

# Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

**2021:1**

[www.nordiskmiljoratt.se](http://www.nordiskmiljoratt.se)

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2021:1

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Charlotta Zetterberg

Webpage <http://nordiskmiljoratt.se/about-the-journal.html> (which also includes writing instructions).

## Content

Charlotta Zetterberg; **Introduction** ... 5

Christina Allard; **Mineralutvinning i norska Sápmi: Beaktandet av samiska rättigheter i tillståndsprocessen och Nussir-gruvan i Finnmark** ... 7

Åsa Romson, Sofie Hellsten och Anton Rydstedt; **Tillståndsvillkor för klimatutsläpp rörande transporter till och från hamnar och flygplatser – rättsligt olämpligt eller rimlig styrning mot klimatmålen?** ... 33

Luíza Pereira Calumby and Aðalheiður Jóhannsdóttir; **From Aarhus to Escazú and the Cross-fertilisation of Ideas and Principles** ... 53

Adriana Šefčíková; **Climate Change Litigation with a Human Face** ... 75

Topi Turunen, Leila Suvantola and Seita Romppanen; **Well Defined Is Half Solved? The Regulatory Barriers for Circular Economy Business** ... 93



---

## Introduction

Charlotta Zetterberg

This issue of Nordic Environmental Law Journal (26<sup>th</sup> issue) includes five contributions. The first one written by Christina Allard is titled *Mineralutvinning i norska Sápmi: Beaktandet av samiska rättigheter i tillståndsprocessen och Nussir-gruovan i Finnmark*. It analyses what is required for mining companies to operate in parallel with Sami reindeer husbandry in Norway and legal solutions to ensure that mining and reindeer husbandry can work together in traditional Sami areas. In comparison with Swedish legislation, Norwegian legislation generally takes more account of the interests of reindeer husbandry and the author analyses how Sami rights benefits from it in the permitting process.

The article *Climate Change Litigation with a Human Face* by Adriana Šefčíková analyses Climate Change litigants from a human rights perspective and several legal difficulties connected to multiplicity of actors, such as the question of extraterritoriality, exhaustion of remedies, standing, and causation are highlighted. One question is whether an individually filed lawsuit, subject on the plaintiff's side could possibly alleviate hindrances, which are a burden for multiple claimants. The author calls for further studies which would indicate more in-depth analyses of advantages of an individual claim before the particular forum.

The third paper; *Tillståndsvillkor för klimatutsläpp rörande transporter till och från hamnar och flygplatser – rättsligt olämpligt eller rimlig styrning mot klimatmålen?*, authored by Åsa Romson, Sofie Hellsten and Anton Rydstedt, deals with the question of whether environmental permits for transport-intensive activities, in particular major airports and ports, should include conditions limiting the climate impact of transport. The authors ask whether this would be appropriate in terms of the purposes of the authorisation obligation and the increased importance that the climate issue has gained in environmental law. One conclusion drawn is that

the possibility of using conditions of transport in individual authorisations should be used as a complement and not as a substitute for other instruments.

In the fourth article; *From Aarhus to Escazú and the Cross-fertilisation of Ideas and Principles*, Luíza Pereira Calumby and Aðalheiður Jóhannsdóttir analyses and compares the main features of the two conventions by drawing attention to the relationship between their content and their broader legal environment. The authors note that, in comparison with the Aarhus Convention, several important innovations can be found in the Escazú Agreement. One is that the Escazú Agreement goes one step further than the Aarhus Convention by ordering its parties to guarantee a material right for each person to live in a healthy environment.

This issue of Nordic Environmental Law Journal ends up with an article written by Topi Turunen, Leila Suvantola and Seita Romppanen; *Well Defined Is Half Solved? The Regulatory Barriers for Circular Economy Business*. The article gives us insights into the nature of the barriers for a Circular Economy (CE) and the possible regulatory logic of removing them. One conclusion is that it is essential to broaden the understanding of the regulation of the CE from the narrow scope of traditional command-and-control regulatory instruments and certain substantive pieces of legislation (most typically focusing on waste management) to a wider range of regulatory instruments and a broad interpretation of the term 'regulation'.

*I wish you all a good read!*

*Charlotta Zetterberg*

## Mineralutvinning i norska Sápmi: Beaktandet av samiska rättigheter i tillståndsprocessen och Nussir-gruvan i Finnmark

Christina Allard\*

### Sammanfattning

Mineralutvinning i traditionella samiska områden orsakar markanvändningskonflikter, och tillståndsprocesserna är komplicerade och långdragna. Det gäller i Norge såväl som i Sverige. Samernas status som urfolk och vilka hänsyn som ska tas till samiska intressen och rättigheter vid beslutsprocesserna är något oklara och flera lagar samverkar. Denna artikel syftar till att redogöra för de norska reglerna som avser att skydda samiska intressen och rättigheter i tillståndsprocessen, med huvudfokus på den norska minerallagen. Artikeln illustrerar även hur reglerna har tillämpats i praktiken genom det kontroversiella gruvprojektet Nussir som 2019 fått grönt ljus för att starta upp gruvdrift i Finnmark, där specifika regler för att skydda samiska intressen gäller vilka avser att genomföra kraven från ILO-konventionen 169 om ursprungsfolk och stamfolk i självstyrande länder. Reglernas tillämpning och Nussir-gruvan diskuteras sedan bl.a. avseende vad som krävs för att gruvbolag ska kunna bedriva verksamhet parallellt med samisk renskötsel. Det visar sig att långtgående villkor kan ställas i förhållande till driftkoncessionen för

att en samexistens ska vara möjlig. Även om de berörda renskötselstrakterna menade att anpassningarna av gruvverksamheten inte var tillräckliga – renskötseln är hårt trängd av andra befintliga och planerade verksamheter i området – indikerar beslutet ändå på vad som är ”acceptabelt” och genom villkoren institutionaliseras social hållbarhet och de kostnader som detta medför för gruvdrift i Sápmi.

### 1. Introduktion

Skyddet för samiska rättigheter vid mineralutvinning komplicerar tillståndsprocessen i Sverige såväl som i Norge.<sup>1</sup> I Sverige finns en handfull ansökningar om bearbetningskoncession<sup>2</sup> hos regeringen; ett av ärendena har legat där sedan 2017. Ärendena är politiskt känsliga där samisk renskötsel utgör en bidragande orsak till komplexiteten. Ansvarig minister har för mer än ett år sedan aviserat att en utredning ska tillsättas för att se över den svenska minerallagen,<sup>3</sup> men inget direktiv för en bred utredning existerar än.<sup>4</sup> Alla berörda parter, gruvbolag, samebyar, myndigheter, m.fl. är dock överens om att

---

\* Biträdande professor/docent, Luleå tekniska universitet, Avdelningen för Samhällsvetenskap / Rättsvetenskap. Epost: christina.allard@ltu.se. Artikeln har skrivits inom ramen för projekten ”Sami traditional livelihoods, competing land uses, competing legal sources” (SaCC), finansierat av Norges forskningsråd (projektnr 259418) och ”Indigenous Rights and the Global Politics of Resource Extraction: The Case of Mining in Sápmi”, finansierat av Formas (projektnr 2012-135 och 2012-1007). Författaren riktar varmt tack till kollegan Kaisa Raitio, SLU för givande samtal kring artikelns tema och till den anonyma granskaren.

---

<sup>1</sup> Se exv. Evaluering av mineralloven: Instilling fra et utvalg oppnevnt av Nærings- og fiskeridepartementet, 2018, s. 36 där det konstateras att det lätt uppstår markkonflikter i samiska områden.

<sup>2</sup> Ett tillstånd för att få rätten till mineral på ett bestämt område.

<sup>3</sup> Sveriges Radio, 14 januari 2020: <https://sverigesradio.se/artikel/7384083> (hämtad 2021-03-16).

<sup>4</sup> Näringsdepartementet har våren 2021 tillsatt en utredning om att säkerställa en hållbar försörjning av innovationskritiska metaller och mineral (2021-03-11), se Dir.

dagens lagstiftning inte fungerar särskilt väl: förutsebarheten är låg, handläggningstiderna orimligt långa och konfliktnivån lokalt är hög.<sup>5</sup> I ärendet rörande Rönnbäcks-gruvan har Sverige i november 2020 fått kritik från CERD (Committee on the Elimination of Racial Discrimination); Sverige ombeds att ändra sin lagstiftning rörande gruvverksamhet för att säkerställa samernas status som urfolk. Förutom relevanta artiklar i Rasdiskrimineringskonventionen lyfter CERD även FNs Urfolksdeklaration och FPIC (free, prior and informed consent – på svenska fritt och informerat förhandssamtycke).<sup>6</sup>

Till skillnad från den svenska minerallagen innehåller Norges *minerallov*<sup>7</sup> flera bestämmelser som direkt syftar till att skydda samisk kultur och samiska rättigheter, och ett förstärkt skydd finns för undersökning och gruvverksamhet i Finnmark. Det tog dock lång tid innan en ny minerallag kunde träda i kraft 2010 och en komplex fråga har varit skyddet av samiska rättigheter och deras omfattning.<sup>8</sup> Samiska rättighetsfrågor behandlades redan av *minerallovutvalget* i NOU 1996:11 och här uttalades bland annat att speciella regler för skydd av samiska

intressen skulle begränsas till Finnmark för att inte försvaga mineralnäringens ställning.<sup>9</sup> Åtta år efter ikraftträdandet av den nya minerallagen, 2018, tillsattes en kommitté som skulle utvärdera minerallagens tillämpning och i december samma år presenterades arbetet.<sup>10</sup> Kommittén kommer med en rad förslag på förbättringar och uttalar om förhållandet till samiska rättigheter att "det må settes i gang arbeid med å utvikle en regulering som sikrer oppfyllelse av Norges folkerettslige forpliktelser overfor samene, både i og utenfor Finnmark".<sup>11</sup> I juni 2020 tillsatte regeringen en utredning som ska göra en översyn av minerallagen och föreslå ändringar.<sup>12</sup> Direktivet är brett formulerat och utredningen får föreslå de lagändringar man finner nödvändiga, och när det gäller beaktandet av samiska intressen, bl.a. rennäringen, ska utredningen ta utgångspunkt i vad norska folkrättsliga förpliktelser kräver.<sup>13</sup> Utredningen ska vara klar 1 december 2021.

Samiska näringar, och särskilt rätten till renskötsel, utgör alltså försvärande omständigheter för tillståndsprocessen och etableringen av gruvor i båda länderna.<sup>14</sup> Samtidigt finns en stor ef-

---

2021:16. Den behandlar överhuvudtaget inte renskötsel och samiska intressen.

<sup>5</sup> Se t.ex. Zachrisson, Anna och Karin Beland Lindahl, "Political opportunity and mobilization: The evolution of a Swedish mining sceptical movement", *Resources Policy* 2019. I Fraser Institutets årliga ranking kommenterar industrirepresentanter t.ex. att tillståndsprocessen i Sverige är extrem långsam och oförutsägbar, se Rapporten för 2020, s. 43: <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/annual-survey-of-mining-companies-2020.pdf> (hämtad 2021-03-16). Sverige har halkat ned från plats 8 2016 till plats 36 år 2020 (investment attractiveness index).

<sup>6</sup> CERD/C102/D/54/2013, communication No. 54/2013, 26 november 2021.

<sup>7</sup> Lov om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven), lov 19 juni 2009 nr. 101.

<sup>8</sup> Funderud Skogvang, Susann, "Ny minerallov og samiske rettigheter", *Lov og Rett* 2010, s. 53; Ot.prp.nr.43 (2008-2009) Om lov om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven), s. 13.

<sup>9</sup> Strøm Bull, Kirsti, "Forslaget til ny minerallov og prinsippet om bergfrihet", *Lov og Rett* 1997, s. 371; NOU 1996:11, s. 117.

<sup>10</sup> Evaluering av mineralloven. Instilling fra et utvalg oppnevnt av Nærings- og fiskeridepartementet, 2018.

<sup>11</sup> Evaluering av mineralloven, s. 4.

<sup>12</sup> Regeringens nyheter: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/vil-ha-lonnsom-og-barekraftig-mineralvirksomhet/id2715431/> (hämtad 2021-03-16).

<sup>13</sup> Mandat for lovutvalg som skal utarbeide forslag til revidert lov om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven), s. 2 och 5.

<sup>14</sup> Raitio, Kaisa, Christina Allard och Rebecca Lawrence, "Mineral extraction in Swedish Sápmi: The regulatory gap between Sami rights and Sweden's mining permitting practices", *Land Use Policy* 2020; Beland Lindahl, Karin, Andreas Johansson, Anna Zachrisson, Roine Viklund, "Competing pathways to sustainability? Exploring conflicts over mine establishments in the Swedish mountain region", *Journal of Environmental Management* 2018; Ivsett Johnsen, Kathrine, "Land-use conflicts between reindeer husbandry and mineral extraction in Finnmark, Norway: contested rationalities and the politics of be-



terfrågan av mineraler regionalt och globalt med hänsyn till vårt behov av samhällsomställning med fokus på grön energi och grön teknik.<sup>15</sup>

Temat för denna artikel är mineralutvinning i traditionella samiska områden (Sápmi) med fokus på Norge. Från ett jämförande svenskt (och finskt) perspektiv är det intressant att få kännedom hur samiska rättigheter hanteras i lagstiftning och tillståndsprocesser som relaterar till mineralutvinning, miljöhänsyn, fysisk planering och anknytande frågor, och kunna dra lärdomar mellan länderna. För svenskt vidkommande är det särskilt givande eftersom samiska rättighetsfrågor i miljö- och naturresursrättslig lagstiftning är eftersatta och kontroversiella.<sup>16</sup> Det bör noteras att de norska reglerna i minerallagen om skydd för samiska intressen kan komma att ändras mot bakgrund i den nu pågående utredningen, och det är därför inte klokt att ägna utrymme åt att analysera huruvida dessa regler uppfyller nationella och folkrättsliga krav. Funderud Skogvang har tidigare pekat på flera problem med nuvarande minerallag avseende skyddet av samiska rättigheter mot bakgrund i folkrätten.<sup>17</sup> Även Strøm Bull har diskuterat sådana problem vad gäller samiska rättigheter i

---

longing", *Polar Geography* 2016; Nygaard, Vigdis, "Do indigenous interests have a say in planning of new mining projects? Experiences from Finnmark, Norway", *The Extractive Industries and Society* 2016.

<sup>15</sup> Tillväxtanalys, Innovation-critical metals & minerals from extraction to final product, Report 3/2017. Norska och svenska mineralstrategier uttrycker detsamma. Se Nordland, Finnmark and Troms Fylkeskommuner (2019), Mineralstrategi for Nord-Norge; Nærings- og handelsdepartementet (2013), Strategi for mineralnæringen; Regeringskansliet (2013), Sveriges mineralstrategi: För ett hållbart nyttjande av Sveriges mineraltillgångar som skapar tillväxt i hela landet.

<sup>16</sup> För jfr med Finland se Pölönen, Ismo, Christina Allard och Kaisa Raitio, "Finnish and Swedish law on mining in light of collaborative governance", *Nordisk miljörettslig tidskrift* 2020.

<sup>17</sup> Funderud Skogvang, "Ny minerallov og samiske rettigheter", s. 47 ff.; Funderud Skogvang, Susann, *Samerett*. Universitetsforlaget (3 uppl.) 2017, s. 154.

tidigare lagförslag.<sup>18</sup> Av kommitténs rapport om översynen av minerallagen framkommer brister, såsom nämnts ovan.<sup>19</sup>

Artikeln syftar på först att redogöra för innehållet i de bestämmelser som avser att skydda samiska intressen och rättigheter, med huvudfokus på minerallagens bestämmelser. Även andra regler, såsom planer och konsekvensutredningar, kommer att beröras översiktligt. Någon analys av i vilken grad gällande rätt avspeglar Norges folkrättsliga förpliktelser ligger utanför artikeln syfte; det är troligt att reglerna i minerallagen kommer att förändras efter pågående utredningsarbete. Syftet med artikeln är även att illustrera hur reglerna har tillämpats i praktiken, genom gruvprojektet Nussir som fått grönt ljus för att starta upp gruvdrift i Hammerfest kommun (tidigare Kvalsund kommun),<sup>20</sup> Finnmark. Reglernas tillämpning och Nussir-gruvan kommer slutligen att diskuteras bl.a. avseende vad som krävs för att gruvbolag ska kunna bedriva verksamhet parallellt med samisk renskötsel.

Nussir innehåller den största kända kopparförekomsten i Norge. Nussir-projektet är en ypperlig fallstudie då det är det största gruvprojektet i Norge i modern tid, ett prestigeprojekt eftersom det kommer vara den första nya gruvan att etableras på mycket lång tid.<sup>21</sup> Tillståndsprocessen har tagit ungefär 10 år. Projektet är mycket kontroversiellt, inte bara avseende miljöeffekter då gruvavfall kommer deponeras i Repparfjor-

---

<sup>18</sup> Strøm Bull, "Forslaget til ny minerallov og prinsippet om bergfrihet", *Lov og Rett* 1997, s. 362 ff.

<sup>19</sup> Evaluering av mineralloven, kap. 4.6.

<sup>20</sup> Sedan 1 januari 2020 tillhör Kvalsund kommun efter sammanslagning Hammerfest kommun: <https://www.regjeringen.no/no/tema/kommuner-og-regioner/kommunereform/nye-kommuner/id2470015/> (hämtad 2021-03-16).

<sup>21</sup> Sydvaranger gruva vid Kirkenes i Finnmark har fått driftkoncession för nyöppning av verksamheten (järnmalm) i mars 2019. Se exv. Meld. St. 9 (2020-2021) Mennesker, muligheter og norske interesser i nord, kap. 5.3.7.

den, utan även med hänsyn till negativa konsekvenser för rennäring och lokalt fiske. Kvalsund kommun har från start varit positiva till en gruvetablering bl.a. med hänsyn till arbetstillfällen.

Artikeln syftar besvaras genom en analys av norsk lagstiftning, förarbeten, utredningar och juridisk litteratur. Det finns dock inte mycket skrivet om minerallagstiftningen och gruvetableringar från ett norskt rättsvetenskapligt perspektiv,<sup>22</sup> och särskilt inte med fokus på samiska rättigheter kontrasterade mot svensk rätt;<sup>23</sup> förevarande artikel utgör således ett bidrag till denna litteratur. För fallstudien nyttjas regeringens och myndigheters beslut och bedömning av tillståndsansökningar, inklusive överklagan till *Kongen i statsråd*,<sup>24</sup> samt information i media och Nussir ASA:s hemsida.

Artikeln är uppbyggd såsom följer. Efter en inledning ges en kort bakgrund (kapitel 2) dels av skyddet för samiska rättigheter enligt norsk rätt, och dels av frågor kopplade till revideringen av minerallagen. I kapitel 3 behandlas minerallagen, särskilt hänsynen till samiska rättigheter, medan kapitel 4 översiktligt går igenom andra godkännanden och tillstånd som är en del av beslutsprocessen för gruvetableringar.

---

<sup>22</sup> Se dock Falkanger, Thor, *Mineralloven: Lovkommentar*. Universitetsforlaget 2018; Fauchald, Ole Kristian, "Regulating Environmental Impacts of Mining in Norway", *Nordisk Miljörättslig Tidskrift* 2014, s. 53 ff. Se även övriga bidrag till specialnumret i *Nordisk Miljörättslig Tidskrift* från 2014 nr 1: Extractive Industries in the North: What About Environmental and Indigenous Peoples Law?

<sup>23</sup> Det finns några få jämförande studier avseende samer och minerallagstiftning, se exv. Koivurova, Timo, Vladimir Masloboev, Kamrul Hossain, Vigdis Nygaard, Anna Petrétei och Svetlana Vinogradova, "Legal protection of Sami traditional livelihoods from the adverse impacts of mining: a comparison of the level of protection enjoyed by Sami in their four home states", *Arctic Review on Law and Politics* 2015.

<sup>24</sup> En *Kongelig resolusjon* är ett beslut fattat av *Kongen i statsråd*. Mötena hålls normalt varje fredag på slottet, under ledning av kungen. Se <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/offisielt-fra-statsrad/offisielt-fra-statsrad1/id30297/> (hämtad 2020-09-25).

Bedömningen av tillstånd för Nussir-gruvan, särskilt driftkoncessionen, redogörs för under kap. 5, och slutligen, kap. 6 sammanfattar och diskuterar artikelns resultat.

## 2. Bakgrund

### 2.1 Skyddet för samiska rättigheter

#### i norsk rätt

I norsk grundlag finns ett skydd för samisk kultur. I den så kallade sameparagrafen i 108 § grundlagen<sup>25</sup> stadgas att det är statliga myndigheters ansvar att "legge forholdene til rette for at den samiske folkegruppe kan sikre og utvikle sitt språk, sin kultur og sitt samfunnsliv". Det är tydligt från den språkliga utformningen att lagrummet i första hand vänder sig till det allmänna. Paragrafen utgör en rättsligt bindande riktlinje samt en moralisk och politisk skyldighet för norska myndigheter när man utformar och genomför samepolitiken.<sup>26</sup> Sameparagrafen infördes i grundlagen 1988 och bakgrunden till det var att lämna gamla oförrätter och äldre tiders assimileringspolitik; bestämmelsen är inspirerad av artikel 27 i FNs konvention om medborgerliga och politiska rättigheter (MPR).<sup>27</sup> Sameparagrafen utgör därför en viktig markering och en konstitutionell förpliktelse för statliga myndigheter (främst stortinget, regering och domstolar) vad gäller samerna, men bestämmelsen har ännu inte ställts på sin spets i domstol trots att den åberopats ett flertal gånger.<sup>28</sup> Sameparagrafen har dock varit betydelsefull på ett annat sätt, den föranledde en mer "samevänlig" attityd i tolkning och tillämpning av nationell

---

<sup>25</sup> Grunnlov 17 maj 1814.

<sup>26</sup> Funderud Skogvang, *Samerett*, s. 26.

<sup>27</sup> *Ibid.*, s. 185; NOU 1984:18 Om semenenes rettsstilling, s. 26 och kap. 10.

<sup>28</sup> Funderud Skogvang, *Samerett*, s. 189 f.

rätt och bidragit till att samerättsliga frågor utvecklats i norsk rätt.<sup>29</sup>

Norge ratificerade ILO-konventionen 169<sup>30</sup> två år efter att sameparagrafen antogs i 1990, men har inte direkt inkorporerat konventionen. Norge har dock via *menneskerettsloven*<sup>31</sup> inkorporerat fem centrala konventioner rörande mänskliga rättigheter, däribland MPR, som trädde i kraft 1999. Antagandet av Finnmarkslagen<sup>32</sup> 2005 är vidare ett resultat av Norges folkrättsliga förpliktelser enligt ILO-konventionen 169 och det har varit en lång process; Finnmark var det sista fastlandsområdet på att inlemmas i det norska kungariket och den fastighetsrättsliga situationen är annorlunda här än i övriga landet (staten hävdade äganderätt till hela området).<sup>33</sup> Genom ikraftträdandet av Finnmarkslagen överfördes 95 % av "statens mark" till ett nytt organ *Finnmarkseiendommen/Finnmárkkkuopmodat*, normalt förkortat FeFo. Lagens syfte är att säkerställa att mark och naturresurser i Finnmark förvaltas på ett långsiktigt och hållbart sätt för invånarnas bästa, särskilt vad gäller "samisk kultur, reindrift, utmarksbruk, næringsutøvelse og samfunnsliv" (1 §).

Det första lagförslaget om en särskild lag för Finnmark blev dock hårt kritiserat, bl.a. för att inte uppfylla ILO-konventionens krav om att erkänna urfolks markrättigheter. Stortingets *justiskomiteé* föreslog då att konsultationsmöten skulle hållas mellan Sametinget och Finnmark fylkes-

ting under 2004 och 2005.<sup>34</sup> Då Finnmarkslagen antogs våren 2005 fanns ett nytt kap. 5, förslaget av Sametinget. Det reglerar markrättigheter (enskilda och kollektiva) och hur en kartläggning av dessa ska gå till genom skapandet av två centrala organ: Finnmarkskommisjonen, som utreder anspråk på bruks- och äganderätt på FeFos mark (29 §), och utmarksdomstolen för Finnmark som prövar överklaganden från Finnmarkskommisjonen (36 och 38 §§).<sup>35</sup> Det är alltså långt ifrån säkert att FeFo äger all den mark som blev överförd via Finnmarkslagen. De möten och diskussioner som hölls med det norska Sametinget med anledning av förslaget till Finnmarkslagen ledde alltså efter hand till Norges så kallade konsultationsordning.<sup>36</sup>

Ett avtal mellan Kommunal- och moderniseringsdepartementet och Sametinget blev upprättat maj 2005, *Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget*, vilket sedan hela regeringen ställde sig bakom genom en *kongelig resolusjon*. Ytterligare ett konsultationsavtal är undertecknat mellan Miljødepartementet och Sametinget januari 2007, *Avtale mellom Sametinget og Miljøverndepartementet om retningslinjer for verneplan arbeid etter naturvernloven i samiske områder*, liksom några avtal på regional nivå, t.ex. mellan Sametinget och Troms och Nordland fylken och fokuserar mer på samarbeten inom språk och kultur.<sup>37</sup> Inrättandet av konsultationsordningen i Norge har varit en av de viktigaste reformerna för att främja samiska rättsförhållanden.<sup>38</sup> Sådana konsultationer har

<sup>29</sup> Jfr Smith, Carsten "The development of Sámi law since 1980", i: *Becoming Visible – Indigenous Politics and Self-Government*, Terje Brantenberg, Janne Hansen och Henry Minde (red.). Universitetet i Tromsø 1995, s. 66.

<sup>30</sup> ILOs konvention om ursprungsfolk och stamfolk i självstyrande länder, 1989.

<sup>31</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), lov 21 maj 1999 nr. 30.

<sup>32</sup> Lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark (Finnmarksloven), lov 17 juni 2005 nr. 85.

<sup>33</sup> Ravna, Øyvind. *Finnmarksloven – og retten til jorden i Finnmark*, Gyldendal juridisk 2013, s. 22–25, 61 f., 90–93.

<sup>34</sup> *Ibid.*, s. 23 f.

<sup>35</sup> Se vidare Ravna, Øyvind, "Finnmarkskommisjonen justerer kursen", *Tidsskrift for eiendomsrett* 2/2020, s. 112–142.

<sup>36</sup> Se vidare Allard, Christina, "The Rationale for the Duty to Consult Indigenous Peoples: Comparative Reflections from Nordic and Canadian Legal Contexts", *Arctic Review on Law and Politics* 2018.

<sup>37</sup> NOU 2007:13, s. 874 f.

<sup>38</sup> Jfr Funderud Skogvang, *Samerett*, s. 82.

påverkat flera lagförslag i positiv riktning, däribland en ny rennæringslag 2007 och nya plan- og bygglagen 2008. Kravet på regeringen og statlige myndigheter att hålla konsultationer i frågor som direkt berör samerna är fortsatt styrt av avtal, men det finns lagförslag om att kodifera avtalet i lag men det är ännu inte antaget.<sup>39</sup>

## 2.2 Revidering av minerallagen og retten till mineral

Det tog ungefär 25 år att få på plats en ny samlad minerallagstiftning i Norge. Första gången en enhetlig og modern minerallag nämndes var i samband med en utredning 1984.<sup>40</sup> I utredningar från mitten av 1990-talet og framåt kom samiska rättighetsfrågor og samiska næringer att behandlas i lagförslagen; framförallt föreslogs särskilda regler för Finnmark som ett led i att uppfylla Norges folkrättsliga förpliktelser.<sup>41</sup>

Det så kallade *bergregale*, alltså äganderätten till statens mineraler har lång historisk tradition i norsk rätt og har vidareförts med den nya minerallagen i 7 §. Se vidare nedan. Notera dock att Sametinget i samband med lagförslaget inte godtagit statens äganderätt till mineral men väl att lagstiftaren upprätthåller distinktionen mellan statens og markägarens mineral:

Sametinget understreker sitt standpunkt om at samene ikke har akseptert at staten har eiendomsretten til de mutbare mineralene. Prinsipielt mener Sametinget at retten til land og vann i samiske områder tilhører det samiske folk. Sametinget vil imidlertid i

denne sammenhengen ikke motsette seg at loven legger opp til å opprettholde skillet mellom mutbare mineraler, der staten beholder eiendomsretten, og de ikke-mutbare mineraler der grunneier har eiendomsretten.<sup>42</sup>

Regeringen har dock ansett att reglerna i minerallagen är förenliga med Norges folkrättsliga förpliktelser, särskilt ILO-konventionen 169.<sup>43</sup> Se vidare kap. 3.2.3 om Sametingets åsikter rörande minerallagen.

För en svensk og nordisk läsekrets är det dock nödvändigt att kort förklara grunderna för Norges minerallagstiftning vad gäller retten till mineral. Minerallagen skiljer mellan mineral som staten äger (*mutbare mineraler*) og mineral som tillhör markägaren (*ikke-mutbare mineraler*). De äldre begreppen *mutbare* og *ikke-mutbare* mineral har ersatts i den nya lagen med "statens mineral" og "markägarens mineral" men ingen ändring är avsedd i förhållande till gällande rätt.<sup>44</sup> Denna grundläggande skillnad har stora likheter med den uppdelning av mineralkategorier som finns i common law-länder såsom Kanada (Crown minerals / freehold minerals on private land).<sup>45</sup>

Till statens mineral hör främst metaller med en egenvikt på 5 gram/cm<sup>3</sup> eller mer, t.ex., järn, koppar, guld, silver, zink, krom, tenn, molybden, vanadin og kobolt samt malm innehållande sådana grundämnen.<sup>46</sup> Markägarens mineraler är alla övriga mineral som inte är statens, i princip de med lägre ekonomiskt värde.<sup>47</sup> Mineral som tillhör markägaren är alltså kopplad till

<sup>39</sup> Se NOU 2007:13, s. 54–8; Prop. L 86 (2020–2021) Endringer i sameloven mv. (konsultasjoner). Propositionen bygger även på Prop. 116 L (2017–2018), som Stortinget i april 2019 skickade tillbaka till regeringen.

<sup>40</sup> NOU 1984:8 Utnyttelse og forvaltning av mineralressurserne. Se vidare Susann Funderud Skogvang, "Ny minerallov og samiske rettigheter", *Lov og Rett* 2010 s. 49–50.

<sup>41</sup> Funderud Skogvang, "Ny minerallov og samiske rettigheter", *Lov og Rett* 2010 s. 49–50.

<sup>42</sup> Ot.prp.nr.43 (2008–2009), s. 101.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Ibid., s. 9.

<sup>45</sup> Newman, Dwight, *Mining law of Canada*, Lexis Nexis 2018, s. 59–60, 64.

<sup>46</sup> Minerallagen 7 § 1 st.

<sup>47</sup> Minerallagen 7 § 2 st.

äganderätten till fastigheten. Enligt förarbetena till minerallagen är efterfrågan störst för mineraler som ägs av privata markägare och har den största potentialen för näringsutveckling; i gällande minerallag har därför dessa mineraltyper likställts i större grad.<sup>48</sup>

Såsom nämnts ovan, norsk rätt tillämpar principen om *bergfrihet* vilket innebär en rätt att leta efter mineral och malm (även på annans mark) samt en prioritering av den som först hittar brytningsvärd mineral och malm att utvinna denna.<sup>49</sup> Principen har en lång historisk tradition i Norge och går tillbaka till lagstiftning från 1500-talet. Med stöd i bergsregalet, enligt tysk förebild, hade kungen äganderätten till metaller och malm.<sup>50</sup> Principen om *bergfrihet* är således en utveckling av bergsregalet där syftet var att säkra exploatering av mineralresurser för att ge kungen intäkter från gruvdrift.<sup>51</sup> Principen gäller endast för statens mineral. Undersökning och utvinning av markägarmineraler regleras via avtal och kan endast ske med fastighetsägarens samtycke, men med möjlighet till expropriation.<sup>52</sup> Svensk minerallagstiftning bygger istället på ett koncessionssystem men med inmutningsrättsliga inslag.<sup>53</sup>

### 3. Minerallagen och skyddet för samiska rättigheter

#### 3.1 Inledning

Minerallagen trädde i kraft 1 januari 2010 och ersatte bergverkslagen från 1972 och fyra andra lagar; fem lagar reducerades alltså till en.<sup>54</sup> Den utgör ett regelverk för branschen i Norge, och anger ramar och villkor för hur mineralrelaterade verksamheter får bedrivas.<sup>55</sup> Lagen innehåller bestämmelser om kommersiell undersökning och utvinning av alla mineraliska resurser, dock inte från olja, gas eller vatten. Reglerna innefattar därför även t.ex. uttag av natursten och grus, till skillnad från Sveriges minerallag.<sup>56</sup> Tillstånd för undersökning och gruvdrift av statens mineraler söks hos Direktoratet för mineralförvaltning (DMF). Tillstånd krävs även via annan lagstiftning, inte minst rörande planbestämmelser och miljökrav (5 §). Se vidare kap. 4 nedan.

I propositionen framhölls att den nya minerallagen medförde en modernisering och förenkling vilket därigenom skulle främja ökad aktivitet och ge bättre förutsättningar för gruvnäringen.<sup>57</sup> Samtidigt skulle lagen säkra samhällets behov av kontroll när det gällde gruvdrift och efterbehandling av gruvor. Det fanns önskemål från flera håll om en ny och sammanhållen minerallag eftersom den gamla lagstiftningen uppfattades som komplicerad, fragmenterad och ofullständig; den reglerade inte hela branschen likvärdigt vilket förorsakade en skev konkurrens.<sup>58</sup> Arbetet att modernisera lagstiftningen har dock tagit lång tid, inte minst med hänsyn till specialreglerna för att tillvarata samiska intressen.

---

<sup>48</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 12.

<sup>49</sup> Minerallagen 29 §.

<sup>50</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 26; Strøm Bull, "Forslaget til ny menerallov og prinsippet om bergfrihet", *Lov og Rett* 1997, s. 362 f.

<sup>51</sup> Strøm Bull, "Forslaget til ny menerallov og prinsippet om bergfrihet", *Lov og Rett* 1997, s. 362 f.

<sup>52</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 9.

<sup>53</sup> Bäckström, Lars, *Svensk gruvrätt. En rättsvetenskaplig studie rörande förutsättningarna för utvinning av mineral*, Luleå tekniska universitet, 2015, s. 48. Se vidare om skiftande grunder historiskt, *ibid.*, s. 24–50.

<sup>54</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 9.

<sup>55</sup> Närings- och handelsdepartementet, "Veileder til mineralloven", december 2011, s. 6.

<sup>56</sup> I svensk rätt regleras täkter, t.ex. bergtäkter och grustäkter, via miljöbalkens regler.

<sup>57</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 10.

<sup>58</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 12, 14.

Det finns fyra centrala moment i minerallagen: letning, undersökning, utvinning och drift.<sup>59</sup> Rätt att leta efter mineral på annans grund (*leteretten*) sker med stöd av allemansrätten men går något utöver denna även om gränsen är svår att dra (8-9 §§).<sup>60</sup> Alla får fritt leta efter statens mineraler men undersökning av mineral som ägs av markägaren kräver samtycke om det finns risk för betydande skador. Rätten till *undersökning* av statens mineral är geografiskt begränsad och kräver tillstånd (13 och 15 §§). En *utvinningsrätt* innebär en rätt att utnyttja mineralerna och ger säkerhet framför andra att kunna utvinna mineralerna i större skala i ett senare skede. Ansökan är omfattande och förutsätter att sökande kan visa att mineralförekomstens form, storlek och kvalitet kan skapa en ekonomisk vinst.<sup>61</sup> För att få rätt att utvinna en större mängd mineral (både statens och markägarens mineral) krävs *driftskoncession* (43 §),<sup>62</sup> och en förutsättning för att få koncession är att sökande redan har givits utvinningsrätt för antingen markägarens mineral (28 §) eller statens mineral (29 §). I princip ges driftkoncession på obestämd tid,<sup>63</sup> men koncession kan även begränsas att gälla för viss tid och kan revideras vart tionde år (43 § 3 st.).

## 3.2 Skyddet för renskötseln och samiska intressen

### 3.2.1 Generella regler för hela Norge

Nedan redogörs för de centrala bestämmelserna som syftar till att säkerställa att hänsyn tas till samisk kultur och renskötsel vid tillämpningen

av minerallagen.<sup>64</sup> Norges minerallag syftar till att främja och säkerställa en samhällsmässigt god förvaltning och utnyttjande av mineralresurser i enlighet med en hållbar utveckling (1 §). Vid tillämpningen av lagen pekar lagens portalparagraf på de viktigaste hänsynen som lagen ska beakta och uppfylla (*skjønnsutøvelse*).<sup>65</sup> I 2 § preciseras syftet ytterligare och lagrummet nämner de särskilda hänsyn som ska tas:

- a) verdiskaping og næringsutvikling,
- b) *naturgrunlaget for samisk kultur, næringsliv og samfunnsliv,*
- c) omgivelsene og nærliggende områder under drift,
- d) miljømessige konsekvenser av utvinning, og
- e) langsiktig planlegging for etterbruk eller tilbakeføring av området (författarens kursivering)

I punkt b) anges att grunden för samisk kultur, näringsliv och samhällsliv *ska* tas hänsyn till vid beslut under minerallagen. Formuleringen är inspirerad av den nya plan- och bygglagen 3-1 §.<sup>66</sup> I förarbetena motiveras det särskilda skyddet enligt följande:

Samisk kultur og livsstil har alltid vært sterkt knyttet til naturen, til dels sårbar natur, og er derfor avhengig av god ressursforvaltning. Ved planlegging og saksforberedelse knyttet til mineralvirksomhet er det viktig å ta hensyn til tidligere inngrep i samme område. Reindriften er en samisk næring og en viktig del av det materielle grunnlaget for samisk kultur. Der hvor reindriftsinteresser blir berørt, skal de samlede effektene av tiltak vurderes. (...) Det er gitt egne regler i

<sup>59</sup> Se exv. Närings- og handelsdepartementet, "Veileder til mineralloven", desember 2011, s. 9.

<sup>60</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 51 f., 55.

<sup>61</sup> Närings og handelsdepartementet, "Veileder til mineralloven", desember 2011, s. 9, 19 f.

<sup>62</sup> Gränsen för driftkoncession går vid uttag på mer än 10 000 m<sup>3</sup> massa.

<sup>63</sup> Evaluering av mineralloven, s. 88.

<sup>64</sup> Förutom de bestämmelser som behandlas nedan finns specifika regler även i minerallagen 10 § 2 st., 13 § 4 st., 40 § 3 st.

<sup>65</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 129.

<sup>66</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 100.

loven for ivaretagelse av samiske interesser ved mineralvirksomhet i Finnmark.<sup>67</sup>

I 2 § anges således de målsättningar som lagen ska bidra till att uppfylla. Lagrummet har därför betydelse när lagen ska tolkas, och punkterna a) till e) utgör inte en uttömmande lista.<sup>68</sup> Paragrafen var ny och infördes med 2010 års minerallag. Både 1 och 2 §§ spelar roll vid en slutavvägning för olika (tillstånds-)beslut under minerallagen. Det bör noteras att miljöhänsyn (2 § punkt d) främst tillvaratas genom plan- och bygglagens regler, särskilt vad gäller planläggning (*arealplanlegging*) och konsekvensutredningar.<sup>69</sup>

Bestämmelsen i 6 § reglerar tillämpningen av minerallagen och förhållandet till folkrätten. Här stadgas att lagen ska tillämpas i enlighet med folkrättens regler om urfolk och minoriteter. Liknande skrivningar finns bl.a. i rennäringslagen<sup>70</sup> 3 § och i Finnmarkslagen 3 §. Norge har via människorättslagen direkt inkorporerat t.ex. FNs konvention om medborgerliga och politiska rättigheter (MPR) med artikel 27 som föreskriver ett särskilt skydd för minoriteter. Någon direkt inkorporering av ILOs konvention 169 har inte skett i norsk rätt.<sup>71</sup> Propositionen till minerallagen anger att "[s]elv om det ikke foreslås en inkorporering av ILO-konvensjonen i mineralloven, vil departementet understreke at mineralloven skal anvendes i samsvar med folkerettsforpliktelsene for å ivareta samiske interesser".<sup>72</sup> Man menar att urfolksrätten är under utveckling och att det föreligger oklarheter om hur ILO-konventionen ska tolkas.<sup>73</sup> Vidare sägs att en partiell inkorporering skulle medför

att ILO-konventionen skulle gå före mineralloven om det visar sig att någon bestämmelse skulle strida mot konventionen, vilket alltså inte varit avsikten.<sup>74</sup>

Funderud Skogvang menar att trots detta torde bestämmelsen i 6 § innebära en starkare ställning för ILO-konventionen än vad som varit avsett bl.a. genom hänvisningen till rennäringslagen 3 § och dess förarbeten.<sup>75</sup> Detta är dock inte prövat av domstol. Generellt anses dock att norsk rätt, däribland minerallagen, uppfyller ILO-konventionens förpliktelser,<sup>76</sup> vilket även förutsattes av regeringen vid överklagan av driftkoncessionen för Nussir-gruvan.<sup>77</sup>

När det gäller statens skyldigheter att konsultera Sametinget och berörda samiska retnäbetsdistrikt (motsvarar ungefär den svenska samebyn) finns inga särskilda regler om detta i minerallagen.<sup>78</sup> Istället gäller än så länge det särskilda avtalet mellan regeringen och Sametinget från 2005 (se kap. 2.1 ovan). När och hur dessa konsultationer sker framgår devis från genomgången av Nussir-gruvan under kapitel 5.

### 3.2.2 Regler som gäller för Finnmark

De flesta bestämmelserna som tillvaratar samisk kultur och näringar är geografiskt avgränsade till Finnmark. Samtidigt som Finnmarkslagen antogs 2005 skedde förändringar i dåvarande bergverksloven för att säkerställa samiskt inflytande i mineralsammanhang. Dessa regler flyttades över till nya minerallagen med några smärre

<sup>67</sup> Ibid., s. 129 f.

<sup>68</sup> Ibid., s. 129.

<sup>69</sup> Ibid., s. 130.

<sup>70</sup> Lov om reindrift (reindriftsloven), lov 15 juni 2007 nr. 40.

<sup>71</sup> Jfr Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 93.

<sup>72</sup> Ibid., s. 101.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Funderud Skogvang, "Ny minerallov og samiske rettigheter", *Lov og Rett* 2010, s. 57–59.

<sup>76</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 93.

<sup>77</sup> Se Kongelig resolusjon: "Klage over Nærings- og fiskeridepartementets vedtak 14. februar 2019 om tilddeling av driftkonsesjon til Nussir ASA for utvinning av Reparfjord kobberforekomst", saksnr. 19/5729, beslut 2019-11-29, s. 22.

<sup>78</sup> Se Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 104, 106. Se vidare Funderud Skogvang, "Ny minerallov og samiske rettigheter", *Lov og Rett* 2010, s. 62–63.

justeringar.<sup>79</sup> Någon genomgripande revidering av det särskilda skydd för samisk kultur och samiska intressen följdes aldrig upp i utredningen; betänkandena från Samerettsutvalget (NOU 2007:13 och NOU 2007:14) var på remiss och beaktades inte fullt ut.<sup>80</sup>

Av 17 § följer att i Finnmark krävs alltid tillstånd av DMF för att få rätt till undersökning eller provbrytning. Det åligger den som ansöker om *undersökningstillstånd* att, i rimlig omfattning, skaffa information om de direkta berörda samiska intressena för undersökningsområdet. DMF kan enligt 3 st. neka tillstånd om "hensynet til samiske interesser taler imot at søknaden innvilges". Det följer av samma stycke att vid bedömningen ska det "legges vesentlig vekt på hensynet til samisk kultur, reindrift, næringsutøvelse og samfunnsliv". Under handläggningen ska DMF ge följande intressenter möjlighet att yttra sig: Sametinget, kommunen, fylkesmannen och distriktsstyrelsen för renskötseln. Om Sametinget eller fastighetsägaren motsätter sig att tillstånd ges måste DMF, enligt 5 st., överlämna beslutet om tillstånd till departementet. Dessa här även rätt att överklaga beslutet (*Kongen i statsråd*) till regeringen (se 6 st.).<sup>81</sup>

Denna bestämmelse (17 §) bryter alltså systematiken i lagen för ansökan om undersökning gällande statens mineral eftersom DMF annars *måste* godkänna tillståndet om grundläggande rekvisit är uppfyllda, jfr 13 § 1 st.<sup>82</sup> Om tillstånd ges föreligger en underrättelseskyldighet för till-

ståndshavaren gentemot bl.a. Sametinget och renskötseln gällande arbetsplaner och möjliga skador som kan uppstå (18 §).

När det gäller ansökan om *utvinningsrätt* i Finnmark gäller samma förhållande enligt 30 §, med hänvisning till 17 §, nämligen att en ansökan kan avslås med hänsyn till samiska intressen.<sup>83</sup> I förarbetena anges att på utvinningsstatiet rör det sig om ett avgränsat område som ska bedömas, själva mineralförekomsten. I ansökan måste därför framgå tydligt hur och vilka samiska intressen som blir påverkade av projektet så att DMF kan bedöma påverkan på de samiska intressena.<sup>84</sup>

I 43 §, som gäller ansökan om *driftskoncession*, hänvisas ånyo till 17 § (2-6 st.) för handläggningen av ärendet. Även här kan en ansökan om koncession avslås med hänvisning till för stora ingrepp i samiska intressen. Det bör dock noteras att DMF hitintills aldrig nekat driftkoncession av sådana skäl.<sup>85</sup> Eftersom 17 § är tillämplig i alla led i tillståndsprocessen – även vid driftkoncessionen – kommer skyddet för samiska intressen, enligt propositionen, att bedömas hela vägen. Det är i utgångspunkt den sökandes skyldighet att undersöka påverkan på de samiska intressena i det aktuella området samt planlagda anpassningar för gruv-projektet.<sup>86</sup> Vidare anges att det innebär att "den mest omfattende plikten til å undersøke samiske interesser i et område, vil være ved en driftskonsejssøknad".<sup>87</sup> Det är en samlad bedömning (*skjønnsmessig helhetsvurdering*) av DMF som avgör om tillstånd ska ges eller inte.<sup>88</sup>

<sup>79</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 28, 92, 104–105: Evaluering av mineralloven, s. 36.

<sup>80</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 92.

<sup>81</sup> Överklagan behandlas enligt *forvaltningsloven*, lag 10 februari 1967. Enligt 34 § 2 och 4 st. följer att det är en full prövning som kan göras och att regeringen har mandat att pröva alla aspekter av saken och även fatta ett nytt beslut. Jfr Kongelig resolusjon: "Klage over Nærings- og fiskeridepartementets vedtak", s. 4.

<sup>82</sup> Här anges att "[u]ndersøkelsesrett kan bare nektes dersom søkeren tidligere har brutt vesentlige bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov".

<sup>83</sup> Även vid *provbrytning* ska 17 § tillämpas, enligt 12 § 4 st. och 20 § 2 st.

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 107.

<sup>85</sup> Evaluering av mineralloven, s. 46.

<sup>86</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 107.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> Ibid., s. 135.



I propositionen till minerallagen framkommer följande för *hur* avvägningen mot samiska intressen ska ske:

Å nekte å gi en tillatelse må forutsette at samiske interesser blir *vesentlig berørt*. Med samiske interesser er det naturlig å forstå både samisk kultur, næringsutøvelse og samfunnsliv. I tillegg til at de samiske interessene skal være vesentlig berørt av mineraltiltaket må også omfanget og betydningen av den samiske interessen vektlegges. Det må vurderes konkret hvilke samiske interesser som er i det aktuelle området og hvilken betydning de har for utøvelsen av den samiske kulturen. At det er samisk næringsutøvelse i et område, for eksempel reindrift, vil i seg selv ikke være tilstrekkelig til å nekte mineralutvinning. Også *reindriftens omfang og viktighet må vurderes konkret* i forhold til andre samfunnsmessige hensyn, herunder fordeler av mineraltiltaket. For å sikre hensynet til samisk kultur og den enkelte sames rett til å utøve sin kultur, vil det i enkelte tilfeller ikke være tilstrekkelig å se på konsekvensene av en utvinningsrett isolert sett. Det må foretas en *vurdering av alle tiltak/inngrep i området over tid*; den totale belastningen for samiske interesser vil ha betydning for om tillatelse skal gis. Det kan også være grunnlag for å vurdere om det kan legges et *noe bredere perspektiv* til grunn slik at den faktiske bruken av et areal vurderes opp mot tåleevnen til et større område.<sup>89</sup> (författarens kursivering)

Vid bedömningen av om samiska intressen blir "väsentligt berörda" av ett gruvprojekt ska även kumulativa effekter beaktas, dvs. den totala belastningen av andra befintliga och tidigare in-

dustrier, infrastrukturutveckling, etc. Det torde innebära att ju fler ingrepp som finns i ett renbetesområde desto svårare bör det bli för en sökande att få tillstånd, såtillvida inte den samhällsekonomiska konsekvensen av gruvprojektet vida överväger de negativa konsekvenserna. Det här är komplicerat då samhällsekonomi och skydd för en mindre samisk grupp ställs mot varandra. I sådana tillfällen bör det ske stora anpassningar av verksamheten för att minimera negativa konsekvenser så långt som möjligt, särskilt under vissa delar av året om det rör renskötseln, och man bör även sträva efter att få ett fritt och informerat samtycke från de berörda samiska grupperna, i linje med FNs Urfolksdeklaration (artikel 19 och 32.2). Det senare är något som ny lagstiftning i British Columbia i Kanada numera tar sikte på.<sup>90</sup> Propositionen anger dock för den specifika bedömningen att:

I tilfeller der samiske interesser taler mot at søknaden innvilges, mens andre interesser taler i motsatt retning, må det foretas en avveining mellom på den ene siden i hvilket omfang samiske interesser vil bli skadelidende, og på den andre siden i hvilken utstrekning andre hensyn vil bli ivaretatt av tiltaket. I avveiningen skal samiske interesser tillegges vesentlig vekt, men ikke avgjørende betydning dersom de hensynene som trekker i motsatt retning er vesentlig mer tungtveiende enn hensynet til de samiske interessene.<sup>91</sup>

Om driftkoncession beviljas kan DMF (eller departementet) meddela närmare villkor för gruvverksamheten för att tillvarata samiska intressen. Kommittén som bedömde tillämpningen av minerallagen anger att som villkor kan t.ex. ställas att verksamheten helt eller delvis ska upphö-

---

<sup>89</sup> Ibid., s. 107.

<sup>90</sup> Se BC Environmental Assessment Act, 2018.

<sup>91</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 135.

ra under tiden renflyttning sker.<sup>92</sup> Villkoren ses som en del i bedömningen om koncession kan medges eller inte.<sup>93</sup> Det följer vidare av propositionen att utöver bestämmelserna i minerallagen är Sametingets riktlinjer om förändrat nyttjande av utmark en del av bedömningen; statliga myndigheter, såsom DMF och departementet, är skyldiga att följa dessa.<sup>94</sup> Vidare erinras om att folkrätten innebär begränsningar för vilka ingrepp som kan ske i urfolks områden när det gäller bedömningen av om driftkoncession kan medges.<sup>95</sup> Här är artikel 27 i konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (MPR) av största vikt eftersom bestämmelsen gäller såsom norsk lag (genom *menneskerettsloven*).

Ytterligare en bestämmelse som specifikt rör Finnmark är 58 § och avser det som i svensk rätt kallas mineralavgift, betalning av årsavgift till markägaren för utvinning av statens mineral.<sup>96</sup> För Finnmark är det en förhöjd årsavgift, vilket fastställs via förordning av regeringen.<sup>97</sup> Fastighetsägare i Finnmark är *Finnmarkseiendommen/Finnmárkkuopmodat* (FeFo) och man förvaltar 95 % av marken.<sup>98</sup> Om FeFo se kap. 2.1 ovan. Något särskilt s.k. urfolksvederlag finns därmed inte inskrivet i minerallagen men har diskuterats, bl.a. i utredningen till minerallagen – och

det var oenighet om dess betydelse.<sup>99</sup> Urfolksvederlag är också något som den nya utredningen ska se närmare på.

### 3.2.3 Sametingets åsikter om problem med minerallagen

Minerallagens regler om beaktande av samiska rättigheter till mark och vatten i samiska områden i och utanför Finnmark är konfliktfyllt. Dessa frågor blev inte lösta på ett sätt som Sametinget eller samiska organisationer anser följa av folkrättens skydd för urfolk och minoriteter.<sup>100</sup> Regeringen, dåvarande Närings- och handelsdepartementet, konsulterade löpande Sametinget om förslaget till minerallag mellan januari 2007 och juni 2008.<sup>101</sup> Under sista konsultationsmötet kom parterna inte länge och regeringen uttalade i ett brev till Sametinget (september 2008) att det inte fanns några utsikter att uppnå enighet, och att konsultationerna därför ansågs som avslutade. Sametinget, som behandlade lagförslaget i plenum i november 2008, gav inte sitt samtycke till lagförslaget.<sup>102</sup> I propositionen framkommer följande:

Underveis har begge parter lagt frem forslag for å forsøke å få til enighet om forslaget. Det har imidlertid ikke vært mulig å komme frem til enighet om helheten i lovforslaget. Uenigheten har i hovedsak dreid seg om utformingen av bestemmelsen om urfolksvederlag ved mineralvirksomhet og spørsmålet om det skal gis egne regler for

<sup>92</sup> Evaluering av mineralloven, s. 88.

<sup>93</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 135.

<sup>94</sup> Ibid., s. 107.

<sup>95</sup> Ibid.

<sup>96</sup> Normal årsavgift till markägaren (för utvinning av staten mineral) enligt 57 § utgör 0,5 % av värdet av de mineral som brutits. Detta är betydligt mer än de 2 promille som ska betalas av gruvbolag i Sverige, enligt minerallagen 7 § (av dessa tillfaller 3/4 fastighetsägaren och 1/4 går till staten).

<sup>97</sup> I Finnmark ska gruvbolag i tillägg till den normala årsavgiften betala 0,25 %, alltså totalt 0,75 %. Se förordning till minerallagen, Forskrift 20 december 2010 nr. 1783 till mineralloven, 5-6 §.

<sup>98</sup> För kort information se FeFos hemsida <https://www.fefo.no/> (hämtad 2021-03-20).

<sup>99</sup> Bl.a. i propositionen till minerallagen, se Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 92, 108-9, 125. Se även Funderud Skogvang, "Ny minerallov og samiske rettigheter", *Lov og Rett* 2010, s. 63-67.

<sup>100</sup> Evaluering av mineralloven, s. 36, 38.

<sup>101</sup> Fem möten har hållits: tre på politisk nivå och två på administrativ nivå. Det finns protokoll från alla möten.

<sup>102</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 92 f. Sametinget bad regeringen om att återuppta konsultationerna i samband med beslutet i plenum, se ibid. s. 93. Se även Evaluering av mineralloven, s. 37 f.

ivaretagelse av samiske intresser utanför Finnmark nå, eller i förbindelse med oppfølgingen av Samerettsutvalget II.<sup>103</sup>

Däremot anges att det i huvudsak funnits överensstämmelse mellan regeringen och Sametinget om minerallagens inledande kapitel om betydelsen att beakta samiska intressen, att Sametinget inte ges en vetorätt vid gruvetableringar samt att kollektiva rättigheter tas upp i förarbetena och inte i själva lagtexten.<sup>104</sup>

Två konsultationsmöten har även hållits med *Norske Reindriftsamers Landsforbund* (NRL) mellan 2007 och 2008. NRL önskade tidig dialog redan vid undersökningsfasen mellan renskötare och bolag, och regeringen gjorde ändringar i lagförslaget i enlighet med detta. Vid sista mötet framkom att NRL var positiv till en ny minerallag men menade att skyddsreglerna för samiska intressen bör gälla även i områden utanför Finnmark.<sup>105</sup> Sametinget och samiska organisationers kritik mot minerallagen har medfört att man i stort inte vill förhålla sig till lagen, vilket skapat problem för utvecklingen av gruvnäringen.<sup>106</sup> Sametinget har 2010 tagit fram egna riktlinjer för tillämpning av minerallagen inom samiska områden.<sup>107</sup>

Sametinget har i förbindelse med utredningen av tillämpningen av minerallagen fört fram en rad synpunkter om enskilda bestämmelser i minerallagen samt generella synpunkter, bl.a. att regleringen är komplex och fragmenterad vilket komplicerar tillståndsprocessen. Det i sig, menar man, skapar oförutsägbarhet för alla in-

volverade parter. Sametinget menar att det finns behov för ett regelverk som sänker mineralnäringens förväntningar att få utvinna mineral i de samiska områdena, och att särskilt principen om *bergfrihet* upplevs som ett problem. Sametinget utesluter dock inte gruvdrift i Sápmi men påpekar tydligt att gruvdrift alltid måste bedömas i tillsammans med annan pågående och planerad verksamhet i området – de kumulativa effekterna måste tas i beaktande. Vidare menar man att minerallagen diskriminerar samer bosatta i samiska områden utanför Finnmark.<sup>108</sup>

Det är värt att notera att kommittén som utvärderat minerallagen hänvisar till den utredning som föreslår att kodifiera statens konsultationsskyldighet i lag; där framkommer bl.a. att de processuella rättigheter som Sametinget har enligt lagen inte är tillräckliga för att uppfylla Norges folkrättsliga förpliktelser.<sup>109</sup> Det är flera punkter som kommittén fört fram som den pågående utredningen av minerallagen är satta att behandla. Det finns all anledning att följa de förslag som läggs fram, även för svenskt vidkommande. Långt ifrån allt handlar om ILO-konvention 169.

## 4. Andra nödvändiga godkännanden och tillstånd

### 4.1 Inledning

För gruvdrift krävs andra godkännanden och tillstånd än de som bedöms under minerallagen (se 5 §). Flera omstridda gruvprojekt har blivit stoppade enligt andra bestämmelser än de i minerallagen, t.ex. Arctic Golds planer om gruvdrift i Biedovággi blev stoppad genom Kautokeino kommun som planmyndighet.<sup>110</sup> Här valde kommunen, istället för att reglera området för gruvdrift, att avsätta området som ett

---

<sup>103</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 92 f. Gällande frågan om urfolksvederlag se vidare *ibid.*, s. 107 f. och *Evaluering av mineralloven*, s. 41 f.

<sup>104</sup> Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 93, 99.

<sup>105</sup> *Ibid.*, s. 93.

<sup>106</sup> *Evaluering av mineralloven*, s. 37, 43.

<sup>107</sup> Sametinget, Sametingets mineralveileder: *Mineralveileder for undersøkelser og drift på mineralressurser*, 2010.

<sup>108</sup> *Evaluering av mineralloven*, s. 39–42.

<sup>109</sup> *Ibid.*, s. 44 med hänvisning till Prop. 116 L (2017–2018) s. 91 f.

<sup>110</sup> *Evaluering av mineralloven*, s. 54.

LNFR-område, dvs. en spridd näringsutveckling för *landbruks- natur og friluftsområder samt reindrift* i området. Detta sker i den kommunala planens *arealdel*.<sup>111</sup> Kommittén som utvärderade minerallagen har påpekat att handläggningen av olika slags tillstånd, dvs. samspelet mellan minerallagen och andra lagar, upplevs som ett problem av mineralnäringen. Det finns överlapp och samma frågor kan bedömas av olika myndigheter (med olika uppfattning); detta gör tillståndsprocessen långsam och oförutsägbar.<sup>112</sup> Denna kritik av regelverk och tillståndsprocess känns även igen även i Sverige gällande gruvbolag som bedriver verksamhet eller som vill starta gruvor i Sverige.<sup>113</sup>

I norsk rätt finns ingen tydlig ordning angående vilka tillstånd och godkännanden som ska ansökas om först.<sup>114</sup> Det är dock vanligt att börja med att kontakta kommunen för att få *reguleringsplanen* godkänd och här är en konsekvensutredning (KU) en viktig komponent. Därefter ansöks ofta om *utslippstillatelse* som är en miljöprovning av verksamheten. När gruvbolaget senare ansöker om driftkoncession ställs också här ofta miljökrav samt villkor för att skydda samiska intressen.

De centrala ärendena för att få klartecken för ett gruvprojekt i traditionella samiska områden är således *reguleringsplan* med konsekvensutredning (KU) som sker tidigt i processen i samband med kommunens planläggning, samt bedömningen av driftkoncessionen som är ett av de sista stegen i tillståndsprocessen, och där

<sup>111</sup> *Plan- og bygningsloven* 11-7 § 2 st. punkten 5. För LNFR-områden i *reguleringsplanen* se 12-5 § 2 st. punkten 5. Se även *Evaluering av mineralloven*, s. 54.

<sup>112</sup> *Evaluering av mineralloven*, s. 54–55.

<sup>113</sup> Se SveMin (branschorganisationen för gruvor, mineral- och metallproducenter i Sverige): <https://www.sveamin.se/vi-tycker/markanvandning/> och <https://www.sveamin.se/projekt-kraftsamling-tillstandsprovningar/> (hämtad 2021-04-09).

<sup>114</sup> *Evaluering av mineralloven*, s. 55.

skyldigheten att undersöka samiska intressen i mineralområdet är som störst.<sup>115</sup>

## 4.2 Planer och konsekvensutredning

För att få börja bryta mineral krävs en godkänd *arealplan* enligt *plan- og bygningsloven*.<sup>116</sup> Planer om mineralutvinning är något som behandlas genom plan- och bygglagen och i 1-1 § anges att ändamålet med planläggning är att "bidra til å samordne statlige, regionale og kommunale oppgaver og gi grunnlag for vedtak om bruk og vern av ressurser". Åtgärder som bl.a. innebär ändrad markanvändning genom bebyggelse och anläggningar samt ingrepp i terrängen får, enligt plan- och bygglagen 1-6 §, inte ske i strid med den kommunala planens *arealdel* (11-6 § 2-3 st.) eller en *reguleringsplan* (12-4 § 2 st.).<sup>117</sup>

Enligt plan- och bygglagen 11-1 § måste varje kommun i Norge ha en gällande *kommuneplan*. Denna plan ska tillvarata både kommunala, regionala och nationella mål, intressen och uppgifter (11-1 2 st.). Det ska finnas en planstrategi där kommunen minst en gång varje mandatperiod ska se över behoven för ändringar i existerande planer eller om nya *arealplaner* behöver utarbetas (10-1 §). Kommunplanen består i huvudsak av två delar, en *samfunnsdel*<sup>118</sup> och en *arealdel* som ska omfatta hela kommunen (11-5 § 1 st.). Kommunen kan även ta fram *arealplaner* för särskilda områden i kommunen.<sup>119</sup> Planens *arealdel* är

<sup>115</sup> Jfr Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 107.

<sup>116</sup> Lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven), lov 27 juni 2008 nr. 71.

<sup>117</sup> Se även *Evaluering av mineralloven*, s. 55–57.

<sup>118</sup> Se 11-2 och 11-3 §§. Denna ska ta ställning till kommunens långsiktiga utmaningar, mål och strategier för kommunen som helhet och kommunen som organisation. Den innehåller bl.a. en beskrivning av alternativa strategier för kommunens utveckling. *Samfunnsdelen* ligger till grund för kommunens egen verksamhet, eller andra myndigheters verksamhet i kommunen.

<sup>119</sup> *Arealplanen* ska innehålla en plankarta, bestämmelser och en planbeskrivning där det framgår hur nationella mål och riktlinjer och överordnande planer tas tillvara. Se 11-5 § 2 st.

juridiskt bindande och fastställer den framtida markanvändningen för området inklusive nya eller utvidgade verksamheter eller åtgärder (11-6 §).

En *reguleringsplan* måste tas fram av kommunen bl.a. om det framgår av kommunplanens *arealdel* eller om det annars finns behov för det (12-1 § 2 st.). Godkännande för större bygg- och anläggningsprojekt eller om en verksamhet eller åtgärd kan få "vesentlige virkninger for miljø og samfunn" kan inte ske förrän en *reguleringsplan* tagits fram (12-1 § 3 st.), alltså typiskt sett för de flesta gruvprojekt;<sup>120</sup> en ansökan måste göras av projektansvarige (20-2 §). *Reguleringsplanen*, som likt *arealplanen* är juridiskt bindande (12-4 § 1 st.), innehåller en plankarta och bestämmelser som anger områdets utnyttjande, skyddsändamål och hur mark och fysisk miljö ska utformas (12.1 § 1 st.).

Enligt plan- och bygglagen 4-2 § 2 st. anges att då en *reguleringsplan* kan medföra "vesentlige virkninger for miljø og samfunn" ska en konsekvensutredning (KU) göras av planens påverkan på miljö och samhälle. Det är gruvbolaget som ansöker om godkännande som måste genomföra och bekosta en sådan konsekvensutredning, vilket framgår av den s.k. KU-förordningen 4 § och 6 § 1 st. punkt b samt bilaga I.<sup>121</sup> Reglerna om KU är gemensamma för både planläggning och projekt, dvs. verksamheter och åtgärder enligt plan- och bygglagen och andra lagar, jfr KU-förordningen 1 §. I svensk rätt skiljer man tydligare mellan de två typerna av miljöbedömningar (konsekvensutredningar), å ena sidan planer och program och, å andra sidan, projekt. Särskil-

da bestämmelser finns för vardera kategorin.<sup>122</sup> Notera att redogörelsen här inte är tänkt att vara heltäckande utan främst att peka på de centrala aspekterna vid KU, hänsyn till samiska intressen och mineralutvinning.<sup>123</sup>

När det gäller KUs innehåll och omfattning ska den anpassas till *reguleringsplanen* och utgöra ett relevant beslutsunderlag (t.ex. för en tänkt gruvetablering) och alla undersökningar som måste företas ska ske med erkända metoder och utföras av personer med relevant ämnesmässig kompetens (KU-förordningen 17 § 1-3 st.). Det anges en lista med faktorer som bör utredas om de kan få "vesentlige virkninger" för miljö och samhälle, däribland "samisk natur- og kulturgrunnlag" (KU-förordningen 21 § 1 st.). Listan i 1 st. utgör exempel och är inte uttömmande.<sup>124</sup> Även kumulativa effekter ska redogöras inom ramen för en KU (KU-förordningen 21 § 2-3 st.), och det framgår här att om "reindriftsintresser blir berørt, skal de samlede virkningene av planer og tiltak innenfor det aktuelle reinbeitedistriktet vurderes". KU ska alltså specifikt utreda påverkan på samiska intressen, däribland renskötseln.

Det framgår av reglerna att det inte endast är "rena miljöfrågor" som sätts i fokus utan även de sociala konsekvenserna av en planerad gruvdrift utgör en viktig del av KU. Förutom "samisk natur- og kulturgrunnlag" anges även barn och ungas uppväxtvillkor, effekter som följer av klimatförändringar, friluftsliv, landskap, osv. (jfr KU-förordningen 21 §). Den bredare bedömningen är något som

---

<sup>120</sup> Se 12-4 § 3 st. och 20-1 1 st. punkt k som anger "vesentlig terrenginngrep". Se även Evaluering av mineralloven, s. 56.

<sup>121</sup> Forskrift 21 juni 2017 nr. 854 om konsekvensutredninger. Se även Evaluering av mineralloven, s. 56.

---

<sup>122</sup> Miljöbalken (1998:808) kap. 6. Reglerna om miljöbedömningar bygger på samma EU-direktiv som de norska.

<sup>123</sup> Se vidare Holth, Fredrik och Nikolai K. Winge (red.), *Konsekvensutredninger: Rettsregler, praksis og samfunnsvirksomheter*. Universitetsforlaget 2014.

<sup>124</sup> Se närmare om kravet på innehåll, KU-förordningen 19-21 §§. KU ska ingå i planbeskrivningen för reguleringsplanen.

följt med sedan tidigt 1980-tal där Norge från början talat om just konsekvensutredning (och inte miljökonsekvensbedömning)<sup>125</sup> och därmed önskat ett integrerat fokus mellan olika sektorer och aspekter som går utanför miljöfaktorer.<sup>126</sup> Detta har inte påverkats av senare anpassning till EU-direktiven utan norsk rätt har bibehållit sitt bredare fokus och man anser att det fungerar väl.<sup>127</sup>

En KU efter norsk modell sätter alltså fokus tidigt på samhälleliga effekter, positiva och negativa, av en gruvetablering när en *reguleringsplan* upprättas. Det är ofta konsulter som anlitas för att göra KU och från samiskt håll har man kritiserat att dessa konsulter ofta inte har tillräckligt djup kunskap om samiska förhållanden och markanvändning.<sup>128</sup> Bristande tillit till KUs undersökningar och resultat anses därför vara en viktig orsak till att man inte finner lösningar som flera parter kan acceptera.<sup>129</sup> Samma kritik mot de svenska miljöbedömningarna finns från samiskt håll.

Sammanfattningsvis, kommuner kan i ett tidigt skede stoppa ett gruvprojekt.<sup>130</sup> De kommuner som inte vill främja mineralutvinning kan planlägga det aktuella området som ett LNFR-område, och inte för bygg- och anläggningsverksamhet.<sup>131</sup> I praktiken är detta ett veto för kommunen och det blir därför viktigt för gruvaktörer att ha med sig kommunen vid gruv-

projekt ända från start. Detta utgör en stor skillnad mot den svenska processen där planprocesser (detaljplaner) kommer in sent, efter beslut om bearbetningskoncession (minerallagen) och miljötillstånd (miljöbalken), i samband med hur nödvändiga byggnader och anläggningar ska utformas för verksamheten.<sup>132</sup>

### 4.3 Miljötillstånd

För att få börja bryta mineral krävs även *utslippstillatelse* enligt *forurensningsloven*<sup>133</sup> 11 § och det kan ställas villkor för att begränsa negativa effekter av en verksamhet enligt 16 §. Gruvdrift är en miljöfarlig verksamhet och måste godkännas på förhand av *Miljødirektoratet* (MD).<sup>134</sup> Av föroreningslagens 1 § 2 st. framgår att lagen ska garatera "en forsvarlig miljökvalitet, slik at forurensninger og avfall ikke fører til helse-skade, går ut over trivselen eller skader naturens evne til produksjon og selvfornyelse".

I en ansökan om utsläppstillstånd ska en konsekvensanalys vanligen ingå (13 § 2-3 st.); det är MD som anger vad konsekvensanalysen närmare ska avse och innehålla och det är, såsom i Sverige, gruvbolaget som utför och bekostar utredningen.<sup>135</sup> Sammanfattningsvis är det en bred och samlad bedömning som MD ska företa och den liknar till vissa delar den bedömning som DMF ska göra i samband med driftkoncessionen.<sup>136</sup>

<sup>125</sup> Internationellt environmental impact assessment (EIA).

<sup>126</sup> Tesli, Arne och Martin Lund-Iversen, "Norsk KU-historie", i: *Konsekvensutredninger: Rettsregler, praksis og samfunnsvirksomheter*, Fredrik Holth och Nikolai Winge (red.), Universitetsforlaget 2014, s. 83–84.

<sup>127</sup> Ibid. Det kan noteras att t.ex. Kanada har bredare konsekvensutredningar, kallade Impact Assessments, IA, och British Columbias nya lagstiftning för IA är ett tydligt exempel på detta. Se BC Environmental Assessment Act, 2018.

<sup>128</sup> Evaluering av mineralloven, s. 42.

<sup>129</sup> Ibid., s. 57.

<sup>130</sup> Jfr *ibid.*, s. 56.

<sup>131</sup> Jfr *ibid.*, s. 56.

<sup>132</sup> Se vidare Pölönen, Allard och Raitio, "Finnish and Swedish law on mining in light of collaborative governance", *Nordisk miljörättslig tidskrift* 2020, s. 110–12.

<sup>133</sup> Lov om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven), lov 13 mars 1981 nr. 6. Se vidare Evaluering av mineralloven, s. 57–58.

<sup>134</sup> Se vidare Forskrift om begrensning av forurensning (forurensningsforskriften), Forskrift 1 juni 2004 nr. 931, 36-1 § och Bilaga 1.

<sup>135</sup> Se även *forurensningsforskriften* 37-5 §.

<sup>136</sup> Evaluering av mineralloven, s. 57.

## 5. Bedömningen av tillstånd för Nussir-gruvan

### 5.1 Inledning

Under detta kapitel presenteras gruvprojektet tillhörande Nussir ASA, kallad Nussir-gruvan, och tillämpningen av minerallagen vad gäller ansökan om driftkoncession, vilket är ett av de centrala besluten för att kunna realisera ett gruvprojekt (se ovan kap. 4.1).<sup>137</sup> Nussir-fyndigheten är beläget i Finnmark fylke, dvs. inom ett område med förstärkt rättsligt skydd för samisk kultur. Fokus i beskrivningen nedan ligger således på hur samiska intressen och rättigheter har beaktats i beslutsprocessen samt vilka villkor som ställts för att skydda renskötseln. Fallstudien illustrerar de komplexa bedömningar och de "trade-offs" som beslut om mineralutvinning inrymmer i förhållande till norsk lagstiftning.

Nussir är det största gruvprojektet i Norge i modern tid. Tillståndsprocessen har tagit ungefär 10 år (*reguleringsplan, utslippstillatelse, driftskonsesjon*).<sup>138</sup> Genom etableringen av gruvan beräknas att utvinningen av koppar bidrar till ökade exportintäkter samt ger tillskott till samhällsekonomin nationellt och lokalt. Kopparfyndigheten (Nussir och Ulveryggen) upptäcktes i slutet av 1970-talet och anses vara Norges största kopparfält.<sup>139</sup> Mellan 1972 och 1978

skedde här kopparbrytning i dagbrott från Ulveryggen.<sup>140</sup>

Det norska gruvföretaget Nussir ASA, som bildades 2005, har erhållit alla de nödvändiga tillstånden då *Kongen i statsråd* (regeringen) efter överklagan godkände tillståndet för gruvverksamhet (*driftskonsesjon*) i november 2019. Tillståndet gäller för båda kopparfyndigheterna, Nussir och Ulveryggen. Brytning kommer ske under jord och produktionsperioden är beräknad till 25–30 år. Bolaget planerar att starta upp verksamheten under 2021.<sup>141</sup> Nussir ASA har nyligen (mars 2021) skrivit samarbetsavtal med Hammerfest kommun som befäster att man har stöd från politiker och att man avser att bygga upp ett långsiktigt partnerskap med kommunen.<sup>142</sup>

Projektet är som nämnts kontroversiellt,<sup>143</sup> och Sametinget, samiska organisationer samt de två berörda renbetesdistrikten har motsatt sig gruvdrift i Nussir p.g.a. kumulativa effekter för berörd renskötsel; det finns redan kraftledning- och fritidshusbebyggelse i området. Förutom samisk renskötsel finns traditionellt samiskt fiske i fjordar och kustområden (*sjøsamer*).<sup>144</sup> Tidigare näringsminister Torbjørn Røe Isaksen (H) har uttalat att Nussir-gruvan bidrar till uthållig utveckling, ekonomisk tillväxt, exportintäkter i norr samt stärker lokalt näringsliv med nya ar-

---

<sup>137</sup> Jfr även Dannevig, Halvor och Brigit Dale, "The Nussir case and the battle for legitimacy: Scientific assessments, defining power and political contestation", i: *The will to drill – Mining in Arctic communities*, Brigit Dale, Ingrid Bay-Larsen, Berit Skorstad (red.), Springer 2017; Ivsett Johnsen, Kathrine, "Land-use conflicts between reindeer husbandry and mineral extraction in Finnmark, Norway: contested rationalities and the politics of belonging", *Polar Geography* 2016.

<sup>138</sup> Nussir ASA lämnade in ansökan för driftkoncession 6 maj 2016 till DMF. Se vidare om handläggningen Närings- och fiskedepartementet, "Vedtak om driftskonsesjon for Nussir og Ulveryggen kobberforekomst", ref 17/4845-30, beslut 2019-02-14, s. 2–3.

<sup>139</sup> Malmen innehåller även silver och guld.

---

<sup>140</sup> Närings- och fiskedepartementet, "Vedtak om driftskonsesjon for Nussir", s. 2.

<sup>141</sup> Se <https://nussir.no/> (hämtad 2021-03-31).

<sup>142</sup> Se <https://nussir.no/news/nussir-signs-cooperation-agreement-with-hammerfest-municipality/> (hämtad 2021-03-31).

<sup>143</sup> Se exv. Horn, Knut-Sverre et al., "Historisk milliardkontrakt gir håp om gruvestart i Finnmark", NRK 2020-08-11: <https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/milliardkontrakt-gir-hap-om-gruvestart--men-lenkejengener-klar-1.15118502> (hämtad 2021-03-31).

<sup>144</sup> Närings- och fiskedepartementet, "Vedtak om driftskonsesjon for Nussir", s. 8 f. och 20 f.

betstillfällen och industriell kompetens.<sup>145</sup> Han menade att det i beslutet om driftkoncession tagits stor hänsyn till renskötseln och samisk kultur, t.ex. måste bolaget stoppa driften helt under kalvningsperioden. Aili Keskitalo, Sametingets president, har uttalat att då kopparhalten i gruvan endast motsvarar 0,07 % av det globala kopparbehovet står det inte i proposition till ingreppet i samiska näringar. Samtidigt innehåller Nussir den största kopparförekomsten i Norge som man känner till, enligt *Norges geologiske undersøkelser* (NGU).<sup>146</sup> Emellanåt framställs Nussir-gruvan som den nya "Alta-saken".<sup>147</sup> Den konflikten rörde en vattenkraftsutbyggnad och pågick främst under 1970-talet och början av 80-talet. Även här var miljöintressen och samiska intressen starka, och föranledde massprotester och civil olydnad.

Det är främst samiska rättigheter och miljöintressen som gör den planerade Nussir-gruvan komplicerad. Närings- och fiskedepartementets beslut den 14 februari 2019 om att ge driftkoncession till Nussir ASA, det sista centrala tillståndet som krävs för att starta upp gruvverksamhet, överklagades av representanter från miljörelsen, samiska rättighetshavare och Sametinget till *Kongen i statsråd*.<sup>148</sup> det betyder att överklagan bedöms av regeringen som helhet.<sup>149</sup> Efter en

förnyad prövning av de klagandes synpunkter lämnade regeringen överklagan utan avseende den 29 november 2019.<sup>150</sup> Tillståndsprocessen är därmed slutförd.

## 5.2 *Reguleringsplan, miljö tillstånd och utvinningsrätt*

*Reguleringsplan* för Nussir-gruvan antogs av Kvalsund kommun 8 maj 2012 gällande utvinning av koppar. Genom planläggningen har kommunen önskat att underlätta för gruvverksamhet och menar att gruvan kommer ge en positiv samhällsutveckling inom kommunen, särskilt vad gäller ökade arbetstillfällen.<sup>151</sup> Planen blev slutligt godkänd genom Kommun- och moderniseringsdepartementets beslut den 20 mars 2014.<sup>152</sup> I samband med *reguleringsplanen* och medföljande KU redogjorde Nussir ASA för renskötselns markanvändning och påverkan från den planerade gruvan.<sup>153</sup>

När det gäller miljö tillståndet har Nussir ASA fått *utslippstillatelse* av *Miljødirektoratet* den 15 januari 2016 bl.a. för att deponera resterna från gruvbrytningen i Repparfjorden.<sup>154</sup>

---

trasigneras av statsministern. Se Gisle, Jon, *Jusleksikon*, Kunnskapsforlaget (3 uppl.) 2007, s. 171 f. (*kongelig resolusjon*).

<sup>150</sup> Kongelig resolusjon: "Klage over Nærings- og fiskeridepartementets vedtak", s. 23–24.

<sup>151</sup> Närings- og fiskedepartementet, "Vedtak om driftskonsejjon for Nussir og Ulveryggen kobberforekomst", s. 3 och 6.

<sup>152</sup> Se även Fauchald, Ole Kristian, "Regulating Environmental Impacts of Mining in Norway", *Nordisk Miljörättslig Tidskrift* 2014, s. 60.

<sup>153</sup> Se Nellemann, Christian og Ingunn Ims Vistnes, "Foreslått utbygging av Nussir gruver i reinbeitedistrikt 22 Fieltar – konsekvenser for reindriften i 22 Fieltar og 20 Fálá.", Norut rapport 2011:2 (på uppdrag av Sweco), 2011. En sammanfattning finns i "Reguleringsplan med konsekvensutredning for planlagt gruve drift i Nussir og Ulveryggen i Kvalsund kommune", Sweco (på uppdrag av Nussir ASA), 2011, s. 75–78 och 122.

<sup>154</sup> Se Miljødirektoratet, "Oversendelse av tillatelse til virksomhet etter forurensningsloven – Nussir ASA", ref. 2016/398, 2016.

---

<sup>145</sup> Se exv. Idivuoma, Mariela, "Nussir-saken: Her er argumentene", NRK 2019-02-23: [https://www.nrk.no/sapmi/nussir-saken\\_-her-er-argumentene-1.14440751](https://www.nrk.no/sapmi/nussir-saken_-her-er-argumentene-1.14440751) (hämtad 2020-10-30).

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Se Funderud Skogvang, *Samerett*, s. 30–32; Bernhardsen Nordvåg, Hanne, "Altaelvas vokter", NRK 2019-12-14. Se [https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/xl/alfred-nilsen-ledet-alta-aksjonen\\_-\\_na-besoker-handemningen-for-forste-gang-1.14796667](https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/xl/alfred-nilsen-ledet-alta-aksjonen_-_na-besoker-handemningen-for-forste-gang-1.14796667) (hämtad 2020-09-28).

<sup>148</sup> Se punkt 4 Klagesaker m.m., <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/offisielt-fra-statsradet-29.-november-2019/id2680403/> (hämtad 2020-09-25).

<sup>149</sup> En *Kongelig resolusjon* är ett beslut fattat av *Kongen i statsråd*, i realiteten ett beslut fattat av regeringen i formellt möte. Resolutionen signeras av kungen och kon-



I bedömningen av driftkoncessionen hänvisar *Miljødirektoratet* till att verksamheten fått stränga villkor vad gäller buller och utsläpp av kemikalier samt övervakning av direkta och indirekta utsläpp. Beslutet från *Miljødirektoratet* blev överklagat och upprätthållet av Klimat- och miljödepartementet 19 december 2016.<sup>155</sup> Nussir ASA har även sökt och erhållit utvinningsrätt för statens mineral,<sup>156</sup> vilket är en förutsättning för att kunna få driftkoncession (jfr minerallagen 43 § 2 st.).

### 5.3 Konsultationer

Närings- och fiskedepartementet (NFD) har i behandlingen av driftkoncessionen sammanfattat de konsultationer som hållits med samiska representanter. Departementets uppfattning är att man uppfyller kraven på konsultationer då det i alla led i tillståndsprocessen har hållits omfattande konsultationsmöten både med Sametinget och berörda renbetesdistrikt. Före beslut om driftkoncession har två konsultationsmöten hållits mellan departementet och renbetesdistriktet Fálá och Fiettar (8 maj 2018, 30 nov. 2018), där också Sametinget deltog. Det har hållits två möten med Sametinget, på administrativ nivå (29 jan. 2019) och på politisk nivå (11 feb. 2019). I samband med handläggningen av överklagan har departementet genomfört nya konsultationer med Fálá och Fiettar (11 juni 2019) och med Sametinget på administrativ nivå (24 okt. 2019) och politisk nivå (25 november 2019).<sup>157</sup>

Sametinget hade i överklagan av departementets tillståndsbeslut (*Kongen i statsråd*) fört

fram bl.a. att det inte hållits *reella* konsultationer med renbetesdistriktet, med hänsyn till de krav som följer av ILO-konvention 169 artikel 6 och 15 samt MPR artikel 27. Departementet bemötte dessa grunder för överklagan och uttalade först att resultatet av konsultationsmötena utgör en del av beslutsunderlaget för tillståndsbeslutet samt överklagan. Vidare menade departementet att det centrala var *att* konsultationer blir hållna och att de är avslutade *före* beslut tas. Departementet har även tolkat att artikel 15.2 i ILO-konventionen primärt medför en konsultationsplikt, men att denna inte går längre än det som följer av norsk rätt. Renbetesdistriktet kan även kräva ersättning för skador och olägenheter från verksamheten.<sup>158</sup> Departementet visar även till att Sametinget och departementet var eniga om att det inte behövdes fler konsultationsmöten då parterna var överens om att man inte skulle kunna nå enighet i frågan. Således var konsultationer hållna genom hela handläggningen av ärendet och departementet ansåg att de norska reglerna i konsultationsordningen mellan statliga myndigheter och Sametinget var uppfyllda.

### 5.4 Bedömningen av driftkoncession

Vid en samlad bedömning av överklagan (*Kongen i statsråd*) konkluderade departementet att driftkoncessionen, med beaktande av kumulativa ingrepp och verksamheter i området, inte kommer att medföra en så stor belastning att renskötseln hindras eller starkt begränsas, och beslutet kommer därmed inte i strid med MPR artikel 27. Även om de hänsyn som ska tas till samiska intressen enligt minerallagen 43 § talade emot att en driftkoncession skulle beviljas, menade departementet att de samhällsekonomiska fördelarna av gruvdriften tillsammans med de strikta villkor som var satta för verksamheten

---

<sup>155</sup> Närings- och fiskedepartementet, "Vedtak om driftskonsesjon for Nussir", s. 3 och 6 f.

<sup>156</sup> Närings- och fiskedepartementet, "Vedtak om driftskonsesjon for Nussir", s. 11.

<sup>157</sup> Se Kongelig resolusjon: "Klage over Nærings- og fiskeridepartementets vedtak 14. februar 2019 om tildeling av driftskonsesjon til Nussir ASA for utvinning av Repparfjord kobberforekomst", saksnr. 19/5729, beslut 2019-11-29, s. 20.

---

<sup>158</sup> Kongelig resolusjon: "Klage over Nærings- og fiskeridepartementets vedtak", s. 21 f.

medförde att driftkoncessionen kunde tillåtas.<sup>159</sup> Beslutet togs 29 november 2019.

Beslutet om driftkoncession från Närings- och fiskeridepartementet (NFD) – den 14 februari 2019 – är 47 sidor långt och överklagan till *Kongen i statsråd* är 24 sidor. Prövningen i överklagan följer i stort sett NFDs bedömning och nedan redogörs i huvudsak för departementets ursprungliga tolkning och tillämpning av reglerna i minerallagen. NFD har begränsat sin prövning av ansökan om driftkoncession mot bakgrund i det Kommun- och moderniseringsdepartementet beslutat om i samband med godkännande av *reguleringsplanen* och det *Miljødirektoratet* beslutat om gällande miljötillståndet.<sup>160</sup> De centrala bestämmelserna i minerallagen är 1 § och särskilt 2 § där de viktigaste hänsynen som omnämns ska beaktas i beslutsfattandet. Vidare anger 43 § villkoren för bedömningen om driftkoncession kan tillåtas, och när det gäller gruvbrytning i Finnmark hänvisas till 17 § som anger de särskilda hänsyn som ska tillvaratas för berörda samiska intressen. I en helhetsbedömning ska även beaktas om gruvprojektet är ekonomiskt genomförbart, och huruvida sökanden har tillräcklig kompetens för att bedriva verksamheten (43 §), liksom om mineraluttag sker enligt vedertagna och lämpliga metoder och processer (*bergfaglig forsvarlig drift*) (41 §).

NFD har bedömt att bolagets kompetens uppfyller minerallagens krav och att upplägget är säkrat mot svängningar i bl.a. kopparpriset så att lönsamheten kan garanteras på lång sikt. Departementet konstaterar att Nussir ASA har valt en gruvdesign och brytning som är välkänd och etablerad. Beloppet för ekonomisk säkerhet sattes till dryga 15 miljoner norska kronor, och ska vara säkrad vid eventuell framtida konkurs. Vart

femte år ska företaget lämna rapport och DMF ska vid varje period bedöma om den ekonomiska säkerheten är tillfredsställande.<sup>161</sup>

Sammanfattningsvis har NFD bedömt att projektet inte kommer att hindra eller väsentligen begränsa möjligheterna för renskötsel, och inte heller begränsa samisk kultur lokalt. Nussir ASAs ansökan, menar departementet, visar på en samhällsmässigt relevant mineralutvinning i enlighet med principen om en uthållig utveckling och uppfyller minerallagens syfte. NFD menar att kraven i minerallagen 43 § är uppfyllda.

#### 5.4.1 *Bedömningen av påverkan på samiska intressen*

När det gäller markanvändningskonflikter med renskötseln är det renbetesdistrikt 22 (Fiettar) och 20 (Fálá) som blir påverkade av gruvprojektet, och Fálá i mindre utsträckning eftersom distriktet flyttar igenom området vår och höst, till och från sommarbetet, och nyttjar området endast periodvis. Fiettar kommer störas mer eftersom gruvan har sin verksamhet inom distriktets gränser och man använder betesområdet från vår till höst; flera flyttleder skär igenom området. Enligt Fiettar kommer gruvan utgöra ett avsevärt ingrepp i kalvningsområden, höst- och vårbete och flyttleder; den ytterligare fragmenteringen av sommarbetet p.g.a. gruvan och befintliga samt planerade verksamheter i området uppfattas som mycket problematiskt. De samiska representanterna hänvisar sammanfattningsvis till det skydd som samisk kultur har enligt norsk rätt och folkrätt. Sametinget påpekade särskilt att NFD var skyldiga att företa en samlad bedömning av gruvans påverkan, något man menade inte blivit gjort vid tidigare tillståndsbeslut.<sup>162</sup> När det gäller negativa effekter på *sjøsamisk* fiske från föroreningar har *Miljødirektoratet*

<sup>159</sup> Kongelig resolusjon: "Klage over Närings- og fiskeridepartementets vedtak", s. 21 och 23.

<sup>160</sup> Närings- og fiskedepartementet, "Vedtak om driftskonksesjon for Nussir", s. 45.

<sup>161</sup> *Ibid.*, s. 13–16, 43, 45.

<sup>162</sup> *Ibid.*, s. 9, 21 och 30.

bedömt detta i samband med *utslippstillatelsen* där man konkluderade att påverkan inte är särskilt stor; NFD beaktar dock konsekvenserna för fiskesamisk kultur vid helhetsbedömningen men det föranleder inga särskilda villkor.<sup>163</sup>

Det beslutsunderlag som ligger till grund för NFDs bedömning vad gäller påverkan på samiska intressen och den hänsyn som ska tas till samisk kultur är, förutom ansökan, konsekvensutredningar, yttranden samt konsultationsmöten med samiska representanter.<sup>164</sup> När det gäller konsekvenserna för renbetesdistrikten bedöms det noggrant eftersom Nussir-gruvan framförallt påverkar renskötseln negativt.

NFD går först igenom relevanta bestämmelser i minerallagen, rennäringslagen och finnmarkslagen. Mest utrymme ges till tolkningen av minerallagen 17 § 3 st. där det stadgas att en ansökan kan avslås om hänsyn till samiska intressen talar emot att bevilja ansökan, och i denna bedömning ska samisk kultur, renskötsel, traditionella näringar och samhällsliv ges betydlig vikt (se kap. 3.2.2 ovan). Här hänvisar NFD till nuvarande och tidigare förarbeten när det gäller avvägningen mellan i vilken grad samiska intressen blir skadelidande och nyttan av andra viktiga allmänna intressen; de samiska intressena ska inte ges avgörande betydelse vid en sådan avvägning men man ska beakta de kumulativa effekterna av alla ingrepp i renskötselns markanvändning över tid.<sup>165</sup>

Av minerallagen 6 § framgår att vid beslut ska det säkerställas att Norges folkrättsliga förpliktelser följs; här är MPR och ILO-konventionen 169 särskilt centrala. Vid bedömningen av driftkoncessionen sker en slutavvägning av fördelar och nackdelar av ansökan och gruvverksamheten, och NFD anger att renskötseln har en

särställning eftersom artikel 27 anger en absolut gräns för vilka ingrepp i kulturen som kan tillåtas.<sup>166</sup> NDF går igenom rättspraxis från Mäniskorättskommittén vad gäller tillämpningen av artikel 27, där NFD konkluderar att det är de *samlade* ingreppen för renskötseln i området (tidigare och aktuella) som är avgörande om det sker ett brott mot artikeln, liksom om renskörtarna blivit involverade i beslutsprocessen och vilka anpassningar av gruvverksamheten som diskuterats med hänsyn till skyddet för renskötseln. Ökad arbetsbörda och merkostnader isolerat sett utgör dock inte ett brott mot artikeln. Om det bedöms att gruvdriften innebär att samernas rätt till sin kultur (här renskötsel) kränks enligt artikel 27 kan inte tillstånd ges enligt minerallagen 43 §. Även i de tillfällen där artikel 27 inte överträds ska betydlig vikt ges till samiska intressen i bedömningen av ansökan, enligt departementet.<sup>167</sup> Någon redogörelse för relevanta artiklar i ILO-konventionen 169 eller gruvdriftens påverkan på skyddet enligt konventionen görs inte.

Departementet har hänvisat till att Nussir ASA kommer använda existerande infrastruktur efter en gruvverksamhet på 1970-talet samt att verksamhet redan idag pågår i området (kross och deponiverksamhet) men att gruvdriften sannolikt kommer innebära ytterligare störningar på renskötseln. Då det inte rör sig om dagbrott kommer verksamheten inte vara lika arealkrävande; markytan som berörs är koncentrerat till ca 0,4 km<sup>2</sup> eftersom merparten av verksamheten pågår under jord.<sup>168</sup> Enligt NFD kommer störningar främst ske p.g.a. 1) ökad aktivitet i området: trafik, buller och damm, 2) minskade betesmarker genom de anläggningar och infrastruktur som behövs för gruvverksamheten

---

<sup>163</sup> Ibid., s. 21, 31 och 35 f.

<sup>164</sup> Ibid., s. 21. Se vidare avsnitt 6.8.

<sup>165</sup> Ibid., s. 23 med hänvisning till Ot.prp. nr. 53 (2008–2009) s. 141 samt Ot.prp.nr.43 (2008–2009), s. 107.

<sup>166</sup> Närings- och fiskedepartementet, "Vedtak om driftskonsesjon for Nussir", s. 27.

<sup>167</sup> Ibid., s. 27 f.

<sup>168</sup> Ibid., s. 31 f.

(Nussir-malmen), och 3) trafik mellan gruvöppningen för Ulveryggen och gråbergssupplag som hindrar en flyttled. Den negativa påverkan antas vara större vid anläggningsfasen än vid drift.<sup>169</sup>

Det är denna tredje del som diskuteras mest, och här visar NFD till 22 § 2 st. i rennäringslagen som stadgar att flyttleder inte får stängas; det var dock osäkert om gråbergssupplagen och transport av malm kommer att påverka flyttleden så att den helt avskärs. Oaktat detta menade departementet att det kommer försiggå betydande aktivitet i förhållande till Ulveryggen och p.g.a. renskötseln särskilda skydd fanns behov för villkor för att begränsa störningarna.<sup>170</sup>

*Fylkesmannen* i Finnmark (numer *Statsförvalteren*)<sup>171</sup> hade föreslagit minskad aktivitet i området från 1 maj till 15 juni, medan Nussir ASA ville skapa egna villkor i dialog med renskötseln. Departementet poängterade dock att även om man var för dialog mellan verksamheterna, låg ansvaret för att skydda samisk renskötsel på myndigheterna. Man fann, i likhet med *Fylkesmannen*, att det fanns fog för att ställa villkor om att verksamheten ska *upphöra* under denna viktiga period för renskötseln. I tillägg anger man ett annat villkor under perioden 15 april–1 oktober då Fiettar har renar i området och då båda distrikten flyttar till vinterbetesområden; verksamheten vid Ulveryggen att de ska under denna period *minskas* i jämförelse med övriga delar av året och detta ske i samförstånd med renskötseln (via samrådsmöten). NFD ställer även villkor för gråbergssupplaget vid Ulveryggen ska planeras kontinuerligt för att öka framkomligheten för renskötseln. Vidare, när verksamheten upphör ska det planeras över deponierna. Totalt sett menar departementet att en minskad verksamhet i området tar hänsyn till

renskötseln i dess mest sårbara period. Som alternativ anger NFD att de kan neka tillstånd för Ulveryggen helt, men de menar att med stränga villkor finns det inte behov för det.<sup>172</sup>

Departementet anger att renskötseln, trots villkoren, kommer att bli negativt berörda av verksamheten, och det var särskilt viktigt att bedöma de kumulativa effekterna av andra verksamheter samlat. Fiettar har särskilt angett att de redan var starkt påverkade av E6:an, fritidshusområdet i Repparfjorddalen, vattenkraftutbyggnad (Korselva kraftverk), krav på att reducera renantalet och utbyggnad av kraftledningen mellan Balsfjord och Skaldi. Vidare, år 2013 avslogs en tillståndsansökan för en vindkraftspark (Aurora Vindkraft AS, *Kalvvatnan-saken*) främst med hänsyn till renskötseln och biologisk mångfald. NFD går igenom vardera ingreppet och den bedömning som skett för varje ärende, och summerar att det inte finns skäl att neka tillstånd till driftkoncession trots ingrepp från flera kumulativa verksamheter, dvs. de utgjorde inte ett brott av artikel 27 i MPR.<sup>173</sup> Sammanfattningsvis anger departementet att det rör sig om en ganska liten yta (0,4 km<sup>2</sup>) som gruvverksamheten tar i anspråk och det, tillsammans med en nerskalad verksamhet i angiven period (för kalvning och flyttning), inte kommer öka den samlade belastningen på renskötseln som förhindrar eller avsevärt begränsar renskötseln i området. Det har även företagits konsultationer med berörda parter och samiska representanter har kunnat ge yttranden under processens gång, framhåller departementet.<sup>174</sup> Den processuella sidan är en viktig del i en bedömning av huruvida artikel 27 upprätthålls av staten. NFD har således, enligt egen utsago, lagt "*vesentlig vekt*" på samiska intressen enligt minerallagen 17 § 3 st.

<sup>169</sup> Ibid., s. 31.

<sup>170</sup> Ibid., s. 33.

<sup>171</sup> Liknar den svenska Länsstyrelsen. Namnbytet skedde 1 januari 2021.

<sup>172</sup> Närings- och fiskedepartementet, "Vedtak om driftskoncession for Nussir", s. 33–35.

<sup>173</sup> Ibid., s. 35.

<sup>174</sup> Ibid., s. 36 f.

I överklagan av NFDs beslut återopade de tre samiska klagandena<sup>175</sup> att beslutet var i strid med flera folkrättsliga dokument: särskilt MPR artikel 27, men även ILO-konvention 169 artikel 14 och 15, EKMR<sup>176</sup> artikel 1 tilläggsprotokoll 1 och Urfolksdeklarationen artikel 29 och 32.<sup>177</sup> Här hänvisades till NFDs utredning och bedömning att tillståndet är i enlighet med det som stadgas i MPR artikel 27; man uttalar även att artikeln typiskt sett uppställer en hög tröskel för att ett ingrepp ska medföra en kränkning av artikeln.<sup>178</sup> Vad gäller ILO-konventionen 169 uttalades att minerallagen generellt anses följa kraven i konventionen och att den inte är direkt inkorporerad i norsk rätt – enskilda kan alltså inte direkt åberopa konventionens artiklar, utan myndigheter ska tolka norsk rätt i ljuset av konventionen (fördragskonform tolkning).<sup>179</sup> Åberopandet av artikel 1 i protokoll 1 i EKMR rör kränkning av egendomsskyddet, och här uttalades att tillståndet inte medför en sådan kränkning och Nussir ASA har inte heller ansökt om att exproprieras renskötselrätten i området.<sup>180</sup> Om Urfolksdeklarationen uttalades att den inte är rättsligt bindande och att norsk samepolitik generellt anses uppfylla deklarationens krav.<sup>181</sup>

I överklagan kommer man fram till att även om Nussir-gruvan kommer innebära negativa konsekvenser för renskötseln i området och sa-

miskt kulturliv (och natur och miljö) kommer de positiva samhällsekonomiska effekterna – tillsammans med villkoren för tillståndet – överväga.<sup>182</sup>

#### 5.4.3 Villkor för koncessionen

NFD har ställt specifika villkor för hänsyn till renskötseln för att minimera störningar (för anläggnings- och driftsfas), vilka inte ändrades efter överklagan. Dem viktigaste villkoren är:<sup>183</sup>

1. Det skal ikke være drift eller annen aktivitet i tilknytning til Ulveryggenforekomsten i perioden 1. mai til 15. juni. Dette innebærer at det ikke skal være aktivitet på veien fra industriområdet på Øyen og opp til påhugget til Ulveryggen, eller mellom påhugget til Ulveryggen og avlossingsplassen ved styrtsjakten.
2. I perioden 15. april til 30. april og perioden 16. juni til 1.oktober skal det være lavere aktivitet i samme område som angitt i vilkåret over. Formålet er å påvirke reindriftens bruk av området minst mulig under gruedriften. Plan for redusert aktivitetsnivå i perioden, og hvilke tiltak som gjøres for å ta hensyn til reindriften, skal fremgå av den til enhver tid godkjente driftsplanen.
4. Ved påhugget til Ulveryggen og i området frem til avlossingsplassen ved styrtsjakten, skal det ikke settes opp konstruksjoner eller lagres utstyr og lignende som er til hinder for reindriften.
8. Gråbergsdeponiet ved gruveåpningen til Ulveryggen skal planeres og gjøres fremkommelig for reindriften.

Av villkoren framgår at anpassningarna rör Ulveryggen (se ovan kap. 5.4.1). Villkor 1 innebär att verksamheten *helt* måste upphöra under 1,5

<sup>175</sup> Det var sex klagande: Sametinget, renbetesdistrikten Fielttar och Fálá samt tre miljöorganisationer. Se Kongelig resolusjon: "Klage over Nærings- og fiskeridepartementets vedtak", s. 3.

<sup>176</sup> Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>177</sup> Sametinget och Fielttar hänvisar även till Rasdiskrimineringskonventionen artikel 5 (diskriminering, bl.a. rätten att äga egendom).

<sup>178</sup> Kongelig resolusjon: "Klage over Nærings- og fiskeridepartementets vedtak", s. 16–21.

<sup>179</sup> Ibid., s. 22.

<sup>180</sup> Ibid.

<sup>181</sup> Ibid., s. 23. Här hänvisas till St.prp nr. 1 (2007-2008) s. 287.

<sup>182</sup> Kongelig resolusjon: "Klage over Nærings- og fiskeridepartementets vedtak", s. 23.

<sup>183</sup> Nærings- og fiskedepartementet, "Vedtak om driftskonsesjon for Nussir", s. 5.

månader med hänsyn till renskötseln. Villkor 2 anger att verksamheten ska *begränsas* i aktivitetsgrad i anslutning till den period som anges i villkor 1, dvs. ca 2 veckor före samt 3,5 månader efter. Villkor 4 och 8 rör hänsyn så att det ska vara bra framkomlighet för renar och renskötare.

## 6. Slutsatser och diskussion

Syftet med artikeln har dels varit att redogöra för hur samiska rättigheter tillvaratas vid tillståndsprocessen, särskilt vad gäller minerallagens bestämmelser, och dels illustrera hur reglerna har tillämpats i det aktuella gruvprojektet Nussir. De trösklar som finns enligt norsk rätt är främst kommunens beslut om *arealplan*, huruvida de planlägger för gruvdrift eller inte, samt prövningen av ansökan om driftkoncession, vilket sker sent i tillståndsprocessen. Kontroversiella gruvprojekt kan alltså bli stoppade tidigt av reglerna i plan- och bygglagen, genom kommunens starka självstyre vad gäller planläggning. Oftast krävs det en *reguleringsplan* vid gruvetableringar och en konsekvensutredning (KU) då genomförandet av en sådan plan kan medföra betydande påverkan på miljön och samhället. Här ska effekter på "samisk natur- och kulturgrundlag" utredas, liksom kumulativa effekter för renskötseln. I KU ska även sociala konsekvenser av en planerad gruvdrift utredas, vilket är en inhems tradition och anpassningen till EU-direktiven om miljöbedömningar har inte förändrat detta.

Vanligen har ett gruvbolag erhållit en godkänd *reguleringsplan* och övriga tillstånd när man ansöker om driftkoncession enligt minerallagen. Här finns dels generella bestämmelser som anger att samiska intressen ska beaktas, och dels specifika bestämmelser som endast gäller för Finnmark. Vid beslut måste framförallt "naturgrundlaget för samisk kultur, näringsliv og samfunnsliv" (2 § punkt b) beaktas; det är en målsättning som minerallagen ska bidra till att uppfylla. Lagrummet infördes med den nya

minerallagen 2009. En annan generell regel som infördes samtidigt är 6 § som anger att minerallagen ska tillämpas i enlighet med folkrättens regler om urfolk och minoriteter. Jag uppfattar den mer som en påminnelse till beslutande myndighet att en fördragskonform tolkning av de norska reglerna ska ske mot bakgrund i relevanta artiklar i de konventioner rörande urfolk och minoriteter som Norge är bunden av. Det är dock tydligt att förarbetena till minerallagen inte avsett att partiellt inkorporera ILO-konventionen, även om Funderud Skogvang har pekat på oklarheter i jämförelse med liknande bestämmelser i andra lagar.

De viktigaste reglerna i minerallagen som gäller för Finnmark är 43 § som hänvisar till 17 §, vilken anger att en ansökan om driftkoncession kan avslås om "hensynet til samiske interesser taler imot at søknaden innvilges" (3 st.) och i bedömningen av ansökan i denna del ska det läggas "vesentlig vekt" på samisk kultur, renskötsel, näringar och samfundsliv. Det framgår även av 17 § 5 st. att om Sametinget anser att ansökan ska nekas då DMF menar att den ska beviljas hänskjuts avgörandet till departementet, alltså Närings- och fiskeridepartementet. DMF eller departementet har hitintills aldrig nekat en driftkoncession med stöd av 17 § 3 st. Dessa geografiskt begränsade bestämmelser har överförts från *bergverksloven* och är alltså inte nya. För närvarande pågår en översyn av minerallagens bestämmelser, bl.a. vad gäller de regler som beaktar samiska intressen; en utgångspunkt, enligt utredningsdirektiven, är de folkrättsliga förpliktelser Norge är bunden av. Det blir alltså den utredning av "samiska bestämmelser" som inte företogs då den nya minerallagen kom till stånd, och som Sametinget varit starkt kritisk till.

Den norska minerallagen innehåller alltså flera bestämmelser som ska tillvarata samiska intressen och samisk kultur, härunder renskötseln rättigheter. De viktigaste reglerna är dock

begränsade till gruvprojekt i Finnmark och innebär en skönsmässig avvägning mellan samiska intressen och flera andra samhällsintressen; stort utrymme ges till DMF och departementet som fattar beslut under lagen. Andra myndigheter, organisationer och berörda parter får normalt yttra sig över en ansökan om driftkoncession, såsom i Nussir-fallet där NFD först skickade ut ansökan på remiss (*høring*) för att få in yttranden angående ansökan. I bedömningen av ansökan tas också hänsyn till tidigare konsekvensutredningar samt konsultationer med Sametinget och renbetesdistrikt.

Nussir-projektet, beläget i Hammerfest kommun i Finnmark, innehåller den största kända kopparfyndigheten i Norge och är den första nya gruvan att etableras i modern tid. Nussir ASA, ett norskt gruvbolag, har fått alla nödvändiga tillstånd för att starta upp gruvverksamheten då regeringen lämnade överklagan utan avseende i november 2019 gällande NFD:s beslut att godkänna driftkoncessionen. Tillståndet gäller för två kopparfyndigheter, Nussir och Ulveryggen. Nussir-fallet illustrerar de komplexa bedömningar och de avvägningar som beslut om gruvetableringar innefattar under norsk rätt – och i ett område där förstärkt skydd för samiska intressen finns.

Gruvprojektet har från start varit mycket kontroversiellt och skapat lokala konflikter vad gäller gruvans miljömässiga påverkan och hänsynen till samiska intressen och rättigheter. Det som är särskilt intressant med Nussir-projektet är att bedömningen sker utifrån de specifika reglerna i minerallagen som rör verksamhet i Finnmark, och visar på de begränsningar av gruvverksamheten som är nödvändiga för att gruvdrift och renskötsel ska kunna samverka i området. Från ett svenskt perspektiv är det föreslaget långtgående villkor för tillståndet, däribland att ingen gruvdrift alls får förekomma under kalvningstiden (försommaren). Även om renbetes-

distrikten menar att detta inte är tillräckligt och att man är hårt trängda av andra befintliga och planerade verksamheter i området, indikerar det ändå vad som är "acceptabelt" utifrån kulturella konsekvenser av en gruvdrift, eller om man så vill social hållbarhet. Uthållig utveckling består som bekant av tre samverkande delar där den sociala dimensionen normalt ges ganska lite utrymme vid beslut om miljöstörande verksamheter. Detta är viktigt eftersom gruvbolaget ska bära sina egna kostnader för verksamheten, i enlighet med principen förorenaren betalar (*polluter pays principle*), där hänsynen till samisk rennäring ingår. Lönsamhetskalkylen bör innefatta även sociala aspekter – på detta sätt kan man institutionalisera social hållbarhet i beslutet.

Sammantaget anger stränga villkor för gruvdrift vad som krävs för att gruvbolag ska kunna bedriva verksamhet i traditionella samiska områden, typiskt sett renskötselområdet. Då NFD behandlade villkoren för tillståndet angav man att ett alternativ var att avslå ansökan vad gällde Ulveryggen, där villkoren skulle gälla, och bara tillåta gruvdrift för Nussir. En viktig grundförutsättning för nya gruvor i traditionella samiska områden är att det ibland kan bli "nej", att reglerna i minerallag och andra lagar åtminstone lägger upp för ett möjligt nekande av tillstånd med hänsyn till renskötseln (och andra samiska näringar), såsom bestämmelsen i 17 § 3 st. minerallagen. Det innebär hänsynstagande av ett urfolks rättigheter och kulturella näringar. Bestämmelserna bör alltså innehålla (tydliga) kriterier för att tillvarata samiska intressen som *kan* innebära att för vissa områden, som redan är hårt trängda av konkurrerande verksamheter eller som är känsliga av andra skäl, kan tillstånd *inte* ges även om mineralfyndigheten är ekonomiskt försvarbar och skulle ge tillskott till samhällsekonomin lokalt, regionalt och nationellt.

Från Nussir-fallet framkommer även att Sametinget och renbetesdistrikten hade en an-

nan uppfattning av gruvans konsekvenser på renskötseln än gruvbolaget och departementet. Det framkommer särskilt tydligt i förhållande till KU. Från samiskt håll kritiserar utredningar för att inte innefatta tillräckligt djup kunskap och förståelse för renskötselns förutsättningar och markanvändning, vilket även känns igen från den svenska sidan vad gäller miljökonsekvensbeskrivningar. Ett alternativ kan vara att låta renbetesdistriktet ansvara för en del av utredningen med ekonomiskt stöd, något som praktiseras bl.a. i Kanada.

I bedömningen av driftkoncessionen ägnas förhållandevis lite utrymme åt huruvida gruvverksamheten uppfyller kraven i ILO-konventionens artiklar, som är den konvention som direkt rör urfolks rättigheter och som Norge är bunden av. Eftersom konventionen inte är direkt inkorporerad, såsom MPR artikel 27 via *meneskerettsloven*, hänvisar departementet till vad tidigare utredningar uttalat om att norsk rätt (minerallagen) uppfyller ILO-konventionens krav. I Sverige har det uttryckts oro över att en ratificering av ILO-konventionen skulle lägga en död hand över nya gruvetableringar i stora delar av Norrland. Nussir-fallet visar på att så inte behöver vara fallet. Norges övriga folkrättsliga förpliktelser ägnas inte heller särskilt stor uppmärksamhet i NFDs bedömning, men betydligt större utrymme än i de fåtal svenska beslut om bearbetningskoncession som finns, vilket heller inte krävs enligt svensk minerallag eller annan lagstiftning. Däremot är bedömningen mer om-

fattande vad gäller artikel 27 i MPR, som genom direkt inkorporering gäller såsom norsk lag. Artikeln skyddar urfolks kulturutövning, däribland traditionella näringar såsom renskötsel. Frågan utreddes om ett ja till driftkoncessionen låg inom ramen för artikel 27. Att urfolket har fått vara med och påverka och kommentera beslutet är ett viktigt moment i en sådan bedömning (konsultationer), liksom kumulativa effekter av andra verksamheter och ingrepp i samma område. Det är en samlad bedömning som måste göras. I detta fall kom departementet fram till att Nussir-gruvan trots allt inte skulle medföra en sådan stor ökning av den totala belastningen för renskötseln i området, särskilt inte då stränga villkor sattes för Ulveryggen.

Slutligen, för att kunna bedöma hur samiska intressen och rättigheter tillvaratas vid tillståndsprocessen rörande gruvetableringar är det viktigt att analysera även annan lagstiftning än minerallagen i sammanhang.<sup>184</sup> Det gäller i Norge såväl som för Sverige och andra länder eftersom flera lagar samspekar i en komplex process. Här har inte funnits utrymme att djupare analysera alla de möjligheter Sametinget och berörda renbetesdistrikt har att påverka beslutsprocesser utanför minerallagen; det föreligger ett forskningsbehov. Vidare är det intressant att följa mineralutredningens kommande förslag vad gäller revisionen av Norges minerallag och skyddet för samiska intressen och rättigheter. Förändringar är nog att vänta.

---

<sup>184</sup> Jfr Ot.prp.nr.43 (2008-2009), s. 99.



## Tillståndsvillkor för klimatutsläpp rörande transporter till och från hamnar och flygplatser – rättsligt olämpligt eller rimlig styrning mot klimatmålen?

Åsa Romson\*, Sofie Hellsten\*\* och Anton Rydstedt\*\*\*

### Abstract

Climate issues have in recent years been raised in relation to different parts of the legal system. This article asks the question whether it would be legally appropriate for environmental permits for transport-intensive facilities in Sweden to include conditions which aims to limit the climate impact from transports. In examining case law both barriers and support for the use of such conditions is found. In this regard a mapping is conducted of the largest ports and airports in Sweden and their permits including the conditions. This revealed the use of 'soft-transport conditions' and difficulties in the permit process to fully assess possible transport measures. The article discusses whether conditions can be set based on transport-efficient measures that are highlighted in transport research.

A conclusion is that permit conditions on transports based on climate considerations could be a complement to general climate policy instruments in the transport sector such as fuel taxes and vehicle requirements. Permit conditions have the advantage that they can be adapted to a specific situation and directly affect the transport choices possible in that situation, which would support

transport efficiency as a main strategy to reduce climate emissions.

### Bakgrund

En kartläggning i forskningsprojektet MERIT<sup>1</sup> uppskattade att 48 % av de nationella klimatutsläppen i Sverige härrör från tillståndspliktig miljöfarlig verksamhet.<sup>2</sup> De största delarna av detta hänför sig till direkta utsläpp från industri- och energianläggningar men kartläggningen pekade på att utsläpp från transporter och arbetsmaskiner som är tätt förknippade med de tillståndspliktiga verksamheterna också bör räknas hit. Bedömningen gjordes att minst en tiondel av utsläppen från inrikes transporter härrör från transporter till och från tillståndspliktiga verksamheter. Det motsvarar 1 760 tusen ton koldioxid årligen vilket får betecknas som en stor utsläppsmängd i nationellt perspektiv.

Främst är det transportintensiva verksamheter som använder stor andel vägtransporter. Dit hör logistikcentra som hamnar, godsterminaler och flygplatser. Miljökonsekvensbeskriv-

---

\* Jur.Dr forskare i miljö rätt och miljöpolitiska styrmedel vid IVL Svenska Miljöinstitutet, samt lärare vid Stockholms universitet. E-post: asa.romson@ivl.se.

\*\* Tekn.Dr. vid IVL Svenska Miljöinstitutet, enheten för miljö tillstånd och åtgärdsstrategier. E-post: sofie.hellsten@ivl.se.

\*\*\* IVL Svenska Miljöinstitutet enheten för miljö tillstånd och åtgärdsstrategier. E-post: anton.rydstedt@ivl.se.

---

<sup>1</sup> MERIT – Miljömålens relevans i MKB och tillståndprocesser, Forskningsprojekt finansierat av Naturvårdsverket, Slutrapport: Naturvårdsverket rapport 6966.

<sup>2</sup> Lindblom & Malmaeus, 2020. Kartläggning av koppling mellan miljö kvalitetsmål och tillståndspliktiga verksamheter. MERIT bakgrundsrapport. IVL Rapport B2397, s. 14. Inrikes transporter står för 34 % av Sveriges klimatutsläpp, om 10 % av dessa transporter kan häröras till tillståndspliktig verksamhet utgör det 3,4 % = 1 760 tusen ton koldioxid.

ningar för Trelleborgs hamn och Landvetters flygplats visar att runt en tredjedel av de totala klimatutsläppen från sådana logistikcentra kan härröra från marktransporter av gods och passagerare till och från anläggningen.<sup>3</sup> Även för tillverkningsindustri med stora volymer gods in och ut från fabriken samt anläggningar som gruvor och avfallsanläggningar kan transporterna utgöra en mycket stor del av den klimatpåverkan som anläggningarna medför totalt.

När det gäller att se hur tillstånden för miljöfarlig verksamhet påverkar styrning av klimatutsläpp har diskussionen hittills fokuserat på de direkta industriutsläppen. Då har frågan om överlappande eller kompletterande styrning med EU:s utsläppshandel varit motiverad, vilket bland annat var frågan i det nyligen avslutade målet om *Preemraff*.<sup>4</sup> Den här artikeln riktar ljuset mot en helt annan del av verksamheternas klimatpåverkan, en indirekt påverkan genom transporter till och från anläggningarna. Dessa klimatutsläpp omfattas inte av utsläppshandeln.

Idag blir transporternas miljöpåverkan i lokalomgivningen i form av luftkvalitet och buller ibland föremål för tillståndens särskilda villkor. Det omfattar sällan klimatutsläpp. Klimatåtgärder finns samtidigt regelmässigt med i verksamhetsutövarens redogörelse för verksamhetens hänsyn till miljön, en redogörelse som omfattar både direkta och indirekta utsläpp och som täcks in av tillståndets allmänna villkor. För

flygplatser sätts ibland ett särskilt villkor om att arbeta med en handlingsplan för utsläpp till luft där även koldioxidutsläpp från marktransporter behandlas.

Vore det rättsligt lämpligt att miljötillstånden för transportintensiva verksamheter inkluderar villkor som begränsar klimatpåverkan från transporterna? Hur hanteras denna fråga när det gäller tillstånd för större flygplatser och hamnar? Dessa frågor försöker denna artikel besvara.

## Disposition

Det är inte självklart att villkor i tillstånd för miljöfarlig verksamhet rättsligt lämpar sig för att reglera åtgärder kring transporter till och från verksamheter, än mindre att göra det av klimatskäl. För att studera detta, och besvara den ovanställda frågan, ställer artikeln upp en strukturerad analys och diskussion i flera steg: En inledande analys görs för att reda ut vilka begränsningar som rättspraxis allmänt ansett finns kring att uppställa transportvillkor. Efter det undersöks om och hur tillståndsprocesserna för Sveriges större flygplatser och hamnar tar upp frågan om klimatutsläpp från mark- och landtransporterna. Den undersökningen föranleder sedan en diskussion om hur olika typer av villkor leder till att transportlösningar utreds, samt vilken nytta som tillsynsmyndigheterna kan ha av mjukt formulerade transportvillkor, t.ex. i form av krav på handlingsplaner. Innan slutsatser kan dras diskuteras också vilka transportåtgärder som transportforskningen visar att hamnar och flygplatser kan vidta för att effektivisera transportarbetet.

## Rättsliga begränsningar för tillståndsvillkor rörande transporter

Den rättsliga möjlighet som idag finns att vid tillstånd sätta så kallade transportvillkor har flera begränsningar. Före miljöbalken trädde

<sup>3</sup> Miljökonsekvensbeskrivning tillhörande ansökan om ändring och utökning av Trelleborgs Hamn, deldom Miljödomstolen Växjö TR 2010-04-24 i mål nr M 867-08. Nytt tillstånd för flygplats Landvetter, deldom Mark- och miljödomstolen Vänersborg TR 2015-06-17 i mål nr M 1030-13.

<sup>4</sup> Ansökan från Preem AB om befintlig och utökad verksamhet vid Preemraff i Lysekil, yttrande från Miljööverdomstolen 2020-06-15 i mål M 11730-18, sedermera tillbakadraget av sökanden. Langlet, David (2019). *Preemraffmålet – Kan Sveriges största koldioxidkällor regleras utifrån sin klimatpåverkan? – analys*, JP Miljönet, 16 augusti 2019.

ikraft innebar lagstiftningen att transporternas påverkan enbart beaktades vid tillåtlighetsprövningen och inte i sättandet av villkor.<sup>5</sup> Detta ändrades med miljöbalkens regel i kapitel 16 § 7 om att det allmänt i tillståndsprövningen ska tas hänsyn till andra verksamheter som kan komma att behövas för att bedriva den verksamhet som tillstånd söks för.

Högsta domstolen tog i rättsfallet om *Hylte bruk*<sup>6</sup> ställning till i vilken utsträckning transporter till och från en miljöfarlig verksamhet kan beaktas vid prövningen av tillstånd för miljöfarlig verksamhet. Den domen klargjorde att transporter till och från en anläggning kan utgöra ett s.k. följdföretag som kan beaktas vid prövningen av en miljöfarlig verksamhet under förutsättning att följdföretaget har ett omedelbart samband med den tillståndsprövade verksamheten. Det ankommer på den som söker tillstånd att redovisa miljökonsekvenserna av transporter till och från en anläggning i anläggningens närområde. Om olägenheterna av transporterna är alltför allvarliga kan ansökan ytterst komma att avslås. I andra fall kan en möjlighet vara att förena ett tillstånd med villkor som reglerar transporterna eller att meddela ett prövotidsförordnande om ett verkligt behov föreligger att skjuta upp tidpunkten för prövning och fastställande av ett slutligt villkor. Högsta domstolen påminde om att det generellt vid villkorsskrivning bara går att sätta sådana villkor som tillståndshavaren har faktiska och rättsliga möjligheter att genomdriva. Domstolen uttalade också att det normalt inte är motiverat att meddela villkor i ett tillståndsbeslut som innebär ett slags indirekt reglering av transportsektorn, t.ex. särskilda avgaskrav på lastbilar och fartyg.

---

<sup>5</sup> Prop. 1997/98:45 del 2 s. 15–16; Bengtsson *et al.*, *Miljöbalken en kommentar* 2019, 16 kap. 7 §. Nilson, Stefan *Företagens transporter kan villkorsregleras – expertreferat JP Miljönet* 2005-01-18.

<sup>6</sup> NJA 2004 s. 421.

Högsta domstolen har inte tagit upp några senare fall avseende transportvillkor. Detta trots att Naturvårdsverket i målet om tillstånd för till exempel Landvetter flygplats sökte prövning bland annat gällande frågan om mer transportintensiva verksamheter ska kunna ges transportvillkor i större utsträckning än industrianläggningar.<sup>7</sup>

Miljööverdomstolen har i ett antal mål utvecklat rättspraxis kring villkor för transporter som följdföretag. I ett flertal mål har Miljööverdomstolen pekat på vikten av att transporternas miljöpåverkan utreds och att även val av transportlösning inkluderas i en sådan utredning. I mål som *Perstorp penta*<sup>8</sup>, *Gruvöns bruk*<sup>9</sup>, *Billerud Kronoborg*<sup>10</sup> och *Wargön bruk*<sup>11</sup> m.fl. satte domstolen villkor för transporterna med s.k. prövotidsförordnande. Detta innebar att verksamhetsutövaren ålades att utreda den miljöpåverkan som transporterna till och från verksamheten kunde orsaka i anläggningens närområde samt möjligheterna att genom val av transportslag eller transportlösningar minska denna påverkan. Även möjliga åtgärder från bolagens sida skulle utredas utifrån miljö- och kostnadsmässiga konsekvenser. Nilsson har beskrivit att villkoren kan reglera transporterna och företagets anpassningsskyldighet utöver lokala åtgärder som att flytta in- och utfart till anläggningen, exempelvis kan de innefatta frågor om val av transporter.<sup>12</sup>

Miljööverdomstolen har däremot lämnat tillstånd utan transportvillkor när utredningar

---

<sup>7</sup> Naturvårdsverkets överklagande av Miljööverdomstolens dom i mål nr M 8675-08, 2010-01-18 dnr 104-271-10 Rj.

<sup>8</sup> MÖD 2004:80.

<sup>9</sup> MÖD 2004:35.

<sup>10</sup> MÖD 2005:23.

<sup>11</sup> MÖD 2005:52.

<sup>12</sup> Nilson, Stefan

*Företagens transporter kan villkorsregleras – expertreferat JP Miljönet* 2005-01-18.

inte visar på att det finns andra och utifrån verksamhetens behov realistiska transportlösningar som är bättre för miljön, eller att möjliga åtgärder för verksamhetsutövaren saknas.<sup>13</sup>

En dom där transportregleringen i tillståndet är tydlig är Miljööverdomstolens dom om Renovas avfallsanläggning i Sävenäs.<sup>14</sup> Här föreskrivs ett väldigt specifikt villkor gällande de avfallstransporter som går till anläggningen:

‘Bolaget skall begränsa utsläppen av kväveoxider genom aktiv transportstyrning och förarutbildning enligt ett program som årligen skall redovisas till tillsynsmyndigheten tillsammans med miljörapporten. Från och med den 1 oktober 2012 skall 75 % av transportarbetet med tunga fordon på väg ske med fordon av lägst miljöklass 2008 (enligt klassificeringen i bilaga 1 till lagen (2001:1080) om motorfordons avgasrening och motorbränslen) eller motsvarande.’<sup>15</sup>

Omständigheten att miljökvalitetsnormer för luft riskerade att överskridas i området bidrog till bedömningen att transporternas utsläpp skulle regleras. Fallet fick dock av andra skäl viss kritik av Rubenson som menade att det utifrån en allmän synvinkel kunde vara problematiskt att styra transporter genom tillståndet för en enskild anläggning då detta inte träffar den stora massan av transporter.<sup>16</sup> Mark och miljööverdomstolen har också senare avslagit yrkanden på transportvillkor som formulerat åtgärder som ‘aktiv transportstyrning’ och ‘förarutbildning’ för avfallsförbränningsanläggning vid

Sjölunda i Malmö.<sup>17</sup> Så även om en mer detaljerad styrning skulle kunna vara motiverad vid en särskilt transportintensiv verksamhet som en avfallsanläggning har domstolen för dessa inte upprätthållit transportvillkor som formulerats som allmänna trafikmiljöåtgärder.

Utifrån det ovan sagda går det att i regelsystemet identifiera i huvudsak fem typer av begränsningar mot att utifrån miljöhänsyn sätta transportvillkor i tillstånd:

1. Transporternas miljöpåverkan handlar till stor del om verksamhetens volym och lokalisering vilket bäst beaktas i tillåtlighetsbedömningen.
2. Villkor ställs enbart på sådant som har omedelbart samband med verksamheten och kan därför bara se till transporter och dess påverkan i den allra närmsta omgivningen.
3. Verksamhetsutövaren måste ha faktiska och rättsliga möjligheter att uppfylla villkor i tillståndet vilket ofta saknas för transporter som sköts av andra.
4. Tillståndsbeslutet ska inte innebära en slags indirekt reglering av transportsektorn i form av t.ex. krav på fordonens miljöprestanda.
5. Av domstolen begärda utredningar kring transporternas påverkan och möjliga åtgärder för miljöhänsyn visar sällan på lämpliga åtgärder som verksamhetsutövaren kan vidta.

För var och en av dessa fem invändningar kan det vara behövligt att precisera innebörden för den fråga vi utreder här.

1) Att bedömningar kring transportlösningar behöver ske vid beslut om lokaliseringen och i förhållande till omfattningen av verksamheten torde vara självklart då påverkan i hög grad beror på dessa faktorer. Villkorsreglering blir här ett komplement för att en verksamhet som an-

<sup>13</sup> *Perstorp formalin* MÖD 2004:79, *Korsnäs Frövi* MMÖD 2011-04-29, *Norvik hamn* MMÖD 2020-04-23.

<sup>14</sup> MÖD 2007:5.

<sup>15</sup> Villkor 34.

<sup>16</sup> Rubenson, Stefan (2007) *Framgång för Naturskyddsförningen i MÖD i Renova-målet – MÖD mål nr M 6043-05 – expertreferat* JP Infonet 2007-02-28.

<sup>17</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom 2015-03-04 i mål M 3761-14.

ses tillätlig ska minimera miljöskadlig påverkan också avseende transporterna. Vid nya anläggningar av transportintensiva verksamheter är lokalisering och den fysiska planeringen särskilt viktiga instrument.

Vid ändring och utökning av befintliga transportanläggningar som hamnar och flygplatser blir dock frågan om villkorsreglering viktigare då omgivningen och möjligheterna att minska transporternas påverkan kan ha ändrats mycket sedan hamnen eller flygplatsen först började användas. När Kapellskärs hamn tillståndsprövades diskuterades om tillståndets ram för antalet förtygsanlöp skulle minska jämfört med ansökan som led i att begränsa transporterna på närliggande vägar. Miljööverdomstolen gick dock på en annan linje och analyserade istället behovet och möjligheten att sätta villkor om åtgärder för transporterna.<sup>18</sup>

Transportvillkor kan alltså spela en viktig roll för att styra val av transporter och främja transporteffektivitet när lokaliseringen och själva tillåtligheten ses som klar. Vid utökad eller förändrad verksamhet för befintliga anläggningar blir detta extra viktigt eftersom lokaliserings- och tillåtlighetsfrågan då inte bedöms lika djupt.

2) Villkor kan bara reglera sådant som har ett omedelbart samband med den tillståndsprövade verksamheten. Transporter till och från anläggningarna är inte en del av själva verksamheten men kan vara så kallade följdföretag, vilket har ett så nära samband med verksamheten att miljökonsekvenserna ska beaktas. För att villkor ska bli aktuella krävs att transporterna bidrar till olägenheter i anläggningens närhet eller inom det område som själva verksamheten påverkar.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Lokala olägenheter som luftutsläpp och trafikskador från transporterna längs E18 upp till 22 km bort beaktades men ansågs inte kräva åtgärder från hamnen, MÖD 2007:55.

<sup>19</sup> MÖD 2005:52.

Om sådan lokal olägenhet finns kan dock villkor ställas på åtgärder som tar sikte på hela transportapparaten.

Hittills är det inte klimatpåverkan som har motiverat villkor för åtgärder om transporter. Många åtgärder som begränsar olägenheter i miljön nära anläggningen innebär samtidigt en begränsning av klimatutsläppen, det är så att säga en positiv sideeffekt. Detta gäller kanske särskilt åtgärder som innebär att tågtransporter väljs framför vägtransporter, men även styrning för att öka fyllnadsgraden i vägfordon och ökad användning av elfordon. Transporternas klimatpåverkan kan inte utlösa behovet av att villkor då det fördetta krävs att det blir en olägenhet i närområdet. Detta förhindrar, som sagts ovan, inte att villkoren föreskriver åtgärder som har flera positiva miljöeffekter. I detta sammanhang kan påminnas om att klimatutsläpp från transporter inte ingår i EU:s handelssystem.

3) Transporter till och från anläggningarna genomförs ofta av andra aktörer än verksamhetsutövaren. Det kan vara leveranser av varor till eller från anläggningen som speditörsföretag ordnar, eller privatpersoner som själva väljer transport till flygplatsen eller båthamnen. Detta gör det svårare att utforma villkor som det finns faktiska och rättsliga möjligheter för verksamhetsutövaren att uppfylla, till exempel kan det vara omöjligt för verksamhetsutövaren att besluta om de exakta utsläppsnivåerna på de fordon som andra aktörer använder för transporterna.

Transporter till och från hamnar och flygplatser görs nästan uteslutande av från operatören fristående aktörer. Frågan om att i tillståndet föreskriva villkor om att alla fartyg ska ansluta till el vid kaj togs upp vid prövning av Södertälje hamn men ansågs inte praktiskt och rättsligt möjligt för hamnen att efterleva då hamnen inte kan neka fartyg att lägga till om de inte använ-

der sig av el från kajen.<sup>20</sup> Om villkoret istället tar sikte på att tillgängliggöra möjlighet för fartygen att ansluta till el från kajen är det något som hamnen kan efterleva.<sup>21</sup> Liknande skulle villkor om att 'tillgängliggöra infrastruktur för tågan-slutning', eller 'att ge incitament för användning av järnvägstransporter genom styrande avgifter' ligga inom det som en operatör av flygplats eller hamn har faktiska och rättsliga möjligheter att efterfölja. Vid utformningen av transportvillkor måste verksamhetsutövarens möjlighet att genomföra dem vara styrande och villkoren måste anpassas till den enskilda situationen. Transportvillkor kan därför typiskt sett inte sättas som begränsningsvärden utan tar sikte på en beskriven transportåtgärd.

4) Det har inte ansetts ändamålsenligt att genomdriva en allmän miljöomställning av transportsektorn genom krav i enskilda tillstånd av miljöfarlig verksamhet. Detta visade Högsta domstolens uttalande om att 'villkor [inte ska] innebära ett slags indirekt reglering av transportsektorn med krav som syftar till en allmänt höjd miljöstandard på transporterna till och från en verksamhet'.<sup>22</sup> Resonemanget utgick ifrån att generella regler riktat till väghållare, fordonstillverkare, drivmedelsproducenter och fordonsägare skulle vara mer effektivt i den mån hänsyn till hälsa och miljö kräver att åtgärder vidtas inom transportsektorn.

Som princip äger denna ståndpunkt fortfarande giltighet. Generella funktionskrav på drivmedel och fordon har stor påverkan på utvecklingen inom transportsektorn som helhet. Men det motsäger inte att transporthanteringen vid

enskilda verksamheter kan begränsa just dessa transporters miljöpåverkan, både lokalt och i vidare perspektiv. Utformningen av transportvillkor bör alltså ta sikte på relevant miljönytta av just de transporter som kan kopplas till verksamheten och inte allmän klimatomställning av hela transportsektorn.

5) Slutligen har en svårighet varit att verksamhetsutövarens utredningar sällan givit ett tillräckligt underlag kring utformning, effekt och uppföljning av transportåtgärder. Att transporterna ofta utförs av andra än verksamhetsutövaren anförs ibland som ett stort hinder för praktiskt genomförbara åtgärder.<sup>23</sup> Kunskapen om vilken miljöeffekt som olika transportåtgärder har är också mindre känd än kunskapen kring de direkta miljöeffekter som en industrianläggning har och för vilka det ofta går att sätta villkor med sifferfatta begränsningsvärden.

Det är i grunden domstolens ansvar att säkerställa att de utredningar som åläggs en verksamhetsutövare genomförs med tillräcklig kvalitet. Även lokala och regionala tillsynsmyndigheter har en viktig uppgift att under prövningsprocessen mer aktivt efterfråga utredningar kring olika transportåtgärder. Detta under förutsättning att det typiskt sett finns åtgärder som är lämpliga och uppfyller kraven ovan. Som framkommer nedan finns det inom transportforskningen allt mer belagt kring miljöeffekterna och de kostnader som olika åtgärder innebär. Det finns också erfarenheter från åtgärdsarbete med koppling till tillstånden för flygplatser och hamnar kring transporter inom ramen för handlingsprogram för utsläpp till luft vilka regelbundet följs upp och kommuniceras med tillsynsmyndigheten. Det borde därför finnas bättre möjligheter att i utredningar faktiskt föreslå åtgärder som kan formuleras som villkor.

---

<sup>20</sup> MÖD 2005:10 'Den som är ansvarig för en allmän hamn kan således, enligt svensk rätt, som huvudregel inte vägra fartyg tillträde till hamnen eller uppställa krav på fartygen för att de skall få trafikera hamnen'.

<sup>21</sup> Villkor 3 för hamnverksamhet vid Stockholm Värtan, Miljööverdomstolen 2011-04-19 i mål M 1956-10.

<sup>22</sup> NJA 2004 s. 241.

---

<sup>23</sup> Norvik hamn, Miljööverdomstolens dom 2020-04-23 i mål M 214-19.

## Reglerar dagens tillstånd för hamnar och flygplatser klimatutsläpp från transporterna dit och därifrån?

Efter denna generella genomgång av rättspraxis om transportvillkor undersöks nu vidare om och hur tillståndprocesserna för Sveriges större flygplatser och hamnar tar upp frågan om klimatutsläpp från mark- och landtransporterna.

Först några generella iakttagelser när det gäller miljöbedömningen. Enligt miljöbalkens kapitel 6 och EU:s s.k. MKB-direktiv<sup>24</sup> är klimat-effekter sådana effekter som ska utredas i miljöbedömningen. Vid miljöbedömningen ska miljöeffekter tas med oavsett om effekten är direkt eller indirekt, kumulativ eller inte, och oavsett om effekterna är lokala eller globala.<sup>25</sup> Naturvårdsverket skriver:

‘Klimatpåverkan är en global fråga, men det kan ändå vara relevant att beskriva till exempel förändrade växthusgasutsläpp från den aktuella regionen eller branschen i Sverige och relatera det till exempelvis regionala mål eller branschspecifika mål.’<sup>26</sup>

Det finns alltså en god grund för att undersöka klimatutsläppen från transporter vid miljöbedömningen trots att dessa är både indirekta i förhållande till verksamheten och har global snarare än lokal påverkan. Utifrån vad som visades ovan är kontrasten här stor mot vilka miljöeffekter som tillståndsvillkoren å sin sida främst berör.

## Flygplatser – från ‘utsläppstak’ till handlingsplaner för utsläpp till luft

Tillståndsprövningarna av flygplatser har när det gäller klimatutsläpp från transporter till och från flygplatserna till stor del handlat om flygets utsläpp. Frågan kring passagerarnas transport till och från flygplatsen har dock även den rönt visst intresse och olika meningar har funnits om flygplatsens möjlighet att påverka dessa marktransporter. Utformningen av villkor har påverkats av den debatt som blev kring det s.k. utsläppstaket för Sveriges överlägset största flygplats, Stockholm Arlanda, varför en utläggning kring detta kan behövas.

Utsläppstaket för Arlanda beslutades 1991 då regeringen gav tillåtlighet till utbyggnaden av en tredje landningsbana. Regeringsbeslutet innehöll en ram för tillståndet vad gäller luftutsläpp av kväveoxider och koldioxid från flygplatsen inklusive dess följdföretag.

‘Utsläppen av koldioxid och kväveoxider från flygverksamheten och marktransporter i anslutning till den vid flygplatsen får senast tio år efter det att rullbanan har färdigställt inte överstiga 1990 års nivå. Luftfartsverket skall till Länsstyrelsen i Stockholms län senast den 1 mars varje år redovisa föregående års utsläpp av kväveoxider och koldioxid från den nämnda verksamheten vid flygplatsen.’<sup>27</sup>

Detta kom att kallas för Arlandas utsläppstak och införlivades som villkor i det tillstånd som koncessionsnämnden gav 1993 och som medgav 372 100 flygrörelser/år. Luftfartsverket som då drev flygplatsen ansåg senare att villkoret skulle komma att begränsa verksamheten så pass att den tredje banan inte kunde användas som

---

<sup>24</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/92/EU av den 13 december 2011 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt.

<sup>25</sup> Prop. 2016/17:200 Miljöbedömningar, sida 185.

<sup>26</sup> Klimataspekten i miljöbedömningar enligt 6 kap. miljöbalken, Naturvårdsverket okt 2019.

---

<sup>27</sup> Regeringsbeslut den 15 augusti 1991, tillstånd enligt 4 kap. lagen (1987:12) om hushållning med naturresurser m.m., villkor 1.

tänkt. De sökte därför om ändring av villkoret men fick 2010 avslag på detta av Högsta domstolen som klargjorde att miljöbalkens relativt restriktiva regler om omprövning av villkor inte var uppfyllda varför tillståndet förblev oförändrat.<sup>28</sup>

Swedavia, som knoppats av från Luftfartsverket och nu driver flygplatsen, påbörjade 2010 en ny prövning av Arlanda för att istället få ett tillstånd utifrån miljöbalken. Ansökan om tillåtlighet enligt miljöbalkens kapitel 17 ingavs till regeringen som 2011 beslutade att inte ta upp frågan utan hänvisade till att flygplatsen kunde ges nytt tillstånd efter process i miljödomstolarna. 2013 gavs tillstånd till Swedavia i deldom från mark- och miljödomstolen, vilket året efter fastslogs av överinstansen utan att transportererna var uppe till prövning, för verksamhet på Arlanda med flyg från tre banor om max 350 000 flygplansrörelser om året vilket följde bolagets ansökan. Detta tillstånd gäller idag. Noteras kan att antalet flygplansrörelser på Arlanda före år 2020 och covid-19 var knappt 250 000. Tillståndets villkor för utsläpp till luft innehåller inte något utsläppstak utan enbart ett specifikt krav på att arbeta med en handlingsplan.<sup>29</sup> Villkoret omfattar koldioxid, kväveoxider och partiklar (PM<sub>10</sub>) från verksamhet både på det direkta flygplatsområdet och från anslutande luft- och marktransporter. I frågan om varför inte utsläppstak ska tillämpas hänvisar domstolen till miljööverdomstolens dom om tillståndsansökan

<sup>28</sup> NJA 2010 s. 77.

<sup>29</sup> Villkor 26 – 'Swedavia ska upprätta en handlingsplan för minskade utsläpp till luft av koldioxid, kväveoxider (NOx) och partiklar (PM10) vid Stockholm Arlanda Airport, och verka för ett genomförande av de åtgärder som beskrivs i handlingsplanen. Handlingsplanen ska uppdateras vart tredje år och fastställas av tillsynsmyndigheten. Genomförda åtgärder ska redovisas i miljörapporten. Åtgärderna ska omfatta Swedavias egen verksamhet som bolaget har direkt rådighet över samt verksamhet som innebär samarbete med andra aktörer på och kring flygplatsen som Swedavia inte har direkt rådighet över, t.ex. marktransporter eller flygtrafiken.'

för flygplatsen på Landvetter 2009. I den domen menar miljööverdomstolen att klimatutsläpp inte ska regleras i särskilda villkor för enskilda verksamheter:

'Utsläpp av koldioxid ger inte upphov till några lokala eller regionala störningar, utan har enbart effekter i ett globalt perspektiv. (...) även om det är angeläget att samhällets totala koldioxidutsläpp minskas, bör sådana utsläpp inte regleras genom villkor i tillståndsbeslut för enskilda anläggningar. Det gäller i synnerhet när utsläppen uppkommer i verksamhetsdelar där utövaren själv har små möjligheter att utveckla teknik mot lägre utsläpp. Det är andra – mer generella – styrmedel än miljöbalkens tillståndsprövning som bör tillämpas.'<sup>30</sup>

Naturvårdsverket yrkade i målet om Landvetter på ett villkor som speglade Sveriges åtagande i Kyotoprotokollet; att flygplatsen skulle uppnå 4 % minskade koldioxidutsläpp 2012 jämfört med 1990, och detta avsåg verksamheten på flygplatsen så väl som flyget inom LTO-cykeln och marktransporter i närområdet. Detta villkor borde, föreslog myndigheten, även innehålla en föreskrift om att om utsläppsminskningen inte klarades så skulle verksamhetsutövaren kunna kompensera för de överskridande utsläppen.

Miljööverdomstolen konstaterar dock att det inte finns något hinder mot villkor som tar sikte på bredare påverkan från transportererna, med hänvisning till miljööverdomstolens dom i målet *Renova*. Domstolen infogar i tillståndet för Landvetter 2009 villkor om att verksamhetsutövaren ska verka för genomförande av de åtgärder som fanns i den handlingsplan för utsläpp till luft som bolaget föreslagit i ansökan, där åtgärder för att begränsa koldioxidutsläpp från transporter inkluderats.

<sup>30</sup> MÖD 2009:46.



Swedavia har efter detta ansökt om nytt tillstånd för en utökad verksamhet på Landvetter. Det nya tillståndet som mark- och miljööverdomstolen godkände 2016 innehåller inte heller det något utsläppstak men villkoret om handlingsplanen för luft sattes i tidigare deldom av mark- och miljödomstolen och skärptes något jämfört med det tidigare tillståndet.<sup>31</sup>

Swedavia ska enligt detta tillståndsvillkor i samråd med tillsynsmyndigheten var tredje år ska upprätta en handlingsplan för minskade utsläpp till luft av koldioxid, kväveoxid och partiklar omfattande både flygplatsverksamhet och luft- och marktransporter<sup>32</sup>. Swedavia åläggs att genomföra de åtgärder som man kan styra över, samt åläggs att verka för övriga åtgärder. Swedavia har hittills valt att inte ta det nya tillståndet i bruk. En anledning till det kan vara att tillståndet även i andra delar skärpte miljökraven något och medgav en ökning med endast 10 000 fler flygrörelser per år trots att bolaget ansökt om att utöka med 40 000. Trots att det nya tillståndet inte tagits i bruk upprättade Swedavia inför 2018 en ny handlingsplan som lämnats till länsstyrelsen som tillsynsmyndighet<sup>33</sup>.

Dagens tillstånd för större svenska flygplatser innehåller alltså inte några direkta transportvillkor avseende marktransporterna. Däremot finns ett särskilt villkor som ålägger verksamhetsutövaren att regelbundet upprätta och genomföra en handlingsplan som även täcker genomförande av åtgärder avseende dessa transporters klimatutsläpp.

### Olika syn på hamnarnas möjligheter att påverka landtransporterna

Sveriges överlägset största hamn, Göteborgs hamn, har i sitt tillstånd ett specifikt transportvillkor:

‘Bolaget ska verka för att transporter till och från hamnen görs på ett miljöanpassat sätt. Godset ska i så hög grad som möjligt transporteras på järnväg eller fartyg.’<sup>34</sup>

Detta villkor gör att hamnen i sina årliga miljörapporter informerar om mängden och andelen gods som vidaretransporteras på järnväg. För 2013 rapporterades till exempel att andelen gods på järnväg minskat något men låg på 48 %.<sup>35</sup> I miljörapporterna tydliggör också hamnen att de stora källorna till utsläpp till luft är framför allt terminalernas arbetsmaskiner och transporter till och från hamnen på land och sjösidan.

En genomgång av andra stora hamnars tillstånd visar dock att transportvillkor saknas. I flera tillståndprocesser för hamnar har frågan om villkor om fartygens miljöpåverkan varit uppe till domstolsprövning, främst avseende buller och utsläpp av kväveoxider till luft<sup>36</sup>. Transporterna på landsidan, främst utifrån den ökade lastbilstrafik som orsakas på vägnätet, har även de varit uppe till bedömning<sup>37</sup>. Däremot visar villkoren i tillstånden för de största hamnarna att det finns olika syn på hamnarnas faktiska möjlighet att påverka transporterna och vilket ansvar som finns att begränsa påverkan från hamnens trafik på allmänna vägar. I tillståndsprövsprocessen om Kapellskärs hamn norr om Stockholm bedömdes den 22 km långa vägen

---

<sup>31</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom 2016-04-28 i mål M 5962-15.

<sup>32</sup> Villkor 11.

<sup>33</sup> Handlingsplan för utsläpp till luft för Landvetter för 2018–2020.

<sup>34</sup> Länsstyrelsen Västra Götalands län, Miljöprövningsdelegationens beslut 2009-06-12, Villkor 16.

<sup>35</sup> Göteborgs Hamn, Miljörapport 2013 s. 17.

<sup>36</sup> *Södertälje hamn* MÖD 2005:10; *Kapellskärs hamn* MÖD 2007:55.

<sup>37</sup> *Kapellskärs hamn* MÖD 2007:55; *Norvik hamn*, tillstånd Mark- och miljööverdomstolen 2015-10-30 i mål M9616-14.

närmast hamnen som starkt påverkad av hamnens transporter. Vägen, en Europaväg E18, ansågs dock vara anpassad för tung trafik och därför behövdes ingen särskild begränsning genom villkorsreglering<sup>38</sup>.

Liknande resonemang har återkommit i prövningen av den nya godshamnen söder om Stockholm, Norviks hamn. I det fallet fanns även frågan om hamnens möjlighet att påverka lastbilarnas val av väg då en betydligt mindre väg kan väljas för transporter som ska söderut via Södertälje. Naturskyddsföreningen yrkade bland annat på att hamnen skulle medfinansiera trafiksäkerhetsåtgärder på den mindre vägen. Mark och miljööverdomstolen avslag detta och anförde som skäl:

‘Transporterna från hamnen kommer i huvudsak att ske på väg 225 och väg 73 vilka är allmänna vägar som Trafikverket ansvarar för. Vägarna är öppna för all slags trafik. Av prövotidsredovisningen framgår att de transporter som hamnverksamheten förväntas generera på väg 225 kommer att röra sig på ett relativt stort avstånd från hamnen och där utgöra en mindre del av den totala trafiken. Av utredningen i målet framgår vidare att redan den befintliga trafiken innebär olägenheter och kapacitetsbrister på vägen. Mot denna bakgrund anser Mark och miljööverdomstolen liksom mark- och miljödomstolen att bolaget inte bör åläggas att medfinansiera åtgärder enligt föreningarnas yrkanden.’<sup>39</sup>

Miljööverdomstolen satte inga slutliga transportvillkor för Norviks hamn trots att samma domstol i tidigare dom slagit fast att lastbilstransporterna till följd av verksamheten vid hamnen

i Norvik lokalt kommer att utgöra en betydande andel av trafiken och att transporterna därmed bör kunna föranleda krav på att bolaget ska vidta skyddsåtgärder vad avser olägenheter för miljön och närboende. I den domen sattes utredningsvillkor. Utredningen gällde även transportlösningar i vidare bemärkelse<sup>40</sup>. Bland annat utreddes frågor om gods i högre utsträckning kunde gå på järnväg eller vidaretransporteras med fartyg. Inställningen från verksamhetsutövaren var att de helt saknar möjligheter att styra hur olika godsslag transporteras till och från hamnen och även saknar rådighet över hur infrastrukturen utvecklas. Att via mindre fartyg transportera gods längre in till Stockholm eller Mälaren med en fastlagd rutt, en så kallade sjöpendel, var en fråga där utredningen visade att möjligheter till att flytta över gods från vägtrafiken fanns. Då det fanns oklarheter kring vilken infrastruktur som krävdes i andra hamnar och om enklare regler kunde gälla för dessa mindre fartyg föreslog utredningen inte ett skarpt villkor om sjöpendel. Domstolen avslag yrkande från Naturvårdsverket om att sätta ett nytt utredningsvillkor om sjöpendeln. Den avslag även yrkande från Naturskyddsföreningen om att i villkor reglera att minst 25 % av landtransporterna ska transporteras på järnväg.

För den citynära hamnen Stockholm Värtan – Frihamnen sattes villkor 2011 där utbyggnad av elanslutningar för fartyg att använda vid kaj reglerades utifrån lokala luftmiljöskäl, men åtgärden minskar även påverkan från kväveoxider och koldioxid mer generell. För marktransporterna diskuterades endast järnvägstransporter och då endast ur bullersynvinkel.<sup>41</sup>

Dagens tillstånd för större svenska hamnar innehåller sammanfattningsvis inte några direk-

<sup>38</sup> *Kapellskärs hamn* MÖD 2007:55.

<sup>39</sup> *Norvik hamn*, slutliga villkor Mark- och miljööverdomstolen 2020-04-23 i mål M214-19.

<sup>40</sup> M4Traffic Prövotidsutredning Stockholm Norvik hamn, transportutredning, 2017.

<sup>41</sup> Mark och miljööverdomstolens dom 2011-04-19 M 1956-10.

ta transportvillkor avseende landtransporterna, med undantag för Göteborgs hamn som har ett särskilt villkor om att verka för att godstransporterna sker med tåg och sjöfart. Transportvillkoret för Göteborgs hamn är oprecist eller 'mjukt' formulerat och liknar på det sättet de villkor om att upprätta handlingsplaner som finns i flygplatsernas tillstånd. Göteborgs hamn har även av ägaren Göteborgs Stad ålagts att arbeta med en handlingsplan som följs upp regelbundet och som bland annat fokuserar på att minska den lokala miljöpåverkan från tung trafik till och från Göteborgs Hamn<sup>42</sup>. När en nyetablering av en större hamn som Norvik prövades satte emellertid inte domstolen något slutligt villkor om transporter trots att ett villkor om en handlingsplan kring transporterna föreslogs av Naturvårdsverket. En möjlig tolkning är att domstolen inte gärna sätter mjuka transportvillkor mot den sökandes vilja.

### Bredare genomgång av flygplatser och hamnars tillståndsreglering av mark- och landtransporter

En bredare genomgång av reglerna för Sveriges större flygplatser och hamnar avseende mark-/landtransporterna bekräftar bilden att särskilda villkor begränsas till mjukare skrivningar och att hamnarnas tillstånd inte alls berör landtransporterna<sup>43</sup>. Genom att undersökta gällande tillstånd, miljökonsekvensbeskrivningar, eventuella handlingsplaner samt tillgängliga miljörapporter går det också att se i vilka steg i tillståndsprocessen som transportutsläppen görs, eller

inte görs, synliga. Detta gör det även möjligt att diskutera vilka möjligheter det finns för myndigheterna att analysera och kvantifiera inrikes transporter och diffusa utsläpp, och i vilken utsträckning detta görs idag.

**Tabell 1 Mark-/landtransporternas klimatutsläpp i tillståndsprocessen för Sveriges större flygplatser och hamnar**

	Luftutsläpp anges i MKB	Transporter omfattas av särskilt villkor (ex handlingsplan)	Utsläppsmål
Arlanda	x	x	
Landvetter	x	x	
Göteborgs-hamn	x	x	(x)
Trelleborgs-hamn	x		
Malmö/CMP	x		
Kapellskärs-hamn	x		
Norviks hamn	x		

I miljökonsekvensbeskrivningar för flygplatser och hamnar beskrivs vanligtvis även marktransporterna och deras utsläpp till luft, inklusive klimatutsläpp. I senaste miljökonsekvensbeskrivningen för Landvetter beräknas utvecklingen av utsläpp för marktransporter till och från flygplatsen inom en radie av 25 km (flygplatsens avstånd till Göteborg). Transportutsläppen här uppgår till ungefär en tredjedel av flygplatsens totala klimatutsläpp.<sup>44</sup> För Trelleborgs hamn finns uppgifter om gods- och persontrafikens bidrag till CO<sub>2</sub>-utsläppen i hamnen:

<sup>42</sup> Göteborgs Stadshus AB (2019) Återrapportering handlingsplan ägardialog Göteborgs Stadshus AB och Göteborgs Hamn AB: Möjligheterna att minska lokal miljöpåverkan från tung trafik till och från Göteborgs Hamn, bilaga 1c, handlingar till styrelsen för Göteborgs Stadshus AB 2019-01-21.

<sup>43</sup> MERIT – Miljömålens relevans i MKB och tillståndsprocesser, Forskningsprojekt finansierat av Naturvårdsverket, slutrapport, mars 2021.

<sup>44</sup> Sweco (2013) Miljökonsekvensbeskrivning – Göteborg Landvetter Airport.

32 % under 2006–2007.<sup>45</sup> I regel uppskattas bara den förväntade ökningen i transporter (antal bilar, lastbilar mm) i miljökonsekvensbeskrivningen. Att klimatutsläppen både går att beräkna och kan vara betydande framgår av forskningsrapporter. Sådana beräkningar på emissioner från containertransporter till och från Göteborgs hamn och Stockholms containerterminal i Frihamnen visar utsläpp på 10,4 ton CO<sub>2</sub>/dag respektive 9,8 ton CO<sub>2</sub>/dag.<sup>46</sup>

När det kommer till tillstånden saknas däremot kvantitativa mål för samtliga undersökta flygplatser och hamnar, se tabell 1. Det betyder dock inte att uppföljning kring vägtrafik- och utsläppsminskningar helt uteblir. De mjuka transportvillkor som ställs uppmuntrar till sådana redovisningar.

Den handlingsplan för utsläpp till luft som flygplatsen enligt villkor måste upprätta och genomföra är vanligtvis enbart en lista på åtgärder. I Arlandas handlingsplan 2019–2021 anges bland annat som mål att andelen hämta/lämna trafik till terminalområdet ska inte öka och att detta ska genomföras t.ex. med avgifter och placering av parkeringsplatser.<sup>47</sup>

Det finns miljörapporter från flygplatser som innehåller mätningar av vägtrafiken och beräkningar av utsläpp av koldioxid från transporter till och från flygplatsen. Arlandas miljörapport 2017 visade t.ex. att vägtrafiken till och från flygplatsen ökade 13 % och klimatutsläppen ökade 3 %, samtidigt som passagerarna ökade knappt 8 % i jämförelse med året tidigare. Andelen passagerare som åkte egen bil till eller från flygplatsen var 52 % vilket var samma nivå

sedan en längre tid.<sup>48</sup> En ren uppföljning av handlingsplanen ger inte alltid lika intressant utvecklingen gällande transportutsläppen då enbart åtgärderna checkas av.<sup>49</sup>

Miljörapporter från Göteborgshamn redovisar hur stor andel (%) av landtransporterna som går på järnväg då detta följer upp det särskilda villkoret i tillståndet om att godset i så hög utsträckning som möjligt ska transporteras på järnväg. Redovisning av beräkningar av utsläppsminskningar görs dock enbart i den återrapportering som hamnen lämnar inom koncernen Göteborgs stadshus AB, där skriver man att:

‘Konceptet *Railport Scandinavia* har beräknats leda till minskningar på koldioxidutsläppen med 53 000 ton per år, och antalet lastbilstransporter som lyftes ut från centrala staden när Gullbergsvass ersattes av Arken kombi har bedömts vara i storleksordningen 140 000 lastbilstransporter.’<sup>50</sup>

Det finns ingen automatik i att miljörapporten från flygplatser eller hamnar tar fram och redovisar data som beskriver utvecklingen av vägtrafiken eller dess utsläpp. Om det finns mjuka transportvillkor kan dock tillsynsmyndigheten lättare motivera att sådana uppföljningar lämnas i miljörapporten. Det borde vara en god idé att tillsynsmyndigheten har en diskussion med flygplats- och hamnoperatörerna kring vilka mått som är relevanta för att följa miljöpåverkan av mark- och landtransporterna, och om dessa mått kan kopplas till uppföljning av åtgärder i både villkorsfästa eller interna handlingsplaner.

<sup>45</sup> Trivector (2008) Miljökonsekvensbeskrivning Vision 2010/2015 Trelleborgs Hamn.

<sup>46</sup> Styhre *et al.*, (2019) Environmentally differentiated Port Dues, Vinnova financed research project, IVL Swedish Environmental Research Institute, C365.

<sup>47</sup> Swedavia (2019) Arlandas handlingsplan 2019–2021.

<sup>48</sup> Swedavia (2017), Arlandas miljörapport 2017 s. 54.

<sup>49</sup> Se exempelvis Arlandas miljörapport 2018.

<sup>50</sup> Göteborgs Stadshus AB (2019) Återrapportering handlingsplan ägardialog Göteborgs Stadshus AB och Göteborgs Hamn AB: Möjligheterna att minska lokal miljöpåverkan från tung trafik till och från Göteborgs Hamn, bilaga 1c, handlingar till styrelsen för Göteborgs Stadshus AB 2019-01-21.

### **Handlingsplaner för minskade luftutsläpp – Allmänna villkoret och tillsynsmyndighetens utrymme att agera för åtgärder till stöd för transporteffektiva lösningar**

Av undersökningarna av tillståndprocessen för flygplatser och hamnar ovan kan konstateras två saker; 1) för att lyfta frågorna om klimatpåverkan från mark- och landtransporter är det viktigt att det görs ordentliga utredningar kring transporternas miljöeffekter och åtgärdsalternativ 2) om klimatutsläppen från dessa transporter berörs i dagens tillstånd görs det i oprecist och 'mjukt' formulerade villkor om handlingsplaner eller att främja miljöanpassade transporter. Detta ger skäl att diskutera mer generellt hur olika typer av villkor leder till att transportlösningar utreds, samt vilken nytta (om någon) som tillsynsmyndigheterna kan ha av mjukt formulerade transportvillkor.

### **Utredningsvillkor och handlingsplaner**

Det finns i de tillståndprocesser som här undersökts två typer av villkor som leder till att verksamhetsutövaren åläggs att fördjupa sitt arbete med att minska miljöpåverkan från mark- och landtransporter: utrednings- eller prøvotidsvillkor, samt villkor om en handlingsplan för utsläpp till luft. Dessa fungerar rättsligt olika men sammanblandas ibland i miljöprocessen när det gäller transporterna.<sup>51</sup>

Utrednings- eller prøvotidsvillkor används i tillståndprocesser då domstolen ser att det finns skäl att skjuta upp fastställandet av slutliga villkor för ett tillstånd. Sökanden behöver då utreda försiktighetsbehov och åtgärder vidare. Det kan gälla frågor där osäkerhet råder om ny teknik

eller miljöeffekter eller åtgärder som det sökande företaget kanske inte haft lika stort fokus på i arbetet med ansökan och därför behöver utreda vidare. Det måste dock finnas ett verkligt behov av ett sådant så kallade prøvotidsförordnande och utredningen ska syfta till att klarlägga om och hur ett slutligt villkor ska sättas.<sup>52</sup>

När det gäller villkor om att verksamhetsutövaren i bredare ordalag ska upprätta särskilda handlingsplaner rörande transporter, för utsläpp till luft eller 'transportplaner', finns ingen slutpunkt för utredningarna och resultatet avses inte direkt ligga till grund för villkorssättande. Handlingsplanerna tar istället sikte på att verksamhetsutövaren regelbundet analyserar transportlösningarna, genomför möjliga förbättringar och har dialog kring detta med tillsynsmyndigheten. Sådana villkor är rättsligt svårt att ställa om verksamhetsutövaren motsätter sig dem. I målet *Bravikens pappersbruk* upphävde miljööverdomstolen transportvillkor som krävde att verksamhetsutövaren i praktiken kontinuerligt utredde frågan om val av transportslag och transportlösningar utifrån miljösynpunkt.<sup>53</sup>

Svårigheten att genomdriva tillståndsvillkor om vagt formulerade handlingsplaner för transporter betyder inte att mer preciserade krav på att utreda och åtgärda transportlösningar inte kan sättas. Det finns ju trots detta inget som utesluter att det i enskilda fall kan finnas konkreta behov av att en verksamhetsutövare regelbundet utreder åtgärder för mer energieffektiva transportlösningar. Det kan vara en bra lösning för bolaget som sökt tillstånd att själv föreslå en handlingsplan som regelbundet uppdateras för att i tillståndprocessen inte behöva gå djupare in på den frågan, se Swedavias agerande i tillstånd för flygplatser ovan.

---

<sup>51</sup> Jämför *Perstorp formalin* MÖD 2004:79, *Perstorp Chemicals* MÖD 2004:80, *Bravikens pappersbruk* MÖD 2005:7, *Norvik hamn*, Mark- och miljööverdomstolen 2020-04-23 i mål M214-19.

---

<sup>52</sup> *Perstorp Chemicals* MÖD 2004:80.

<sup>53</sup> *Bravikens pappersbruk* MÖD 2005:7.

Om verksamhetsutövaren motsätter sig villkor om en handlingsplan behöver villkoret dock utformas mer precist för de transportproblem som finns. Detta eftersom en motvilligt upprättad handlingsplan har små chanser att leda till någon reell förbättring. Ett exempel på (sjö) transportvillkor om att lite mer preciserat analysera och stegvis införa lösningar beroende på utvecklingen är de villkor som satts för anslutning av fartyg till elnätet i land i Göteborgs hamn.<sup>54</sup> Här krävs att förutsättningar och kostnader för installation på samtliga kajer utreds vart femte år, att intresseförfrågan görs om sådan anslutning årligen ska skickas till rederier som anlöper vid bil- och containerkajerna samt att utrustning för en sådan anslutning har installerats senast inom ett år från det att landel efterfrågas.

En annan fråga är om ett så 'mjukt' transportvillkor om att verksamhetsutövaren ska upprätta och genomföra en handlingsplan ger tillsynsmyndigheten större möjligheter att agera än utan något transportvillkor över huvud taget. Här får konstateras att tillsynsmyndigheten genom den dialog som bolaget åläggs att ha om handlingsplanen ges insyn i specifika förhållanden och förutsättningar som finns runt transporterna till och från verksamheten. Detta ökar möjligheten för myndigheten att se om miljöpåverkan från transporterna ökar, om åtgärder finns som kan begränsa påverkan och komma med förslag på utrednings- och utvärderingsinsatser kring transportlösningar. Genomförs sådana insatser inom ramen för handlingsplanen kan resultaten ge grund för myndigheten att också föra dialog om att genomföra åtgärder som påverkar transporterna på så sätt att negativ miljöpåverkan minskar. På så sätt ger ett arbete med handlingsplaner från myndighetsperspek-

tiv vissa förbättrade möjligheter jämfört med att inget villkor rörande transporter alls satts.

Villkor med krav på en handlingsplan ger däremot inga direkta möjligheter för myndigheten att rättsligt tvinga igenom enskilda transportåtgärder, med mindre än att underlag framkommer som ger skäl för tillsynsmyndigheten att påkalla omprövning av tillståndets villkor under de förutsättningar och i den ordning som miljöbalken uppställer för detta. Om verksamheten ändras eller byggs ut i sådan omfattning att verksamhetsutövaren behöver söka nytt tillstånd kan däremot kunskapen från arbetet med handlingsplanens åtgärder ge tillsynsmyndigheten en bättre utgångspunkt för att bedöma behov av transportvillkor i det nya tillståndet.

### **Allmänna villkoret**

Åtgärder för olika transportlösningar kan även täckas av det så kallade allmänna verksamhetsvillkoret, vilket ingår i så gott som samtliga tillstånd. Detta villkor omfattar alla de saker som förekommit i förhandlingen i prövningen. Genom det allmänna villkoret binds verksamhetsutövaren att göra det som från dennes sida är sagt under processen, vid miljöbedömningen och i ansökan. Ett så allmänt formulerat villkor sätter inte någon exakt gräns för vad som är tillåtet inom tillståndet på det sätt som särskilda villkor om halter av utsläpp gör. Villkoret kan göra det otydligt vad tillståndet egentligen tillåter. Följaktligen kan det också vara svårt, både för verksamhetsutövaren och tillsynsmyndigheterna, att bedöma om en åtgärd från verksamhetsutövarens sida ligger inom tillståndet eller om ett nytt tillstånd krävs. Årlund noterade i sin studie att domstolarna i många fall hänvisar till det allmänna villkoret i sina beslut, vilket för-

<sup>54</sup> Villkor 20 (Skandiahavnen) 22 och 23 (Älvsborgs- och Arendalshamnarna).

svårar lagstiftarens försök att skapa klara rättskraftsregler så som föreskrivs i 24 kap. 1 § MB.<sup>55</sup>

Utifrån det som ovan visades kring uppföljningar och dialogmöjligheter för tillsynsmyndigheten måste det allmänna villkoret därför ses som ett betydligt svagare sätt att styra mot minskad miljöpåverkan. Särskilda villkor om att upprätta och genomföra en handlingsplan kring påverkan från transporterna ger tillsynsmyndigheten mer insyn och om det finns konkreta åtgärder i planen ökar också kunskapen om hur miljöpåverkan kan minska på ett för verksamheten möjligt sätt.

### **Vilka transportåtgärder kan lämpa sig bäst?**

Innan slutsatser kan dras om möjligheten att ställa klimatrelaterade transportvillkor i tillstånd för transportintensiva verksamheter är det intressant att kort lista de transportåtgärder som finns omtalade i tillståndsprocesser som faktiskt angett någon typ av transportvillkor. Till den listan bör även läggas åtgärder som transportforskningen visar att anläggningar som hamnar och flygplatser kan vita för att effektivisera transportarbetet.

### **Infrastruktur för klimateffektiva transporter – järnväg, kustsjöfart och laddmöjligheter**

Grundläggande för transportlösningarna till och från flygplatser eller hamnar är naturligtvis hur infrastrukturen är byggd eller byggs och sedan används. Att järnväglösningar med godsspår kan leda till minskade utsläpp från transporterna till och från godshamnar är tydligt i fallet som omtalades ovan med Göteborgs hamn som redovisade minskningar på koldioxidutsläpp

med 53 000 ton per år i överflytt från lastbil till järnväg.<sup>56</sup>

Vid prövningen av Norviks hamn vid Ny-näshamn utreddes om utvecklingen av kust- och Mälarsjöfart, s.k. sjöfartspendel, kunde leda till färre lastbilstransporter. Den prövotidsutredning som undersökte möjliga skyddsåtgärder för att minska olägenheterna från landtransporterna konstaterade att:

’Effekten av en sjöfartspendel är att den ökar attraktiviteten för sjöfartstransporter och transporter flyttas från väg till sjöfart vilket leder till minskade utsläpp av växthusgaser och mindre trängsel på vägarna och järnvägen.’<sup>57</sup>

Att verksamheten ges en lämplig infrastruktur är till stor del en fråga för den fysiska planeringsprocessen men aktualiseras också vid lokaliseringsbedömningen i tillståndsprövningen i miljöbalken. Tillgång till infrastruktur som minskar klimatutsläppen och annan miljöpåverkan kan bli relevant även vid utformning av villkor, t.ex. om det bedöms viktigt att verksamheten inte startar innan viss infrastruktur finns på plats eller för att kräva att viss infrastruktur som inte tagits upp vid den fysiska planeringen erbjuds som till exempel laddmöjligheter för el-fordon. På sjösidan finns redan villkor för enskilda hamnar att ordna med tillgång för fartyg att ladda el vid kaj, exempelvis i tillståndet för Göteborgs hamn och Stockholm Värtan, däremot finns det inte något motsvarande specificerat villkor på mark- eller landsidan. Arlandas handlingsplan

---

<sup>55</sup> Ärlund, J. (2009) Rättskraften hos tillstånd enligt miljöbalken – Särskilt om det allmänna villkoret, Examensarbete i miljö rätt, Lunds universitet.

---

<sup>56</sup> Göteborgs Hamn, ägardialog styrelsen för Göteborgs Stadshus AB 2018-10-26 Bilaga C.

<sup>57</sup> M4Traffic (2017) Prövotidsutredning Stockholm Norvik hamn, transportutredning. Åtgärden föreslogs dock inte som villkor då förutsättningarna ansågs ligga utanför bolagets möjlighet att genomföra.

innehåller dock målet att bygga ut laddmöjligheter för både resenärer och anställda.<sup>58</sup>

Naturvårdsverket betonar i sin vägledning kring tillståndsprocessen för hamnar att en minskning av miljöpåverkan i form av luftutsläpp kan vara att överföra transporter till och från hamnen från vägtrafik till eldriven spårtrafik.<sup>59</sup>

### Miljödifferierade avgifter på lastbilar

Både flygplatser och hamnar tar ut avgifter för aktörer som anländer från luft- eller sjösidan i form av start- och landningsavgifter och hamnavgifter. I hamnarna har dessa avgifter idag ofta en miljödifferiering, exempelvis har fartyg klassade enligt reglerna för inre vattenvägar en rabatt på 25 procent av hamntaxan när de anländer Göteborgs Hamn.<sup>60</sup> Nyligen föreslogs ett regelverk för att miljödifferiera också start- och landningsavgifter på de största flygplatserna.<sup>61</sup> På mark- och landsidan finns idag färre direkta avgifter och ingen miljödifferiering. Det finns endast vissa järnvägsavgifter för gods i hamnar och ibland parkeringsavgifter för persontransporter.

I forskningsprojektet *Environmentally differentiated port dues* undersöktes flera internationella exempel med olika typer av miljödifferierade avgifter för landtransporter till hamnar.<sup>62</sup> En avgift för lastbilar som anländer till hamnen

kan bidra som incitament för renare och effektivare motorer, för ökad fyllnadsgrad för en energieffektivare transport, eller för minskad trängsel och påverkan på lokala vägnätet. En avgift på 200 kr per lastbil analyserades och visades kunna minska den totala tunga trafiken till svenska hamnar med 2 %. Om avgiften differentieras utifrån miljöprestanda på fordonet ges incitament för ytterligare utsläppsminskningar. I en vidare analys av policyalternativ ansågs miljöstyrande lastbilsavgifter i hamnar även kunna utgöra alternativ som miljöverktyg i enskilda hamnar (frivilligt eller föreskrivet i tillstånd).<sup>63</sup>

### Parkeringsåtgärder, prioritering av nollutsläppsfordon och gröna transportplaner

När det gäller att effektivisera persontransporter finns forskning kring åtgärder som kan appliceras på olika besöks- eller arbetsplatsparkeringar, exempelvis vid köpcenter, sjukhus eller stora arbetsplatser. Här tas prissättning av parkeringsyta upp som en grundfråga för att minska transportarbetet och ge enskilda incitament för att välja andra transportmedel. Parkeringsavgifter fungerar generellt väl för att styra trafikflödet i dessa sammanhang.<sup>64</sup> Även lokalisering och avstånd för parkeringen i förhållande till t.ex. kollektivtrafik eller taxi kan påverka valet av transportslag. Åtgärder som förbättrar alternativa resesätt så som pris, turtäthet och bekvämlighet för kollektivtrafiken kan också vara verkningsfullt.<sup>65</sup>

<sup>58</sup> Swedavia (2019) Uppföljning av handlingsplan för minskade utsläpp till luft år 2019–2021, bilaga 4.

<sup>59</sup> Se Naturvårdsverkets Handbok 2003:7 om hamnar, vägledningen håller dock på att uppdateras enligt information på Naturvårdsverkets hemsida [inhämtat 2021-03-02].

<sup>60</sup> Göteborgs Hamn, ägardialog styrelsen för Göteborgs Stadshus AB 2018-10-26 Bilaga C.

<sup>61</sup> Transportstyrelsen, Författningsförslag om miljöstyrande start- och landningsavgifter, Redovisning av regeringsuppdrag I2019/02304/TM, 2019.

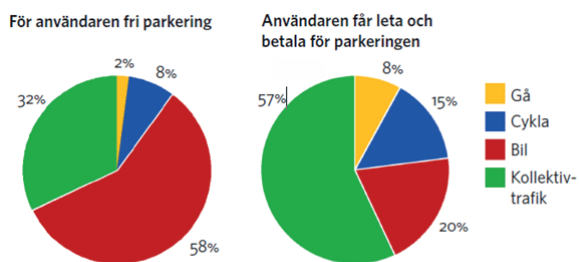
<sup>62</sup> Styhre, L. et al. (2019) *Environmentally differentiated port dues*, IVL Swedish Environmental Research Institute report C365.

<sup>63</sup> Ibid. kapitel 6.

<sup>64</sup> Se exempelvis Shoup, D.C. (2006) *Cruising for parking*, *Transport Policy* vol 13 pp 479–486.

<sup>65</sup> En sammanställning publicerad av Trafikverket 2013 ger en bredare litteraturöversikt: *Parkering i storstad: Rapporter från ett forskningsprojekt om parkeringslösningar i täta attraktiva städer*, Trafikverket 2013:047 Se även Centre for Transport Studies (2013) *Parkering som styrmedel för en fossilfri fordonstrafik*.





Figur 2. Sex av tio personer med fri parkering (58 procent) åker regelbundet bil till arbetet. För de som betalar för sin parkering är motsvarande andel två av tio (20 procent). Källa: Skillnad i resmönster vid arbetsplatser, undersökning med 1600 personer i Kista, Stockholm (SATSA 2011).

I Arlandas handlingsplan för minskade utsläpp till luft ingår både en strategi för att minimera klimatutsläppen från taxibilarna och ett mål om att andelen resande som hämtas/lämnas med bil inte ska öka. Åtgärderna som pekas ut för att klara detta är dels att el-taxibilar prioriteras vid frammatning i taxikön, och dels att pris- och placering av parkeringsplatser för besökare är utformat för att styra bort resandet från egna fordon<sup>66</sup>.

Naturvårdsverkets vägledning om flygplatser från 2008 pekar också på att 'Parkeringsplatser tar stor yta i anspråk och ger möjlighet till ökad biltrafik.' I det avseendet finns ingen anledning att se på trafiksituationen i hamnar med stor passagerartrafik som så annorlunda från situationen för flygplatser.

### Direkta krav på transporters utsläpp

Att eftersträva direkta utsläppsmål för hela eller delar av transporterna har ofta varit uppe till diskussion. Konstruktionen av det s.k. utsläppstaket för Arlanda byggde på ett sådant mål och gällde olika utsläppskällor samlat. Naturvårdsverket konstaterar att detta krav hade en positiv effekt utifrån luftutsläppen och visar på att det rent faktiskt går att begränsa dessa. Kravet ledde bland annat till flygplatsen genomförde ett system där miljöbilar prioriterades i taxiköerna

vilket beräknades minska klimatutsläppen just kring Arlanda med 12 000 ton koldioxid men även bidrog till minskade utsläpp i regionen på grund av att taxibilar snabbare byttes ut till miljöbilar<sup>67</sup>. Flera av åtgärderna som utsläppstaket tvingade fram fortgår dock i arbetet med den handlingsplan som Arlanda nu har.

Sammanfattningsvis kan följande energi- och klimateffektiva transportåtgärder vara av stort intresse att utreda för flygplatser och hamnar:

- *Tillgång till infrastruktur som järnväg, kustsjöfart och laddmöjligheter* – villkor om grad av användning, eller villkor om incitament att använda.
- *Miljödifferenterade avgifter på lastbilar* – stöd i forskning att det ger effekt och åtgärder som verksamhetsutövaren teoretiskt sett kan införa vid sin anläggning även om det kan få inverkan på affärsverksamheten.
- *Parkeringsåtgärder, prioritering av nollutsläppsfordon och gröna transportplaner* stöd i forskning att det ger effekt och åtgärder som verksamhetsutövaren teoretiskt sett kan införa vid sin anläggning.
- *Direkta krav på transporters utsläpp* – ofta svårt för verksamhetsutövaren att ansvara för fullt ut då transporter görs av många olika aktörer, men kan vara viktigt att regelbundet mäta/beräkna för att kunna verifiera om andra åtgärder har effekt.

### Sammanfattande slutsatser och diskussion

Här sammanfattas analysen kring i vilken utsträckning det går att ställa transportvillkor utifrån klimathänsyn. En diskussion förs därefter om detta vore lämpligt sett utifrån tillståndspliktens syften och den ökade vikt som klimatfrågan fått inom miljörätten.

Den rättspraxis som redogörs för ovan visar att det finns en rad begränsningar kring hur

<sup>66</sup> Swedavia, Uppföljning av handlingsplan för minskade utsläpp till luft år 2019–2021, 2019 bilaga 4.

<sup>67</sup> Fastighetsnytt 1 december 2013.

transportvillkor kan användas. Villkor som styr val av transporter och främjar transporteffektivitet är först och främst komplement både till allmän styrning av transportsektorns miljöpåverkan och till bedömningen av lokalisering av den enskilda transportintensiva anläggningen. Transportvillkor kan bara sättas om olägenheten av transporter är påtaglig i anläggningens närområde, men det finns inget hinder emot att de åtgärder som föreskrivs berör exempelvis transportval som minimerar miljöpåverkan i en vidare mening inklusive klimathänsyn. Det betyder att de klimatmässigt positiva effekter som en omläggning av transporter från väg till järnväg har kan ses tillsammans med hänsynen att trafikbuller och luftutsläpp minskar i närområdet.

En viktig begränsning vid utformningen av transportvillkor är att verksamhetsutövaren måste ha en reell möjlighet att efterleva villkoren. Transportsituationen för den specifika anläggningen står i fokus och eftersom andra aktörer ofta är de som utför en stor del av dessa transporter behöver villkoren fokusera på de transportåtgärder som verksamhetsutövaren kan genomföra. Utformningen av transportvillkor bör alltså ta sikte på relevant miljönytta av just de transporter som kan kopplas till verksamheten och inte allmän klimatomställning av hela transportsektorn. Transportvillkor utformas därför typiskt sett som beskrivning av en konkret åtgärd snarare än ett begränsningsvärde av utsläpp från fordon.

Analysen identifierade att de utredningar som domstolen har som underlag för beslut om villkor sällan undersöker hur olika transportåtgärder kan utformas. Det finns en stark tradition att tillståndsvillkor framför allt sätts i form av begränsningsvärden. Ett fokus på begränsningsvärden finns i miljöbalken, 22 kap. 25 § punkt 6 stadgar att 'en dom i ett ansökningsmål ska innehålla villkor om begränsningsvärden och bästa möjliga teknik som behövs för att hin-

dra eller begränsa skadlig påverkan på grund av föroreningar'. Detta kan bidra till att domstolarna, och parterna i sina yrkanden, främst formulerar villkor i åtgärdsinriktade termer. Åtgärder som inom transportforskningen pekats ut som effektiva för transportstyrning är bland annat olika typer av prismodeller, prioritering av fordon med mindre miljöpåverkan samt tillgång till infrastruktur för elektrifierade transportlösningar.

Genomgången visade att dagens tillstånd för Sveriges största flygplatser inte innehåller några direkta transportvillkor avseende marktransporterna. Däremot finns ett särskilt villkor som ålägger verksamhetsutövaren att upprätta och genomföra en handlingsplan som även täcker genomförande av åtgärder avseende dessa transporters klimatutsläpp. Vidare visades att dagens tillstånd för större svenska hamnar inte heller innehåller direkta transportvillkor avseende landtransporterna, med undantag för Göteborgs hamn som har ett särskilt villkor om att verka för att vidare godstransporter från hamnen sker med tåg och sjöfart. Transportvillkoret för Göteborgs hamn är oprecist eller 'mjukt' formulerat och liknar på det sättet de villkor om att upprätta handlingsplaner som finns i flygplatsernas tillstånd. Göteborgs hamn har som nämnts ovan även av ägaren Göteborgs Stad ålagts att arbeta med en handlingsplan som följs upp regelbundet och som bland annat fokuserar på att minska den lokala miljöpåverkan från tung trafik till och från Göteborgs Hamn. När en nyetablering av en större hamn i Stockholmsområdet nyligen prövades satte emellertid inte domstolen något slutligt villkor alls om transporter. Detta trots att det var utrett att en s.k. sjöpendel skulle kunna minska lastbilstransporterna och att yrkanden om fortsatt utredning eller arbete med en handlingsplan föreslogs av Naturvårdsverket. En tolkning är att domstolen har svårt att bedöma vilka transportåtgärder som en flygplats- eller hamnoperatör faktiskt

kan genomföra och ogärna sätter mjuka transportvillkor som den sökande inte själv varit med och föreslagit.

Genomgången ovan visade även att det är viktigt att det görs ordentliga utredningar kring transporternas miljöeffekter och åtgärdsalternativ för att lyfta frågorna om klimatpåverkan från mark- och landtransporter. Det finns ingen automatik i att miljörapporten från flygplatser eller hamnar redovisar data som beskriver utvecklingen av vägtrafiken eller dess utsläpp om dessa transporter inte berörs i tillståndsvillkoren. En effekt av tillståndskrav på en handlingsplan eller att verksamheten allmänt verkar för vissa transportval är att uppgifter om transporternas utveckling och miljöpåverkan kan följas av tillsynsmyndigheten. Det innebär också att tillsynsmyndigheten kan ha en diskussion med flygplats- och hamnoperatörerna kring vilken uppföljning som är relevant för att följa miljöpåverkan av mark- och landtransporterna, och hur dessa kan kopplas till uppföljning av åtgärder i antingen villkorsfästa eller självpåtagna handlingsplaner.

### **Klimatfrågan har skärpts i miljörätten de senaste 15 åren**

Analysen ovan visar att det är möjligt att i vissa fall föreskriva om transportvillkor med hänsyn till klimatpåverkan, även om detta inte är praxis idag. Frågan blir då om det är lämpligt. Bakom de begränsningar av transportvillkor som Högsta domstolen uttalade i *Hylte bruk* (NJA 2004 s. 241) finns en uppfattning att tillståndprocessen ska avskiljas från miljöstyrning av transportsektorn eftersom andra styrmedel vore mer lämpade. Finns det fog för att den uppfattningen 15 år senare nyanseras så tillvida att viss kompletterande styrning av transporternas miljöpåverkan, bland annat av klimat- och transporteffektiviserings-skäl, faktiskt bör ske genom villkor i enskilda tillstånd? Svaret beror på hur väl en bedömer att

'andra styrmedel' fullt ut klarar att styra transporterna så att klimat- och miljöpåverkan minimeras i rimlig omfattning. Det kan noteras att redan idag hålls prisnivån på drivmedel nere genom att delar av den indexerade uppräknings tillfälligt lyfts bort<sup>68</sup>. Detta utifrån en oro att den höga prisnivån som krävs för att styra fullt ut mot transportsektorns klimatmål blir så hög att den inte accepteras av medborgarna. En anledning till kritik mot att generellt öka priset på bränsle är att aktörer med få andra alternativ drabbas hårt. Acceptansen för att 'regelvägen' styra mot minskat transportarbete kan vara högre om det främst berör aktörer som kan ställa om.

Utvecklingen de senaste åren ger skäl att vara mer uppmärksam kring klimatfrågan vid alla typer av beslut utifrån miljöbalken. Det har från politiken skett en utveckling i hur målsättningar för minskad klimatpåverkan uttrycks, vilket får betydelse för hur miljöbalkens övergripande syfte om hållbar utveckling ska tolkas. Klimatfrågan har getts en allt större tyngd inom miljöarbetet på senare år och Sveriges nationella miljö kvalitetsmål om begränsad klimatpåverkan innehåller nu ett etappmål med sikte på de territoriella utsläppen om netto noll senast 2045. Etappmål är också satt om att utsläppen från Sveriges inrikes transporter ska minska med minst 70 procent senast år 2030 jämfört med år 2010, vilket bedöms som ytterst svårt att klara utan en genomgripande omställning av transportsektorn<sup>69</sup>. Dessa etappvisa målsättningar preciserar att minskade klimatutsläpp är något som bör mätas och styras mot även i ett nationellt perspektiv som ett viktigt led i att nå globalt minskande utsläpp. Etappmålen för miljö kvalitetsmålet begränsad klimatpåverkan anger alltså sedan 2017 att minskade klimatutsläpp i

---

<sup>68</sup> Prop. 2020/21:29.

<sup>69</sup> Expertgruppen för Studier i Offentlig ekonomi (ESO) Klimatmål på villovägar? En ESO-rapport om politiken för utsläppsminskningar i vägtrafiken 2019:5.

Sverige är ett viktigt steg i sig. Tidigare har miljö kvalitetsmålet om klimat enbart pekat mot den globala nivån och utsläppen i Sverige har inte tillmätts någon roll för att driva på det globala klimatarbetet genom att visa gott exempel. Det är alltså inte enbart allvaret med klimatförändringarna och brådskan att få ner utsläppen som skärpts sedan 2004, utan även till viss del synsättet kring vilken roll som utsläppen i Sverige har.

Klimatutsläppen från inrikes transporter i Sverige är nästan en tredjedel av de totala svenska klimatutsläppen. Myndigheternas utpekade strategier för att minska utsläppen från transportsektorn har fokus på tre åtgärdsområden; energieffektiva och fossilfria fordon, förnybara drivmedel och transporteffektivt samhälle<sup>70</sup>. Med det senare menas ökad transporteffektivitet genom byte av trafikslag och minskat transportarbete med bil, lastbil och flyg bland annat som följd av utformning av fysisk planering<sup>71</sup>. Befintliga styrmedel bedöms inte räcka för att nå etappmålet för klimatutsläpp från transportsektorn<sup>72</sup>. Särskilt svårt har det hittills varit att utveckla styrmedel för ett mer transporteffektivt samhälle. Transportforskningen visar samtidigt att transporteffektivitet kan nås främst med kombinerade och utifrån den specifika platsen/kontexten väl sammansatta åtgärds paket.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Naturvårdsverkets underlag till den klimatpolitiska handlingsplanen 2019.

<sup>71</sup> Strategisk plan för omställning av transportsektorn till fossilfrihet (SAMS-uppdraget) Energimyndigheten 2017:07.

<sup>72</sup> Klimatpolitiska rådets rapport 2020.

<sup>73</sup> Detta framhävs bland annat av VTI-forskarna Karolina Isaksson och Jacob Witzell (sammanställning till Trafikverket 2021-03-12 Diarienummer VTI 2021/0164-7.3) som hänvisar till Buehler, R., Pucher, J., Gerike, R. & Götschi, T. (2017) Reducing car dependence in the heart of Europe: lessons from Germany, Austria, and Switzerland. *Transport Reviews*, 37(1), 4-28; samt Granås Bardal, K., Gjertsen, A., Brynildsen Reinart, M., (2020) Sustainable mobility: Policy design and implementation in three Norwegian cities. *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 82, 102330.

När omställningen kräver mer insatser för byte av transportslag och minimering av transportarbetet har behoven av kompletterande styrmedel på transportområdet ökat. Olika typer av regleringar kan därför vara motiverade. Generella föreskrifter så som tekniska krav och standarder för motorer finns sedan länge men kommer inte åt val av transportslag och transportvolym. Generella föreskrifter som uppställer krav på infrastruktur för elektrifierade transporter, laddbarhet och järnväg, skulle kunna vara ett sätt. Samtidigt är transportbehoven starkt knutna till plats och den specifika verksamheten, varför generella föreskrifter och krav kan vara omotiverade på många platser (järnvägsanslutningar till mindre flygplatser i norra Sverige exempelvis). Det motiverar analyser kring möjligheterna att använda transportvillkor i enskilda tillstånd, men då inte istället för andra styrmedel, utan just som komplement. På likande sätt har energieffektivisering satts som indirekt klimatvillkor för industrianläggningar. Fokus för dessa 'energieffektiviseringsvillkor' har varit anläggningsspecifik effektivisering, på samma sätt som transportvillkoren här föreslås fokusera på anläggningsspecifika transportlösningar.

Hamnar och flygplatser är stora transportnoder som sätter standard för hur transportarbetet bedrivs. Andra logistikcentra som externa köpcentra och godsterminaler kan ha likande roll och möjligheter till att påverka vilka transportlösningar som utvecklas. Transporter till och från olika större industrier präglas mer av vad det är för typ av anläggning men har även de ofta möjlighet att påverka specifika transportlösningar, exempelvis sopbilar till och från avfallsanläggningar. Resonemanget kring flygplatser och hamnars möjlighet att arbeta med transportvillkor torde därför gälla för fler transportintensiva verksamheter.

## From Aarhus to Escazú and the Cross-fertilisation of Ideas and Principles

*Luíza Pereira Calumby\* and Aðalheiður Jóhannsdóttir\*\**

### Abstract

By operationalising the three-pillar approach of Principle 10 of the Rio Declaration, two regional instruments, the Aarhus Convention and the Escazú Agreement, guarantee the public access to information, participation in decision-making processes, and access to justice. The awarding of the rights aims to enhance the protection of the environment for the benefit of all. Although comparable in many respects, the two instruments embrace the content of Principle 10 with their own style and emphases. As argued in the article, some of the differences can be ascribed to the legal environment into which the instruments were developed, referred to in this article as their broader legal environment. Accordingly, the primary objective of the article is to provide a general overview and a comparison of the main elements of the instruments and to identify the influence of their broader legal environment on their content. In addition to an emphasis on guaranteeing particular rights and assistance to persons or groups in vulnerable situations and providing particular protection to human rights defenders, the Escazú Agreement takes a step further than the Aarhus Convention by ordering its Parties to guarantee a substantive right of every person to live in a healthy environment. Although the Escazú Agreement bases its approach on rights to a greater extent than the obligation-oriented Aarhus Conven-

tion, access rights guaranteed to the public are not necessarily of greater legal value under the Escazú Agreement than under the Aarhus Convention.

**Keywords:** Aarhus Convention, Escazú Agreement, Access Rights, Human Rights, Cross-fertilisation of Ideas and Principles.

### 1. Introduction

With the entry into force of the Escazú Agreement<sup>1</sup> (2018) on 22 April 2021, the three pillar-approach of access rights<sup>2</sup> have taken firm roots as prerequisites for the furtherance of the protection of the environment in Latin America and the Caribbean. While it resembles another regional treaty focusing on access rights and the three-pillar approach, the Aarhus Convention<sup>3</sup> (1998), the Escazú Agreement provides an even

---

<sup>1</sup> Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean (adopted 4 March 2018) C.N.195.2018.TREATIES-XXVII.18 (Escazú Agreement), in this article referred to as the Escazú Agreement or the Agreement. The Agreement had 24 signatories and 12 parties on 15 April 2021.

<sup>2</sup> "Access rights" are defined in Article 2 of the Escazú Agreement, as "the right of access to environmental information, the right of public participation in the environmental decision-making process and the right of access to justice in environmental matters". Although "access rights" is not a concept defined by the Aarhus Convention, in this article the authors will refer to "access rights" when referring to the three types of procedural rights which both instruments are centred around.

<sup>3</sup> Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (adopted 25 June 1998, entry into force 30 October 2001) 2161 UNTS 447 (Aarhus Conven-

---

\* Luíza Pereira Calumby is a lawyer and holds an LL.M degree in Natural Resources Law and International Environmental Law.

\*\* Aðalheiður Jóhannsdóttir is a Professor of Environmental and Natural Resources Law, Faculty of Law, University of Iceland.

closer connection to substantive environmental human rights than the Aarhus Convention.<sup>t</sup>

The Aarhus Convention was negotiated between 1996 and 1998 under the auspices of the United Nations Economic Commission for Europe (UNECE).<sup>4</sup> At that time, many of the UNECE Member States were also Member States (MS) of the European Union (EU). In addition to its general orientation toward European law,<sup>5</sup> to some degree the Convention reflects several important pieces of EU environmental law which had been adopted when the negotiations took place.

The Escazú Agreement, which was negotiated under the sponsorship of the United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean (UNECLAC),<sup>6</sup> was carved into

---

tion), cited in this article as the Aarhus Convention or the Convention.

<sup>4</sup> The so-called Sofia Guideline provided the basic premises for the development of the Aarhus Convention, see further UNECE, 'Draft Guidelines on Access to Environmental Information and Public Participation in Environmental Decision-Making' (23–25 October 1995) ECE/CEP/24 submitted by the ECE Working Group of Senior Governmental Official "Environment for Europe"; and the mandate of the ad hoc working group for the preparation of a draft convention on access to environmental information and public participation in environmental decision-making UNECE 'Report on the Special Session' (8 February 1996) ECE/CEP/18.

<sup>5</sup> Even so the Aarhus Convention, in line with its Article 17, is open to States Members of the UNECE, and according to Article 19 of the Convention, any State that is a Member of the United Nations may accede to the Convention. Currently, the Aarhus Convention has 47 Parties, including European States, a few Central Asian States, and the EU.

<sup>6</sup> Preparatory meetings were held from 2012 to 2014 and the Negotiating Committee established in 2014 met nine times before the adoption of the Escazú Agreement. See UNECLAC, 'Report of the first meeting of the focal points appointed by the Governments of the signatory countries of the Declaration on the application of Principle 10 of the Rio Declaration on Environment and Development in Latin America and the Caribbean' (10 January 2013) LC/L.3565; UNECLAC, 'Plan of Action to 2014 for the Implementation of the Declaration on the Application of Principle 10 of the Rio Declaration on the Envi-

the legal environment of Latin America and the Caribbean. As will be discussed below, the regional human rights regime provided for by the American Convention on Human Rights (ACHR or the Convention)<sup>7</sup> appears to have had some influence on the development of the Agreement.

In this context, it should be mentioned that an unequivocal substantive right to a healthy environment is not yet guaranteed by any global human rights treaty.<sup>8</sup> However, such a right is awarded by some regional treaties,<sup>9</sup> including the San Salvador Protocol to the ACHR,<sup>10</sup> Article 11 of which guarantees the right to everyone to live in a healthy environment.<sup>11</sup>

In comparison with the Aarhus Convention, several important novelties are introduced in

---

ronment and Development in Latin America and the Caribbean and its Road Map' (17 April 2013). See also United Nations Conference on Sustainable Development Rio + 20, 'Declaration on the application of Principle 10 of the Rio Declaration on Environment and Development' (25 July 2012) A/CONF.216/13 which launched the discussions on the possibility of the adoption of a multilateral environmental agreement on Principle 10 in Latin America.

<sup>7</sup> American Convention on Human Rights 'Pact of San Jose', Costa Rica (adopted 22 November 1969, entry into force 18 July 1978) 1144 UNTS 123.

<sup>8</sup> For a further coverage on human rights and the environment in a global and regional context, see, e.g., John H. Knox, 'Constructing the Human Right to a Healthy Environment' (2020) 16 Annual Review of Law and Social Sciences 79. See also Alan Boyle, 'Human Rights and the Environment: Where Next?' (2012) 23 European Journal of International Law 613.

<sup>9</sup> Including the African Charter on Human and Peoples' Rights (adopted 27 June 1981, entry into force 21 October 1986) 1520 UNTS 217 (African Charter).

<sup>10</sup> Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (Protocol of San Salvador) (entry into force 16 November 1999) OAS Treaty Series No 69 (1988) reprinted in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the InterAmerican System OEA/Ser L V/II.82 Doc 6 Rev 1 at 67 (1992).

<sup>11</sup> Article 11 reads as follows: "1. Everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services. 2. The States Parties shall promote the protection, preservation, and improvement of the environment."

the Escazú Agreement. Among these is an emphasis on guaranteeing to persons or groups in vulnerable situations rights and assistance in relation to the Agreement.<sup>12</sup> Another novelty is that pursuant to Article 9 of the Agreement, the parties are to guarantee a safe and enabling environment for persons, groups and organizations that promote and defend human rights in environmental matters. This obligation was incorporated into the Agreement by reason of the acknowledgment that Latin America has proven to be a particularly hostile region for the work of human rights defenders, and human rights defenders are defenceless in the absence of State protection.<sup>13</sup>

In their preambles, both instruments (the Escazú Agreement and the Aarhus Convention) refer to the Rio Declaration<sup>14</sup> and its Principle 10. The widely acknowledged Principle 10 underscores each individual's right to appropriate access to environmental information, the opportunity to participate in decision-making processes, and that effective access to judicial and administrative proceedings should be provided.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Escazú Agreement, Article 2(e); see also Article 4(5); Article 5(3–4, 17); Article 6(6); Article 7(14); Article 8(5); and Article 10(2)(e).

<sup>13</sup> See <<https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/defenders-earth/>> accessed 3 April 2021. See also Ulisses Tertó Neto, *Protecting Human Rights Defenders in Latin America: A Legal and Socio-Political Analysis of Brazil* (Springer 2018) 28–30. See also IACHR, 'Integral Protection Policies for Human Rights Defenders Inter-American Commission on Human Rights' (2017) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 207, 9, 11–13, 30–31.

<sup>14</sup> UNCED, Rio Declaration on Environment and Development 1992, 31 ILM 874 (1992).

<sup>15</sup> Principle 10 reads as follows: "Environmental issues are best handled with the participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participa-

As early as 2001, the Organization of American States (OAS) launched an action plan for the promotion of Principle 10.<sup>16</sup>

Although both the Aarhus Convention and the Escazú Agreement establish vertical obligations upon states vis-à-vis their own citizens and both guarantee environmental access rights to NGOs,<sup>17</sup> the two instruments approach Principle 10 in a different way. Such differences may stem from the legal situation of the region for which the instruments were developed, referred to in this article as their broader legal environment.

Against this backdrop, the primary objective of this article is to provide a general overview and a comparison of the main elements of the two instruments and to draw attention to the influence of their broader legal environment on their content, approach and points of emphasis. In addition, the article offers a few speculative views relating to what kind of rights the instruments contain. Despite some cross-fertilisation of ideas and principles, there are interesting differences between the two instruments. As will be further elaborated below, some of these differences may, at least partially, be explained by the connection of each instrument to its broader legal environment.

## 2. The Broader Legal Environment

### 2.1 Introduction

While the Aarhus Convention largely reflects European environmental law already developed when the Convention's text was being negotiated, the Escazú Agreement was carved into the available legal environment of Latin America

---

tion by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided."

<sup>16</sup> OAS, 'Inter-American Strategy for the Promotion of Public Participation in Decision-Making for Sustainable Development' (2001) HC94.Z65 I58 2001.

<sup>17</sup> See Article 2(4–5) of the Aarhus Convention and Article 2(d) of the Escazú Agreement.

and the Caribbean, including the ACHR and the available legal practice of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR or the Inter-American Court or the Court). In this light, the aim of the current chapter is to outline the particular context provided by the legal environment where each instrument came into being. Accordingly, the current chapter briefly addresses two main issues.

First, we discuss the relevant EU environmental legislation in force when the Aarhus Convention was being prepared and its apparent influence on the Convention. As will be briefly addressed below, although the European Convention on Human Rights (ECHR)<sup>18</sup> contains no environmental guarantees, the progressive interpretation of the European Court of Human Rights (ECtHR) read into some ECHR provisions provides some environmental guarantees,<sup>19</sup> thereby creating a new body of environmental human rights, including procedural environmental rights, some of which resemble those guaranteed by the Aarhus Convention.<sup>20</sup>

Second, we describe in broad strokes the human rights legal environment of the Amer-

icas, mainly a few principles of the ACHR, the relevant practice of the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR or the Inter-American Commission or the Commission), and the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR or the Court), and its importance to the Escazú Agreement's emphasis and approaches.

## 2.2 Some European Perspectives

### 2.2.1 Generalities

While classical nature conservation legislation has a long history in Europe, the development of modern environmental law as a distinctive body of rules accelerated following the Stockholm Conference 1972.<sup>21</sup> Although no comprehensive research appears to be available into the development of environmental law in the individual European States following the Conference, there is no doubt that the development of this field of law was not restricted to Member States (MS) of the European Economic Community (EEC).<sup>22</sup> In the wake of the Stockholm Conference, and in line with the growing body of international environmental law obligations,<sup>23</sup> other European States, including the Nordic States,<sup>24</sup> began developing their national environmental law accordingly.

A few European States went even further and equipped their constitutions with environ-

<sup>18</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 4 November 1950, entry into force 3 September 1953) 213 UNTS 221.

<sup>19</sup> Including, *López Ostra v. Spain* App 16798/90 (ECtHR 9 December 1994) [44] – [58] Article 8 ECHR; *Öneryıldız v. Turkey* App 48939/99 (ECtHR 30 November 2004) [89] – [91] Article 2 ECHR; *Fadeyeva v. Russia* App 55723/00 (ECtHR 9 June 2005) [116] – [134] Article 8; and *Dubetska and Others v. Ukraine* App 30499/03 (ECtHR 10 February 2011) [140] – [156] Article 8, ECHR.

<sup>20</sup> See further, *Guerra and others v. Italy* App No 14967/89 (ECtHR 19 February 1998) [56] – [60] Article 8; *Taşkin and Others v. Turkey* App 46117/99 (ECtHR 10 November 2004) [99], [118] – [126] Article 8; *Grimkovskaya v. Ukraine* App 38182/03 (ECtHR 21 July 2011) [69] – [73] Article 8; and *Di Sarno and Others v. Italy* App 30765/08 (ECtHR 10 January 2012) [107] Article 8. See also Birgit Peters, 'Unpacking the Diversity of Procedural Environmental Rights: The European Convention on Human rights and the Aarhus Convention' (2018) 30 *Journal of Environmental Law* 1, 11–13, 15–25.

<sup>21</sup> Declaration of the United Nations on the Human Environment, 16 June 1972, A/Conf 48/14/Rev 1, 3 (Stockholm Declaration).

<sup>22</sup> See, e.g., Celia I. Campbell-Mohn, 'Environmental law' (*Britannica*, 10 May 2002) <<https://www.britannica.com/topic/environmental-law>> accessed 10 April 2021.

<sup>23</sup> See, *inter alia*, an overview of this development by Philippe Sands, Jacqueline Peel, Adriana Fabra and Ruth MacKenzie, *Principles of International Environmental Law* (4<sup>th</sup> edn Cambridge University Press 2018) 29–51.

<sup>24</sup> See, e.g., Aðalheiður Jóhannsdóttir, 'The Value of Proactive Methodological Approaches for Understanding Environmental Law' (2014) 59 *Scandinavian Studies in Law* 243, 253–254.



mental rights guarantees.<sup>25</sup> One of these states was Portugal, which as early as in 1976 had in place, in its Article 66, a provision stating the right of everyone to a healthy and ecologically balanced human living environment and the duty to defend it.<sup>26</sup> Some European constitutional provisions,<sup>27</sup> such as Article 112 of the Norwegian Constitution, originally adopted in 1992 as Article 110b, contain both substantive and procedural environmental rights.<sup>28</sup> In the *Norwegian Climate Case* (2020),<sup>29</sup> where questions concerning the legal character of Article 112 of the Norwegian Constitution were addressed, the Norwegian Supreme Court arrived at the conclusion that Article 112 did not generally guarantee individuals a right to a healthy environment, which

they could pursue before the courts.<sup>30</sup> Moreover, as noted by the Court, the purpose of Article 112 had not been to limit political leeway.<sup>31</sup>

In another climate related human rights related case, the *Urgenda Case* (2019),<sup>32</sup> where the claimants, *inter alia*, argued that the Dutch State violated its due care obligation, and that by its non-action to take particular preventive action to prevent dangerous climate change, the State was held to have violated Article 2 and 8 of ECHR.<sup>33</sup> The Dutch State, on several grounds, rejected the Court of Appeal's interpretation of Articles 2 and 8 of the ECHR.<sup>34</sup> The Supreme Court of the Netherlands, however, did not hesitate to affirm the Appellate Court's reasoning and methodological approach,<sup>35</sup> and rejected the Dutch State's appeal.<sup>36</sup>

---

<sup>25</sup> See, James R. May and Erin Daly, *Global Environmental Constitutionalism* (Cambridge University Press 2014) and their analysis of constitutions of the world containing environmental provisions, in appendixes A–I of their book.

<sup>26</sup> For text, see <<https://www.parlamento.pt/sites/EN/Parliament/Documents/Constitution7th.pdf>> accessed 31 March 2021. Interestingly, in Iceland, during the 105<sup>th</sup> legislative assembly 1982–1983, a proposal for a new constitution was submitted to the Althingi (Frumvarp til stjórnskipunarlagi um stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, þingskjal 573 – 243. mál, 105. löggjafarþing, 1982–1983, 1–34 <<https://www.althingi.is/altext/105/s/pdf/0537.pdf>> accessed 1 April 2021.) Article 80 of the proposal contained an environmental provision which seems to have been driven by the need to strengthen the conservation of nature and natural resources and to ensure the public's right to roam. If the proposal had been adopted, Iceland would have been among the first states in the world to insert an environmental provision into its Constitution.

<sup>27</sup> In Norway, the first ideas for an environmental constitutional provision emerged in the late 1980s.

<sup>28</sup> The wording of Article 110b, which became Article 112, was slightly changed with the 2014 constitutional amendments in Norway. See further on the changes of Article 110b, e.g., Ole Kristian Fauchald, 'Hva er konsekvensene av Grunnlovens Miljøparagraf?' (2015) 200 *PrivIus*, *Journal of Private Law* 26, 36–39.

<sup>29</sup> Supreme Court of Norway, *Natur og ungdom, Föreningen Greenpeace Norden, Naturvernforbundet and Besteforeldrens Klimaaksjon mot Staten v Olje- og energidepartementet*, HR-2020-2472-P (case no. 20-051052SIV-HRET) Judgment 22 December 2020.

---

<sup>30</sup> *Ibid.* [78] – [145], [245]. The decision of the Court is very much in line with views of a Norwegian scholar published much earlier, see, e.g., Inge Lorange Backer, *Imføring i naturressurs- og miljørett* (4<sup>th</sup> edn Gyldendal Akademisk 2002) 53–56.

<sup>31</sup> *Natur og ungdom and others* (n 29) [139] – [141].

<sup>32</sup> Supreme Court of the Netherlands, *The State of the Netherlands (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy) v Stichting Urgenda* ECLI:NL:HR:2019:2007 Judgment 20 December 2019. See English translation <<https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>> accessed 26 March 2021.

<sup>33</sup> *Ibid.* [2.2.1], [2.2.3]. Interestingly, the decision was not based on Article 21 of the Dutch Constitution, which read as follows: "It shall be the concern of the authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment." See <[https://www.denederlandsegrondwet.nl/9353000/1/j4nvih713kb91rw\\_j9v-vkl1oucfcq6v2/vkwrfdbpvatz/f=/web\\_119406\\_grondwet\\_koninkrijk\\_nl.pdf](https://www.denederlandsegrondwet.nl/9353000/1/j4nvih713kb91rw_j9v-vkl1oucfcq6v2/vkwrfdbpvatz/f=/web_119406_grondwet_koninkrijk_nl.pdf)> (Dutch) accessed 7 April 2021.

<sup>34</sup> *The State of the Netherlands* (n 32) [3.1] – [3.6].

<sup>35</sup> The Hague Court of Appeal, *The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment) v Urgenda Foundation* ECLI:NL:GHDHA:2018:2610 9 October 2018. See <[https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ECLI\\_NL\\_GHDHA\\_2018\\_2610.pdf](https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ECLI_NL_GHDHA_2018_2610.pdf)> (English translation) accessed 26 March 2021.

<sup>36</sup> *Ibid.* [9]. Nollkaemper and Burgers have pointed out that the Supreme Court's decision reflects a turning point as the Dutch State was made responsible for harmful effects of climate change, a situation to which

### 2.2.2 *Environmental human rights in Europe*

Drawing from his work experience within the ECtHR, Brennan Van Dyke, in 1994, made an interesting remark when he stated that “[t]he notion that human beings have a right to a healthy environment is far more controversial in Europe than it ought to be.”<sup>37</sup> It is true that the ECHR does not yet in so many words guarantee the public a right to a healthy environment. Through a dynamic interpretation of some ECHR guarantees,<sup>38</sup> however, the ECtHR has gradually accepted that there is a link between environmental quality and the ability to enjoy established ECHR human rights.<sup>39</sup> By connecting the primary human rights guarantees of the ECHR with environmental quality and dangerous environmental situations,<sup>40</sup> a new body of Europe-

---

many entities had contributed to. André Nollkaemper and Laura Burgers, ‘A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the Urgenda Case’ (*EJIL: Talk!*, 6 January 2020) <<https://www.ejiltalk.org/a-new-classic-in-climate-change-litigation-the-dutch-supreme-court-decision-in-the-urgenda-case/>> accessed 26 March 2021.

<sup>37</sup> Brennan Van Dyke, ‘A Proposal to Introduce the Right to a Healthy Environment into the European Convention Regime’ (1994) 13 *Virginia Environmental Law Journal* 323.

<sup>38</sup> Mainly Article 2, Right to life, and Article 8, Right to respect for private and family life; also Article 10, Freedom of expression; Article 6, Right to a fair trial; Article 13, Right to an effective remedy; and in addition, Article 1, Protection of property, Protocol 1 to the ECHR. See also Heta Heiskanen, ‘Afraid of Fragmentation? Keep Calm and Apply the European Convention on Human rights on Environmental Matters’ (2018) 2 *Nordic Environmental Law Journal* 7.

<sup>39</sup> Beginning with *López Ostra* (n 19), which concerned nuisance (smell, noise, and fumes) originated from illegal polluting activity situated in the vicinity of the applicant’s home, the ECtHR acknowledged that there was a connection between the necessary environmental quality and the guarantees provided by Article 8 of the ECHR.

<sup>40</sup> *Öneryildiz* (n 19), where a methane explosion had triggered a landslide of waste when a mountain of waste erupted and engulfed some ten slum-dwelling situated below it, including the applicant’s dwellings. The applicant argued that there had been a violation of Article 2 of the ECHR due to many-sided inaction on behalf of the

an environmental human rights, which includes three-pillar procedural rights resembling those of the Aarhus Convention,<sup>41</sup> has gradually been developed.<sup>42</sup> However, this development had only marginally begun when the Aarhus Convention was being negotiated and does not appear to have affected its content.

### 2.2.3 *The European Union*

Although the environmental law of the EU had progressively developed since the mid-sixties, it took several years of active environmental legislating before procedural rules benefiting the public became the norm in environmental decision-making and right of the public to access environmental information was assured.<sup>43</sup> Some of

---

authorities to resolve the waste situation in the slum. The ECtHR arrived at the conclusion that by not providing for the adequate protection in safeguarding the right to live, Article 2 on the right to live, had been violated.

<sup>41</sup> Beginning with *Guerra and others* (n 20), where the applicants complained about the authorities’ failure to inform the public about the hazards stemming from a factory and had to wait until the operation ceased for essential information that would have enabled them to assess the risks they and their families were faced by at their homes, the State was in breach of Article 8. See also, *Grimkovskaya* (n 20); *Taşkin and others* (n 20); and *Karin Andersson and Others v. Sweden* App 29878/09 (ECtHR 25 September 2014).

<sup>42</sup> This development, which will not be covered by this article, has been described, analysed and theorised by many scholars, including Alan Boyle, ‘Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment’ (2007) 18 *Fordham Environmental Law Review* 471; Boyle (n 8); Lucretia Dogaru, ‘Preserving the Right to a Healthy Environment: European Jurisprudence’ (2014) 141 *Procedia – Social and Behavioral Sciences* 1346; Heta Heiskanen, *Towards Greener Human Rights Protection: Rewriting the Environmental Case Law of the European Court of Human Rights* (Tampere University Press 2018); and Peters (n 20). See also ECtHR, ‘Factsheet – Environment and the ECHR’ <[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Environment\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf)> accessed 28 March 2021.

<sup>43</sup> For information relating to the history and development of EU Environmental Law and its legal foundation, see e.g., David Langlet and Said Mahmoudi, *EU Environmental Law and Policy* (OUP 2016) 27–34, and Suzanne Kingston, Veerle Heyvaert and Aleksandra Čavoški, *Eu-*

that legislation was available when the Aarhus Convention was being negotiated and it is fair to say that this legislation had a decisive influence on the content and structure of the Convention, in particular on its first two pillars.

Beginning with the 1985 EIA-Directive,<sup>44</sup> the EEC adopted minimum rules relating to an environmental impact assessment (EIA) procedure for projects likely to have significant environmental impact. The closely related Espoo Convention on Transboundary EIA was concluded a few years later in 1991,<sup>45</sup> the EC<sup>46</sup> acceding to the Convention on 24 June 1997.<sup>47</sup> The EIA-Directive aimed to ensure that before consent was given, projects (Annex I and Annex II projects) likely to have significant effects on the environment be made subject to an EIA.<sup>48</sup> A part of the EIA-procedure was to make available to the public the information gathered by the developer in relation to the impact assessment procedure;<sup>49</sup> the public concerned was given the opportunity to express an opinion before a project was initiated;<sup>50</sup> and when a decision to allow a project had been taken by the competent authority, the public concerned was to be informed of the decision, any conditions attached thereto, and the reasons and considerations on which the decision was

based.<sup>51</sup> Rules on the participation of the public in EIA-procedures were further developed by the 1997 EIA-Directive amendments,<sup>52</sup> which included, fuller and more detailed rules on the environmental information to be submitted by the developer;<sup>53</sup> moreover the duty of the competent authority to inform of the content of the decision, along with its reasons and conditions, was broadened and no longer confined to the public concerned but applied to the public in general.<sup>54</sup> In line with Directive 2003/35/EC,<sup>55</sup> the EIA-Directive was adjusted as necessary to implement the Aarhus Convention, in particular its Article 6 along with Article 9(2) and (4).

Moreover, in accordance with the SEA-Directive of 2001,<sup>56</sup> certain plans and programmes stemming from MS authorities<sup>57</sup> were made subject to an environmental assessment proce-

---

*European Environmental Law* (Cambridge University Press 2017) 1–8.

<sup>44</sup> Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment OJ [1985] L175/40.

<sup>45</sup> Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (adopted 25 February 1991, entry into force 10 September 1997) 1989 UNTS 309 (Espoo Convention).

<sup>46</sup> The European Community.

<sup>47</sup> See also the declaration made by the EU upon signing and confirmed upon the approval of the Espoo Convention <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-4&chapter=27&clang=en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-4&chapter=27&clang=en#EndDec)> accessed 17 March 2021.

<sup>48</sup> Directive 85/337/EEC (n 44) Article 2.

<sup>49</sup> *Ibid.* Article 4–6.

<sup>50</sup> *Ibid.* Article 6.

<sup>51</sup> *Ibid.* Article 9.

<sup>52</sup> Council Directive 97/11/EC of 3 March 1997 amending Directive 85/337/EEC on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, OJ [1997] L73/5. The EIA-Directive currently in force is Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (codification), OJ [2012] L26/1, with amendments pursuant to Directive 2014/52/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 amending Directive 2011/92/EU on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, OJ [2014] L124/1.

<sup>53</sup> Directive 97/11/EC (n 52) Article 1(6–8).

<sup>54</sup> *Ibid.* Article 2(11).

<sup>55</sup> See further Article 3 and recital 11 of Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/85/337/EEEC and 96/61/EC, OJ [2003] L156/17.

<sup>56</sup> Directive 2001/42/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment, OJ [2001] L197/30. The proposal for the Directive was presented by the Commission on 4 December 1996, see COM (96) 511 final, OJ C 129, 25 April, 14.

<sup>57</sup> Directive 2001/42/EC (n 56) Article 2.

dure.<sup>58</sup> Part of the procedure is to make available to the authorities and the public any draft plan or programme and an environmental report,<sup>59</sup> and to allow for public participation and effective opportunities for the public to express their opinion on the drafts and the report before their adoption.<sup>60</sup> Finally, the MS are to ensure that when a plan or a programme is adopted the public is informed of the plan or programme as adopted, along with other relevant information.<sup>61</sup> The SEA-Directive was aligned with the Aarhus Convention with Directive 2003/35/EC.<sup>62</sup> Related to the SEA-Directive is the SEA-Protocol of 2003<sup>63</sup> to the Espoo Convention, to which the EU acceded on 12 November 2008.<sup>64</sup>

Decision-making procedures for polluting activities were also developed further in relation to permitting procedures and public access to information on applications for permits. Pursuant to the original IPPC-Directive of 1996,<sup>65</sup> the MS were, *inter alia*, to take the necessary steps to ensure that applications for permits for new installations or for substantial changes were made available to the public, to enable it to comment

on them before the competent authority reached its decisions.<sup>66</sup> The IPPC-Directive was adjusted to the Aarhus Convention by Directive 2003/35/EC.<sup>67</sup>

Although the EU did not deposit its approval until 17 February 2005,<sup>68</sup> the relevant EU law was made consistent with the Convention after the entry into force of the Aarhus Convention 30 October 2001.<sup>69</sup>

With the adoption of the Environmental-Information-Directive of 1990,<sup>70</sup> the public was, upon request, and without having to prove an interest,<sup>71</sup> awarded a freedom of access to environmental information.<sup>72</sup> In addition, a positive obligation was placed on public authorities to disseminate information relating to the environment.<sup>73</sup> Pursuant to Article 5(2) of the Information-Directive, a request for information could be refused if it affected sensitive areas of public

<sup>58</sup> Ibid. Article 3–8.

<sup>59</sup> Ibid. Article 6(1).

<sup>60</sup> Ibid. Article 6(2).

<sup>61</sup> Ibid. Article 9.

<sup>62</sup> Directive 2003/35/EC (n 55) Article 2.

<sup>63</sup> Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (adopted 21 May 2003, entry into force 11 July 2010) 2685 UNTS 140, sometimes referred to as the Kiev-Protocol.

<sup>64</sup> Council Decision 2008/871/EC of 20 October 2008 on the approval, on behalf of the European Community, of the Protocol on Strategic Environmental Assessment to the 1991 UN/ECE Espoo Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, OJ [2008] L308/33.

<sup>65</sup> Council Directive 96/61/EC of 24 September 1986 concerning integrated pollution prevention and control, OJ [1996] L257/26. The IPPC-Directive has been replaced by the IED-Directive, Directive 2010/75/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on industrial emissions (integrated pollution prevention and control) (Recast), OJ [2010] L334/17.

<sup>66</sup> Directive 96/61/EC (n 65) Article 15(1), and recital 13.

<sup>67</sup> Directive 2003/35/EC, Article 4 and recital 12.

<sup>68</sup> Council Decision 2005/370/EC of 17 February 2005 on the conclusion, on behalf of the European Community, of the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, OJ [2005] L124/1. See also Directive 2003/35/EC (n 55).

<sup>69</sup> The alignment to and the scope of the measures that have been taken by the EU have not escaped criticism, in particular how the EU has approached the access rights in relation to its own institutions. See Regulation 1367/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies, OJ [2006] L264/13. See further on the issue Kingston, Heyvaert and Čavoški (n 43) 179–180, 237–256.

<sup>70</sup> Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment, OJ [1990] L158/56. Replaced by Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC, OJ [2003] L41/26.

<sup>71</sup> Directive 90/313/EEC (n 70) Article 3.

<sup>72</sup> Ibid. Article 1, and Article 3.

<sup>73</sup> Ibid. Article 1, and Article 7.

affairs or particular private interests.<sup>74</sup> In line with Article 4 of the Directive, persons who considered that a request for information had been unreasonably refused or ignored, was to have access to justice and the possibility of seeking judicial or administrative review of the decision in accordance with the relevant national legal system.<sup>75</sup> In the context of hazardous activities, public safety, and environmental information, the first Seveso Directive from 1982 is of interest.<sup>76</sup> In addition to the duty of the MS to ensure that the relevant manufacturers had in place the appropriate safety measures,<sup>77</sup> and that they provided the authorities with the necessary information,<sup>78</sup> the MS were under a positive duty to ensure that persons liable to be affected by a major accident were informed in an appropriate manner of the safety measures and of the correct behaviour to be adopted in the event of an accident.<sup>79</sup> In 1996 the first Seveso Directive was replaced by the second Seveso Directive,<sup>80</sup> which contained, *inter alia*, more detailed provisions relating to the access to information on the en-

---

<sup>74</sup> Further articulated in Article 3(2) of Directive 90/313/EEC (n 70).

<sup>75</sup> *Ibid.* Article 4.

<sup>76</sup> Council Directive 82/501/EEC of 24 June 1982 on the major-accident hazards of certain industrial activities, OJ [1982] L 230/1.

<sup>77</sup> *Ibid.* Article 4.

<sup>78</sup> *Ibid.* Article 5.

<sup>79</sup> *Ibid.* Article 8. See also the Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents (adopted 17 March 1992, entry into force 19 April 2000), 2105 UNTS 457. The EU acceded to the Convention 24 April 1998, see Council Decision 98/685/EC of 23 March 1998 concerning the conclusion of the Convention on the Transboundary Effects Industrial Accidents, OJ [1998] L326.

<sup>80</sup> Council Directive 96/82/EC of 9 December 1996 on the control of major-accident hazards involving dangerous substances, OJ [1997] L10/13. The second Seveso-Directive has been replaced by the third Seveso-Directive, Directive 2012/18/EU of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on the control of major-accident hazards involving dangerous substances, amending and subsequently repealing Council Directive 96/82/EC, OJ [2012] L197/1.

vironment. Concerning emergency plans, they were to communicate the necessary information to the public,<sup>81</sup> the public was to be consulted on external emergency plans,<sup>82</sup> and information on safety measures was to be permanently available to the public.<sup>83</sup>

### 2.3 Some Concluding Remarks

As discussed above, the progressive expansion of the relevant EU's environmental law was probably the most influential factor in shaping the European broader environment within which the Aarhus Convention was developed. Even though some European states had early on furnished their constitutions with environmental guarantees meant to benefit the public, that factor did not seemingly have a decisive influence on the Aarhus Convention. As the development of European human rights had just begun when the Convention was being negotiated, it is doubtful that it had any influence on the content of the Convention.

### 2.4 Some Latin America and Caribbean Perspectives

#### 2.4.1 Favourable legal environment

According to Peña and Hunter, the Latin American and Caribbean region is thought to be a particularly favourable field for the adoption of a regional instrument on the procedural rights of participation.<sup>84</sup> While the States of the region have not formed a Union like the EU, which has for decades been active in developing and harmonising European environmental law, the development of environmental law has nonethe-

---

<sup>81</sup> Directive 96/82/EC (n 80) Article 11(2).

<sup>82</sup> *Ibid.* Article 11(3).

<sup>83</sup> *Ibid.* Article 13.

<sup>84</sup> Natalia Peña and David B. Hunter, 'The Hard Choices in Promoting Environmental Access Rights' in David Bradlow and David Hunter (eds), *Advocating Social Change through International Law: Exploring the Choice between Hard and Soft International Law* (Brill 2020) 122.

less been active in the region. In addition, most Latin American constitutions have provisions regarding environmental rights and responsibilities,<sup>85</sup> as well as governmental authorities charged with environmental management,<sup>86</sup> and a large number of countries in the region have passed general or framework environmental laws.<sup>87</sup> Moreover, several years before the Escazú Agreement negotiation began, national courts had progressively adjudicated on claims for the protection of environmental rights.<sup>88</sup> In cases where domestic legislation establishes more favourable rights than those of the Agreement, the former must prevail.<sup>89</sup>

To complement the above progression, an interesting development has taken place within the Inter-American system of human rights (IASHR). The Protocol of San Salvador to the ACHR is one of the few international human rights instruments to include a provision, Article 11, guaranteeing a right to a healthy environment.<sup>90</sup> However, while the Inter-American Commission (IACHR) can receive and process complaints from individuals,<sup>91</sup> with few exceptions only a State Party can submit a case to the Court.<sup>92</sup> As pointed out by Grant, in practice, the right guaranteed by Article 11 of the Protocol is therefore only indirectly protected by the

IASHR.<sup>93</sup> On the issue, the Inter-American Commission has consistently and repeatedly, by citing Article 19(6) of the Protocol, brought out the limited competence of the organs of the IASHR to rule on alleged violations of the rights guaranteed by the protocol, including its Article 11.<sup>94</sup> Although the right enshrined in Article 11 of the Protocol of San Salvador is not directly enforceable through individual petitions submitted to the Inter-American institutions, the State Parties to the ACHR and the Protocol are nonetheless under an obligation to guarantee the right.<sup>95</sup>

In a recent advisory opinion OC-23/17,<sup>96</sup> the IACtHR concluded that the right to a healthy environment was autonomous and not only a by-product of other rights with an environmental connection such as the right to life and the

---

<sup>85</sup> See May and Daly (n 25) and their analysis (appendixes A–I of the book) of constitutions of the world containing environmental provisions.

<sup>86</sup> ECLAC, 'Access to information, participation and justice in environmental matters in Latin America and the Caribbean: towards achievement of the 2030 Agenda for Sustainable Development' (2018) LC/TS.2017/83, 33–34.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> See further on this development, Adriana Fabra Aguilar, 'Enforcing the Right to a Healthy Environment in Latin America' (1994) 3 RECIEL 215. Discussion on these issues was prevalent in the region years before her article was published in 1994.

<sup>89</sup> Article 4(7), Escazú Agreement.

<sup>90</sup> See also Knox (n 8) 82.

<sup>91</sup> Article 44, ACHR.

<sup>92</sup> Article 61, ACHR.

---

<sup>93</sup> Evadné Grant, 'The American Convention on Human Rights and Environmental Rights Standards' in Stephen J Turner and others (eds), *Environmental Rights: The Development of Standards* (Cambridge University Press 2019) 61.

<sup>94</sup> See, e.g., *Community Maya Kaqchikel de los Hornos and El Pericon and its members v. Guatemala*, Admissibility, Report No. 87/12, Petition 140/08 (IACHR, 8 November 2012) [32]. See also *National Association of Discharged and Retired Employees of SUNAT*, Admissibility, Report No 21/09, Petitions 965/98, 638/09, and 1044/04, joined (IACHR, 19 March 2009) [56]; and *Pensioners of the National Agricultural Development Bank (BANDESA)*, Admissibility, Report No 102/09, Petition 1380/06 (IACHR, 19 October 2009) [24].

<sup>95</sup> See IACtHR, *Cuscul Pivaral and others v. Guatemala*, Judgment of 23 August 2018. Serie C No. 359 [93]. On the relationship between the San Salvador Protocol and the ACHR, see Oswaldo R. Ruiz-Chiriboga, 'The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties; Non-enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System' (2013) 31 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 159, 156–183.

<sup>96</sup> IACtHR, *State Obligations In Relation To The Environment In The Context Of The Protection And Guarantee Of The Rights To Life And To Personal Integrity: Interpretation And Scope Of Articles 4(1) And 5(1) In Relation To Articles 1(1) And 2 Of The American Convention On Human Rights*, Advisory Opinion OC-23/17 of 15 November 2017, Series A, No. 23.

right to personal integrity.<sup>97</sup> According to the understanding of the Court,<sup>98</sup> the right to a healthy environment is, furthermore, encompassed by the provision of Article 26 of the ACHR on progressive development. In the opinion, the IACtHR furthermore pointed out that a right to a healthy environment had been recognized at a constitutional level in several states of the region.<sup>99</sup> In fact, many constitutions in the region encompass provisions relating to various aspects of environmental concerns and have done so for a considerable time.<sup>100</sup>

Even so, as has become the usual exercise by international human rights bodies,<sup>101</sup> the Inter-American institutions have used progressive interpretation to extend the ambit of other rights as to also cover environmental matters.<sup>102</sup> Through interpreting other human rights, including the right to life,<sup>103</sup> the right to property,<sup>104</sup> the right to freedom of thought and expression,<sup>105</sup> and the right to due process of law,<sup>106</sup> and by means of providing some form of access rights, Inter-American institutions have afforded an indirect protection to the right to a healthy environment.

#### 2.4.2 *Enhancing access rights through other rights – examples from case-law*

Relating to participation in environmental decision-making, in *Kichwa de Sarayaku v Ecuador* (2012),<sup>107</sup> the IACtHR concluded that Article 21 of ACHR, guaranteeing the right to property, gave rise to an obligation for the State to inform and consult with indigenous communities regarding projects on the collectively owned land.<sup>108</sup> Additionally, the right to be consulted was to be guaranteed by the State in accordance with the community's values, practices, customs, and forms of organization and through their institutions and mechanisms.<sup>109</sup> Similarly, in *Pueblos Kaliña y Lokono v Surinam* (2015),<sup>110</sup> the right to participate in government, enshrined in Article 23 of the ACHR, has been construed by the Court as to include the right of indigenous peoples to participate in the decision-making processes concerning their land.<sup>111</sup>

Access to environmental information has also been addressed. In *Claude-Reyes and Others v Chile* (2016),<sup>112</sup> the IACtHR acknowledged that the right of freedom of thought and expression as guaranteed by Article 13 of the ACHR, included the right to seek and receive public information from public authorities.<sup>113</sup> One of the instruments to which the Court referred as a basis for its justification was the Aarhus Convention.<sup>114</sup> Although the information access right may be limited, the request for information does not need to be based on a direct interest of the ap-

---

<sup>97</sup> Ibid. [63].

<sup>98</sup> Ibid. [57].

<sup>99</sup> Ibid. [58].

<sup>100</sup> See Maria Antonia Tigre, 'Implementing Constitutional Environmental Rights in the Amazon Rainforest' in Erin Daly and James R May (eds), *Implementing Environmental Constitutionalism: Current Global Challenges* (Cambridge University Press 2018), 61. See also May and Daly (n 25) and their analysis of constitutions of the world containing environmental provisions, appendixes A–I; and Knox (n 8) 92.

<sup>101</sup> See Knox (n 8) 84.

<sup>102</sup> Grant (n 93) 61.

<sup>103</sup> Article 4, ACHR.

<sup>104</sup> Article 21, ACHR.

<sup>105</sup> Article 13, ACHR.

<sup>106</sup> Article 8, ACHR.

---

<sup>107</sup> IACtHR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v Ecuador*, Judgment of 27 June 2012, Series C, No. 245.

<sup>108</sup> Ibid. [145], [232].

<sup>109</sup> Ibid. [232].

<sup>110</sup> IACtHR, *Pueblos Kaliña y Lokono v Surinam*, Judgment of 25 November 2015, Serie C No. 309.

<sup>111</sup> Ibid. [196].

<sup>112</sup> IACtHR, *Claude Reyes v Chile*, Judgment of 19 September 2006, Serie C No. 151.

<sup>113</sup> Ibid. [76], [77], [81].

<sup>114</sup> Ibid. [81].

plicant for information.<sup>115</sup> Scholars usually categorized the case as being instrumental in the development of access rights in Latin America, particularly the right to access to environmental information.<sup>116</sup>

Access to justice has as well been adjudicated upon. In *Saramaka People v Suriname* (2007),<sup>117</sup> the indigenous community of the Saramaka alleged that its ineligibility under domestic law to receive a communal title to land as a tribal community violated Article 3 of the ACHR, on the right to juridical personality.<sup>118</sup> According to the national legislation of Suriname, juridical personality would only be afforded to individual members of the community, not to the community as an entity.<sup>119</sup> As the IACtHR pointed out, this placed the Saramaka People in a vulnerable situation in protecting their property rights. By not recognising the juridical capacity of the Saramaka People to fully exercise their rights in a collective manner, the State had violated their rights under Article 3 ACHR.<sup>120</sup>

In *Kaliña and Lokono peoples v Suriname* (2015), the persistent non-recognition of a juridical personality was held to violate not only the community's rights to communal property but also its access to justice under Article 25 of the ACHR.<sup>121</sup> Recalling its jurisprudence on the mat-

ter, the Court asserted that national legislation should be interpreted and applied to take into account the rights of the indigenous community through the recognition of their collective juridical personality as a community as well as individuals; through recognition of their collective and individual legal standing in administrative and judicial procedures; and through the guarantee of access to justice without discrimination and in keeping with the rules of due process.<sup>122</sup> Stemming from Article 25 of the ACHR, the Court identified two specific obligations of the State. The first is to legislate and ensure the due application by the competent authorities of effective remedies that protect all persons subject to their jurisdiction against acts that violate their fundamental rights or that lead to the determination of their rights and obligations. The second obligation identified by the Court is to guarantee the means to execute the respective decisions and final judgments issued by those competent authorities so that the rights that have been declared or recognized are truly protected.<sup>123</sup>

## 2.5 Some Concluding Remarks

In addition to the general development of environmental law in Latin America and the Caribbean, the emphasis on environmental human rights within the IASHR along with the progressive case-law of the IACtHR have been decisive in shaping the broader legal environment of the Escazú Agreement. In contrast with the broader legal environment where the Aarhus Convention was developed, by the time the Escazú Agreement was being negotiated the importance of environmental human rights had already been acknowledged and such rights had been inserted into most constitutions in the region. It is therefore fair to conclude that the en-

---

<sup>115</sup> Ibid. [77]. Following the case, several domestic courts proclaimed the right to access public information a fundamental right. See IACHR, 'National jurisprudence on freedom of expression and access to information' (5 March 2013) OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.10/13, 60–63.

<sup>116</sup> Jonas Ebbesson, 'Global or European Only? International Law on Transparency in Environmental Matters for Members of the Public' in Andrea Bianchi and Anne Peters (eds), *Transparency in International Law* (Cambridge University Press 2013) 71.

<sup>117</sup> IACtHR, *Saramaka People v Suriname*, Judgment of 28 November 2007, Series C, No. 172.

<sup>118</sup> Ibid. [159] *et passim*.

<sup>119</sup> Ibid. [173].

<sup>120</sup> Ibid. [174], [175].

<sup>121</sup> *Kaliña and Lokono Peoples* (n 110) [101] *et passim*.

<sup>122</sup> Ibid. [251].

<sup>123</sup> Ibid. [238], [239].



vironmental human rights factor had a decisive influence on the content of the Agreement.

### 3. The Three-pillar Approach – A Comparison

#### 3.1 Definitions

For the operation of the three-pillar approach, the Aarhus Convention and the Escazú Agreement, in Article 2 of each, provide definitions of a few terms. In its Article 2, the Aarhus Convention provides five definitions for the purpose of the Convention. These are (1) “party”, (2) “public authority”, (3) “environmental information”, and (4) “the public”, and “the public concerned”. In comparison, the Escazú Agreement defines five terms: (1) “access rights”, (2) “competent authority”, (3) “environmental information”, (4) “public” and (5) “persons or groups in vulnerable situations”.

Where the two instruments define comparable terms their definitions, though not identical, are to a large extent substantively similar.<sup>124</sup> However, the Escazú Agreement’s article 2(d) restricts the definition of the “public” to persons who are nationals of the State Party or are subject to its national jurisdiction of the State Party. Not present in the Aarhus Convention’s definition this limitation runs counter to the fundamental principles of equality and of non-discrimination, which are particularly mentioned in Article 3 of

the Agreement. Moreover, the definition is irreconcilable with Article 7(1) of the Agreement, which places on each Party the obligation to implement open and inclusive public participation based on domestic and international normative frameworks. Furthermore, discrimination based on nationality contravenes international law, including several provisions of the ACHR, and the established practice of transboundary environmental impact assessment.<sup>125</sup>

While the Escazú Agreement employs the term “competent authority”, the Aarhus Convention refers to “public authority”. As has been pointed out by Zuluaga-Madrid,<sup>126</sup> although the terms have similar meanings and are used for the same purpose, “competent authority” is used in the Escazú Agreement to encompass a more comprehensive definition, drifting away from the restriction of the word “public”.<sup>127</sup> In the Escazú Agreement, the definition is also broader from another perspective, as it includes private entities that receive public funds or benefits, whether directly or indirectly, as well as entities that perform public functions, without the condition that they are defined by national law, as is the case in the Aarhus Convention.<sup>128</sup>

One of the most interesting novelties of the Escazú Agreement is the Agreement’s definition of “persons or groups in vulnerable situations”. As further articulated in Article 2 of the Agreement, these are those persons or groups that face particular difficulties in fully exercising the access rights of the Agreement, because of circumstances or conditions identified within each Party’s national context and in accordance with

---

<sup>124</sup> For a comparison and textual analysis of the terms “competent authority” and “public authority”, and “environmental information”, see Juliana Zuluaga-Madrid, ‘Definitions of the Aarhus Convention v the Proposal for a New Latin America and The Caribbean Instrument: Mapping the Differences in the Material Scope of Procedural Environmental Rights in International Law’ in Jerzy Jendrośka and Magdalena Bar (eds), *Procedural Environmental Rights: Principle X in Theory and Practice*, vol 4 (Intersentia 2018) 44–53. See also Stephen Stec and Jerzy Jendrośka, ‘The Escazú Agreement and the Regional Approach to Rio Principle 10: Process, Innovation, and Shortcomings’ (2019) 31 *Journal of Environmental Law* 533, 536–537.

---

<sup>125</sup> See also Stec and Jendrośka (n 124) 543–544. See furthermore *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)* Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14 [203] – [206] *et passim*.

<sup>126</sup> Zuluaga-Madrid (n 124) 44–47.

<sup>127</sup> *Ibid*.

<sup>128</sup> *Ibid*. 45.

its international obligations. Peña and Hunter have pointed out that as a result of compromises made in the pursuit of reaching a binding instrument among the varying opinions, the definition of persons and groups in vulnerable situations was intentionally left open.<sup>129</sup>

### 3.2 Principles and general provisions

Article 3 of the Aarhus Convention provides for several general provisions, including one relating to the minimum obligation character of the three-pillar provisions, which is also part of Article 4 of the Escazú Agreement. References to important international principles which are to guide the Parties when implementing the Aarhus Convention's provisions are also present in Article 3, including the non-discrimination principle.

Principles and general provisions are covered by Article 3 and Article 4 respectively of the Escazú Agreement. According to Article 3 of the Escazú Agreement, in implementing the Agreement each Party is to be guided by the principle of equality and non-discrimination; the principle of transparency and accountability; the principle of non-regression and progressive realization; the principle of good faith; the preventive principle; the precautionary principle; the principle of intergenerational equity; the principle of maximum disclosure; the principle of permanent sovereignty of States over their natural resources; principle of sovereign equality of States; and the principle *pro persona*.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Peña and Hunter (n 84) 129–130.

<sup>130</sup> For further coverage on Article 3, see Stec and Jendroška (n 124) 538–539. Regarding the principle of *pro persona*, which is extracted from Article 29 of the ACHR that prohibits restrictive interpretation., see, e.g., Alejandro Rodiles, 'The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America' in Helmut Philipp Aust and Georg Nolte (eds), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence* (OUP 2016) 162.

Of particular interest are references to three fundamental environmental law principles, i.e., those of prevention, precaution, and intergenerational equity,<sup>131</sup> which are not part of the Aarhus Convention. The references support the view that while the Aarhus Convention is generally thought to represent an instrument of procedural nature, the Escazú Agreement is not only a procedural instrument, but also contributes to a substantive right of every person to live in a healthy environment.

In addition, Article 4 of the Agreement contains several general provisions, some of them which are not present in the Aarhus Convention, such as provision requiring the Parties to ensure that the rights recognized in the Agreement can be freely exercised, and the emphasis on supporting persons or groups in vulnerable situations. In relation to the exercise of access rights, under Article 4(5) of the Escazú Agreement the States Parties are to ensure that guidance and assistance is provided to the public, particularly those persons or groups in vulnerable situations.

However, the most progressive provision of Article 4, and one which has no matching provision in the Aarhus Convention, is undoubtedly the duty of each Party to guarantee the right of every person to live in a healthy environment and any other universally recognized human right related to the Agreement (Article 4(1)). As Stec and Jendroška have established, the provision provides for a human rights guarantee, independent of any relationship to access rights.<sup>132</sup>

### 3.3 The three pillars

#### 3.3.1 Access to information

Although both instruments implement the first pillar, the access to information pillar compara-

---

<sup>131</sup> For environmental law principles, see, e.g., Sands, Peel, Fabra and MacKenzie (n 23) 197–251.

<sup>132</sup> Stec and Jendroška (n 124) 537–538.

bly, there are some differences. The obligation of Article 4 of the Aarhus Convention, its access to environmental information provision, entails that States Parties need to establish a system through which members of the public, may request environmental information from public authorities without having to state an interest.<sup>133</sup> If a disclosure of information adversely affects defined public or private interests, which are further articulated in Article 4(4) of the Convention, a request for information can be refused. However, Article 5, on the collection and dissemination of environmental information, which has a strategic character, places a positive obligation on the State Parties to establish a system through which public authorities collect and disseminate environmental information to the public. Although not completely identical, the blueprint for the information pillar was provided for by the EU Environmental-Information-Directive of 1990.

In a similar way, Articles 5 and 6 of the Escazú Agreement provide that instrument's first pillar. Thus, Article 5 holds the principles relating to access to environmental information and Article 6 those on the generation and dissemination of environmental information. Although the principles enshrined in Article 5 and 6 of the Escazú Agreement resemble Article 4 and 5 of the Aarhus Convention, there are differences. One issue of particular interests is that while the Aarhus Convention, in its Article 4(4), outlines the public or private interests, which can justify non-disclosure of environmental information, justification of refusal of access to information

pursuant to Article 5(5–6) of the Escazú Agreement may be based on the domestic legal regime of exceptions. If such a regime is not available, the Party may apply the four exceptions provided for by the Article 5(6) of Agreement, all of which are public interest oriented.

Its reliance on domestic legal regimes in the case of refusals is generally thought to weaken the access right to environmental information under the Escazú Agreement. As the Aarhus Convention establishes a clearer system of exceptions, the regime of exceptions of the Escazú does not achieve the level of protection of the Aarhus Convention.<sup>134</sup>

In line with Article 6(12) of the Escazú Agreement, the Parties are to promote access to environmental information held by private entities. While a similar provision had been suggested for the Aarhus Convention through a proposal by Norway during the negotiations, the EU ultimately blocked the proposal.<sup>135</sup> As a result, the Aarhus Convention does not have a provision that guarantees the public access to information held by private actors.

### 3.3.2 *Public participation*

Articles 6–8 of the Aarhus Convention cover the second pillar and the principles for the participation of the public in three environmental decision-making processes. Three kinds of decision-making processes are covered by the pillar. The first process, in line with Article 6, concerns public participation during the preparation of decisions on specific activities (Annex I projects, in principle stationary projects requiring operating permits). In line with Article 6(2), the public concerned shall be given notice of an en-

---

<sup>133</sup> The access to environmental information should be wide. See further the conclusion of the Aarhus Convention Compliance Committee (ACCC), in ACCC, *United Kingdom* (2013), ACCC/C/2010/53, [74], [75]. See also ACCC *Austria* (2014), ACCC/C/2011/63, [54], according to which the “environment” should be interpreted broadly.

<sup>134</sup> See Peña and Hunter (n 84) 130.

<sup>135</sup> According to Emily Barritt, ‘Global Values Transnational Values: From Aarhus to Escazú’ in Veerle Heyvaert and Leslie-Anne Duvic-Paoli (eds) *Research Handbook on Transnational Environmental Law* (Elgar 2020) 209.

vironmental decision-making procedure in an adequate, timely and effective manner. Moreover, in accordance with Article 6(3), public participation procedures shall include reasonable timeframes for the different phases, allowing sufficient time for informing the public and for the public to prepare and participate effectively during the environmental decision-making. Furthermore, the Parties are to take “due account” of the outcome of the public participation in the decision, cf. Article 6(8). While it is not necessary that the public authority accept all comments and opinions received from the public, it is necessary that all comments and opinions are seriously considered.<sup>136</sup> Finally, in line with Article 6(9), when the decision has been taken the Parties are to inform the public of the decision along with the reasons and considerations on which the decision is based.<sup>137</sup>

There is a strong similarity between the Article 6 structure and principles and the approaches present in the 1985 EIA-Directive and the 1997 EIA-Directive amendments.

The second process, regulated by Article 7 of the Aarhus Convention, concerns public participation during the preparation phase of plans, programmes, and policies relating to the environment. Although subject to interpretation, the participation principles under Article 7 are broadly identical to the ones included in Article 6.<sup>138</sup> While the basic idea and the principles of Article 7 resemble the ones of the SEA-Directive of 2001, compared with the Directive, the scope of Article 7 is broader from several points of view. First, in addition to plans and programmes, it covers policies; second, the scope is not confined

to significant effects; and third, in relation to object of the effect, the scope is not confined to effects on the environment.

The third process, covered by Article 8 of the Aarhus Convention, relates to public participation during the preparation of executive regulations and/or generally applicable legally binding normative instruments.<sup>139</sup> This process ostensibly has not been imported into the Convention from EU environmental legislation.

While the Escazú Agreement addresses public participation in environmental decision-making processes in a single provision, i.e., in Article 7, its approach to the scope and types of decision-making processes and the participation principles is comparable to the Aarhus Convention’s Articles 6–8. In line with Article 7(4–8), the Parties must ensure that the public can participate in the decision-making process, from an early stage, and that information is provided in a clear, timely and comprehensive way. Additionally, the public participation procedure shall allow for reasonable timeframes for the public participation procedure. Observations and comments from the public must be given due consideration by the relevant public authority before the decision on the matter is taken. Finally, once the decision has been made, the public must be informed thereof, and of the grounds and reasons underlying the decision.

However, there are some differences, which relate to special situation of indigenous peoples. As Peña and Hunter have pointed out, the construction of Article 7 of the Escazú Agreement was influenced by jurisprudence of the IACtHR, mainly in the context of the right of indigenous peoples to be consulted in relation to projects

---

<sup>136</sup> See ACCC *Spain* (2010), ACCC/C/2008/24, [99].

<sup>137</sup> *Ibid.* [100].

<sup>138</sup> The ACCC has sometimes evaluated compliance with the public participation requirements of Article 7 and Article 6 together. See, e.g., ACCC *Albania* (2007), ACCC/C/2005/12, [70].

---

<sup>139</sup> According to Stephen Stec and others, *The Aarhus Convention: An Implementation Guide* (UNECE 2014) 81, the wording of the provision establishes a relatively soft obligation, and the compliance is based on efforts rather than results.

situated within their territory.<sup>140</sup> Article 7(6), for instance, reflects this emphasis by including the right of the public to be informed of the decision-making procedure in accordance with customary methods, as appropriate. This emphasis is reflected the case law of the IACtHR.<sup>141</sup> Moreover, and in line with Article 7(14) of the Agreement, hindrances to the participation of persons or groups in vulnerable situations must be removed by the relevant authorities in order to ensure equal participation.

### 3.3.3 Access to justice

Article 9 of the Aarhus Conventions contains the third pillar, the access to justice pillar. Article 9(1) orders the Parties to have in place a review procedure to deal with decisions and other issues connected to Article 4 of the Convention. This approach resembles the measures provided for by the Environmental-Information-Directive of 1990. Under Article 9(2) of the Convention, which connects to its Article 6, the Parties are to ensure that members of the public concerned, fulfilling a defined interest test, have access to a review procedure before a court of law and/or another independent and impartial body established by law, to challenge the substantive and procedural legality of any decision, act or omission subject to Article 6. The interest test, having sufficient interest or the impairment of a right, is to accommodate the two basic schools of standing rules in Europe,<sup>142</sup> and is the blueprint for interest test approach of Article 9(2). As Article

2(5) awards non-governmental organizations (NGOs) interest, pursuant to Article 9(2) NGOs are deemed to have sufficient interest and have access to review procedures. The review avenue provided by Article 9(3), or the possibility to challenge acts and omissions by private persons and public authorities contravening provisions of Party's national law relating to the environment, is general and when matched against the material scope of Article 6–8, Article 9(3) it functions as a catch-all provision.<sup>143</sup> The provision is novel in the European environmental law setting and resembles a measure available under the laws of the United States of America.<sup>144</sup> In addition, Article 9(4) contains a few important principles relating to the review procedures, and in line with Article 9(5), to further the effectiveness of Article 9 the Parties should consider the appropriate mechanism to remove or reduce financial and other barriers to access to justice and disseminate information on the access to administrative and judicial review procedures.

While the access to justice pillar of the Aarhus Convention provides the general principles and defines the avenues for review, as Jendroška has pointed out, questions relating to standing requirements and the scope of each review possibility have made the implementation of Article 9(1–3) problematic.<sup>145</sup>

---

<sup>140</sup> Peña and Hunter (n 84) 129. See also Saramaka People (n 117) [133].

<sup>141</sup> See Saramaka People (n 117) [133].

<sup>142</sup> See further Vasiliki (Vicky) Karageorgou, 'The Scope of the Review in Environment-related Disputes in the Light of the Aarhus Convention and EU Law – Tensions between Effective Judicial Protection and National Procedural Autonomy' Jerzy Jendroška and Magdalena Bar (eds), *Procedural Environmental Rights: Principle X in Theory and Practice*, vol 4 (Intersentia 2018) 238–245.

---

<sup>143</sup> The reference to national law relating to the environment has been construed broadly. See, e.g., ACCC, *United Kingdom* (2015), ACCC/C/2013/85 and ACCC/C/2013/86, [70]. Additionally, the scope of Article 9(3) encompasses any law that relates to the environment and is not limited to laws that explicitly include the term "environment" in their title or provisions. See *Austria* ACCC/C/2011/63 (n 133) [52].

<sup>144</sup> Usually referred to as direct or indirect citizens enforcement of law. See, e.g., Aðalheiður Jóhannsdóttir and Eiríkur Tómasson, *Endurskoðun ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfið* (Viðar Már Matthíasson ed, Ritróð Lagastofnunar vol 7: The Law Institute of the University of Iceland 2008), 74–75.

<sup>145</sup> Jerzy Jendroška, 'Access to Justice in the Aarhus Convention – Genesis, Legislative History and Overview of

The access to justice pillar is covered by Article 8 of the Escazú Agreement. Under Article 8(1) of the Escazú Agreement, the Parties are to guarantee the right of access to justice in environmental matters in accordance with the guarantees of due process. In line with Article 8(2), access to judicial and administrative mechanisms to challenge and appeal, with respect to substance and procedure, is to be ensured to three categories of decisions: (a) any decision, action or omission related to the access to environmental information; (b) any decision action or omission related to public participation in the decision-making process regarding environmental matters; and (c) any other decision, action or omission that affects or could affect the environment adversely or violate laws and regulations related to the environment. A set of minimum requirements regarding the structure for the implementation of the right to access to justice in environmental matters is established by Article 8(3), including broad active legal standing. Pursuant to Article 8(4), the Parties are to eliminate barriers and disseminate information of the right of access to justice. In line with emphasis of the Escazú Agreement on the situation of persons or groups in vulnerable situations, Article 8(5) directs the Parties to meet their needs by establishing support mechanisms, including, as appropriate, free technical and legal assistance.

Although the idea and many of the principles of Article 8 are similar to those present in the Aarhus Convention, the Escazú Agreement's approach is less technical and minimal, and the scope of application seems to be wider to which decisions can be subject to a judicial review.

### **3.4 Some Concluding Remarks**

As the above comparison indicates, although both instruments reflect access rights through their respective three-pillar approach, there are similarities and differences between the two. While the first and second pillars of the Aarhus Convention bear a strong resemblance to the relevant EU environmental law available when the Convention was negotiated, the Escazú Agreement echoes to a considerable degree the development of the environmental human rights which had already taken place through the progressive development of the IACtHR's case-law.

## **4. What Kind of a Right?**

### **4.1 A right-based approach against provisions of obligations**

Even though the Aarhus Convention and the Escazú Agreement each reflects the three-pillar approach of Principle 10 of the Rio Declaration, there are also other differences between the two instruments. Particularly revealing is the structure and the wording of the three-pillar approach provisions. While the Escazú Agreement frames the access rights as "rights" of the public, which shall be guaranteed by the Parties, the Aarhus Convention, is more concerned with the positive obligation of its Parties and only once, in its Article 1, stipulates that the Parties are to guarantee the access rights of the public. However, does this mean that the Aarhus Convention does not unequivocally assure those rights? Is it necessary to mention the word "rights" in every relevant substantive provision of the three pillars? If this were answered in the affirmative, the three-pillar approach of the Escazú Agreement would have been an unprecedented step forward in guaranteeing the public access rights. However, such a conclusion would be erroneous and reflects an over-simplification of how law operates. If the Aarhus Convention's three-pillar

---

the Main Interpretation Dilemmas" (2020) 17 Journal for Environmental & Planning Law 372.

approach did not encompass rights, what would then be the purpose of the access to justice pillar? Although the Aarhus Convention places an emphasis on the positive obligations of its Parties to ensure that their legal system has in place the necessary measures and mechanisms favouring the public this does not mean that the possibilities provided for the public by the Convention are not to be conceived as rights. Rights and obligations must be placed in context as they usually come as a pair representing two different sides of the same coin. The most likely reason for this “style” in the wording of the Aarhus Convention could be the legislative technique found in the EU directives that were instrumental for the Convention’s development.

#### 4.2 Procedural rights or a substantive right to a healthy environment?

In broad terms, the difference between procedural and substantive rights in environmental law is that the former are concerned with particular principles to be observed during the preparatory phase of decision-making, while the latter are usually rules of conduct setting out the environmental protective standards to be followed by individuals and legal entities.<sup>146</sup> Reliance on such standards, which are typically structured to prevent environmental degradation might be expected to enhance environmental quality in general.

Although its potential to enhance the quality of environmental decisions<sup>147</sup> was inherent in the Aarhus Convention from the outset, the Convention is stereotypically labelled as being

guaranteeing the public a set of defined procedural rights.<sup>148</sup> The procedural rights (the access rights), which the States Parties are to guarantee are usually seen as a vehicle to protect an undefined substantive right of every person of present and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being.<sup>149</sup>

In contrast, the Escazú Agreement, ties together in its preamble access rights and human rights by reaffirming the importance of the Universal Declaration of Human Rights<sup>150</sup> and other international human rights instruments underscoring that all States have the responsibility to respect, protect and promote human rights and fundamental freedoms for all.<sup>151</sup> Moreover, the Escazú Agreement, in addition to its Article 1—on the full and effective implementation of the access rights contributing to the protection of the right of every person of present and future generations to live in a healthy environment and to sustainable development—orders the Parties, in its Article 4(1) to guarantee the right of every person to live in a healthy environment, in addition to any other universally-recognized human right related to the Agreement. No identical obligation is found in the Aarhus Convention.

While the Aarhus Convention recognises the connection between fundamental rights and the protection of the environment, and every person’s right to live in an environment adequate to his or her health and well-being,<sup>152</sup> the Convention is otherwise silent on the relation of access rights to established human rights. The reason for this could be the length of time it took the ECtHR to embrace the environmental side of

---

<sup>146</sup> See also, *inter alia*, Jutta Brunnée, ‘Procedure and Substance in International Environmental Law: Confused at a Higher Level?’ (2016) 5 ESIL Reflection 1.

<sup>147</sup> See, e.g., the arguments of Carine Nadal, ‘Pursuing Substantive Environmental Justice: The Aarhus Convention as a ‘Pillar’ of Empowerment’ (2008) 10 Environmental Law Review 28.

<sup>148</sup> See, *inter alia*, Peters (n 20) 11–25. See also, Boyle (n 8) 621–626.

<sup>149</sup> Aarhus Convention, Article 1.

<sup>150</sup> Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) UNGA Res 217 A(III) (UDHR).

<sup>151</sup> Escazú Agreement, preamble.

<sup>152</sup> Aarhus Convention, Article 1. See also the Stockholm Declaration.

the ECHR guarantees, coupled with reluctance in Europe to commit to substantive environmental rights.

### 4.3 Human rights instruments in their own right?

Is it possible, then to argue that the Aarhus Convention, as far as it stretches, represents a human rights convention? What is a human rights convention? While it is difficult to provide a short answer to this question, there is usually little doubt as to which conventions guarantee traditional human rights. As mentioned above, environmental rights are categorized into a two-fold system as substantive or procedural rights.<sup>153</sup> The relevance of access rights as a cornerstone of the realization of substantive human rights has also been acknowledged in the Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy, and Sustainable Environment prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.<sup>154</sup> Whereas the debate around the codification of substantive environmental human rights remains controversial, procedural environmental rights have made headway into several international instruments.<sup>155</sup> Therefore, the bulk of other international environmental conventions also include references to such rights, usually in connection to access to or dissemination of environmental information or tied to the participation of

the public in environmental decision-making.<sup>156</sup> While these conventions are not categorised as being human rights conventions—their main emphasis is on the duty of their State Parties to take the diverse positive measures to protect the environment—they may nonetheless be containing provisions which are currently being accepted as procedural environmental human rights.

Although regional in their scope, the Aarhus Convention and the Escazú Agreement are currently the two main instruments structured around the three pillar procedural rights. In addressing the development of procedural rights in an environmental context, Boyle has introduced some appealing arguments which underpin the view that the Aarhus Convention is a human rights treaty.<sup>157</sup> The arguments relate to the human rights foundation of the Convention,<sup>158</sup> the fact that it awards rights to individuals and provides an avenue for complaints, and that the access rights have become part of European human rights through the ECtHR.<sup>159</sup> Based on Boyle's arguments, the Escazú Agreement would equally be considered a human rights treaty, if not more so. Moreover, the Agreement additionally guarantees a substantive right to a healthy environment.

<sup>153</sup> Sumudu Atapattu, 'Environmental Rights and International Human Rights Covenants: What Standards are Relevant?' in Stephen J. Turner, Dinah L. Shelton, Jona Razzaque, Owen McIntyre, and James R. May (eds), *Environmental Rights: The Development of Standards* (Cambridge University Press 2019) 19–20.

<sup>154</sup> OHCHR 'Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment (24 January 2018) UN Doc A/HRC/37/59 [Knox, Framework Principles].

<sup>155</sup> See Peters (n 20) 3–4.

<sup>156</sup> Including the United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa (adopted 14 October 1994, entry into force 26 December 1996) 1954 UNTS 3 [UNCCD], see Articles 3(a) and 19; the United Nations Framework Convention on Climate Change (adopted 9 May 1992, entry into force 21 March 1994) 1771 UNTS 107, Article 6; the Convention on Biological Diversity (adopted 5 June 1992, entry into force 29 December 1993) 1760 UNTS 79 [CBD] Article 14; and the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (adopted 2 March 1973, entry into force 1 July 1975) 993-I-14537 in Article VIII.

<sup>157</sup> Boyle (n 8) 622–623.

<sup>158</sup> See on the human rights foundation Jonas Ebbesson, 'The Notion of Public Participation in International Environmental Law' (1997) 8 Yearbook of International Environmental Law 51.

<sup>159</sup> Boyle (n 8) 622–623.



## 5. Conclusions

The central objective of this article has been to provide a general overview and a comparison of the main elements of the Aarhus Convention and the Escazú Agreement and to draw attention to the relationship between their content and their broader legal environment. The Aarhus Convention and the Escazú Agreement build on and elaborate further the three-pillar approach of Principle 10 of the Rio Declaration. Through some cross-fertilisation of ideas and principles, the Aarhus Convention and the Escazú Agreement are in many respects comparable. However, there are interesting differences, which, as has been argued in the article, can best be explained by considering the broader legal environment into which each of the instruments was carved.

When the Aarhus Convention was being negotiated, the creation of a new body of environmental human rights in Europe had just begun through the ECtHR's progressive interpretation of a few of the ECHR human rights guarantees. Seemingly, this progression did not particularly contribute to the content of the Convention or strengthen its ties to substantive environmental human rights. However, through cross-fertilisation of ideas and principles, the three-pillar approach of the Aarhus Convention has gradually contributed to the construction of a new body of

procedural human rights guarantees based on the ECHR.

In relation to EU environmental law and its influence on the Aarhus Convention, there is little doubt that some of the pieces of procedural-oriented EU environmental law already available or in preparation when the Aarhus Convention was being negotiated were instrumental in shaping the Convention's approach, particularly of the first two pillars.

Furthermore, by the time the Escazú Agreement was negotiated several aspects of procedural environmental human rights had already been acknowledged through the IACtHR's progressive interpretation of a number of human rights guarantees provided by the ACHR. These were instrumental in the Agreement's approach to the three-pillar model.

In addition to an emphasis on guaranteeing particular rights and assistance to persons or groups in vulnerable situations and providing unprecedented protection to human rights defenders, the Escazú Agreement goes further than the Aarhus Convention, as it guarantees a substantive human right to a healthy environment. All the same, the access rights guaranteed to the public are not necessarily of less legal value under the obligation-oriented Aarhus Convention than with the Escazú Agreement's rights-based approach.



## Climate Change Litigation with a Human Face

Adriana Šefčíková\*

### Abstract

Climate change has been acknowledged as a threat to human rights. As a result, the potential of human rights argumentation in climate change litigation has been explored by legal scholars and litigants over the past couple of years. Currently, we have entered the period when a considerable part of high-profile climate change cases across the world is based on human rights argumentation. More domestic cases relying on human rights are getting to the highest judicial instances with positive outcomes, while litigants are gradually reaching out also to international human rights bodies. However, far from all the cases bring satisfying results, and there are persisting legal hurdles which claimants have been struggling with. Many of these complications are an indirect result of the plurality of actors on both sides, plaintiffs on the one side, and culprits on the other. This article aims at looking into how cases cope with legal difficulties connected to multiplicity of actors, such as the question of extraterritoriality, exhaustion of remedies, standing, and causation.

### I Introduction

Climate change (CC) debuted in the field of law as an environmental issue. Nevertheless, a growing number of scholars have noticed implications of CC for human rights over the past decade.<sup>1</sup> The environmental dimension of hu-

man rights was firstly acknowledged in 1972 by the Stockholm Declaration<sup>2</sup> and was later confirmed, e.g. by the Vice-President Weeramantry of the International Court of Justice who noticed in the *Gabcikovo-Nagymaros* case: ‘The protection of the environment is likewise a vital part of contemporary human rights doctrine’.<sup>3</sup> The concrete relationship between human rights and CC was later examined by the United Nations (UN) through a series of studies and resolutions.<sup>4</sup>

Human rights might be affected by the CC both in a direct and an indirect way. Firstly, the most severe violations of human rights

---

climate governance’ (2019) 10(3) Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/wcc.580>> accessed 13 December 2019 1, at 10.

<sup>2</sup> Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (15 December 1972) UNGA A/RES/2994 (Stockholm declaration), para 1.

<sup>3</sup> *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)* (Sep. Op. Weeramantry) [1997] ICJ <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-03-EN.pdf>> accessed 10 April 2020, 88, at 91.

<sup>4</sup> UN Human Rights Council (UNHRC), ‘Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights’ (2009) UN Doc A/HRC/10/61 (OHCHR Report); UNHRC, ‘HRC Resolution 10/4: Human Rights and Climate Change’ (2009) UN Doc A/HRC/RES/10/4; UNHRC, ‘HRC Resolution 18/22: Human Rights and the Environment’ (2011) UN Doc A/HRC/RES/18/22; UNHRC, ‘HRC Resolution 26/27: Human Rights and the Environment’ (2014) UN Doc A/HRC/RES/26/27; UNHRC, ‘HRC Resolution 29/15: Human Rights and the Environment’ (2015) UN Doc A/HRC/RES/29/15; UNHRC, ‘HRC Resolution 32/33: Human Rights and the Environment’ (2016) UN Doc A/HRC/RES/32/33; etc.

---

\* Adriana Šefčíková, Research Assistant, Aarhus University. For correspondence: <[adriana.sefcikova@gmail.com](mailto:adriana.sefcikova@gmail.com)>.

<sup>1</sup> Setzer Joana and Vanhala Lisa C., ‘Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in

are caused by the adverse effects of CC itself.<sup>5</sup> Extreme weather events and other CC impacts – such as floods or droughts – can potentially threaten the right to life, right to food, right to health, right to water, and right to adequate housing.<sup>6</sup> The aftermath of CC may affect particularly civil, political, economic, social, and cultural rights,<sup>7</sup> anchored internationally and regionally. Having low or no capacity to combat the consequences of CC, children, women, elderly, and indigenous peoples belong among the most vulnerable groups.<sup>8</sup> Extreme weather events, but also increased temperatures are a risk factor connected to premature deaths, especially among certain vulnerable groups.<sup>9</sup> The life and health of the population might be further endangered by infectious vector, water, or food-borne diseases such as malaria, diarrhoea, and other diseases spreading in warmer conditions.<sup>10</sup> Moreover, growing amounts of CO<sub>2</sub> emissions

might lead to crop degradation, and subsequently to food scarcity.<sup>11</sup> Furthermore, coastal settlements and inhabitants of small islands might be endangered by the rising sea levels, resulting in violations of their rights to housing as we can already observe in the case of several villages and settlements in the Arctic.<sup>12</sup>

Indirect human rights violations in the context of CC take place when climate policies and projects created for the improvement of climate conditions lead to human rights violations.<sup>13</sup> While having a CC mitigating effect, climate projects and policies may endanger local communities. Violations of human rights appear especially if people are not consulted in regard to mitigation and adaptation plans.<sup>14</sup> The most important rights in peril are procedural rights, i.e. access to information and participation in decision-making.<sup>15</sup>

Attempts to link human rights and impacts of CC in climate lawsuits have been rising. Plaintiffs' legal advisors around the world have understood that human rights may, to a certain extent, fill in the gaps of international environmental law. The human rights argumentation has further been supported as it can provide some advantages compared to international environmental law, such as a wider choice of avenues and an increased moral authority of the judgment.<sup>16</sup>

Moreover, as CC has long been perceived as a scientific issue distant from humanity, framing the impacts as human rights issue may break down this conception and make people under-

---

<sup>5</sup> Schapper Andrea and Lederer Markus, 'Introduction: Human rights and climate change: mapping institutional inter-linkages' (2014) 27(4) Cambridge Review of International Affairs <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09557571.2014.961806>> accessed 13 December 2019 666, at 668.

<sup>6</sup> IPCC, 'Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change' (2014), at 7–8; Bodansky Daniel, Brunnee Jutta and Rajamani Lavanya, 'Intersections between International Climate Change Law and Other Areas of International Law', in Bodansky Daniel, Brunnee Jutta and Rajamani Lavanya, *International climate change law* (1 st. edn, Oxford University Press 2017), at 301.

<sup>7</sup> Schapper Andrea and Lederer Markus (n 5), at 669.

<sup>8</sup> Atapattu Sumudu A. and Schapper Andrea, *Human rights and the environment: key issues* (Key issues in environment and sustainability, 1 st. edn, Routledge 2019), 249.

<sup>9</sup> IPCC, 'Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change' (2014), at 69.

<sup>10</sup> World Health Organisation, 'Climate change and health' (1 February 2018) <<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/climate-change-and-health>> accessed 25 June 2020.

---

<sup>11</sup> IPCC (n 6) 51.

<sup>12</sup> *Ibid.*, at 67.

<sup>13</sup> Schapper Andrea, 'Climate justice and human rights' (2018) 32(3) International Relations <<http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0047117818782595>> accessed 28 February 2020 275, at 278.

<sup>14</sup> Schapper Andrea and Lederer Markus (n 5) 671–672.

<sup>15</sup> UNHRC 'OHCHR Report' (n 4) 25–26.

<sup>16</sup> Bodansky et al. (n 6) at 299–300.

stand the impacts CC has on our lives.<sup>17</sup> To account for all the impacts of CC on human rights, we need to abandon the purely scientific perception of CC and focus also on the social side of the problem. Rights-based CC litigation has had such an effect, gradually leading to establishment of a whole social movement,<sup>18</sup> bringing an intensive media attention, and eventually raising public awareness about CC.<sup>19</sup>

## II Multiplicity Factor and Its Challenges in Rights-Based Lawsuits

Although rights-based climate litigation appears promising, it entails many legal obstacles on different levels. Many of these hurdles are connected to the multiplicity of actors in CC litigation. On the one hand, lawsuits are gradually brought on behalf of multiple plaintiffs in order to strengthen the relevance of the claim. On the other hand, character of greenhouse gases (GHGs) leads to plurality of culprits responsible for CC impacts. While the multiplicity of claimants brings some advantages, such as cost savings, it for example hinders standing in some jurisdictions or before international courts. Moreover, plurality of culprits affects the possibility to draw a causal relationship between the emission of GHGs (culprits' actions) and human rights violations and accentuates the issue of exported emissions and extraterritoriality. On the

example of selected case law, this article analyses the above-presented legal challenges to illustrate how the challenges can or cannot be overcome.

### 1. Extraterritoriality

The plurality of actors operating across the borders involved in carbon emissions production gives rise to a variety of extraterritorial problems. Looking at the issue through human rights CC perspective, we can distinguish three main extraterritorial problems. Firstly, we can speak about the extraterritorial character of GHGs, where emissions from one country can affect the situation in another country. Although the world is artificially divided into regions, from a CC angle, political borders are not relevant as GHGs move freely around our globe's atmosphere, diffuse effects of CC can therefore be most perceptible in other countries than the one where they were produced.<sup>20</sup> The distance between the emitter and the consequences of its actions in another country is clearly illustrated in the *Lliuya v RWE AG* case.<sup>21</sup> Mr. Liuya, a farmer and a mountain guide from Peru, filed a lawsuit in Germany against the German company RWE AG – responsible for 0.47 per cent of global emissions,<sup>22</sup> which allegedly contributed to glacier flood risk in Peru.<sup>23</sup>

The second conception of extraterritoriality is connected to the first example in the sense that the emission of GHGs can be perceived as a harmful act of the state or a corporation which can have transboundary effects on foreign citi-

<sup>17</sup> Burns William C. G. and Osofsky Hari M., *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches* (Cambridge University Press 2009), at 360. See also: Bodansky et al. (n 6) at 300.

<sup>18</sup> Averill Marilyn, 'Linking Climate Litigation and Human Rights' (2009) 18(2) *Review of European Community & International Environmental Law* <<http://doi.wiley.com/10.1111/j.1467-9388.2009.00636.x>> accessed 13 December 2019, 139, at 144.

<sup>19</sup> Drugmand Dana, 'Pacific Islands Group Pushes for International Court Ruling on Climate and Human Rights' (*The Climate Docket*, 13 August 2019) <<https://www.climatedocket.com/2019/08/13/pacific-islands-climate-change-human-rights/>> accessed 20 September 2020.

<sup>20</sup> Bodansky et al. (n 6) 308.

<sup>21</sup> *Lliuya v RWE AG*, 2 O 285/15 (Essen Regional Court, 15 December 2016) <<https://germanwatch.org/en/14198>> accessed 14 February 2020.

<sup>22</sup> Heede Richard, 'Carbon Majors: Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010 Methods & Results Report' (2014) <<http://climateaccountability.org/pdf/MRR%209.1%20Apr14R.pdf>> accessed 20 February 2020, at 27.

<sup>23</sup> *Lliuya v RWE AG* (n 21).

zens' rights.<sup>24</sup> Considering the historical background, we note that human rights treaties were adopted in times when states did not count with phenomena such as transboundary harm on human rights.<sup>25</sup> Most of the human rights treaties work territorially and vertically, i.e. from citizens (rights-holders) to states (duty-bearers).<sup>26</sup> This territorial approach is not viable in the CC context.<sup>27</sup> Despite that some international human rights treaties call for cooperation<sup>28</sup> and several human rights authorities asserted that states have an obligation to address extraterritorial effects of CC, many states stay reluctant towards legal obligations of responsibility outside of their territory.<sup>29</sup> Moreover, approach of some regional human rights authorities still appears to be more or less cautious, and for instance in case of the European Court of Human Rights (ECtHR) rather inconsistent as it to date does not provide a clear answer, in which concrete situations the jurisdiction can function extraterritorially. ECtHR has been gradually developing the understanding of jurisdiction, starting from the premiss that the rule of territoriality is primary, while the extraterritorial jurisdiction should be only exceptional. Over time, some cases, such as *Soering v. the United Kingdom* confirmed that states may be held responsible for acts of their authorities, which produce effects outside their

own territory.<sup>30</sup> This approach was, however, undermined by a subsequent *Banković* decision, which returned to a very restrictive interpretation of jurisdiction under international law that allows only for handful of exceptions which need to be justified in particular case.<sup>31</sup> One of the most influential landmark cases in context of exceptions became *Loizidou v Turkey*, where the ECtHR introduced the notion of an 'effective control' over an area outside of state's territory.<sup>32</sup> If state enjoys such power over an area – irrespective of whether such control is lawful or unlawful (e.g. occupation) – this can lead to confirmation of jurisdiction of the state in question over the respective area.<sup>33</sup> Except from territorial control, state may also be held accountable for violations of rights of persons who are in the territory of another state, so-called 'personal control' – most commonly through a state agent control or a state authority.<sup>34</sup>

In contrast to ECtHR case law stands a new position of Inter-American Court of Human Rights, which asserts in its 2017 Advisory Opinion that the notion of effective control should not be limited to control over area or persons, but

<sup>24</sup> Setzer Joana and Vanhala Lisa C. (n 1), at 10.

<sup>25</sup> Shelton D and Robinson M, 'Equitable Utilization of the Atmosphere: a Rights-Based Approach to Climate Change?' in Stephen Humphreys (ed), *Human Rights and Climate Change* (Cambridge University Press 2009) 91, at 92.

<sup>26</sup> Atapattu Sumudu A. and Schapper Andrea (n 8) 289.

<sup>27</sup> *Ibid.* 290.

<sup>28</sup> See notes (n 41) – (n 45).

<sup>29</sup> UNHRC, 'OHCHR Report' (n 4) paras 84–88; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)' (14 December 1990) UN Doc E/1991/23, para 14.

<sup>30</sup> *Soering v. the United Kingdom* App. No 14038/88 (ECtHR, 1989), paras 86 and 91; Directorate of the Jurisconsult, 'Practical Guide on Admissibility Criteria' (updated 21 February 2021) <[https://www.echr.coe.int/documents/admissibility\\_guide\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf)> accessed 31 March 2021, at 56.

<sup>31</sup> *Banković v. Belgium and others* App. No 52207/9 (ECtHR, 12 December 2001), para 61.

<sup>32</sup> *Loizidou v Turkey* App. No 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996).

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>34</sup> *Al-Skeini v. United Kingdom* App. No 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011). See more: Besson, Samantha, 'The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts To.' (2012) 25(4) *Leiden Journal of International Law*, 857, at 871; Directorate of the Jurisconsult, 'Practical Guide on Admissibility Criteria' (updated 21 February 2021) <[https://www.echr.coe.int/documents/admissibility\\_guide\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf)> accessed 31 March 2021, at 56.

should be extended to actions of states that cause transboundary harm.<sup>35</sup> Such approach is innovative and may facilitate claimants' future position in rights-based climate change litigation.

To move closer to an extraterritorial conception of human rights, a group of experts formulated the non-binding soft law Maastricht Principles on Extraterritorial State Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights.<sup>36</sup> Those Principles anchor that a state has to prevent actions or omissions which would result in violations of human rights both inside and outside of its territory.<sup>37</sup>

While human rights law struggles with the extraterritoriality, international environmental law is equipped to function across boundaries and states are under an obligation to refrain from engaging in activities that could cause transboundary harm.<sup>38</sup> This principle was first mentioned in 1938/1941 in the Trail Smelter arbitration<sup>39</sup> and confirmed in Principle 21 of the Stockholm Declaration.<sup>40</sup> Since the Maastricht Principles are a soft law instrument, it is complicated to enforce. Therefore, according to some, one of the options for how to hold states accountable to their violations of human rights abroad is based on the premises that states have an obligation to cooperate embedded in sever-

al human rights treaties, such as ICESCR,<sup>41</sup> ICPR,<sup>42</sup> UDHR,<sup>43</sup> and, in broader terms, in the UN Charter.<sup>44</sup> Moreover, states are bound by the 'common but differentiated responsibilities' principle as well as other provisions regarding cooperation defined under the UNFCCC.<sup>45</sup> An extensive interpretation of the above-mentioned cooperation provisions in the light of aforementioned Principle 21 of the Stockholm Declaration might according some scholars lead us to extraterritorial interpretation of human rights obligations in the CC context.<sup>46</sup>

Finally, the last concept of extraterritoriality is linked to so-called exported emissions, where the product (coal, petroleum etc.) extracted in one country can be used in other countries and thereby influence the health of citizens in various locations outside of exporting state's territory. Norway can be used to illustrate this issue. Norway's petroleum industry can have impacts in other countries, and eventually, indirectly influence the environment of the whole globe. David Boyd, current Special Rapporteur on human rights and the environment, described this phenomenon as the 'Norwegian paradox'-

<sup>35</sup> Inter-American Court of Human Rights, *The Environment and Human Rights*, (Advisory Opinion OC-23/17, 15 November 2017), para 104(h); *See also*: Monica Feria-Tinta, 'Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and other Key Underlying Notions' (2021) (1) 3 *Europe of Rights & Liberties/Europe des Droits & Libertés*, 52, at 56–57.

<sup>36</sup> Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights (28 September 2011) <[https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2015/05/Maastricht\\_ETO\\_Principles\\_21Oct11.pdf](https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2015/05/Maastricht_ETO_Principles_21Oct11.pdf)> accessed 2 April 2020.

<sup>37</sup> *Ibid.* Principle 8.

<sup>38</sup> Atapattu Sumudu A. and Schapper Andrea (n 8) 289.

<sup>39</sup> *Trail Smelter (USA v Canada)*, III RIAA 1905 (16 April 1938 and 11 March 1941).

<sup>40</sup> Stockholm declaration (n 2).

<sup>41</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976) 993 UNTS 3 (ICESCR), Art. 2(1).

<sup>42</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR), Preamble.

<sup>43</sup> Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) UNGA Res 217 A (III) (UDHR), Preamble.

<sup>44</sup> Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 1 UNTS XVI (UN Charter), Art. 56.; *See in*: United Nations Environment Programme (UNEP), 'Climate Change and Human Rights' (2015), <<https://www.unep.org/resources/report/climate-change-and-human-rights>> accessed 15 October 2021.

<sup>45</sup> UN Framework Convention on Climate Change (adopted 9 May 1992, entered into force 21 March 1994) 1771 UNTS 107 (UNFCCC), Art. 4.

<sup>46</sup> Atapattu Sumudu A. and Schapper Andrea (n 8) 303–304.

while Norway is an environmentally oriented country, it is predominantly the wealth from its oil and gas extraction which allows it.<sup>47</sup> The importance of acknowledging emissions caused by Norwegian fuels transpired in the *Natur og Ungdom v. Norway* case dealing with the granting of licences for oil extraction in the Arctic. One of the questions raised before the court was whether CO<sub>2</sub> emissions abroad from the use of Norwegian oil and gas should be taken into consideration when assessing the potential violation of the right to a healthy environment under the Art. 112 of Norwegian constitution.<sup>48</sup> After the first instance answered this question in the negative, the Court of Appeal concluded that exported emissions should also be taken into account while citing Art. 112, first paragraph, second sentence, 'regarding the need for comprehensive consideration out of concern for future generations.'<sup>49</sup> Nevertheless, the Borgarting Court of Appeal did not consider the concrete licence approval in question to be in breach of the Norwegian Constitution. In 2020, the case reached the highest instance – the Supreme Court of Norway – which took a step back and concluded that only acts outside of Norwegian territory which have harmful impacts in Norway – where Norwegian authorities have direct influence over such activities or where they could take measures against

them,<sup>50</sup> might fall under the scope of Art. 112 of the Norwegian constitution.

## 2. Access to Justice

### a. Procedural Barriers at International and Regional Level

Climate litigation can proceed at both national and international level. While looking at CC through human rights lenses seemingly opens access to a wide range of tribunals, this access is often conditional. Beginning with the general international authority, the International Court of Justice (ICJ), plaintiffs are firstly limited by the consensual character of its jurisdiction in contentious proceedings. Disputes before the ICJ can be initiated for example if the state expresses its consent by prior acceptance of the ICJ's jurisdiction in the optional clause,<sup>51</sup> or if one of the treaties confers the ICJ's jurisdiction on parties.<sup>52</sup> Furthermore, the ICJ is restricted only to state-against-state disputes, where states can seek redress for human rights violations on behalf of victims (their citizens) but individuals cannot approach the ICJ themselves. Moreover,

<sup>47</sup> Boyd David, 'Norway End of Mission Statement' (2019) <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25032&LangID=E>> accessed 8 October 2020.

<sup>48</sup> *Natur og Ungdom v Norway*, 16-166674TVI-OTIR/06 (District Court in Oslo, 4 January 2018) <<http://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-nordic-assn-and-nature-youth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/>> accessed 10 June 2020.

<sup>49</sup> *Natur og Ungdom v Norway*, 18-060499ASD-BORG/03 (Borgarting Court of Appeal, 23 January 2020), <<http://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-nordic-assn-and-nature-youth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/>> accessed 10 June 2020, at 21.

<sup>50</sup> *Natur og Ungdom v Norway*, HR-2020-2472-P (The Norwegian Supreme Court, 22 December 2020). Unofficial translation available at <[https://www.klimasøksmål.no/wp-content/uploads/2021/01/judgement\\_translated.pdf](https://www.klimasøksmål.no/wp-content/uploads/2021/01/judgement_translated.pdf)> accessed 17 March 2021, para 149.

<sup>51</sup> UN, 'Statute of the International Court of Justice' (24 October 1945), Art. 36 (2).

<sup>52</sup> UN, 'Statute of the International Court of Justice' (24 October 1945), Art. 36 (1). A list of treaties on the ICJ's website: <<https://www.icj-cij.org/en/treaties>> accessed 9 October 2020. Those two options are not the only basis of the ICJ's jurisdiction, states can for instance also enter into a special ad hoc agreement regarding the specific dispute (Art. 36 (1) Statute of the ICJ), or parties can subsequently accept the ICJ's jurisdiction after the dispute arises (forum prorogatum). See more in: Swiss Federal Department of Foreign Affairs, 'Handbook on accepting the jurisdiction of the International Court of Justice – Model clauses and templates' (2014) <[https://legal.un.org/avl/pdf/rs/other\\_resources/Manual%20sobre%20la%20aceptacion%20jurisdiccion%20CIJ-ingles.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/rs/other_resources/Manual%20sobre%20la%20aceptacion%20jurisdiccion%20CIJ-ingles.pdf)> accessed 25 March 2021.



experience shows that for different economic, political and other reasons, states are reluctant to sue one another, and rely rather on diplomatic means when searching for a dispute resolution.<sup>53</sup> Despite these barriers, individuals are gradually exploring new ways to enter international courts. For instance, a group of Pacific Islands has pleaded for an advisory proceeding at the ICJ under the patronage of the UN General Assembly (UNGA), which would clarify the legal question of human rights and CC.<sup>54</sup> Despite the non-binding character of the advisory opinion of the ICJ, the litigants are convinced that – if granted a positive opinion – the shift in international law would strengthen their position in litigating Australia's inadequate CC action at both international and national level.<sup>55</sup>

When adjudicating on human rights, the most obvious choice of international forums seems to be well-established international human rights bodies, such as the UN Human Rights Committee or the UN Committee on the Rights of the Child. The former gained momentum in January 2020 and ruled on the first climate refugees related case, *Teitiota v New Zealand*.<sup>56</sup> The international community is awaiting another decision of the UN Human Rights Committee on a petition of eight Torres Strait Islanders, alleging that Australia by its ignorance of CC violated Article – 6, 17 and 27 of the ICCPR.<sup>57</sup> In addition,

<sup>53</sup> Margaretha Wewerinke-Singh, 'Remedies for Human Rights Violations Caused by Climate Change' (2019) 9(3) *Climate Law* <[https://brill.com/view/journals/clla/9/3/article-p.224\\_224.xml](https://brill.com/view/journals/clla/9/3/article-p.224_224.xml)> accessed 10 September 2020 224, at 234.

<sup>54</sup> Drugmand Dana (n 19).

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Ioane Teitiota v New Zealand (advance unedited version)*, CCPR/C/127/D/2728/2016 (2020, UN Human Rights Committee).

<sup>57</sup> The claim has not been published, for more information see here: <<http://climatecasechart.com/non-us-case/petition-of-torres-strait-islanders-to-the-united-nations-human-rights-committee-alleging-violations-stemming-from-australias-inaction-on-climate>

the scholarly public eagerly expects a decision on Greta Thunberg and others' petition<sup>58</sup> under the UN Convention on the Rights of the Child.<sup>59</sup>

Along the ICJ and UN human rights bodies, the regional level offers a number of tribunals suitable for ruling on human rights issues, providing higher authority than in the field of international environmental law.<sup>60</sup> The main advantage is that individuals can claim redress directly against states and that some of the regional treaties even contain a free-standing right to a healthy and clean environment, which has not yet been defined at international level.<sup>61</sup> Furthermore, claimants do not have to deal with the often noted problem of the separation of powers, political question doctrine, or the issue of democratic legitimacy which are often discussed at national level. The most suitable forums for dealing with human rights violations can be regional tribunals such as the ECtHR, which has continuously acknowledged that degradation of the environment impacts the possibility of hu-

-change/#:~:text=Summary%3A,United%20Nations%20Human%20Rights%20Committee.&text=It%20also%20constitutes%20the%20first,for%20inaction%20on%20climate%20change.> accessed 12 March 2021.

<sup>58</sup> Sacchi et al., 'Communication to the Committee on the Rights of the Child' (Committee on the Rights of the Child, 23 September 2019) <<http://climatecasechart.com/non-us-case/sacchi-et-al-v-argentina-et-al/>> accessed 12 October 2020.

<sup>59</sup> Convention on the Rights of the Child (adopted 20 November 1989, entered into force 2 September 1990) 1577 3 (CROC).

<sup>60</sup> Bodansky et al. (n 6) 299-300.

<sup>61</sup> UN Human Rights Office of the High Commissioner, 'UN expert calls for global recognition of the right to safe and healthy environment' (2018) <<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22755&LangID=E>> accessed 31 May 2021; See also: International Bar Association (IBA), 'Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption' (2014) <<https://www.ibanet.org/PresidentialTaskForceClimateChangeJustice2014Report.aspx>> accessed 1 March 2020, 68.

man rights enjoyment,<sup>62</sup> and has recently been confronted with the first climate case as described below.<sup>63</sup> Other examples include the African Court on Human and Peoples' Rights, ruling based on the African Charter of Human and Peoples' Rights,<sup>64</sup> encompassing an explicit right to a healthy environment;<sup>65</sup> and Inter-American Commission and Court of Human Rights which so far has been the only one which has ruled on a climate rights-based petition.<sup>66</sup> September 2020 witnessed the first rights-based claim before the ECtHR, symbolizing on the one hand a significant progress in the human rights field, but whose actual reception by the Court, on the other hand, was veiled with concerns as plaintiffs have not exhausted domestic remedies.<sup>67</sup> The plaintiffs, six children and young adults from

Portugal, lodged a claim against most of the member states of the Council of Europe (33 countries), invoking Articles 2, 8, and 14 of ECHR.<sup>68</sup> In this respect, claimants' focal point revolved around positive obligations of states stemming from the ECHR, which are triggered by states' contributions to global GHG emissions. These positive obligations encompass among others obligation of states 'to put in place a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life'<sup>69</sup> and other measures protecting the right to a private life and a home in context of degradation of the environment.<sup>70</sup> In contrast to other national cases against domestic governments, the plaintiffs were not requiring an order to implement concrete emission cuts, but a declaration that the states are in breach of the ECHR through their respective contributions to CC.<sup>71</sup> According to the claimants, states should be held accountable for: (i) allowing the release of emission within their territory, (ii) permitting the export of fossil fuels extracted on their territory, (iii) permitting the import of carbon-burdened products, and finally (iv) permitting entities within their jurisdiction to contribute to overseas emissions.<sup>72</sup>

<sup>62</sup> E.g.: *López Ostra v. Spain* App. No 16798/90 (ECtHR, 9 December 1994); *Taşkin and Others v. Turkey* App. No 46117/99 (ECtHR, 3 March 2005); See also: Peel Jacqueline and Osofsky Hari M., 'A Rights Turn in Climate Change Litigation?' (2018) 7(1) *Transnational Environmental Law* <[https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S2047102517000292/type/journal\\_article](https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S2047102517000292/type/journal_article)> accessed 28 February 37, at 64.

<sup>63</sup> Youth for Climate Justice, 'Application to the European Court of Human Rights' (European Court of Human Rights, 3 September 2020) <<http://climatecasechart.com/non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/>> accessed 10 October 2020. See also: Watts Jonathan, 'Portuguese children sue 33 countries over climate change at European court' (The Guardian, 3 September 2020) <<https://www.theguardian.com/law/2020/sep/03/portuguese-children-sue-33-countries-over-climate-change-at-european-court>> accessed 10 September 2020.

<sup>64</sup> African Charter on Human and Peoples' Rights (adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986) (1982) 21 I.L.M. 58.

<sup>65</sup> African Charter on Human and Peoples' Rights (adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986) (1982) 21 I.L.M. 58, Art 24. See also: IBA, 'Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption' (n 61) 68.

<sup>66</sup> Watt-Cloutier Sheila, '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' (Inter-American Commission on Human Rights, 7 December 2005).

<sup>67</sup> Watts Jonathan (n 63).

<sup>68</sup> European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols Nos. 11 and 14 (4 November 1950) ETS 5.

<sup>69</sup> *Öneryıldız v Turkey*, App. No 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004), para 89.

<sup>70</sup> *Tătar v. Romania* App. No 67021/01 (ECtHR, 17 March 2009), para 107. Regarding positive obligations, to legislate or take other practical measures, under Articles 2 and 8 see ECtHR case law: *Brincat and Others v Malta*, App Nos. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 and 62338/11 (ECtHR, 24 July 2014), para 116.

<sup>71</sup> Clark Paul, Liston Gerry, Kalpouzou Ioannis, 'Climate change and the European Court of Human Rights: The Portuguese Youth Case' (6 October 2020) <<https://www.ejiltalk.org/climate-change-and-the-european-court-of-human-rights-the-portuguese-youth-case/>> accessed 10 March 2021.

<sup>72</sup> Youth for Climate Justice, 'Application to the European Court of Human Rights' (European Court of Human Rights, 3 September 2020) <<http://climatecasechart.com/>>

Plaintiffs further determined that the sustained harm is a result of cumulative contributions of all culprits, and thereby it constitutes an indivisible injury.<sup>73</sup> In November 2020, ECtHR asked the 33 countries to respond to the complaint and further announced in line with Art. 41 of the Rules of Court<sup>74</sup> (order of dealing with cases) that the matter of this case will be urgently examined.<sup>75</sup> Such a response from the ECtHR might indicate that the Court is treating its first CC related action very carefully. If ECtHR decides in favour of shared responsibility of states, the authority of this judgment may eventually influence the way domestic courts in Europe decide on their own national climate cases and thereby increase the possibility to obtain an adequate remedy.<sup>76</sup> Moreover, the case has potential of becoming a pioneer in interpreting exported emissions obligations of states.

Overall, both UN human rights bodies and regional human rights courts might seem to be suitable avenues for climate-related claims. However, the access to these forums is not free of procedural hindrances. Firstly, similarly to the case of the ICJ, it is necessary that the concerned authority asserts jurisdiction over the parties involved in a dispute.<sup>77</sup> In addition, authorities can admit the case only if defendants are parties to both substantive international

obligations (e.g. the ICESCR), as well as corresponding procedural rules (e.g. the Optional Protocol to the ICESCR).<sup>78</sup> This is problematic, taking into consideration the fact that only a limited number of countries acceded to the latter.<sup>79</sup> Moreover, even if parties fulfil the above conditions, strict admissibility standards might stand in the way as these are not adjusted to the nature of CC issue. One of the most common admissibility conditions, the exhaustion of remedies,<sup>80</sup> is entirely unfitting for large-scale claims with multiple defendants. The underlying reason is that lodging parallel actions in multiple states is costly and stalls the action on this urgent issue as well as postpones the feasibility of success, and overall discourages the litigants. According to the claimant of the first CC application to ECtHR, it is impossible to achieve domestic remedies, given the extraterritorial character of the claim in connection with the limited timeframe within which emission cuts must be mitigated. In addition, they reason (in the same way as Greta Thunberg's petition) on grounds of children's particular vulnerability and dependent position in relation to access to justice.<sup>81</sup> As ECtHR's granting of exemption to this procedural rule is rare, Pedersen suggests overcoming the exhaustion of remedies problem through an initiation of an advisory proceedings under Protocol 16 of the ECHR by one of the national courts, which would ensure engagement of the ECtHR with

---

non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/> accessed 10 October 2020, para 9.

<sup>73</sup> Ibid., Annex paras 10–12.

<sup>74</sup> Rules of Court (European Court of Human Rights, 1 January 2020) <[https://www.echr.coe.int/documents/rules\\_court\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf)> accessed 10 March 2021.

<sup>75</sup> Request No. 39371/20 Cláudia Duarte Agostinho and others against Portugal and 32 other States (European Court of Human Rights, 30 November 2020) <<http://climatecasechart.com/non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/>> accessed 11 March 2021.

<sup>76</sup> Therese Karlsson Niska, 'Climate Change Litigation and the European Court of Human Rights – A Strategic Next Step?' (2020) 13(4) *The Journal of World Energy Law & Business*, 331, at 339.

<sup>77</sup> Averill Marilyn (n 18).

---

<sup>78</sup> Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 10 December 2008, entered into force 5 May 2013) UNGA A/63/435.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> For example, according to Art. 35 (1) of ECHR (n 68).

<sup>81</sup> Youth for Climate Justice (n 63), Annex paras 38–40; Sacchi et al. (n 58), para 309–311.

the climate change question.<sup>82</sup> Another burning issue before the human rights authorities is related to the fact that the threat of CC to human rights is tangible only with difficulties, and therefore, it is not an easy task to prove the imminent danger for litigants who are not highly vulnerable at this very moment. In general, the closer the threat, or the more visible, the more possible for plaintiffs it is to claim their rights. Opposite, the further or less possible the actual harm, the harder it is for the judge to assess the claim. This was obvious in the case of *Teitiota*, the case which was refused on grounds of the lack of real, personal and reasonably foreseeable risk to life of a petitioner.<sup>83</sup> Considering the hardship of Mr. Teitiota in demonstrating the individual specific risk of harm, we can draw a parallel to ECtHR case law which provided alteration of the victim status in one of its mass-surveillance rulings *Zakharov v Russia*.<sup>84</sup> In this case, ECtHR asserted that in order to be granted a victim status under Art. 34 ECHR, it is not decisive how many other individuals sustain similar effects of mass-surveillance. ECtHR further contended that the applicant does not have to prove that secret surveillance measures had been applied directly to him and as a consequence he sustained harm.<sup>85</sup> The mere fact that the secret surveillance measures exist and are allowed for by a legislation is sufficient.<sup>86</sup> This ruling demonstrate that the victim status could be possibly tailored to circumstances of CC in future cases. A distinct approach to *Teitiota* case was also implemented

by the national Supreme Court in the *Urgenda* judgment determining that the threat of CC is of a real and an imminent character and requires an immediate action now.<sup>87</sup> Finally, one of the main hurdles connected to international climate litigation involves a character of the final decisions, which might be binding, non-binding, or advisory, and of limited enforceability.<sup>88</sup>

International forums and international bodies are, overall, not well-prepared for the CC challenge, even though they seem, at the first glance, like suitable avenues. Nevertheless, they can give strong signals, e.g. by approving the exemptions from the strict procedural rules in CC cases or clarifying their view on the legal question of human rights and CC – thereby the doors may open for more litigants. However, the question whether a sudden access for a large number of plaintiffs will not, eventually, be detrimental, remains yet unanswered.

#### b. Standing: 'Gate to the Merits'

The fundamental problem identified in not only large-scale rights-based climate cases is the matter of standing, i.e. 'the criteria one must satisfy in order to be a party to a legal proceeding'.<sup>89</sup> In most cases it represents the sieve, which the plaintiff must come through to get to the merits stage. The standing conditions under different jurisdictions vary from restrictive to quite lenient approach. If the standing conditions are too rigorous it may create unwanted situations where

<sup>82</sup> Ole W Pedersen, 'The European Convention of Human Rights and Climate Change – Finally!' (*EJIL:Talk!*, 22 September 2020) <<https://www.ejiltalk.org/the-european-convention-of-human-rights-and-climate-change-finally/>> accessed 13 October 2020.

<sup>83</sup> *Ioane Teitiota v New Zealand* (n 56) para 9.7.

<sup>84</sup> *Zakharov v. Russia* App. No 47143/06 (ECtHR, 4 December 2015).

<sup>85</sup> *Ibid.*, para 170–179.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Urgenda Foundation v The State of the Netherlands*, ECLI:NL:HR:2019:2007, 19/00135 (20 December 2019, Supreme Court of the Netherlands) <<https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/>> accessed 14 April 2020, at 19, para 5.2.2.

<sup>88</sup> Margaretha Wewerinke-Singh (n 53) 229, 231.

<sup>89</sup> Gundlach Justin and Burger Michal, 'The Status of Climate Change Litigation – A Global Review' (UNEP in cooperation with the Sabin Centre for Climate Change Law at Columbia University, 2017) <<http://columbiaclimate-law.com/files/2017/05/Burger-Gundlach-2017-05-UN-Env-CC-Litigation.pdf>> accessed 1 September 2020, at 28.

the individual whose rights have been violated is left without protection from the court. However, strict standing remains an important tool of legal certainty and a way to discourage plaintiffs from bringing marginal cases and overloading the courts' capacity. The matter of standing usually contains more elements. In context of CC litigation, the most common requirement is the necessity to prove CC has affected the claimant in a way different from the general public and that the claimant has a special interest in the matter which is not only of a hypothetical nature.<sup>90</sup>

Standing conditions may predetermine the success of a climate case. Usually, it constitutes a significant barrier to climate litigation, and a replication of any success in overcoming this barrier from one country to another is not always feasible. This is evident from attempts following the landmark success of the *Urgenda* case in the Netherlands as various countries failed trying to duplicate the *Urgenda* case into their own jurisdiction.<sup>91</sup> Recent case law, such as the *Friends of the Irish Environment v Ireland*,<sup>92</sup> where the National Mitigation Plan was rendered inconsistent with the Irish climate law, shows that litigants

are still struggling with some aspects of rigorous standing conditions in climate cases. The grand success of the Irish case was stained as the Supreme Court denied standing to the NGO to litigate personal regress since the NGO did not itself enjoy personal rights and bodily integrity. Moreover, it suggested that individual plaintiffs should have commenced the proceeding, potentially with a support from the NGO.<sup>93</sup> Consequently, the Court squandered the opportunity to analyse human rights violations claimed by the plaintiffs. Another example of hurdles regarding strict standing is the *People's Climate Case* against the EU.<sup>94</sup> The case began in 2018 when 10 families of various origins, working pre-eminently in agriculture and tourism sector, sued the EU before the General Court. According to the plaintiffs, EU's insufficient emissions reduction targets contributed to the acceleration of global warming and endangerment of plaintiffs' rights to life, health, occupation and property.<sup>95</sup> Each family was affected in a different way. For example, the Carvalho family endured harm due to heatwaves and droughts in Portugal, when in 2017 fires caused by the heat destroyed the forest and the trees owned by Carvalho's family in its entirety, while the Guyo's family from Kenya was endangered because the main source of the family's livelihood was jeopardized due to higher temperatures and droughts.<sup>96</sup> Without getting to the merits, the General Court dismissed the case after a thorough discussion upon the so-called *Plaumann formula* – standing requirements

<sup>90</sup> See e.g.: *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v Federal Department of the Environment, Transport, Energy and Communications (DETEC)*, A-2992/2017 (Federal Administrative Court of Switzerland, 27 November 2018) <<http://climatecasechart.com/non-us-case/union-of-swiss-senior-women-for-climate-protection-v-swiss-federal-parliament/>> accessed 10 September 2020; *Friends of Earth, Inc. v Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.* 528 U.S. 167 (2000).

<sup>91</sup> *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v Federal Department of the Environment, Transport, Energy and Communications (DETEC)*, (n 90); *Natur og Ungdom v Norway*, HR-2020-2472-P (The Norwegian Supreme Court, 22 December 2020). Unofficial translation available at <[https://www.klimasøksmål.no/wp-content/uploads/2021/01/judgement\\_translated.pdf](https://www.klimasøksmål.no/wp-content/uploads/2021/01/judgement_translated.pdf)> accessed 17 March 2021.

<sup>92</sup> *Friends of the Irish Environment v Ireland*, Appeal No: 205/19 (The Supreme Court of Ireland, 31 July 2020) <<http://climatecasechart.com/non-us-case/friends-of-the-irish-environment-v-ireland/>> accessed 10 September 2020.

<sup>93</sup> The question of standing: *Friends of the Irish Environment v Ireland*, paras 7.1–7.24.

<sup>94</sup> Case T-330/18 *Carvalho and Others v Parliament and Council* [2019] ECR II-324.

<sup>95</sup> *Ibid.*, para 30.

<sup>96</sup> *Carvalho and Others, 'Application Carvalho and Others v Parliament and Council'* (General Court, 23 May 2018) <<http://climatecasechart.com/non-us-case/armando-ferrao-carvalho-and-others-v-the-european-parliament-and-the-council/>> accessed 19 June 2020, Section D.

developed in the CJEU case law.<sup>97</sup> These conditions are satisfied only if the contested act affects persons by reason of certain attributes that are ‘peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons and by virtue of these factors distinguishes them individually.’<sup>98</sup> Applicants in the *People’s Climate Case* challenged the up-to-datedness of the formula. Claimants believed that the application of the formula on environmental matters would lead to paradoxical situations when they contend that: ‘[t]he more widespread the harmful effects of an act, the more restricted the access to the courts.’<sup>99</sup> They reasoned that this interpretation of standing conditions might lead to impingement of the judicial protection.<sup>100</sup> Despite the failure of the case, this argumentation might be essential in the future in challenging old standing provisions and persuading legislators to establish a relaxed interpretation of standing in environmental matters. Most of the CC cases indicate that a broader definition of standing in climate cases might be a way forward. On the other hand, adoption of e. g. the so-called ‘open-standing provision’ that grants the standing irrespective of whether an actual harm to an individual can be proven, may lead to legal uncertainty and courts’ overload.<sup>101</sup> Yet, we can see several changing trends in some countries. For instance Colombia allows bringing an action on behalf of future (and un-

born) generations.<sup>102,103</sup> Furthermore, in some countries – Canada for instance – it is allowed to bring the claim in the public interest (*actio popularis*).<sup>104</sup> As the name indicates, the public litigation’s purpose is to serve the interests of a broader group or general public, while it is not necessary to have a specific victim who would approach authorities in order to obtain a judgment.<sup>105</sup> The boost of public interest litigation has been fuelled by the Aarhus Convention.<sup>106</sup> The Convention strengthened the position of environmental NGOs meeting requirements under national law to bring the claims in environmental matters as they are ‘deemed to have an interest’ under the definition of ‘public concerned’.<sup>107</sup> However, this interpretation is not accepted by all

---

<sup>102</sup> *Future Generations v Ministry of the Environment and Others*, no. 11001-22-03-000-2018-00319-01, STC4360-2018 (Supreme Court of Colombia, 5 April 2018). <<http://climatecasechart.com/non-us-case/future-generation-v-ministry-environment-others/>> accessed 12 September 2020.

<sup>103</sup> There are, however, still some objections related to granting standing to future generations. One of them might be uncertainty about what will be the actual interests of future generations or who should represent them. See: Allen Ted, ‘The Philippine Children’s Case: Recognizing Legal Standing for Future Generations Note’ (1994) 6(3) *Georgetown International Environmental Law Review* <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/gintenlr6&i=721>> accessed 24 March 2020 713, at 729–730.

<sup>104</sup> *Canada (Attorney General) v Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, SCC 45 (CanLII), [2012] 2 SCR (Supreme Court of Canada, 21 September 2012) <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/10006/index.do>> accessed 12 August 2020, at I. para 2.

<sup>105</sup> Ginnivan, Eliza, ‘Public interest litigation: Mitigating adverse costs order risk.’ (2020) 136 *Precedent*, at 22; Otto Spijkers, ‘The Urgenda Case: a Successful Example of Public Interest Litigation for the Protection of the Environment?’ in Christina Voigt and Zen Makuch (eds), *Courts and the Environment* (Edward Elgar Publishing, 2018) 305, at 309.

<sup>106</sup> Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (adopted 25 June 1998, entered into force 30 October 2001) (Aarhus Convention).

<sup>107</sup> *Ibid.*, Art. 2, Section 5.

---

<sup>97</sup> Case 25-62 *Plaumann & Co. v Commission of the European Economic Community* [1963] ECR 95.

<sup>98</sup> *Ibid.*, at 107.

<sup>99</sup> *Carvalho and Others v Parliament and Council* (n 94) para 32.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> IBA, ‘Model Statute for Proceedings Challenging Government Failure to Act on Climate Change. An International Bar Association Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report’ (2020) <<https://www.ibanet.org/Climate-Change-Model-Statute.aspx>> accessed 20 April 2020, at 8–9.

countries. In addition, many of them purposely pose significant barriers on NGOs, such as demanding national requirements, so that NGOs can enjoy the privileged position of the public concerned only with difficulties.<sup>108</sup>

In contrast to European case law, US case law provides a three-part test, derived from Article III of the US Constitution. According to this test, a plaintiff must show that: (1) he/she has suffered an injury in fact that is concrete and particularized and actual or imminent, not conjectural or hypothetical, (2) the injury is fairly traceable to the challenged action of the defendant, and (3) it is likely, as opposed to merely speculative, that the injury will be redressed by a favourable decision.<sup>109</sup> A high-profile *Juliana case*, where young plaintiffs sued the US federal government for active promotion of fossil fuels and for subsidizing it, showed us, how challenging, yet not insurmountable, it can be to overcome the test in climate-related cases.<sup>110</sup> After successfully passing the first two conditions, the case wrecked when trying to surmount the redressability requirement. The main issue for the Court was the fact that the plaintiffs sought both declaratory and injunction relief.<sup>111</sup> In essence, the plaintiffs, if given the injunction relief, could force the US government not only to cease the above-mentioned activities, but also to prepare a plan of its further action. As a consequence of the remedial plan demand, the US Court of Appeals contended that it goes beyond Article III of the US Constitution ‘to order, design, supervise, or

implement plaintiffs’ remedial plan’,<sup>112</sup> even if the details of implementation are left to the government.<sup>113</sup> This sharply opposes the decision of the Supreme Court of Netherlands, which determined that courts are not permitted to order the state to create legislation with a specific content, however, they can make such an order under the condition that the state is free to choose the measures to be taken in order to achieve a 25% reduction in greenhouse gas emissions by 2020.<sup>114</sup>

In contrast to the EU and US strictness, some countries allow bringing an action even in cases of the mere possibility of a violation of human rights under the condition that the violation is foreseeable and close.<sup>115</sup> Particularly relaxed standing conditions are applied in Global South countries such as India and Pakistan.<sup>116</sup>

### 3. The Causation Challenge: ‘The Problem of All or the Problem of None’

The question of causal nexus between GHG emissions and human rights violation constitute another major difficulty for climate lawsuits.<sup>117</sup>

<sup>112</sup> *Ibid.*, 25.

<sup>113</sup> *Ibid.*, 25–26.

<sup>114</sup> *Urgenda Foundation v The State of the Netherlands*, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196, C/09/456689/HA ZA 13-1396 (2015, District Court of The Hague, Netherlands) <<https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/>> accessed 14 April 2020, paras 8.2.6. – 8.2.7.

<sup>115</sup> Greenpeace International, ‘Holding your Government Accountable for Climate Change: A People’s Guide’ (2018) <<https://www.greenpeace.org/international/publication/19818/holding-your-government-accountable-for-climate-change-a-peoples-guide/>> accessed 22 December 2019, at 80.

<sup>116</sup> Bhavna Mishra Ann Jacob and Rishav Ambastha, ‘Climate Change Litigation and Human Rights’ (2018) <<https://www.lawasia.asn.au/sites/default/files/2018-05/Academic-Paper-Climate-Change-Litigation-and-Human-Rights-22Mar2018.pdf>> accessed 13 May 2020, at 3.

<sup>117</sup> Burger Michael, Wentz Jessica and Horton Radley, ‘The Law and Science of Climate Change Attribution’ (2020) 45(1) *Columbia Journal of Environmental Law* <<https://journals.library.columbia.edu/index.php/cjel/article/view/4730>> accessed 30 June 2020.

<sup>108</sup> Rosvig Sørensen, Sine, and Mitkidis Peterková Kateřina, ‘The (Limits of) Transferability of Climate Change Litigation to Denmark.’ (2020) 1 *Nordisk Miljö-rättslig Tidskrift* <<https://nordiskmiljoratt.se/onewebmedia/Sorensen.pdf>> 7, at 23–24.

<sup>109</sup> *Friends of Earth, Inc. v Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.* 528 U.S. 167 (2000).

<sup>110</sup> *Juliana v United States*, No. 18-36082 (17 January 2020, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit).

<sup>111</sup> *Ibid.*, 4, 22.

Emissions are being released every day by numerous actors and other factors, such as consumer behaviour or natural variables outside of human reach, come also into play.<sup>118</sup> Proving that certain emissions caused a particular human rights violation to a specific plaintiff is impossible,<sup>119</sup> as none of the actors would be solely responsible for the CC if it was not for the cumulative effect of all GHG emissions.<sup>120</sup> This concept was described by Peel as a '*death by a thousand cuts*'.<sup>121</sup> Many states try to take advantage of this fact and avoid their accountability by claiming that their part of contribution compared to the world's overall emissions is insignificant. The plurality of culprits substantially affects the possibility of claimants to prove a causal relationship between the harm and their actions. What is more, causation in this context consists of two inquiries. Firstly, the state's omission or action leading to environmental threat or degradation. Secondly, the environmental degradation leading to the specific impairment of a human right.<sup>122</sup>

Similarly to standing conditions, the process of proving causation may be regulated diversely in domestic law. One of the most common features in many countries is the 'but-for test', ac-

ording to which it needs to be proved that if it were not for the action A, consequence B would not happen.<sup>123</sup> However, as mentioned previously, none of the states would fulfil the causation conditions according to this test on their own.<sup>124</sup> In the light of diffuse effects of CC, a traditional concept of causation ceases to be practicable. Thus, a question arises whether it is possible to apply some kind of apportionment of the responsibility of different entities for CC based on the gathered data. A study by Heede, which for the first time calculated the overall emissions traced to the 90 largest producers of oil, gas, and cement, collectively also known as Carbon Majors, can prove to be useful for this purpose.<sup>125</sup> Such study can trigger climate litigation cases against private entities thanks to its potency to finally help solving the problem of causation.<sup>126</sup>

Apportionment of responsibility is, however, not only a hypothetical concept. The Court of first instance in *Urgenda* found a sufficient direct link between the Dutch GHGs emissions, global CC, and the effects (now and in the future) on the Dutch environment. According to the Court, the sole fact that the current Dutch GHGs emissions are limited compared to emissions of other states does not change the fact that they contribute to the CC.<sup>127</sup> In this context, each country has a '*divisible share in the causation of global warm-*

<sup>118</sup> Müllerová Hana, 'Klimatická změna jako nový typ výzvy pro mezinárodní i vnitrostátní právo' (13 November 2019) <<https://www.youtube.com/watch?v=mGoTy-KJIBKM>> accessed 12 September 2020.

<sup>119</sup> Peel J., 'Issues in Climate Change Litigation' (2011) 5(1) Carbon & Climate Law Review <<http://cclr.lexion.eu/article/CCLR/2011/1/162>> accessed 22 December 2019 15, at 17–19.

<sup>120</sup> Pfrommer Tobias and others, 'Establishing causation in climate litigation: admissibility and reliability' (2019) 152(1) Climatic Change <<http://link.springer.com/10.1007/s.10584-018-2362-4>> accessed 22 January 2020 67, at 68.

<sup>121</sup> Peel J., 'Issues in Climate Change Litigation' (n 119) 17–18.

<sup>122</sup> Dupuy P-M and Viñuales JE, *International Environmental Law* (2nd edn Cambridge University Press 2018), at 396.

<sup>123</sup> 'But-for test' (*Legal Information Institute*) <[https://www.law.cornell.edu/wex/but-for\\_test](https://www.law.cornell.edu/wex/but-for_test)> accessed 16 February 2020.

<sup>124</sup> Cox Rhj, 'The Liability of European States for Climate Change' (2014) 30(78) Utrecht Journal of International and European Law <<http://www.utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujiel.ci/>> accessed 20 March 2020 125, at 131.

<sup>125</sup> Heede Richard (n 22).

<sup>126</sup> Use of the study in case law: *Milieudedefensie, 'Summons Milieudedefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc'* (District Court of Hague, 5 April 2019) File no. 90046903 <<http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudedefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>> accessed 17 June 2020; *Lliuya v RWE AG* (n 21).

<sup>127</sup> *Urgenda Foundation v The State of the Netherlands*, District Court of The Hague (n 114) para 4.90.



ing',<sup>128</sup> since the portion of its emissions may be identified and traced back. The Supreme Court's decision echoed this argument by stating that the state must, in the prospect of dangerous CC, do its 'part' to protect the people of Netherlands from sustaining harm and, therefore, it must above all reduce a 'fair share' of global emissions.<sup>129</sup> This shows that, if accepted by the Court, the shared responsibility might be one of the tools to overcome the problem of causation. Still, the apportionment on the basis of historical contributions fuels discussion. The success of this argument depends, among other things, on the type of relief demanded from the court. If the plaintiff requires damages, the amount may be calculated from the percentage by which the state or a private actor has contributed to the emission of the GHGs. However, if the plaintiff requires injunction to stop specific actions, e.g. from one branch of industry in a concrete area (state), this action may be regarded disproportionate.<sup>130</sup> The strategy of apportionment of responsibility is currently being applied in the *Lliuya case*, where after two initial struggles, a farmer from the region in Peru in risk of glacier flooding achieved a partial victory before the Higher Regional Court in Hamm.<sup>131</sup> The Court stated that even though the defendant's (RWE's) contribution is not a single cause of flooding risk in Peru, it might still be *partially* responsible for the risks of flooding in the region,<sup>132</sup> and appointed experts responsible for looking into the

situation in Peru and inspecting the risk of impairment of the property of the claimant. Great importance was placed upon scientific evidence, especially attribution models which, according to the Court, might determine the responsibility of RWE for the situation in Peru.<sup>133</sup> The case has been on standby and the final decision is being awaited after the thorough assessment of the situation in Peru. Its result can potentially set an example due to the progressive approach to a causation problem by the Court and underline the role of science.

Since demonstrating the causal relationship requires an abundance of evidence, the problem of proof comes into this already complicated interplay of factors. As the current trend indicates, many courts are receptive to the scientific knowledge of climate science as a supporting evidence, especially as far as its anthropogenic causes are concerned.<sup>134</sup> In general, courts are more willing to take over climate litigation cases, assess the IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change) reports as an evidence of CC, and vindicate the claims not only against governments, but also private entities.<sup>135</sup> One of the problems which remains on the local level is proving that a specific weather event was caused by the

<sup>128</sup> Cox Rhj (n 124) 132.

<sup>129</sup> *Urgenda Foundation v The State of the Netherlands*, Supreme Court of the Netherlands (n 87) paras 5.7.1–5.7.9.

<sup>130</sup> Hsu Shi-Ling, 'A Realistic Evaluation of Climate Change Litigation Through the Lens of a Hypothetical Lawsuit' (2007) 79(3) *University of Colorado Review* Forthcoming <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ucollr79&i=708>> accessed 20 April 2020 701, at 747–748.

<sup>131</sup> *Lliuya v RWE AG* (n 21).

<sup>132</sup> 'Interesting facts: Background information on the decision of the higher regional court Hamm (*Germanwatch*,

12 December 2017) <<https://germanwatch.org/en/14831>> accessed 21 September 2020.

<sup>133</sup> *ibid.* See also: *Lliuya v RWE AG*, Indicative Court Order and Order for the Hearing of Evidence (Higher Regional Court of Hamm, 30 November 2017) <<https://germanwatch.org/en/14198>> accessed 20 February 2020.

<sup>134</sup> Banda Maria L. and Fulton Scott, 'Litigating Climate Change in National Courts: Recent Trends and Developments in Global Climate Law' (2017) 47(2) *Environmental Law Reporter* <<https://ssrn.com/abstract=3134517>> accessed 28 February 2020, 2.

<sup>135</sup> Ganguly Geetanjali, Setzer Joana and Heyvaert Veerle, 'If at First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change' (2018) 38(4) *Oxford Journal of Legal Studies* <<https://academic.oup.com/ojls/article/38/4/841/5140101>> accessed 10 May 2020 841, at 851–852.

CC.<sup>136</sup> While we have an overwhelming body of research proving that GHGs emissions are the primary cause of CC (first causality inquiry), the concrete event attribution, which points at the second part of the causality inquiry, is still at its infancy.<sup>137</sup> A solution for future cases might be found using the ‘extreme event attribution’ science (EEA) that attempts to find a link between human activities and occurrence or gravity of extreme weather events which we have been experiencing, such as tropical cyclones, floods, etc.<sup>138</sup> The EEA might also help in proving that a local area and specific people are in danger of an extreme weather event due to the human-related emissions. The EEA works with a ‘risk based’ approach, evaluating how the probability of occurrence of a certain weather pattern changes depending on the human factor in play.<sup>139</sup> As a last resort, plaintiffs can alleviate the evidentiary requirements by applying – in environmental law well-established precautionary principle stipulating that the lack of full scientific certainty should not be the reason for postponing measures preventing irreversible damage.<sup>140</sup> Precautionary principle is a tool equipped to help policy makers deal with the scientific uncertainty and threats of irreversible risks before the dam-

age stemming from these risks becomes a reality. It was developed in Germany in 1970s known as *Vorsorgeprinzip* (‘foresight principle’).<sup>141</sup> The international community later presented one of the most dominant formulations of the precautionary principle in 1992 in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development which stated 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*’.<sup>142</sup> A similar wording was adopted in Art. 3 (3) UNFCCC which provides that: ‘*a lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent serious or irreversible damage*’<sup>143</sup> and that ‘*parties should take precautionary measures to anticipate, prevent, or minimize the causes of climate change and mitigate its adverse effects*’.<sup>144</sup> The use of precautionary principle however is not only a proclamation on paper, yet has an actual influence in climate litigation cases. The Supreme Court of Netherlands in *Urgenda* case, for instance, argued in several parts of its judgement that obligation of a state to take appropriate measure in accordance with Art. 2 and 8 ECHR applies equally to dangers which have not materialised yet.<sup>145</sup> According to the court, ‘[t]he mere existence of a sufficiently gen-

<sup>136</sup> Peel J., ‘Issues in Climate Change Litigation’ (n 119) 19. See also: Ganguly Geetanjali, Setzer Joana and Heyvaert Veerle (n 135) 851–852.

<sup>137</sup> Dupuy P-M and Viñuales JE (n 122) 397.

<sup>138</sup> Burger Michael et al. (n 117), at 88–89.

<sup>139</sup> Marjanac, Sophie, and Lindene Patton, ‘Extreme Weather Event Attribution Science and Climate Change Litigation: An Essential Step in the Causal Chain?’ (2018) 36(3) *Journal of energy & natural resources law*, 265, at 268. See also: Shepherd, T.G., ‘A Common Framework for Approaches to Extreme Event Attribution.’ (2016) 2 *Curr Clim Change Rep*, 28, at 29.

<sup>140</sup> Omuko Lydia Akinyi, ‘Applying the Precautionary Principle to Address the “Proof Problem” in Climate Change Litigation’ (2016) 2(1) *Tilburg Law Review* <<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/22112596-02101003>> accessed 28 February 2020, 52, at 60–61. See also: fn (n 142) (n 143).

<sup>141</sup> Bourguignon Didier (Directorate-General for Parliamentary Research Services: European Parliament), ‘The precautionary principle: Definitions, applications and governance’ (2016) <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/166bad38-a2f9-11e5-b528-01aa75ed71a1/language-en>> accessed 13 March 2021, at 4.

<sup>142</sup> Declaration of the United Nations Conference on Environment and Development (adopted 14 June 1992) UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I), 31 ILM 874 (1992) (Rio Declaration), principle 15.

<sup>143</sup> UN Framework Convention on Climate Change (adopted 9 May 1992, entered into force 21 March 1994) 1771 UNTS 107 (UNFCCC), Art. 3.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *Urgenda Foundation v The State of the Netherlands*, Supreme Court of the Netherlands (n 87) para 5.3.2.

*uine possibility that this risk will materialise means that suitable measures must be taken.*<sup>146</sup>

### III Conclusion

Climate litigation as a trend of the past years and an emerging tool of climate governance has been establishing itself on several fronts. The most recent creative lawyering has gravitated towards reframing CC as a human rights issue. When analysing so far limited, yet growing body of rights-based case law, we can observe a certain pattern grounded in plurality of actors. Firstly, as a way to gain more importance, many plaintiffs choose to join forces in CC litigation. Secondly, the character of CC presumes the plurality of actors on the side of emitters who indirectly influence the level of human rights. Such multiplicity leads to various barriers for cases in the rights-based arena. For instance, admissibility criteria at international level, such as exhaustion of domestic remedies, show to be incompatible with the extraterritorial character of harm caused by CC and multiplicity of culprits emitting the GHGs. At national and supranational level, hindrances connected to standing conditions might exacerbate if the claim entails multiple plaintiffs. Most evidently, the problem of proving a particularized harm becomes even more challenging. This article considered these challenges in the light of the selected decisions and demonstrated how some plaintiffs attempted to eliminate problems connected to plurality of actors. Several cases sketched possible solutions for some of the problematic aspects of multiplicity of actors. Nevertheless, the solutions seem to be limited by their use within the selected jurisdiction.

For instance, the causation problem can, unless the science rapidly progresses, be overcome by acknowledging shared responsibility of States as indicated by the *Urgenda* decision. However, different case law often directly contradicts not only in the result, but also the reasoning. One, but not the only example of opposing views on the same matter, can be observed in *Juliana* and *Urgenda* in relation to ordering the state to enact legislation. Moreover, several issues accentuated through the article inhibiting the access to justice can be surmounted only through reforms of institutions at international level, or extensive legislative changes in domestic rules. Even then, results of such reforms are uncertain as unreasonable opening to thousands of litigants can have a damaging effect on courts' functioning. Finally, the question remains, whether an individually filed lawsuit, i.e. lawsuits with one subject on the plaintiff's side,<sup>147</sup> could possibly alleviate hindrances, which are a burden for multiple claimants. Further studies which would indicate more in-depth analyses of advantages of an individual claim before the particular forum would be a valuable contribution into this discussion.

### Acknowledgements

The author would hereby like to acknowledge that parts of this article were based on her master's thesis titled *Climate Litigation and Human Rights*, which was defended at Charles University, Prague, in June 2020. Furthermore, the author would like to extend her sincere gratitude to Associate Professor Katerina Mitkidis for her valuable comments and support.

---

<sup>146</sup> *Urgenda Foundation v The State of the Netherlands*, para 5.6.2.

---

<sup>147</sup> The subject can either be a natural or a legal person.



## Well Defined Is Half Solved? The Regulatory Barriers for Circular Economy Business

*Topi Turunen,\* Leila Suvantola\*\* and Seita Romppanen\*\*\**

### Abstract

This article identifies and examines regulatory barriers that hinder the development of the circular economy transition and argues that such barriers must be defined before they can be solved. The article's argument is based on a two-round Delphi study focusing on the regulatory barriers to the circular economy, which demonstrated that many of what had been assumed to be regulatory barriers were not, in fact, caused by substantive regulation as such. Instead, challenges in relation to the interpretation of certain legal provisions and the lack of uniform practices as to their application were regarded as barriers. The study also examined the nature of these issues and the prospects of resolving them, which facilitated insight into the broad spectrum of regulatory instruments that can either remove the existing barriers or function as drivers for the circular economy transition. The EU is implementing a range of actions to facilitate the transition to a circular economy, in relation to which several regulatory frameworks and policy responses are directly relevant. However, the regulatory approaches to the circular economy are sometimes understood too narrowly, as being limited, for ex-

ample, to traditional command-and-control instruments or comprising only particular substantive laws (e.g. on waste legislation). This narrow approach is insufficient in scope. Clear understanding of as well as clarity and coherence among the regulatory approaches to the circular economy are essential in order to achieve full implementation of its aims. Identification and examination of regulatory barriers represent one but practical step forward in enhancing this understanding, clarity and coherence.

**Keywords:** circular economy, EU, regulation, barriers, drivers

**Acknowledgements:** We would like to thank the stakeholders who participated in the CICAT2025 workshops and the anonymous experts who participated in the Delphi study and helped us to compile this data that reflects the practical nature of the regulatory barriers to circular economy.

**Funding:** This work was supported by the Strategic Research Council at the Academy of Finland as part of project CICAT2025, Circular Economy Catalysts: From Innovation to Business Ecosystems (Grant number: 320194/320206).

### 1. Introduction

#### 1.1 Achieving the circular economy

The world's natural resources are used in excess and inefficiently in the current linear economy model.<sup>1</sup> Raw materials are collected, trans-

---

\* University of Eastern Finland Law School, Finland. Finnish Environment Institute SYKE, Finland. Corresponding author. Itä-Suomen yliopisto, Yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunta, Oikeustieteiden laitos, Joensuu kampus, PL 111, 80101 JOENSUU, topi.turunen@uef.fi.

\*\* Ministry of the Environment, Finland. leila.suvantola@ym.fi.

\*\*\* University of Eastern Finland Law School, Finland. Finnish Environment Institute SYKE, Finland. seita.romppanen@uef.fi.

---

<sup>1</sup> Global Resources Outlook 2019: Natural Resources for the Future We Want. Resources panel UNEP 2019.

formed into products, used and then discarded as waste. This increases global problems such as resource scarcity and excessive pollution loads. The drive towards sustainability prompted the European Union (EU) to adopt the idea of the circular economy (CE).<sup>2</sup> The EU's Seventh Environmental Action Programme was thus titled 'Living well, within the limits of our planet'.<sup>3</sup> The main aim of the Programme was to transform the EU into a CE by 2050. More recently, the European Green Deal 2019 aims to further implement the CE objectives.<sup>4</sup> Alongside the Green Deal, the EU has published a new CE Action Plan<sup>5</sup> that focuses on circular and sustainable products and expands circularity from the waste phase to the production process with a strong connection with the new Industrial Strategy for Europe.<sup>6</sup> The European switch to CE is expected to make a 'decisive contribution' to the EU's aim of achieving climate neutrality by 2050.<sup>7</sup> The EU's CE transition is part of the global endeavour to achieve a sustainability transition.

---

<sup>2</sup> See e.g. Winans, Kiara – Kendall, Alissa – Deng, Huijing: The history and current applications of the circular economy concept. *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 68:1, pp. 825–833.

<sup>3</sup> Decision 1386/2013 of the European Parliament and the Council of 20 November 2013 on a General Union Environment Action Programme to 2020 'Living well, within the limits of our planet', 28 December 2013 (OJ L 354/171).

<sup>4</sup> COM (2019) 640 final. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – The European Green Deal, pp. 7–9.

<sup>5</sup> COM (2020) 98 final. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and Committee of the Regions – A new Circular Economy Action Plan.

<sup>6</sup> COM (2020) 102 final. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and Committee of the Regions – A New Industrial Strategy for Europe.

<sup>7</sup> A new Circular Economy Action Plan, p. 2.

The EU introduced the legal definition of the CE in 2020. Regulation (EU) 2020/852<sup>8</sup> on sustainable investment defines the CE as 'an economic system whereby the value of products, materials and other resources in the economy is maintained for as long as possible, enhancing their efficient use in production and consumption, thereby reducing the environmental impact of their use, minimizing waste and the release of hazardous substances at all stages of their life-cycle, including through the application of the waste hierarchy' (Article 2(9)). The CE represents a new way of understanding the material life-cycle, from planning and production through to use and end of use, by ensuring that nothing is wasted and that the use of natural resources is sustainable. In effect the CE Action Plan introduces a set of legislative and non-legislative measures targeting areas in which EU level action is necessary in order to establish a robust and coherent product policy framework. This framework extends to the entire life-cycle of products.<sup>9</sup> The economic impacts of a fully implemented CE strategy would be remarkable, ranging from profound impacts on day-to-day operations to impacts on the value creation logic of businesses. Arguably, the shift from a linear to a CE model could be the biggest European economic transformation since the establishment of the internal market<sup>10</sup> – a paradigmatic economic shift.

---

<sup>8</sup> Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088, 22 June 2020 (OJ L 198/13).

<sup>9</sup> 'A product policy framework' aims to 'make sustainable products, services and business models the norm and transform consumption patterns so that no waste is produced in the first place'. A new Circular Economy Action Plan, p. 3.

<sup>10</sup> Ellen MacArthur Foundation: *Growth Within: A Circular Economy Vision for a Competitive Europe* (2015), p. 29, <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/assets/downloads/publications/EllenMacArthurFoun>

Realization of the CE objectives will ultimately depend on how well the public sector, businesses and individual EU citizens adopt this new approach. The Member States play a crucial role in this context. The overall strategic objectives and frameworks set by the EU are to be implemented by the Member States while considering national and regional specifics such as geographical characteristics and industrial structures. Several regulatory frameworks and policy responses are directly relevant to the development of the CE. The CE covers several substantive regulatory sectors that are currently accustomed to the dominant linear economy model. Full achievement of the CE aims calls for a clear understanding of and coherence as between the regulatory approaches to the CE and the instruments used in this context. An overly narrow understanding of the regulatory approaches and instruments available impedes an effective response to the relevant challenges and does not address the full scope of the CE. For example, restricting regulatory instruments to traditional command-and-control instruments or to particular substantive laws, in particular waste legislation, precludes a comprehensive vision of all applicable regulatory frameworks, including those governing product design and safety and environmental and climate impacts. The existing regulatory framework for the CE provides both barriers to the development of the CE and drivers for the smooth transition to the CE.<sup>11</sup> Identification and examination of these regulatory barriers represents a pragmatic step

---

dation\_Growth-Within\_July15.pdf (visited on 25 June 2019).

<sup>11</sup> Ranta, V. – Aarikka-Stenroos, L. – Ritala, P. – Mäkinen, S. J.: Exploring institutional drivers and barriers of the circular economy: A cross-regional comparison of China, the US, and Europe. *Resources Conservation and Recycling*, 135 (2018), pp. 71–72; See also, on barriers and drivers, Jesus, A – Mendonça, S., Lost in Transition? Drivers and Barriers in the Eco-innovation Road to

forward in terms of understanding them in order to improve the clarity and coherence of regulatory approaches to the CE.

This article focuses on the regulatory barriers to CE businesses. A Delphi study<sup>12</sup> is applied as an empirical research method by which the main regulatory barriers for the adoption of the CE and the regulatory options for addressing them are identified. The Delphi method involves collecting anonymous data from a panel of experts using various data collection and analysis techniques. In other words, the Delphi method is applied as a practical tool through which to identify barriers that hinder the development of CE businesses. The study provides information based on ‘law in action’ instead of ‘law in books’<sup>13</sup> by examining the dynamic relation between the regulatory instruments and their practical execution. It is rooted in the idea that to achieve the CE objectives, regulatory barriers to the CE must be removed. However, their removal requires that they are first identified. There are many ways to remove barriers, such as amending an existing regulatory framework or providing guidance on its interpretation. This article identifies the most significant regulatory barriers for the CE in the Finnish context. Finland serves as a good case study because it is taking a leading role in the CE transition and is currently implementing an ambitious CE road map<sup>14</sup>.

---

the Circular Economy. *Ecological Economics* 145 (2018), pp. 75–89, p. 75.

<sup>12</sup> The Delphi method is a structured communication technique or method, originally developed as a systematic, interactive forecasting method which relies on a panel of experts. See e.g. *Harold A. Linstone, Murray Turoff (1975), The Delphi Method: Techniques and Applications, Reading, Mass.: Addison-Wesley.*

<sup>13</sup> Halpérin, J-L., Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change. *Me. L. Rev.* 64 (2011), pp. 45–76, p. 47.

<sup>14</sup> Sitra: Critical Move – Finland’s Road map to Circular Economy 2.0 (<https://www.sitra.fi/en/projects/critical-move-finnish-road-map-circular-economy-2-0/#challenge>, accessed 24.9.2020).

## 1.2 Regulating circularity

There are several definitions of regulation. First, it can refer to a specific set of commands involving the adoption of rules binding on society at large. Many command-and-control instruments (i.e. those that exert influence by imposing standards supported by sanctions) fall within the scope of this narrow definition, which primarily refers to regulation through legal rules.<sup>15</sup> Second, the concept of regulation can also be understood more inclusively to cover all state actions that are designed to influence business or social behaviour.<sup>16</sup> This broader concept of regulation extends to all forms of social control, 'whether intentional or not, and whether imposed by the state or other social institutions'<sup>17</sup> and includes both traditional and less traditional regulatory rules. This broad understanding of regulation is applied in this article.

Policy goals such as CE are often complex and cannot comprehensively be regulated through a single policy or regulatory instrument.<sup>18</sup> Arguably 'while the CE philosophy is easy to understand, it is very complex to put into practice'.<sup>19</sup> The development of the CE depends

upon approaches that transcend and integrate different policy sector targets in the context of the CE transition. For example, in order to promote CE business activities, the whole life-cycle of the product and the various substantive regulatory frameworks applicable at each stage of that life-cycle has to be taken into account.<sup>20</sup> A complementary mix of policy instruments that are tailored to meet different CE objectives is necessary. The CE transition is a complicated and multifaceted policy objective that does not necessarily take one definite path.<sup>21</sup> The CE fundamentally requires a holistic approach to regulation, an approach that can address 'the diversity of the challenges at hand' and entails rules that are 'clever and fitting'.<sup>22</sup>

Regulation can function as the gatekeeper of sustainability, while it can also be perceived as the facilitator that establishes and upholds the architecture enabling the CE. At the same time, fostering the CE touches upon and creates a great variety of questions and challenges relevant to regulation.<sup>23</sup> However, regulation is only one of the tools in the CE toolbox and the full development of the CE requires a multi- and interdisciplinary approach. The CE transition calls for systemic change, involving parallel actions throughout the value chain instead of purely

---

in the European Union: Impacts on transition towards a more circular economy. *Journal of Cleaner Production* (in press, 2020).

<sup>20</sup> See Hughes, Richard: The EU Circular Economy package – life cycle thinking to life cycle law? *Procedia CIRP* 61 (2017), pp. 10–16.

<sup>21</sup> See COM (2020) 98 final. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A new Circular Economy Action Plan.

<sup>22</sup> Maitre-Ekern, Eléonore: The Choice of Regulatory Instruments for a Circular Economy in Mathis, Klaus, and Huber, Bruce R. (eds.): *Environmental Law and Economics*, pp. 305–334, p. 305–332.

<sup>23</sup> See, e.g., Backes, Chris: *Law for a Circular Economy* (Eleven International Publishing, 2017), p. 15.

---

<sup>15</sup> Morgan, Bronwen – Yeung, Karen: *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*. Cambridge University Press 2007, pp. 80–81; Baldwin, Robert – Cave, Martin – Lodge, Martin: *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (Oxford University Press, 2012), pp. 3 and 106.

<sup>16</sup> Baldwin, Robert – Cave, Martin – Lodge, Martin: *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (Oxford University Press, 2012), pp. 3 and 106.

<sup>17</sup> Morgan, Bronwen – Yeung, Karen: *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*. Cambridge University Press 2007, p. 3.

<sup>18</sup> See e.g. COM (2020) 98 final. Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A new Circular Economy Action Plan: The Commission lists 7 different new sustainable product policy frameworks to accommodate the new CE Action Plan.

<sup>19</sup> María del Mar Alonso-Almeida, M. et al., *Institutional entrepreneurship enablers to promote circular economy*



sector or product focused approaches.<sup>24</sup> The CE thus requires actions in the regulatory field and institutional and cultural changes, technological innovation and knowledge development as well as the active participation of all stakeholders.<sup>25</sup> Hence '[l]egal research in this area must be integrated into interdisciplinary teams and projects'.<sup>26</sup>

Regulation is typically perceived as restricting or hindering behaviour. However, the influence of regulation can also be enabling and facilitative.<sup>27</sup> The arguments set out in this article relating to the barriers (and drivers) of the CE focus particularly on the regulatory choices we make in order to achieve the CE. What regulatory strategies are deployed? What regulatory instruments should be developed and implemented? Moreover, the question of how suitable, effective and appropriate these instruments are is essential to the debate concerning the barriers to and drivers of the CE.

There are a number of different regulatory strategies available to promote the development of CE business. The regulatory authority can, for example, choose to regulate the subject of regulation (e.g. CE businesses) through direct regulation (i.e. legal rules). Alternatively, it can rely on the CE businesses to self-regulate, or adopt a combination of the two, in the form of co-regulation. The regulatory authority can also delegate the authority to regulate to a third party. The

choice of regulatory strategy is important.<sup>28</sup> Although the toolkit is extensive and comes with alternatives, '[c]hoosing among the alternatives is inherently difficult because they operate in a different manner and pursue different objectives'.<sup>29</sup> The strategy chosen has to be able to demonstrate that it is *effective* and legitimate in terms of achieving its objectives. Effectiveness refers to the capacity of a given regulatory framework to solve the problem at hand and its ability to contribute to the set regulatory objective.<sup>30</sup> Hence, effectiveness can be perceived as the ability to bring about solutions (effectively).<sup>31</sup> Legitimacy is, in principle, about how we accept and justify the authority that produces these solutions.<sup>32</sup> In fact, public policy derives much of its legitimacy from its problem-solving capacity, and hence the two concepts are intertwined.

---

<sup>28</sup> Baldwin, Robert – Cave, Martin – Lodge, Martin: *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (Oxford University Press, 2012), pp. 105, 135 and 146.

<sup>29</sup> Maitre-Ekern, Eléonore: *The Choice of Regulatory Instruments for a Circular Economy* in Mathis, Klaus, and Huber, Bruce R. (eds.): *Environmental Law and Economics*, pp. 305–334, p. 306.

<sup>30</sup> Lenschow, Andrea: 'Studying EU environmental policy', in Jordan, Andrew – Adelle, Camilla (eds.), *Environmental Policy in the EU. Actors, Institutions and Processes* (Earthscan from Routledge 2013), pp. 49–72, p. 56.

<sup>31</sup> Effectiveness has multiple meanings. It is not a normative concept. However, evidence on the effectiveness of legal and policy instruments is of particular importance for a perspective that is interested in researching 'to what extent the theoretical assumptions, on which much of environmental governance is based, in fact work in practice'. Often this type of interest focuses, for example, on the effectiveness of particular regulatory instruments. See Faure, Michael: 'Effectiveness of Environmental Law: What does the Evidence Tell us?', 36:2 *William & Mary Environmental Law and Policy Review* (2012), pp. 293–336, pp. 294–295.

<sup>32</sup> Legitimacy can be described through its sociological (socially accepted use of authority) and normative (justification; is the use of authority well founded) dimensions. Bodansky, Daniel: 'Legitimacy', in Bodansky, Daniel – Brunnée, Jutta and Hey, Ellen (eds.): *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2007), pp. 704–723, p. 709.

---

<sup>24</sup> See e.g. Maitre-Ekern, Eléonore: *The Choice of Regulatory Instruments for a Circular Economy* in Mathis, Klaus, and Huber, Bruce R. (eds.): *Environmental Law and Economics*, pp. 305–334, p. 311.

<sup>25</sup> Backes, Chris: *Law for a Circular Economy* (Eleven International Publishing, 2017), p. 16.

<sup>26</sup> Backes, p. 16.

<sup>27</sup> Baldwin, Robert – Cave, Martin – Lodge, Martin: *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (Oxford University Press, 2012), p. 3.

Under the different regulatory strategies, different kinds of regulatory instruments may be deployed. Regulatory instruments seek to steer social behaviour. Different types of regulatory instruments can be classified in a number of ways and there is no consensus on the categorization.<sup>33</sup> This article does not seek to give a fixed meaning of the concept. Rather it explains our broad understanding of the concept in the CE context. The article approaches regulatory instruments in a broad sense instead of focusing solely on traditional forms of regulation such as command-and-control instruments. All 'regulatory instruments' are policy instruments that are based on coercive legislative instruments even though their expected impact may also be financial or even informational.<sup>34</sup> For example, although tax is sometimes regarded as a financial instrument, it is based on coercive legal provisions and supported by criminal sanctions.<sup>35</sup> Furthermore, the provision of information may be required by legislation and failure to do so typically results in the imposition of a sanction. Thus, even though the targeted outcome is informational guidance, the instrument is not merely informational in scope.<sup>36</sup> As a systemic and

multifaceted policy umbrella, the development of CE will require a mix of regulatory instruments and extensive regulatory actions in more than one legislative framework. Our arguments on the barriers and drivers of CE development should be viewed as a perspective that is closely related to the questions of how we regulate and what instruments we deploy for that purpose.

### 1.3 Barriers and drivers

The research began with a review of international and national literature, focusing on identifying barriers that impede CE businesses. The legal literature on CE barriers is extensive and growing.<sup>37</sup> The concepts of barrier and driver are often left undefined and often seem to include different categorisations and scopes. The definitions are left open in this article in order to discuss the issue in broad terms rather than narrowing it down to specific definitions with the data received from the Delphi study. Generally speaking, in this study barriers means challenges that hinder achievement of the CE or have negative implications for the attainment of its objectives. These may relate, for example, to legal provisions, policy spaces created by the legal provisions and common practices in different fields of business. While this article focuses on CE barriers, it is also useful to understand the relevance of a CE driver, as a counterpart to a CE barrier. CE drivers are actions that promote or encourage actors to take steps towards achievement of CE objectives.

The literature review served a basis for identifying existing regulatory barriers. It revealed that only a limited number of barriers are identified as regulatory barriers. However, the literature study revealed several attitudinal and price barriers that can be addressed by means of

---

<sup>33</sup> Morgan, Bronwen – Yeung, Karen: *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*. Cambridge University Press 2007, pp. 79–80.

<sup>34</sup> Krott, Max: *Forest Policy Analysis*. Springer 2005, p. 219: Our definition follows the logic of Krott's which states that '(r)egulatory instruments comprise all those regulatory political interventions which formally influence social and economic action through binding regulations'.

<sup>35</sup> Vedung, E.: *Policy Instruments: Typologies and Theories*. In Bemenmans-Videc, M.-L. – Rist, R.C. – Vedung, E. (eds.): *Carrots, Sticks and Sermons: Policy Instruments and Their Evaluation*. Transaction Publishers 1998, p. 32: The addressees of economic instruments have to possibility to decide whether to take the measures involved or not.

<sup>36</sup> Vedung, E.: *Policy Instruments: Typologies and Theories*. In Bemenmans-Videc, M.-L. – Rist, R.C. – Vedung, E. (eds.): *Carrots, Sticks and Sermons: Policy Instruments and Their Evaluation*. Transaction Publishers 1998, p. 33.

---

<sup>37</sup> Kirrherr et al. 2018 s. 264 with references.

legislative instruments<sup>38</sup> and are of indirect relevance to regulation. Furthermore, administrative decisions were repeatedly referred to as regulatory barriers by interest group participants in a workshop on the CE in the construction sector organized by the CICAT2025 research project in August 2019. It transpired in the discussion that the challenges referred to related to the methods by which command-and-control regulations were applied rather than the content of these regulations as such.

The theoretical approach to CE barriers has been criticized as being insufficient to capture the multifaceted nature of CE. A need for 'more empirical content' has been expressed<sup>39</sup> and this is addressed in this article by means of an empirical study. We argue that enabling the transfer to the CE calls for identification and correction of the specific barriers to doing so. The Delphi study was based on a literature review on the regulatory barriers for the CE and sought to test the general arguments made in the literature and to show the barriers' significance in practical terms.

## 2. Materials and methods: Delphi study

The Delphi method is a qualitative research method that aims to tap the expert knowledge on the topic at hand and entails the collection and distillation of anonymous data from experts using a series of data collection and analysis techniques. In other words, it turns to experts for their knowledge and understanding. The method is well suited for collecting information about a problem or phenomenon that is vague,

partly unknown and challenging to approach.<sup>40</sup> The participants' anonymity enables avoidance of monopolization or domination of discussion, group thinking and marginalization of divergent opinions. Conducted on the internet, it allowed for flexibility over time and space.<sup>41</sup> In our study the Delphi method provided a method by which to identify and examine the practical regulatory barriers to the achievement of the CE and to distinguish between barriers drawn from the perspectives of 'law in books' and 'law in action'. The Delphi study was conducted in order to reach beyond the theory of barriers and acquire better understanding of the views of the relevant CE stakeholders.<sup>42</sup>

The barriers identified in literature and the workshops were tested in a Delphi study directed to national CE experts.<sup>43</sup> The purpose of the Delphi study was threefold: to find out whether the experts in the CE businesses identified the same or different regulatory barriers to the transition to the CE as noted in the national and international research literature; to evaluate the significance of each barrier in the national context to ensure that further examination would focus on the most relevant ones; and to identify

---

<sup>38</sup> Technopolis: Regulatory barriers for the Circular Economy Lessons from ten case studies. Technopolis 2016, p. 57.

<sup>39</sup> See e.g. *de Jesus, Ana – Mendonça, Sandro*: Lost in Translation? Drivers and Barriers in the Eco-innovation Road to the Circular Economy. *Ecological Economics* 145 (2018), p. 85.

<sup>40</sup> *Skulmoski, Gregory J. – Hartman, Francis T. – Krahn, Jennifer*: The Delphi Method for Graduate Research. *JITE-Research* Volume 6 (1) 2007, pp. 1–6.

<sup>41</sup> Hannes K., Heyvaert M., Slegers K., Vandenbrande S. and Van Nuland M. (2016) Exploring the Potential for a Consolidated Standard for Reporting Guidelines for Qualitative Research: An Argument Delphi Approach. *International Journal of Qualitative Methods*, p. 1–16; Hasson, F., Keeney, S., & McKenna, H. (2000) Research guidelines for the Delphi survey technique. *Journal of Advanced Nursing* (32), p. 1008–1015.

<sup>42</sup> See *Skulmoski, Gregory J. – Hartman, Francis T. – Krahn, Jennifer*: The Delphi Method for Graduate Research. *JITE-Research* Volume 6 (1) 2007, pp. 6–7: The Delphi study has also been used to identify and rank computer forensics legal issues.

<sup>43</sup> Peter Cane, Peter – Herbert M. Kritzer, Herbert M.: Introduction in Peter Cane, Peter – Herbert M. Kritzer (eds.): *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford University Press, 2010), pp. 1–10, p. 4.

tools to remove the barriers or to transform them into drivers.

The participants in the Delphi study were selected from a list of 'the most interesting companies in the CE' in Finland identified by the Finnish Innovation Fund (SITRA).<sup>44</sup> They represented all five CE business models (circular supply, product service system, sharing, product life extension and resource recovery) identified by the OECD.<sup>45</sup> This was done to ensure that the CE was addressed in all its forms, not only in the traditional context of material recovery. In addition, representatives of research institutes and administrative bodies relevant to the CE were also included. Rather than utilizing many experts, a small number of relevant experts with practical experience were identified.<sup>46</sup>

A Delphi study typically consists of repetitive rounds based on previous results of the study. This study comprised the submission of two rounds of questionnaires to the panelists in autumn 2019. The participants received feedback between the rounds as is typical in a Delphi study.<sup>47</sup> During the first round the panelists were asked basic questions on which legal provisions either promote or do not promote the

CE. Furthermore, they were asked to either confirm or to deny the relevance or significance of each of the regulatory barriers identified in the literature review. The second round focused on viable solutions for removal of the barriers. The alternative methods of removal of each barrier presented to the experts to choose from were defined in very general terms. In addition, further questions were presented on the confirmed barriers with a view to elaborating on the nature of the barrier. Some of the assessed solutions would require significant changes in the national legislation, but some were simple and did not require any legislative actions. The decision to test unconventional or elaborate alternatives was based on the assumption that the urgency of the paradigmatic shift to the CE requires openness to new regulatory approaches. The results point to *where and how* to regulate and in *what direction* rather than specific regulatory content. The following subsections present the results of the Delphi study and offer a practical starting point for removal of the regulatory barriers to the CE.

### 3. Results: Regulatory barriers identified in the Delphi study

#### 3.1 Regulatory barriers

##### 3.1.1 Introduction to regulatory barriers

During the first round, the panelists were asked about the practical significance of the barriers identified in the literature review. They were able to either confirm or deny the existence of each barrier. Most of the pre-identified barriers were directly connected with various provisions of substantive regulation or their practical implementation. This article does not discuss all the barriers that were identified in the literature review but focuses on those that were confirmed in the Delphi study. The article emphasizes the barriers that were widely agreed upon and those that were contested. The experts were also able to freely comment on the barriers and on each

---

<sup>44</sup> Finnish Innovation Fund Kiertotalouden kiinnostavimmat (The most interesting companies in the circular economy in Finland) <https://www.sitra.fi/hankkeet/kiertotalouden-kiinnostavimmat/> (visited 27.6.2020): Sitra uses the list of present inspiring examples of the CE from Finland and give all Finnish companies the opportunity to be among the first in the world to transition to a CE. The companies on the list have been evaluated from the perspective of their 1. interestingness, effectiveness, business and scalability/repeatability.

<sup>45</sup> OECD: Business Models for the Circular Economy – Opportunities and Challenges for Policy, 2019 [read.oecd-ilibrary.org/environment/business-models-for-the-circular-economy\\_g2g9dd62-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/environment/business-models-for-the-circular-economy_g2g9dd62-en#page1).

<sup>46</sup> Powell, C. (2003) The Delphi technique: myths and realities. *Journal of Advanced Nursing* p. 376–382.

<sup>47</sup> Tapio P. (2002) Disaggregative policy Delphi Using cluster analysis as a tool for systematic scenario formation. *Technological Forecasting & Social Change* (70), p. 83–101.

other's views during the study. In the following subsections the identified barriers are divided into command-and-control, financial and attitude-related or informational barriers.

These classifications were formulated to facilitate analysis of the results. Command-and-control barriers refer to barriers caused by environmental policy that relies on legislation (i.e. traditional forms of regulation such as permissions, prohibitions, standard setting and enforcement).<sup>48</sup> Financial barriers, on the other hand, refer to barriers that are not (at least directly) imposed as a result of coercive regulatory provisions but hinder the achievement of the CE by making the transition a less profitable option where a linear economy business model is utilized.<sup>49</sup> Attitude-related and informational barriers refer to barriers that are caused by general attitudes or by incorrect or deficient information on how to move towards CE objectives.

### 3.1.2 *Command-and-control barriers*

The literature review indicates that the lack of clarity in the legal concepts of waste and end-of-waste (EoW) is widely recognized as a substantial problem for material cycles of the CE.<sup>50</sup> This

view was strongly supported by the experts in the Delphi study. EoW regulation refers to regulation concerning when certain waste ceases to be waste and obtains the status of a secondary raw material. The question of ceasing to be waste is crucial in the CE because EU legislation provides that all substances and objects which the holder discards, intends or is required to discard are regulated as waste. 'Waste' is utilized to a more restricted extent than 'non-waste'. Materials classified as waste must cease to be so before they can be efficiently used in new products. Hence, EoW regulation plays a crucial part in the implementation of CE.<sup>51</sup> Even though this barrier was regarded as having moderate significance, the importance of EoW regulation and decision-making as well as the unclear definitions were repeatedly mentioned in the comments made by the participants on permitting practices and administrative barriers.

Interestingly, the barrier presented by EoW regulation mainly concerned delays in and incoherence of administrative decision-making. Slow and unpredictable administrative processes reduce the attractiveness of CE business models to business actors and investors. This does not fit the traditional definition of command-and-control barriers. Lengthy administrative decision-making processes and lack of predictability as to outcomes may be categorized as administrative barriers even though the decision-making is based on command-and-control legislation. The barriers may be related to insufficient clarity of the regulations, inappropriate interpretative models, a lack of guidance for decision-making,

---

<sup>48</sup> Glossary of Environment Statistics, Studies in Methods, Series F, No. 67, United Nations, New York, 1997.

<sup>49</sup> See *Vedung, E.*: Policy Instruments: Typologies and Theories. In Bemenlman-Videc, M.-L. – Rist, R.C. – Vedung, E. (eds.): *Carrots, Sticks and Sermons: Policy Instruments and Their Evaluation*. Transaction Publishers 1998, p. 32.

<sup>50</sup> *Turunen, Topi*: The Concepts of Waste and Non-waste in the Circular Economy. Publications of the University of Eastern Finland. Dissertations in Social Sciences and Business Studies, no 181, pp. 207–208; *Westblom, Caroline*: Towards a Circular Economy in Sweden – Barriers for new business models and the need for policy intervention. IIIIEE Theses 2015:18, p. 50; *Technopolis*: Regulatory barriers for the Circular Economy Lessons from ten case studies. Technopolis 2016, p. 47; den Hollander, Marcel C. – Bakker, Conny A. – Hultink, Erik Jan: *Product Design in a Circular Economy – Development of a Typol-*

---

ogy of Key Concepts and Terms. *Journal of Industrial Ecology* Vol. 21(3) 2017, p. 519.

<sup>51</sup> COM (2018) 32 final. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions on the implementation of the circular economy package: options to address the interface between chemical, product and waste legislation, p. 5.

insufficient administrative resources or a lack of deadlines for administrative processes. Related to this, most of the experts identified environmental permitting processes as a barrier for the CE and the recovery of waste-based materials. Most of the stakeholders regarded it as a significant barrier. The comments revealed an assumption that there is a lack of expertise in EoW decision-making which leads to delay.

Moreover, there are coercive legal provisions that are considered barriers to the achievement of the CE. The product and chemicals safety provisions impact the quality requirements of the materials used in the production processes. The legislation also applies to waste-based materials when they are used as substitutes for virgin raw materials in new products. Hence, these provisions lay down requirements significantly impacting the material potential of waste-based materials. In literature *Westblom* stated that both 'SMEs and large companies... cannot ensure a viable market for secondary materials today since 'old products' contain a lot of chemicals which are banned in new products'.<sup>52</sup> This risk has also been identified by the European Commission<sup>53</sup> and in other literature<sup>54</sup>. In the Delphi study most of the stakeholders at least partly

agreed that product safety legislation (especially chemicals legislation) is a barrier to the CE and to the reintroduction of waste-based materials into production processes.

### 3.1.3 Financial barriers

Financial barriers to the CE were the most commonly identified barrier type in the literature review. These can roughly be divided into lack of financial support and subsidies<sup>55</sup>, lack of financial incentives to move towards CE,<sup>56</sup> the price advantage of virgin raw materials compared to waste-based materials<sup>57</sup> and unfavourable tax

<sup>52</sup> *Westblom, Caroline*: Towards a Circular Economy in Sweden – Barriers for new business models and the need for policy intervention. IIIIEE Theses 2015:18, p. 55.

<sup>53</sup> COM (2018) 32 final. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions on the implementation of the circular economy package: options to address the interface between chemical, product and waste legislation, p. 4.

<sup>54</sup> See *Antikainen, Riina* et al.: Renewal of forest based manufacturing towards a sustainable circular bioeconomy. Report of the Finnish Environment Institute (SYKE) 13/2017, s. 67; *Berg, Annukka – Antikainen, Riina – Hartikainen, Ernesto – Kauppi, Sari – Kautto, Petrus – Lazarevic, David – Piesik, Sandra – Saikku, Laura*: Circular Economy for Sustainable Development. Reports of the Finnish Environment Institute 16/2018, p. 13–14; *Technopolis*: Regulatory barriers for the Circular Economy Lessons from ten case studies. Technopolis 2016, p. 47.

<sup>55</sup> R2π Consortium: Stakeholder Views Report – Enablers and Barriers to a Circular Economy. 2018, p. 21, 24–5; *Kirchherr, Julian – Piscicelli, Laura – Bour, Ruben – Kostense-Smit, Erica – Muller, Jennifer – Huibrechtse-Truijens, Anne – Hekkert, Marko*: Analysis – Barriers to the Circular Economy: Evidence From the European Union (EU). *Ecological Economics* 150 (2018), p. 269; *Ilić, Marina – Nikolić, Magdalena*: Drivers for development of circular economy – A case study of Serbia. *Habitat International* 56(2016); *Rizos, V., et al.*: The circular economy: barriers and opportunities for SMEs. 2015. Available at: <https://www.ceps.eu/system/files/WD412GreenEconetSMEs-CircularEconomy.pdf>; *Tura, Nina – Hanski, Jyri – Ahola, Tuomas – Stähle, Matias – Piiparinen, Sini – Valkokari, Pasi*: Unlocking circular business: A framework of barriers and drivers. *Journal of Cleaner Production* 212 (2019), p. 91.

<sup>56</sup> *Kirchherr, Julian – Piscicelli, Laura – Bour, Ruben – Kostense-Smit, Erica – Muller, Jennifer – Huibrechtse-Truijens, Anne – Hekkert, Marko*: Analysis – Barriers to the Circular Economy: Evidence From the European Union (EU). *Ecological Economics* 150 (2018), pp. 268–269; *Ritzén, Sofia – Ölundh Sandström, Gunilla*: Barriers to the Circular Economy – integration of perspectives and domains. *Procedia CIRP* 64 (2017), p. 10; *Rizos, V., et al.*: The circular economy: barriers and opportunities for SMEs. 2015. Available at: <https://www.ceps.eu/system/files/WD-412GreenEconetSMEsCircularEconomy.pdf>.

<sup>57</sup> *Kirchherr, Julian – Piscicelli, Laura – Bour, Ruben – Kostense-Smit, Erica – Muller, Jennifer – Huibrechtse-Truijens, Anne – Hekkert, Marko*: Analysis – Barriers to the Circular Economy: Evidence From the European Union (EU). *Ecological Economics* 150 (2018), p. 269; *Preston, F.*: A global redesign? Shaping the circular economy. 2012. Available at: <http://www.ecoconnect.org.uk/download/ShapingtheCircularEconomy.pdf>, p. 10; *Pomponi, Francesco – Moncaster, Alice*: Circular economy for built en-

treatment<sup>58</sup>. The most important financial barrier identified in the Delphi study was the price advantage of virgin raw materials. In many cases, after all things had been considered, using waste-based material proved more expensive than using virgin raw materials. This included various costs linked to administrative processes and delays connected with using waste-based materials that are not experienced when using virgin raw materials. Despite this, some panelists expressed the view that prices will adjust to changing circumstances and should not be interfered via regulatory instruments. Another financial barrier that was identified was the unfavourable treatment of companies providing products as services (lighting as service instead of buying lamps etc.) under current tax legislation as compared with companies selling products. The panelists recognized, however, that taxation and other financial instruments could be utilized to encourage a shift to the CE.

---

vironment: A research framework. *Journal of Cleaner Production* 143 (2017), p. 716.

<sup>58</sup> Kas, Judith – Bet, Bram – Truijens, Daphne (eds.) *Barriers and Best Practices for the Circular Economy*. SMO Promovendi – Circular Minds 2017/2018, p. 28; R2π Consortium: *Stakeholder Views Report – Enablers and Barriers to a Circular Economy*. 2018, pp. 22, 24; Kirchherr, Julian – Piscicelli, Laura – Bour, Ruben – Kostense-Smit, Erica – Muller, Jennifer – Huibrechtse-Truijens, Anne – Hekkert, Marko: *Analysis – Barriers to the Circular Economy: Evidence From the European Union (EU)*. *Ecological Economics* 150 (2018), p. 269, 271; Tura, Nina – Hanski, Jyri – Ahola, Tuomas – Stähle, Matias – Piiparinen, Sini – Valkokari, Pasi: *Unlocking circular business: A framework of barriers and drivers*. *Journal of Cleaner Production* 212 (2019), p. 91; Kumar, V. – Sezersan, I. – Garza-Reyes, J. – Ernesto, G. – AL-Shboul, M. A.: *Circular economy in the manufacturing sector: benefits, opportunities and barriers*. *Management Decision*, 57(4)2019, p. 9; Jesus, Ana – Mendonça, Sandro: *Lost in Transition? Drivers and Barriers in the Eco-innovation Road to the Circular Economy*. *Ecological Economics* 145 (2018), p. 82.

#### 3.1.4 Attitude-related or informational barriers

CE business can emerge as a response to increasing demand, providing customers with more sustainable choices. Conversely, in the absence of emerging demand CE businesses are likely to fail. However, there is a slow increase in the cultural acceptance of circular business models such as ‘servitization’ where ownership of a product is replaced with the provision of a service.<sup>59</sup> This inertia is considered as an important barrier to the CE and to result from consumers’ inadequate awareness of and information about the alternatives. We label this barrier *culture of ownership*. The participating experts also identified this as being a barrier in Finland.

In addition, public procurement has a significant potential impact on CE demand because of its volume. Furthermore, through public procurement, the public sector can be at the forefront of the CE transition and set an example for other actors. Two thirds of the experts involved in the Delphi study regarded public procurement procedures as being inadequate in ensuring the best choice from a CE perspective. The topic was regarded by most experts as at least significant for circularity.

#### 3.1.5 Conclusions on barriers

Based on the first round of the Delphi study, administrative practices related to the command-and-control instruments are actually more significant than the legal provisions themselves and should perhaps be understood separately from traditional command-and-control barriers. These administrative barriers relate to practical arrangements as to enforcement of the provisions – i.e. lengthy administrative processes and their unpredictable outcomes – and mostly relat-

---

<sup>59</sup> Jesus, Ana – Mendonça, Sandro: *Lost in Transition? Drivers and Barriers in the Eco-innovation Road to the Circular Economy*. *Ecological Economics* 145 (2018) p. 75–89, s. 82/83.

ed to interpretation of the concepts of waste and EoW. Moreover, there were barriers that, from the policy instrument point of view, appeared to have potential to be addressed by regulation in a broad sense – i.e. via legislation providing leverage to the CE. For example, the price advantage of virgin materials, lack of cultural acceptance of CE business models and inadequate public procurements practices are not command-and-control barriers, but could be addressed through such regulatory measures.

The identified barriers relate to the production, use and end-of-life phases of the material cycle and focused on the recovery of waste-based materials in the end-of-life phase. However, the first (material acquisition for production) and last (end-of-life/EoW) phases of the life cycle are intertwined in the CE where waste-based materials are efficiently harnessed back into production processes. The culture of ownership and unfavourable tax treatment of servitization were the only identified barriers that are related to other stages of the material's life-cycle, that is to the sale and use of products. The scarcity of barriers identified in the life-cycle stages between the acquisition of raw materials and EoW is likely to relate to the fact that the CE is currently in its nascent stages. One of the reasons why the barriers to and potential for CE business were identified at these particular points of the life cycle is that the market for CE products and services is still developing and not all of the intermediate barriers within the value chain have been identified. This correlates with the outcome of the Delphi study on the most significant stages of the material's life-cycle for the CE. The recovery of secondary material was identified as representing the biggest CE business potential currently – and also in the future. However, the experts involved in the Delphi study expected design and servitization to attract more CE business poten-

tial during the next decade. The barriers relating to these stages are yet to be identified.

The literature review suggested that intellectual property rights (IPRs) and accounting legislation could hinder the achievement of the CE.<sup>60</sup> However, the majority of experts involved in the Delphi study failed to recognize either IPRs or the accounting regulation as barriers to the CE. Thus, these issues were excluded from further elaboration in the second round of the Delphi study.

### 3.2 Regulatory alternatives identified in the Delphi study

#### 3.2.1 Introduction to the alternatives

In the second round of the Delphi study the aim was to clarify the nature of the barriers and to identify preferred *alternatives* to address them. It is fairly easy to identify regulatory barriers to the CE, but more challenging to determine which of the many alternative ways to address each of them is objectively the best. We proposed a wide range of alternative regulatory instruments to address the identified barriers, from which the panelists selected the preferred, most effective and efficient ones. The aim was to identify the preferred type of intervention: could the barrier be removed by increasing the amount of available information or by introducing financial incentives such as investment aid? Or should it be addressed by means of coercive legal provisions? As it was impossible to list all possible interventions, we had to narrow down the alternatives by reference to the type of barrier. However, the panelists had always the opportunity to choose 'other alternatives' and describe them. As the majority of the experts did not utilize this

---

<sup>60</sup> Kas, Judith – Bet, Bram – Truijens, Daphne (eds:) Barriers and Best Practices for the Circular Economy. SMO Promovendi – Circular Minds 2017/2018, p. 28.



option, our assumption is that overall the alternatives we offered were considered adequate.

The proposed solutions to barriers included a wide selection of different regulatory alternatives ('regulatory' in the broad sense of the word) ranging from mere informational instruments to strict coercive command-and-control provisions. The following subsections elaborate on the results of the second round of the Delphi study and provide examples of the regulatory instruments available and suited to address each of the identified CE regulatory barriers. Our original intention was to examine the barriers and the potential solutions in each of the material life-cycle phase: material extraction, design, manufacturing, packaging and transportation, use and end of life.<sup>61</sup> However, as our study revealed the intertwined nature of raw material generation and end of life phases, and as the literature review revealed scant analysis of the barriers relating to the stages between these two phases, we have divided the life-cycle into just two sections in order to present the results within a logical structure. The first subsection discusses the circulation of secondary materials derived from waste back to production processes. The second subsection elaborates on generation of supply and demand for CE products and materials.

---

<sup>61</sup> Schmidt, Jannick H. et al.: 'Life cycle assessment of the waste hierarchy: A Danish case study on waste paper', *Waste Management* 27 (11) 2007, pp. 1525–1526: Alternatively, the life-cycle can be divided into five parts: (1) extraction of the raw materials; (2) producing the product; (3) packaging and distribution of the product; (4) use and maintenance of the product; and (5) disposal or recovery of the product. For example, the life-cycle of paper products begins with the extraction of the raw material through forestry, followed by the production of pulp and paper, packaging and distribution, its use and the possible alternatives for processing after use, taking into account transportation and other necessary factors.

### 3.2.2 From grave to cradle

In the first round of Delphi study, the challenge of directing 'waste' back to production processes was discussed extensively. It has also been addressed multiple times by the Court of Justice of the European Union.<sup>62</sup> In the second round, solutions for this barrier were examined alongside the evaluation of the rationality of the waste legislation. We presented additional questions regarding the *administrative barriers* in EoW decision-making. The choices preferred by the panelists to address the problem were (1) more specific regulation on when 'waste' ceases to be waste, (2) increased resources for regulators to improve the quality and pace of administrative decision-making and (3) training for authorities on the interpretation of the EoW regulation to improve the quality and predictability of administrative decision-making relating to EoW.

The study showed that most of the experts regarded the broad interpretation of 'waste' in EU waste legislation as at least a somewhat significant barrier to achievement of the CE. A couple of the panelists disagreed with this, opining instead that the regulatory shift as to the commodification of waste presented the most challenging issue. A couple of experts in fact suggested dumping the concept of 'waste' altogether and replacing it with 'materials' (referring to both waste-based and virgin materials).

The case-by-case application of EoW criteria received heavy criticism in the Delphi study. The panelists proposed two regulatory solutions to address the challenges identified in the administrative process: (1) an EoW procedure to be developed into a product approval mecha-

---

<sup>62</sup> See C-358/11, *Lapin luonnonsuojelupiiri*, [2013] ECLI:EU:C:2013:142; C-399/17 *European Commission v Czech Republic* ECLI:EU:C:2019:200; C-60/18 *Tallinna Vesi v. Keskkonnaamet* ECLI:EU:C:2019:264; C-212/18 *Prato Nevoso Termo Energy* ECLI:EU:C:2019:898; COM (2018) 32 final, p. 5.

nism (comparable to REACH registration and authorization mechanisms) where a waste material ceases to be waste once it is demonstrated that it fulfils the EoW requirements, and (2) an open access database on all EoW decisions to provide information on good practices and how to fulfil the EoW criteria. The EoW product approval mechanism was supported by all experts answering the question. It was expected it to have at least average impact in promoting the CE. There was wide agreement among the panelists that the approval procedure could reduce the degree of overlap in decision-making and regarded EoW as product approval process as sufficient.<sup>63</sup> Most of the experts also expected that replacing environmental permitting with a notification system could function as a driver for the introduction of emerging techniques and innovations on a wider scale. The experts also agreed on the benefits of an open access EoW database, which was expected to ensure better knowledge-sharing and greater uniformity in decision-making. However, a couple of experts questioned the logic of the database. One stated that there may be changes in the EoW definition in the future that would cause the data from previous cases to become outdated.

We also tested the option of less stringent product safety and chemicals provisions for waste-based materials in order to remove the barriers presented by product safety and chemicals legislation. This has also been floated by the European Commission.<sup>64</sup> It did not, howev-

er, meet with approval from the experts. While product safety and chemicals legislation were identified as barriers to the use of waste-based materials, the panelists found it more important to maintain high standards for all materials. Lower standards for waste-based materials could lead to lower acceptance of waste-based materials and have an adverse impact on their reputation. Two experts regarded the different regulatory frameworks for wastes and non-waste materials as a bigger barrier to the CE.

Another approach suggested to overcome the challenge proposed was to introduce more stringent restrictions on disposal of recoverable materials with the objective of promoting the emergence of recovery markets and material recovery. The panelists unanimously agreed with the idea and the vast majority considered the approach as significant. A couple of the experts pointed out the challenges relating to the ownership of recoverable materials, the allocation of the waste management duties and the economic feasibility of using waste-based materials. These topics would need to be addressed if this policy instrument were to be applied.

One expert noted that a disposal restriction or landfill ban would not increase waste recovery if the virgin raw materials remained cheaper than waste-based materials and their processing (including administrative) costs. The price advantage of virgin raw materials had been one of the financial barriers identified in the literature review, and in the first Delphi round the panelists were almost unanimous in confirming that the high cost of waste-based materials compared

---

<sup>63</sup> The suitability of environmental permit in EoW decision-making was also criticized nationally in *Kauppi, Jussi – Turunen, Topi: Materiaalin jätestatuksesta päättäminen tapauskohtaisesti: menettelyyn liittyvien sääntelyvaihtoehtojen tarkastelu*. Muistio, SYKE 30.1.2019 (only available in Finnish).

<sup>64</sup> COM (2018) 32 final. p. 4; SWD (2018) 20 final. Commission Staff Working Document Accompanying the document Communication from the Commission to European Parliament, the Council, the European Eco-

---

nomic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of the circular economy package: options to address the interface between chemical, product and waste legislation, pp. 10–12. E.g. In the restrictions of the REACH Regulation a higher cadmium content is allowed for recycled plastics (0,1%) than for new plastics (0,01%).

to virgin raw materials constitutes a disincentive to the circulation of waste-based materials. This barrier further illustrates the intertwined nature of the first and last stages of the material life-cycle. We suggested to the panelists that this barrier could be addressed via a virgin material tax. The panelists were, however, very sceptical about this approach's ability to correct the imbalance. They expressed faith in the market's ability to correct itself once a sufficient circular material supply emerges.

We also tested the idea of promoting the secondary use of materials by compulsory digital tagging of products with information on materials including hazardous substances. From the point of view of chemicals legislation (REACH registration and the 'no data, no market' rule), knowing the chemical content of the materials plays a key role in using and marketing the material. The panelists were divided. Some of them saw the benefits in this kind of tracking system while others rejected the idea. Those in support considered that information on the content of end-of-life materials could significantly promote more efficient material cycles. Those against expected this only to increase the burden on businesses without promoting the recovery of waste-based materials.

### 3.2.3 *Supply and demand for CE products*

The barriers to the transition to the CE identified in the life-cycle stages between material acquisition and EoW related to the supply and demand for CE materials and services as well as the price advantage held by products derived from virgin raw materials. The main barriers were the culture of ownership and shortcomings in the public procurement procedure. The targeted decision-maker here is the buyer and user, whether private or public. Regulatory instruments could provide leverage even though the regulated party could be someone else. Increasing the life

span of products, creating demand for the supply of products as a service and supporting the sharing and borrowing of products instead of buying and owning them would all contribute to the achievement of the CE.

We asked the experts which aspects they thought should be covered in product design requirements in order to promote the CE. The preferred options were durability, repairability and a prescribed time for the availability of spare parts. In the era of 3D printing the last mentioned would appear to be cheap and easy to organize as the client could purchase the necessary data for printing and the spare part could be printed around the globe – given adequate machinery – at no or minimal transport cost. We also asked for innovative ideas for CE product design. The experts proposed modularization, deposit systems and redesign of the extended producer responsibility scheme that would favour durable products that are easy to recover as materials. They also emphasized the importance of incorporating the costs of the product's life-cycle impacts into the price of the product so that the price would also cover its disposal. Moreover, they emphasized the importance of designing the supply of products as a service.

We also floated the idea of promoting the CE by reducing the VAT on products that consist of waste-based materials in order to combat the price advantage of products derived from virgin raw materials. Such a tax reduction might depend, for example, on the share of waste-based material in the product and ultimately products consisting only of recovered materials would be tax-free. The panelists were split on this proposal with a slight majority in favour. They took the view that such a system would be dogged by problems and unexpected repercussions, for example in the context of international trade. It was proposed to give tax exemptions to CE businesses instead. On the other hand, the provision

of tax exemption to households using products as services was strongly supported as a way to promote the adaptation of servitization. However, this was viewed as being of only moderate significance in promoting CE.

Due to the significant volume of public procurements this topic was also covered in the study. Circular public procurements give the public sector the chance to lead the private sector and consumers by example.<sup>65</sup> Moreover, it is possible to impose legal obligations directly on the public sector through traditional command-and-control instruments. In the Delphi study the experts were asked to select the best instruments to promote the CE, product as service solutions and sharing economy in public procurement. The majority thought that the biggest potential lies with strategic choices made by the contracting authority (e.g. municipal procurement strategies). The second most favoured alternative was to amend the legal framework for procurement criteria to promote CE-friendly procurement. The third most popular alternative was providing better information for public procurement decision-making. The experts thought that the existing legislation would allow more CE products or services to be chosen but that the lack of knowledge and tools hamper proper comparison. Most experts preferred the procurement of products as a service rather than the product itself.

## 4. Discussion: Understanding the Broad Spectrum of Regulatory Instruments

### 4.1 Identifying the barriers (and regulatory alternatives and drivers)

The CE requires significant modifications in all stages of the material life-cycle and this will not happen automatically. This article has sought to

identify the most relevant regulatory barriers to the achievement of the CE. Some of these barriers are directly connected to command-and-control regulation (e.g. waste legislation, chemicals legislation) but there are also barriers based on practical aspects of the sectors under discussion or indirectly created by the applicable regulatory instruments. New legislation to facilitate the development of the CE may be required. However, at the same time, the Delphi study showed that many barriers caused by command-and-control provisions could also be removed through other instruments:

- The problems caused by the process of case-by-case EoW decision-making and delays could be addressed through implementation of new command-and-control provisions on the new decision-making process. However, many of the problems connected with decision-making and interpretation of the provisions could be addressed more easily through informational steering.
- The existing legislation lays down a framework for circular public procurement but the practices in procurement processes could be improved more efficiently through informational guidance than through new legislation: the development of administrative practices could play a key part.
- Culture of ownership as a barrier for product as a service and sharing business models was considered difficult to address through command-and-control instruments.

Barriers where the solution was directly connected to command-and-control instruments were also identified:

- A disposal restriction or a landfill ban would have a direct impact by reducing the disposal of waste. However, despite the effectiveness of such an instrument, the experts doubted its

---

<sup>65</sup> See e.g. Harnessing Procurement to Deliver Circular Economy Benefits. REBus 2017, p. 5.

ability to lead to the most efficient material recovery.

- Product and chemicals regulation were identified as barriers. However, the experts took the view that such regulation played a role in ensuring safe material circulation.
- Regulating taxation (e.g. VAT) of waste-based materials could directly decrease the price gap between waste-based and virgin raw materials. Nonetheless, the experts preferred to allow the market to deal internally with the barrier rather than to interfere with regulation.
- Regarding product design, it was identified that there is potential in including circular aspects (durability, recyclability) in the design requirements through command-and-control regulation. The particular relevance of innovations and technological development (especially 3D printing) was also identified.

It is obvious that – while command-and-control regulation will retain its position – other regulatory instruments are increasingly important for the CE transition. Complicated regulatory schemes have led to increased significance of informational steering and regulation through non-binding guidance documents. Therefore, in order to achieve CE objectives, a wide-ranging regulatory toolkit is indispensable in assembling a framework comprising the necessary regulatory instruments.

#### 4.2 What kind of regulation is needed?

In order to facilitate the CE transition, its objectives must be clearly determined and the barriers to them identified (Baldwin and Black 2008). While other regulatory barriers to the CE exist, the experts consulted in relation to this study considered those discussed above as being the most important. Moreover, the same rules are likely to apply to the barriers to the CE not dis-

cussed here. Identification of the regulatory barriers and possible means to address them are the first steps towards a CE regulatory system. The barriers cannot always be addressed through traditional command-and-control instruments. The paradigm shift to the CE is not simple and includes significant amendments in multiple sectors of substantive legislation, entailing a wide variety of provisions and instruments that address myriad different CE objectives. As the literature review and the Delphi study show, the regulatory instruments for the CE remain undeveloped and are scattered across various substantive regulatory frameworks.

Currently, there is no specific CE legislation in place in the EU. Hence, streamlining of the substantive regulatory frameworks is essential. The potential to regulate CE is often understood too narrowly: the focus is either limited to traditional command-and-control regulatory instruments<sup>66</sup> or to certain substantive pieces of legislation (most typically focusing on waste management) that do not address the whole scope of the CE.<sup>67</sup> A broader regulatory approach should be adopted. The experts involved in the Delphi study concluded that the most important areas of CE business presently are processing raw materials and the circulation of surplus raw materials within the production processes. That said, by 2030 the greatest business potential is expected to emerge in product design and products as services. It is essential to identify as early

---

<sup>66</sup> C.f. Ranta, V., Aarikka-Stenroos, L., Ritala, P., & Mäkinen, S. J.: Exploring institutional drivers and barriers of the circular economy: A cross-regional comparison of China, the US, and Europe. *Resources, Conservation and Recycling* (2017); Rogge, Karoline S. – Reichardt, Kristin: Policy mixes for sustainability transition: An extended concept and framework for analysis. *Research Policy* 45(8)2016, p. 1625.

<sup>67</sup> Milios, Leonidas: Advancing to a Circular Economy: three essential ingredients for a comprehensive policy mix. *Sustainable Science* 13(2018), pp. 868–872.

as possible the barriers relating to these life-cycle stages or the transition to the CE may stall due to lack of either supply or – more importantly – demand. However, new barriers may emerge in tandem with the development of CE business models once the most pressing initial barriers have been addressed. The lack of policy instruments to complement this transition is recognized as one of the barriers to the CE. This demonstrates the inadequacy of taking a narrow view of the scope of substantive regulation of the CE. Although waste management plays a crucial part in the CE, it is merely one stage of the life-cycle and the whole life-cycle should be regulated in a comprehensive way.<sup>68</sup>

The choice and design of legislative instruments is an essential element in facilitating the shift towards the CE. A dynamic regulatory framework to address the ‘diversity of the challenges at hand’ has been proposed as a way forward in the development of regulatory approaches in this regard.<sup>69</sup> Furthermore, special attention should be paid to the ‘interactions between the different instruments so that they can reinforce rather than undermine one another’.<sup>70</sup>

Clear understanding of clarity as well as coherence among the regulatory approaches

to the CE and the instruments utilized in this context are essential in order to achieve the CE targets. Being a complex regulatory subject, the CE is dogged by a multitude of problems, which stem from various regulatory choices, industrial practices and attitudes. Command-and-control instruments are often not the most favoured option by which to address the barriers that exist, since less coercive methods that entail lower administrative costs may also work. It is therefore crucial to identify and examine the regulatory barriers in order to enhance understanding of the development of the CE and its clarity and coherence. For example, our Delphi study showed that lack of legal certainty (e.g. as to interpreting the concept of waste and public procurement practices) represents one of the main barriers faced by CE businesses. In these situations, the experts preferred to seek more information in order to obtain a better understanding of the possible interpretations rather than recommend revision of the regulatory framework. While it is important that the regulatory instruments do not restrict practices to non-circular approaches and that they allow for the creation of novel solutions for the CE, it is also important to build foundations for the mainstreaming of the CE and investment in it.

Regulation of the CE will entail an array of obligations, incentives, disincentives, informational guidance and administrative and industrial practices. Consumer behaviour is also an essential part of the CE. However, for the most part this cannot be directly regulated but steered indirectly through obligations imposed on the manufacturer (e.g. product ecodesign and the generation of information) or on the seller of the product (e.g. labelling, deposits) or providing information to influence the consumer’s decision-making. The CE transition requires a wide and comprehensive spectrum of all available in-

---

<sup>68</sup> See COM (2020) 98 final (and its Annex). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A new Circular Economy Action Plan For a cleaner and more competitive Europe. The new CE strategy of the union presents multiple initiatives along the entire life-cycle of products, targeting for example their design, promoting circular economy processes, fostering sustainable consumption, and aiming to ensure that the resources used are kept in the EU economy for as long as possible.

<sup>69</sup> Maitre-Ekern, Eléonore: The Choice of Regulatory Instruments for a Circular Economy in Mathis, Klaus, and Huber, Bruce R. (eds.): *Environmental Law and Economics*, pp. 305–334.

<sup>70</sup> Maitre-Ekern, Eléonore: The Choice of Regulatory Instruments for a Circular Economy in Mathis, Klaus, and Huber, Bruce R. (eds.): *Environmental Law and Economics*, pp. 305–334.

struments as there is no one-size-fits-all solution that will remove the existing barriers.

## 5. Conclusions

This article has described the results of the literature review and the two-round Delphi study on the barriers to the CE and the potential for regulatory instruments to address them. The preliminary hypothesis was that not all the barriers are adequately covered in the existing literature. The Delphi study tested the assumptions derived from the literature review and workshops held in the context of the CICAT2025 project. The study revealed that some of the barriers identified in the literature were not considered significant or were even non-existent, at least in Finland. However, for the most part similar barriers were identified in the Delphi study.

The study provided an overall view of the practical barriers to the CE identified by CE business stakeholders. Use of the Delphi method provided a medium through which to examine practical regulatory barriers to CE and to distinguish between barriers from the perspectives of 'law in books' and 'law in action'. Information was collected on the relevance and significance of the regulatory barriers for the CE. The study revealed that only a limited number of barriers are identified as regulatory barriers. Instead, the study identified a number of attitudinal and

price barriers that can be addressed by means of legislative instruments. The Delphi study also clarified the nature of the barriers and the preferred options for addressing them. The study did not recommend specific regulatory strategies by which to remove the regulatory barriers but gave insight into the nature of the barriers and the possible regulatory logic of removing them. The identified solutions represented a wide range of regulatory options ranging from purely informational instruments to strict coercive command-and-control provisions.

The CE transition requires significant amendments to substantive legislation in numerous sectors, adding up to a wide array of provisions and instruments that complement the CE objectives and address multiple problems. Since the EU does not have in place legislation dealing specifically with the CE, streamlining of the CE-related substantive regulatory frameworks is essential. It is also essential to broaden the understanding of the regulation of the CE from the narrow scope of traditional command-and-control regulatory instruments and certain substantive pieces of legislation (most typically focusing on waste management) to a wider range of regulatory instruments and a broad interpretation of the term 'regulation'.

