

Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Åsa Ågren
Rimlighetsavvägningens alternativ
– låt oss bredda perspektiven!

Särtryck ur häfte 2/2019

RIMLIGHETSAVVÄGNINGENS ALTERNATIV – LÅT OSS BREDDA PERSPEKTIVEN!

Av Åsa Ågren¹

Efter att ha tagit del av Naturvårdsverkets hållning i frågan om rimlighetsavvägningens (2 kap. 7 § miljöbalken) utveckling får man lätt intrycket av att de representanter från Naturvårdsverket som har uttalat sig i frågan inte har tagit del av den forskning som finns på området. Med tanke på att det finns en påtaglig diskrepans mellan praktikers och akademikers syn på ämnet efterfrågar jag ett utökat erfarenhetsutbyte mellan Naturvårdsverket och akademien.

I. RIMLIGHETSAVVÄGNINGEN – ETT NÖDVÄNDIGT MEN TRUBBIGT MILJÖRÄTTSLIGT INSTRUMENT

Miljörätten har flera inneboende konflikter och jag kommer i denna debattartikel utgå från en sådan konflikt. Samtidigt som det krävs verkningsfulla miljöåtgärder bör dessa åtgärder inte kasta omkull hela samhällsekonomin. Efter att Rachel Carsons banbrytande bok *Tyst vår* släpptes i början av 60-talet har det funnits en förståelse för att vi behöver vara försiktiga med miljörisiker. Ett på 50-talet effektivt och ”ofarligt” myggmedel använt vid en sportstuga i Småland kan långt senare visa sig påverka hormonerna hos Svalbards isbjörnar, vilket var fallet med insektsbekämpningsmedlet DDT (diklordifenyltriklor-etan). Den rättsliga principen om att vi ska iaktta försiktighet i relation till miljörisiker, den så kallade försiktighetsprincipen (2 kap. 3 § miljöbalken), är idag en av miljöbalkens hänsynsregler. Enligt den så kallade rimlighetsavvägningen får dock försiktighetsprincipen och andra hänsynsregler inte vara orimliga att uppfylla. I 2 kap. 7 § miljöbalken stadgas:

Kraven i 2–5 §§ och 6 § första stycket gäller i den utsträckning det inte kan anses orimligt att uppfylla dem. Vid denna bedömning ska särskild hänsyn tas till nyttan av skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått jämfört med kostnaderna för sådana åtgärder. När det är fråga om en totalförsvarsverksamhet eller en åtgärd som behövs för totalförsvaret, ska vid avvägningen hänsyn tas även till detta förhållande.

Trots första stycket ska de krav ställas som behövs för att följa 5 kap. 4 och 5 §§.

¹ Doktorand i allmän rättslära vid Karlstads universitet.

Om man drar försiktighetsprincipen till sin spets skulle sannolikt ingen miljöfarlig verksamhet alls kunna godtas. Alla verksamheter är förenade med någon form av risk, även om risken kan vara försvinnande liten. Troligtvis är det få individer i samhället som skulle acceptera en sådan strikt hållning. Rimlighetsavvägningen fyller därmed en viktig funktion genom att ta hänsyn till vad ett samhälle kan acceptera. Det finns en möjlighet att beakta kostnaderna av en miljöåtgärd och med detta undvika orimliga åtgärder, exempelvis vid tillämpningen av försiktighetsprincipen.

En fråga med större skiljelinjer är hur rimlighetsavvägningen ska göras. Tillämpningen av rimlighetsavvägningen har kritiserats från flera håll. I en rapport beställd av Naturvårdsverket, där en rättsfallsgenomgång gjordes med fokus på rimlighetsavvägningen, konstaterade utredarna följande:

Utifrån presenterad rättspraxis kan det vidare konstateras att domstolarnas tillämpning av rimlighetsavvägningen inte är tillräckligt klargörande för att förutsebarhet kan uppnås. En oförutsebar rätts-tillämpning kan innebära en inskränkning i rättssäkerheten, vilket skulle kunna äventyra det grundläggandet syftet med miljöbalken i 1 kap. 1 § miljöbalken.²

När Naturvårdsverket senare gjorde en översyn av miljöbalken kom det flera inspel från allmänheten där just ökad förutsebarhet efterfrågades vid tillämpningen av rimlighetsavvägningen.³ Detta är även en av de frågor som är av betydelse i mitt pågående avhandlingsprojekt om rimlighetsavvägningen och beslutsfattande. Min uppfattning är att det finns en relativt samstämmig bild av problemen med rimlighetsavvägningen, en bild som även jag delar. Eftersom förutsebarhet kan kopplas till rättssäkerhet så är frågan om förutsebarhet central för att vårt rättssystem ska upprätthållas.

2. NATURVÅRDSVERKETS FÖRSLAG FÖR ÖKAD FÖRUTSEBARHET

Om tillämpningen av rimlighetsavvägningen inte kan sägas vara tillräckligt förutsebar är nästa fråga hur vi kan nå en ökad förutsebarhet. Den kritik som denna artikel riktar mot Naturvårdsverket avser hur verket har behandlat detta problem. Här hade jag önskat att Naturvårdsverket hade tagit del av den pågående forskningsdebatt som faktiskt finns på området, särskilt

² Söderqvist T. m.fl., (2015): *Hur tillämpas miljöbalkens rimlighetsavvägning?*, Rapport 2015:1, Envenco Miljöekonomi AB, Mark- och Miljörättsbyrån i Sverige AB, IVL, Svenska Miljöinstitutet AB, s. 54–55.

³ Naturvårdsverket, (2015): *Inspel inkomna till Naturvårdsverkets miljöbalksprojekt – 2 kapitlet Miljöbalken den 26 juni 2015*, <https://www.naturvardsverket.se/Stod-i-miljoarbetet/Rattsinformation/Miljobalken/Att-anvanda-miljobalken-battre/>, hämtat den 26 september 2019.

rörande rimlighetsavvägningens alternativ. Det som föranleder denna kritik är seminariet *Rimlighetsavvägning – en utmaning*⁴ under årets upplaga av Miljöbalksdagarna, ett årligt event anordnat av Naturvårdsverket, och rapporten *Att göra rimlighetsavvägning enligt 2 kap. § 7 miljöbalken*, som skrevs för Naturvårdsverket för ca två år sedan.⁵ Vid seminariet på Miljöbalksdagarna diskuterade tre representanter för Naturvårdsverket – en jurist, en ekonom och en ingenjör – utvecklingen av rimlighetsavvägningen. Det som för dem samman är att de alla förespråkar en avvägning som utgår från tydligare ekonomiska ramar, eller som det står i Naturvårdsverkets referat från seminariet: ”Samtliga tre representanter från Naturvårdsverket som alla besitter olika roller är eniga om att ekonomers kompetens behövs som en delfaktor i en rimlighetsavvägning.”⁶ Ett förslag på en ekonomisk metod för avvägningen är något som har utvecklats i den ovan nämnda rapporten, där det framgår att:

Målet med uppdraget är att sammanställa/utveckla och föreslå metodik för att kunna göra beräkningar av verksamhetens kostnader av skyddsåtgärder samt för hur man väger dessa kostnader mot värdet av minskade skador på miljö och hälsa.⁷

Avvägningen borde enligt utredarna bestå av en företagsekonomisk och en samhällsekonomisk bedömning.

Även om själva begreppet kostnadsnyttoanalys används sparsamt i de källor från Naturvårdsverket som jag har tagit del av, är det svårt att inte tolka innebörden av de olika representanternas resonemang som att det som faktiskt efterfrågas är att svenska myndigheter och domstolar borde göra kostnadsnyttoanalyser vid tillämpningen av rimlighetsavvägningen. Här ska sägas att begreppet kostnadsnyttoanalys är brett. Det finns olika typer av kostnadsnyttoanalyser men gemensamt för dessa är att man försöker beräkna kostnaderna med och nyttan av en åtgärd i monetära värden.⁸

4 Appelberg C., Brunlöf A. och Bomark S., (2019): *Rimlighetsavvägning – en utmaning*, föredrag på Miljöbalksdagarna 2019, Stockholm den 8 april 2019. Medverkande var en miljöjurist (Appelberg), en miljöekonom (Brunlöf) och en industrihandläggare (Bomark), alla anställda på Naturvårdsverket.

5 Naturvårdsverket gav en konsultfirma i uppdrag att ta fram ett förslag kring utvecklandet av rimlighetsavvägningen.

6 Naturvårdsverket, (2019): *Referat från Rimlighetsavvägning – en utmaning*, <https://www.naturvardsverket.se/Kalendarium/Dokumentation-fran-seminarier/Dokumentation-fran-Miljobalksdagarna-2019/>, hämtat den 26 september 2019.

7 Nordzell H., Sharin H. och Söderqvist T., (2017): *Att göra rimlighetsavvägning enligt 2 kap. § 7 miljöbalken*, Rapport 2017:6, Anthesis Envaco AB, s. 6.

8 Amartya Sen resonerar kring detta i Sen A., *The Discipline of Cost-Benefit Analysis*, i Adler M.D. och Posner E.A., (2001): *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic and Philosophical Perspectives*,

3. BEHOVET AV EN ÖKAD FÖRSTÅELSE FÖR KOSTNADSNYTTOANALYSERNA

När det gäller förståelsen av kostnadsnyttoanalyserna finns det skäl att snegla över Atlanten. USA har haft ett mycket utbrett system med kostnadsnyttoanalyser inom den offentliga förvaltningen sedan 80-talet.⁹ Där har det även funnits, och finns fortfarande, en mycket livaktig debatt inom akademien kring effekterna av kostnadsnyttoanalyserna. Det rör sig här om bidrag från seniora forskare från välrenommerade universitet inom miljöretten, nationalekonomin och moralfilosofin. Utifrån de aktuella presentationerna på Miljöbalksdagarna och den ovan nämnda rapporten kan jag bara konstatera att det inte framgår att någon av Naturvårdsverkets representanter verkar ha lagt någon vikt vid den omfattande forskning och forskningsdebatt som faktiskt existerar rörande effekterna av kostnadsnyttoanalyserna.

En förståelse för debatten är inte minst viktig eftersom det inte är helt okontroversiellt att använda sig av kostnadsnyttoanalyser, särskilt inom miljörettens område. Detta sätter läroboken *Cost-Benefit Analysis and the Environment* fingret på: ”The application of CBA [cost-benefit analysis] to environmental management is fraught with problems.”¹⁰ Här nedan ska jag ge en sammanfattning av några av de viktigaste argumenten som berör kostnadsnyttoanalysernas effekter. Utrymmet för denna artikel gör dock inte den omfattande amerikanska forskningsdebatten full rättvisa.

Från ett miljörettsligt perspektiv anses ett av de stora problemen med att använda sig av kostnadsnyttoanalyser vara att det är svårt att beräkna kostnaderna och särskilt nyttan av en miljöåtgärd.¹¹ Det går att uttolka en viss medvetenhet hos Naturvårdsverket kring denna svårighet. Naturvårdsverkets miljöekonom tar bl.a. upp att de schablonkostnader som hon presenterar inte är heltäckande och i den av Naturvårdsverket beställda rapporten konstaterar utredarna att det finns nyttor som faller utanför deras samhällsekonomiska

Chicago, University of Chicago Press.

9 För ytterligare information se Ashford N.A., *The Legacy of the Precautionary Principle in US Law: The Rise of Cost-Benefit Analysis and Risk Assessment as Undermining Factors of Health, Safety and Environmental Protection*, i de Sadeleer N., (2007): *Implementing the Precautionary Principle: Approaches from the Nordic Countries, EU and USA.*, London, Earthscan, s. 356 ff.

10 Hanley N. och Spash C.L., (1993): *Cost-Benefit Analysis and the Environment*, Hampshire, Edward Elgar, s. 20.

11 Detta är argument som påtalades så tidigt som på 70-talet i en forskningsartikel av Raphael Kasper, Kasper R., (1977): *Cost-Benefit Analysis in Environmental Decisionmaking*, *George Washington Law Review* 45(5): 1013–1024, men återfinns även i bl.a. Ackerman F. och Heinzerling L., (2002): *Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection*, *University of Pennsylvania Law Review* 150(5): 1553–1584, och Broome J., *Cost-Benefit Analysis and Population*, i Adler M.D. och Posner E.A., (2001).

bedömning: ”Det finns alltså skäl att vid bedömningen av den *totala* storleken av skyddsåtgärders nyttor att inte begränsa sig till de nyttor som kan värderas samhällsekonomiskt.”¹²

Svårigheterna med att beräkna miljövärden monetärt kan kopplas till att vi normalt behandlar frågor om miljöskydd i vår roll som medborgare medan kostnadsnyttoanalysen reducerar oss till att bli enbart konsumenter. Miljöfilosofen Mark Sagoff tar upp som ett exempel att hans studenter gärna hade åkt skidor i det vinter-Disneyland som aldrig byggdes i ett idag skyddat naturområde i USA. I egenskap av konsumenter hade studenterna inget intresse av områdets stora naturvärden men utifrån sin roll som amerikanska medborgare kunde de se värdet av att ett vinter-Disneyland aldrig anlades på platsen.¹³

En annan aspekt av problematiken med att beräkna miljönyttor är miljöns komplexitet. Detta ger miljörettsprofessorn Liza Heinzerling uttryck för när hon menar att kostnadsnyttoanalysen inte är anpassad för att ta hand om miljöregleringarnas tidsdimensioner. Miljöregleringar syftar både på nutid och en ovisst framtid, medan kostnadsnyttoanalysen enbart kan hantera en bestämd framtid eller nutid. Detta är en anledning till att kostnadsnyttoanalyserna slår fel och missgynnar miljöhänsynen. Heinzerling skriver följande:

These accounting techniques can have an enormous effect on the perceived wisdom of environmental regulations. Indeed, economic analyses employing such techniques are responsible, perhaps more than anything else, for the common perception that environmental regulation costs too much while saving too few.¹⁴

Här kan jag konstatera att två av Naturvårdsverkets representanter vid Miljöbalksdagarna och den av Naturvårdsverket beställda rapporten förordar diskontering som beräkningsmetod. Heinzerling tar särskilt upp denna metod i sin kritik, en metod som enligt henne kräver att det framtida värdet måste vara känt.¹⁵

En annan miljörettsprofessor, Amy Sinden, menar att kostnadsnyttoanalysen inte tar in maktfrågor som bl.a. är kopplade till miljörettsliga avvägningar. Miljöförstöring är inte bara en ekonomisk så kallad extern effekt utan även ett

¹² Nordzell H., Sharin H. och Söderqvist T., (2017).

¹³ Sagoff M., (1981): We Have Met the Enemy and He Is Us or Conflict and Contradiction in Environmental Law, *Environmental Law* 12: 283–316.

¹⁴ Heinzerling L., (1999): Environmental Law and the Present Future, *Georgetown Law Journal* 87(6): 2025–2078, s. 2026.

¹⁵ Ibid.

resultat av ett politiskt misslyckande, något som kostnadsnyttoanalysen inte fångar upp.¹⁶ Mycket av kritiken mot kostnadsnyttoanalysen handlar alltså om vad den inte behandlar. Här kan nämnas att filosofen Martha Nussbaum, miljörättsprofessorn Douglas A. Kysar och professorn i offentlig förvaltning, Steve Kelman, utifrån olika perspektiv menar att det finns brister i hur väl kostnadsnyttoanalysen kan behandla moraliska frågor.¹⁷

Därtill finns det en mer generell kritik mot att kostnadsnyttoanalysen inte är det neutrala instrument som den påstås vara, något som bland annat rätts-teoretikern Duncan Kennedy¹⁸ och Sagoff¹⁹ poängterar. Kennedy skriver bl.a. följande: ”The point about this procedure is that it is arbitrary. It provides yet another medium for the introduction of political preferences through what seem merely necessary ‘practical’ assumptions of any analysis.”²⁰ Enligt mig har Heinzerling tillsammans med ekonomen Franck Eckerman kommit med den, i det aktuella sammanhanget, besvärligaste kritiken mot kostnadsnyttoanalysen. De menar att kostnadsnyttoanalysen på tvärs mot dess löften varken är transparent eller objektiv: ”In fact, in most cases the use of cost-benefit analysis is likely to deliver less objectivity and less transparency.”²¹ Om kostnadsnyttoanalysen inte är transparent, är frågan i vilken mån tillämpningen av denna analys kan öka rimlighetsavvägningens förutsebarhet.

Det går naturligtvis att finna de som ser fördelar med kostnadsnyttoanalysen och som jag redan inledningsvis har konstaterat är dagens rimlighetsavvägning, där tydlig vägledning saknas, problematisk. Ett av argumenten för kostnadsnyttoanalyserna är att det inte finns något annat alternativ, något ekonomiprofessorn Robert H. Frank och domaren Richard A. Posner hävdar.²² Kostnadsnyttoanalyserna kan även minska risken för att intressegrupper får för stort inflytande.²³ Andra förespråkare för kostnadsnyttoanalysen inom

16 Sinden A., (2005): In Defense of Absolutes: Combating the Politics of Power in Environmental Law., *Iowa Law Review* 90: 1405–1512.

17 Se Nussbaum M.C., *The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis*, i Adler M.D. och Posner E.A., (2001), Kelman S., (1981): *Cost-Benefit Analysis: an Ethical Critique.*, *Regulation* 5:33 och Kysar D.A., (2010): *Regulating from Nowhere: Environmental Law and the Search for Objectivity.*, New Haven, Yale University Press.

18 Kennedy D., (1981): *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique.*, *Stanford Law Review* 33(3): 387–445.

19 Sagoff M., (1987): Where Ickes Went Right or Reason and Rationality in Environmental Law., *Ecology Law Quarterly* 14(2): 265–323.

20 Kennedy D., (1981), s. 443.

21 Ackerman F. och Heinzerling L., (2002), s. 1576.

22 Frank R.H., *Why is Cost-Benefit Analysis so Controversial?*, och Posner R.A., *Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification and Comment on Conference Papers*, i Adler M.D. och Posner E.A., (2001).

23 Becker G.S.A., *Comment on the Conference on Cost-Benefit Analysis*, i Adler M.D. och Posner

miljörättens område menar att det går att finna en pragmatisk medelväg. Det går att bemöta de problem som finns med kostnadsnyttoanalysen utan att behöva anamma miljöförespråkarens mer dogmatiska syn på hur samhället ska hantera miljöproblem. Detta synsätt får miljörättsprofessorn Daniel A. Farber anses förespråka.²⁴ Även Cass Sunstein, juridikprofessor med bl.a. miljörätt som specialitet, har en pragmatisk inställning.²⁵

Innan jag drar några slutsatser av de nämnda argument som förekommer i den amerikanska forskningsdebatten vill jag beröra frågan om hur mycket som går att föra över från den amerikanska debatten till svenska förhållanden. En tydlig skillnad mellan USA och Sverige är att kostnadsnyttoanalyserna tillämpas på väldigt många olika typer av åtgärder i USA. Alla dessa åtgärder utgörs inte av en amerikansk motsvarighet till rimlighetsavvägningen. Även om det amerikanska systemet med kostnadsnyttoanalyser utgår från den amerikanska miljörättens särdrag så är enligt mig den forskningsdebatt som jag har redovisat för så generell att den får anses ha hög relevans även i en nationell kontext. Varken kostnadsnyttoanalysen som modell eller miljöns komplexitet är något som begränsas av nationsgränser. Den rapport som Naturvårdsverket beställde utgår även från hur den amerikanska miljömyndigheten, Environmental Protection Agency (EPA), gör sina avvägningar.

I Sverige har det tyvärr inte heller funnits samma debatt kring miljörättens avvägningsproblematik som i USA. Inom svensk miljörätt är det främst den tidigare miljörättsprofessorn Staffan Westerlund som har intresserat sig för rimlighetsavvägningen och kostnadsnyttoanalyser. Det är av intresse att följa hans akademiska bidrag på detta område eftersom han helt ändrade sin ståndpunkt. Som ung forskare såg han möjligheter i kostnadsnyttoanalysen, medan han senare i sin karriär ansåg att kostnadsnyttoanalyserna inte kunde hantera månggenerationsproblematiken: "Avvägningar klarar inte månggenerationsproblematiken som sådan, och genant tog det mig många år innan det gick upp för mig, något som jag utförligare behandlade i *En hållbar rättsordning 1997*."²⁶ Hans sista bidrag var att ersätta ekonomin som viktnorm mot exergi. Denna viktnorm beräknar hur dyrt det är att återskapa något i exergi, det vill säga den del av energin som inte omvandlas till mekaniskt arbete.²⁷

E.A., (2001).

24 Farber D.A., (1999): *Eco-pragmatism: Making Sensible Environmental Decisions in an Uncertain World*, Chicago, University of Chicago Press.

25 Sunstein R.C., *Cognition and Cost-Benefit Analysis*, i Adler M.D. och Posner E.A., (2001).


26 Westerlund S., *Miljön och avvägningarna*, i Michanek G. och Björkman U., (2003): *Miljörätten i förändring: en antologi*, Uppsala, lustus, s. 248.

27 För att få en bild av hur Staffan Westerlund behandlat frågan om kostnadsnyttoanalyser under åren så återfinns en positiv syn på kostnadsnyttoanalysen i Westerlund S., (1988): *Rätt och miljö*, Stockholm, Carlsson. I Westerlund S., (1997): *En hållbar rättsordning: rättsvetenskapliga para-*

4. ETT UTÖKAT ERFARENHETSUTBYTE MELLAN AKADEMIN OCH NATURVÅRDSVERKET

Det är svårt att inom akademien finna samma entusiasm för att föra in ekonomin och ekonomiska modeller i miljörätten som Naturvårdsverkets representanter visar prov på. Inom det aktuella forskningsfältet som berör kostnadsnyttoanalyserna, återfinns fler kritiker än förespråkare. Denna diskrepans är något som har uppmärksammats. Rättsekonomerna Matthew D. Adler och Eric A. Posner konstaterar exempelvis att det finns en betydligt mer negativ syn på kostnadsnyttoanalyser inom akademien än hos olika myndigheter: "Cost-benefit analysis is routinely used by government agencies in order to evaluate projects, but it remains controversial among academics."²⁸

Som utbildad nationalekonom men verksam inom ett forskningsfält som utgörs av rättsteori och miljörett kan jag se tjusningen i de enkla ekonomiska modellerna men samtidigt se problemen med att försöka pressa in miljöns komplexitet i dessa modeller. Den kritik mot kostnadsnyttoanalyserna som jag har redogjort för visar bl.a. på svårigheterna med att prissätta miljönyttan. Miljön kan helt enkelt inte omvandlas till pengar. Kostnadsnyttoanalyserna innebär både att vissa moraliska frågor och mer komplexa tidssamband försvinner och att medborgare reduceras till konsumenter.

I slutet av den rapport som Naturvårdsverket beställde önskar utredarna en diskussion, och att andra perspektiv kommer fram. Jag skulle här vilja se att ett mer miljöteoretiskt perspektiv togs in i diskussionen kring rimlighetsavvägningens framtida utveckling. Det bästa skulle vara ett utbyte där akademien kan lära något av hur det går till i praktiken, och att myndigheter såsom Naturvårdsverket tillvaratar den akademiska forskningen. Med tanke på att Naturvårdsverket är en myndighet med uppgift att förvalta naturen och att representera miljöintressen, är det än viktigare att Naturvårdsverket tar del av relevant forskning på området. Försöken att skapa en metod för att avgöra när tillämpningen av försiktighetsprincipen är orimlig är ingen lätt uppgift. De flesta parter ser dock en problematik med dagens rimlighetsavvägning. Detta är i sig en bra utgångspunkt för en fortsatt diskussion mellan akademiker och praktiker. 

digm och tankevändor., Uppsala, lustus, tar han upp månggenerationsproblematiken och slutligen i antologin Michanek G. och Björkman U., *Miljörätten i förändring: en antologi* (2003) tar han upp exergi som en viktnorm.

²⁸ Adler M.D. och Posner E.A., *Implementing Cost-Benefit Analysis When Preferences Are Distorted*, i Adler M.D. och Posner E.A., (2001), s. 269.