

Juridiska Institutionen

Examensarbete Juristprogrammet 30 hp

Höstterminen 2017

Ansvarstagande deltagande

*En deltagande-orienterad komparativ institutionell analys av
EU-domstolens tillämpning av miljöansvarsdirektivet*

Julia Johansson

Handledare: Andreas Moberg



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Sammanfattning

Uppsatsen handlar om hur EU-domstolen vid tillämpning av miljöansvarsdirektivet hanterar medlemsstaternas suveränitet och bedömningsutrymme. Genom att använda komparativ institutionell teori som analytiskt verktyg, undersöker den huruvida domstolen uttrycker några institutionella preferenser i sina avgöranden. Denna undersökning visar att EU-domstolen uttrycker en viss preferens gentemot sig själv som beslutsfattande institution för att uppnå förebyggande och avhjälpan av miljöskador. Denna preferens kommer till uttryck dels genom underkännande av nationella regleringar men främst genom begränsningar av medlemsstaternas skönmässiga bedömningsutrymme. Sådana begränsningar sker genom introducerande av värdeord vilka endast domstolen är kompetent att avgöra innebörden av.

Uppsatsen undersöker vidare hur denna institutionella preferens förhåller sig till en deltagande-orienterad komparativ institutionell teoretisering av miljöansvarsregleringen. Miljöfrågor präglas i hög grad av sociala dilemman, vilket innebär att deltagande inom institutionella processer uteblir från viktiga aktörer. Denna problematik försvåras ytterligare i förhållande till miljöansvarsdirektivet, då detta inte bygger på att en fysisk eller juridisk person drabbas av miljöskadan. Denna avsaknad av rättssubjekt leder till deltagandemässiga problem både inom politiska processer och domstolsprocesser. Uppsatsens komparativa institutionella analys visar dock att dessa problem kan hanteras bättre inom den politiska processen. Detta leder till slutsatsen att det råder en diskrepans mellan EU-domstolens institutionella preferens gentemot sig själv och den normativt optimala fördelningen av beslutsfattande, enligt vilken medlemsstaterna utgör den lämpligaste beslutsfattande institutionen i förhållande till förebyggande och avhjälpan av miljöskador.

Innehållsförteckning

Sammanfattning	2
Innehållsförteckning	3
Förkortningar	5
1. Inledning	6
1.1 Miljöförstöring och institutioner: Utveckling av ämnet	6
1.2 Syfte	8
1.3 Nyttan med komparativ institutionell analys	8
1.4 Metod och material	9
1.4.1 Institutionellteoretisk analys av förhandsavgöranden	10
1.4.2 Urval av förhandsavgöranden och litteratur	11
1.5 Disposition	12
2. Komparativ institutionell teori som analytiskt verktyg	13
2.1 Ifrågasättande av ekonomisk rationalitet	13
2.2 Dynamisk juridik	13
2.3 Det komparativa elementet i teorin	14
2.4 Att mäta deltagande	15
2.4.1 Den politiska processen	16
2.4.2 Den dömande processen	17
2.5 Reflektioner kring valet av teori	18
3. Miljöansvar: Rättslig kontext och socialt mål	20
3.1 Principiell nivå	20
3.2 Regleringsnivå	21
4. EU-domstolens tillämpning av miljöansvarsdirektivet ur ett institutionellteoretiskt perspektiv	24
4.1 Ansvar utan orsakssamband	24
4.2 Markägares ansvar: Del I	25
4.3 Markägares ansvar: Del II	26
4.4 Ändring av åtgärder	27
4.5 Talerätt	29

4.6 Sammanfattande slutsatser	29
4.6.1 <i>Institutionella preferenser?</i>	29
4.6.2 <i>Övrig gemensam nämnare?</i>	30
5. Institutionellteoretisk analys av miljöansvar	32
5.1 Verksamhetsutövare kontra allmänheten	32
5.2 Fördelar med deltagande	34
5.3 Kostnader med deltagande	35
5.4 Nationella lagstiftare och myndigheter: Den politiska processen	36
5.5 EU-domstolen: Den dömande processen	38
5.6 Det komparativa elementet i praktiken	41
6. Ansvarstagande deltagande	43
7. Källförteckning	45
Offentligt tryck	45
Litteratur	45
8. Rättsfallsförteckning.....	48

Förkortningar

EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Miljöansvarsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/35/EG av den 21 april 2004 om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador

1. Inledning

1.1 Miljöförstöring och institutioner: Utveckling av ämnet

Dagens samhälle står inför en mängd olika utmaningar. Bland de mest trängande är kampen mot miljöförstöring och klimatförändringar, något som har bekräftats genom ett flertal internationella politiska initiativ.¹ Med tanke på dessa problems gränsöverskridande karaktär och globala omfattning måste sådant samarbete mellan länder anses nödvändigt. Den form samarbetet har idag är dock inte tillräcklig för att övervinna problemen.² Den nuvarande regimen präglas av polycentrism och fragmenterad reglering, vilket skapar för stora skillnader i upprätthållna standarder.³

Ett samarbete inom vilket denna diskrepans kan studeras är den Europeiska unionen. Genom miljöansvarsdirektivet⁴ har EU reglerat förebyggande och avhjälpan av miljöskador. Implementeringen av detta direktiv har dock inte fungerat oproblemiskt. Än idag råder skillnader mellan medlemsstaternas miljöansvarsregleringar.⁵ Detta beror enligt Kommissionen delvis på att direktivet är utformat som ett ramregelverk vilket lämnar avsevärd flexibilitet till medlemsstaterna.⁶

Att det finns en politisk vilja inom EU att agera mot miljöförstöring och klimatförändringar bekräftas genom fördragen.⁷ Miljöhänsyn har prioriterats internt inom unionen sedan drygt 40 år tillbaka.⁸ I denna utveckling har EU-domstolen haft en drivande roll, bland annat genom att utnämna miljöhänsyn till ett av unionens grundläggande mål.⁹ Denna manöver och flertalet liknande har dock utsatt domstolen för kritik. Den har länge blivit beskylld för att bedriva en alltför långtgående politisk agenda och gå utöver sitt

¹ Se till exempel Konventionen om biologisk mångfald, Århuskonventionen och nu senast Parisavtalet.

² Galaz R., Victor, *Global Environmental Governance, Technology and Politics: the Anthropocene Gap [Elektronisk resurs]*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, s. 121–126. Han menar att komplexiteten hos miljöfrågor gör att socialpolitiska infrastrukturer vilka inte är kapabla att hantera miljömässiga utmaningar endast återanvänds.

³ Galaz (2014), s. 129.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/35/EG av den 21 april 2004 om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador.

⁵ Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet enligt artikel 18.2 i direktiv 2004/35/EG om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador, av den 14 april 2016.

⁶ Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet enligt artikel 18.2 i direktiv 2004/35/EG om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador, av den 14 april 2016.

⁷ Se artikel 3 FEU och artikel 191–193 FEUF.

⁸ Langlet, David och Mahmoudi, Said, *EU Environmental Law and Policy*, 1st ed, Oxford University Press, New York, 2016, s. 33.

⁹ Dom av den 7 februari 1985, *ADBHU*, Case 240/83, EU:C:1985:59, punkt 13.

mandat.¹⁰ Maktindelningen mellan EU:s politiska organ och dess domstol är inte heller den enda aspekt av unionen som har ifrågasatts. Medlemsstaternas suveränitet är ett ständigt omdiskuterat ämne.¹¹ Detta märks särskilt i förhållande till miljörättsliga frågor, eftersom dessa hör till det delade kompetensområdet.¹²

Det är från denna korsning mellan ett trängande samhällsproblem och en komplex organisation denna uppsats utgår. För att EU:s kapacitet att hantera miljöproblem ska matcha dess ambition, krävs förståelse för dess institutionella dynamik.¹³ Syftet med uppsatsen är därför att belysa denna dynamik i förhållande till hantering av miljöförstöring, mer specifikt miljöansvarsreglering. Detta område har valts eftersom Kommissionen som nämndes ovan anser direktivet vara för flexibelt i förhållande till medlemsstaterna. Uppsatsen ämnar undersöka hur EU för att kunna stoppa miljöförstöring bör hantera balansen mellan överdrivet rigid och alltför flexibel reglering.¹⁴

Den teoriram som används för att uppnå syftet är komparativ institutionell teori. Med hjälp av teorin kan olika institutionella alternativ som beslutsfattare i en viss fråga jämföras. En bakomliggande logik med teorin är att domstolars resurser bör fördelas på bästa sätt. Uppsatsen tar därför utgångspunkt i EU-domstolens funktion. Vilka frågor som hanteras av domstolar respektive lämnas åt alternativa institutioner bör inte lämnas åt slumpen. Komparativ institutionell analys är därför än viktigare i en tid där judikalisering ökar allt mer, vilket innebär en trend av förflyttning av värdeladdade politiska beslut till domstolarna.¹⁵

Den alternativa institution som jämförs med EU-domstolen är nationella lagstiftare och myndigheter. Anledningen till detta är EU:s inneboende suveränitetskonflikt, då denna konflikt påverkar unionens institutionella dynamik. Huruvida en reglering är överdrivet rigid eller alltför flexibel kan bara avgöras i relation till dessa institutioners handlingsutrymme vid implementering.

Den speciella gren av komparativ institutionell teori som används i uppsatsen är den deltagande-orienterade. Detta innebär att möjligheterna till deltagande används som parameter i jämförelsen av institutioner. Denna ansats har valts eftersom en stor del av

¹⁰ Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011, s. 59.

¹¹ Schütze, Robert, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 45–73.

¹² Artikel 191 FEUF.

¹³ Galaz (2014), s. 125.

¹⁴ Jfr Young, Oran. R., *Institutional Dynamics: Resilience, Vulnerability and Adaptation in Environmental and Resource Regimes*, *Global Environmental Change*, 2010, 378–385, s. 380.

¹⁵ Hirschl, Ran, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, *Annual Review of Political Science*, 2008, 93–118, s. 94f.

problemen med miljöansvarsdirektivet kan förklaras av förekomsten av sociala dilemman, vilka förklaras i termer av deltagande.¹⁶

1.2 Syfte

Mot bakgrund av detta riktar uppsatsen in sig på det institutionella samspelet mellan EU och dess medlemsstater. Uppsatsens syfte är att belysa unionens institutionella dynamik i förhållande till hantering av miljöförstöring. Uppsatsen ämnar undersöka hur EU för att kunna stoppa miljöförstöring bör hantera balansen mellan överdrivet rigid och alltför flexibel reglering.¹⁷ EU-rättsliga miljöfrågor präglas på grund av det delade kompetensområdet av ett stort utrymme för skönmässig bedömning för medlemsstaterna. Hur bör detta utrymme hanteras för att optimera miljöskyddet?

Den institution som står i fokus är EU-domstolen och dess tillämpning av miljöansvarsdirektivet. Syftet med uppsatsen är därför vidare att undersöka EU-domstolens roll i genomdrivandet av den EU-rättsliga miljöansvarsregleringen. Detta görs genom en undersökning av huruvida domstolen uttrycker några institutionella preferenser i sina avgöranden och hur sådana eventuella preferenser förhåller sig till en komparativ institutionell teoretisering av miljöansvar.

1.3 Nyttan med komparativ institutionell analys

Komparativ institutionell teori används i uppsatsen för att utvärdera EU-domstolen och nationella lagstiftare och myndigheters kapacitet i förhållande till miljöansvarsreglering. Valet av teori beror på att denna med fördel kan användas för att på detta sätt jämföra och studera val mellan institutioner. Teorin fokuserar på att undersöka vilket institutionellt alternativ som bäst hanterar avvägningar relaterade till en specifik fråga. Varför ett sådant fokus ska anses nyttigt beror på institutionernas inneboende funktioner. På grund av dessa inneboende funktioner kommer bedömningen av hur ett visst mål ska uppnås nämligen variera mellan institutionerna. Någon annan utgångspunkt innebär närmast en uppfattning av att en sådan bedömning av hur ett mål ska uppnås utgör en objektiv process, oberoende av

¹⁶ Gustafsson, Mathias, *Sociala dilemman*, i Samhällspsykologi, Gärling, Tommy och Biel, Anders (red.), 1. uppl., Liber, Malmö, 2012, s. 136.

¹⁷ Jfr Young, Oran. R., *Institutional Dynamics: Resilience, Vulnerability and Adaptation in Environmental and Resource Regimes*, Global Environmental Change, 2010, 378–385, s. 380.

vilken institution som driver den.¹⁸ Hade så varit fallet, hade komparativ institutionell teori varit överflödig.

Ett komparativt institutionellteoretiskt perspektiv blir särskilt användbart när antalet inblandade aktörer samt frågans komplexitet ökar. I dessa fall blir nämligen bedömningen av hur det utvalda målet ska uppnås svårare för samtliga institutioner att hantera.¹⁹ Teorin är därför särskilt användbar i förhållande till EU, med tanke på dess omfattning.²⁰ Även EU-domstolens begränsade resurser tydliggör nyttan med perspektivet. Domstolen består endast av 28 domare som ska tolka och tillämpa all EU-rätt.²¹ Mot bakgrund av EU-rättens omfattande karaktär måste den bedöma frågor inom många olika rättsområden. Dess prioriteringar bör därför göras mot bakgrund av komparativ institutionell analys.

Ett exempel på en sådan analys återfinns hos Maduro.²² Han har studerat fri rörlighet av varor inom unionen med hjälp av den deltagande-orienterade ansatsen. Hans slutsats är att EU-domstolen endast bör granska nationella reglerings förenlighet artikel 34 FEUF, om det finns misstanke om en representativ bristfällighet i den nationella politiska processen gentemot invånare i andra medlemsstater. Denna uppsats ämnar till viss del bygga vidare på denna slutsats, genom att fördjupa förståelsen för samspelet mellan EU-domstolen och medlemsstaterna inom miljöansvarsområdet.

1.4 Metod och material

För att uppfylla uppsatsens syfte används komparativ institutionell teori som analytiskt verktyg. Teorin används som ett redskap vid analys av relevanta förhandsavgöranden från EU-domstolen angående miljöansvarsdirektivet, i enlighet med det förfarande som beskrivs närmre nedan i avsnitt 1.4.1. Hur urvalet av rättsfall sker specificeras ytterligare nedan i avsnitt 1.4.2. Teorin relateras även till det rättsliga området av miljöansvar. Genom att undersöka utvalda nyckelkoncept av teorin på miljöansvarsområdet, lyfts styrkor respektive svagheter med nationella politiska processer respektive EU-domstolen som beslutsfattare fram.

¹⁸ Maduro, Miguel Poirares, *We, the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart, Oxford, 1998, s. 169.

¹⁹ Komesar, Neil K., *Law's Limits: the Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 4.

²⁰ Jfr Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, *Institutionell teori och metod*, i Juridisk metodlära, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), 239–272, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 264.

²¹ Schütze (2012), s. 201.

²² Maduro (1998), s. 174.

Utöver användning av komparativ institutionell teori används även EU-rättslig metod för att kartlägga relevant reglering. Denna metod utgår teoretiskt från att EU-rättens rättskällor är främst primärrätt, rättsprinciper, sekundärrätt och praxis från EU-domstolen.²³ Då uppsatsens syfte inte är av rättsutredande art beskrivs dock regleringen inte i sin helhet, utan endast i de delar som är relevanta för analysen av förhandsavgörandena.

1.4.1 Institutionellteoretisk analys av förhandsavgöranden

Som nämndes ovan i avsnitt 1.4 utgör förhandsavgöranden från EU-domstolen en EU-rättslig rättskälla. Uppsatsens institutionellteoretiska perspektiv innebär dock att denna funktion är sekundär. Enligt institutionell teori kan nämligen rättskällor utöver sin rättsdogmatiska funktion även användas som ”bevis på rådande ideal och ideologier”.²⁴ Det är istället denna funktion hos de utvalda förhandsavgörandena som står i fokus. Det är främst EU-domstolens resonemang som undersöks, men när det bidrar till att fördjupa den institutionella förståelsen av förhandsavgörandena analyseras även generaladvokatens förslag till avgörande.

Det institutionellteoretiska perspektivet innebär att avgörandena läses med syftet att undersöka hur EU-domstolen hanterar institutionella val mellan sig själv och medlemsstaterna. Dessa institutionella val handlar om fördelning av beslutsfattande. Först identifieras den nationella reglering som var föremål för bedömning. Därefter undersöks huruvida EU-domstolen valde att upprätthålla eller underkänna regleringen. Upprätthållande av en reglering tolkas i regel som ett erkännande av medlemsstatens beslutsmakt, medan underkännande tolkas som en begränsning av detsamma.

Medlemsstatens beslutsmakt behandlas inom uppsatsen som synonymt med dess handlingsutrymme. En begränsning av en medlemsstats handlingsutrymme tolkas därför som en institutionell preferens för EU-domstolen som beslutsfattare, även om den nationella regleringen upprätthålls. Identifieringen av sådana begränsningar utgår från domstolens användning av olika värden som måttstockar, till exempel ”nödvändighet” eller ”proportionalitet”, i bedömningarna. Orsaken till denna tolkning och identifiering av begränsningar är att det endast är domstolen själv som i slutändan kan avgöra innebörden av värdena. Slutsatsen som dras i dessa fall är därmed att domstolen genom att introducera sådana värdeord föredrar sig själv som beslutsfattare. Följaktligen blir slutsatsen i de fall där

²³ Hettne och Eriksson (2011), s. 40.

²⁴ Engelbrekt (2013), s. 269.

domstolen inte har valt att använda värden som måttstock, att den erkänner medlemsstaten som den primära beslutsfattaren.²⁵

1.4.2 Urval av förhandsavgöranden och litteratur

Förhandsavgörandena valdes ut genom en sökning på EU-domstolens databas²⁶, med begränsningen att miljöansvarsdirektivet skulle vara omnämnt. Detta gav 21 träffar varav nio var talan om fördragsbrott mot stater som inte implementerat direktivet inom rätt tid.²⁷ Ett fall var en talan om ogiltigförklaring av ett kommissionsbeslut²⁸ och ett överklagande angående tillgång till handlingar.²⁹ Resterande tio träffar var begäran om förhandsavgöranden.³⁰ Av dessa valdes fem ut som relevanta för uppsatsens syfte.³¹ Av de fem avgörandena som valdes bort nämndes miljöansvarsdirektivet endast i förbigående utan att tillämpas i två,³² medan tre bara fanns tillgängliga på italienska och franska.³³

Avgörandena lästes i första hand på svenska. I vissa fall uppstod misstanke om bristfällig översättning. Detta hanterades genom att även den engelska versionen lästes. I de fall där de svenska och engelska versionerna var motstridiga användes innebörden av den engelska versionen, i förekommande fall även efter en tredje kontroll mot den tyska översättningen.

²⁵ Se Maduro (1998), s. 107.

²⁶ <https://curia.europa.eu>

²⁷ Dom av den 22 december 2008, *Kommissionen mot Finland*, C-328/08, EU:C:2008:775; Dom av den 11 december 2008, *Kommissionen mot Frankrike*, C-330/08, EU:C:2008:720; Dom av den 24 mars 2009, *Kommissionen mot Luxemburg*, C-331/08, EU:C:2009:185; Dom av den 19 maj 2009, *Kommissionen mot Grekland*, C-368/08, EU:C:2009:326; Dom av den 12 mars 2009, *Kommissionen mot Slovenien*, C-402/08, EU:C:2009:157; Dom av den 18 juni 2009, *Kommissionen mot Förenade kungariket*, C-417/08, EU:C:2009:384; Dom av den 27 mars 2009, *Kommissionen mot Irland*, C-418/08, EU:C:2009:206; Dom av den 11 september 2014, *Kommissionen mot Tyskland*, C-525/12, EU:C:2014:2202; Beslut av den 26 februari 2010, *Kommissionen mot Grekland*, C-370/09, EU:C:2010:101.

²⁸ Beslut av den 28 november 2005, *FranEEB och Stichting Natuur en Milieu mot Kommissionen*, T-236/04, EU:T:2005:426.

²⁹ Dom av den 23 november 2016, *Kommissionen mot Stichting Greenpeace Nederland och PAN Europe*, C-673/13 P, EU:C:2016:889.

³⁰ Dom av den 24 juni 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07, EU:C:2008:359; Dom av den 9 mars 2010, *ERG m.fl. I*, C-378/08, EU:C:2010:126; Dom av den 9 mars 2010, *ERG m.fl. II*, C-379/08 och C-380/08, EU:C:2010:127; Beslut av den 9 mars 2010, *Buzzi Unicem m.fl.*, C-478/08 och C-479/08, EU:C:2010:129; Dom av den 4 mars 2015, *Fipa Group m.fl.*, C-534/13, EU:C:2015:140; Beslut av den 6 oktober 2015, C-592/13, *Ediltecnica*, EU:C:2015:679; Beslut av den 6 oktober 2015, *Tamoil Italia*, C-156/14, EU:C:2015:677; Dom av den 23 november 2016, *Bayer CropScience och Stichting De Bijenstichting*, C-442/14, EU:C:2016:890; Dom av den 1 juni 2017, *Folk*, C-529/15, EU:C:2017:419; Dom av den 13 juli 2017, *Türkevei Tejtermelö Kft.*, C-129/16, EU:C:2017:547.

³¹ Dom av den 9 mars 2010, *ERG m.fl. I*, C-378/08, EU:C:2010:126; Dom av den 9 mars 2010, *ERG m.fl. II*, C-379/08 och C-380/08, EU:C:2010:127; Dom av den 4 mars 2015, *Fipa Group m.fl.*, C-534/13, EU:C:2015:140; Dom av den 1 juni 2017, *Folk*, C-529/15, EU:C:2017:419; Dom av den 13 juli 2017, *Türkevei Tejtermelö Kft.*, C-129/16, EU:C:2017:547.

³² Dom av den 24 juni 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07; Dom av den 23 november 2016, *Bayer CropScience och Stichting De Bijenstichting*, C-442/14, EU:C:2016:890.

³³ Beslut av den 6 oktober 2015, *Tamoil Italia*, C-156/14, EU:C:2015:677; Beslut av den 6 oktober 2015, C-592/13, *Ediltecnica*, EU:C:2015:679; Beslut av den 9 mars 2010, *Buzzi Unicem m.fl.*, C-478/08 och C-479/08.

Det material som utöver förhandsavgörandena används i uppsatsen för att uppnå dess syfte är främst litteratur om komparativ institutionell teori. Framstående i detta urval är Komesar³⁴ och Maduro³⁵, då de är inriktade på den deltagande-orienterade ansatsen till komparativ institutionell teori som används i uppsatsen.³⁶ Därutöver används även litteratur om konstitutionell EU-rätt och EU-rättslig miljö rätt. Litteraturen hittades genom systematiska sökningar i Göteborgs Universitetsbiblioteks databas³⁷ på sökord som ”environmental liability”, ”polluter pays principle” och ”EU environmental law”. Därefter användes även kedjesökningar, där relevanta referenser från litteraturen följdes upp.

1.5 Disposition

I kapitel 2 presenteras det teoretiska ramverk som uppsatsen bygger på närmre. Detta görs genom en generell beskrivning av teorin. Kapitel 3 introducerar sedan det relevanta rättsområdet, det vill säga principen om att förorenaren ska betala och miljöansvarsdirektivet. I kapitel 4 analyseras EU-domstolens praxis gällande miljöansvarsdirektivet ur ett institutionellteoretiskt perspektiv. Kapitel 5 relaterar begreppen som har introducerats i kapitel 2 till miljöansvarsområdet genom en normativ analys med hjälp av den deltagande-orienterade ansatsen. Avslutningsvis diskuteras i kapitel 6 slutsatser av analysen i kapitel 4 och 5.

³⁴ Komesar, Neil K., *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1994.

³⁵ Maduro (1998).

³⁶ Se Wisconsin Law Review, 2012, nr. 2, för exempel på flera tillämpningar av teorin inom många olika rättsområden och jurisdiktioner.

³⁷ <http://www.ub.gu.se>

2. Komparativ institutionell teori som analytiskt verktyg

I detta kapitel presenteras komparativ institutionell teori närmre, med särskilt fokus på den deltagande-orienterade ansatsen. Först ges en kort introduktion till institutionell teori, följt av en beskrivning av teorins uppfattning av ”lagen”. Därefter följer en redogörelse över huvuddragen i den deltagande-orienterade ansatsen, vilken introducerar de begrepp som kommer användas i kommande analys.

2.1 Ifrågasättande av ekonomisk rationalitet

Institutionell teori är ett teoriramverk vilket tangerar såväl juridik som ekonomi och statsvetenskap.³⁸ Logiken som ligger bakom teorins samtliga grenar är ifrågasättande av organisationers rationalitet.³⁹ Den kontrasterande idéen om institutioner som rationella verktyg bygger på den ekonomiska teorin om människan som en ekonomiskt rationell varelse.⁴⁰ Denna ekonomiska teori har ifrågasatts inom psykologisk forskning, då människor på grund av så kallad bunden rationalitet inte kan fatta rationella och värdemaximerande beslut.⁴¹ Ifrågasättandet av människor som rationella varelser leder även till ifrågasättande av människoskapta organisationer som rationella verktyg.

Med institutionell teori följer frågan om vad som menas med begreppet institution. Detta saknar en enhetlig definition. Den betydelse som används i den här uppsatsen är institutioner som beslutsfattande processer.⁴² Exempel på sådana processer är marknaden, politiska processer och domstolar.⁴³ Institutionell teori handlar till stor del om samspelet mellan dessa tre.⁴⁴

2.2 Dynamisk juridik

Ett institutionellteoretiskt perspektiv innebär erkännande av att rättsregler påverkas av sociala, ekonomiska och kulturella sammanhang.⁴⁵ Det innebär även en bred definition av

³⁸ Engelbrekt (2013), s. 239.

³⁹ Eriksson-Zetterquist, Ulla, *Institutionell teori: idéer, moden, förändring*, 1. uppl., Liber, Malmö, 2009, s. 5.

⁴⁰ Eriksson-Zetterquist (2009), s. 6.

⁴¹ Simon, Herbert. A., *Rational Choice and the Structure of the Environment*, *Psychological Review*, 1956, 129–138.

⁴² Komesar, Neil, *The Logic of the Law and the Essence of Economics: Reflections on Forty Years in the Wilderness*, *Wisconsin Law Review*, 2013, 265–338, s. 266.

⁴³ Komesar (1994), s. 9.

⁴⁴ Engelbrekt (2013), s. 239.

⁴⁵ Engelbrekt (2013), s. 240.

rättsregler. Rättsregler betraktas nämligen som en produkt av inte bara den lagstiftande institutionen, utan även den dömande. Domstolar är inte endast tillämpare av lagen utan är med och skapar den.⁴⁶ Synsättet innebär att inte enbart faktiska lagändringar behandlas som sådana, utan att även mer subtila skiftningar erkänns. Lagstiftning betraktas som en dynamisk process bestående av kontinuerlig interaktion mellan juridiska och politiska institutioner. Lagen är inte fixerad utan i ständig rörelse.⁴⁷

Detta skiljer sig från den vedertagna uppfattningen av domstolssystemets funktion.⁴⁸ I förhållande till EU-domstolen blir dock denna kontrast inte lika stor. EU-rätten har nämligen hävdats vara ”till stor del domarskapt och oskriven”,⁴⁹ såväl som präglad av ”EU-domstolens ’kreativa’ och rättsskapande verksamhet.”⁵⁰

2.3 Det komparativa elementet i teorin

Inledningsvis i det här kapitlet förklarades att grunden för institutionell teori är ifrågasättande av ekonomisk rationalitet. Trots detta utgår komparativ institutionell teori till stor del från ekonomi. Teorin bygger på Ronald Coases analys av samhällsliga transaktionskostnader, känt som Coase-teoremet. Kontentan av teoremet är att i en värld med obefintliga transaktionskostnader kommer resurser fördelas optimalt utan att något regeringsingripande krävs.⁵¹ Då transaktionskostnader alltid kommer att uppstå, ligger teoremets främsta insikt i en tolkning *e contrario*.⁵² Slutsatsen blir då att samhället behöver politiska processer och rättsliga institutioner som ingriper. En viktig del av institutionell teori är att studera när transaktionskostnaderna på marknaden blir så höga att ett sådant ingripande är motiverat.⁵³ Ett annat användningsområde, vilket är det som används i den här uppsatsen, är att med hjälp av teorin undersöka hur detta ingripande bör vara utformat för optimalt resultat.

Denna undersökning utgår från en förståelse av alla samhällsliga institutioner som bristfälliga. Politiska och dömande processer orsakar precis som marknaden en mängd olika oönskade konsekvenser.⁵⁴ Valet av vilken institution som ska reglera ett visst ingripande kommer därför vara ett val mellan flera imperfekta alternativ.⁵⁵ Detta betonar vikten av att

⁴⁶ Komesar (1994), s. 205.

⁴⁷ Komesar (2013), s. 268.

⁴⁸ Komesar (2013), s. 268.

⁴⁹ Hettne och Eriksson (2011), s. 41.

⁵⁰ Hettne och Eriksson (2011), s. 49.

⁵¹ Coase, Ronald. H., *The Problem of Social Costs*, Journal of Law and Economics, 1960, 1–44.

⁵² Komesar (1994), s. 29.

⁵³ Engelbrekt (2013), s. 243.

⁵⁴ Komesar (1994), s. 5–6.

⁵⁵ Komesar (2001), s. 23–24.

jämföra institutionerna och utifrån detta göra ett informerat institutionellt val, istället för att motivera reformer enbart på grund av tillkortakommanden hos en institution.⁵⁶ Trots att en institution inte kan hantera en viss fråga på ett bra sätt kan den nämligen fortfarande visa sig vara det bästa alternativet.⁵⁷

Komparativ institutionell teori handlar alltså inte om vilka sociala mål och värden som bidrar till det optimala samhället. Istället fokuserar teorin på hur dessa mål och värden ska genomföras och vilken institution som ska ha detta uppdrag. Det är detta som kallas för institutionellt val: fördelning av beslutsfattande.⁵⁸ Detta val är avgörande för huruvida ett visst socialt mål kommer kunna uppnås på ett effektivt sätt.⁵⁹

De alternativa beslutsfattande institutioner som Komesar fokuserar på är marknaden, den politiska processen och domstolarna.⁶⁰ Begränsningarna hos en av institutionerna, den dömande, utgör en extra viktig stomme i hans teori. Hans utgångspunkt är nämligen att domstolsprocessen begränsade storlek innebär att dens resurser inte bör läggas på problem som kan hanteras väl av alternativa institutioner med större kapacitet.

2.4 Att mäta deltagande

Hur ska då denna jämförelse mellan de olika institutionerna göras? Det är i detta steg som Komesars styrka ligger. Han tillhandahåller nämligen ett analytiskt verktyg för detta, kallat deltagande-orienterad ansats. Detta verktyg mäter en institutions kapacitet genom dess förmåga att framkalla deltagande från potentiella aktörer. Beslutsfattandet inom en viss institution ses därmed som en produkt av interaktionen mellan samtliga berörda parter.⁶¹ Huruvida utfallet blir bra eller inte i förhållande till ett visst socialt mål beror på om intresserepresentationen inom institutionen är snedvriden eller inte.⁶²

Chanserna för deltagande mäts genom en jämförelse mellan fördelarna med samt kostnaderna för deltagande inom respektive institution. Den deltagande-orienterade ansatsen fokuserar i denna jämförelse på ett antal beteendemässiga parametrar. Utgångspunkten är att endast de grupper av aktörer för vilka fördelarna med att försöka påverka överväger kostnaderna med att agera, kommer att delta.⁶³ Fördelar med deltagande mäts i enheten

⁵⁶ Komesar (1994), s. 6.

⁵⁷ Komesar (1994), s. 6.

⁵⁸ Komesar (2013), s. 268.

⁵⁹ Engelbrekt (2013), s. 245.

⁶⁰ Komesar (1994), s. 9.

⁶¹ Komesar (2013), s. 290.

⁶² Komesar (2001), s. 28–29.

⁶³ Komesar (2013), s. 290.

insatser och undersöks dels fördelningsmässigt över hela gruppen med intressenter, dels på individnivå. Kostnaderna med deltagande mäts främst genom en frågas komplexitet; hög komplexitet innebär hög kostnad för att sätta in sig i frågan.⁶⁴ Den deltagande-orienterade ansatsen innebär alltså en tvåstegsanalys i förhållande till dels de olika intressen som kan tänkas beröras av en viss fråga, dels de särskilda egenskaper hos varje alternativ institution.⁶⁵

I nästkommande två avsnitt följer en redogörelse för vilka egenskaper som är utmärkande för den politiska respektive den dömande processen och vilka funktionsmässiga brister dessa leder till.

2.4.1 Den politiska processen

Inom den politiska processen finns det två alternativ genom vilka aktörer kan delta. Det första är genom att utnyttja sin rösträtt och alltså agera som väljare. Det andra är genom lobbying.⁶⁶ Det första alternativet står öppet och är relativt lättillgängligt för alla medborgare, medan det andra kräver någon form av organisering och ofta yrkesutövande.

Komesar identifierar två risker med den politiska processen. Dessa är partiska utfall som präglas av antingen minoritetsintressen eller majoritetsintressen.⁶⁷ Bägge utfallen är resultat av en beslutsfattande process som har dominerats av antingen en minoritet eller en majoritet och därmed leder till snedvridna beslut som gynnar den dominerande gruppen på bekostnad av den andra.

Partiska utfall till förmån för en minoritet kan uppstå vid låga insatser, alltså när det står lite på spel på individnivå. Låga insatser skapas när en stor grupp har samma intresse i en fråga. I vissa fall finns det inte ens tillräckliga incitament för en individ att identifiera sitt intresse i en fråga, eller att detta intresse eventuellt motverkas genom en föreslagen lagstiftning.⁶⁸ Det partiska utfallet uppstår då på grund av att majoritetens vinst med att engagera sig är så liten att den inte motiverar de resurser som identifieringen kräver.⁶⁹

Ytterligare en aspekt som leder till minoritetspartiska utfall är det som brukar kallas för snålskjutsåkning. Detta innebär att även om medlemmar i en majoritetsgrupp har lyckats identifiera sitt intresse i en viss fråga, upplevs ofta vinsterna med att engagera sig politiskt på individnivå som mindre än vinningen med att inte behöva agera. På detta vis skapas ett

⁶⁴ Komesar (1994), s. 8.

⁶⁵ Engelbrekt (2013), s. 245.

⁶⁶ Komesar (1994), s. 7.

⁶⁷ Komesar (1994), s. 54.

⁶⁸ Komesar (1994), s. 68.

⁶⁹ Komesar (1994), s. 69.

incitament för att lägga över deltagandet på övriga medlemmar i gruppen. Ju fler som ansluter sig till denna mentalitet, desto större risk att politiskt deltagande från gruppen uteblir och att minoritetspartiska utfall uppstår.⁷⁰

Risken för att snålskjutsåkning uppstår är dessutom större inom stora grupper än mindre grupper då det av organisationsmässiga skäl är lättare att övervinna problemen inom mindre grupper.⁷¹ Anledningen till att risken ökar i takt med gruppens storlek är bland annat att det är lättare att vara anonym i stora grupper vilket minskar samarbetsvilligheten.⁷² Upplevelsen av personligt ansvar minskar även med en grupps storlek, vilket leder till minskad motivation att agera.⁷³

Att partiska utfall till förmån för majoriteten uppstår är ovanligare men kan hända om det inom en stor grupp skapas katalytiska undergrupper. Detta sker när fördelningen av insatser är ojämn inom gruppen och vissa medlemmar har högre insatser än övriga. Dessa undergrupper kan då genomdriva sina intressen genom politiskt deltagande, då de har en stor passiv majoritet i ryggen.⁷⁴ Majoritetspartiska utfall kan även uppstå om medelvärdet av insatserna är tillräckligt högt för att hela gruppen ska vinna något på att handla.⁷⁵ Som nämnts ovan är detta dock sällan fallet eftersom majoritetsgrupper ofta är stora vilket innebär låga insatser per person.

2.4.2 Den dömande processen

Den dömande processen är ett samlingsbegrepp för alla domstolssystem. Inom denna process finns det endast ett sätt som aktörer kan delta genom, nämligen som parter i en rättstvist. Domstolsprocessens funktionssätt präglas av tre attribut. Dessa attribut är formella krav för deltagande, processens begränsade fysiska kapacitet och domares självständighet.⁷⁶

Med domares självständighet åsyftas främst oberoende av att tillfredsställa någons intressen, vilket härstammar från stabila arbetsförhållanden.⁷⁷ Detta tillsammans med processens formella karaktär innebär enligt Komesar att denna isoleras från den ojämlika påverkan som är svagheten med det politiska systemet.⁷⁸ Processens formalitet är nämligen en fördel då samtliga parter i en rättegång har samma möjligheter att komma till tals.

⁷⁰ Komesar (1994), s. 69.

⁷¹ Komesar (1994), s. 69–70.

⁷² Gustafsson (2012), s. 139.

⁷³ Gustafsson (2012), s. 139.

⁷⁴ Komesar (1994), s. 70.

⁷⁵ Engelbrekt (2013), s. 249.

⁷⁶ Komesar (1994), s. 123.

⁷⁷ Komesar (1994), s. 124.

⁷⁸ Komesar (1994), s. 124.

Problemet med domstolsprocessen är istället de höga kostnader som är förknippade med rättstvister. Dessa kostnader leder till en snedfördelning i vilka frågor som överhuvudtaget tas upp i domstol. Vilka frågor som aktörer väcker talan i har stor betydelse eftersom domstolar själva inte har någon möjlighet att välja vilka frågor som tas upp.⁷⁹ Detta gör den dömande processen mindre flexibel än den politiska, eftersom politiker kan anpassa sitt beteende efter vad de tror är väljarnas önskan. På detta sätt kan intressen få genomslag inom den politiska processen utan att det krävs att intressenterna agerar vilket innebär att problem med låga insatser och snålskjutsåkning kan kringgås.

Vilka tvister som kommer till domstolar beror på fördelningen av insatser hos relevanta aktörer. En individ i en grupp med många potentiella aktörer med samma intresse har på grund av låga och spridda insatser små incitament att väcka talan, då kostnaderna med detta inte kommer överväga fördelarna. Även inom domstolsprocessen uppstår därmed problem med snålskjutsåkning, vilket ytterligare minskar sannolikheten för rättegång. Precis som inom den politiska processen krävs koncentrerade undergrupper för att detta ska undvikas.⁸⁰ Tillräckliga incitament för att väcka talan återfinns istället hos grupper bestående av få aktörer med höga och koncentrerade insatser.

Ytterligare en nackdel med domstolsprocessen är att den i högre utsträckning kräver att de som vill delta talar dess språk och även i övrigt uppfyller formella krav.⁸¹ Detta ökar kostnaderna och minskar ytterligare chanserna för deltagande. Till detta kommer processens begränsade fysiska storlek. Domstolens begränsade storlek innebär att i de allra flesta fall kommer domstolen inte ens att vara ett rimligt alternativ jämfört med den betydligt större politiska processen.⁸²

2.5 Reflektioner kring valet av teori

Precis som med alla teori finns det givetvis delar av det teoretiska ramverk som har beskrivits i detta kapitel vilka går att kritisera och ifrågasätta. En allvarlig kritik som har förts fram mot Komesars teori är att den är spekulativ. Eskridge menar att den bygger på generaliseringar baserade på övertygelser, inte empiri. Han riktar relativt skarp kritik mot denna avsaknad av empiri och hävdar att komparativ institutionell teori bygger på dogmatiska påståenden som

⁷⁹ Komesar (1994), s. 125.

⁸⁰ Komesar (1994), s. 131.

⁸¹ Komesar (1994), s. 127–128.

⁸² Komesar (2013), s. 304.

helt saknar stöd.⁸³ Även Komesar själv är medveten om denna brist och lyfter fram att metoden innebär vissa antaganden om institutioners funktioner vilka kan ifrågasättas.⁸⁴

En vidareutveckling av denna kritik är att förenklade slutsatser dras om institutionerna. Komesar påstår till exempel att en av fördelarna med domstolsprocessen är att den är opartisk. Detta påstående kan mottas med skepsis om huruvida domare verkligen är mindre påverkade av värderingar och subjektivitet än övriga människor. Sådan skepsis må vara välbefogad men missriktad. Vad Komesar åsyftar är nämligen inte individuella egenskaper utan strukturella. På grund av institutionernas utformning finns det inte lika stora systematiska risker för att otillbörlig påverkan ska komma till uttryck genom korruption och liknande i domstolsprocessen jämfört med den politiska processen.

Tillämpning av komparativ institutionell teori förutsätter acceptans av det faktum att det handlar om uppskattningar snarare än exakta beräkningar.⁸⁵ Det är alltså viktigt att läsaren är medveten om att alla bedömningar av insatser och deltagande som kommer göras i denna uppsats är just bedömningar. Detta utgör naturligtvis en svaghet. Den fortsatta framställningen utgår ändå från att institutionellteoretisk analys har något att bidra med genom att belysa viktiga aspekter av samhällelig måluppfyllelse.

En kritisk läsare kanske också funderar över teorins demokratiska implikationer. Teorins utformning ger lätt ett intryck av att helt ignorera klassiska maktodelningsidéer, enligt vilka domstolen inte agerar beslutsfattare i den mening som Komesar menar. Detta bygger dock på en något förenklad förståelse av teorins funktion. Den verkliga vinningen i att tillämpa komparativ institutionell teori ligger nämligen i insikt om hur lagstiftning bör utformas. Lagstiftningsmakten ligger fortfarande kvar inom den politiska processen vilken bör utnyttja denna med förståelse för de egna institutionella funktionerna. Lagstiftaren bör således parera risker för partiska utfall genom att lämna mer eller mindre tolkningsutrymme för domstolarna. Med detta synsätt kan komparativ institutionell teori snarare förstärka demokrati, genom att identifiera situationer när den politiska processen riskerar att misslyckas representera samtliga intressen. Teorin kan sedan användas för att undersöka huruvida domstolskorrigerande är ett bra alternativ för dessa situationer.

⁸³ Eskridge, William. N. Jr., *Expanding Chevron's Domain: A Comparative Institutional Analysis of the Relative Competence of Courts and Agencies to Interpret Statutes*, Wisconsin Law Review, 2013, 411–454, s. 414.

⁸⁴ Komesar (1994), s. 11.

⁸⁵ Engelbrekt (2013), s. 270.

3. Miljöansvar: Rättslig kontext och socialt mål

Uppsatsens teoretiska ansats är komparativt institutionell, vilket innebär att alternativa institutioners förmåga att uppnå ett visst socialt mål undersöks. I det här kapitlet introduceras det mål som uppsatsen fokuserar på, nämligen förebyggande och avhjälpande av miljöskador med ledning av principen om att förorenaren ska betala. Att detta mål står i fokus innebär inte att det ska genomdrivas till varje pris. Med komparativ institutionell teori undersöks istället vilken institution som har bäst förutsättningar för att uppnå en rimlig nivå av miljöansvar genom att göra avvägningar mot andra värden, främst verksamhetsutövers rättigheter och berättigade förväntningar.

Inom EU konkretiseras detta mål genom en miljöansvarsreglering. Denna reglering vilar till stor del på nyss nämnda princip, varför denna introduceras först. Därefter redogörs för den mer specifika reglering som principen har mynnat ut i, miljöansvarsdirektivet. Kapitlet ämnar dock inte ge en fullständig redogörelse över reglerna utan endast den som krävs mot bakgrund av de utvalda förhandsavgörandena som behandlas i kapitel 4.

3.1 Principiell nivå

Miljörättsliga principer har format miljörätt såväl internationellt som nationellt.⁸⁶ Detta gäller även EU-rätten då miljörättsliga sekundärakter är de enda som enligt FEUF uttryckligen ska baseras på principer.⁸⁷ Principen om att förorenaren ska betala återfinns i artikel 191.2 FEUF, vilket innebär att den ska influera både lagstiftande och dömande verksamhet inom EU.⁸⁸ Implementering av principen har också i viss utsträckning skett genom antagande av sekundärakter, främst i förhållande till avfallshantering.⁸⁹ Den enda sekundärakt som till fullo implementerar principen är dock miljöansvarsdirektivet, vilket är föremål för nästa avsnitt.

Principen om att förorenaren ska betala ger vid första anblick ett rättframt intryck. Dess innebörd är att den som har orsakat en förorening ska stå för kostnaderna associerade med avhjälpandet av denna, inte skattebetalare eller allmänheten.⁹⁰ Principens utgångspunkt är den ekonomiska teorin om externaliteter. Denna teori innebär att marknadstransaktioner ofta

⁸⁶ Verschuuren, Jonathan, *The Role of Sustainable Development and the Associated Principles of Environmental Law and Governance in the Anthropocene*, i *Environmental Law and Governance for the Anthropocene* [Elektronisk resurs], Kotzé, Louis J. (red.), 3-, Oxford, 2017, s. 4.

⁸⁷ Sadeleer, Nicolas de., *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 268.

⁸⁸ de Sadeleer (2002), s. 30–31.

⁸⁹ de Sadeleer (2002), s. 29–30.

⁹⁰ Langlet och Mahmoudi (2016), s. 55.

orsakar negativa effekter på miljön, till exempel olika slags föroreningar, och att dessa effekter leder till kostnader som måste internaliseras.⁹¹ Genom internalisering ska förebyggande och sanerande åtgärder stärkas.⁹²

Under principens yta gömmer sig dock en mängd otydligheter.⁹³ Dels relaterat till de olika begrepp som principen innehåller; vad är en förorening, vem ska anses vara förorenare och vad innebär det att denne ska betala?⁹⁴ Dels relaterat till de mer generella problem som en princip innebär, såsom dess juridiska värde och förhållande till andra principer.⁹⁵

3.2 Regleringsnivå

Som nämnts ovan konkretiseras principen om att förorenaren ska betala genom miljöansvarsdirektivet. Direktivets syfte är enligt dess första artikel att “fastställa en ram för miljöansvar enligt principen om att förorenaren skall betala, för att förebygga och avhjälpa miljöskador.”. Det primära syftet är att uppnå ett högt miljöskydd. Artikelns formulering avslöjar dock ännu ett syfte, nämligen harmonisering av förutsättningarna för miljöansvar inom unionen.⁹⁶ Sättet direktivet ämnar harmonisera medlemsstaternas lagstiftningar är genom att åstadkomma en minsta nivå som samtliga stater måste uppnå. Detta förhållningssätt syns i artikel 16, enligt vilken direktivet inte får hindra att medlemsstaterna behåller eller inför strängare bestämmelser relaterat till förebyggande och avhjälpande av miljöskador. Sådana strängare åtgärder måste vara förenliga med fördragen.⁹⁷

I enlighet med principen om att förorenaren ska betala föreskriver artikel 8 att verksamhetsutövaren ska bära kostnaderna för de förebyggande eller avhjälpande åtgärder som vidtas i enlighet med direktivet. Om det istället är myndigheten som har stått för kostnaderna, ska verksamhetsutövaren enligt samma artikel ersätta myndigheten dessa.

⁹¹ de Sadeleer (2002), s. 21.

⁹² van Calster, Geert och Reins, Leoni, *The ELD's Background*, i *The EU Environmental Liability Directive: a Commentary*, Bergkamp, Lucas & Goldsmith, Barbara (red), 9–30, 1. ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 10.

⁹³ de Sadeleer (2002), s. 33.

⁹⁴ de Sadeleer (2002), s. 37-38.

⁹⁵ Bugge, Hans Christian, *The Polluter Pays Principle: Dilemmas of Justice in National and International Context*, i *Environmental Law and Justice in Context* [Elektronisk resurs], Ebbesson, Jonas & Okowa, Phoebe N. (red), 411–428, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 413.

⁹⁶ Cassotta, Sandra., *Environmental Damage and Liability Problems in a Multilevel Context: the Case of the Environmental Liability Directive*, Wolters Kluwer, Alpen aan den Rijn, 2012 (Energy and Environmental Law and Policy Series), s. 142.

⁹⁷ Artikel 193 FEUF.

Direktivet stipulerar således inte ett civilrättsligt skadeståndsansvar för föroreningar utan istället ett offentlighetsrättsligt system.⁹⁸

Definitionen av verksamhetsutövare omfattar fysiska och juridiska personer som driver eller kontrollerar en yrkesverksamhet.⁹⁹ Direktivets tredje artikel delar sedan upp dessa i två olika grupper. För de som omfattas av uppräkningsbilaga II gäller ett strikt ansvar. Detta är typiska miljöfarliga verksamheter. Övriga verksamhetsutövares ansvar är begränsat på två sätt; dels krävs culpa, dels måste skadorna ha drabbat skyddade arter eller skyddade naturliga livsmiljöer. För bägge grupper av verksamhetsutövare krävs dock att orsakssamband kan fastställas för att ansvar ska kunna utkrävas.¹⁰⁰

De skyldigheter som direktivet ålägger verksamhetsutövarna är i första hand en primärskyldighet att agera, i andra hand ett kostnadsansvar. Att verksamhetsutövarna har det primära ansvaret innebär att det är de som ska lägga fram förslag på åtgärder.¹⁰¹ Åtgärderna måste dock godkännas av myndigheten, vilken är den som slutligt fattar beslut om vilka åtgärder som ska vidtas.¹⁰² Vid detta förfarande ska kriterierna i bilaga II användas, vilket fastställer ett ramverk för att identifiera de lämpligaste åtgärderna.¹⁰³ Myndigheten måste även uppmana berörda personer att lämna synpunkter.¹⁰⁴

Direktivet erkänner på detta sätt det sociala dilemma som präglar miljöansvarsområdet.¹⁰⁵ Det går även längre i denna fråga genom att i artikel 12 ges tre kategorier av fysiska och juridiska personer rätt att rapportera iakttagelser om skador samt begära att myndigheten vidtar åtgärder. Samma personkrets har även rätt att få myndighetens beslut, handlingar och underlåtelse att handla domstolsprövade.¹⁰⁶ De tre kategorierna är sådana som berörs eller kan antas bli berörda av en miljöskada (12.1 a), som har ett tillräckligt intresse i beslut som rör skadan (12.1 b), eller som hävdar att en rättighet har kränkts när detta utgör en förutsättning enligt nationell förvaltningsprocessrättslig lagstiftning (12.1 c). Det är medlemsstaterna som ska avgöra vad tillräckligt intresse och rättighetskränkning innebär. En

⁹⁸ van Alster och Reins (2013), s. 9f.

⁹⁹ Artikel 2.6 miljöansvarsdirektivet.

¹⁰⁰ Se skäl 13 och artikel 11.2 miljöansvarsdirektivet, även dom av den 9 mars 2010, *ERG m.fl. I*, C-378/08, EU:C:2012:126., punkt 53.

¹⁰¹ Artikel 7.1 miljöansvarsdirektivet.

¹⁰² Artikel 7.2 miljöansvarsdirektivet.

¹⁰³ Artikel 7.1 miljöansvarsdirektivet.

¹⁰⁴ Artikel 7.4 miljöansvarsdirektivet.

¹⁰⁵ Se skäl 25 miljöansvarsdirektivet.

¹⁰⁶ Artikel 13 miljöansvarsdirektivet.

sak har dock preciserats i direktivet, nämligen att miljöskyddsorganisationer ska anses ha ett tillräckligt intresse samt rättigheter som kan kränkas.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Artikel 12.1 3 st. miljöansvarsdirektivet.

4. EU-domstolens tillämpning av miljöansvarsdirektivet ur ett institutionellteoretiskt perspektiv

I det här kapitlet analyseras fem förhandsavgöranden från EU-domstolen angående tillämpning av miljöansvarsdirektivet ur ett institutionellteoretiskt perspektiv.¹⁰⁸ Detta innebär att avgörandena läses med syftet att undersöka hur EU-domstolen hanterar institutionella val mellan sig själv och medlemsstaterna.¹⁰⁹ Utgångspunkten för analysen är den nationella reglering vars förenlighet med direktivet ifrågasätts.

4.1 Ansvar utan orsakssamband

Många av de frågor som EU-domstolen har tagit ställning till berör kravet på orsakssamband mellan verksamhetsutövarens verksamhet och den aktuella föroreningen. Så var även fallet i det första förhandsavgörandet som domstolen lämnade angående tillämpningen av miljöansvarsdirektivet, *ERG m.fl. I*.¹¹⁰ Den nationella regleringen som prövades i målet gav den behöriga myndigheten rätt att ålägga en verksamhetsutövare att vidta åtgärder på grund av att dennas anläggningar låg nära det förorenade området, utan att myndigheten hade fastställt huruvida det förelåg orsakssamband mellan verksamheten och skadorna.¹¹¹

EUD började med att fastslå att eftersom direktivet inte innehåller några regler om hur orsakssambandet ska fastställas, är det upp till medlemsstaterna att reglera denna fråga.¹¹² Dess utgångspunkt var att medlemsstaterna då ”förfogar över ett stort utrymme för eget skön”.¹¹³ Följden blev att en presumtion för orsakssamband baserat på närheten från en verksamhetsutövares anläggning till ett område som har drabbats av en förorening godkändes av domstolen.¹¹⁴ Den följde dock upp detta med att villkora användandet av en sådan presumtion med att myndigheten måste ”ha tillgång till trovärdiga uppgifter som ger stöd åt denna presumtion, såsom att verksamhetsutövarens anläggning ligger nära det område som har drabbats av den konstaterade föroreningen och att de förorenade ämnen som påträffas är sådana som denne använder i sin verksamhet.”¹¹⁵ Även om domstolen alltså inte underkände den nationella regleringen satte den i praktiken upp en begränsning för medlemsstaten. Detta

¹⁰⁸ Se ovan avsnitt 1.4.2 för en beskrivning av hur urvalet av rättsfallen gick till.

¹⁰⁹ Se ovan avsnitt 1.4.1 för en beskrivning av hur rättsfallsanalysen gick till.

¹¹⁰ Dom av den 9 mars 2010, *ERG m.fl. I*, C-378/08, EU:C:2012:126.

¹¹¹ C-378/08, punkt 34.

¹¹² C-378/08, punkt 55.

¹¹³ C-378/08, punkt 55.

¹¹⁴ C-378/08, punkt 56.

¹¹⁵ C-378/08, punkt 57.

illustreras väl i domens avslutande formulering, enligt vilken myndigheten är skyldig att fastställa ett orsakssamband i enlighet med nationella bevisregler. Trots detta använde domstolen begreppet ” trovärdiga uppgifter”, vilket innebär ett fastställande av det lägsta godtagbara beviskrav som medlemsstaterna får tillämpa. Genom att dessutom ge ett exempel på när sådana trovärdiga uppgifter föreligger, snävade domstolen ytterligare av medlemsstaternas handlingsutrymme i denna fråga. I och med detta prioriterade domstolen sig själv som beslutsfattare angående fastställande av orsakssamband, även om de inledningsvis erkände medlemsstaternas handlingsutrymme.

4.2 Markägares ansvar: Del I

Nästan exakt fem år senare lämnade EU-domstolen ett förhandsavgörande i *Fipa Group m.fl.* som även det berörde orsakssambandets betydelse, men inte i förhållande till den ansvariga föreningen.¹¹⁶ Den nationella lagstiftningen i fråga hindrade nämligen myndigheten, när det var omöjligt att identifiera den ansvariga föreningen alternativt utverka åtgärder av denna, från att ålägga en oskyldig markägare ett avhjälpandeansvar.¹¹⁷ EU-domstolen ansåg att eftersom lagstiftningen reglerade ansvaret för en annan part än föreningen omfattades den inte av direktivet. Situationen skulle därmed regleras helt enligt nationell rätt vilken dock var tvungen att ta hänsyn till ”fördragets regler och andra sekundärrättsakter”.¹¹⁸ Därmed godkände den i detta fall medlemsstatens omdöme helt och hållet. Domstolen definierade nämligen inte ytterligare på vilket sätt hänsyn till fördraget skulle tas, varför den lämnade mycket utrymme åt medlemsstaterna.

Generaladvokat Kokott ansåg istället att den nationella regleringen behövde bedömas i förhållande till artikel 16.¹¹⁹ Hon nämnde att strängare åtgärder inte fick undergräva målet med miljöansvarsdirektivet, men att detta inte var fallet eftersom markägarnas ansvar endast var sekundärt i förhållande till verksamhetsutövarnas.¹²⁰

¹¹⁶ Dom av den 4 mars 2015, *Fipa Group m.fl.*, C-534/13, EU:C:2015:140.

¹¹⁷ C-534/13, punkt 37.

¹¹⁸ C-534/13, punkt 59–60 samt 46.

¹¹⁹ Domstolen ansåg inte att den nationella regleringen utgjorde en strängare åtgärd, eftersom markägarna endast kunde bli skyldiga att ersätta kostnader upp till fastighetens marknadsvärde, inte att vidta åtgärder. Se C-534/13, punkt 62.

¹²⁰ Förslag till avgörande i mål C-534/13 av generaladvokat Kokott, punkt 47–48.

4.3 Markägares ansvar: Del II

Drygt två år senare bedömde EU-domstolen i *Túrkevei Tejtermelő Kft* återigen en nationell reglering om oskyldiga markägares ansvar, men valde denna gång att gå ännu längre.¹²¹ Den nationella regleringen i fråga utpekade markägare som solidariskt ansvariga för miljöskada som en verksamhetsutövare hade orsakat, utan att orsakssamband mellan markägarens handlande och föroreningen krävdes, och tillät dessutom myndigheten att påföra markägaren böter.¹²²

Eftersom regleringen inriktade sig på markägaren och inte verksamhetsutövaren, slog EUD fast att situationen inte omfattades av direktivet. Eftersom markägaren i det här fallet inte hade endast ett sekundärt ansvar som i *Fipa Group m.fl.*, ansåg domstolen att regleringen utgjorde en strängare åtgärd enligt artikel 16.¹²³ Den kom fram till att den nationella lagstiftningen inte underminerade principen om att förorenaren ska betala eftersom den syftade ”till att föregripa ägarens bristande omsorg och att påverka denne att vidta åtgärder och att utveckla beteenden som kan minska risken för miljöskador”.¹²⁴ Domstolen ansåg att regleringen styrkte miljöansvarsdirektivets mekanism genom att ålägga markägarna ett solidaransvar med verksamhetsutövarna. Således omfattades regleringen av artikel 16.1.¹²⁵ Den tillade dock att bestämmelserna måste vara förenliga med fördragen, främst proportionalitetsprincipen.¹²⁶

EUD godkände alltså återigen en nationell reglering som ålägger någon annan än förorenaren ansvar. Den här gången begränsade domstolen dock medlemsstaternas handlingsutrymme tydligare, eftersom det ytterst är domstolen som avgör vad som är proportionerligt. Domstolen kom till precis samma slutsats även angående den nationella regleringen som tillät myndigheten att ålägga markägare böter.¹²⁷

Det finns vissa skillnader i domstolens argumentation kring strängare åtgärder jämfört med Kokotts resonemang.¹²⁸ Hon betonade betydelsen av att sådana åtgärder inte underminerar förorenarens primäransvar och erkände att medlemsstaterna har ett stort skönsmässigt utrymme när det kommer till att fastställa kompletterande ansvarsregler. EUD

¹²¹ Dom av den 13 juli 2017, *Túrkevei Tejtermelő Kft.*, C-129/16, EU:C:2017:547.

¹²² C-129/16, punkt 34.

¹²³ C-129/16, punkt 54–56.

¹²⁴ C-129/16, punkt 58.

¹²⁵ C-129/16, punkt 60.

¹²⁶ C-129/16, punkt 63.

¹²⁷ C-129/16, punkt 66.

¹²⁸ Förslag till avgörande i mål C-534/13 av generaladvokat Kokott, punkt 47–48.

valde istället att prioritera ett högt miljöskydd, till viss del på bekostnad av principen om att förorenaren ska betala.¹²⁹

4.4 Ändring av åtgärder

Som nämnades inledningsvis i kapitel tre utgörs en stor del av beslutsfattande angående miljöansvar av avvägningar mellan miljöskydd och verksamhetsutövares rättigheter. I *ERG m.fl. II* visade EU-domstolen prov på hur de hanterar en sådan avvägning.¹³⁰ Fallet berörde samma miljöskada som *ERG m.fl. I*¹³¹ men handlade istället om under vilka omständigheter en myndighet kan besluta om ändringar i redan beslutade hjälpåtgärder.¹³² Den nationella regleringen i fråga tillät till exempel sådana ändringar utan att myndigheten hade gjort någon bedömning av åtgärderna. Den tillät även att myndigheterna beslutade att verksamhetsutövarna inte fick använda sin mark om åtgärderna inte vidtogs, trots att denna mark inte var förorenad.¹³³

EU-domstolen började med att slå fast att myndigheten fick fatta beslut ex officio om ändringar av hjälpåtgärder.¹³⁴ I denna del godkände den alltså den nationella regleringen och lämnade på detta sätt mycket handlingsutrymme åt medlemsstaterna samtidigt som den prioriterade ett högt miljöskydd. Domstolen gjorde inga överväganden om den uppenbara konflikten mellan miljöskydd och berättigade förväntningar. Det enda skyddet för verksamhetsutövare som EUD tillhandahöll var att myndigheten var tvungen att höra dessa innan ändringsbeslutet fattades.¹³⁵

Även Generaladvokat Kokott kom fram till att det ligger på medlemsstaten att reglera hur beslut får ändras, även ex officio, men att EU-rättsliga principer måste respekteras.¹³⁶ Hon begränsade dock medlemsstaternas utrymme mer än EUD, genom att uttryckligen säga att på grund av den vetenskapliga osäkerhet som råder på området uppkommer berättigade förväntningar hos verksamhetsutövarna endast i undantagsfall.

Domstolens avsaknad av reflektion kring berättigade förväntningar är anmärkningsvärd eftersom dessa har en erkänd plats bland EU:s allmänna rättsprinciper.¹³⁷ Avgörandet har

¹²⁹ Mossoux, Youri, *Causation in the Polluter Pays Principle*, *European Environmental Law Review*, 2010, 279–294, s. 289.

¹³⁰ Dom av den 9 mars 2010, *ERG m.fl. II*, C-379/08 och C-380/08, EU:C:2010:127.

¹³¹ Se ovan avsnitt 4.1.

¹³² C-379/08 och C-380/08, punkt 28.

¹³³ C-379/08 och C-380/08, punkt 22.

¹³⁴ C-379/08 och C-380/08, punkt 46–51.

¹³⁵ C-379/08 och C-380/08, punkt 52–56.

¹³⁶ Förslag till avgörande i mål C-378/08, C-379/08 och C-380/08 av generaladvokat Kokott, punkt 143.

¹³⁷ Hettne och Eriksson (2011), s. 95.

också kritiserats av Bergkamp som anser att en ändring av beslutade hjälpåtgärder måste vara rättfärdigat av objektiva anledningar eftersom allt annat skulle strida mot rättssäkerheten. Hans slutsats är att domstolens avgörande främst går att applicera på situationer där myndigheten inte redan har hunnit fatta ett första beslut.¹³⁸

I förhållande till hur ändringar får beslutas om lämnade dock EUD inte lika mycket utrymme åt medlemsstaterna. Även detta är anmärkningsvärt eftersom domstolen återigen, precis som i *ERG m.fl. I*, började med att slå fast att regler om hur ändringar av beslut om åtgärder ska ske inte är definierat i direktivet, varför medlemsstaterna har ett stort skönsmässigt utrymme.¹³⁹ Därefter följde dock en precisering, återigen precis som i *ERG m.fl. I*, av diverse kriterier och skyldigheter som måste iakttas.¹⁴⁰ Domstolen nöjde sig alltså inte med att låta medlemsstaten hantera denna fråga själva utan begränsade statens handlingsutrymme genom att precisera på vilket sätt det skönsmässiga utrymmet ska hanteras.

Även Kokotts slutsats var att den nationella regleringen i denna del ska underkännas. Hennes resonemang var dock ännu mer preciserat och därmed mer begränsande för medlemsstaterna än domstolens. Hon nämnde att bilaga II ger utrymme för skönsmässig bedömning vid bestämmande av åtgärder. Hon fortsatte dock genom att fastslå att detta utrymme ska användas på så sätt att bilagans kriterier ska tillämpas och att medlemsstaterna endast får avvika från dessa på goda grunder.¹⁴¹

Den sista frågan EUD prövade i målet var vilka tvångsmedel myndigheten får ta till för att få en verksamhetsutövare att vidta de åtgärder denna har ålagts. Även på denna punkt slog EUD fast att direktivet inte innehåller några regler och att det därför är medlemsstaterna som äger frågan.¹⁴² EUD fortsatte dock med att resonera kring att äganderätten inte är absolut utan får begränsas om det är i linje med eftersträvansvärda mål samt proportionerligt.¹⁴³ Den slog fast att miljöskydd var ett sådant mål och godkände därmed den nationella lagstiftningen i detta fall.¹⁴⁴ Innan dess gjorde den dock en långtgående kontroll av lagstiftningens förenlighet med EU-rätten eftersom det i slutändan är domstolen som avgör vad som är proportionerligt.

¹³⁸ Bergkamp, Lucas, *Comment on Case C-378/08, 9 March 2010; Joined Cases C-379/08 and 380/08, 9 March 2010; Joined Cases C-478/08 and C-479/08, 9 March 2010*, *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2010, 355–361.

¹³⁹ C-379/08 och C-380/08, punkt 59.

¹⁴⁰ C-379/08 och C-380/08, punkt 61–64.

¹⁴¹ Förslag till avgörande i mål C-378/08, C-379/08 och C-380/08 av generaladvokat Kokott, punkt 47–48.

¹⁴² C-379/08 och C-380/08, punkt 79.

¹⁴³ C-379/08 och C-380/08, punkt 80.

¹⁴⁴ C-379/08 och C-380/08, punkt 81–82.

Kokotts slutsats i denna del var att sådant tvång måste vara förenligt med kraven i direktivet men att direktivet inte innehåller något förbud mot begränsning av användning av sanerade områden.¹⁴⁵ Hon resonerade ingenting kring äganderätt eller liknande så EUD gjorde utan godkände istället medlemsstatens omdöme fullt ut och lät de därmed behålla mer av beslutsfattandet än domstolen.

4.5 Talerätt

En fråga som tydligt relaterar till den deltagande-orienterade ansatsen är den om talerätt. *Folk* handlade delvis om en nationell reglering som uteslöt innehavare av fiskerättigheter från talerätt enligt direktivet.¹⁴⁶ Både generaladvokat Bobek och EU-domstolen underkände den nationella regleringen helt och hållet.¹⁴⁷ Varken EUD eller Bobek övervägde någon annan lösning utan tycktes finna svaret självklart. Bobek gick dock längre än domstolen i frågan om talerätt genom att fastslå att innehavare av fiskerättigheter inte bara borde omfattas av artikel 12.1 a utan även 12.1 c.¹⁴⁸ Han hävdade att medlemsstaternas skönsrätt utrymme för vad som utgör en rättighetskränkning inte bör vara oinskränkt utan att de endast får införa processuella och materiella villkor för att definiera begreppet, inte utesluta hela grupper av rättighetsinnehavare.¹⁴⁹ På detta sätt begränsade han på ett särskilt tydligt sätt medlemsstaternas bedömningsutrymme.

4.6 Sammanfattande slutsatser

Hittills i det här kapitlet har fem förhandsavgöranden från EU-domstolen analyserats ur ett institutionellteoretiskt perspektiv. I detta avslutande avsnitt dras slutsatser av dessa analyser.

4.6.1 Institutionella preferenser?

Totalt har i de fem avgörandena åtta olika nationella regleringars förenlighet med miljöansvarsdirektivet ifrågasatts. Av dessa godkände domstolen sex stycken och underkände två. Detta innebär att domstolen erkände medlemsstaterna som beslutsfattare i en majoritet av avgörandena. Vid en närmare institutionellteoretisk läsning av avgörandena framgår dock att domstolen i själva verket i nästan alla fall där medlemsstatens reglering godkändes, även

¹⁴⁵ Förslag till avgörande i mål C-378/08, C-379/08 och C-380/08 av generaladvokat Kokott, punkt 168–169.

¹⁴⁶ Dom av den 1 juni 2017, *Folk*, C-529/15, EU:C:2017:419, punkt 19.

¹⁴⁷ C-529/15, punkt 50 samt förslag till avgörande i mål C-529/15 av generaladvokat Bobek, punkt 89.

¹⁴⁸ Förslag till avgörande i mål C-529/15 av generaladvokat Bobek, punkt 90–96.

¹⁴⁹ Förslag till avgörande i mål C-529/15 av generaladvokat Bobek, punkt 90–96.

införde en begränsning av dess beslutsmakt. Detta skedde främst genom hänvisningar till diverse värden som de nationella regleringarna måste uppfylla, till exempel nödvändighet, proportionalitet eller överensstämmelse med miljöansvarsdirektivets syfte. Genom användandet av sådana begrepp placerar domstolen beslutsfattandet hos sig själv eftersom det endast är domstolen som har kompetens att avgöra innebörden av dessa begrepp. Det här tillvägagångssättet försäkrar domstolen om att den kommer ha sista ordet angående huruvida en viss reglering är proportionerlig eller liknande.¹⁵⁰ Medlemsstaterna tillåts därmed bara behålla beslutsfattandet så länge som de håller sig inom domstolens ramar.

Flera av fallen berör dessutom frågor som EU-lagstiftaren inte har givit svar på i direktivet. Detta juridiska tomrum erkändes då inledningsvis av domstolen, med hänvisning till att det ankommer på medlemsstaten att reglera frågan. I dessa situationer blev det institutionella valet mellan domstolen och de nationella politiska processerna extra tydligt. I *ERG m.fl. II* konstaterade domstolen nämligen att direktivet saknar regler angående hur beslut om ändring av åtgärder ska gå till men valde trots detta att underkänna den nationella regleringen. Liknande begränsningar av medlemsstaternas utrymme återfanns även i *ERG m.fl. I*. Detta tyder på att det finns en institutionell preferens hos domstolen till fördel för sig själv som beslutsfattande institution för att uppnå förebyggande och avhjälpande av miljöskador.

4.6.2 Övrig gemensam nämnare?

För att dessa institutionella slutsatser av förhandsavgörandena ska bli validare undersöks i detta avsnitt huruvida det kan finnas andra möjliga förklaringar bakom EU-domstolens slutsatser.

I bägge fall där den nationella regleringen underkändes helt ledde det till ett högre miljöskydd, vilket kan ses som en gemensam nämnare. Detta syns tydligt i *Folk* där talerätten enligt direktivet utökades markant efter domstolens avgörande. Att så många personer som möjligt ska kunna väcka talan angående miljöskador kan nämligen antas leda till ett bättre skydd för miljön. Underkännandet av den ena regleringen i *ERG m.fl. II*, att myndigheten inte fick besluta om ändring av hjälpåtgärder utan tidigare undersökningar, kan också anses motiverad av miljöskyddsskäl men bejakade även rättssäkerheten för verksamhetsutövare.

Om undersökningsområdet utökas till att omfatta även de fall där regleringen godkändes, faller dock denna teori om domstolens ständiga strävan efter ett högt miljöskydd. I *Fipa*

¹⁵⁰ Se Maduro (1998), s. 106–107 för liknande resonemang i förhållande till domstolens tillämpning av artikel 34 FEUF.

Group m.fl. godkände domstolen en reglering som hindrade myndigheten från att ålägga markägare ansvar utan att denna hade orsakat miljöskadan. Detta riskerar att leda till att en miljöskada inte åtgärdas. Analysen av *Túrkevei Tejtermelő Kft* i avsnitt 4.3 ovan visade hur ett avgörande som domstolen motiverade med hänsyn till miljöskydd i själva verket kan underminera miljöskyddet, genom att bortse från den vägledande principen om att förorenaren ska betala.

Avgörandena kan inte heller förklaras med hänsyn till verksamhetsutövarnas rättigheter. Detta syns tydligt i *ERG m.fl. II* i vilket domstolen erkände deras intressen av att hållas informerade av myndigheten men samtidigt helt bortsåg från deras berättigade förväntningar.

Dessa slutsatser tyder på att det saknas en övrig gemensam nämnare hos förhandsavgörandena utöver domstolens institutionella preferenser. Nästa steg blir därför att relatera denna slutsats till en komparativ institutionellteoretisk analys av miljöansvarsområdet, vilket är föremål för kapitel 5.

5. Institutionellteoretisk analys av miljöansvar

I detta kapitel tillämpas det analytiska ramverk som presenterades i kapitel 2 genom att relateras till det sociala mål som introducerades i kapitel 3. Detta mål är förebyggande och avhjälpan av miljöskador med ledning av principen om att förorenaren ska betala. Först identifieras potentiella aktörer på detta området, samt deras respektive insatser och kostnader. Medlemsstaternas politiska processer och EU-domstolen analyseras sedan var för sig genom att respektive institutions kapacitet som beslutsfattare inom miljöansvarsområdet utvärderas. Institutionerna jämförs sedan med varandra, givet resultatet av den institutionellteoretiska analysen av vardera institution. Initialt bör dock påpekas att denna analys på inget sätt utger sig för att vara allomfattande, utan endast ämnar ge en viss förståelse för de vanligaste riskerna associerade med respektive institution samt för betydelsen av institutionella val i relation till miljöansvar.¹⁵¹

5.1 Verksamhetsutövare kontra allmänheten

Som nämndes i kapitel 2 är de aktörer vilkas beteende teorin undersöker samma oavsett vilken institution som är föremål för undersökningen. Den enda skillnaden är att aktörerna utför olika handlingar inom de olika institutionerna. Inom den politiska processen utövar aktörerna påverkan på lagstiftaren genom röstning och lobbying. Inom domstolsprocessen initierar och driver de rättsprocesser. De aktörer som kommer tas upp i detta avsnitt som relevanta i förhållande till miljöansvar är verksamhetsutövare, allmänheten och även till viss del aktörer i övriga medlemsstater.

Verksamhetsutövare är en relativt enkel första grupp att identifiera som intressent eftersom det är dem som miljöansvarsdirektivet riktar sig mot.¹⁵² Då de i regel är vinstdrivande företag antas deras främsta intresse vara att inte behöva vidta resurskrävande åtgärder, alternativt bli ersättningsskyldiga gentemot myndigheter. Detta antagande kan givetvis ifrågasättas, till exempel finns det säkerligen företag som ser ett egenvärde i att vara miljömässigt ansvarstagande. Detta intresse antas dock fortsättningsvis vara sekundärt i förhållande till vinstintresset. Ett utfall i enlighet med den här gruppens preferenser skulle därmed, oavsett vilken institution det härstammar från, leda till underminering av miljöskyddet. Alternativt skulle ansvaret för åtgärdande av miljöskador läggas på någon

¹⁵¹ Se avsnitt 2.5 för mer reflektion kring komparativ institutionell teori.

¹⁵² Se artikel 3.1 miljöansvarsdirektivet.

annan part. Denna andra part är enligt direktivet oftast en myndighet, något som principen om att förorenaren ska betala är till för att undvika.

En andra grupp av potentiella aktörer som kan identifieras är de i vars intresse det ligger att miljöskador åtgärdas, alternativt att en myndighet inte behöver stå för kostnaderna för åtgärdandet. Eftersom miljöansvarsdirektivet inte är något civilrättsligt ersättningssystem utan istället ett offentligrättsligt ansvarsfördelningssystem, kan identifieringen av motparter inte vara synonym med offer för miljöskadan. Det är såklart möjligt att en förening leder till en miljöskada på någon annans mark men det är inte denna markägares möjlighet till ekonomisk kompensation som regleras i direktivet. Direktivet ämnar istället få till stånd en regim där miljöskador generellt i största möjliga mån förebyggs och avhjälps. Skyddsföremålet är således miljön i sig själv. Miljön kan dock inte delta i någon beslutsfattande process varför detta skyddsobjekt måste översättas till konkreta rättssubjekt. Den relevanta aktören blir då allmänheten. Dennes intressen omfattas av principen om att förorenare ska betala, eftersom syftet med principen är att allmänheten inte ska behöva stå för kostnaderna för miljösanering.¹⁵³ Utöver detta tjänar allmänheten på att miljöskador avhjälps av hälsomässiga samt rent estetiska skäl.

Precis som i förhållande till verksamhetsutövare, kan även denna klassificering av allmänhetens intressen problematiseras. Givetvis finns det övriga intressen som kan påverka, till exempel om en förorenande verksamhet tillhandahåller efterfrågade varor eller tjänster. I ett sådant scenario skulle det snarare ligga i allmänhetens intresse att verksamheten får fortsätta obehindrat och med så låga omkostnader som möjligt. Den fortsatta framställningen kommer dock utgå från att sådana intressen är sekundära.

Eftersom det är nationella politiska processer som undersöks är det främst allmänheten i varje enskild medlemsstat som åsyftas. Med tanke på föreningars gränsöverskridande effekter skulle dock denna definition kunna utvidgas över nationsgränser. Av denna anledning kan även andra medlemsstater ha intresse av att rätt nivå av miljöansvar upprätthålls inom hela unionen, vilket identifierar ytterligare en potentiell aktör. Dessa medlemsstater kan även ha ett konkurrensmässigt intresse, genom att de inte vill att en annan medlemsstat ska tjäna på fördelaktiga ansvarsregler för verksamhetsutövare. I detta hänseende har verksamhetsutövare inom hela unionen ett intresse för att samtliga

¹⁵³ Se ovan avsnitt 3.1.

medlemsstater upprätthåller tillräckligt stränga ansvarsregler, för att undvika att hamna i ett prismässigt underläge.¹⁵⁴

Om dessa aktörer, allmänheten samt övriga medlemsstater och deras verksamhetsutövare, deltar i de olika beslutsfattande processerna antas utfallet påverkas i riktning mot ett skärpt miljöskydd. Detta skydd tar sig i första hand uttryck i att verksamhetsutövare måste förebygga och avhjälpa miljöskador orsakade av deras förorenande verksamheter, i andra hand i att de måste ersätta myndigheter kostnader för vidtagna åtgärder. En risk med att dessa intressen får för mycket inflytande är att ansvaret för verksamhetsutövare blir alltför strängt och inte tar andra avvägningar i beaktande, såsom proportionalitet och kausalitet.

De aktörer som har berörts i detta avsnitt är verksamhetsutövare, allmänheten samt andra medlemsstater och verksamhetsutövare i dessa stater. De aktörer som berörs direkt av principen om att förorenaren ska betala är verksamhetsutövare och allmänheten, varför den fortsatta framställningen kommer fokusera på dessa. Sammanfattningsvis är slutsatsen att om verksamhetsutövarna får för mycket inflytande i en beslutsfattande process kommer det leda till att principen om att förorenaren ska betala undermineras, antingen genom att miljöskador inte åtgärdas eller genom att allmänheten får stå för kostnaderna. Inflytande från allmänheten antas istället resultera i ett högt miljöskydd som placerar kostnadsansvaret hos förorenaren.

5.2 Fördelar med deltagande

I detta avsnitt redogörs för vilka fördelar respektive aktör kan vinna genom att engagera sig i miljöansvarsfrågan. Ju större potentiella fördelar, desto större incitament att agera. Sannolikheten för agerande mäts i fördelningen av insatser inom gruppen.

Som nämndes inledningsvis utgör föroreningsfrågor ett socialt dilemma.¹⁵⁵ Ett sådant definieras av att varje individ har större incitament att agera i enlighet med sitt eget bästa än för kollektivets bästa. Om varje individ följer detta incitament kommer utfallet dock bli sämre för samtliga i kollektivet.¹⁵⁶ Många miljöproblem kan förklaras av att alltför få människor väljer att agera efter kollektivets bästa utan istället agerar för egen vinning.¹⁵⁷

Vilka aktörer är det då som kommer drabbas av dessa problem? Som nämnts ovan i kapitel 2 är risken störst inom stora grupper med låga och spridda insatser. Sådana låga och utspridda insatser går att identifiera hos allmänheten, eftersom det inte är någon som

¹⁵⁴ Se även Maduro (1998), s. 170.

¹⁵⁵ Se ovan avsnitt 1.1.

¹⁵⁶ Dawes, Robyn. M., och Messick, David. M., *Social Dilemmas*, International Journal of Psychology, 2000, 111–116.

¹⁵⁷ Gustafsson (2012), s. 134.

personligen blir kompenserad genom miljöansvarsdirektivet. Istället drabbas en stor och diffus grupp av människor av vilka ingen drar någon individuell nytta av direktivets regler. Det rör sig istället om mer allmänna fördelar, såsom hälso- eller skattevinster. Det sistnämnda blir relevant ifall verksamhetsutövaren inte kan hållas ansvarig. Kostnaden för avhjälpande kommer då istället läggas på myndigheten vilket i slutändan innebär att skattebetalarna får stå för notan. I detta scenario blir det tydligt hur små insatserna faktiskt är, eftersom denna kostnad kommer delas på alla skattebetalare i hela medlemsstaten. Kostnaden blir då knappt märkbar för en enskild individ. Det kan såklart uppkomma fall där en inträffad miljöskada på ett konkret sätt påverkar en viss individ. Det som miljöansvarsdirektivet kan erbjuda denna individ är dock bara en chans att skadan åtgärdas, ingen ekonomisk kompensation.

Verksamhetsutövarna är däremot en liten och tydligt urskiljbar grupp. Deras insatser kommer därför att vara höga och koncentrerade. En potentiellt eller faktiskt förorenande verksamhet kommer ha höga incitament att agera för att minska sina utgifter. Insatsfördelningen bland verksamhetsutövarna kommer även skilja sig åt beroende på vilken grupp enligt artikel 3.1 de tillhör. För de verksamhetsutövare som är uppräknade i bilaga II gäller strikt ansvar. Dessa är alltså konkret utpekade och har lätt att identifiera sig själva och sitt intresse i frågan. Deras insatser är därför extra koncentrerade. Alla andra verksamhetsutövare som faller under artikel 3.1 b har fortfarande koncentrerade insatser eftersom de tillhör gruppen potentiella förorenare, men inte lika höga. Detta beror dels på att de inte är listade i direktivet, dels på att det krävs att de har begått fel eller försummelse för att de ska bli ansvariga.

5.3 Kostnader med deltagande

Eftersom deltagande är beroende av att fördelarna med att agera för en viss part överväger kostnaderna med detsamma, måste även undersökas hur dessa kostnader ser ut i förhållande till miljöansvar. Dessa kostnader mäts främst i komplexiteten hos den aktuella frågan. När en frågas svårighetsgrad ökar, ökar också ansträngningen som krävs för att potentiella aktörer ska kunna sätta sig in i frågan och identifiera sina intressen. Det är därför troligare att en fråga som är lätt att förstå kommer engagera en aktörsgrupp.

Regleringen av avhjälpande och förebyggande av miljöskador innehåller många olika frågeställningar, alla av varierande komplexitet. Som visades ovan i avsnitt 3.1 ger principen om att förorenaren ska betala ett relativt lättförståeligt intryck av dess innebörd, men under ytan väntar flera komplicerade avvägningar och ställningstaganden. Frågor kopplade till

miljöansvar kräver dessutom tekniska kunskaper för att kunna avgöra på vilket sätt en viss verksamhet fungerar och dess påverkan på miljön. Viss naturvetenskaplig förståelse krävs också för att studera denna påverkan. Slutsatsen blir därför att det aktuella området, förebyggande och avhjälpande av miljöskador med ledning av principen om att förorenaren ska betala, präglas av en relativt hög komplexitet.

Detta kommer drabba allmänheten hårdare än verksamhetsutövarna, eftersom de sistnämnda driver verksamheten och därför redan besitter denna förståelse. Miljörättsliga bestämmelser ställer ofta krav på att verksamhetsutövare måste inneha kunskap om konsekvenserna av sin verksamhet.¹⁵⁸ Det är betydligt svårare för gemene man att sätta sig in i dessa komplicerade förhållanden.

Ytterligare en kostnadsaspekt som drabbar allmänheten hårdare än verksamhetsutövarna handlar om de praktiska möjligheterna för grupper att organisera sig. Ju fler individer, desto högre organisationskostnader. Med stora grupper följer dessutom låga och utspridda insatser vilket försvårar mobilisering. Allmänheten kommer därför ha svårt att organisera sig mot verksamhetsutövarna. Verksamhetsutövarna har, utöver att de utgör en liten grupp med höga och koncentrerade insatser, förmodligen även en fördel i att de kan utnyttja branschnätverk.

5.4 Nationella lagstiftare och myndigheter: Den politiska processen

Inledningsvis påminns om definitionen av den politiska processen i denna uppsats, vilken är nationella lagstiftare och myndigheter. Det rör sig alltså om en rad olika processer som är utformade på olika sätt. Dessa olikheter läggs dock inte någon vikt vid utan samma problem med deltagande uppstår oavsett hur institutionen mer specifikt är utformade.

Det finns två risksituationer som kan uppstå inom den politiska processen; partiska utfall till förmån för en minoritet- respektive majoritets. Sannolikheten för att någondera av dessa utfall kommer uppstå bör därför vara ledande i frågan hur mycket beslutsfattande som ska fördelas till denna institution.

Wilson har utarbetat en förklaringsmodell som kan användas för att illustrera hur allmänhetens deltagande fungerar i förhållande till verksamhetsutövarnas inom den politiska processen. Han menar att vissa politiska frågor, till exempel föroreningar, kan beskrivas med termen ”entrepreneurial politics”. Detta fenomen uppstår när fördelarna med en viss reglering är utspridda mellan många individer medan den grupp som ska stå för kostnaderna är koncentrerad, vilket betyder att den individuella kostnaden kommer bli hög. I dessa

¹⁵⁸ Se hänsynsreglerna i 2 kap Miljöbalken för ett svenskt exempel.

situationer krävs för att majoritetsgruppens intressen ska få genomslag, att en entreprenör företräder denna grupp.¹⁵⁹ Som nämndes ovan utgör verksamhetsutövare parten som ska stå för kostnaderna enligt miljöansvarsdirektivet. Dessa har därför höga insatser och därmed också stora incitament att organisera sig och arbeta tillsammans mot en för dem ofördelaktig reglering. Allmänheten har inte lika mycket att vinna på en för dem fördelaktig reglering och har därmed låga insatser och små incitament att utöva något motstånd mot verksamhetsutövarna.

Slutsatsen blir därför att det är troligare att verksamhetsutövarnas intressen kommer få genomslag i lagstiftningsprocessen än allmänhetens. Det är alltså risk för minoritetspartiska utfall. Deltagande från allmänheten för att balansera upp denna snedrepresentation är osannolikt eftersom risken för snålskjutsåkning inom denna grupp är stor. Att snålskjutsåkning kommer uppstå beror delvis på det sociala dilemma som miljöansvar och föroreningar karaktäriseras av, men även på att vetenskaplig osäkerhet minskar människors vilja att samarbeta. Uppfattningen om diverse naturresurser präglas särskilt av sådan osäkerhet.¹⁶⁰ Resultatet av detta är att den nationella implementeringen av miljöansvarsdirektivet riskerar att bli alltför tillmötesgående gentemot verksamhetsutövarna, vilket går ut över miljön alternativt skattebetalarna.

Roten till detta problem är att det inte finns något utpekat skyddsobjekt i miljöansvarsdirektivet, utan att det i första hand är miljön som skyddas. Problematiken är densamma som i Komesars civilrättsliga luftföroreningsexempel¹⁶¹ och Engelbrekts studie av konsumentskydd,¹⁶² med företag med höga och koncentrerade insatser på ena sidan och privatpersoner med låga och utspridda insatser på den andra. I förhållande till miljöansvarsdirektivet blir effekten ännu mer extrem, eftersom både skadestands- och konsumentsskyddsreglering innehåller utpekade rättssubjekt som ställs mot varandra. I direktivet är de enda identifierbara rättssubjekten de potentiella förorenarna. Principen om att förorenaren ska betala omfattar förvisso även allmänheten, men detta är dolt i principens innebörd. Det är därför svårt för allmänheten att identifiera sin egen roll och sitt eget intresse angående regleringen.

¹⁵⁹ Wilson, James Q., *The Politics of Regulation*, i *The Politics of Regulation*, Wilson, James Q. (red.), 357–394, Basic Books, New York, 1980, s. 370.

¹⁶⁰ Budescu, David. V.; Rapoport, Amnon; Suleiman, Ramzi, *Simultaneous vs. Sequential Requests in Resource Dilemmas with Incomplete Information*, *Acta Psychologica*, 1992, 297–310.

¹⁶¹ Komesar (1994), s. 153ff.

¹⁶² Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, *Fair Trading Law in Flux? National Legacies, Institutional Choice and the Process of Europeanisation*, Univ., Diss. Stockholm: Univ., 2003, Stockholm, 2003.

Att ett partiskt utfall till förmån för en majoriteten skulle uppstå, med följd att implementeringen av miljöansvarsdirektivet blir överdrivet rigid, är därför mindre sannolikt. Ett sätt som majoritetspartiskhet kan uppkomma trots en inaktiv majoritet med låga och utspridda insatser är att det uppstår en katalytisk undergrupp inom majoriteten med högre insatser än genomsnittet. Undergruppen kan då utöva oproportionerligt stort inflytande på den politiska processen genom att utnyttja stödet av den inaktiva majoriteten. Potentiella sådana undergrupper i förhållande till miljöansvar är individer som löper stor risk att drabbas konkret av en miljöskada, till exempel för att de bor nära en förorenande verksamhet. Det är dock osannolikt att dessa skulle lägga någon energi på att påverka implementeringen av direktivet, eftersom detta inte erbjuder de någon ekonomisk kompensation utöver en försumbar skattevinst. Det är istället troligare att dessa individer prioriterar påverkan på reglering angående skadeståndsmöjligheter högre.

Ett annat alternativ är att en entreprenör mobiliserar eller hotar att mobilisera den inaktiva majoriteten, vilket ligger i linje med Wilsons teori om ”entrepreneurial politics”. Som Engelbrekt påpekar, kan politiker välja att driva en fråga i hopp om att det kommer leda till många röster.¹⁶³ På grund av de höga och koncentrerade insatserna hos de potentiella förorenarna är risken dock att denna entreprenör inte kommer lyckas med sin plan.

Dessa scenarier, katalytiska undergrupper och entreprenörspolitik, är därmed inte särskilt sannolika. Analysen kommer därför fortsättningsvis utgå från att den främsta risken i en nationell implementeringsprocess av miljöansvarsdirektivet är att den kommer påverkas för mycket av verksamhetsutövarnas önskemål och därmed riskera att bli alltför tandlös.

5.5 EU-domstolen: Den dömande processen

I detta avsnitt riktas uppmärksamheten istället mot EU-domstolen som institutionellt val. Precis som med den politiska processen finns i förhållande till denna dömande process vissa nationella skillnader. Dessa skillnader beror på att vägen till EU-domstolen för de aktuella aktörerna endast går genom nationella domstolar. Denna väg kan därför se olika ut, beroende på nationella processuella regler. Kostnaderna för att delta kan därför variera mellan medlemsstaterna. Den fortsatta framställningen kommer dock utgå från att det inom samtliga medlemsstater existerar något som i viss mån upplevs som hindrande för tillgången till domstolsprocessen. Nationella olikheter läggs därför inte någon vidare vikt vid.

¹⁶³ Engelbrekt (2003), s. 89.

En skillnad gentemot den politiska processen är att domstolen oftast bedömer befintliga miljöskador. Den politiska processen måste laborera med potentiella händelser och sannolikheter, något som domstolen slipper eftersom det krävs att en faktiskt konflikt föreligger för att den ska döma i frågan. I förhållande till det sociala målet, förebyggande och avhjälpan av miljöskador, är det därför främst avhjälpanåtgärder som domstolen kommer bedöma. Detta betyder dock inte att domstolen överhuvudtaget inte påverkar förebyggande av miljöskador eftersom ett förhandsavgörande kan ha en handlingsdirigerande funktion. Hur väl detta kommer fungera beror på verksamhetsutövarnas insatsnivåer.

Som har nämnts ovan har verksamhetsutövarna höga och koncentrerade insatser. Detta gäller både innan och efter en miljöskada har inträffat. Det blir tydligast i en situation där en förening har lett till en miljöskada. En ensamt ansvariga verksamhetsutövare kommer då ha väldigt stora incitament att agera eftersom den inte delar på ansvaret med någon annan. För ett tillbud delas visserligen risken av samtliga potentiellt förorenande verksamhetsutövare, men dessa är fortfarande en väl avgränsad grupp. Deras insatser kommer därför vara något lägre och mer utspridda än den ensamt ansvariga verksamhetsutövaren, men fortfarande höga och koncentrerade i förhållande till allmänheten. Detta betyder att den handlingsdirigerande funktionen av EU-domstolens avgöranden kommer fungera väl.¹⁶⁴

En förutsättning för att EU-domstolen ska kunna arbeta förebyggande på detta sätt är dock att nationella rättstvister initieras och att förhandsavgörande begärs. Återigen är det insatsfördelningen som avgör vilken part detta kommer vara. På grund av allmänhetens låga och utspridda insatser kommer denna inte ha några incitament att vidta åtgärder eller ens identifiera sitt intresse i frågan.¹⁶⁵ Även om en individ lyckas identifiera en förlust, till exempel sjukdom eller skatteförlust, och koppla denna till en förening kommer det inte vara värt pengarna och tiden det krävs för denna individ att initiera en rättstvist.¹⁶⁶ Även inom den dömande processen kommer dessutom snålskjutsåkning uppstå. Om många skulle ha nytta av en rättstvist är det osannolikt att någon känner sig manad att inleda densamma eftersom samma fördelar kan fås utan att behöva betala kostnaderna det innebär att engagera sig. Personerna som avses i artikel 12.1 kan dessutom endast överklaga den behöriga myndighetens ”beslut, handlingar eller underlåtelse att handla”.¹⁶⁷ De kan alltså inte med stöd av direktivet stämna verksamhetsutövaren direkt.

¹⁶⁴ Komesar (1994), s. 167.

¹⁶⁵ Komesar (1994), s. 167.

¹⁶⁶ Komesar (2001), s. 42.

¹⁶⁷ Artikel 13 miljöansvarsdirektivet.

För en verksamhetsutövare kommer det däremot inte bara vara värt att lägga ner tid och pengar på en rättstvist, den har också helt andra resurser att tillgå jämfört med en privatperson. En verksamhetsutövare som anser sig ha blivit ålagd ett felaktigt föreläggande av en myndighet kommer i regel ha stora incitament och små hinder för att bestrida detta i domstol. Ytterligare en problematisk aspekt i förhållande till vilka frågor som kommer till domstolen är därmed att det är troligare dessa handlar om huruvida en myndighet har gått för långt eller inte. Situationerna där myndigheten eventuellt inte upprätthåller ett tillräckligt högt miljöskydd kommer inte hamna på domstolens bord överhuvudtaget.

Det kan dessutom antas att verksamhetsutövare kommer delta i ett domstolsförfarande som enligt artikel 13 har initierats av en privatperson, trots att denne inte är svarande. Tvisten kommer nämligen röra dennes åtgärdsansvar eller liknande. Verksamhetsutövares intressen kommer därmed framföras i samtliga processer, oavsett vem som har initierat dem.

Artikel 12 och 13, vilka ger talerätt till ett antal rättssubjekt, kan betraktas som ett erkännande av och försök att lösa denna problematik med allmänhetens låga och spridda insatser. Faktum kvarstår dock att eftersom dessa individer inte har något att vinna på regleringen mer än de små fördelar som har beskrivits ovan i avsnitt 4.2, är det inte troligt att denna rätt kommer utnyttjas i den utsträckning som krävs för att balansera verksamhetsutövarnas inflytande. Talerätten underlättar deltagande men ändrar inte insatsfördelningen.

Artikel 12 ger även miljöorganisationer talerätt. En risk i förhållande till miljöorganisationer kan dock vara den problembild som kallas för huvudman-utförare, vilken innebär att den som representerar ett kollektiv kan ha andra motiv än kollektivet och utnyttja den kollektiva kraften för egen vinning.¹⁶⁸ Ett exempel på vad som skulle kunna vara ett dolt motiv för en representant för en miljöorganisation är på ett organisatoriskt plan att skaffa fler medlemmar eller statsbidrag, alternativt på ett personligt plan att göra ett bra jobb för att bli befordrad. Eftersom miljöorganisationer dessutom ofta är beroende av medlemsbidrag kan snålskjutsåkning bli problematiskt även för dessa. Då hela allmänheten vinner på att en miljöorganisation tvistar till fördel för miljön uppkommer lätt känslan hos en individ att just denna inte behöver betala medlemsavgifter, eftersom den ändå kommer kunna åtnjuta fördelarna av organisationens verksamhet.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Rubin, Paul. H., *On the Form of Special Interest Legislation*, Public Choice, 1975, 79f.

¹⁶⁹ Jfr Engelbrekt (2003), s. 95.

Ytterligare ett försök att undkomma problematiken är utveckling av möjligheter till grupptalan.¹⁷⁰ Denna möjlighet är enbart begränsat användbar i förhållande till miljöansvarsdirektivet, återigen på grund av att det inte är ett civilrättsligt regelverk som bygger på individuella offer. Eftersom direktivet inte kan erbjuda en drabbad individ någon ekonomisk kompensation är det troligare att denna försöker utverka rättvisa genom ett civilrättsligt förfarande som hen dessutom själv kan initiera gentemot förorenaren.

Sammanfattningsvis är det således troligast att även domstolsprocessen kommer präglas av verksamhetsutövarnas intressen. Detta tar sig dock inte uttryck i utfallet av domarna, såsom är fallet med den politiska processen där lagstiftningen påverkas. Den främsta risken med domstolsprocessen är istället att den inte kommer ha någon möjlighet att ingripa i de fall där miljöskyddet är i störst behov av förstärkning.

5.6 Det komparativa elementet i praktiken

Hittills i detta kapitlet har den deltagande-orienterade ansatsen tillämpats på den EU-rättsliga miljöansvarsregleringen. Denna analys har synliggjort de brister som finns i förhållande till de två olika beslutsfattande institutionerna som undersöks i denna uppsats. Det som återstår är det allra viktigaste, nämligen det komparativa elementet. I detta avsnitt jämförs därför funktionerna hos de nationella politiska processerna med EU-domstolens struktur. Utifrån utfallet av denna jämförelse, kommer sedan slutsatser dras angående domstolens tillämpning av miljöansvarsdirektivet.

Utgångspunkten är att domstolskorrigerande endast är nödvändigt om den politiska processen har producerat partiska regleringar. Som visades i avsnitt 4.3 är det risk för att partiska utfall till förmån för minoriteten, det vill säga verksamhetsutövarna, uppstår i frågor relaterade till miljöansvar. Detta innebär att den nationella implementeringen av miljöansvarsdirektivet riskerar att leda till ett sämre miljöskydd än vad som hade varit fallet om både verksamhetsutövarna och allmänheten hade haft lika stort inflytande i processen. Frågan är därmed om ett sådant eventuellt utfall bör hanteras genom att EU-domstolen begränsar medlemsstaternas handlingsutrymme.

Svaret på denna fråga är troligtvis nej. Detta beror främst på det faktum att det är mer sannolikt att majoritetspartiska utfall korrigeras genom domstolsprocessen än minoritetspartiska utfall.¹⁷¹ Anledningen till detta är att en minoritet som har blivit förbisedd i

¹⁷⁰ Komesar (1994), s. 130–133.

¹⁷¹ Komesar (1994), s. 82.

ett lagstiftningsförfarande kommer ha tillräckligt höga insatser för att driva en domstolsprocess i frågan och därigenom eventuellt korrigera den partiska lagstiftningen. En lagstiftning eller myndighetshandling som påverkats av minoriteter kommer däremot antagligen inte ens bli överprövade av en nationell domstol, eftersom majoriteten i regel kommer ha låga och utspridda insatser och därmed för låga incitament för att väcka talan. Dessa situationer riskerar därför att aldrig ens nå EU-domstolen.

Även om de nationella politiska processerna således inte fungerar optimalt, är detta inte skäl nog för att EU-domstolen ska begränsa medlemsstaternas handlingsutrymme i implementeringen av miljöansvarsdirektivet. Domstolens struktur tillsammans med aktörernas beteenden gör denna till ett sämre institutionellt val i förhållande till förebyggande och åtgärdande av miljöskador. Komesar menar dessutom att den politiska processen i föroreningsfrågor är mer informell och därför har större chans att reagera på aktörer med låga insatser än den formella domstolsprocessen.¹⁷² Återigen bör påpekas att han diskuterar civilrättslig skadeståndsreglering av föroreningar. För miljöansvarsdirektivet blir denna fördel hos den politiska processen än tydligare eftersom direktivet som nämnts ovan inte skyddar något rättssubjekt utöver miljön.

Resultatet av denna komparativa institutionella analys är således att nationella politiska processer är överlägsen EU-domstolen som beslutsfattande institution för uppnåendet av förebyggande och avhjälpan av miljöskador, med ledning av principen om att förorenaren ska betala. Detta trots att den riskerar att påverkas för mycket av verksamhetsutövarnas preferenser.

¹⁷² Komesar (1994), s. 175.

6. Ansvarstagande deltagande

I det här kapitlet relateras slutsatserna i kapitel 4 och 5 till varandra. Avslutningsvis dras även sammanfattande slutsatser för uppsatsen, i förhållande till dess syfte.

Slutsatsen av kapitel 4 var att EU-domstolen i sin tillämpning av miljöansvarsdirektivet uttrycker en institutionell preferens till fördel för sig själv som beslutsfattande institution för att uppnå förebyggande och avhjälpan av miljöskador.¹⁷³ Slutsatsen av kapitel 5 var att nationella lagstiftare och myndigheter är den överlägsna beslutsfattande institutionen i samma fråga.¹⁷⁴ Den råder därmed en diskrepans mellan EU-domstolens tillämpning och den normativt optimala fördelningen av beslutsfattande. Eftersom medlemsstaterna utifrån denna komparativa analys presumeras kunna hantera avvägningar angående miljöansvar bättre än domstolen, blir slutsatsen i denna del att domstolen i regel bör respektera dessa avvägningar.

Anledningen till att domstolen sällan visar denna respekt gentemot medlemsstaterna misstänks som sagt vara att den har en institutionell preferens gentemot sig själv som den lämpligaste avvägaren. Detta avslöjar en förutfattad mening av domstolsprocessen som överlägsen den politiska processen. Problemet med en sådan förutfattad mening är att den innebär att EU-domstolen kommer betraktas som en lämplig korrigeringsprocess för samtliga frågor utan att hänsyn tas till att vissa frågor på grund av deltagandemekanismer aldrig kommer hamna på domstolens bord. Om EU-lagstiftaren lämnar tolkningsutrymmen öppna i förtröstan om att detta åtgärdas genom praxis riskerar miljön att bli lidande. En otydlig reglering kan nämligen utnyttjas av till exempel förorenande verksamhetsutövare. Om EU ska hantera hotet om miljöförstöring seriöst krävs alltså komparativ institutionell analys.

Ytterligare risker med EU-domstolens preferenser är att dess resurser inte utnyttjas på optimalt vis. Genom att i så stor utsträckning placera beslutsfattandet hos sig själv, ökar EU-domstolen sin arbetsbörda. Detta kommer ur ett långsiktigt perspektiv leda till att det tar längre tid för förhandsavgöranden att lämnas, något som skulle kunna gå ut över miljön. Anledningen till detta är samma som nyss nämndes, nämligen att otydliga regleringar kan utnyttjas så länge domstolen inte har hunnit ge ett klart besked.

EU-domstolen bör istället först och främst användas för att korrigera majoritetspartiska utfall.¹⁷⁵ Som nämndes inledningsvis står vårt samhälle inför en mängd olika utmaningar. EU-domstolen bör därför prioritera någon av dessa övriga utmaningar som den är bättre

¹⁷³ Se ovan avsnitt 4.6.1.

¹⁷⁴ Se ovan avsnitt 5.6.

¹⁷⁵ Se ovan avsnitt 5.6.

institutionellt lämpad att hantera än förebyggande och avhjälpan­de av miljöansvar. Engelbrekt lyfter fram att ett exempel på detta kan vara diskrimineringsfrågor. Hon menar att EU-domstolen är överlägsen nationella politiska processer i kampen mot nationalitetsdiskriminering, då nationella politiska processer löper stor risk att färgas av partiskhet till förmån för sina egna invånare.¹⁷⁶

Uppsatsens institutionellteoretiska ansats ger på detta sätt en fördjupad förståelse för hur EU:s institutionella dynamik fungerar i förhållande till hantering av miljöförstöring och övrig samhäll­elig måluppfyllelse. I vilka frågor bör en preciserad lagstiftning prioriteras och i vilka frågor kan EU-lagstiftaren förlita sig på att domstolen levererar nödvändig rättsutveckling genom praxis? I frågor som präglas av en risk för majoritetspartiska utfall kan domstolen med fördel användas som väktare av minoritetsintressen. Frågor som styrs av minoritetsintressen bör däremot hanteras av EU:s politiska process, för att sedan kompletteras genom nationella politiska processer. Detta visar hur EU-domstolens deltagande i samhäll­elig måluppfyllelse kan bedömas på ett ansvarstagande sätt. Dessa insikter är värdefulla för att EU ska kunna uppnå sin fulla potential i kampen mot miljöförstöring.

¹⁷⁶ Engelbrekt (2013), s. 261.

7. Källförteckning

Offentligt tryck

Fördraget om Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/35/EG av den 21 april 2004 om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador.

Miljöbalk (1998:808)

Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet enligt artikel 18.2 i direktiv 2004/35/EG om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador, av den 14 april 2016.

Litteratur

Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, *Fair Trading Law in Flux? National Legacies, Institutional Choice and the Process of Europeanisation*, Univ., Diss. Stockholm: Univ., 2003, Stockholm, 2003 [Engelbrekt (2003)].

Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, *Institutionell teori och metod*, i Juridisk metodlära, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), 239–272, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013, [Engelbrekt (2013)].

Bergkamp, Lucas, *Comment on Case C-378/08, 9 March 2010; Joined Cases C-379/08 and 380/08, 9 March 2010; Joined Cases C-478/08 and C-479/08, 9 March 2010*, Journal for European Environmental & Planning Law, 2010, 355–361.

Budescu. David. V.; Rapoport, Amnon; Suleiman, Ramzi, *Simultaneous vs. Sequential Requests in Resource Dilemmas with Incomplete Information*, Acta Psychologica, 1992, 297–310.

Bugge, Hans Christian, *The Polluter Pays Principle: Dilemmas of Justice in National and International Context*, i Environmental Law and Justice in Context [Elektronisk resurs], Ebbesson, Jonas & Okowa, Phoebe N. (red), 411–428, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Cassotta, Sandra., *Environmental Damage and Liability Problems in a Multilevel Context: the Case of the Environmental Liability Directive*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012 (Energy and Environmental Law and Policy Series).

Coase, Ronald. H., *The Problem of Social Costs*, *Journal of Law and Economics*, 1960, 1–44.

Dawes, Robyn. M., och Messick, David. M., *Social Dilemmas*, *International Journal of Psychology*, 2000, 111–116.

Eriksson-Zetterquist, Ulla, *Institutionell teori: idéer, moden, förändring*, 1. uppl., Liber, Malmö, 2009 [Eriksson-Zetterquist (2009)].

Eskridge, William. N. Jr., *Expanding Chevron's Domain: A Comparative Institutional Analysis of the Relative Competence of Courts and Agencies to Interpret Statutes*, *Wisconsin Law Review*, 2013, 411–454.

Galaz R., Victor, *Global Environmental Governance, Technology and Politics: the Anthropocene gap [Elektronisk resurs]*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, [Galaz (2014)].

Gustafsson, Mathias, *Sociala dilemman*, i *Samhällspsykologi*, Gärling, Tommy och Biel, Anders (red.), 131–145, 1. uppl., Liber, Malmö, 2012 [Gustafsson (2012)].

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011 [Hettne och Eriksson (2011)].

Hirschl, Ran, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, *Annual Review of Political Science*, 2008, 93–118.

Komesar, Neil K., *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Univ. of Chicago Press, Chicago, 1994, [Komesar (1994)].

Komesar, Neil K., *Law's Limits: the Rule of Law and the Supply and Demand of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, [Komesar (2001)].

Komesar, Neil, *The Logic of the Law and the Essence of Economics: Reflections on Forty Years in the Wilderness*, *Wisconsin Law Review*, 2013, 265–338 [Komesar (2013)].

Krämer, Ludwig, *The Genesis of EC Environmental Principles*, i *Principles of European Environmental Law*, Macrory, Richard, Havercroft, Ian & Purdy, Ray (red.), 29–48, Europa Law Publishing, Groningen, 2004 (The Avosetta Series 4).

Langlet, David och Mahmoudi, Said, *EU Environmental Law and Policy*, 1st ed, Oxford University Press, New York, 2016 [Langlet och Mahmoudi (2016)].

Maduro, Miguel Pinares, *We, the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart, Oxford, 1998, [Maduro (1998)].

Rubin, Paul. H., *On the Form of Special Interest Legislation*, *Public Choice*, 1975, 79f.

Sadeleer, Nicolas de., *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, Oxford, 2002, [de Sadeleer (2002)].

Schütze, Robert, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, [Schütze (2012)].

Simon, Herbert. A., *Rational Choice and the Structure of the Environment*, Psychological Review, 1956, 129–138.

Van Calster, Geert och Reins, Leoni, *The ELD´s Background*, i *The EU Environmental Liability Directive: a Commentary*, Bergkamp, Lucas & Goldsmith, Barbara (red), 9–30, 1. ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.

Verschuuren, Jonathan, *The Role of Sustainable Development and the Associated Principles of Environmental Law and Governance in the Anthropocene*, i *Environmental Law and Governance for the Anthropocene* [Elektronisk resurs], Kotzé, Louis J. (red.), 3–29, Oxford, 2017.

Wilson, James Q., *The Politics of Regulation*, i *The Politics of Regulation*, Wilson, James Q. (red.), 357–394, Basic Books, New York, 1980.

Young, Oran. R., *Institutional Dynamics: Resilience, Vulnerability and Adaptation in Environmental and Resource Regimes*, *Global Environmental Change*, 2010, 378–385.

8. Rättsfallsförteckning

Dom av den 7 februari 1985, *ADBHU*, Case 240/83, EU:C:1985:59.

Beslut av den 28 november 2005, *FranEEB och Stichting Natuur en Milieu mot Kommissionen*, T-236/04, EU:T:2005:426.

Dom av den 24 juni 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07, EU:C:2008:359.

Dom av den 11 december 2008, *Kommissionen mot Frankrike*, C-330/08, EU:C:2008:720.

Dom av den 22 december 2008, *Kommissionen mot Finland*, C-328/08, EU:C:2008:775.

Dom av den 12 mars 2009, *Kommissionen mot Slovenien*, C-402/08, EU:C:2009:157.

Dom av den 24 mars 2009, *Kommissionen mot Luxemburg*, C-331/08, EU:C:2009:185.

Dom av den 27 mars 2009, *Kommissionen mot Irland*, C-418/08, EU:C:2009:206.

Dom av den 19 maj 2009, *Kommissionen mot Grekland*, C-368/08, EU:C:2009:326.

Dom av den 18 juni 2009, *Kommissionen mot Förenade kungariket*, C-417/08, EU:C:2009:384.

Beslut av den 26 februari 2010, *Kommissionen mot Grekland*, C-370/09, EU:C:2010:101.

Dom av den 9 mars 2010, *ERG m.fl. I*, C-378/08, EU:C:2012:126.

Dom av den 9 mars 2010, *ERG m.fl. II*, C-379/08 och C-380/08, EU:C:2010:127.

Beslut av den 9 mars 2010, *Buzzi Unicem m.fl.*, C-478/08 och C-479/08, EU:C:2010:129.

Dom av den 11 september 2014, *Kommissionen mot Tyskland*, C-525/12, EU:C:2014:2202.

Dom av den 4 mars 2015, *Fipa Group m.fl.*, C-534/13, EU:C:2015:140.

Beslut av den 6 oktober 2015, C-592/13, *Ediltecnica*, EU:C:2015:679.

Beslut av den 6 oktober 2015, *Tamoil Italia*, C-156/14, EU:C:2015:677.

Dom av den 23 november 2016, *Bayer CropScience och Stichting De Bijenstichting*, C-442/14, EU:C:2016:890.

Dom av den 23 november 2016, *Kommissionen mot Stichting Greenpeace Nederland och PAN Europe*, C-673/13 P, EU:C:2016:889.

Dom av den 1 juni 2017, *Folk*, C-529/15, EU:C:2017:419.

Dom av den 13 juli 2017, *Türkevei Tejtermelő Kft.*, C-129/16, EU:C:2017:547.

Jag, Julia Johansson, registrerades på kursen första gången HT 2017. Jag har inte omregistrerats eller deltagit vid några tidigare examinationstillfällen på kursen.