

REMISSYTTRANDE
Dnr M2017/01639/R

Miljö- och energidepartementet
103 33 Stockholm

e-post till
m.registrator@regeringskansliet.se

Stockholm/Malmö den 2 oktober 2017

Remissvar avseende promemoria Vattenmiljö och vattenkraft

Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB har genom remiss den 29 juni 2017 beretts tillfälle att lämna synpunkter på Miljö- och energidepartementets promemoria med förslag till ändrade bestämmelser för vattenmiljö och vattenkraft (Dnr M2017/01693/R).

Detta yttrande behandlar i huvudsak synpunkter på de delar av lagförslaget som syftar till att tydliggöra det svenska genomförandet av EU:s ramdirektiv för vatten ("RDV"). Därutöver behandlas några övriga synpunkter på lagförslaget. Vi avstår från att lämna synpunkter på de delar av förslaget som avser genomförande av de vattenkraftsrelaterade delarna av Energiöverenskommelsen.

Hänvisningar till paragrafer avser, om inte annat anges, lagförslagen i promemorian.

1. Sammanfattning

Mannheimer Swartling välkomnar att den svenska regleringen av vattenmiljön genom miljö kvalitetsnormer ("MKN") ses över i syfte att tydliggöra det svenska genomförandet av RDV. Som utvecklas nedan ser vi emellertid en risk för att dessa syften inte uppnås med de redovisade förslagen och en risk för att den svenska författningen tvingar fram en striktare tillämpning än vad RDV och slutsatserna i Weserdomen¹ egentligen motiverar. Vi avstyrker en överimplementering av RDV och vill betona vikten av att Sverige tar tillvara de möjligheter som RDV tillhandahåller när det gäller att skapa förutsättningar för långsiktigt hållbar samhällsutveckling i form av utbyggnad av bostäder, infrastruktur och energiproduktion trots påverkan på någon vattenförekomst.

Vi lämnar i detta yttrande förslag som bör beaktas i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

¹ EU-domstolens avgöranden den 1 juli 2015 i mål C-461/13.

2. Ett nytt system av tillåtlighetsregler och undantag i förhållande till miljö kvalitetsnormer för vatten

2.1 Inledande synpunkter

Mannheimer Swartling välkomnar att Miljö- och energidepartementet tillsatt en utredning av vattenförvaltningens ansvarsfördelning, beslutanderätt och organisation.² Vi förutser att ändringar kommer att krävas vad gäller såväl vattenförvaltningens organisation som de materiella bestämmelser som reglerar vattenförvaltningens arbete med kartläggning, klassificering och fastställande av MKN. Att genomföra de i promemorian föreslagna lagändringarna innan översynen av vattenförvaltningen har genomförts, gör det omöjligt att fullt ut överblicka lagförslagets konsekvenser och om lagförslagen verkligen leder till ett effektivt genomförande av RDV. Vi menar att avsaknaden av en systemövergripande översyn av regleringen av vattenmiljön genom MKN medför osäkerheter som bör beaktas i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

2.2 Ordagrann implementering av Weserdomens tolknings- och tillämpningsprinciper

I 5 kap 3 § 2 och 3 stycket miljöbalken införs ordagrant EU-domstolens uttalanden i Weserdomen. Vi ifrågasätter lämpligheten i att ordagrant implementera de tolknings- och tillämpningsprinciper avseende artikel 4 i RDV som uttalades i Weserdomen. Uttalandena gjordes i ett förhandsavgörande som svar på specifika frågor från en nationell myndighet i samband med prövning av en *ny* verksamhet. Prövningen i Weserdomen har därigenom avgränsats utifrån förutsättningarna i det aktuella målet. Exempelvis förekommer begreppet "äventyra möjligheten" inte i RDV utan introducerades genom den tyska domstolens fjärde tolkningsfråga till EU-domstolen, avseende "skyldigheten att förbättra" (artikel 4.1a ii – iii RDV). De tolknings- och tillämpningsprinciper som EU-domstolen lade fast innehåller tolkningsutrymme. EU-domstolen utvecklar i Weserdomen inte heller vilken innebörd som begreppet "äventyrar möjligheten" ska ges. Begreppen "äventyr" eller "äventyra möjligheten" är främmande i den svenska miljörettsliga författningen och lagförslaget innehåller inte heller någon mer ingående redovisning av hur begreppet bör tillämpas i Sverige. Vi ser därmed en risk för att den svenska rättsbildningen på området leder till en överimplementering i förhållande till EU-rätten.

Weserdomen avsåg effekten av att en *ny* verksamhet inte uppfyller RDV:s krav på "icke-försämring". Weserdomen besvarar inte hur miljömålen i artikel 4.1 RDV ska tolkas och tillämpas i förhållande till befintliga verksamheter som inte utökas eller ändras. Weserdomen besvarar inte heller vilken kravnivå som de *olika* bestämmelserna i artikel 4.1a i – iii RDV ålägger medlemsstaterna att genomföra gentemot enskilda.³ I författningskommentaren bör därför tydliggöras att en tillämpning av tillåtlighetsregeln i 5 kap. 3 § miljöbalken inte aktualiseras vid *oförändrad påverkan från* t. ex. en befintlig eller en ny verksamhet. Vidare bör tydliggöras att frågan om huruvida en försämring uppkommer i vattenförekomsten ska bedömas utifrån kvalitetsfaktorernas *befintliga och faktiska status*.

² Kommittédirektiv den 14 september 2017, Dir. 2017:96, *Översyn av vattenförvaltningens organisation*.

³ I sammanhanget noteras att generaladvokaten, i sitt förslag till avgörande till Weserdomen, indikerar att icke-försämringskravet (artikel 4.1a i) respektive skyldigheten att förbättra (artikel 4.1a i-iii) inte har samma rättsliga verkan gentemot enskilda projekt. I sitt resonemang anför generaladvokaten att icke-försämringskravet gäller omedelbart medan räckvidden av skyldigheten att förbättra ska bestämmas individuellt i förhållande till den berörda vattenförekomsten och den långsiktiga planeringen i förvaltningsplaner och åtgärdsprogram.

Weserdomens effekter för tillämpningen av MKN i Sverige bör således analyseras ytterligare innan en långtgående tillåtlighetsregel (av stupstockskaraktär) införs. En fortsatt rättsbildning på området från EU-domstolens sida kan dessutom förutses. Den föreslagna bestämmelsen, i förening med Havs- och vattenmyndighetens föreskrift HVMFS 2013:19, till vilken författningskommentaren hänvisar, innebär en påtaglig risk för att den svenska författningen driver fram en striktare tillämpning och högre miljökrav än vad som följer av RDV och slutsatserna i Weserdomen. Vi menar att i den mån artikel 4.1a i – iii RDV ska införas i miljölagstiftningen på annat sätt än idag bör lagstiftningen, efter erforderlig analys, i första hand utgå direkt från RVD:s bestämmelser snarare än uttalanden vid en prövning i ett individuellt fall.

2.3 Implementeringen av artikel 4 i RDV och konsekvenser för samhällsekonomin och för rättssäkerheten

Mannheimer Swartling vill framhålla att RDV tillhandahåller de rättsliga instrument som behövs för att Sverige ska kunna beakta och tillgodose viktiga samhällsintressen. Ett talande exempel är EU-domstolens avgörande i mål C-346/14 ("Schwarze Sulm") där domstolen godtog Österrikes uppgift att ett nytt förhållandevis småskaligt vattenkraftverk ansetts utgöra ett sådant allmänintresse av större vikt som motiverar undantag från huvudregeln i RDV.⁴ Vi anser att det är viktigt att RDV genomförs på ett sätt som bibehåller det svenska inflytandet över en långsiktigt hållbar samhällsutveckling som innefattar utbyggnad av bebyggelse, infrastruktur och energiproduktion trots att utbyggnaden medför att någon vattenförekomst påverkas. Detta innebär att undantagsbestämmelserna i artikel 4 RDV måste tydliggöras och reell tillämpning uppmuntras.

Lagförslaget fokuserar på målbestämmelsen i artikel 4.1 RDV, som implementeras genom två nya stycken i 5 kap. 3 § miljöbalken. Samtidigt genomförs undantagsbestämmelserna i artiklarna 4.3 – 4.7 genom bestämmelser på förordningsnivå, vattenförvaltningsförordningen ("VFF")⁵. Eftersom samspelet mellan målbestämmelsen och undantagen utgör kärnan såväl i artikel 4 RDV som i Weserdomen och i EU-kommissionens kritik mot den svenska implementeringen, anser vi att samspelet riskerar att gå förlorat, särskilt när det gäller proportionalitetsavvägningar vid tillämpning av undantagen, när, som i lagförslaget, bestämmelserna genomförs på olika nivåer i normgivningshierarkin. Vi skulle gärna se att såväl huvudregeln som undantagsbestämmelserna i RDV genomförs genom bestämmelser i miljöbalken, helst i 2 kap. miljöbalken, så att de materiella kraven blir en integrerad del av de allmänna hänsynsreglerna. Det skulle öka tillgängligheten och effektiviteten i regelsystemet.

Vi noterar i sammanhanget att den gällande lydelsen av 4 kap. 3 § 1p f) VFF som anger förutsättningarna för att förklara en vattenförekomst som konstgjord eller kraftigt modifierad anger "verksamhet eller åtgärd av väsentlig betydelse från allmän synpunkt", vilket måste ses som ett väsentligen strängare krav än motsvarigheten i artikel 4.3 RDV som anger "andra lika viktiga, hållbara mänskliga utvecklingsverksamheter". Detta är ett exempel på ett genomförande som riskerar medföra en betydligt strängare rättstillämpning i Sverige än vad som behövs enligt RDV. Vi anser, av skäl som anförts ovan, att dessa omotiverade skillnader i det svenska genomförandet måste undvikas.

⁴ Målet avsåg talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF avseende tillämpningen av artikel 4.7 RDV. EU-domstolen menade att det i målet var tillräckligt analyserat att en nybyggnation av ett vattenkraftverk, motsvarande fyra promille av den Österrikiska vattenkraftsproduktionen, var att anse som ett allmänintresse av större vikt.

⁵ Nuvarande förordning (2004:660) om förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön.

Lagförslaget beskriver inte tillräckligt vilka konsekvenser som föreslagna lagändringar kan förväntas få för viktiga samhällssektorer, för samhällsekonomin och för rättssäkerheten, exempelvis konsekvenserna för angelägna samhällsintressen, såsom tillskapande av nya bostäder, anslutning av nya bostadsområden till fjärrvärme- och va-nät, tillgång till annan nödvändig infrastruktur och inte minst livskraftiga industriella och areella näringar. Sammantaget ser vi en risk för att den svenska författningen får långtgående och oönskade konsekvenser för angelägna samhällsintressen.

2.4 22 kap. 13 § miljöbalken

Mannheimer Swartling är i grunden positiva till bestämmelsen i 22 kap. 13 § miljöbalken, som möjliggör för domstolen att i samband med prövning påkalla att berörd vattenmyndighet ser över fastställda MKN. Detta är särskilt angeläget eftersom vattenmyndigheterna, så som de är organiserade idag, inte har i uppgift eller har resurser att beakta samtliga allmänna och enskilda intressen som påverkar, och påverkas av, landets över 22 000 vattenförekomster. För att säkerställa en effektiv och rättssäker prövning bör övervägas att i 4 kap. 14 § VFF lägga till att vattenmyndigheten *skyndsamt* ska handlägga domstolens begäran och *skyndsamt* fatta de beslut inom vattenförvaltningen som underlaget för domstolens begäran föranleder. I motivtexten kan med fördel utvecklas vilka förväntningar som ligger i begreppet skyndsamt.

2.5 Tydliggörande av vad som är rättsligt bindande vid prövning och tillsyn

Lagförslaget omfattar ett avsnitt med förtydligande om vilka åtgärder eller beslut inom vattenförvaltningen som är bindande vid prövning och tillsyn. Det förtydligas exempelvis att det enbart är vattenmyndighetens beslut om MKN som har rättsligt bindande verkan vid prövningen och som alltså dikterar vilka villkor som ska föreskrivas för den verksamhet eller åtgärd som är föremål för prövningen. Vidare förtydligas att andra normer om kvaliteten på vattenmiljön inte har motsvarande bindande verkan, här torde åsyftas bl. a. Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter HVMFS 2013:19. Vi menar att det är lämpligt att i detta sammanhang även förtydliga att andra beslut och ställningstaganden rörande MKN inom ramen för vattenförvaltningen inte har bindande verkan vid prövning och tillsyn enligt miljöbalken. Ett sådant klagande öppnar nämligen för en tillämpning av avvägningsregeln i 2 kap. 7 § miljöbalken. Som exempel på beslut och åtgärder inom vattenförvaltningen som inte är bindande kan nämnas vattenmyndigheternas kartläggningar, analyser och beslut om statusklassificering av befintlig vattenmiljö, dvs. ställningstaganden som ligger till grund för beslut om MKN eller som gör det möjligt att förstå innebörden av en beslutad MKN. Inte heller har vattenmyndigheternas åtgärdsprogram eller länsstyrelsernas åtgärdsplaner någon rättsligt bindande verkan vid prövning och tillsyn. Detta kan med fördel klargöras i motivtexten.

3. Synpunkter i övrigt

3.1 Prövningens avgränsning vid ansökan om ändringstillstånd

Mannheimer Swartling har förståelse för ambitionen att så långt som möjligt likrikta de processuella bestämmelserna när det gäller vattenverksamhet och miljöfarlig verksamhet. De föreslagna bestämmelserna om prövningens avgränsning och förutsättningar för ändringstillstånd har detta syfte.

När det gäller miljöfarlig verksamhet är huvudprincipen att en tillståndsprövning ska avse hela den samlade verksamheten (grundtillstånd). Om prövningen avser ändring av verksamheten

följer av huvudprincipen att prövningen ska avse den samlade verksamheten efter ändring (grundtillstånd). Huvudprincipen är alltså att det för miljöfarliga verksamheter ska finnas ett grundtillstånd som efter ny prövning ersätts av ett nytt grundtillstånd. Från denna huvudregel har i praxis utvecklats en undantagsregel som gör det möjligt att vid ändring av verksamheten begränsa prövningen till att avse enbart ändringen (ändringstillstånd). För verksamheten föreligger då i botten ett grundtillstånd som kompletterats med ett eller flera ovanpåliggande ändringstillstånd. Principen kom att kodifieras genom ett tillägg till 16 kap. 2 § 1 st andra meningen miljöbalken.

Här måste framhållas att tillståndsprövningen av miljöfarlig verksamhet är av utpräglat administrativ karaktär med en förvaltningsrättslig avvägning mellan allmänna och enskilda intressen. Civilsättningslag saknas helt i prövningen.

Tillståndsprövningen av vattenverksamhet innehåller, i vart fall än så länge, ett flertal civilrättsliga inslag där domstolen kan föranstalta om tvångsrätter för att utföra anläggningar på fastighet som tillhör annan. Om den vattenverksamhet som är föremål för prövning kan befaras medföra skada för annan ska civilrättslig skadereglering ske i målet. Vid skadereglering kan en mellan parterna träffad förlikning stadfästas av domstolen. Det är enligt vår uppfattning inte möjligt att betrakta ett tillstånd till vattenverksamhet som ett sådant grundtillstånd som förlorar sin rättsliga verkan genom att det ersätts av ett nytt grundtillstånd. Frågan kräver en fördjupad analys av vad som ska gälla med exempelvis genomförda skaderegleringar i samband med att ett nytt grundtillstånd utfärdas. Det är inte en rimlig utgångspunkt att det för vattenverksamheter endast ska finnas ett grundtillstånd åt gången. Frågan bör anstå tills miljöbalkens bestämmelser ändras så att prövningen av vattenverksamhet också blir av utpräglad administrativ karaktär och då bör övergångsregler föreskrivas för vad som ska gälla med civilrättsliga förordnanden m.m. i redan meddelade tillstånd.

Om man nu ändå vill föra in en bestämmelse som reglerar förutsättningarna för ändringstillstånd för vattenverksamheter bör man ändra så lite som möjligt i den gällande lagtexten. Ett alternativ som vi förordar är att ordet "miljöfarlig" i 16 kap. 2 § 1 st andra meningen stryks. Samtidigt behöver motivtexten kompletteras med uppgift om att förekomsten av civilrättsliga regleringar i det gällande tillståndet/de gällande tillstånden alltid medför att ett ändringstillstånd är ändamålsenligt.

Om man nu ändå går vidare med lagförslagen i promemorian anför vi följande.

Det bör tydligt framgå att den nya bestämmelsen i 16 kap. 2 a § 2 st miljöbalken enbart avser att genomföra en kodifiering av gällande praxis såvitt avser miljöfarliga verksamheter och att någon materiell ändring i förutsättningarna för ändringstillstånd inte åsyftas.

Vi anser att formuleringen i 16 kap. 2 a § 1 st miljöbalken "tillstånd att ändra en verksamhet" kan misstolkas och att det i förtydligande syfte bör läggas till "(grundtillstånd)" i slutet av meningen. Med detta förtydligande kan den föreslagna bestämmelsen i 24 kap. 8 § 1 st miljöbalken utgå eftersom det av 22 kap. 25 § miljöbalken framgår vad ett tillstånd ska innehålla. Alternativt kan bestämmelsen i 24 kap. 8 § 1 st miljöbalken inledas med "Ett grundtillstånd som avses i 16 kap. 2 a § 1 st får förenas med..."

Bestämmelsen om ändringstillstånd för vattenverksamheter måste också analyseras i ljuset av den föreslagna tillägget till legaldefinitionen av vattenverksamhet i 11 kap. 3 § st. 2 miljöbalken. Genom tillägget utvidgas begreppet vattenverksamhet i väsentlig mån och vid prövning av en på det sättet definierad vattenverksamhet torde behovet av ändringstillstånd komma att öka väsentligt.

3.2 Miljörapportering av vattenverksamhet

Mannheimer Swartling anser att det inte framstår som ändamålsenligt att införa en generell bestämmelse om skyldighet för utövare av vattenverksamhet att återkommande ge in miljörapport till tillsynsmyndigheten. Många vattenverksamheter avser anläggningar i vatten av engångskaraktär, till exempel utläggande av ledning, anläggande av brostöd eller liknande i vattenområde. För sådana vattenverksamheter fyller krav på återkommande miljörapportering inte någon miljömässig funktion. Som anges i promemorian måste det därför nogt övervägas vilka typer av vattenverksamheter som kan komma ifråga för krav på återkommande miljörapportering. Vi anser att krav på återkommande miljörapportering bara kan motiveras när det är fråga om vattenverksamheter som medför betydande och kontinuerlig påverkan på miljön.

Det är viktigt att miljörapporteringen begränsas till en redovisning av hur vattenverksamheten uppfyller föreskrivna villkor och andra krav i tillståndet. Vi ser en uppenbar risk att verksamhetsutövarkollektivet genom skyldigheten att upprätta återkommande miljörapporter åläggs att utreda förhållanden i de vattenförekomster som berörs av vattenverksamheten, dvs. sådana utredningar som det åligger det allmänna att ta fram inom ramen för en trovärdig och tillförlitlig vattenförvaltning, nämligen att kartlägga, övervaka och utreda åtgärdsbehovet med avseende på miljö kvalitetsnormer. En sådan utveckling är inte acceptabel. Det är viktigt att miljörapporteringen kan fokusera på relevanta driftsförhållanden vid den aktuella vattenverksamheten, dvs. en rapporteringsskyldighet, och inte resulterar i en förtäckt utredningsskyldighet.

3.3 Generella föreskrifter för vattenverksamhet

Mannheimer Swartling uppfattar att lagförslaget i denna del är ett resultat av ambitionen att så långt som möjligt likställa miljöfarliga verksamheter och vattenverksamheter. Med den utgångspunkten har vi ingen erinran mot förslaget. Vi delar dock den uppfattning som redovisas att det är mycket svårt att se någon vattenrättsligt relevant fråga som med fördel skulle kunna regleras genom generella föreskrifter. Om en generell föreskrift utfärdas för någon typ av vattenverksamheter befarar vi att gränsdragningsfrågor kommer att uppkomma om en viss vattenverksamhet omfattas eller inte omfattas av föreskriften. Vi uppfattar därför att det föreslagna bemyndigandet kommer att få endast begränsad betydelse för den fortsatta rättsutvecklingen på vattenrättens område.

Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB



Per Molander



Moa Almquist



Kim Fors