limited to minorities, to loose customary land use rights or even rights associated with usage of protected forest.

In terms of sustainability concerns under the Timber Regulation, human rights issues are

mainly addressed through the general references to timber harvest rights, payments, forest management and third parties legal rights in the legality understanding. These provisions do address some of the human rights concerns of groups living off the forest and some other groups who depend on the forest for housing, fuel or other sustenance needs. In addition, human rights may be indirectly addressed as aspects of good governance, through emphasis on “stakeholder participation” in the development of VPAs. Recommendations have been made by some scholars to include administrative and judicial means to ensure rights of access and benefit to the forest for forest-dependent communities (Wiersum & van Oijin 2010). Yet more specific human rights issues, such as working conditions are not noted despite the fact that these are closely related to many forestry related activities that also lead to environmental sustainability concerns.⁶

It appears that from the perspective of the EU, the main human rights element which the FLEGT scheme is seen to contribute towards is related to public participation in public governance (*in casu* in the process of developing the legality definition). Indeed, the right to access to participation in the conduct of public affairs (such as public policy making and law-making) is a human right recognised by art. 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights as well as by the Declaration adopted at the 1993 World Summit on Human Rights in Vienna. In the FLEGT context, however, the main outcome of public participation in development of the legality definition is considered from the good governance perspective rather than from the human rights perspective. The VPA negotiation process is assumed by the EU Commission

⁶ For example, the World Bank’s operational guidelines consider the rights of indigenous people after the World Bank were criticised in the 1990s for neglecting the human dimension of development and sustainability.

to have a positive impact on forest law enforcement and governance in the partner country. Assumed positive impacts include the promotion and institutionalisation of improved governance within the forest sector; better enforcement of existing forest, environmental and trade related laws; reduction in corruption and measures to that effect; adequate recognition of the rights of forest dependent communities and indigenous peoples; development and application of effective monitoring systems; and greater transparency and accountability, including a national level mechanism for consultation on forest governance (ProForest 2011). In principle, the process provides an option for bringing forth and formalising contested rights (such as boundaries or usage rights). However, formalisation is often to the advantage of those who are already more privileged in terms of knowledge, funds and/or access to decision-makers (Lund 2008). This may especially be the case where the process is hastened, civil society is weak and/or unused to voicing sensitive rights, the rights and practices of the most vulnerable groups (such as indigenous or other minorities which are already marginalised for political reasons) are sensitive issues, and where considerable economic interests (such as access to major markets in competition with other countries) are at stake. All of those issues apply to the situation in Vietnam.

The 'consensus building' process is considered by the EU Commission to be an important step in involving civil society and other stakeholders in the process. Part of the intended objective is to allow civil society to voice their concerns with the aim of the government considering those in the legality scheme. From that perspective, the consensus building process may indeed have an empowering effect for civil society and non-governmental forestry actors and in a wider sense lead to a sense of political empowerment and use of formal political rights. The Commis-

sion recognises that consensus building may be easier accomplished in some countries than in others and that Vietnam falls into the more difficult category. As a result, leading up to Vietnam's national VPA development process that took off from late 2010, the EU sponsored a field visit to Indonesia for Vietnamese organisations to enable them to observe what was considered by the Commission to be a fairly inclusive VPA consensus building process. In the Vietnamese context of limited independent civil society, as elaborated below tension between the government and forest dwelling minorities poses a risk that the particular concerns of such groups are muted.

The EU's main concern in terms of the VPA process in Vietnam appears to be stakeholder engagement and transparency of the process. The assumption appears to be that civil society stakeholders will bring up issues to be addressed (Vietnam Forestry 2010, authors' interview w/EU Commission, Hanoi, November 2010 and November 2012). This may be correct and feasible in many states. However, because of the political and organisational structure in Vietnam, which is based on the socialist Constitution and ideology, local communities are not organised in civil society organisations as in many other developing states, such as several African timber-producing states. Most formal organisations are state sponsored mass organizations or tenuously linked to the state. Determining how independent or not they are of the state – whether they are "government" or "non-government" – is difficult. A large proportion of groups calling themselves NGOs are linked to the state (Kerkvliet & Heng 2003).

In fact, the civil society network formed by the Government in 2011 for the purpose of the development of the legality definition is comprised of mainly governmental organisations, research institutions (which are also part of the

government) and other governmental civil society groups.⁷ Although some members of the civil society network are providing information on the situation of local communities and groups living in the mountainous regions, the overall governmental make-up of the organisations and the network limits the input of local insight as well as the building up of local participatory capacity to engage with governments. Arguably, this demonstrates that building up such capacity and ensuring local insight into governmental planning processes entails more than formal institution of such institutional networks. In other words, the civil society structure found within the boundaries of the EU cannot be expected to function in a similar way and with similar speed elsewhere, nor for that very reason to sufficiently ensure the consideration of social sustainability concerns at risk.

The EU's assumption that a nationally 'owned' process will provide for better results for the partner country and its population than detailed requirements issued by the EU is a valid one. Vietnam has a history of deciding its own development path based on information and experience from other states (Buhmann 2001). Yet even though it is based in an intention to promote public participation in public decision-making in forest governance, the FLEGT approach to stakeholder participation in the development of the legality definition in the particular Vietnamese context may mean that the interests and participation of local groups is decreased rather than increased.

The risk of insufficient insight being provided for the legality definition is exacerbated by a re-centralisation of forest governance based on economic considerations of securing access to

the EU market through a VPA. Also the potential to reduce occupational hazards in an industry prone to significant injuries is limited.

5.2 Implications of FLEGT for FSC and human rights in sustainable forestry

As noted the legality definition in the Timber Regulation in relation to due diligence and the Commission guidance for the legality definition development do not list working conditions such as working hours, payment, and occupational health and safety. All of these are regulated by ILO conventions and are therefore encompassed under FSC principle No. 4 ("respect of worker's rights in compliance with International Labour Organisation (ILO) conventions"). Nor is it required that indigenous peoples' rights, such as rights regulated under ILO Convention 169, are met under national law. This issue too is encompassed under FSC Principle No. 4. "Forest workers" and "local communities" may be indigenous groups enjoying rights according to Convention No. 169. This convention has been ratified by only a limited number of states.⁸ As indigenous people, however, exist in many more states, including in particular several tropical timber producing states and as, moreover, indigenous people in these states often live in and off the forest and/or work in forestry industries, ILO convention No. 169 has high relevance for these people. As noted, the government of Vietnam considers minority groups living in the forested mountain areas to be 'ethnic' but not indigenous. Vietnam has not ratified (or signed) Convention No. 169.

As indicated in section 2, human rights relevant aspects feature more prominently in FSC than in FLEGT. This applies both with regard to the communities living in or off the forest, and

⁷ List of members of Vietnam's civil society network for FLEGT, obtained through author's correspondence with the Centre for Sustainable Rural Development in Hanoi, which is the lead organisation of the network.

⁸ 22 states as of 8 October 2012 (List of ratifications of International Labour Conventions, <http://webfusion.ilo.org/public/applis/appl-byconv.cfm?conv=C169&hdroff=1&lang=EN>)

those individuals that gain their living from the forest industry. FSC's website introduction to the Principles states that "[m]any of the points (...) appear almost basic – but in many places even these basic requirements are not fulfilled. This is where FSC can have the biggest positive impact" (FSC homepage). From the human rights perspective, this is also where the FLEGT scheme and approach arguably may not only present a missed opportunity to promote human rights but may present a risk of driving out human rights relevant aspects of the forestry legality and governance process, as indicated in the preceding sub-section.

Through the recognition of due diligence systems offered by 'monitoring organisations' the Timber Regulation allows importers to apply third party schemes that include verification of compliance with applicable legislation. However, a certification system does not by itself guarantee that compliance with the Timber Regulation is ensured. FSC claims to intend to adapt its system to deliver legality verification in accordance with the Timber Regulation's requirements (FSC 2011, NepCon 2011). At the time of writing, FSC certification does not conform to the Regulation's legality verification requirements (NepCon 2012).

This fundamental difference between FSC's structure and practice and the requirements of the Timber Regulation presents both an opportunity for FSC to grow and a risk that FSC may be pushed out of the market for forestry sustainability schemes in states that enter into VPAs with the EU. The Commission recognises that FSC may adopt its procedures to conform to the Regulation's requirements. FSC's introduction of legality verification may improve the attraction of FSC as a forest sustainability scheme to be applied to timber to be sold to the EU. In that case, the FLEGT scheme may lead to increased application of FSC and by implication of inclu-

sion of social sustainability considerations. However, the opposite may also be true, with FSC perceived to be too demanding compared to the Timber Regulation's requirements.

If a VPA does materialise, the practical consequences may be that it will be simpler and less expensive for the forest industry to comply with the legality requirement related to the FLEGT licence rather than to apply the more complex and demanding FSC criteria. Consumers' choice through labelling may preserve a certain market for FSC certified wood, but timber buyers who consider price rather than sustainability (such as many consumers as well as institutional buyers, large-scale building projects, and even public authorities) will create a market for the less expensive timber. In a situation when customers are certain that the timber will be legal, less attention may be directed to the difference between legality and sustainability, especially among customers without in-depth knowledge of the issue.

Again, Vietnam offers a case at point. FSC has been employed since the mid-to-late 1990s by companies exporting from Vietnam to markets in Europe, the US, Australia and elsewhere. FSC is employed as a certification scheme by a number of Vietnamese companies in the timber processing industry as well as by foreign or joint Vietnamese-foreign companies. Over 100 Vietnam-based companies hold FSC Chain of Custody certificates, allowing them to import, process, and sell FSC-certified timber produced elsewhere. In 2010 the World Wildlife Foundation found great potential for FSC certification, as Vietnam's forest strategy aims to certify 30 per cent of the country's 4.48 million hectares of production forests in the next decade (WWF 2010). In recognition of the legality and sustainability problems that the forestry sector encounters, some local governments in timber producing provinces had begun to look at obtaining FSC certification for FSEs. For example, in 2010 con-

comitantly with the central government's initial VPA steps, without knowledge of that process a state forest enterprise in Lao Cai province was in the process of adapting its procedures towards obtaining FSC certification. Field interviews conducted by the authors in November 2010 at the provincial level forestry department and at the office of a local state forest enterprise headquarters showed that the local government and the company's management had not received information on the Government of Vietnam's negotiations towards a FLEGT VPA, nor were they aware of the impact that Vietnam's entering a FLEGT VPA might have on the application of FSC for products intended for the EU market. FSC had been seen by the local government and the state forest enterprise to be a demanding and complex system but still an option to cater for a sustainability concerned market. At the time of writing, the legality requirements that may be established for the VPA look to be less demanding and complex and the cause for applying FSC for the purpose of market access may be reduced. To the extent that application of FLEGT licensing is favoured by tropical timber producing countries, many of which sell timber for processing in Vietnam, the attraction for private or state owned forest or plantation managers to apply FSC may also come to be reduced.

The FLEGT scheme's legality focus may strengthen human rights, including forestry relevant labour rights and indigenous people's rights, in states that choose to include those in their legality definition. However, there is a risk that in some states, the legality definition will be limited to strictly environmental and economic governance aspects without regard for human rights. That risk may be particularly acute in states with limited legal protection of human rights of particular relevance to forestry communities, including those states that are not parties to international conventions protecting the hu-

man rights of such groups. Although improvements have been reported in later years the human rights situation of minorities in Vietnam, including the large proportion of 'ethnic groups' living in mountainous forest areas, is recognised by various sources to be problematic. Reportedly, a number of recent conflicts between authorities and ethnic minorities involve land, including compensation for land allocated to establish plantations in mountainous areas (State Department 2012, Human Rights Watch 2009).

Although African VPAs so far have tended to include labour rights and some other social issues, there is no certainty that other states will do the same. This may be particularly the case in states where occupational health and safety is weakly protected or enforced, sometimes because investing in protective equipment and safe practices is downplayed in favour of low production costs that may serve as a competition parameter. It may also be the case in states where indigenous peoples and their sustenance are politically sensitive issues, such as is the case in Vietnam (Human Rights Watch 2009, 2011). Indications are at the time of writing that the government of Vietnam is intent on reaching agreement to enter into a VPA as soon as possible, with the original aim for finalising negotiations in early 2013 now postponed to September 2013. A large number of jobs in the timber processing industry depend on Vietnamese timber products' access to the EU market after the legality requirement of the Timber Regulation takes effect in March 2013. According to some sources with whom the authors talked in late 2012, negotiators prefer a legality definition that covers the minimum for a VPA. Some research members of the civil society network have been drawing attention to other issues that require attention for longer term environmental and social sustainability, including overlaps or inconsistencies between land and forestry legislation and a requirement that for-

est be managed so as to prevent flooding and drought.

While Vietnam's national labour legislation contains relatively detailed regulation of working conditions, implementation and enforcement is reported to be inadequate. Occupational injuries are a problem, with many incidents caused by machinery. Working conditions are particularly harsh and hazardous in small and medium-sized enterprises, with many not conforming to governmental regulations on occupational health and safety (State Department 2012). In the forestry and timber industries as in other sectors, the right to form and join independent trade unions is limited as every union must be affiliated with the country's only trade union, the Vietnam General Confederation of Labour. Thus, in this respect too, FSC goes further than FLEGT.

It appears a missed opportunity for strengthening forestry related human rights through the intermediate impact of the due diligence requirement on sourcing countries that the Timber Regulation refers to "regulations as well as the implementation (...) of relevant international conventions to which that country is a party" (EU 2010, preambular para. 14) without specifying that international conventions targeting other issues than environment etc. should also be considered for the purpose of legality. The preamble refers to CITES and the protection of flora and fauna. Because of that and general emphasis of the Regulation on environment and climate change prevention, human rights relevant conventions and national law may be overlooked as relevant for sustainability purposes.

6. Conclusion

The FLEGT scheme seeks to achieve commendable objectives. Environmental sustainability and climate change mitigation are closely linked to well-managed forestry. Well-managed forestry is also a precondition for the survival and sus-

tainable social development of many communities living in forests or off forest products. EU's FLEGT scheme, however, is weak in relation to social sustainability. As this article has shown, legality cannot be assumed to equal nor necessarily lead to sustainable forestry exploitation or sustainable social or environmental development linked to forestry. Unfortunately, law may not only be employed to promote sustainable practices but also to suppress them. Increased international competition among timber growing or processing states to supply to markets that require legality based on national law may lead to lowering the bar rather than raising it. Leaving the definition of legality to exporting VPA states respects the sovereignty of those states but holds no guarantee that forestry related rights or customs of indigenous peoples or local communities are considered, nor that working conditions as set out in international human rights and labour law are protected. The lack of protection of these rights and interests may compromise social development and lead to or even institutionalise unsustainable practices. The omission of reference to forestry related working conditions is unfortunate because as production price is a common export parameter, timber producing states may be tempted to set the bar low in terms of elements of the production process that are costly in order for their exported products to be competitive. With a variety of buyers of tropical timber, many of which are institutional and/or consider price as a key parameter, sustainability concerned consumers willing to pay a premium price for FSC certified timber may not be sufficient to ensure broad application of FSC (or other broad sustainability schemes) to make up for the limited social sustainability coverage of the FLEGT scheme.

The non-linkage between the FLEGT scheme (including the Regulations) and CSR may be due to the fact that until the EU's September 2011

Communication on CSR the EU had somewhat locked itself into an application of CSR terminology only to action not resulting from legal requirements. The disconnect between CSR and a law-based regulatory approach may have caused a gap between proclaimed sustainability aims and the degree to which these are addressed through the Regulations. Arguably, considering the broad sustainability concern that characterises much CSR literature and policies, including in fact in the EU's own definition even prior to the 2011 definition, could have lent the FLEGT scheme more emphasis on social issues. CSR is also informed by civil society organisations. Relating the FLEGT scheme with CSR could not only have meant more emphasis on social sustainability and human rights responsibilities of governments as well as businesses in that respect. It might also have meant an opportunity for a much broader basis for such organisations both in EU and timber exporting states to contribute insight and expectations on sustainable development in the forestry sector, relating both to established legal rights and informal rights (such as customary usage rights and indigenous practices whose preservation comes under international human rights law) that may nevertheless be part of social expectations of companies. Applying law to strengthen sustainable forestry on such an informed background could have been a more forceful strategy towards both environmental and social sustainability to set the bar high.

Fighting corruption is a main objective of FLEGT both in terms of legality and forestry governance. Dealing with corruption, however, is not the only factor essential to promoting better forest governance. Good forest governance also depends on involvement of affected stakeholders, in particular local people whose lives are contingent on forests, the preservation and respect for local forestry practices, and the rel-

evance and appropriateness of national and sub-national regulatory schemes, their enforcement and implementation. The Vietnam case study indicates that when public hard law (legality) and private soft law (voluntary adherence to criteria beyond what is required by national applicable law or contractual obligations) meet, the result may be fragmentation, leading to insulation of certain objectives to the detriment of others. It also demonstrates that the process for integration of stakeholder interests, such as human rights and working condition concerns in the legality definition for VPAs, is vulnerable to political, legal and organisational contexts that differ from that of a vibrant and free civil society. In the case of the meeting between FLEGT and FSC, FSC and therefore the social sustainability concerns of FSC currently may stand to lose out, simply because FLEGT and the Timber Regulation require verification that many private sustainability schemes do not (yet) deliver. As a result, the human rights elements that FSC integrates in its conception of sustainable forestry may stand to become disregarded in favour of the more limited and less detailed requirements under the Timber Regulation, which address mainly established harvest and tenure rights and environmental issues directly related to forest harvesting.

Public participation clearly has potential to contribute to the improvement of governance and recognition of and the effective access to human rights related to forestry, tenure, use and working conditions. Even so, the potential human rights impact in a sustainability context may be limited because the FLEGT scheme focuses on the process as a consensus building process rather than the substantive human rights which are often at risk in the context of forestry. African VPAs already developed indicate that there may be options to integrate considerations of human rights aspects more directly into legality

definitions for the purpose of a FLEGT VPA and license. Nevertheless, although FLEGT has as its overall objective to promote sustainability, the FLEGT scheme's general legality understanding is limited as regards sustainable social development. As the same goes for the legality definition established by the Timber Regulation for the purpose of due diligence, the likelihood that the actions and information required by importers' due diligence may lead the timber sector to address social sustainability in exporting states is also limited. The problem is particularly acute and appears a missed opportunity for addressing conditions in states where human rights protection, respect and fulfillment is not fully guaranteed in existing national law. It is further exacerbated when such rights, as is the case in Vietnam and some other states that produce tropical timber, are politically sensitive and sometimes openly contested between the government and stakeholders.

As long as private schemes like FSC do not offer legality verification which conforms to the Timber Regulation requirements, application of such private schemes may stand to decrease in states that export to the EU market. In that case, forest sustainability will be limited to the somewhat narrow focus of the FLEGT scheme. Imbued with the strengths of formal law to control entry into the EU market, FLEGT enjoys an enforcement potential that private sustainability schemes like FSC lack. Combined with the force of trade – working precisely through the 'T' that makes FLEGT stand apart from many other inter-governmental forest sustainability schemes – the EU scheme gains its appeal to timber exporting countries through the gateway to the EU market that the VPA and FLEGT license provide. As indicated by the Vietnam case, if FSC or related schemes, such as PEFC which is also aiming to adapt to the legality verification requirement, are successful in adapting to the legality verification

requirement without losing focus on social sustainability, the longer term outcome could be a happy marriage of legality and the environmental focus of the FLEGT scheme with the broader sustainability focus of private schemes to the combined benefit of sustainable environmental management and human rights in tropical timber producing countries.

Given that Vietnam's VPA negotiation process is still on-going at the time of writing, the outcome in terms of the legality definition is not known. A VPA will be significant for Vietnam's access to the EU timber market from 2013. When in force, it may also lead to reduced application of FSC and therefore reduced emphasis on social sustainability in forestry. From the current perspective based on the Vietnam case study, the FLEGT scheme appears a missed opportunity to address human rights related to forestry usage, harvest and timber processing through the combined force of law and the market on which the scheme builds.

References

- Buhmann, Karin (2011a) The Danish CSR reporting requirement: Migration of CSR-related international norms into companies' self-regulation through company law? 8 *European Company Law* 2: 65–73
- Buhmann, Karin (2011b) Integrating human rights in emerging regulation of Corporate Social Responsibility: The EU case. *International Journal of Law in Context*, Vol. 7. No. 2: 139–179
- Buhmann, Karin (2008) Corporate Social Responsibility and business responsibilities for Human Rights, 7 *Nordic Journal of Human Rights* 4: 331–352
- Buhmann, Karin (2001) *Implementing Human Rights through Administrative Law Reforms: The Potential in China and Vietnam*. Copenhagen: DJOF Publishing
- Cashore, Benjamin and Michael Stone (2011) Can legality verification rescue global forest governance? 18 *Forest Policy and Economics*: 13–22

Council Conclusions (2003) Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT), EU Doc. 2003/C 268/01

EFI EU FLEGT News, October/November 2010, <http://news.efi.int/newsletter/view/efi-eu-flegt-news-october-november-2010>, visited 24 September 2012

EFI (European Forest Institute) (2012) *EU Timber Regulation: Frequently asked questions: Due diligence, certification and enforcement of the EU Timber Regulation*. 9/12

EU (2012) Commission Implementing Regulation (EU) No 607/2012 of 6 July 2012, on the detailed rules concerning the due diligence system and the frequency and nature of the checks on monitoring organisations as provided for in Regulation (EU) No 995/2010 of the European Parliament and of the Council laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market.

EU (2011) European Commission, *A renewed EU Strategy 2011–2014 for Corporate Social Responsibility*. Brussels, 25.10.2011. EU Doc. COM(2011)681

EU (2010) Regulation (EU) No 995/2010 of the European Parliament and of the Council of 20th October 2010 laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market

EU (2005) Council Regulation No 2173/2005 of 20 December 2005 on the establishment of a FLEGT licensing scheme for imports of timber into the European Community

EU (2003) Commission of the European Communities, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: Forest Law Enforcement and Trade (FLEGT) – Proposal for an EU Action Plan*, EU doc. COM(2003)251

EU (2002) Commission of the European Commission, *Communication from the Commission concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development*. EU Doc. COM(2002)347

EU (no year) European Commission (no year) *What is legal timber?* FLEGT briefing Note No. 2

Europa (2008) Press release, 17 October 2008, EU Doc. Memo/08/633

FAO (2007) *State of the World's Forests 2007. Asia and the Pacific*

FLEGT website, European Commission/European Forestry Institute, *FLEGT Voluntary Partnership Agreements*, available at <http://www.euflegt.efi.int/portal/home/vpas/>, visited 3 January 2012

FSC (2011) *Law against illegal timber trade: an opportunity for FSC certification to grow*. Press release, 28 November 2011

FSC homepage, <http://www.fsc.org/>

Government of Vietnam (2009) *UN-REDD Viet Nam Program Revised standard joint programme document*, Hanoi: Ministry of Rural Development

Government of Vietnam (2002) *The Comprehensive Poverty Reduction And Growth Strategy (CPRGS)* Hanoi, 21th May 2002

Horrigan, Bryan (2010) *Corporate Social Responsibility in the Twenty-First Century: Debates, models and practices across government, law and business*, Cheltenham: Hart

Human Rights Watch (2011) *World Report 2010: Vietnam*

Human Rights Watch (2009) *World Report 2008: Vietnam*

Kerkvliet, B.J., et al. (2003). *Getting organized in Vietnam: moving in and around the socialist state*, Singapore, Institute of Southeast Asian Studies

Lister, Jane (2011) *Corporate Social Responsibility and the State: International approaches to Forest Co-Regulation*, Vancouver: UBCPress

Lund, Christian (2008) *Local politics and the dynamics of property in Africa*, Cambridge: Cambridge University Press

Matten, Dirk & Jeremy Moon (2008) "Implicit" and "Explicit" CSR: A conceptual framework for a comparative understanding of Corporate Social Responsibility, 33 *Academy of Management Review* 2: 404–424

Mares, Radu (2012) *Business and Human Rights After Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress*,

- in Mares, Radu (ed) *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Antwerp: Brill: 1–50
- McBarnet, Doreen (2007) Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability. In McBarnet, Doreen, Aurora Voiculescu and Tom Campbell (eds.) *The new corporate accountability: Corporate Social Responsibility and the law*. Cambridge: Cambridge University Press 9–56
- McElwee, P. (2004) You say illegal, I say legal, 19 *Journal of sustainable forestry* 1: 97–135.
- Miller, Michael J. (2011) Persistent Illegal Logging in Costa Rica: The role of corruption among forestry regulators, 20 *Journal of Environment and Development* 1: 50–68.
- Nathan, I. & T. Boon (forthcoming) Constraints and options in local forest management in Cambodia: Is decentralization a solution? *Journal of Sustainable Forestry*
- NepCon (2011) *FSC Aligns with the EU Timber Regulation*, 23 November 2011, http://www.nepcon.net/4693/English/HOME/News_2011/November/FSC_aligns_with_the_EU_Timber_Regulation/, accessed 6 November 2012
- NepCon (2012) *EU Timber Regulation: Will FSC and PEFC pass the mark?*, 15 October 2012, http://www.nepcon.net/5144/English/HOME/News_2012/October/EU_Timber_Regulation_will_FSC_and_PEFC_pass_the_mark/ accessed 6 November 2012
- Nguyen, Felise Hay Ly (2011) *The EU Timber Regulation & the VPA process in Vietnam*, presentation at civil society dialogue on legality in the timber and wood products sector, Hanoi, 14 March 2011, http://www.nature.org.vn/en/tai-lieu/Felise_Nguyen_The_EU_Timber_Regulation_and_VPA_Process_in_VietNam.pdf, visited 3 January 2012
- Nguyen Khac Vien (2009) *Vietnam: A long history*. Hanoi: The Gioi Publishers.
- Nguyen, T. Q. (2006) Forest devolution in Vietnam: Differentiation in benefits from forest among local households, 8 *Forest Policy and Economics* 409–420
- Overdevest, Christine and Jonathan Zeitlin (2012) Assembling an experimentalist regime: Transnational governance interactions in the forest sector. *Regulation & Governance*, doi:10.1111/j.1748-5991.2012.01133.x
- Sikor, T. and T.Q. Nguyen (2007) Why may forest devolution not benefit the rural poor? Forest entitlements in Vietnam's central highlands, 35 *World Development* 11: 2010–2025
- Proforest (2011) *What is FLEGT? FLEGT-REDD+linkages* Briefing Note 1, January 2011
- ProForest (2009) *Joint FLEGT Vietnam Scoping Study – Part 1, Main Report*. Prepared for EFI. Final Report, 30th October 2009
- Socialist Republic of Vietnam (2012a) *Draft 5: Timber and timber product legality definition for the voluntary partnership agreement (VPA/FLEGT)*, available at <http://vietnamforestry.org.vn/mediastore/fsspco/2012/04/19/LD5-12April-clean-version-EN.pdf> visited 20 November 2012
- Socialist Republic of Vietnam (2012b) *Comparison between draft 4a and draft 5: Timber and timber product legality definition for the voluntary partnership agreement (VPA/FLEGT) between Viet Nam and the EU*, available at <http://vietnamforestry.org.vn/mediastore/fsspco/2012/04/19/LD5-agaist-LD4-EN.pdf> visited 20 November 2012
- SRSR (2008) *Protect, respect and remedy: A framework for business and human rights*. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5 (2008)
- SRSR (2011) *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises: Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect, Remedy' Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 March 2011
- State Department 2012, *2011 Country Reports on Human Rights Practices: Vietnam*, Washington D.C: State Department.

Sunderlin, W.D. and H.T. Ba (2005) *Poverty alleviation and forests in Vietnam*. CIFOR

Un, Kheang & So Sobuntheun (2009) Politics of natural resource use in Cambodia, *Asian Affairs*: 123–138

United Nations (1987) *Report of the World Commission on Environment and Development*, General Assembly Resolution 42/187, 11 December 1987

Vietnam Forestry (2010) *Summary of the discussion points of the 1st official joint technical working group meeting on the FLEGT VPA*, 29–30 November 2010, Hanoi; <http://www.vietnamforestry.org.vn/NewsFolder/FLEGT%20VPA%20Discussion%20Summary%20EN.pdf> visited 24 September 2012

Welford, Richard (2002) Globalisation, Corporate Social Responsibility and Human Rights, 9 *Journal of Corporate Social Responsibility and Environmental Management* 1: 1–7

Whelan, Glen, Jeremy Moon and Marc Orlitzky (2009) Human Rights, Transnational Corporations and Embedded Liberalism: What Chance Consensus? 87 *Journal of Business Ethics* 2: 367–383

Wiersum, Freerk and Danielle van Oijin (2010) *Implementing FLEGT: Impacts on local people*. Wageningen: Wageningen University

Wikipedia, entry 'Demographics of Vietnam', http://en.wikipedia.org/wiki/Demographics_of_Vietnam#Ethnic_groups visited 18 December 2012

World Bank (2010) *Socialist Republic of Vietnam: Forest Law Enforcement and Governance*, Washington DC: The World Bank

Wouters, Jan and Nicolas Hachez (2009) *Business and Human Rights in EU External Relations*, Brussels: European Parliament, Directorate General for External Policies, Policy Department

WWF(2010)WWFGreaterMekong–VietnamProgramme 2010, http://www.switchasiavn.org/index.php?option=com_content&view=article&id=71%3Afirst-forest-smallholder-group-achieves-fsc-certification-in-vietnam&catid=10%3Ahot-news&Itemid=3&lang=en accessed 10/02/2012

WWF (2008) *Illegal wood for the European market: An analysis of the EU import and export of illegal wood and related products*. World Wildlife Foundation – Germany, July 2008

Zerk, Jennifer A. (2006) *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and opportunities in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press

Kommuners plikt til å undersøke konsekvenser av klimaendringer ved planlegging etter plan- og bygningsloven

*Eivind Junker**

Abstract

Information about expected climatic changes and their possible consequences is a prerequisite to prevent damages and adapt the society. The first part of this article demonstrates that climate change adaptation is a mandatory consideration for Norwegian municipalities' decisions under the Planning and Building Act of 2008. Subsequently, the article discusses whether the municipalities also have a duty to assess how climate change consequences can affect the planning area, and if so, how thorough and detailed this assessment ought to be. Both general requirements stemming from the Administrative Procedures Act and specific demands according to the Planning and Building Act are discussed. The conclusion is that municipalities in most cases are supposed to review possible climate change effects. However, the demand for details varies depending on the type of plan or decision, as well as other aspects. Finally, some short remarks are made about documentation of the mandatory reviews, and possible consequences of not performing them.

* Ph.D.-student tilknyttet Forskergruppen for naturressursrett ved Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo. Artikkelen er skrevet som en del av arbeidet for Ph.D.-graden. Jeg takker mine veiledere Hans Christian Bugge og Ole Kristian Fauchald for verdifull hjelp med grunnlaget for artikkelen, og for innspill til tidlige utkast. Også stor takk til redaktør Gabriel Michanek og en anonym fagfelle for innsiktsfulle kommentarer og nyttige forslag til forbedringer. Gjenværende feil og mangler er naturligvis utelukkende mitt eget ansvar.

1. Innledning

1.1 Emne og disposisjon

Arealplanlegging har blitt identifisert som et sentralt verktøy for samfunnets arbeid med klimatilpasning.¹ I denne artikkelen vil jeg vurdere og beskrive hvordan ett aspekt ved rettsreglene for arealdisponering støtter opp om denne forventningen, nemlig i hvilken grad kommuner har plikt til å undersøke mulige konsekvenser av klimaendringer under arbeidet med planer.

Klimatilpasning er et omfattende begrep², og det kan nevnes mange relevante forutsetninger for å skulle lykkes med dette (ressurstilgang, myndighet, motivasjon mv.) Aller viktigst er likevel informasjon om hva man eventuelt kan, bør eller må tilpasse seg til. Dette er et nødvendig premiss og et naturlig utgangspunkt: Uten en viss formening om hvilke farer som truer (eller muligheter som kan oppstå), er det meningsløst å treffe tiltak med sikte på å avverge eller benytte seg av dem.

Temaet for denne artikkelen er derfor behovet for kjennskap til mulige effekter av klimaendringer, og spørsmålet jeg søker å besvare er om kommunen i det hele tatt har rettslig plikt til å skaffe seg slik informasjon. Allerede her kan

¹ Noregs offentlege utgreiingar 2010: 10, Tilpassing til eit klima i endring: Samfunnet si sårbarheit og behov for tilpassing til konsekvensar av klimaendringane (NOU 2010: 10), 17.

² Tilpasningsutvalget benyttet definisjonen «[j]usteringar i biofysiske eller sosiale system som følgje av faktiske eller venta klimaeffektar for å redusere skade eller dra nytte av moglegheit. ...», NOU 2010: 10, 237.

jeg røpe at svaret er ja, og jeg vil komme tilbake til grunnlaget for det nedenfor. Mer interessant og praktisk viktig er imidlertid hvilke konkrete plikter dette medfører for kommunenes planarbeid. Når kreves en selvstendig undersøkelse av emnet, og hvor grundig skal den være? Innebærer klimatilpasning særskilte krav til kommunens saksforberedelse før bestemte plantyper, planverktøy eller andre beslutninger?

Straks nedenfor definerer jeg innholdet av noen sentrale uttrykk i artikkelen, samt redegjør for hvordan jeg har avgrenset emnet. Videre er artikkelens innhold delt i tre. I kapittel 2 vil jeg utdype påstanden om arealmyndighetenes rettslige plikt til å søke informasjon om klimaendringer. Dernest vil hoveddelen av artikkelen (kapittel 3) gå med til å drøfte konkrete krav til slike undersøkelser i ulike deler av planarbeidet. Avslutningsvis (i kapittel 4) vil jeg kort drøfte hvilke følger brudd på pliktene kan få.

1.2 Avgrensning og definisjoner

Av hensyn til omfanget er artikkelens innhold begrenset til kommunens plikt til å undersøke hvordan klimaendringer kan innvirke på planobjektet. Begrensningen til kommunenivået skyldes at de fleste beslutninger i arealdisponeringen faktisk tas på dette nivået. (Som jeg vil komme tilbake til nedenfor kan riktignok beslutninger fra andre nivåer innvirke på kommunens plikt.³ Jeg går ikke nærmere inn på arbeidet med de ikke-kommunale beslutningene.) Dessuten omhandler artikkelen bare plikten til undersøkelse, og krav dens til grundighet. Detaljer om *hvordan* slike undersøkelser skal utføres, hva *resultatet* skal inneholde, og hvorvidt kommunen har plikt til å *handle* på en bestemt måte grunnet forventede endringer faller utenfor artikkelens rammer.

³ Jf. eksempelvis punkt 3.1.2 nedenfor om nasjonale forventninger til regional og kommunal planlegging.

Når det gjelder forståelsen av klima og klimaendringer, samt potensialet for tilpasning gjennom arealplanlegging, baserer jeg meg i hovedsak på rapporten fra Tilpasningsutvalget og dens underlagsdokumenter. Med *klima* menes dermed systematiserte observasjoner av vær over en lengre tidsperiode, vanligvis 30 år.⁴ *Klimaendringer* er følgelig forskjeller mellom slike sett med observasjoner.

Basert på observasjoner og modeller for videre utvikling mener klimaforskere at den globale middeltemperaturen er i ferd med å stige.⁵ Mulige effekter av slike endringer i middeltemperatur er mange og varierte. Hvis man begrenser perspektivet til arealplanlegging i Norge, mener ekspertene at det særlig er fire relevante konsekvenser, nemlig økende hyppighet av elveflom, skred og overvann i urbane områder, samt havnivåstigning.⁶ Når jeg i det følgende henviser til konsekvenser av klimaendringer, er det slike negative, potensielt skadevoldende effekter jeg sikter til.⁷

I arbeidet med tilpasning til klimaendringer støter man før eller siden på spørsmålet om behovet (og i så fall muligheten) for et skille mellom

⁴ NOU 2010: 10, 39.

⁵ NOU 2010: 10, 15.

⁶ Inger-Lise Saglie og Kjell Harvold, «Arealplanlegging», i *Ansvar og virkemidler ved tilpasning til klimaendringer*, Kjell Harvold (red.), (Samarbeidsrapport NIBR/CICERO/NIVA/TØI, 2010), (http://www.regjeringen.no/Upload/MD/Vedlegg/Klima/Klimatilpasning/underlagsrapporter/ciens_rapport.pdf), 30.

⁷ Her avviker jeg litt fra definisjonen i Tilpasningsutvalgets rapport, siden denne også inkluderer positive endringer som mindre behov for oppvarming, lengre vekstsesong mv. Jeg mener det er minst to gode grunner til å behandle positive og negative effekter separat. Den ene er at de to kategoriene som oftest har liten gjensidig relevans: Lavere oppvarmingsbehov kan eksempelvis ikke nøytralisere en skredrisiko. For det andre antar jeg at kravet om tilpasning i form av å hindre skade er sterkere enn kravet om tilpasning i form av å fremme positive effekter. En nærmere drøftelse av denne forskjellen går jeg imidlertid ikke inn på her.

hendelser og effekter knyttet til klimaendringer, og de som skyldes naturlig klimavariabilitet.⁸ I enkelte tilfeller mener forskere allerede å kunne skille mellom «menneskeskapte» og andre ekstremværhendelser.⁹ Etterfølgende analyser av den typen er imidlertid utilstrekkelige hvis målet er å rette tiltak bare mot menneskeskapte klimaendringer, og ikke naturlig forekommende variasjon.

På den annen side er det vanskelig å forestille seg tiltak som bare beskytter mot visse flommer, og ikke andre av samme omfang og art. Skillet synes dermed lite hensiktsmessig, og jeg ser ingen grunn til å forfølge det videre her. Det sentrale poenget er om planmyndigheten tar hensyn til den *forventede økning* av de fire nevnte effekter, uavhengig av om den enkelte hendelse skyldes naturlig variasjon eller klimaendringer.

Nok en viktig klargjøring vedrørende forståelsen av samfunnets tilpasning til klimaendringer er skillet mellom *proaktive* tiltak («ex ante», før hendelsen) og *reaktive* tiltak («ex post», etter hendelsen). I denne sammenheng har skillet betydning for hva som er gjenstand for kommunens undersøkelse. Jeg anser klimatilpasning gjennom arealdisponering som en primært proaktiv øvelse – altså noe som gjøres før en hendelse inntreffer. Dessuten inneholder uttrykket tilpasning etter min mening et fremoverskuende aspekt, i den forstand at det er noe man gjør med tanke på kommende hendelser.¹⁰

⁸ NOU 2010: 10, 237.

⁹ Thomas C. Peterson, Peter A. Stott, Stephanie Herring: «Explaining Extreme Events of 2011 from a Climate Perspective» i *Bulletin of the American Meteorological Society*, 2012, 1041–1067, (doi: <http://dx.doi.org/10.1175/BAMS-D-12-00021.1>), 1063.

¹⁰ Riktignok kan man tilpasse seg til en ny normaltilstand som allerede har inntrådt, men det er likevel med tanke på fremtiden. Motsetningsvis vil en «ren» etterhåndsreaksjon uten tanke på fremtiden (reparasjon av skadet bygning på nøyaktig samme sted og måte) vanskelig kunne kalles tilpasning.

Endelig bygger min forståelse på aspekter ved klimaendringer som fenomen. *Hendelsen* man søker å tilpasse samfunnet til, er endringen i klimaet, siden denne endringen antas å ville medføre større hyppighet av bestemte negative effekter. Denne hendelsen er gradvis og langvarig, og kan dermed ikke tidfestes til et enkelt tidspunkt. I utgangspunktet kan man si at hendelsen allerede har startet, siden den globale gjennomsnittstemperaturen er høyere nå enn i førindustriell tid. Forskere har som nevnt også begynt å identifisere ekstremvær forårsaket av endringen. Samtidig er det forventet at endringen vil vedvare lenge, og dagens tilpasning vil følgelig ikke kunne regnes som «ren» ex post. I denne artikkelen viser uttrykket tilpasning derfor til proaktive tiltak.

2. Klimatilpasning som faktor i arealplanlegging

Dette kapitlet utdyper svaret på det innledende spørsmålet om hvorvidt klimatilpasning er relevant i arbeidet med arealplanlegging. Svaret følger dels av lovens ordlyd, dels av forarbeidene. Dessuten er det forutsatt i andre lover og diverse relevante dokumenter, som NOU'en om klimatilpasning¹¹ og veiledere knyttet til planarbeidet. Konklusjonen er neppe særlig kontroversiell: Potensielle effekter av klimaendringer er en relevant og potensielt avgjørende faktor for arealdisponering, og må således undersøkes og vurderes. Lovteksten mangler imidlertid en fullstendig og utvetydig anvisning om klimatilpasning. Jeg vil derfor kort underbygge påstanden, før jeg i neste kapittel går over til å drøfte hvilke konkrete undersøkelsesplikter dette medfører for kommunen.

¹¹ NOU 2010: 10.

2.1 Plan- og bygningsloven med forarbeider og teori

Spørsmålet er altså om kommunen ved areal-disponering skal ta hensyn til konsekvenser av klimaendringer. Den overordnede kilden til planregimets tiltenkte funksjon og innhold er plan- og bygningslovens¹² egen formålsparagraf. Formålet skal legges til grunn ved planlegging og vedtak etter loven. For klimatilpasning er det første ledd som er mest relevant: Der oppstilles at loven skal fremme bærekraftig utvikling «til beste for den enkelte, samfunnet og framtidige generasjoner».¹³ Uttrykket bærekraftig utvikling er et vidt begrep¹⁴, og vil formodentlig også omfatte klimatilpasning. Siden dette alene ikke avgjør kommunens plikt, unnlater jeg å gå nærmere inn på spørsmålet om bærekraftig utviklingsformålrets rekkevidde. Poenget å ta med seg fra formålsparagrafen er den omfattende målgruppen («samfunnet»), og det lange tidsperspektivet («framtidige generasjoner»).

Loven regulerer både arealplanlegging og byggesaksbehandling. For planleggingens del suppleres formålsparagrafen av § 3-1, som angir såkalte oppgaver og hensyn planmyndighetene skal følge opp. Det tematiske spennet mellom oppgavene i paragrafens første ledd er stort, fra sikring av naturgrunnlaget for samisk kultur og næringsliv, via kriminalitetsforebygging, til verdiskaping og samfunnssikkerhet. I denne sammenheng er det særlig to av punktene som er aktuelle, nemlig de som er angitt under bokstav g og h.

Pbl. § 3-1 (1) bokstav g krever at planmyndighetene skal «ta klimahensyn gjennom løsnin-ger for energiforsyning og transport». Ved før-

ste øyekast kan det virke som om dette punktet bare er knyttet til målet om å redusere utslipp av klimagasser: Transport og energibruk er jo sterke bidragsyttere til utslippsproblematikken. Imidlertid viser forarbeidene at oppgaven favner videre: Departementet fremhever at planlegging er et «viktig virkemiddel for å ta hensyn til og motvirke klimaendringer».¹⁵ Blant annet innebærer dette etter departementets mening å gjennomføre sårbarhetsanalyser og lage beredskapsplaner, samt å hindre at utsatte områder blir bebygget. Disse oppgavene knyttes sammen med kommunens ansvar for at innbyggerne blir ivaretatt ved ekstremværhendelser.¹⁶

I kommentarutgaven av pbl. redigert av Frode Innjord drøftes først og fremst den utslippsreducerende siden av oppgaven i punktet.¹⁷ Det er verdt å merke seg poenget som trekkes frem om at uavhengig av denne bestemmelsen, vil hensynet til slik utslippsreduksjon være «blant de hensyn som har generell relevans på tvers av forvaltningssektorene, og som forvaltningen vil ha adgang – og til dels plikt – til å legge vekt på i beslutningsprosessene».¹⁸ Innjord viser som begrunnelse til Grunnlovens § 110 b og Lunner Pukkverk-dommen, samt plan- og bygningslovens egen formålsparagraf om bærekraftig utvikling. I hvilken grad dette også vil gjelde for tilpasning vil formodentlig avhenge av hvordan man forstår tilpasning. Siden utslipp av (poten-

¹⁵ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen), (<http://www.regjeringen.no/pages/2050963/PDFS/OTP200720080032000DDPDFS.pdf>), 180 (min utheving).

¹⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), 180.

¹⁷ Frode A. Innjord (red.), *Plan- og bygningsloven med kommentarer*, bind 1, plandelen (Oslo, Gyldendal akademisk, 2010), 56–57. Motsatt utgangspunkt synes forfektet av Odd Jarl Pedersen m.fl., *Plan- og bygningsrett, del 1, planlegging og ekspropriasjon*, 2. utg. (Oslo, Universitetsforlaget, 2010), 100–101, nemlig at utslippsreduksjon bare er et underpunkt av det mer omfattende «klimahensynet».

¹⁸ Innjord (2010), 57.

¹² Lov 26. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven, pbl.).

¹³ pbl. § 1-1 (1).

¹⁴ Se eksempelvis Markus Jerkø, «Det norske formålet "bærekraftig utvikling"», i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2009, 354–387.

sielt) skadelige gasser uansett er et mer snevert emne med sterkere historie for lovregulering, vil jeg være forsiktig med å uforbeholdent benytte Innjords standpunkt også på tilpasningssiden av bokstav g. En slik alminnelig plikt må i så fall gjelde en nærmere definert og avgrenset del av tilpasningsoppgaven, siden den kan tolkes svært omfattende.

Det andre konkrete punktet som er relevant i denne sammenheng, er bokstav h. Etter dette skal planmyndighetene «fremme samfunnssikkerhet ved å forebygge risiko for tap av liv, skade på helse, miljø og viktig infrastruktur, materielle verdier mv.»¹⁹ Lovteksten setter ingen grenser for hvilke trusler som er relevante. Oppgaven gjelder dermed i utgangspunktet enhver fare som truer, herunder klimaendringsrelaterte effekter eller andre hendelser i naturmiljøet. Uttrykket samfunnssikkerhet medfører neppe heller noen begrensning av hvilke type farer planlegging skal beskytte mot – eksempelvis at bare trusler mot samfunnet som helhet skulle motvirkes.

Vedrørende forståelsen av begrepet samfunnssikkerhet viser forarbeidene til en stortingsmelding²⁰ hvor uttrykket ble definert som «samfunnets evne til å opprettholde viktige samfunnsfunksjoner og ivareta borgernes liv, helse og grunnleggende behov under ulike former for påkjenninger».²¹ Relevante konsekvenser av klimaendringer (elveflom, overvann, havnivåstigning og skred) har klart potensiale til å innvirke på samfunnets evne til å ivareta borgernes liv,

helse og grunnleggende behov. Derfor vil kontroll med og eventuell motvirking av disse være relevant under utøvelsen av oppgaven. Forarbeidene påpeker videre at planer og utbygging «skal bidra til den enkeltes trygghet for liv, helse og eiendom.»²² Dette trekker også i retning av at klimatilpasning er et relevant hensyn i arealplanleggingen.

Som det ovenstående viser er det klare holdpunkter i lov og forarbeider for at konsekvenser av klimaendringer er ment å være et relevant moment for kommunens arealplanlegging. Tidvis kan det sågar være et element som krever tiltak – eksempelvis for å beskytte borgernes liv, helse eller materielle verdier mot ekstremvær. Neste avsnitt viser kort hvordan andre lover og relevante dokumenter underbygger samme konklusjon.

2.2 Andre lover, veiledere mv.

Ved siden av plan- og bygningsloven er det særlig to andre lover hvor det forutsettes at potensielle farer og trusler knyttet til klimaendringer håndteres av kommunen. Dette gjelder naturskadeloven²³ og sivilbeskyttelsesloven²⁴. Dessuten følger det samme av veiledere og andre dokumenter som ikke har formell rettslig status, men som kan indikere forvaltningspraksis eller rett og slett ha gode argumenter (reelle hensyn, systembetraktninger) om hvordan ordningen er eller bør være.

Naturskadeloven gjelder primært etableringen av ordningen Statens naturskadefond, og regler for erstatning fra fondet. I tillegg oppstiller loven plikt til forebyggende tiltak. Hovedregelen følger av § 20: «Kommunen plikter å treffe for-

¹⁹ pbl § 3-1 (1) h).

²⁰ St.meld. nr. 17 (2001-2002) Samfunnssikkerhet – veien til et mindre sårbart samfunn (<http://www.regjeringen.no/Rpub/STM/20012002/017/PDFA/STM200120020017000DDDPDFA.pdf>), 4.

²¹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), 180. Uttrykket «viktige samfunnsfunksjoner» er i seg selv verdt en drøftelse, men plass og problemstilling utelukker det i denne sammenheng. Se for øvrig Erik Furevik, *Sivilbeskyttelsesloven – en praktisk og juridisk veileder*, (Oslo, Universitetsforlaget, 2012), 32–33.

²² Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), 181.

²³ Lov 25. mars 1994 nr. 7 om sikring mot og erstatning for naturskader (naturskadeloven, natskl.).

²⁴ Lov 25. juni 2010 nr. 45 om kommunal beredskapsplikt, sivile beskyttelsestiltak og Sivilforsvaret (sivilbeskyttelsesloven, sivbl.).

holdsregler mot naturskader slik som bestemt i plan- og bygningsloven §§ 11-8 tredje ledd bokstav a og 28-1, samt ved nødvendige sikringstiltak.» Henvisningene til plan- og bygningsloven går til reglene om hensynssoner og krav til byggegrunn.²⁵ Naturskadeloven viser dermed uttrykkelig at forebygging av naturskader er en del av kommunens ansvar etter plan- og bygningsloven. Som nevnt ovenfor gir det ved forebygging lite mening å differensiere mellom naturskader på grunnlag av årsak (eksempelvis mellom naturlige og menneskeskapt farer). Regelen må dermed også gjelde forventede klimaendringer.

Sivilbeskyttelsesloven gjelder blant annet kommunens plikt til beredskapsarbeid. De sentrale kravene i denne sammenheng er at kommunen skal gjennomføre en helhetlig risiko- og sårbarhetsanalyse («ROS-analyse»), og utarbeide og øve på gjennomføringen av en beredskapsplan.²⁶ Ved siden av å være grunnlag for beredskapsarbeidet fastsetter lovens § 14 (2) at ROS-analysen skal legges til grunn for kommunens planarbeid etter plan- og bygningsloven.

Spørsmålet er derfor om ROS-analysen også vil omfatte de forventede klimaendringene. Etter loven skal analysen kartlegge hvilke «uønskede hendelser» som kan inntreffe i kommunen. Uttrykket er definert i § 3 a), og skal forstås som «hendelser som avviker fra det normale, og som har medført eller kan medføre tap av liv eller skade på helse, miljø og materielle verdier.» Dette er en bevisst vid definisjon som legger opp til at analysen skal favne mange typer hendelser.²⁷

²⁵ Naturskadeloven er eldre enn dagens plan- og bygningslov. Tidligere henviste regelen til pbl. 1985 §§ 25 (1) nr. 5 og 68 om henholdsvis *reguleringsformål* og krav til byggegrunn.

²⁶ sivbl. §§ 14 og 15.

²⁷ Prop. 91 L (2009-2010). Lov om kommunal beredskapsplikt, sivile beskyttelsestiltak og Sivilforsvaret (sivilbeskyttelsesloven), (<http://www.regjeringen.no/pages/2477428/PDFS/PRP200920100091000DDDPDFS.pdf>), 79. Departementet nevner som eksempler på uønskede

Omfanget av analysen er heller ikke tidsmessig begrenset. Ventede effekter av klimaendringer må derfor regnes innenfor rammen av hva som skal undersøkes, og dermed også bli en del av grunnlaget for arealplanlegging.

I tillegg til disse lovfestede forutsetninger om å inkludere klimaendringer i planarbeidet, er det en rekke offisielle dokumenter (rapporter, veiledere, brev mv.) som bygger på samme forståelse. Her nevnes bare to av de mest sentrale. I rapporten fra Tilpasningsutvalget, NOU 2010: 10, trakk utvalget særlig frem arealplanlegging som et viktig verktøy for å tilpasse samfunnet.²⁸ Likeledes har Klimatilpasningssekretariatet i 2012 laget en veileder, primært med henvisning til planlegging etter plan- og bygningsloven, om hvordan klimatilpasning kan integreres på kommunalt og regionalt nivå.²⁹

Henvisningene fra andre lover og relevante dokumenter støtter konklusjonen om innholdet av plan- og bygningsloven: Konsekvenser av klimaendringer og muligheter for tilpasning er et relevant og tidvis påkrevd hensyn ved arealplanlegging. Hensynet kan umulig få noen praktisk relevans uten en viss kjennskap til forventede endringer. I følgende kapittel går jeg derfor over til å drøfte når og hvor grundig kommunene må undersøke hvilke effekter klimaendringer kan medføre.

hendelser «ekstreme værforhold, ras, flom, dambrudd, fjellskred, akutt forurensning, atomulykker mv.» Furevik (2012, 67) påpeker at definisjonen ikke setter noe krav om at hendelsen skal være større eller «vesentlig».

²⁸ NOU 2010: 10, 17.

²⁹ Klimatilpasningssekretariatet (Direktoratet for samfunnsikkerhet og beredskap (DSB), Miljøverndepartementet og Justisdepartementet). *Klimatilpasning veileder*. (Tre deler: 1:Hva bør du vite, 2: Fra plan til tiltak, 3: Verktøy) (Tønsberg, august 2012), (<http://www.regjeringen.no/nb/dep/md/kampanjer/klimatilpasning-norge-2/veileder-til-klimatilpasning.html?id=614277>).

3. Krav til undersøkelse av mulige klimaendringer

En nødvendig forutsetning for å kunne ta hensyn er informasjon om fenomenet man forventes å ta hensyn til. Informasjon om lokale effekter av klimaendringer krever vanligvis en viss innsats. Dette kapitlet behandler derfor spørsmålet om kommunene har ansvar for å skaffe denne informasjonen – altså om det foreligger en prosessuell plikt til undersøkelse av klimaendringer.

Gjennomgangen i dette kapittel er delt i fire. Jeg tar utgangspunkt i felles, grunnleggende krav til forvaltningens saksbehandling generelt og arealforvaltningen spesielt (punkt 3.1). I punkt 3.2 drøfter jeg kravene ved utarbeidelse av planprogram, siden dette verktøyet legger grunnlaget for mange av de andre planene jeg drøfter i avsnitt 3.3. Til slutt nevner jeg kort krav til dokumentasjon.

3.1 Grunnleggende utredningskrav

3.1.1 Alminnelig plikt til saksopplysning

Arealplanlegging er underlagt forvaltningsloven og alminnelige normer for offentlig virksomhet med de særbestemmelser som følger av plan- og bygningsloven.³⁰ Sentralt i denne sammenheng er kriterier for saksopplysning: Hva kreves av planmyndigheten med tanke på undersøkelser av faktiske forhold? Forvaltningslovens krav til utredning fremgår av §§ 17 og 37 (henholdsvis i kapitlene om enkeltvedtak og forskrifter). I begge tilfeller fastsetter loven at forvaltningsorganet har plikt til å «påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». Hovedforskjellen mellom de to typene vedtak består i plikten (og den faktiske muligheten) til å involvere berørte parter.

Forvaltningslovens kategorier enkeltvedtak og forskrifter synes i noen tilfeller vanskelige å

overføre direkte til plan- og bygningsloven. Reguleringsplaner har klare trekk av enkeltvedtak, men er likevel eksplisitt underlagt klageadgang³¹ (som tilsynelatende ville vært overflødig hvis avgjørelsene likevel falt inn under reglene om klager på enkeltvedtak i fvl. § 28). I teorien er det uttalt at reguleringsplaner «iallfall delvis utgjør en forskrift».³² Tidligere var det også uenighet om kommuneplanens arealdel var å anse som enkeltvedtak eller forskrift. Nå er det imidlertid utvetydig slått fast i forarbeidene at kommuneplanens arealdel (sammen med statlige og regionale planbestemmelser) er forskrifter. Reguleringsplan og midlertidige forbud mot tiltak er enkeltvedtak. For øvrig er (plandelens) vedtak å regne som prosessledende beslutninger.³³

Uansett hvordan plan- og bygningslovens avgjørelser kategoriseres, gir de likelydende lovreglene uttrykk for en allmenn norm. Utgangspunktet er at forvaltningen skal sørge for å avklare det faktiske grunnlaget for avgjørelsen. Spørsmålet er så hvor langt denne plikten går – for nærværende tema; hvor nøye kommunen må undersøke mulige klimaendringer. Lovens ordlyd antyder en omfattende plikt («så godt opplyst som mulig»), men uten nærmere holdpunkter kan ikke dette forstås bokstavelig. Kravet til hvor grundig utredningen skal være må blant annet avveies mot hensynet til tidsbruk, betydning for partene, organets organisering og økonomi og så videre.³⁴

Plan- og bygningsloven har dessuten egne fellesregler som påvirker rekkevidden av utredningsplikten. Nasjonale forventninger og planstrategi omtales i egne avsnitt nedenfor. I tillegg inneholder lovens § 3-1 (ved siden av de nevnte oppgavene) en del generelle hensyn og prinsip-

³¹ pbl. § 12-12 (3).

³² Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave (Oslo, Universitetsforlaget, 2010), 491.

³³ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), 176.

³⁴ Eckhoff og Smith (2010), 286–287.

³⁰ Se pbl. § 1-9 og lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven, fvl.) § 1.

per som skal ivaretas. Mest relevant i denne sammenheng er at planarbeidet kun skal være så omfattende som nødvendig.³⁵ Dette innebærer blant annet at arbeidet må bygge på reelle økonomiske og andre ressursmessige forutsetninger for gjennomføring, slik at det ikke planlegges bare for planleggingens skyld. Nødvendighetskriteriet er i forarbeidene eksemplifisert med konfliktpotensiale – jo større mulighet for konflikt, dess mer omfattende bør planen være.³⁶

Målet om å unngå unødvendig planlegging vil i hovedsak virke som en begrensning av plikten til å utrede mulige klimaendringer: Undersøkelser skal bare være så omfattende som det er nødvendig for å få gjennomført planen på riktig måte. (Samtidig skal planen bare være så ambisiøs at det er mulig å få den gjennomført.) Siden klimaendringer og ventede effekter er omfattende emner, vil man lett kunne bruke mer ressurser på å undersøke dem enn hva som strengt tatt er nødvendig for å gjennomføre planen.

I resten av kapitlet drøftes hvor grundig undersøkelsen skal være i de ulike stadiene av planleggingen. På kommunenivået er de sentrale verktøyene planstrategi, planprogram, kommuneplanens samfunnsdel og arealdel, reguleringsplan, samt byggetillatelse.³⁷ Noen av planverktøyene er grundigere regulert enn andre, både vedrørende prosess og resultat. Problemstillingen er i denne omgang begrenset til prosessuelle krav. I mangel av spesifikke regler for prosess, mener jeg det er hensiktsmessig å se hen til hvilke krav som stilles til det materielle innhold. Som nevnt innledningsvis er informasjon en nødvendig forutsetning for å kunne ta hensyn. Hvis

planmyndigheten har ansvar for å klarlegge det faktiske grunnlaget for en avgjørelse, og et materielt krav til avgjørelsen er at det tas hensyn til klimaeffekter, er det nærliggende å anta at dette også medfører en viss plikt til utredning.

3.1.2 Nasjonale forventninger, § 6-1

I henhold til pbl. § 6-1 skal nasjonale planmyndigheter hvert fjerde år lage et dokument med forventninger til regional og kommunal planlegging. Innholdet er formelt sett bare veiledende for kommuner («skal følges opp»), men vil i praksis kunne ha betydelig innvirkning, blant annet gjennom statlige innsigelser til planer i strid med forventningene.

Gjeldende forventninger³⁸ ble vedtatt i 2011, som grunnlag for regional og kommunal planlegging etter valget samme år. Dokumentet dekker et bredt spekter emner, herunder energi og klima. Når det gjelder tilpasning til klimaendringer, er regjeringens eneste spesifikke forventning at

... kommunene kartlegger områder som er sårbare for klimaendringer og utarbeider risiko- og sårbarhetsanalyser som vurderer konsekvenser av klimaendringer. Det vises stor aktsomhet med å planlegge for utbygging i fareområder og andre områder som kan berøres negativt av klimaendringer. Det legges vekt på å redusere faren for tap av menneskeliv, samt forebygge skader på bygninger, infrastruktur, natur, kulturmiljøer og kulturminner.³⁹

Forventningen tilsvarer den plikt som allerede følger av loven, både med hensyn til undersøkelse av farer, restriksjoner for utbygging i om-

³⁵ pbl. § 3-1 (3).

³⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), 181.

³⁷ Det kan diskuteres om byggetillatelse strengt tatt er en del av planarbeidet, men jeg har valgt å ta med også denne vedtakstypen siden det er nær funksjonell sammenheng mellom planlegging og byggetillatelse – både generelt, og når det gjelder klimatilpasning.

³⁸ Nasjonale forventninger til regional og kommunal planlegging, vedtatt ved kongelig resolusjon 24. juni 2011, T-1497, (<http://www.regjeringen.no/pages/16723462/T-1497.pdf>).

³⁹ T-1497, 14.

råder preget av farer eller ulemper, og mål om beskyttelse av liv, helse og så videre.⁴⁰ For denne artikkelens del er det derfor unødvendig å gå nærmere inn på hvilken selvstendig betydning den nasjonale forventning har. Imidlertid er det verdt å notere seg at også regjeringen trekker frem klimatilpasning som en sentral oppgave for kommunenes planarbeid.

3.1.3 Planstrategi, pbl. § 10-1

Planstrategi er en metode for å effektivisere det videre planarbeidet, og er således ikke en egen plantype.⁴¹ Ordningen ble innført med 2008-loven.⁴² Meningen er at kommunestyret skal vurdere hvilke behov det er for planlegging i kommunen i tiden fremover, og deretter lage en strategi for oppfylging av behovene. Tidsmessig er kravet at kommunen skal gjennomføre arbeidet med en planstrategi (minst) én gang hver valgperiode, og senest ett år etter konstituering.⁴³ Ordningen med fireåring syklus er kun et minstekrav – kommunestyret kan utarbeide en ny strategi når som helst.

Så til spørsmålet om hvor nøye mulige konsekvenser av klimaendringer skal undersøkes som del av arbeidet med planstrategien. Det konkrete formålet med planstrategien følger av paragrafens tredje avsnitt: Ved behandlingen skal kommunestyret avgjøre om hele eller deler av gjeldende kommuneplan skal revideres, og om det er behov for å igangsette arbeid med nye planer.⁴⁴ Vurderingen av gjeldende planer er det eneste kravet til strategiens innhold.

Loven gir ingen direkte føringer for utredningsprosessen. Som grunnlag for vurderingen

oppgir imidlertid lovteksten en del retningslinjer i første ledd, andre punktum, nemlig at planstrategien «bør» inneholde en drøfting av «kommunens strategiske valg knyttet til samfunnsutvikling, herunder langsiktig arealbruk, miljøutfordringer ...».⁴⁵ Ordlyden tyder på at dette ikke er absolutte krav. (Forarbeidene bruker riktignok formuleringen «skal»⁴⁶, men her må formodentlig lovteksten veie tyngst.) Videre følger det av ordet «herunder» at listen for hvilke deler av samfunnsutviklingen strategien kan omhandle ikke er uttømmende ment.⁴⁷

Endringer i naturmiljøet, eksempelvis forårsaket av klimaendringer, nevnes ikke eksplisitt. Koblingen mellom langsiktig arealbruk og miljøutfordringer gir imidlertid god foranledning til å ta opp emnet. Departementets omtale av begrepet miljøutfordringer nevner «utslipp av klimagasser, støy og lokal luftforurensning, avfall og energiforbruk, biologisk mangfold og kultur og kulturminner»⁴⁸, men heller ikke dette kan anses å være en absolutt avgrensning.

Kravene til innholdet av en strategi må trolig sees i sammenheng med de nasjonale forventningene til regional og kommunal planlegging⁴⁹, og andre relevante signaler fra sentrale myndigheter, eksempelvis veiledere. Klimatilpasningssekretariatet påpeker at planstrategien kan være et egnet medium for å signalisere behov for nye utredninger av områder tidligere lagt ut til bebyggelse, men som grunnet klimaendringene kanskje ikke egner seg til dette lenger.⁵⁰

Likevel kan det nok ikke stilles noe rettslig krav om at klimaendringer vurderes i arbeidet med planstrategien. Siden strategien ikke er

⁴⁰ Se bl.a. pbl. §§ 3-1, 4-3 og 28-1, samt resten av denne artikkelen.

⁴¹ Innjord (2010), 191.

⁴² Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), 207.

⁴³ Plandelen av den nye plan- og bygningsloven trådte i kraft før kommunevalget i 2011, og således skal alle kommuner ha laget en slik strategi senest høsten 2012.

⁴⁴ pbl. § 10-1 (3).

⁴⁵ pbl. § 10-1 (1) (2).

⁴⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), 206.

⁴⁷ Innjord (2010), 192.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), 206.

⁴⁹ Innjord (2010), 191.

⁵⁰ Klimatilpasningssekretariatet (2012) Del 2: Fra plan til tiltak, 4.

formelt bindende hverken for private⁵¹ eller for kommunen⁵² får det neppe stor betydning uansett. Hvorvidt klimaendringer er vurdert i planstrategien kan imidlertid være et relevant argument for hvilken plikt som påhviler kommunen i senere planarbeid.

3.2 Krav ved utarbeidelse av planprogram, pbl. § 4-1

Planprogrammet er et planverktøy som i stor grad ligner planstrategien.⁵³ Kravet til planprogram svarer omtrent til kravet om konsekvensutredning – det dreier seg om planer av en viss størrelse, som oftest med rammer for utbygging. Regionale planer og reguleringsplaner som kan ha vesentlige virkninger for miljø og samfunn omfattes alltid av begge ordninger. Kommunale planer omfattes alltid av krav til planprogram, og av krav til konsekvensutredning hvis den inneholder rammer for utbygging.⁵⁴ Andelen kommuneplaner uten rammer for utbygging er formodentlig lav, så i praksis vil de stort sett sammenfalle.

Reglene om planprogram finnes i pbl. § 4-1, og gjelder altså alle regionale og kommunale planer, samt reguleringsplaner som kan ha vesentlige virkninger for miljø og samfunn. Forslag til planprogram skal sendes ut på høring og gjøres tilgjengelig for offentligheten samtidig med varsel om planoppstart (§ 11-12 (2)). Kravene til innhold fremgår av § 4-1 (2): Planprogrammet skal inneholde opplysninger om planarbeidets formål, en beskrivelse av prosessen, inkludert frister og deltakere, muligheter for medvirkning

(spesielt med hensyn til grupper som antas å bli særlig berørt), hvilke alternativer som vil bli vurdert og behovet for utredninger.

Innholdskravet til planprogram er følgelig rettet mot de prosessuelle sidene av den senere planleggingen, særlig ønsket om medvirkning fra berørte offentlige instanser og private. Likevel vil kommunen ved utarbeidning av planprogram være nødt til å vurdere om klimaendringer kan få innvirkning på innholdet i planen, siden programmet også skal angi behovet for utredninger.

Spørsmålet er hvor grundig klimaendringer skal utredes i dette arbeidet. Lovens ordlyd er at planprogrammet skal «gjøre rede for» behovet for utredninger.⁵⁵ Det behøves ikke særlig mye informasjon om mulige konsekvenser for å fastslå hvorvidt det er nødvendig å utrede videre. Minstekravet må formodentlig være at planprogrammet kan gi en anvisning på *hvilken farekilde* som skal undersøkes videre, og *hvorfor*. Skal kommunen eksempelvis legge inn et nytt boligfelt i planen, kreves relativt lite informasjon om mulige klimarelaterte naturfarer før behovet for en videre utredning kan fastslås. Kommunen behøver dermed ikke gjøre særlig grundige undersøkelser i forbindelse med selve planprogrammet. Her kommer begrensningsplikten etter § 3-1 inn.

Det ville faktisk være mer påfallende om kommunen kom frem til at det *ikke* var behov for videre utredning av klimarelaterte konsekvenser i et nytt byggeområde. Et slikt resultat ville derfor trolig måtte begrunnes bedre enn det motsatte, og dermed også fremtvinge grundigere undersøkelser. Men det er på ingen måte et utenkelig scenario: Hvis området er godt kjent, og man har pålitelig informasjon om de relevante trusler, kan kommunen godt komme til at en ytterligere utredning vil være overflødig.

Konklusjonen med hensyn til planprogram

⁵¹ Innjord (2010), 193.

⁵² Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), 206.

⁵³ I praksis kan behandling av planstrategi og planprogram for kommuneplan slås sammen, jf. § 10-1 (4). Eksempelvis kan planstrategien gis et innhold som også oppfyller kravene til planprogram, jf. Innjord (2010), 195. Dette forutsetter imidlertid at prosessen også oppfyller de særskilte bestemmelsene for planprogram.

⁵⁴ pbl. §§ 4-1 og 4-2.

⁵⁵ pbl. § 4-1.

er dermed at kommunen må undersøke klimaendringers mulige påvirkning av den påtenkte plan grundig nok til å avgjøre behov for videre undersøkelser. Hvis man kommer frem til at ytterligere informasjon er påkrevd, er det unødvendig med grundige undersøkelser på dette stadiet. Antar derimot kommunen at det ikke vil være behov for videre utredning, bør dette underbygges med betryggende undersøkelser og vurderinger.

3.3 Krav til undersøkelser ved planer og vedtak

3.3.1 *Kommuneplanens samfunnsdel, pbl. § 11-2*

Jeg går så over til prosessen med utarbeidelse av kommuneplanen. Som kjent skal kommunen ha en samlet kommuneplan bestående av samfunnsdel og arealdel.⁵⁶ Samfunnsdelen er primært et styringsverktøy for kommunen (jf. §§ 11-2 og 11-3), og er derfor ikke direkte bindende for private. Samfunnsdelen har likevel sentral betydning for arealdisponeringen, siden den skal legges til grunn ved utarbeidningen av arealdelen. Spørsmålet er om, og i så fall hvor grundig, kommunen må undersøke følger av klimaendringer i arbeidet med samfunnsdelen.

Plan- og bygningslovens prosesskrav til samfunnsdelen gjelder krav til varsel, høring osv., og gir ingen spesielle føringer for utredning og undersøkelser. Imidlertid kan krav til innhold av den ferdige planen kaste lys over hva kommunen forutsettes å ha undersøkt i planarbeidet.⁵⁷ Innholdskrav til kommuneplanens samfunnsdel følger av § 11-2 (1). Gjennom planen skal kommunen vurdere «langsiktige utfordringer, mål og strategier for kommunesamfunnet som helhet og kommunen som organisasjon.» Det gis altså ingen spesifikke føringer for vurdering av miljø-

messige trusler generelt eller klimarelaterte farer spesielt.

Omtrent som med planprogrammet vil formodentlig svaret på spørsmålet være at kommunen i alle fall har plikt til å gjøre en vurdering av om klimaendringer vil kunne utgjøre en «langsiktig utfordring» for kommunen som samfunn eller organisasjon. Finner kommunen at klimaet er en relevant langsiktig utfordring, følger det også en plikt til å drøfte mål og strategier knyttet til den. Er derimot kommunen overbevist om at tilgjengelig informasjon om mulige klimaendringer ikke gir grunn til bekymring, kan resultatet teoretisk være at temaet kan forbigås fullstendig. Imidlertid er klimaeffekter forventet de fleste steder, og usikkerhet forbundet med fremskrivninger gjør dem vanskelige å utelukke. Dermed er det neppe særlig praktisk å komme til en slik konklusjon. Uansett måtte den formodentlig følges av en grundig redegjørelse for hvorfor kommunen har konkludert som den har gjort. Og det vil jo i seg selv medføre behov for en grundig undersøkelse.

For øvrig skal samfunnsdelen være retningsgivende for sektorenes virksomhet. I loven er denne funksjonen ikke tematisk avgrenset, men forarbeidene nevner at det blant annet bør kunne gis retningslinjer om «miljømessige utfordringer, vurdering av fysiske konsekvenser for planens utviklings- og vernestrategier, [og] grunnlag for arealplan».⁵⁸

Uttrykket miljømessige utfordringer ligner det som brukes i regelen om planstrategi (miljøutfordringer, se § 10-1). Sistnevnte eksemplifiseres i forarbeidene med noe mer konkrete og direkte problemer enn klimaendringer. Imidlertid er det ingen grunn til å tolke uttrykkene snevert, siden begge bestemmelsene gjelder planverktøy uten direkte rettsvirkning for private. Det er bedre å få flest mulig potensielle problemer belyst

⁵⁶ pbl. § 11-1.

⁵⁷ Jf. ovenfor under punkt 3.1.1.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), 209.

på disse nivåene, og så heller avveie hensyn og tiltak når man kommer til de konkrete, bindende planene. Begrensningen vil være at en undersøkelse blir så omfattende og/eller hypotetisk at den bryter med prinsippet i § 3-1 (3).

I tillegg til de plikter som følger av loven vil selvsagt krav som er stilt i det enkelte planprogram komme inn her: Har kommunen i planprogrammet forutsatt en grundig undersøkelse av klimaendringer i samfunnsdelen, vil kommunen være nødt til å gjennomføre den bestilte undersøkelsen. Siden kommunen selv vedtar planprogrammet, vil den selv regulere hvilke plikter som påløper.

3.3.2 Kommuneplanens arealdel, pbl. § 11-5

Kommuneplanens arealdel skal vise «sammenhengen mellom framtidig samfunnsutvikling og arealbruk». ⁵⁹ En av funksjonene er å bidra til å oppfylle mål og strategier i samfunnsdelen. Sammenlignet med samfunnsdelen er imidlertid arealdelen strengere og mer detaljert regulert. Hovedgrunnen til dette er at den er bindende for både privat og offentlig virksomhet. Derfor skal arealdelen «angi hovedtrekkene i arealdisponeringen og rammer og betingelser for hvilke nye tiltak og ny arealbruk som kan settes i verk». ⁶⁰ Videre heter det at planen i nødvendig grad skal vise hovedformål og hensynssoner for bruk og vern av arealer.

Spørsmålet er hvor grundig kommunen er nødt til å undersøke hvordan klimaendringer kan påvirke planområdet. Arealdelen er et av de sentrale, konkrete verktøyene for å oppfylle formålet og oppgavene drøftet ovenfor. Som vist er ikke nødvendigvis kravet til grundighet av undersøkelser så stort i alle deler av planarbeidet. For kommuneplanens arealdel vil imidlertid utredningsplikten være noe strengere. Skal kom-

munen oppfylle innholdskravene i planen er den nødt til å vurdere potensielle klimaendringer. ⁶¹

Arealdelen skal altså vise hovedformål (§ 11-7) og hensynssoner (§ 11-8) i nødvendig utstrekning (§ 11-5). Som benevnelsene tilsier, dreier formålene seg primært om hvilken bruk området er tiltenkt, mens hensynssoner skal vise særskilte forhold det må legges vekt på, uavhengig av formål. Forholdet mellom arealformål og hensynssoner kan kanskje virke unødig fragmentert, eksempelvis med at det både er et formål kalt LNFR ⁶² og en hensynssone for landbruk, reindrift og friluftsliv. Bakgrunnen er at de to kategoriene tjener ulike funksjoner, og til dels har ulik opprinnelse. Formålsangivelser er i utgangspunktet opp til kommunen å bestemme, ut fra hva som (innen lovens rammer) finnes hensiktsmessig. Hensynssoner er derimot knyttet til konkrete, eksterne forhold, slik at kommunens skjønn er mindre fremtredende. Ofte gjelder hensynssoner forhold eller beslutninger utenfor kommunens kontroll (eksempelvis målinger av flystøy, geologiske undersøkelser, statlig plan osv).

Denne funksjonelle delingen må imidlertid ikke forstås dithen at kommunen er fritatt fra å undersøke og legge vekt på emner som kan grunngi hensynssoner. Arealformål må i utgangspunktet oppfylle lovens formål og oppgaver. Kommunen kan derfor naturligvis ikke legge ut et område til bebyggelse i visshet om at det er svært rasutsatt. Heller ikke tilføyelse av en hensynssone vil være tilstrekkelig – kommunens valg av formål vil være i strid med oppgaven om samfunnssikkerhet i § 3-1. Derimot vil det kanskje være mulig å avmerke en mindre del av et gitt byggefelt som *potensielt* rasutsatt, med tilhø-

⁵⁹ pbl. § 11-5 (1).

⁶⁰ pbl. § 11-5 (3).

⁶¹ Om materielle krav som retningslinje for utredningsplikt, jf. bl.a. punkt 3.1.1.

⁶² Landbruks-, natur- og friluftformål samt reindrift.

rende retningslinjer for sikring eller bestemmelser om videre undersøkelser.

Arealformål skal altså angi formål for fremtidig arealbruk i tråd med oppgavene kommunen har. For å kunne avgjøre om et område er egnet til fremtidig bebyggelse (eller andre formål), vil kommunen være nødt til å undersøke hvordan klimautviklingen kan eller vil påvirke naturforholdene. Forskning viser at klimaendringer kan medføre at nye områder blir utsatt for flom og skred, og at hendelsene kan inntreffe på uvante tider av året.⁶³ Områder som hittil har vært ansett som trygge, kan i fremtiden bli utsatt. Dette skjerper undersøkelsesplikten ved rullering av planer.

Plikten til selvstendig vurdering og undersøkelse innebærer likevel ikke at kommunen er nødt til å gjennomføre detaljerte undersøkelser for hele arealet. Igjen er det normen i § 3-1 (3) som er relevant: Planleggingen skal begrenses til det som er nødvendig. Det avgjørende for hvor nøye kommunen må undersøke virkningene, er hvilket formål den ønsker å avsette området til. Eksempelvis vil arealer avsatt til grøntområder kreve mindre undersøkelser enn områder som ønskes bebygget, siden grøntområder vil være mye mindre utsatt.

Differensiert utredningsplikt avhengig av formål fremgår direkte av § 4-3 om risiko- og sårbarhetsanalyser. Kravet om ROS-analyser etter plan- og bygningsloven gjelder bare ved utarbeidelse av «planer for utbygging». Andre typer planer utløser altså ikke det samme kravet til grundig analyse. I praksis vil det formodentlig alltid være områder satt av til utbygging i en kommuneplans arealdel, som dermed vil utløse plikt til ROS-analyser.

Ordlyden i paragrafen om ROS-analyse kan for øvrig virke litt forvirrende. Det fremgår at resultatet av undersøkelsen (områder med fare,

risiko eller sårbarhet) skal inntegnes som hensynssoner i planen, uten hensyn til valg av formål. Inngangsvilkåret (utbygging) og resultatet (hensynssoner) kan dermed gi inntrykk av at ROS-analysen ikke har noen innvirkning på formålet. Dette kan dog ikke være meningen. Hvis analysen viser store farer forbundet med bebyggelse av et gitt område, vil det være i strid med den almenne plikten til å fremme samfunnssikkerhet om kommunen legger det ut som byggegrunn. Den riktige løsningen må være at kommunen endrer formålet så snart den oppdager at kravet om tilstrekkelig sikkerhet ikke kan oppnås.

Et viktig moment vedrørende reglene om ROS-analyser er om analysen må utføres for *hele* planområdet, eller bare for den delen som skal bygges. Ordlyden i bestemmelsen viser til «planer for bebyggelse»⁶⁴, hvor det for eksempel kunne stått «områder» for bebyggelse. For de fleste kommuner vil det imidlertid være store områder hvor ROS-analyser har liten betydning, fordi det er lite bebyggelse og ferdsel der. Kommunen er ikke engang nødt til avsette formål for alt arealet i planen – det skal kun settes av det som er nødvendig. Dermed må meningen være at ROS-analyser etter § 4-3 bare er påkrevd for de *deler* av planen som faktisk har relevans for ønsket utbygging.

Som for kommuneplanens samfunnsdel vil eventuelle krav i planprogram også måtte følges opp i arbeidet med arealdel. Et separat spørsmål kan være om eventuell plikt til undersøkelse og vurdering vil endres etter hvilke undersøkelser som er gjort i tidligere ledd (f.eks. slik at en grundig undersøkelse i forbindelse med samfunnsdelen reduserer kravet for arealdelen). *Begrensede* eller *svake* undersøkelser i tidligere ledd vil være et sterkt argument for ekstra omhyggelighet i arbeidet med arealdelen. Grunnet dens viktige funksjon bør arealdelen bygge på en selvstendig

⁶³ NOU 2010: 10, 52.

⁶⁴ pbl. § 4-3.

undersøkelse og vurdering. Derfor kan neppe tidligere grundige undersøkelser lempe kravet tilsvarende som manglende undersøkelser vil skjerpe kravet. Imidlertid er det ikke noe galt med å bruke tidligere utredninger som grunnlag – poenget er at arealdel-undersøkelsen må ha et selvstendig preg.

Kommunen har altså plikt til å undersøke klimaendringseffekter ved utarbeidelse av arealdelen. Plikten gjelder (særlig grunnet § 4-3) i samme omfang selv om trusler tidligere er evaluert, og sågar avskrevet. Undersøkelsen må være grundig nok til å avmerke formål og hensynssoner i nødvendig grad. Vurderingen av nødvendighet må bygge på generelle formål og oppgaver i loven: For å oppfylle forarbeidenes krav om å beskytte innbyggerne mot ekstremvær og andre konsekvenser av klimaendringer, og beskytte borgernes liv, helse og materielle verdier på en tilfredsstillende måte, må kommunen undersøke hvilke farer og trusler klimaendringene kan medføre.

3.3.3 *Reguleringsplan, § 12-1*

Sammen med kommuneplanens arealdel er reguleringsplaner kommunens sentrale verktøy i arealforvaltningen.⁶⁵ I mange tilfeller er prosessen med en reguleringsplan svært lik arbeidet med arealdelen, bare for et noe mindre geografisk område. Ved fastsettelse av reguleringsplan er kommunens primære oppgave å angi hvilke arealformål grunnen skal utnyttas til. Oppregningen av mulige arealformål i reguleringsplan (§ 12-5) tilsvarer formålene i arealdelen (§ 11-7). I reguleringsplanen kan de imidlertid kombineres innbyrdes. Videre skal reguleringsplanen følge opp hensynssonene fastsatt i kommuneplanens arealdel, enten ved å videreføre hensynssonene,

eller gjennom å innarbeide hensynet de representerer i formålene.⁶⁶

En vesentlig forskjell mellom de prosessuelle kravene til kommuneplanens arealdel og reguleringsplaner er at alle kommuneplaner fordrer planprogram, mens reguleringsplaner bare omfattes av dette kravet hvis de «kan ha vesentlige virkninger for miljø og samfunn».⁶⁷ Vilkåret er ikke nærmere spesifisert, men det samme skillet benyttes i § 4-2 om konsekvensutredninger. I følge forskriften om konsekvensutredninger⁶⁸ er noen reguleringsplaner etter art og innhold automatisk omfattet (bl.a. områderegulering med nye arealer for utbygging). I andre tilfeller skal behovet for konsekvensutredning vurderes konkret.

Ett moment som skal vektlegges ved vurderingen av om en reguleringsplan kan ha vesentlige virkninger for miljø og samfunn er om planen «medfører risiko for alvorlige ulykker, ras, skred og flom».⁶⁹ Typiske konsekvenser av klimaendringer er altså relevante faktorer for vurdering av krav til konsekvensutredning, og bør også kunne vektlegges ved vurdering av om planprogram skal kreves. Konsekvensutredninger og planprogram gjør beslutningsgrunnlaget bedre, men gjør også prosessen dyrere og mer omfattende. Verktøyene forbeholdes derfor planer av en viss størrelse. Hvis reguleringsplanen fordrer planprogram vil dette medføre en særskilt vurdering av behovet for utredninger i planarbeidet (som beskrevet ovenfor). Mangel av planprogram kan dermed være grunn til skjerpet oppmerksomhet om klimaeffekter.

Konklusjonen med hensyn til kommuneplanens arealdel var at kommunen må undersøke mulige effekter av klimaendringer for å op-

⁶⁵ Hvor ikke annet er presisert, viser uttrykket reguleringsplan til detaljregulering.

⁶⁶ pbl. § 12-6.

⁶⁷ pbl. § 4-1.

⁶⁸ Forskrift 26. juni 2009 nr. 855 om konsekvensutredninger (konsekvensutredningsforskriften, kuf.).

⁶⁹ kuf. § 4 (1) h), jf. § 3.

pfylle sin plikt i henhold til lov og forarbeider. Spørsmålet her blir om kommunen (eller den som utarbeider planen) har plikt til å gjøre selvstendige undersøkelser, eller om man i arbeidet med reguleringsplan kan bygge på utredninger og vurderinger gjort i forbindelse med kommuneplanens arealdel.

I utgangspunktet gjelder det samme hovedformål (§ 1-1) og de samme oppgaver og hensyn (§ 3-1) ved reguleringsplaner som ved annet planarbeid. Den som utarbeider en reguleringsplan må derfor også ta hensyn til at innbyggere skal beskyttes, materielle tap avverges og så videre. På den annen side er også hensynet til effektivitet viktig, samt normen om å ikke gjøre planleggingen mer omfattende enn nødvendig. Derfor vil det formodentlig være i strid med lovens ordning hvis reguleringsplan-arbeidet medfører en unødvendig repetisjon av arealdel-arbeidet.

En annen side av saken er at forslag til reguleringsplaner kan utarbeides av private, og i praksis ofte blir det. Denne gruppen aktører kan variere mye, fra store entreprenørfirmaer til enkeltpersoner med planer om å selge hyttetomter i skogeiendommen sin. Å pålegge større undersøkelser i forbindelse med reguleringsplanen vil dermed kunne slå forholdsmessig veldig ulikt ut for de forskjellige private forslagsstillerne.⁷⁰

Det går også an å resonnerer motsatt – at undersøkelsene på arealdel-nivå bør begrenses så mye som mulig for å unngå repetisjon i reguleringsomgangen. Grunnet kostnadene forbundet med undersøkelser kan det tenkes at kommuner ville sett dette som en velkommen anledning til å skyve utgifter til planlegging over på private.

⁷⁰ Riktignok er det også svært stor forskjell mellom landets kommuner, med innbyggertall som varierer fra noen få hundre til storbyene med over hundre tusen. Ressurser og kompetanse til planfaglig arbeid varierer tilsvarende. Regelen i pbl. 12-3 (4) om at reguleringsplaner skal utarbeides av fagkyndige gjelder uavhengig av forslagsstiller.

Til en viss grad vil en slik praksis være tillatt. Kravet til grundighet i undersøkelsene knyttet til arealdelen er som nevnt knyttet opp mot begrepet «nødvendig», som ikke utgjør noen sylskarp grense. Dermed kan kommuner begrense utredningen for arealdelen, og for eksempel gi krav i planbestemmelser om videre undersøkelser.⁷¹ Flere argumenter antyder at dette neppe er noen optimal løsning.

I tillegg til å unngå dobbeltarbeid og hensynet til private, er det et argument for å ha hovedansvaret for undersøkelsen på kommuneplannivå at det bidrar til en mest mulig enhetlig vurdering innad i kommunen. Hvis det blir opp til hver enkelt initiativtaker å gjøre undersøkelser for sitt planområde, er det større risiko for at planene vil bygge på ulike vurderinger. Det er neppe en ønskelig ordning. Derfor bør reguleringsplaner i utgangspunktet kunne bygge på den informasjon kommunen allerede har fremskaffet gjennom arbeidet med arealdelen. En slik ordning vil skjerpe kravet til grundighet ved utarbeidelse av kommuneplanen.

Imidlertid kan det også tenkes tilfeller hvor det vil synes utilfredsstillende å bare bygge på tidligere undersøkelser. Et eksempel er at inntrufne hendelser tilsier revurdering av eksisterende kunnskap. Blir et område som er avsatt til boligformål uventet rammet av flom, bør det utløse krav om en ny, særskilt vurdering før området tillates bebygget.

Et annet tilfelle er situasjoner hvor kommuneplanens formål ikke har utløst krav om undersøkelse, men at det i arbeidet med reguleringsplanen likevel anses nødvendig.⁷² Her er det trolig nok å søke løsningen i de generelle hensyn og oppgaver: Hvis den som utarbeider planen mener det er behov for undersøkelser, er det

⁷¹ pbl. § 11-9 (1) nr. 8.

⁷² Se uten sammenligning for øvrig kuf. § 3 (1) d), hvor endring av formål er et vilkår for å utløse plikt til konsekvensutredning.

gode grunner til at det også er den riktige forståelsen av regelen. Konflikter vil kunne oppstå der (privat) forslagsstiller ikke mener det er behov for ytterligere undersøkelser, mens kommunen (eller andre) krever slike gjennomført. I så fall står man overfor spørsmålet om kommunen kan pålegge den som utarbeider reguleringsplan å undersøke hvilke konsekvenser klimaendringer vil kunne medføre i planområdet.

Undersøkelser av denne typen skal gjøres av kommunen i forbindelse med arealplanen. Hvis kommunen i ettertid finner kunnskapsgrunnlaget utilstrekkelig, bør kommunen først vurdere om den like gjerne bør gjøre undersøkelsen selv, istedenfor å pålegge andre oppgaven.⁷³ Likevel er det jo også mulig å se for seg grensetilfeller hvor det kan være mer naturlig at tiltakshaver står for utredningen – for eksempel hvis et ubebygget område med hensynssone for mulig ras- eller flomfare foreslås bebygget. I slike tilfeller vil kommunen neppe ha plikt til å gjøre grundige undersøkelser i kommuneplan-prosessen, ei heller senere under sivilbeskyttelsesloven. Dermed er det større grunn til å kreve at den som ønsker å bygge sørger for nødvendige undersøkelser.

Den mest hensiktsmessige forståelsen av kravet til undersøkelse synes å være at den som utarbeider reguleringsplan – enten det er planmyndigheten selv, eller en privat aktør – i utgangspunktet kan støtte seg til kommunens vurdering i forbindelse med kommuneplanen. Visse unntak kan likevel forekomme, da særlig knyttet til nye hendelser etter vedtakelse av kommuneplanen, og for tiltak som ikke utløste utredningsplikt da arealdelen ble utarbeidet.

3.3.4 Byggetillatelse, pbl. § 28-1

Hovedspørsmålet denne artikkelen drøfter er kommunens plikt til å undersøke effekter av klimaendringene i arbeidet med *planarbeid* etter plan- og bygningsloven. Som nevnt ovenfor har jeg likevel valgt å ta med spørsmålet om kommunen har plikt til å vurdere slike farer og trusler i behandlingen av *byggesaker*. I utgangspunktet er byggetillatelse lovboundne vedtak: Hvis en søknad oppfyller lovens krav og følger aktuelle planer, skal den godkjennes.⁷⁴ Hvis et område eksempelvis er lagt ut til boligformål, og det søkes om å bygge bolig i tråd med gjeldende normer, skal søknaden godkjennes.

Imidlertid er det minst to argumenter for at kommunen likevel har en selvstendig plikt til å undersøke og vurdere klimaendringer ved behandling av byggesøknader. Den ene grunnen er hvordan hensynssoner benyttes i planarbeidet. Hensynssoner fastsettes i kommunenplanens arealdel basert på kjente og antatte farer og trusler, som en «tilleggsforanstaltning» til kommunens vurdering av arealformål.⁷⁵ Konseptet legger dermed opp til at det er usikre eller variable fenomener som skal avmerkes som hensynssoner: Man er ikke sikker på hvordan det aktuelle moment vil påvirke et konkret tiltak i fremtiden, men mener det må vurderes nærmere.

Videre skal hensynssoner legges til grunn i reguleringsplaner. Dette kan enten skje ved at det bakenforliggende moment innarbeides i arealformålet, eller ved at sonen ganske enkelt videreføres. Hvis hensynssonen inkorporeres (tilfredsstillende) i reguleringsplanens formål, faller dette argumentet bort. Men i tilfeller hvor hensynssonen bare videreføres, samt i saker hvor byggesøknader baseres direkte på arealdelen,

⁷³ Kommunen må uansett forholde seg til saken når den skal gjennomføre den pliktige, helhetlige ROS-analysen etter sivilbeskyttelsesloven.

⁷⁴ pbl. § 11-6 (3), pbl. § 12-4 (3), Innjord (2010), 215.

⁷⁵ Kommunen kan som nevnt ikke legge ut et farlig område som byggefelt, og så «kjøpe seg fri» med en hensynssone.

oppstår spørsmålet: Hvordan skal kommunen i en byggesak forholde seg til en hensynssone vedrørende klimaendringsrelaterte trusler?

Det andre argumentet bygger på bestemmelsen i § 28-1. Denne paragrafen setter krav til området som planlegges bebygget: «Grunn kan bare bebygges ... dersom det er tilstrekkelig sikkerhet mot fare eller vesentlig ulempe som følge av natur- eller miljøforhold.» Regelen utgjør en selvstendig avslagshjemmel.⁷⁶ Det innebærer at selv om arealplan (og eventuelt reguleringsplan) har avsatt et bestemt område til boligformål, må kommunen gjøre en selvstendig vurdering av hver byggesøknad for å avgjøre om grunnen er trygg. Vurderingen må i tillegg til nåværende farer og trusler også omfatte fremtidige.⁷⁷

Dermed er det to (tidvis overlappende) forhold som tilsier en individuell undersøkelse av klimaeffekter i byggesaksbehandlingen: videreførte hensynssoner, og kravet til trygg byggegrunn. Selv om kommunen har gjort vurderinger på et generelt nivå i forbindelse med kommuneplanen, er det ikke tilstrekkelig for å bedømme konsekvensene for enkeltprosjekter. Det kan være små geografiske variasjoner som tilsier at visse tiltak innenfor et større område er mer utsatt enn andre. Eksempelvis kan lokale forhold som tilsig og avrenning ha stor innvirkning på hvor utsatt en eiendom er for overvann i forbindelse med store nedbørsmengder. Med henblikk på kravet om effektivitet og begrensning, vil det være galt om kommunen gjorde alle disse un-

dersøkelsene og vurderingene i forbindelse med arealdelen. Dessuten ville mye av behandlingen bli hypotetisk, siden påvirkning og konsekvenser til en viss grad avgjøres av tiltaket selv, og omkringliggende utvikling.

Dermed har kommunen også plikt til å undersøke hvilke konsekvenser klimaendringene kan medføre i byggesaksbehandlingen.⁷⁸ Dette innvirker også på forståelsen av kravet til de foregående deler av prosessen. Vurderingen i tilknytning til arealdelen behøver ikke være fullstendig ned til minste detaljnivå, siden de konkrete effekter likevel skal vurderes ved behandling av søknader etter § 20-1.

3.4 Dokumentasjon av gjennomførte undersøkelser

Klimatilpasning er altså et relevant og påkrevd tema for kommunens planleggingsarbeid, og kommunen (eller andre aktører) har plikt til å undersøke hvordan klimaendringene kan innvirke på planområdet og tiltak innenfor dette. Her vil jeg kort drøfte om, og i så fall hvor nøye, undersøkelser og vurderingene skal dokumenteres.⁷⁹

Vedtak etter plan- og bygningsloven er som hovedregel underlagt forvaltningslovens krav til begrunnelse av vedtak.⁸⁰ Den aktuelle regel gjelder imidlertid bare for enkeltvedtak, altså reguleringsplan og avgjørelse av byggesøknader.⁸¹ Kravene til hva en begrunnelse må inneholde,

⁷⁶ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesaksdelen), (<http://www.regjeringen.no/pages/2064029/PDFS/OTP200720080045000DDDPDFS.pdf>), 338.

⁷⁷ Jf. bl.a. levetidsbetraktningen reflektert i § 29-5 (3): Byggesaksbehandlingen skal også sikre at alle tiltak oppnår «forsvarlig og tilsiktet levetid». Derfor skal det «ved prosjektering og utførelse tas særlig hensyn til geografiske forskjeller og klimatiske forhold på stedet». Formålsparagrafens henvisning til fremtidige generasjoner er også et uttrykk for dette.

⁷⁸ Et separat spørsmål er i hvilken grad kommunen har anledning til å pålegge tiltakshaver disse undersøkelsene, og hvilket ansvar kommunen i så fall har for (mangelfullt) innhold. I utgangspunktet er kommunen ansvarlig for det faktiske grunnlaget for sine avgjørelser, uansett hvem som har gjennomført undersøkelsen. Hensynet til omfang hindrer en nærmere drøftelse av dette her.

⁷⁹ Nok et relevant spørsmål er kommunens plikt til faktisk handling grunnet resultatet av undersøkelsene, som ved å nedlegge forbud bygging. Av plasshensyn har jeg måttet avgrense mot dette (se punkt 1.2).

⁸⁰ fvl. §§ 23 ff.

⁸¹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), 176, og ovenfor.

følger av § 25: det juridiske grunnlaget, det faktiske grunnlaget og kommunens forvaltningsmessige skjønnsutøvelse. I denne sammenheng er det faktum som er det interessante – begrunnelsen skal nevne «de faktiske forhold som vedtaket bygger på»⁸².

Hvordan dette skal håndteres i praksis er en annen sak. Klimaendringer er et komplekst og omfattende tema, og deler av forståelsesmodellene og prognosene er omdiskuterte. Kommunens valg med hensyn til metodiske og faktiske usikkerheter egner seg neppe som allmenne krav til begrunnelser. (Dessuten vil valgene ofte lene seg tungt på råd fra en relevant fagmyndighet.) Kravet til detaljgrad vil trolig måtte differensieres, blant annet basert på hvor kontroversielt resultatet er⁸³, og hvor mye metode og data avviker fra det alminnelig aksepterte.⁸⁴ Nasjonale estimer⁸⁵ må antas å være relativt ukontroversielle, og kunne benyttes med kun en henvisning til den aktuelle publikasjon/kilde. I tilfeller hvor det foreligger konkrete, motstridende faglige synspunkter er det grunn til å redegjøre for valget av faktum som legges til grunn.⁸⁶

⁸² fvl. § 25 (2).

⁸³ Hvis klimaendringer kun er én av mange mulige grunner til avslag av en byggesøknad, behøves det neppe så fylldig redegjørelse for klimaendringene.

⁸⁴ Dess mer kommunens anvendte prognose avviker fra det som må antas å være gjengs oppfatning, dess større grunn til fylldig redegjørelse og begrunnelse.

⁸⁵ F.eks. beregninger i Inger Hanssen-Bauer m.fl., *Klima i Norge 2100. Bakgrunnsmateriale til NOU Klimatilpassing*, (Norsk klimasenter, Oslo, 2009), og «Temperatur- og nedbørendringer 2050 og 2100» på nettsiden <http://www.regjeringen.no/nb/dep/md/kampanjer/klimatilpassing-norge-2.html?id=539980>.

⁸⁶ Klimaeffekter er et eksempel på et generelt fenomen når det gjelder prognoser og beregninger som del av det faktiske grunnlaget for utøvelse av forvaltningsmyndighet. Fremtidige hendelser lar seg ikke undersøke empirisk, og man er dermed overlatt til ulike metoder for å beregne eller forutsi hva som kan komme til å skje. Resultatet av slike metoder (prognoser, beregninger, «forecasts», scenarier e.l.) vil variere ut fra hvilket modellgrunnlag man benytter, samt hvilke premisser og data som legges inn. Ved valg av modell og premisser gjør dermed bru-

De øvrige vedtakstypene som er nevnt ovenfor regnes ikke som enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand,⁸⁷ og faller dermed formelt sett utenfor begrunnelseskravet. På den annen side kan noen av disse vedtakene anses for å bestå nettopp av begrunnelse. Spørsmålet er om kommunen har noen rettslig plikt til å opplyse om undersøkelse av mulige effekter av klimaendringer i slike. Svaret beror etter min mening først og fremst på om en undersøkelse faktisk er foretatt. Hvis man i prosessen har vurdert mulige effekter som kan inntreffe i planområdet, bør det også fremkomme i sluttproduktet. Dette gjelder uansett om undersøkelsen har innvirket på resultatet eller ikke. Hovedgrunnen bak dette standpunktet er hensynet til etterfølgende planer og vedtak. For å unngå dobbeltarbeid vil det derfor være viktig å vite hva som har blitt vurdert i foregående runder, slik at man eventuelt kan tilpasse nye utredninger.⁸⁸

Av samme grunn bør kommunen opplyse om det hvis den lar være å undersøke temaet, slik at man unngår feilaktige antakelser. På dette punkt er imidlertid rettskildebildet svakt – det er vanskelig å finne grunnlag for noe krav om å redegjøre for faktiske forhold som *ikke* har vært en del av saksforberedelsen. Dermed kan det neppe stilles et slikt krav.

keren potensielt viktige valg, uten at dette nødvendigvis kommer til uttrykk i konklusjonen. Variasjonsmulighetene på modell- og premiss-siden gjør at også resultat-siden kan varieres betydelig, bevisst eller ubevisst, i tråd med ønsker.

⁸⁷ fvl. § 2 (1) b).

⁸⁸ Riktignok skal det bemerkes at det som oftest vil være samme instans – kommunestyret – som behandler de ulike plantyper og -verktøy. Derfor vil organet ofte være kjent med tidligere vedtak. Imidlertid kan en arealplan være gjeldende over flere valgperioder, og deler av medlemmene kan være byttet ut. Det er også menneskelig å glemme.

4. Konsekvens av unnlatelser

Det avsluttende emnet jeg kort vil berøre i denne artikkelen er hvilke konsekvenser brudd på plikten til å undersøke klimaendringer kan få. Dette er et spørsmål som primært er aktuelt for de vedtakene hvor en feil kan benyttes til å angripe vedtaket med innsigelse, klage eller søksmål.

I saker hvor det er påkrevd vil unnlatt vurdering av mulige klimaendringseffekter være en saksbehandlingsfeil. Likeså vil unnlatt dokumentasjon av undersøkelsen, i de tilfeller dette er et krav. Forvaltningslovens regulering av ugyldighet begrenser seg til en regel om *gyldighet*, nemlig § 41: Vedtaket er likevel gyldig hvis det ikke er grunn til å regne med at feilen har virket inn på vedtakets innhold. Det er likevel ikke automatisk slik at ethvert vedtak hvor det er en viss tvil om en feil har virket bestemmende, må kjønes ugyldig. (Bestemmelsen i fvl. § 41 gir ikke grunn til antitetisk tolkning.⁸⁹) Det avgjørende spørsmålet vil være om det er grunn til å tro at innholdet ville blitt et annet hvis feilen tenkes bort: I så fall må det vurderes om vedtaket skal regnes som ugyldig.

Det kan også tenkes reguleringsplan-tilfeller hvor kommunen beviselig har undersøkt hvordan fremtidig klima kan påvirke planområdet, men ikke fått det med i begrunnelsen. Selv om dette må regnes som en feil ved saksbehandlingen, vil den neppe medføre at vedtaket kjønes ugyldig. Hvis planmyndigheten har tatt hensyn til fenomenet, er det vanskelig å tenke seg at manglende inkludering i begrunnelsen/planen kan ha hatt innvirkning på resultatet.

I tillegg kan unnlatt undersøkelse medføre at det faktiske grunnlaget for vedtaket blir uriktig – noe som vil være en separat feil ved beslutningen, og en selvstendig ugyldighetsgrunn.⁹⁰ Hvis kommunen har lagt til grunn en fremtid-

sprognose uten hensyn til klimaendringer, er det mulig at en slik feil hefter ved beslutningen. Problemet med vurderingen er knyttet til fastlegging av fremtiden: Siden fremtiden ikke kan undersøkes empirisk, er man overlatt til modeller og metoder for beregning av prognoser. Det kan være vanskelig å fastslå at en kommune har bygget på uriktig faktum, selv om den ikke har tatt eksplisitt hensyn til klimaendringer.⁹¹ Trolig vil det dessuten kunne oppstå tilfeller hvor kommunen har undersøkt klimaendringer, men hvor forutsetningene og konklusjonene den bygger på er så ekstraordinære at de må anses som faktumfeil. Terskelen for å kjenne vedtak ugyldig grunnet feil vedrørende faktagrunnlag er relativt lav.⁹²

En løsning på dette kunne være å stille spesifikke krav til hvordan kommuner undersøker temaet klimaendringer – hvilke modeller de skal bygge på, hvordan sannsynlighet beregnes osv. Man vil i så fall nærme seg grensen mot å diktere vurderingen. I praksis vil derfor det mest anvendelige grunnlaget for å angripe vedtakets gyldighet være mangel av selve vurderingen – altså saksbehandlingsfeilen. Siden konsekvenser av klimaendringer vil kunne være et viktig og tidvis avgjørende moment i arealplanleggingen, skal det neppe så mye til før en manglende vurdering av slike farer gjør at vedtaket må kjønes ugyldig.

⁸⁹ Eckhoff og Smith (2010), 489.

⁹⁰ Eckhoff og Smith (2010), 428 med videre henvisninger.

⁹¹ Det er eksempelvis mulig at kommunen har inntatt de samme farer og trusler som klimaendringene ventes å medføre, men på annet grunnlag. I så fall er det vanskelig å hevde at kommunen har planlagt ut fra «feil» forutsetninger om fremtiden.

⁹² Eckhoff og Smith (2010), 429.