

Miljö- och energidepartementet

Yttrande över Dnr M2017/01639

Yttrandet från mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt är upplagt enligt följande.

Inledningsvis ges några övergripande kommentaren som rör promemorians syfte och angreppssätt. Härunder följer några punkter som vi anser bör lyftas fram. Slutligen går vi igenom promemorians förslag och ger korta kommentarer för vart och ett av dessa.

Vänersborgs tingsrätt, mark- och miljödomstolen, har följande synpunkter.

1. Övergripande kommentarer

Vi anser att promemorians angreppssätt i problemanalysen för att ta fram lagstiftningsförslag är problematisk. Syftet har i promemorian angetts vara att genomföra de vattenkraftsrelaterade delarna av energiöverenskommelsen (2016) samt att förtydliga det svenska genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område (ramdirektivet för vatten, ”ramdirektivet”).¹ Vidare anges att de nya reglerna syftar till att möta den kritik som EU-kommissionen² riktat mot den svenska implementeringen av ramdirektivet. Här ligger också att anpassa svensk lagstiftning så att den överensstämmer med EU-domstolens tolkning av vilka förpliktelser som följer av ramdirektivet (se EU-domstolens dom av den 1 juli 2015 i mål C 461/13, ”Weserdomen”).

I enlighet med dels förhållandet mellan energipolitik och miljöpolitik i fördraget om europeiska unionens funktionssätt (FEUF), dels ramdirektivets uppbyggnad, borde utgångspunkten ha varit att i första hand implementera ramdirektivet för vatten och herefter, inom ramen för den vattenförvaltning som föreskrivs i direktivet, beakta olika typer av verksamhetsslag och verksamheter inom verksamhetsslagen samt ta ställning till hur de ska prioriteras. Av artikel 194 FEUF framgår följande.

¹ Promemoria med förslag till ändrade bestämmelser för vattenmiljö och vattenkraft, s. 80

² Överträdelseärende 2007/2239. Den första formella underrättelsen skickades till Sverige den 14 november 2007; den första kompletterande formella underrättelsen skickades till Sverige den 22 mars 2010; den andra kompletterande formella underrättelsen skickades till Sverige den 27 november 2014; den tredje kompletterande formella underrättelsen skickades till Sverige den 29 september 2016.

[I]nom ramen för upprättandet av den inre marknaden och dess funktion och med hänsyn till kravet på att skydda och förbättra miljön ska målet för unionens politik på energiområdet vara att...

Unionens politik på energiområdet ska alltså hålla sig *inom* ramen för den inre marknaden *och* med hänsyn till miljökraven. I sammanhanget kan mål C-2/10³ nämnas, där det gjordes gällande att målet för unionens politik, att utveckla nya och förnybara energikällor, i artikel 194.1 c FEUF borde ha företräde framför syftet att skydda miljön, vilket eftersträvas med livsmiljödirektivet och fågeldirektivet. Domstolen ansåg det tillräckligt att erinra om att det i artikel 194.1 FEUF anges att unionens politik på energiområdet ska ta hänsyn till kravet på att skydda och förbättra miljön.⁴

Mot bakgrund av den upprepade kritik mot den svenska implementeringen av ramdirektivet som kommissionen framfört borde fokus alltså i första hand ligga på att ta fram en lagstiftning som såväl rättsligt som faktiskt förmår implementera de skyldigheter som följer av ramdirektivet. Främst handlar det om att genomföra det självständiga försämringsförbud som följer direkt av direktivets ordalydelse och som har förtydligats genom Weserdomen samt om att ge prövningsmyndigheter möjlighet att använda de dispensmöjligheter som följer av direktivets artikel 4.7 och som utifrån en läsning av EU-domstolens dom i mål C-346/14, ”Schwarze Sulm” framträder som avsedda att tillämpas av *prövningsmyndighet* i vissa fall. Det är viktigt att framhålla att implementeringen fordrar ett helhetsgrepp och behöver omfatta alla verksamheter/åtgärder som inverkar på vattenkvaliteten, inte endast vattenverksamheter eller vattenverksamheter av visst slag. I den del promemorians lagstiftningsförslag inriktar sig på genomförandet av ovanstående är konsekvensanalysen påfallande bristfällig.

Att vattenverksamheter med koppling till produktion av vattenkraftsel givits en så framträdande roll i promemorian förklaras av att förslagen tagits fram i syfte att genomföra de vattenkraftsrelaterade delarna av energiöverenskommelsen.⁵

³ Domstolen skulle i målet ta ställning till huruvida livsmiljödirektivet, fågeldirektivet, direktiv 2001/77 och direktiv 2009/28 ska tolkas så, att de utgör hinder för bestämmelser som förbjuder uppförandet av vindkraftverk som inte är avsedda för självförsörjning på områden som ingår i nätet Natura 2000, utan att någon föregående bedömning av projektets miljöpåverkan på det berörda området görs. Inledningsvis prövade domstolen huruvida fågeldirektivet och livsmiljödirektivet utgör hinder för bestämmelser såsom dem i det nationella målet. För att besvara tolkningsfrågan ansåg domstolen det nödvändigt att avgöra om, och i så fall under vilka förhållanden, unionsrätten tillåter att en medlemsstat inför strängare nationella skyddsåtgärder än dem som föreskrivs i de nämnda direktiven. (Mål C-2/10 punkterna 36, 37 och 47) Domstolen påpekar vidare att artikel 193 FEUF föreskriver en möjlighet för medlemsstaterna att införa strängare skyddsåtgärder. I nämnda artikel anges som villkor för sådana åtgärder att de måste vara förenliga med EUF-fördraget; de strängare skyddsåtgärder som anges i de nationella och regionala bestämmelser som aktualiserats i det nationella målet måste likväl stå i överensstämmelse även med övriga bestämmelser i EUF-fördraget (punkterna 50 och 54). Sökandena i det nationella målet hade gjort gällande att unionens politiska mål att utveckla nya och förnybara energikällor som anges i artikel 194.1 c FEUF bör ha företräde framför syftet att skydda miljön, vilket eftersträvas med livsmiljödirektivet och fågeldirektivet.

⁴ Mål C-2/10, punkten 56.

⁵ *Promemoria med förslag till ändrade bestämmelser för vattenmiljö och vattenkraft*, s.155.

Föreslagen lagstiftning rörande genomförandet av försämringsförbudet och möjligheterna till dispens kommer att träffa alla åtgärder eller verksamheter som påverkar yt- eller grundvatten. Det gäller alltså all vattenverksamhet samt miljöfarlig verksamhet med vattenpåverkan; t.ex. avloppsreningsverk, enskilda avlopp, industrier med utsläpp till vatten, infrastrukturprojekt med byggande i vatten, detaljplaneläggning och bostadsbyggande etc.

Flera av de problem som domstolarna, efter Weserdomens förtydligande av vad som i och för sig följer av ramdirektivets ordalydelse, stött på i mål med anknäpning till vattenförvaltningen förefaller bero på befintliga implementeringsbrister som i sin tur kommer sig av uppfattningen om att direktivets icke bindande karaktär.⁶ Synen på ramdirektivets mål som icke bindande har i sin tur lett till att såväl framtagande av underlag till statusklassificeringar och normsättning har skett med en ambitionsnivå som inte medger de bedömningar som måste göras i dessa mål. Bristerna blir särskilt tydliga då riskerna för försämring och äventyrande av uppnåendet av miljö kvalitetsnormerna ska bedömas. Mark- och miljödomstolen bedömer att dessa problem inte kommer att åtgärdas genom promemorians förslag utan kommer att kvarstå så länge sagda kunskapsbrist föreligger.

Det som behövs är alltså ett större grepp tas om hela implementeringsfrågan; förvaltningen av vattenkvaliteten måste byggas upp och anpassas så att olika samhällsintressen kan tillgodoses så långt det är möjligt inom de ramar som direktivet ger.

Promemorians förslag löser inte heller de konkreta tillämpningsproblem som vi står inför i prövningssituationen utan innebär en, till största delen outredd, överhängande risk för försvårad rättstillämpning, ökad rättsosäkerhet och sämre förutsebarhet för verksamhetsutövare som i olika hänseenden kan komma att påverka en vattenförekomst. Vi utvecklar detta nedan men vill redan här förutskicka att vi anser att bristerna är så stora att promemorian inte bör läggas till grund för ny lagstiftning.

2. Synpunkter i vissa frågor

Nedan följer några övergripande synpunkter och resonemang rörande vissa av de frågor som hanteras i promemorian och som vi kan komma att hänvisa tillbaka till i våra kommentarer till författningsförslagen.

2.1. Ökad splittring av miljöbalken

Vi anser att en ökad splittring av miljöbalken bör förhindras. Sedan gammalt (och av historiska skäl) skiljer sig regleringen mellan vattenverksamhet och miljöfarlig verksamhet i vissa delar (se t.ex. lag (1988:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet). En strävan med miljöbalksarbetet har sedan balkens införande varit en samordnad och breddad miljölagstiftning.⁷ När det gäller vattenverksamhet och miljöfarlig verksamhet är ambitionen att ta bort skillnader

⁶ Se t.ex. Bjällås, U. och M. Fröberg; *Är målen i EU-direktiven som rör vatten genomförda på ett juridiskt*

korrekt sätt i svensk rätt och kan genomförandet anses funktionellt? Rapport av den 29 maj 2013. Jfr dock Ekelund Entson, M. och L. Gipperth; *Mot samma mål?: Implementeringen av EU:s ramdirektiv för vatten i Skandinavien*, (Juridiska institutionen vid Handelshögskolan vid Göteborgs universitet:2010) samt Olsen Lundh; *Miljö kvalitetskrav eller miljö kvalitetsnormer? Reflektioner med anledning av en rapport om Sveriges implementering av ramvattendirektivet*, Nordisk miljörettslig tidskrift, volym 2014:2, sid 61-94.

⁷ Prop. 1997/87:45 del 1, s.1.

som inte är sakligt motiverade då det saknas skäl att låta endast historiskt betingade skillnader bestå.⁸ Promemorians förslag innebär ett steg tillbaka i denna samordning genom att särbehandla vattenverksamheter med koppling till produktion av vattenkraftsel. Några sakliga motiv för att i miljöbalken särbehandla produktion av vattenkraftsel har inte redovisats.

Centralt för genomförandet av vattendirektivet är förvaltningsplanerna för avrinningsdistrikten samt de tillhörande åtgärdsprogrammen. Planerna är ett resultat av en planeringsprocess (en planeringscykel) som bland annat innefattar karakterisering av vattenförekomster, bedömning av status, fastställandet av kvalitetskrav och framtagande av åtgärdsprogram. Övervakning och utvärdering ska ge den information som behövs för att knyta ihop planeringscyklerna med varandra. Åtgärdsprogrammen syftar till att ta itu med konstaterad påverkan och möjliggöra att avrinningsområdet eller vattenförekomsten uppnår en god status. Andra viktiga instrument och principer i ramvattendirektivet är ett kombinerat tillvägagångssätt: principen om kostnadstäckning för vattentjänster och allmänhetens deltagande i beslut rörande vattenförvaltningen. Det är inom ramen för denna förvaltning, med de prioriteringar och avvägningar mot andra samhällsintressen som vattendirektivet medger, som de vattenkraftsrelaterade delarna av energiöverenskommelsen bör genomföras, inte genom särskiljande lagstiftning.

2.2. Implementeringsbrister kvarstår

De brister som kommissionen har påpekat handlar, förutom brist på klara och precisa rättsligt bindande definitioner i vissa avseenden (artiklarna 2.31, 2.33, 2.38 och 2.39 i ramdirektivet) som inte införlivats klart och precist, om att miljö kvalitetsnormerna i Sverige, vilka implementerar *de bindande miljömålen* i direktivets artikel 4.1, inte tycks vara bindande samt att artikel 4.7 införlivats felaktigt genom att svenska prövningsmyndigheter inte är *bundna av villkoren* i artikel 4.7. Att en tillståndsmyndighet varken är bunden av miljömålen i direktivets artikel 4.1. eller av villkoren i artikel 4.7 vid beslut om att ge tillstånd är enligt kommissionen en rättslig situation som utgör ett felaktigt införlivande.

De skyldigheter som följer av ramdirektivets artikel 4.1 är bindande. Av ordalydelsen i FEUF artikel 288 (3) följer att det för medlemsstaterna bindande elementet handlar om resultatet; medlemsstaterna är förpliktade att faktiskt uppnå resultat som formulerats klart och tydligt (se även Mål C-494/01 kommissionen mot Irland). Medlemsstaterna är därtill skyldiga att välja de former och tillvägagångssätt som är bäst lämpade för att säkerställa direktivens ändamålsenliga verkan med hänsyn till deras syfte (Mål C-48/75 Royer, punkten 73). Att nå föreskrivet resultat är viktigt men inte tillräckligt; direktivet måste även införlivas rättsligt (Mål C-83/97 kommissionen mot Tyskland). De skyldigheter som framgår av artikel 4.1 och 4.7 är i korthet att

- Förebygga försämring av status i alla ytvattenförekomster och grundvattenförekomster.
- Att skydda, förbättra och återställa alla ytvattenförekomster, grundvattenförekomster (samt säkerställa en balans mellan uttag och grundvattenbildning), konstgjorda och kraftigt modifierade vattenförekomster i

⁸ Se t.ex. direktiven till Vattenverksamhet (SOU 2009:42) om att överväga ett gemensamt kapitel för tillståndsprövningen av miljöfarliga verksamheter och vattenverksamheter kan införas i miljöbalken; en förutsättningslös prövning skulle ske av om de skillnader som finns mellan reglerna om miljöfarlig verksamhet och om vattenverksamhet är berättigade. s. 175

syfte att uppnå en god ytvattenstatus respektive grundvattenstatus respektive god ekologisk potential och god kemisk ytvattenstatus senast år 2015.

- Gradvis minska förorening från prioriterade ämnen och för att utsläpp och spill av prioriterade farliga ämnen ska upphöra eller stegvis elimineras.
- Förebygga eller begränsa att föroreningar kommer ut i grundvattnet,

Genom Weserdomen förtydligades delvis innebörden av att förebygga försämring som en självständig förpliktelse samt att följderna av att ett projekt innebär en risk för försämring respektive äventyrande av att nå målen bl.a. är att tillstånd till projektet inte får lämnas.

Promemorians förslag som syftar till att uppfylla ramdirektivets krav vid tillståndsprövningar har framför allt konstruerats genom förändringar i 5 kap. och 2 kap. miljöbalken.

I 5 kap. 3 § införs nya andra och tredje stycken med följande lydelse.

En myndighet eller kommun får inte tillåta att en verksamhet eller åtgärd påbörjas eller ändras på ett sätt som äventyrar möjligheterna att följa en miljö kvalitetsnorm enligt 2 § som avser vattenmiljön eller försämrar vattenmiljön i strid med en sådan norm.

Vid prövning för ett nytt tillstånd och vid omprövning av tillstånd ska de bestämmelser och villkor beslutas som säkerställer att verksamheten bedrivs så att ett sådant äventyr eller en sådan försämring inte uppkommer.

Systematiken i 5 kap. miljöbalken är idag uppbyggd så att 1 § anger för vilka områden regeringen får meddela miljö kvalitetsnormer samt ger en delegationsmöjlighet för normer som följer av EU-medlemsskapet (d.v.s. vem som får meddela normerna); 2 § anger vad miljö kvalitetsnormer ska ange (d.v.s. hur de utformas) och 3 § anger att myndigheter och kommuner ska ansvara för att miljö kvalitetsnormer följs (d.v.s. fördelar ansvaret för normernas tillämpning). Det nya andra stycket förtydligar vad ansvaret innebär i vissa situationer men anger inte rättslig grund för att fatta nödvändiga beslut. Rimligt att anta är att den rättsliga grunden för att fullfölja det ansvar som fördelats i 3 § återfinns i miljöbalkens övriga kapitel och då främst 2 kap. Därtill kan det konstateras att det inte klart framgår vad det innebär att ”försämrar vattenmiljön i strid med en sådan norm”. Av ordalydelsen ges intrycket av att det endast är om försämringen ”strider mot normen” som den är förbjuden men vi har svårt att uttröna vad formuleringen avses innebära. Det är i relation till befintlig status, i vissa fall på parameternivå, som försämring är förbjuden (som en följd av klargörandena i Weserdomen). Inte endast i relation till normen. Innebörden av begreppet ”försämring” blir därmed förvirrande i förslaget.

2 kap. 7 § andra stycket förändras enligt förslaget. Mot bakgrund av ovanstående är det alltså här den rättsliga grunden för myndigheternas och kommunernas agerande när de fullföljer sitt ansvar att inte tillåta försämring eller äventyra möjligheterna att följa en MKN för vatten (5 kap. 3 § andra stycket) återfinns.

Av 2 kap 7 § andra stycket framgår, enligt förslaget, följande.

Trots första stycket ska de krav ställas som behövs för att följa en miljö kvalitetsnorm som avses i 5 kap. 2 § första stycket 1 eller för att följa 5 kap. 3 § andra och tredje styckena. Om det finns ett åtgärdsprogram som har fastställts för att följa normen, ska det vara vägledande för bedömningen av behovet.

Av 2 kap 7 § tredje stycket framgår, enligt förslaget, följande.

Vid prövning av tillåtlighet, tillstånd, godkännande eller dispens för en verksamhet eller åtgärd som ger en ökad förorening eller störning och kan antas på ett inte obetydligt sätt bidra till att en miljökvalitetsnorm som avses i 5 kap. 2 § första stycket 1 inte följs, får verksamheten eller åtgärden vid avvägningen enligt första och andra styckena tillåtas, om den inte strider mot 5 kap. 3 § andra och tredje styckena och...

Andra stycket innebär alltså att *om det behövs* för att följa 5 kap 3 § andra och tredje styckena (d.v.s. om det behövs för att en myndighet eller en kommun ska kunna ta sitt ansvar och inte tillåta att en verksamhet eller åtgärd påbörjas eller ändras på ett sätt som äventyrar möjligheterna att följa en miljökvalitetsnorm eller försämrar vattenmiljön) *så ska de krav ställas som behövs*.

De krav som behövs ska ställas. Frågan som kommer att uppstå för såväl tillsyns- tillståndsmyndigheter är vilka krav man behöver ställa för att ta ansvaret att inte tillåta verksamheten. En tydlig stoppregel saknas alltså fortfarande och situationen är i stort sett inte ändrad jämfört med idag. Lagrummet reglerar inte vad som i och för sig följer av direktivets ordalydelse men som tydliggjorts genom Weserdomen; nämligen att man inte får tillåta en verksamhet som äventyrar målet/riskerar försämra vattenförekomsten.

Direktiv måste genomföras rättsligt och faktiskt. 2:7 i föreslagen lydelse ger endast uttryck för att tillstånds/tillsynsmyndighet ska ställa de krav som behövs för att inte äventyra uppnåendet av norm/försämra. Det saknas fortfarande en tydlig rättslig grund för att vid prövning av en verksamhet inte tillåta en verksamhet på Weser-grund. Av de föreslagna omprövningsreglerna i 24 kap. miljöbalken anges att tillståndsmyndigheten får återkalla tillstånd om det behövs för att följa en miljökvalitetsnorm (10 §). Motsvarande bestämmelse saknas för nya verksamheter.

I promemorians konsekvensanalys anges att ”Föreslagen ändring vad gäller huvudregeln för ny och ändrad verksamhet utgör en kodifiering av vad som följer av EU-domstolens praxis och det sätt på vilket svenska prövningsmyndigheter redan i dag hanterar frågan. Föreslagna ändringar bedöms således inte ha någon påverkan på förutsättningarna för etablering av ny- och ändrad verksamhet.”⁹

Vi anser att en mer korrekt beskrivning av svensk praxis är att svenska prövningsmyndigheter efter Weserdomen gjort sitt bästa för att tolka svensk lagstiftning direktivskonformt men att synen på *hur* de rättsliga följderna av Weserdomen kan eller bör få genomslag i svensk rätt varierar (vilket innebär ett stort mått av osäkerhet och svårigheter för verksamhetsutövare att förutse vilken utredning som behöver tas fram). Det saknas ännu vägledande avgöranden för hur situationen ska hanteras vid de alternativa utfall vad gäller försämring eller äventyrande av målen (syftar här på samtliga mål oaktat om det handlar om ytvatten- eller grundvattenförekomster) som en prövning kan leda fram till. Det sagda innebär att den föreslagna huvudregeln inte kan sägas kodifiera hur svenska myndigheter idag hanterar frågan; därmed blir också promemorians slutsats, att föreslagna ändringar inte kommer att ha någon påverkan på förutsättningarna för etablering av ny och ändring av verksamhet, väldigt förhastad.

Vidare anges i konsekvensanalysen att ”I promemorian föreslås att regeringen bemyndigas besluta om undantag från huvudregeln och att förutsättningarna för sådant undantag regleras i förordning. Genomförandet av denna undantagsmög-

⁹ Promemoria med förslag till ändrade bestämmelser för vattenmiljö och vattenkraft s. 163.

lighet bedöms öka möjligheterna för tillåtande av ny- och ändrad verksamhet i förhållande till vad som är fallet med dagens reglering.”

Vi anser i och för sig att det är bra att ambitionen nu är att implementera direktivets art. 4.7 på ett sätt som gör den möjlig att tillämpa för prövningsmyndigheter. Det är i princip fråga om en ren avskrift av direktivets lydelse med tillhörande villkor.¹⁰ Emellertid förklaras inte hur den föreslagna förordningen är tänkt att tillämpas i relation till de bestämmelser i miljöbalken som reglerar liknande prövningssituationer (t.ex. Natura 2000-tillstånd). Det ges heller ingen vägledning rörande hur man vid prövning av undantag ska relatera till förvaltningsplaner och åtgärdsprogram och hantera intressekonflikter. Var ligger åberopsbördan? Hur ska bevisbördan för undantagens tillämplighet placeras? Och om ett undantag är tillämpligt; bevisbördan för att villkoren är uppfyllda? Vad gäller vid planläggning etc? I *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC), Guidance document no 20 (CIS)* har t.ex. begreppet ”allmänintresse av större vikt” uttolkats som förändringar av utomordentligt stor betydelse från allmän synpunkt och slutsatsen har dragits att det är rimligt att anta att de skäl som avses med ”allmänintresse av större vikt” är situationer där planer eller projekt som planeras visar sig vara nödvändiga inom ramen för åtgärder eller politik som syftar till att skydda grundläggande värden i medborgarnas liv (hälsa, säkerhet, miljö), grundläggande principer för staten och samhället samt ekonomisk eller social verksamhet som följer av särskilda offentliga skyldigheter. Detta implicerar att det handlar om en ännu bredare krets av aktiviteter än vad som normalt tolkas in i ”åtgärder” eller ”verksamhet”. Konsekvensanalysen beaktar varken processuella konsekvenser eller materiella konsekvenser av förslagen eller hur dessa kan komma att påverka verksamhetsutövare och prövningsmyndigheter.

Därtill saknas en önskvärd koppling mellan bestämmelserna om förbud mot att meddela tillstånd i vissa situationer till de undantagssituationer som föreskrivs i direktivets artikel 4.7.

Det finns i sammanhanget anledning att peka på generaladvokaten Jääskinens överväganden i sitt yttrande i Weser-målet, rörande betydelsen av undantaget i artikel 4.7 i ramdirektivet, enligt följande.

Artikel 4.7 i ramdirektivet är av avgörande betydelse för tolkningen av räckvidden av miljömålen, i den mening som avses i artikel 4.1, huvudsakligen av två skäl. För det första bekräftar nämnda undantag tillämpligheten av kravet på att förebygga en försämring på godkännandet av särskilda projekt som skulle kunna medföra en försämring av en vattenförekomsts status. För det andra bekräftar dess lydelse otvivelaktigt den tvingande karaktären av målet att hindra försämring. Medlemsstaten har således en skyldighet att vägra godkänna ett projekt när detta äventyrar uppnåendet av en god status för ytvattenförekomster, såvida det inte kan anses att nämnda projekt omfattas av ett undantag.¹¹

Som generaladvokaten Kokott erinrade om i förslag till avgörande Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias m.fl. (EU:C:2011:651), innehåller artikel 4 i ramdirektivet nämligen inte enbart principiella skyldigheter, utan avser även konkreta projekt, åtminstone dem som avse-

¹⁰ Förutom på en punkt; i promemorians förslag har artikelns hänvisning till ”god grundvattenstatus, god ekologisk status eller god ekologisk potential” utelämnats i 4 kap. 11 § vattenförvaltningsförordningen. Det är oklart varför detta utelämnats. Undantagsbestämmelserna är begränsade vad gäller vilka miljö kvalitetsnormer som omfattas av undantagen; denna begränsning bör framgå tydligt.

¹¹¹ Förslag till avgörande av generaladvokat Niilo Jääskinen, föredraget den 23 oktober 2014 i mål C-461/13, punkten 77.

värt påverkar en vattenförekomsts status. Artikel 4.7 tillåter försämring av vattenförekomsters status på grund av nya modifieringar. Detta kan följa av individuella projekt. Det är nämligen omöjligt att åtskilja ett projekt och genomförandet av förvaltningsplaner, liksom varje bygglov i ett område för vilket det finns en detaljplan ska lämnas i enlighet med denna plan.¹²

Följaktligen omfattas dessa projekt, såvida det inte gäller projekt som nästan inte har någon inverkan på vattenförekomsternas status och således på förvaltningen av ett avrinningsdistrikt, av det allmänna förbudet mot försämring av vattenförekomsters status. De kan dock godkännas med tillämpning av systemet för de undantag som föreskrivs i artikel 4.¹³

Artikel 4.1 och artikel 4.7 är alltså varsin sida av samma mynt och kan inte separeras i tillämpningen. För att implementera direktivet måste alltså såväl artikel 4.1:s tvingande karaktär framgå tydligt liksom möjligheterna till undantag med tydliggörande av villkoren härför enligt artikel 4.7 – och det nära sambandet mellan artiklarna bör återspeglas i de nationella regler som styr prövningen så att prövningen också omfattar såväl 4.1. som 4.7.

Om ett projekt riskerar att orsaka en försämring eller om det äventyrar uppnåendet av föreskriven miljö kvalitetsnorm vid en given tidpunkt bör det finnas en anvisning för prövningsmyndigheten att undersöka huruvida de dispensmöjligheter som framgår av artikel 4.7 är tillämpliga.

Den kopplingen bör framgå av 2 kap. 7 § miljöbalken (som också borde innefattat en möjlighet att inte ge tillstånd till verksamheten/åtgärden). Möjligheten till undantag framgår nu av 5 kap och då endast genom delegationsbestämmelsen. I förordningstexten (förordning om förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön) anges sedan att myndigheten ändå får tillåta verksamheten/åtgärden under vissa förhållanden. Vi vänder oss i och för sig inte mot den senare formuleringen ("får tillåta") men anser att det i samband med konstaterandet att verksamheten/åtgärden inte kan få tillstånd enligt huvudregeln bör föreligga en möjlighet att pröva undantagen, även *ex officio*.

Sammanfattningsvis anser vi att det är mycket tveksamt huruvida promemorians förslag innebär att ramdirektivets skyldigheter har implementerats fullt ut. Därtill brister konsekvensanalysen vad gäller såväl tillämpningen av förbudsregeln som undantagsmöjligheten. Resultatet av förslaget är därmed så oförutsägbart och bristfälligt analyserat att det enligt vår mening inte bör läggas till grund för ny lagstiftning.

2.3. Möjlighet till anmälan

I promemorians förslag återkommer, i olika sammanhang, möjligheten att anmäla en verksamhet med följderna att den betraktas som laglig till en framtida angiven tidpunkt. Vi kommenterar de enskilda förslagen nedan men vill dessförinnan lämna förslag på att beakta möjligheten att låta även ytterligare vattenverksamheter och vattenanläggningar omfattas av 19 § förordningen (1998:1388) om vattenverksamhet m.m. (vattenverksamhetsförordningen), t.ex. dammanläggningar m.m.

Fördelen med att utvidga bestämmelsens tillämpningsområde är att tillsynsmyndigheten då har möjlighet att begära in viss utredning om verksamhet-

¹² Förslag till avgörande av generaladvokat Niilo Jääskinen, föredraget den 23 oktober 2014 i mål C-461/13, punkten 78.

¹³ Förslag till avgörande av generaladvokat Niilo Jääskinen, föredraget den 23 oktober 2014 i mål C-461/13, punkten 79.

en/åtgärden samt att det då finns möjlighet att, enligt 23 § samma förordning, besluta om de förbud för verksamhetsutövaren som behövs enligt miljöbalken, förelägga verksamhetsutövaren att vidta de försiktighetsmått som behövs enligt miljöbalken, eller ansöka om tillstånd enligt 11 kap. 9 § miljöbalken, eller, om det inte behövs något förbud eller föreläggande, underrätta den som har gjort anmälan om att ärendet inte föranleder någon åtgärd från myndighetens sida.

Under de olika förslagen, nedan, utvecklar vi hur vi ser på möjligheten att tillämpa en anmälan enligt 19 § vattenverksamhetsförordningen.

3. Förslagen

Nedan följer våra kommentarer om de förslag som presenteras i promemorian. Numreringen följer promemorians numrering av förslagen.

10.1. Skyldighet att ha moderna miljövillkor

Promemorians förslag: Alla vattenverksamheter med koppling till produktion av vattenkraftsel ska förses med och upprätthålla moderna miljövillkor. Verksamhetsutövaren ansvarar för att villkoren hålls moderna. Moderna miljövillkor är sådana villkor och andra bestämmelser till skydd för människors hälsa eller miljön som gäller för verksamheten och har beslutats i en tillståndsdom eller tillståndsbeslut som inte är äldre än tjugo år.

Om det i tillståndet finns en bestämmelse som anger en längre eller kortare tid för när miljövillkoren ska uppdateras nästa gång för att hållas moderna, gäller den tiden i stället för tjugo år. Tidsfristen kan bestämmas lika för alla miljövillkoren eller olika för olika miljövillkor.

Trots kravet på moderna miljövillkor får en verksamhet som har påbörjats på ett lagligt sätt bedrivas till dess en prövning blivit klar, om en ansökan om prövning har getts in eller verksamheten omfattas av en nationell plan för moderna miljövillkor och det ännu inte har blivit dags för prövning enligt planen.

Kommentar:

Vi håller med om att det är angeläget att verksamheter miljöanpassas löpande. I enlighet med vad vi anfört ovan ställer vi oss emellertid kritiska till föreslagen lagstiftning med bäring endast på vattenverksamhet med koppling till vattenkraftsel.

Vi ställer oss positiva till att det ska vara möjligt att bestämma den tid inom vilken nästa uppdatering av miljövillkoren ska ske för att miljövillkoren ska hållas moderna med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Vi ser också positivt på möjligheten i det här sammanhanget kunna ta hänsyn till såväl miljömässiga osäkerheter som investeringar och att dessa ska hinna betala sig.

Vi ställer oss emellertid kritiska till förslaget att en verksamhetsutövare som genom en ansökan om prövning har initierat en uppdatering av sina miljövillkor under den tid som prövningen pågår inte heller bör anses bryta mot kravet att ha moderna miljövillkor (jfr promemorians uttryck ”moratorium i förhållande till förbudet att utan tillstånd bedriva tillståndspliktig verksamhet”¹⁴). Mot bakgrund av vad som redovisats i promemorian om vattenkraftssituationen i Sverige är det

¹⁴ Promemoria med förslag till ändrade bestämmelser för vattenmiljö och vattenkraft, s. 157.

inte sannolikt att dessa kraftverk är bland de som har särskilt betydelse som reglerresurs; antagligen befinner de sig i vad som i promemorian benämns som klass tre. Enligt promemorian har anläggningar i klass tre så litet reglerbidrag att de i ett nationellt perspektiv inte behöver föranleda att de påverkade vattnen klassificeras som kraftigt modifierade.¹⁵ Att de befinner sig i klass tre verkar också innebära att de inte är högst prioriterade när det gäller att ta fram färdiga planer. Det är således rimligt att anta att det kan komma att handla om en tämligen lång tid som dessa får fortsätta sin verksamhet utan tillsyn och i naturliga vattendrag, trots att det handlar om anläggningar av liten betydelse ur energisynpunkt.

För denna typ av verksamhet menar vi att det skulle vara en lämpligare lösning med en anmälan enligt 19 § förordning (1998:1388) om vattenverksamhet m.m. (se vårt förslag ovan). För de verksamheter vilka bedöms vara tillståndspliktiga men vars miljöpåverkan ändå kan hanteras genom mindre ingripande förelägganden om försiktighetsmått, skulle ett alternativ kunna vara att tillsynsmyndigheten förelade om att söka tillstånd, dock utan att samtidigt meddela förbud, utan i kombination med försiktighetsmått fram till dom eller beslut i prövningsmålet. I de fall det är befogat med ett förbud skulle detta kunna ges en interimistisk karaktär genom att det kan hävas genom att verksamhetsutövaren ansöker om tillstånd. Så snart prövningsmyndigheten tar upp frågan om tillstånd kan ännu en sådan interimistisk prövning göras som ska gälla fram till dom. Jfr. möjligheten enligt 21 kap. 5 § miljöbalken att bestämma att ett föreläggande inte behöver följas till dess att tillåtlighetsfrågan avgjorts.

10.2 Nationell plan för moderna miljövillkor

Promemorians förslag: Regeringen ska se till att det finns en nationell plan för de provningar och omprovningar som behöver göras för att befintliga verksamheter för produktion av vattenkraftsel ska förses med moderna miljövillkor.

Planen ska ange en nationell helhetssyn på provningen så att den resulterar i största möjliga nytta för vattenmiljön med minsta möjliga negativa inverkan i fråga om nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel. Planen ersätter inte den individuella provningen och det är först vid den individuella provningen som de konkreta förutsättningarna för driften av den enskilda verksamheten bestäms.

Den nationella planen tas fram av Havs- och vattenmyndigheten, Statens energimyndighet och Affärsverket svenska kraftnät i samverkan med berörda myndigheter såsom bl.a. länsstyrelserna (inkl. vattenmyndigheterna), Kammarkollegiet och Naturvårdsverket.

Vi är i och för sig positiva till att uppdateringen till moderna miljömål sker på ett samordnat sätt. Av samma skäl som anförts i den allmänna delen ovan ställer vi oss emellertid kritiska till lagstiftningsåtgärder som särbehandlar verksamheter för produktion av vattenkraftsel.

Som nämndes ovan syftar åtgärdsprogrammen, vilka ska tas fram inom ramen för förvaltningsplanen, till att ta itu med konstaterad påverkan och möjliggöra att avrinningsområdet eller vattenförekomsten uppnår en god status. Ett syfte med ramdirektivets förvaltningsplaner; att ta fram en samordnad syn på hur vattenförvaltningen ska bedrivas. Andra viktiga instrument och principer i ramvattendirektivet är ett kombinerat tillvägagångssätt: principen om kostnadstäckning för

¹⁵ Promemoria med förslag till ändrade bestämmelser för vattenmiljö och vattenkraft, s. 122.

vattentjänster och allmänhetens deltagande i beslut rörande vattenförvaltningen. Det är inom ramen för denna förvaltning som de vattenkraftsrelaterade delarna av energiöverenskommelsen bör genomföras.

I sammanhanget kan också erinras om kommissionens tidigare granskning av planer¹⁶ i vilken kommissionen påpekade att just utvecklingen av vattenkraft kräver särskild uppmärksamhet och att vattenkraftens betydande miljöpåverkan måste åtgärdas. Enligt kommissionens uttalanden bör renovering och utbyggnad av befintliga kraftanläggningar prioriteras framför anläggningen av nya, som bör omfattas av en strategisk bedömning av det enskilda avrinningsområdet, där man väljer det mest optimala läget både när det gäller energiproduktion och lägsta miljöpåverkan. Utifrån den kontext, i vilken kommissionen gjorde dessa uttalanden, förefaller det vara inom ramen för förvaltningsplanerna som kommissionen anser att vattenkraften kräver denna särskilda uppmärksamhet.

Mot bakgrund av ovanstående ställer vi oss frågande till vilken funktion föreslagen nationell plan för moderna miljövillkor är tänkt att ha i relation till befintliga förvaltningsplaner respektive åtgärdsprogram för vattenförvaltningen. Detta är inte klarlagt i promemorian.

Av promemorian framgår vidare att planen och dess avvägningar ska vara vägledande för de myndigheter som för talan eller yttrar sig i den enskilda prövningen. Det framgår också att de myndigheter som har rätt att föra talan i de enskilda prövningsmålen – dvs. Havs- och vattenmyndigheten, Kammarkollegiet, Naturvårdsverket och länsstyrelserna – bör ha en skyldighet att samverka med varandra och fördela åtgärder mellan sig så att genomförandet av planen blir effektivt och att dubbelarbete undviks samt att detta t.ex. kan innebära att myndigheterna enas om vilken myndighet som ska föra statens talan i de enskilda målen och att Naturvårdsverkets deltagande som part i denna typ av mål bör kunna fokuseras till prövningar som berör Sveriges åtaganden enligt art- och habitatdirektivet samt frågor av övergripande generell natur av relevans för miljöbalkens prövningssystem i stort.¹⁷

Vi anser att de myndigheter som för talan eller yttrar sig i de enskilda prövningarna måste vara helt fria att företräda det allmänna intresse som de är satta att bevaka, oaktat vad som står i planerna och oaktat vad en annan myndighet uttrycker. Det måste också stå en myndighet helt fritt att agera som part, företrädande det intresse den är satt att bevaka, så snart någon av dem finner anledning därtill. En skyldighet att samverka kan leda till att frågor som av någon anledning förbisätts i planarbetet inte heller lyfts i samband med prövningen. Det riskerar i sin tur att minska möjligheterna för prövningsmyndigheten att få in all relevant utredning i målet. Därmed minskar också möjligheterna till en fullständig prövning.

Sammanfattningsvis avstyrker vi förslaget i denna del.

10.3 Sakkunniga företräder den nationella planen

Promemorians förslag: I mål om prövning för moderna miljövillkor ska domstolen förordna en sakkunnig med uppgift att företräda den nationella planen i prövningen. Den sakkunnige ska avge ett utlåtande i målet.

¹⁶ COM(2012) 670 final s.13.

¹⁷ *Promemoria med förslag till ändrade bestämmelser för vattenmiljö och vattenkraft*, s. 124 f.

Om utlåtandet kräver särskild utredning, ska den sakkunnige anmäla detta till domstolen som ska besluta om utredningen. Verksamhetsutövaren ska svara för kostnaderna för den sakkunnige och eventuell sakkunnigutredning. Som sakkunnig får endast förordnas någon som regeringen har utsett att företräda planen.

Kommentar: Vi anser inte att planen i sig kan vara ett sådant allmänt intresse som särskilt behöver företrädas; de allmänna intressen som är tänkta att komma till uttryck i planen företräds i alla relevanta sammanhang av ett antal myndigheter vilket vi anser tillräckligt.

Vi avstyrker förslaget.

10.4.1 Verksamhetsutövaren ska ansvara för att miljövillkoren är moderna

Promemorians förslag: Den som bedriver en vattenverksamhet som är eller, när den påbörjades, var avsedd för produktion av vattenkraftsel är skyldig att ansöka om den omprövning som krävs för att verksamheten ska förses med moderna miljövillkor.

Vid sådan omprövning ska det ställas de krav som behövs med hänsyn till skyddet för människors hälsa och miljön. Bestämmelser som innebär att verksamheten avsevärt försvåras får endast beslutats om det behövs för att följa en miljökvalitetsnorm eller annan bestämmelse som följer av Sveriges medlemskap i EU.

Om verksamhetsutövaren medger det eller om det inte går att förena verksamheten med sådana villkor som behövs för att en miljökvalitetsnorm eller annan bestämmelse som följer av Sveriges medlemskap i EU ska kunna följas, ska tillståndet återkallas och frågan om utrivning regleras.

För det fall en verksamhetsutövare inte fullgör sin skyldighet att ansöka om omprövning får myndighet göra det på verksamhetsutövarens bekostnad.

Kommentar: Vi hänvisar till vad som anförts ovan om att vattenkraftsel inte bör särregleras.

I de fall det inte föreligger ett tillstånd som beaktat avvägningen mellan exploateringsintresset och andra motstående intressen (t.ex. enligt miljöbalken, vattenlagarna och vattenrättsförordningen) bör det vara fråga om en nyprövning och inte omprövning.

Särskilt som förslaget läggs i kombination med ett förslag om att miljökonsekvensbedömning inte ska behövas vid omprövning riskerar det att leda till bristfälliga utredningar eftersom samrådet med berörda myndigheter därigenom uteblir.

Vårt ställningstagande i den här delen utvecklas nedan, under rubriken ”miljökonsekvensbedömning”.

10.4.2 Miljökonsekvensbedömning

Promemorians förslag: En ansökan om omprövning för moderna miljövillkor behöver inte innehålla en miljökonsekvensbeskrivning.

Ändringen i andra stycket innebär att inte heller återkallelse av tillstånd eller omprövning av tillstånd eller villkor enligt 24 kap. 10 § ska omfattas av kravet på specifik miljöbedömning. Det är enligt förslaget tillräckligt att tillståndshavaren i enlighet med 22 kap. 2 a § tillhandahåller den utredning om verksamheten och övriga förhållanden som behövs för återkallelsen eller omprövningen.

Kommentar: Utebliven specifik miljöbedömning innebär uteblivet samråd. Det innebär att inspelen i processen från motstående intressen senareläggs. Vi anser att risken för bristfälligt underlag ökar avsevärt om ansvariga myndigheters inflytande i processen ska minska. Utan de aspekter som kommer fram i och med samrådet blir det en mycket tung uppgift för domstolen, och, inte minst för sökanden, att säkerställa att ett fullgott underlag föreligger. Idag är MKB en processförutsättning vilket innebär att en bristfällig MKB är grund för avvísning. Vad de processekonomiska konsekvenserna blir för sökanden om en ansökan med bristfällig utredning inte kan avvisas i ett tidigare skede utan avslås först i samband med prövning i sak har inte utretts i promemorian.

Effekten av förslaget riskerar att stå mellan att förutsättningarna för att tillvarata de allmänna intressena i processen försvagas och dålig processekonomi. Inget scenario är emellertid inte ordentligt utrett varför vi inte anser att promemorian i denna del bör ligga till grund för lagstiftning.

10.4.3 Ansvar för kostnader för utredning

Promemorians förslag: Verksamhetsutövaren ansvarar för att ta fram det underlag som behövs för en omprövning av en vattenverksamhet.

Vi har inget att erinra.

10.4.4 Prövningsavgift vid omprövning för moderna miljövillkor

Promemorians förslag: Avgift för prövning av en ansökan om omprövning för moderna miljövillkor ska betalas av den som ansöker om sådan omprövning. Om en myndighet har ansökt om omprövning och haft rätt att göra det till följd av att tillståndshavaren inte gjort det, ska tillståndshavaren ersätta myndigheten för prövningskostnaderna.

Avgiften ska bestå av en grundavgift och en tilläggsavgift och ska beräknas på samma sätt som om ansökan avsett prövning av tillstånd till verksamheten. Om prövningen leder till återkallelse och utrivning, ska avgiften beräknas på samma sätt som om ansökan avsett utrivning.

Promemorians bedömning: Prövningsavgiftens storlek kommer att behöva ses över så att den täcker kostnaderna för prövningen.

Vi har inget att erinra.

10.4.5 Domstolskostnader som inte täcks av prövningsavgiften

Promemorians förslag: Vid en omprövning för moderna miljövillkor ska tillståndshavaren ersätta domstolens kostnader för kungörelser, aktförvarare, sakkunniga som har tillkallats av domstolen, samt för lokaler för sammanträden

Vi har inget att erinra.

10.5 Tillståndsprövning får vänta tills det är dags för prövning enligt den nationella planen

Promemorians förslag: I fråga om vattenverksamheter med koppling till produktion av vattenkraftsel men som inte anses ha ett tillstånd enligt miljöbalken eller motsvarande äldre bestämmelser ska som huvudregel gälla att verksamhetsutövaren efter en anmälan till den nationella planen får avvakta med prövning tills det är dags för prövning för moderna miljövillkor enligt den tidsplan som framgår av planen.

Kommentar: Vi ställer oss kritiska till ”moratoriet”. Vi anser emellertid att det kan vara en lösning med sedvanlig anmälan enligt 19 § vattenförvaltningsförordningen samt att beslut efter anmälan bör kunna ges en interimistisk funktion, genom att kombinera föreläggande att söka tillstånd med föreläggande om försiktighetsmått, se ovan, 2.3. *Möjlighet till anmälan.*

10.6 Miljökonsekvensbeskrivningar vid prövning av verksamheter som tillkommit på lagligt sätt

Promemorians förslag: Vid tillståndsprövning av verksamheter som har kommit till på lagligt sätt ska miljökonsekvensbeskrivningen i stället för uppgifter om rådande miljöförhållanden innan verksamheten påbörjades innehålla en beskrivning av de rådande miljöförhållandena vid tidpunkten för ansökan om prövning och hur de förhållandena förväntas utvecklas om tillstånd inte ges.

Kommentar: Vi anser i och för sig att förslaget, principiellt, skulle kunna göra det möjligt med en relevant prövning.

Emellertid är förslaget oklart. Lagförslaget uttrycker att det ska vara fråga om lagliga *verksamheter*. Vem som har bevisbördan för att en verksamhet tillkommit på ett ”lagligt sätt”? Vilken typ av bevis för att verksamheten en gång var laglig kommer att fordras? Samtidigt föreslås institutet lagligförklaring tas bort.

Det är endast ett fåtal fall där den verksamhet som vattenanläggningen en gång byggdes för bedrivs. I promemorian saknas redovisning av hur det är tänkt att det s.k. nollalternativet ska relatera till en i och för sig laglig anläggning men med helt annan verksamhet än den byggdes för.

För att vara praktiskt tillämpligt borde förslaget utgå från en laglig *anläggning*. Det så kallade nollalternativet skulle då kunna sägas vara miljöförhållandena vid tidpunkten för ansökan såvitt avser den lagliga anläggningen men utan att beakta den verksamhet som bedrivs vid den (såvida inte verksamheten alltså är densamma och bedrivs på samma sätt).

Vi anser att förslaget är såväl för bristfälligt utformat som dåligt utrett för att kunna ligga till grund för lagstiftning.

10.7 Rättegångskostnader

Promemorians förslag: Den som ansöker om prövning av en vattenverksamhet som omfattas av den nationella planen för moderna miljövillkor ska inte vara skyldig att ersätta motpartens rättegångskostnader.

Vi har inget att erinra såvitt förslaget avser myndigheter med partsställning.

När det gäller enskilda vars rättigheter påverkas anser vi att dessa även fortsättningsvis ska tillerkännas ersättning för sina rättegångskostnader. Det finns en väsentlig skillnad mellan miljöfarlig verksamhet och vattenverksamhet genom att det vid vattenverksamhet inte, på samma sätt som vid miljöfarlig verksamhet, kan förutsättas att de allmänna och enskilda intressen som står mot sökandens intresse sammanfaller med varandra. Det innebär i sin tur att sakägarna inte kan räkna med att få något stöd från de berörda myndigheterna när det gäller att bevaka privaträttsliga frågor.¹⁸ En annan väsentlig skillnad är karaktären på och in-

¹⁸ Se t.ex. Vattenlagsutredningen, SOU 1977:27, avsnitt 4.1.10.

tensiteten av de störningar som verksamheterna för med sig. Effekterna av ett tillstånd till vattenverksamhet kan bli expropriationsliknande för den enskilde som får sin rätt inskränkt. För en utförligare motivering till vår ståndpunkt hänvisar vi till SOU 2009:10 s. 338 ff.

10.8 En branschgemensam finansiering (fond)

Vi har inget att erinra.

10.9 Båtnadsregeln tas bort

Promemorians förslag: Den s.k. båtnadsregeln för vattenverksamheter tas bort.

Vi anser inte att det är fråga om en dubbelreglering och vi anser inte att bestämmelsen bör tas bort. Det går inte att göra samma prövning enligt några andra regler i miljöbalken.

Detta eftersom 11 kap. 6 § MB är en tydlig anvisning för prövningsmyndigheten hur avvägningen ska göras i samhällsekonomiskt hänseende, något som är avgörande för så ingripande verksamheter/åtgärder som det oftast är fråga om när det gäller vattenverksamheter. Det är en nödvändig regel för att kunna göra samtliga relevanta bedömningar av huruvida en verksamhet kan tillåtas eller inte. I modern praxis har bestämmelsen oftast inneburit en avvägning mellan exploateringsintresset och motstående *allmänna* intressen.¹⁹

Vi anser snarare att möjligheten att utöka bestämmelsens tillämpningsområde bör utredas, för det fall någon förändring är aktuell.

10.10 Rättskraft för äldre tillstånd som anses meddelade med stöd av miljöbalken eller motsvarande bestämmelser

Promemorians förslag: Miljöbalkens bestämmelse om ett tillstånds rättskraft ska – när rättskraftsfrågan avser ett sådant äldre tillstånd eller sådan äldre rättighet som ska anses meddelat med stöd av miljöbalken eller motsvarande äldre bestämmelser – gälla endast frågor som enligt det som framgår av beslutet har prövats.

Enligt vår mening återspeglar detta rättsläget så som det är idag. Det har inte presenterats någon anledning till att specificera detta ytterligare. Vi anser inte att ett sådant förtydligande behövs.

10.11 Lagligförklaring

Promemorians förslag: Möjligheten att lagligförklara vattenkraftverk och dammar som används eller har använts för uttag av vattenkraft och som har uppförts för miljöbalkens ikraftträdande tas bort.

Vi avstyrker förslaget.

Lagligförklaring av vattenanläggningar kan varken jämföras med eller ersätta prövning av vattenverksamhet. Institutet hindrar på intet sätt en samlad prövning utan behövs för att kunna avgöra huruvida en anläggning är laglig eller inte. Det finns inget i nuvarande lagstiftning som hindrar att man gör en samlad prövning.

¹⁹ Se t.ex. NJA 2008 s. 3 (*Karlshed*). Jfr också möjligheten att göra avvägningar mellan politiska målsättningar den ett politikområde ska utövas inom ramen för ett annat, se ovan nämnda mål C-2/10, punkten 56 (EU-domstolen).

10.12 Prövningens omfattning och ändringstillstånd

Promemorians förslag: Utgångspunkten för prövningens omfattning vid ändring ska vara densamma för vattenverksamhet som för miljöfarlig verksamhet. Vid ändring av en vattenverksamhet ska tillståndet som huvudregel omfatta hela verksamheten. Tillståndet får dock begränsas till att enbart avse ändringen (ändringstillstånd), om det är lämpligt eller om verksamheten omfattas av den nationella planen för moderna miljövillkor och den omprövning av verksamheten som ska ske enligt planen inte har påbörjats.

Vattenverksamheter ska anses utgöra en och samma vattenverksamhet om de bedrivs med vattenanläggningar som direkt eller genom andra vattenanläggningar är tekniskt sammankopplade med varandra och har ett miljö- och verksamhetsmässigt samband.

Kommentar: Vi har inget att erinra.

10.13 Rätten till ersättning vid omprövning

Promemorians förslag: Tillståndshavarens rätt till ersättning vid omprövning som initierats av myndighet, kommun eller vattenförbund tas bort. Rätten till ersättning ska dock finnas kvar under en övergångstid om sex år.

Vi har inga principiella invändningar då investeringar kan skyddas genom en avvägd längd på tillståndets (enskilda villkors) giltighetstid. Vi anser emellertid att sex år en alltför kort övergångstid.

10.14.1 Tillstånd till en ny eller ändrad verksamhet

Promemorians förslag: En myndighet eller kommun får inte tillåta att en verksamhet eller åtgärd påbörjas eller ändras på ett sådant sätt som äventyrar möjligheterna att följa en miljö kvalitetsnorm som avser vattenmiljön eller försämrar vattenmiljön i strid med en sådan norm.

Regeringen ska få meddela föreskrifter om undantag i fråga om att tillåta nya modifieringar i en vattenförekomsts fysiska karakteristika eller en förändring hos en grundvattenförekomst, eller i fall där en förändring från hög till god status hos en ytvattenförekomst inte förebyggs och detta är en följd av nya hållbara mänskliga utvecklings-verksamheter.

Av promemorian framgår bl.a. följande.

”Förtydligandet om normernas genomslag vid prövning och tillsyn har i förslaget placerats och formuleras som ett nytt andra och tredje stycke i 5 kap. 3 § miljöbalken. Placeringen är vald eftersom det rör sig om miljö kvalitetsnormer och deras tillämpning. Ett alternativ som kan övervägas är att en ändring i stället tas in i 2 kap. miljöbalken eller på annan plats som befinns lämplig.”

Vi anser att det vore lämpligare att följa dagens systematik och i 5 kap. beskriva att miljö kvalitetsnormer för vatten är en särskild typ av miljö kvalitetsnormer (vilket förslaget tycks utgå ifrån) och i det sammanhanget också särskilja försämringsförbudet som en särskild typ av norm. Normernas rättsliga genomförande, vad som blir rättsföljden av att en sådan norm inte följs eller riskerar att inte följas, bör följa miljöbalkens systematik och tas in i 2 kap., lämpligen i 7 § i anslutning till reglerna som anger att högre krav i vissa fall kan ställas. Se ovan, avsnitt 2.2 *Implementeringsbrister kvarstår*.

Utöver bemyndigandet behövs en anvisning till prövningsmyndigheten om att undantagsmöjligheten *ska* prövas och att de omständigheter, under vilka dispens får ges, meddelas av regeringen. Se ovan, avsnitt 2.2 *Implementeringsbrister kvarstår*.

10.14.2 Omprövade och förnyade tillstånd

Promemorians förslag: Vid prövning för ett nytt tillstånd och vid omprövning av tillstånd ska de bestämmelser och villkor beslutas som behövs för att säkerställa att verksamheten bedrivs så att den inte äventyrar uppnåendet av rätt vattenkvalitet eller kvantitet och inte heller riskerar orsaka en otillåtenförsämring av vattnets status.

Kommentar: Se ovan under avsnitt 2.2, *Implementeringsbrister kvarstår*.

10.14.3 Rimlighetsavvägningen får inte ge ett resultat som strider mot ramdirektivets krav

Promemorians förslag: Rimlighetsavvägningen enligt 2 kap. 7 § miljöbalken får inte resultera i lägre ställd kravnivå än vad som följer av 5 kap. 3 § miljöbalken, dvs. får inte medföra att verksamheten tillåts bedrivas så att den äventyrar uppnåendet av rätt vattenkvalitet eller kvantitet eller riskerar orsaka en otillåten försämring av ett vattens status.

Se ovan under avsnitt 2.2, *Implementeringsbrister kvarstår*.

10.14.4 Statlig kontroll av kommuners beslut om undantag

Promemorians förslag: Om en kommun tillämpar en undantagsbestämmelse för att tillåta en ny verksamhet eller åtgärd som ändrar en vattenförekomsts fysiska karaktäristika eller ändrar en grundvatten-förekomst eller för att tillåta en samhällsnyttig verksamhet som inne-bär risk för att en ytvattenförekomsts status ändras från hög till god, ska kommunen underrätta den länsstyrelse som är vattenmyndighet.

Länsstyrelsen ska pröva kommunens beslut, om det finns skäl att anta att det inte finns förutsättningar för beslutet eller att en brist i ärendets handläggning haft betydelse för utgången i tillåtande- eller dispensfrågan. Länsstyrelsen ska besluta i frågan om huruvida en överprövning ska ske inom tre veckor från den dag då kommunens beslut kom in till länsstyrelsen.

Länsstyrelsen ska upphäva kommunens beslut om förutsättningarna för undantag inte är uppfyllda.

Vi har inget att erinra.

10.14.5 Behov av följdändringar i sektorslagstiftningen och PBL

Promemorians bedömning: De föreslagna ändringarna i 2 kap. 7 § och 5 kap. 3 § miljöbalken medför inget behov av följdändringar i plan- och bygglagen och inte heller i sektorslagstiftning.

Vi har inget att erinra.

10.14.6 Skyldighet för mark- och miljödomstolen att hämta in yttrande från vattenmyndigheten

Promemorians förslag: Om det i en enskild prövning finns anledning att anta en vattenförekomst inte har den kvalitet som vattenmyndigheten lagt till grund för sitt beslut om vattnets status och denna bristande överrensstämmelse har be-

tydelse för möjligheten att bestämma rimliga och ändamålsenliga villkor, ska Mark- och miljödomstolen hämta in ett yttrande från vattenmyndigheten.

Kommentar: Genom skyldigheten att hämta in vattenmyndighetens yttrande ges, enligt promemorian, utrymme för vattenmyndigheten att, innan domstolen avslutar sin prövning, göra de ändringar i fråga om klassificering av vatten och miljö kvalitetsnormer som föranleds av den utredning som kommit fram i målet.

Av den föreslagna bestämmelsen i 4 kap. 17 § förordningen (2004:660) om förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön följer vidare en skyldighet för den vattenmyndighet som mottar en framställan från mark- och miljödomstolen enligt 22 kap. 13 § miljöbalken att initiera en översyn av de beslut som berörs av sådan tillkommande information som framställan omfattar. Även andra omständigheter än de som kommer fram i målet genom sökanden och den sakkunnige kan enligt promemorian ha betydelse för bedömningen av vattenförekomstens faktiska kvalitet, klassificeringen av vattenförekomstens status och bestämmandet av miljö kvalitetsnormer; det kan vara omständigheter som innebär att det inte ska göras någon annan klassificering eller att miljö kvalitetsnormer inte ska ändras. Tanken är att vattenmyndigheten, genom sitt yttrande, kan bidra till att domstolen får ett komplett underlag för sin bedömning av vilka miljö villkor som behöver ställas.²⁰När det gäller möjligheten att innan domstolen avslutar sin prövning, göra de ändringar i fråga om *klassificering av vatten* som föranleds av den utredning som kommit fram i målet ställer vi oss positiva.

Emellertid ser vi inte någon anledning till att vattenmyndigheten behöver göra en sådan ändring innan prövningen avslutas utan domstolen bör vara fri att pröva huruvida ingivna utredningar rörande vattenkvaliteten gjorts enligt den metodik som föreskrivs i direktivet (och nationella föreskrifter) och om de kan läggas till grund för prövningen i målet. Vi anser att möjligheten för berörda parter att själva ge in sådan utredning är ett effektivt sätt att driva fram kunskap om vattenförekomsternas beskaffenhet.

När det gäller möjligheten att innan domstolen avslutar sin prövning, göra de ändringar i fråga om *miljö kvalitetsnormer* som föranleds av den utredning som kommit fram i målet ställer vi oss frågande.

Att man i ett enskilt mål begär in utredning som sedan kan leda till att en norm ändras, utifrån utredningen i det enskilda fallet, fråntar normen karaktären av norm; den blir istället ett beslut i det enskilda fallet.

Detta är tveksamt ur två perspektiv.

Det första är det unionsrättsliga: EU-rätten fordrar implementering av direktivets krav med rättsligt bindande regler. En norm som kan ändras inom ramen för en domstolsprocess kan knappast karaktäriseras som en rättsligt bindande regel.

Det andra är det nationellrättsliga: Miljö kvalitetsnormen sätts av regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer i enlighet med de förpliktelser vi har enligt ramdirektivet. En miljö kvalitetsnorm har karaktären av norm, d.v.s., det är en form av författning. Sådana kan inte ändras i ett pågående mål i domstol annat än i händelse av normprövning enligt regeringsformen. Nu lägger förvisso för-

²⁰ Promemoria med förslag till ändrade bestämmelser för vattenmiljö och vattenkraft, s. 248 f.

slaget inte själva ändringen av normen på domstolen utan på den myndighet som pekats ut av regeringen att sätta normen; ändå kommer det som faktiskt sker vara att normen ändras inom ramen för en domstolsprocess. Promemorian har överhuvudtaget inte berört de tänkbara rättssäkerhetsproblem (förutsebarhet, intressekonflikter, processuella frågor och förenlighet med unionsrätten) som en sådan skyldighet kan resultera i.

I brist på sådan konsekvensanalys avstyrker vi förslaget.

10.15 Bemyndigande att meddela generella föreskrifter för vattenverksamhet

Promemorians förslag: Regeringen ska få meddela generella föreskrifter om försiktighetsmått för vattenverksamheter. Föreskrifter meddelade med stöd av bemyndigandet bryter igenom tillståndens rättskraft.

Vi har inget att erinra.

10.16 Miljörapport

Promemorians förslag: Regeringen ska få meddela föreskrifter om att den som bedriver en vattenverksamhet ska lämna miljörapport till tillsynsmyndigheten.

Vi har inget att erinra.

10.17 Fortsatt skydd av nationalälvarna och andra särskilt skyddsvärda älvsträckor

Promemorians förslag: Bestämmelsen om undantag från förbudet att i nationalälvarna och andra angivna älvsträckor utföra vattenkraftverk, vattenreglering eller vattenöverledning för kraftändamål avgränsas till att endast gälla åtgärder som inte innebär någon ytterligare negativ miljöpåverkan, såsom t.ex. åtgärder för att upprätthålla eller underhålla anläggningar eller verksamheter som har tillkommit på lagligt sätt.

Vi har inget att erinra.

Vänerns borg den 29 september 2017

Stefan Nilsson

Christina Olsen Lundh

Detta yttrande har beslutats av lagmannen Stefan Nilsson, tf. chefsrådmannen Gunnar Bergelin, rådmannen Christina Olsen Lundh samt de tekniska råden Nils-Göran Nilsson och Roger Ödmark.