



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Olof Björk

Ramvattendirektivet och den svenska vattenkraften

- En miljörättslig studie av EU:s ramvattendirektiv och den svenska vattenkraften före och efter prop. 2017/18:243

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Annika Nilsson

Termin för examen: Period 1 HT2018

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund och forskningsläge	7
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Utgångspunkter, avgränsningar och klargöranden	10
1.4 Metod och material	12
1.5 Disposition	15
2 DEN SVENSKA VATTENKRAFTEN – ETT HISTORISKT, TEKNISKT OCH BIOLOGISKT PERSPEKTIV	16
3 RAMVATTENDIREKTIVET	19
3.1 Bakgrund och övergripande bestämmelser	19
3.2 Att klassificera status	20
3.3 Miljömålen	23
3.3.1 Allmänt om målen	23
3.3.2 Weser-domen	24
3.4 Undantag	25
3.4.1 Kraftigt modifierade ytvattenförekomster	25
3.4.2 Förlängda tidsfrister	26
3.4.3 Nya verksamheter	27
3.4.4 Begränsningar i undantagen	28
3.5 Åtgärdsprogram, övervakning och förvaltnings-planer	29
3.6 Sammanfattande slutsatser	30
3.6.1 Miljömålen	30
3.6.2 Flödesregim	31
4 NUVARANDE SVENSK RÄTT	32

4.1	Allmänt om Sveriges implementering av RDV	32
4.2	Tillståndsprövning av vattenkraftverk	33
4.2.1	De övergripande bestämmelserna	34
4.2.2	Särskilt om miljökvalitetsnormer	36
4.2.2.1	Allmänt	36
4.2.2.2	Miljökvalitetsnormer och RDV	37
4.2.3	Särskilda vattenrättsliga regler	40
4.2.4	Tillståndets rättskraft	41
4.3	Vattenkraft och äldre tillstånd	41
4.3.1	Allmänt	41
4.3.2	Laglighetsprövning	43
4.4	Omprövning av vattenkraftverk	44
4.4.1	Förutsättningar för omprövning	44
4.4.2	Utredningen	45
4.4.3	Nya villkor	46
4.4.4	Verksamhetsutövarens rätt till ersättning	46
4.4.5	Brister i nuvarande omprövningssystem	47
4.5	Sammanfattande slutsatser	48
4.5.1	Miljömålen	49
4.5.2	Flödesregim	49
5	KOMMANDE SVENSK RÄTT	51
5.1	Inledning	51
5.2	Moderna miljövillkor	51
5.3	Den nationella planen	52
5.3.1	Ett helhetsperspektiv	52
5.3.2	En plan i strid med EU-rätten?	55
5.3.3	Ökad regleförmåga på miljöns bekostnad?	55
5.4	Äldre tillstånd och rättigheter	56
5.5	Miljöbedömningen	57
5.5.1	Miljömål med bindande verkan vid prövning	57
5.5.2	”Äventyra” – ett otydligt begrepp som kan äventyra miljömålen?	59
5.6	Tillståndens längd	61
5.7	Omprövning och villkor som avsevärt försvårar verksamheten	62
5.8	Utredningen	64
5.9	Skyldighet för mark- och miljödomstolen att inhämta yttrande från vattenmyndigheten	66
5.9.1	Ytterligare utredning och tillämpning av undantag	66
5.9.2	En norm är en norm?	67
5.10	Verksamhetsutövarens rätt till ersättning	68

5.11	Generella föreskrifter	70
5.12	Vattenfonden	71
5.13	Båtnadsregeln avskaffas	71
6	ANALYS, SLUTSATSER OCH SAMMANFATTNING	74
6.1	En rättsligt korrekt implementering av art. 4.1 och art. 4.7 RDV?	74
6.2	Omprövningarna	76
6.2.1	Åtgärdas bristerna i svensk rätt?	76
6.2.2	Otydliga bedömningsregler riskerar att äventyra resultatet av omprövningarna	78
6.3	Flödesregim och ytterligare konsekvenser av den nya lagstiftningen	80
6.4	Sammanfattande slutsatser	82
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	84
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	88

Summary

The Water Framework directive (WFD) is a comprehensive acquis which aim to protect groundwater, coastal water and inland surface water, such as lakes and rivers, in the European Union. The directive relates to the current state of the aquatic ecosystems and contains regulations and environmental objectives regarding the chemical, ecological and quantitative status in the different bodies of water. Seen from the perspective of Sweden, one of the biggest obstacles in order to achieve the environmental objectives is the large number of hydropower plants, which impact the ecological status of many waters in a negative way. In order to ensure compliances with the EU law, the Swedish Parliament therefore adopted the legislative bill prop. 2017/18:243 *Vattenmiljö och vattenkraft* in June 2018.

The main purpose of the thesis is to examine if, and to what extent, the new legislation introduced by prop. 2017/18:243 improves Sweden's opportunities to implement the WFD. In order to achieve the purpose, the investigation has, among other things, aimed to investigate what the environmental objectives in WFD regarding ecological status are, what the main shortcomings in current Swedish law on hydropower are when compared to the environmental objectives in WFD regarding ecological status, and to what extent the new legislation addresses these shortcomings.

The environmental objectives in WFD regarding ecological status demand that at least good ecological status is achieved in all surface waters by 2027, and that no deterioration of the status occurs. Furthermore, the objectives are binding, both in the way that they prescribe a result the member states are obliged to actually achieve, and in the way that they must be legally incorporated by the member states. However, there are a number of exceptions, both in regard to the objective good ecological status and to the prohibition on deterioration, of which several are applicable to hydropower.

Concerning the problems in current Swedish law, the following conclusions can be drawn. First, the environmental objectives have been implemented in a legally incorrect fashion so that neither the prohibition on deterioration, nor ecological environmental quality standards, are binding to the court in the permit process of e.g. hydropower plants. Second, an overwhelming majority of the Swedish hydropower plants have permits issued under older laws wherein little

to no concern were paid to the environment, and the current law does not enable re-examinations to take place in the manner or at the pace necessary to achieve the environmental objectives.

Through the new legislation introduced by prop. 2017/18:243, several steps are taken in the right direction. Hydropower plants will be forced to have modern environmental terms which, together with a national plan, will ensure the re-examination of all hydropower permits. However, the re-examinations will take a long time and will not be completed by 2027, when the environmental objectives must be met according to WFD. The WFD prohibition on deterioration is implemented legally correct through the new legislation, and ecological environmental quality standards are given binding effect. However, since several new key concepts and regulations are very unclear in their design, the risk is imminent that the courts, in accordance with traditional legal principles, will take great account of the interests of the operators in the re-examinations and not provide sufficiently strict environmental terms. It is therefore doubtful whether the new legislation at all solves the problems, which hydropower entails for Sweden's ability to meet the environmental objectives in the WFD.

Sammanfattning

Ramvattendirektivet (RDV) är ett omfattande regelverk som syftar till att skydda grundvatten, kustvatten och inlandsytvatten, såsom sjöar och åar, i den Europeiska Unionen. Direktivet utgår från vattenmiljöns faktiska tillstånd och innefattar bl.a. regler och miljömål gällande kemisk, ekologisk och kvantitativ status för de olika vattenförekomsterna. För svenskt vidkommande är ett av de största hindren för att uppnå miljömålen de många vattenkraftverk som påverkar främst den ekologiska statusen i många vattendrag negativt. I syfte att efterleva EU-rätten antog riksdagen därför i juni 2018 prop. 2017/18:243 *Vattenmiljö och vattenkraft*.

Det huvudsakliga syftet med uppsatsen är att utreda om, och i vilken mån, den nya lagstiftning som införs genom prop. 2017/18:243 förbättrar Sveriges möjligheter att implementera RDV. För att uppnå syftet har utredningen bl.a. tagit sikte på vad miljömålen beträffande ekologisk status i RDV innebär, vilka bristerna i nuvarande svensk rätt gällande vattenkraft är i förhållande till miljömålen i RDV beträffande ekologisk status, och i vilken utsträckning den nya lagstiftningen åtgärdar dessa brister.

Miljömålen i RDV beträffande ekologisk status innebär bl.a. att åtminstone god ekologisk status måste uppnås i samtliga ytvattenförekomster senast 2027, och att försämring av statusen inte är tillåten. Målreglerna är vidare tvingande, dels genom att de föreskriver ett resultat som medlemsstaterna är skyldig att faktiskt uppnå, dels genom att det krävs att medlemsstaterna införlivar dem rättsligt. Det finns dock ett flertal undantag, både gällande kravet på god ekologisk status och förbudet mot försämring, varav flera är tillämpliga beträffande vattenkraft.

Gällande problematiken i nuvarande svensk rätt kan följande slutsatser dras. För det första har målreglerna i RDV implementerats rättsligt felaktigt så att varken försämringsförbudet eller ekologiska miljökrav givits bindande verkan vid tillståndsprövning av vattenkraftverk. För det andra har en överväldigande majoritet av de svenska vattenkraftverken tillstånd enligt äldre rätt där liten eller ingen miljöhänsyn togs, och nuvarande rätt möjliggör inte att omprövning sker på det sätt eller i den takt som är nödvändig för att uppnå miljömålen.

Den nya lagstiftningen i prop. 2017/18:243 innebär att flera steg tas i rätt riktning. Genom krav på att vattenkraftverken ska leva upp till s.k. moderna miljövillkor och genom en nationell plan,

säkerställs att alla vattenkraftverks tillstånd omprövas. Omprövningarna kommer emellertid att ta lång tid och kommer inte att vara genomförda till 2027, då RDV kräver att miljömålen har uppnåtts. Försämringsförbudet i RDV implementeras rättsligt korrekt genom den nya lagstiftningen, och ekologiska miljökrav ges bindande verkan. Eftersom flera nya centrala begrepp och bestämmelser ges mycket oklar utformning är risken emellertid överhängande att domstolarna, i enlighet med traditionella juridiska principer, kommer att ta stor hänsyn till verksamhetsutövarnas intressen vid omprövningarna och inte meddela tillräckligt stränga miljövillkor. Det är därför tveksamt om den nya lagstiftningen överhuvudtaget löser den problematik vattenkraften innebär för Sveriges möjligheter att uppnå miljömålen i RDV.

Förord

Först och främst vill jag tacka min handledare Annika Nilsson. Både för att du inspirerade mig till valet av ämne under den miljörättsliga fördjupningskursen, och för värdefulla råd och synpunkter under uppsatsskrivandets gång.

Jag vill också tacka Katrin Herrlin Sjöberg, Lisa Dahlén och Yamini Lind vid vattenmyndigheterna, som tagit sig tid att utförligt svara på mina frågor kring hur vissa bestämmelser faktiskt tillämpas i den praktiska vattenförvaltningen. Även rådmannen vid mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt, Christina Olsen Lundh, ska ha tack för hjälpen med att klargöra innebörden av vissa EU-rättsliga bestämmelser.

Slutligen vill jag tacka Anna, Julia, Carl, Axel, Axel och Albin för att ni tagit er tid att hjälpa mig med korrekturläsning och kommit med kloka synpunkter under arbetets gång.

Förkortningar

EU	Europeiska unionen
HaV	Havs- och vattenmyndigheten
HVMFS 2013:19	Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter 2013:19
JB	Jordabalken
KW	Kilowatt
MB	Miljöbalken
MKB	Miljökonsekvensbeskrivning
MMD	Mark- och miljödomstol
MP	Miljöbalkens promulgationslag, lag (1998:811) om införande av miljöbalken
MW	Megawatt
MÖD	Mark- och miljööverdomstolen
Prop.	Proposition
RDV	Ramvattendirektivet, Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område
SOU	Statens offentliga utredningar
VFF	Förordning (2004:660) om förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön
VL	Vattenlag (1983:291)
VVU	Vattenverksamhetsutredningen
ÄVL	Äldre Vattenlagen, Vattenlag (1918:523)

1 Inledning

1.1 Bakgrund och forskningsläge

Ramvattendirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område), RDV, är ett omfattande och komplext regelverk som skapar en rättslig ram för såväl utnyttjandet som skyddet av vatten inom den Europeiska unionen (EU). Direktivet omfattar grundvatten, kustvatten och inlandsytvatten, såsom sjöar och åar, och innehåller regler och miljömål beträffande kemisk, ekologisk och kvantitativ status för de olika vattenförekomsterna. Enligt David Langlet¹ och Said Mahmoudi² kan RDV bli ett av de direktiv med allra störst betydelse för miljöskydd i unionen.³

Förhållandevis mycket har under de senaste åren skrivits om RDV och dess implementering i svensk rätt. Martina Ekelund Entson⁴ och Lena Gipperth⁵ publicerade 2010 en studie av hur RDV genomförts i de skandinaviska länderna och Finland (*Mot samma mål? – Implementeringen av EU:s ramdirektiv för vatten i Skandinavien*) och 2015 presenterade Henrik Josefsson⁶ sin avhandling *Good Ecological Status: Advancing the Ecology of Law*. I den undersöker han bl.a. ”ekologisk status” ur ett rättsekologiskt perspektiv, och riktar relativt skarp kritik mot hur direktivet har utformats. Bl.a. menar han att det är en allvarlig brist att direktivet tar så liten hänsyn till flödesregimens⁷ betydelse för vattenmiljön.⁸

Eftersom RDV är ett så omfattande direktiv har implementeringen i Sverige inneburit utmaningar och krävt förändringar inom många områden. Dagvattenhantering, industri- och jordbruksutsläpp, artskydd, vattenhinder av olika slag, kostnadstäckning för vattentjänster, myndighetsstrukturer och ansvarsfördelning är bara några. Särskilt omdiskuterat har emellertid

¹ Professor i havsförvaltningsrätt.

² Professor i internationell rätt.

³ Langlet & Mahmoudi (2016) s. 224.

⁴ Projektassistent.

⁵ Professor i miljö rätt.

⁶ Doktor i miljö rätt.

⁷ Flödesregim är ett begrepp som kortfattat kan sägas handla om hur vattnet tillåts flöda i ett vattendrag.

Begreppet förklaras närmare i kap. 2.

⁸ Josefsson (2015) s. 23 och 76.

vattenkraftverk blivit, och vilken påverkan implementeringen av RDV får på de svenska rättsreglerna som omgärdar dessa. För svenskt vidkommande är nämligen ett av de största hindren för att uppnå miljömålen i RDV de många vattenkraftverk och dithörande dammar som påverkar främst den ekologiska statusen i många vattendrag negativt.⁹ Av bl.a. denna anledning tillsatte regeringen 2012 Vattenverksamhetsutredningen (VVU) som fick i uppdrag att se över reglerna om vattenkraftverk och andra vattenverksamheter. Utredningen presenterade bl.a. delbetänkandet *Ny tid ny prövning – förslag till ändrade vattenrättsliga regler* (SOU 2013:69) och slutbetänkandet *I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler* (SOU 2014:35). Relativt omfattande förändringar föreslogs men utredningarna ledde inte till något lagförslag då.

I den s.k. Weserdomen¹⁰ som meddelades 2015 tolkade EU-domstolen en rad centrala bestämmelser i RDV på ett sådant sätt att det blev uppenbart att svensk rätt i flera avseenden inte stod i överensstämmelse med direktivet. Domen resulterade samma år i flera rapporter om hur avgörandet skulle tolkas och hur svensk rätt borde ändras, bl.a. av Gabriel Michanek¹¹ – *Tillstånd får inte ges om aktuell ytvattenstatus försämras eller uppnåendet av god ytvattenstatus äventyras – analys av EU-domstolens förhandsavgörande C-461/13* och Ulf Bjällås,¹² Magnus Fröberg¹³ och Arvid Sundelin¹⁴ – *Hur ska EU-domstolens dom i mål C-461/13 (Weserdomen) tolkas och vad får den för betydelse?* Även Christina Olsen Lundh¹⁵ analyserade domen och dess betydelse i boken *Panta rei - om miljö kvalitetskrav och miljö kvalitetsnormer* från 2016. Framförallt handlar hennes studie om hur miljö kvalitetskrav och miljö kvalitetsnormer används i bl.a. RDV, och hur reglerna har implementerats i svensk rätt.

EU-kommissionen, som sedan 2007 har drivit ett överträdelseärende mot Sverige gällande införlivandet av RDV, utvidgade och intensifierade efter Weser-domen sin kritik mot Sverige. Till stor del föranleddes kritiken av att svensk rätt, delvis på grund av felaktig implementering av regler i RDV, inte förmår att hantera de många vattenkraftverk med äldre tillstånd så att direktivets miljömål kan nås. Inte förrän den politiskt blocköverskridande

⁹ *Vattenkraftens påverkan på akvatiska ekosystem – en litteratursammanställning* (2013:10) s. 7; EU-kommissionen Motiverat yttrande C(2018) s. 25.

¹⁰ Mål C-461/13 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. mot Tyskland*.

¹¹ Professor i miljö rätt.

¹² Före detta ordförande i MÖD, numera bl.a. konsult.

¹³ Advokat.

¹⁴ Advokat.

¹⁵ Doktor i miljö rätt och rådman vid mark- och miljö domstolen vid Vänersborgs tingsrätt.

Energiöverenskommelsen slutits 2016 påbörjades emellertid arbetet med ny lagstiftning i Sverige. En departementspromemoria togs fram och lades till grund för prop. 2017/18:243 *Vattenmiljö och vattenkraft* som i juni 2018 antogs av riksdagen. Den nya lagstiftningen, som till största del träder i kraft 1 januari 2019, kommenteras av Johanna Söderasp¹⁶ i hennes avhandling som publicerades i december 2018. Fokus i hennes studie *Law in Integrated and Adaptive Governance of Freshwaters – A Study of the Swedish Implementation of the EU Water Framework Directive* ligger dock inte på vattenkraftverk primärt, utan på rättens roll och funktion i vattenförvaltningen generellt, vid den svenska implementeringen av RDV.

1.2 Syfte och frågeställningar

Mot ovanstående bakgrund är syftet med uppsatsen att utreda om, och i vilken mån, den nya lagstiftning som införs genom prop. 2017/18:243 förbättrar Sveriges möjligheter att korrekt implementera RDV. Eftersom uppsatsen, och den nya lagstiftningen, i första hand tar sikte på vattenkraftverk och då dessa främst påverkar vattenförekomsternas ekologiska status har framställningen begränsats därefter. Således behandlas enbart reglerna i RDV beträffande ekologisk status och inte de bestämmelser som gäller kemisk eller kvantitativ status. Inom såväl den juridiska som naturvetenskapliga forskningen har stark kritik riktats mot RDV för att inte i tillräckligt hög grad beakta den faktor som numera anses vara den viktigaste för en god vattenmiljö; nämligen flödesregim.¹⁷ Framställningen syftar därför även till att klarlägga i vilken utsträckning flödesregim beaktas i, och främjas genom, såväl RDV som den nya svenska lagstiftningen.

För att uppnå dessa syften har följande frågeställningar formulerats:

- Vad innebär miljömålen beträffande ekologisk status i RDV, och i vilken utsträckning beaktas flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön?
- Vilka är de huvudsakliga bristerna i nuvarande svensk rätt gällande vattenkraft, i förhållande till miljömålen i RDV beträffande ekologisk status, och i förhållande till flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön?

¹⁶ Doktor i miljörett

¹⁷ Josefsson & Baaner (2011); Friberg, Sandin & Pedersen (2009).

- I vilken utsträckning kommer den nya lagstiftningen i prop. 2017/18:243 att bidra till att åtgärda dessa brister?

Förhållandevis mycket har, som nämnts ovan, skrivits om RDV och dess implementering i svensk rätt utifrån olika perspektiv och aspekter. Med uppsatsen ämnar jag bidra till denna forskning genom att utifrån RDV granska och analysera den svenska miljörättsliga regleringen av vattenkraftverk, och vilka förändringar som sker genom den nya lagstiftningen. Genom att därutöver analysera hur väl flödesregim beaktas i RDV i och den nya svenska lagstiftningen syftar uppsatsen även till att i något hänseende klargöra hur väl rätten i dessa avseenden faktiskt är anpassad efter den natur och miljö den är avsedd att skydda.

1.3 Utgångspunkter, avgränsningar och klargöranden

Utifrån mitt syfte och val av metod¹⁸ har jag valt att anlägga ett miljöskyddsperspektiv, vilket skulle kunna ses som ett slags kritiskt perspektiv.¹⁹ En del i detta perspektiv är antagandet att förnybara energikällor, såsom vattenkraft, typiskt sett är bättre för miljön i stort än vad icke-förnybara energikällor är.²⁰ Vattenkraftens värde i miljö- och energihänseende är därför något jag beaktat, särskilt i de analytiska delarna av framställningen, i den mån det varit relevant. Däremot har jag således inte beaktat vattenkraftens värde i exempelvis företags- eller privatekonomiskt avseende överhuvudtaget.

Utöver de avgränsningar som valet av frågeställningar och perspektiv i sig innebär har vissa ytterligare avgränsningar varit nödvändiga. Både inom EU-rätten och inom den svenska rätten finns särskilda regler för skyddade områden vilket påverkar de rättsliga förutsättningarna för vattenkraftverk. På EU-nivå är det främst Natura 2000-områden och i svensk rätt har bl.a. nationalälvarna särskilt skydd. Dessutom finns det artskyddsregler som kan kräva att särskild hänsyn tas i vissa fall. Dessa regler behandlas emellertid inte i uppsatsen just eftersom de utgör undantag från de grundläggande reglerna.

¹⁸ Se stycke 1.4 nedan.

¹⁹ Sandgren (2018) s. 51–52.

²⁰ Jämför Malafry (2016) s. 17.

I uppsatsen behandlas inte heller regler gällande ändringstillstånd för vattenkraftverk, eller hur rättegångskostnaderna fördelas i olika prövningar. Reglerna kring rättegångskostnader är långtifrån ointressanta men har främst betydelse för de civilrättsliga delarna av prövningen. Bestämmelserna kring ändringstillstånd utgör i viss mån en egen kategori regler, varför jag valt att inte behandla dessa när jag av varit tvungen att renodla uppsatsämnet.

Fastighetsrättsliga inslag i vattenrätten såsom fallrätter och rådighetsfrågor faller även de utanför ämnet då uppsatsen har ett miljörättsligt fokus. När skrivningen ”svensk rätt gällande vattenkraft” eller liknande används, avses således enbart relevant miljörättslig lagstiftning och inte fastighetsrättsliga regleringar.

När jag nedan i framställningen skriver om Sveriges möjligheter att uppnå miljömålen i RDV ska det, utifrån framställningens syfte och frågeställningar, inte tolkas som att det avser samtliga miljömål för alla sorters vattenförekomster. Vad som istället avses är specifikt om de hinder som vattenkraften innebär för Sveriges möjlighet att nå miljömålen i RDV beträffande just ekologisk status i ytvattenförekomster kan åtgärdas. Vidare avses med ”miljömålen” genomgående miljömålen i RDV beträffande ekologisk status, även när så inte skrivs ut fullständigt. Dessa ska inte förväxlas med exempelvis riksdagens 16 miljömål.²¹

Avslutningsvis, lagstiftningen i prop. 2017/18:243 träder i kraft den 1/1 2019, varför den utgör gällande rätt när uppsatsen publiceras, men inte när den skrivs under hösten 2018. Detta har orsakat vissa svårigheter beträffande tempus och formuleringar och ett par förtydliganden är därför på sin plats. Utgångspunkten är att uppsatsen ska läsas som att det fortfarande är 2018. Då begreppet ”nuvarande rätt” används syftas således på lagstiftningen såsom den såg ut innan 1/1 2019. Gällande rätt från och med 1/1 2019 benämns istället ”den nya lagstiftningen”, ”kommande lagstiftning” eller beskrivs såsom ”lagändringarna”. Förhoppningsvis ska detta inte vålla alltför stora problem då de olika lagstiftningarna i huvudsak behandlas i olika kapitel.

²¹ Michanek & Zetterberg (2017) s. 98–99.

1.4 Metod och material

Enligt Staffan Westerlund²² utgår renodlad miljörettslig metod från att forskaren med rättens hjälp ska lösa problem utanför rätten, nämligen miljö- och hållbarhetsproblem.²³ För att kunna formulera rättsregler som åstadkommer detta är det viktigt att utgå från naturen och miljön, och inte sällan är det nödvändigt att ta del och använda sig av viss naturvetenskaplig forskning på området. Rättens påverkan på naturen integreras på så vis i den miljörettsliga forskningen.²⁴ Josefsson exemplifierar detta i sin avhandling genom att förklara att den miljörettsliga metoden typiskt sett utgår från och är lämpad för en studie i hur rätten på ett visst område bör konstrueras för att ekosystem inte ska utarmas utan förbli livskraftiga även i framtiden.²⁵

Den miljörettsliga metoden kan emellertid också betraktas som en metod för att utreda hur regler på olika nivåer bör formuleras för att miljömål, politiskt eller juridiskt fastslagna, ska kunna uppnås. Exempelvis hur EU-rätt bör implementeras i Sverige för att målen i en viss rättsakt ska nås.²⁶ Särskilt i den mån det rör sig om juridiskt fastslagna mål kan den miljörettsliga metoden även betraktas som en rättsanalytisk metod i Claes Sandgrens²⁷ mening. En självklar del i ett arbete där rättsanalytisk metod används är enligt Sandgren att granska och eventuellt kritisera rätten utifrån ett visst anlagt perspektiv.²⁸

En stor del av syftet med förevarande uppsats består just i att kritisk granska hur rätten har utformats för att uppnå ett antal juridiskt fastslagna miljömål, och därför har jag i huvudsak använt mig av miljörettslig metod i den rättsanalytiska bemärkelsen.²⁹ Att sätta en viss etikett på metoden säger dock inte alltid så mycket, och utifrån hur Jan Kleineman³⁰ definierar kritiskt inriktad rättsdogmatik skulle det även kunna påstås att det är den metoden jag använt mig av på ett övergripande plan.³¹

²² Professor i miljörett.

²³ Westerlund (2003) s. 379.

²⁴ Westerlund (2010) s. 11.

²⁵ Josefsson (2015) s. 17–18.

²⁶ Michanek & Zetterberg (2017) s. 32.

²⁷ Professor emeritus i civilrätt.

²⁸ Sandgren (2018) s. 50-52.

²⁹ Sandgren (2018) s. 61.

³⁰ Professor i civilrätt.

³¹ Kleineman (2018) s. 35-38. Att sätta etikett på en metod är inte nödvändigt menar Sandgren, så länge tillvägagångssättet förklaras. Att likväl ge tillvägagångssättet en beteckning kan enligt Sandgren underlätta förståelsen för hur metoden har använts, varför jag valt att göra så. Se Sandgren (2018) s. 62.

För att besvara olika frågeställningar, och ibland även olika delar av samma frågeställning, har jag emellertid även använt mig av andra metoder. Att, med hjälp av traditionell rättsdogmatisk metod, fastställa gällande rätt är en naturlig del i en rättsanalytisk metod.³² I mitt fall har det handlat om relevant EU-rätt samt nuvarande och kommande svensk rätt. De olika elementen i rättskälleläran såsom lagtext, praxis, förarbeten och doktrin har i dessa delar analyserats, systematiserats och värderats med hänsyn till deras inbördes hierarkiska ordning.³³ Metoden har anpassats något när det gäller EU-rätten vars struktur och rättskällelära i vissa hänseenden skiljer sig från den svenska.³⁴ Vilka krav det finns på medlemsstaterna vid implementering av direktiv har därför studerats och beaktats, liksom principen om lojalt samarbete, doktrinen om ”effet utile”³⁵ och direktivkonform tolkning.³⁶ Därutöver har stor vikt lagts vid domstolspraxis och hur EU-domstolen genom sina avgöranden utvecklat rätten.³⁷ För mig har det bl.a. inneburit särskilt noggranna studier av den s.k. Weser-domen. Verk av Josefsson, Olsen Lundh och Ludwig Krämer³⁸ har även varit viktiga för att kunna navigera i den komplexa rättsakt som RDV är, och för att förstå de olika bestämmelserna och kapitlens förhållanden till varandra. Detta särskilt eftersom de auktoritativa förarbetena som finns i svensk rätt saknas inom EU-rätten.³⁹ Beträffande den nya svenska lagstiftningen finns av naturliga skäl ännu ingen praxis och enbart mycket lite litteratur att tillgå. Tolkningen har därför fått utgå nästan enbart från lagtext och förarbeten och kan därför anses något mindre väl underbyggd.

För att undersöka nuvarande svensk rätt i syfte att identifiera brister i förhållande till miljömålen i RDV beträffande ekologisk status har jag använt mig av statliga utredningar, miljörättsliga forskningsverk och EU-kommissionens skrivelser. De viktigaste har varit SOU 2013:69, SOU 2014:35, *Panta Rei* av Olsen Lundh och EU-kommissionens Motiverat yttrande C(2018) 309 final från den 25/1 2018 i överträdelseärende 2007/39. Eftersom jag har använt mig av källor från ett så pass vitt spektra av aktörer har jag sannolikt täckt in den viktigaste och mest relevanta

³² Sandgren (2018) s. 51; Westerlund (2003) s. 379.

³³ Kleineman (2018) s. 21–24; Sandgren (2018) s. 48–50.

³⁴ Hettne, Groussot & Reichel (2011) s. 34–38.

³⁵ Franska, ungefär – doktrinen om att unionsrättsliga bestämmelser ska ges sådan tolkning att deras ändamålsenliga verkan kan uppnås.

³⁶ Olsen Lundh (2016) s. 36–48; Reichel (2018) s. 113–114 och 123–125.

³⁷ Bernitz & Kjellgren (2018) s. 187–188.

³⁸ Professor i tysk och europeisk miljö rätt.

³⁹ Hettne, Groussot & Reichel (2011) s. 36.

kritiken. För att förstå hur vissa bestämmelser faktiskt tillämpas har jag dessutom varit tvungen att via mejl ta kontakt med ansvariga på vattenmyndigheterna.

I utredningen av huruvida den nya svenska lagstiftningen åtgärdar de brister som identifierades i nuvarande svensk rätt har jag i stor utsträckning begagnat mig av remissvar. Något som möjligtvis kan ses som ett okonventionellt val av material men som jag menar är både möjligt och lämpligt då en rättsanalytisk metod tillämpats, vilket öppnar upp för att använda källor utanför den traditionella rättskälleläran.⁴⁰ Även Söderasps avhandling *Law in Integrated and Adaptive Governance of Freshwaters* har varit till viss hjälp. Valet av material har varit enkelt i det här avseendet eftersom någon annan litteratur som kommenterar lagstiftningen ännu inte har publicerats. Jag har gått igenom samtliga remissvar översiktligt och därefter låtit syfte och perspektiv styra vilka som studerats närmare. I den här delen har Westerlunds teori om genomförandeunderskott⁴¹ applicerats på några av de mest centrala nya bestämmelserna, vilket får anses ligga i linje med en rättsanalytisk undersökning av huruvida reglerna är formulerade på ett sådant sätt att de leder till att miljömålen uppnås.⁴²

Beträffande flödesregim har jag analyserat RDV och den svenska lagstiftningen utifrån i vilken mån dessa beaktar flödesregim och möjliggör åtgärder som främjar en god sådan. För att förstå flödesregim och kopplingen till vattenkraft och juridik, både generellt och i Sverige, har Josefin Goochs⁴³ avhandling *Protecting Ecological Integrity in Transboundary Watercourses – An Integrational Approach towards Implementing Environmental Flows* varit viktig, liksom Havs- och vattenmyndighetens (HaV) rapport 2013:12 *Ekologiska flöden och ekologiskt anpassad vattenreglering – Underlag till vägledning om lämpliga försiktighetsmått och bästa möjliga teknik för vattenkraft*, som är en litteratursammanställning. Båda utgör visserligen andrahandskällor men det rör sig likväl om trovärdiga sammanställningar och vederhäftiga rapporter. Genom att utgå från både en myndighetsrapport och en akademisk avhandling, utan inbördes hänvisningar, menar jag dessutom att jag garderat mig mot alltför stora felslut. Beträffande denna del av uppsatsen har min ambition likväl varit att i större utsträckning granska juridikens påverkan på naturen mer direkt. Därav mitt val av material men också metod, vilken i denna del kan beskrivas som mer renodlad miljörettslig.

⁴⁰ Sandgren (2018) s. 51.

⁴¹ Vad Westerlunds teori innebär utvecklas i avsnitt 5.5.2.

⁴² Gipperth & Zetterberg (2013) s. X.

⁴³ Doktor i miljörett.

1.5 Disposition

Efter uppsatsens inledande kapitel följer i det andra kapitlet en kort introduktion av den svenska vattenkraften; hur fungerar vattenkraft, vilken miljöpåverkan ger det upphov till och vad kan göras för att minska denna påverkan? Detta för att ge läsaren viss bakgrund till den fortsatta framställningen. I det tredje kapitlet behandlas RDV i syfte att besvara min första frågeställning kring vad miljömålen i RDV beträffande ekologisk status innebär, och i vilken utsträckning flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön beaktas. Därefter vänds blicken åter mot Sverige i det fjärde kapitlet som ägnas åt att klarlägga den inhemska rätten som för närvarande styr vattenkraftens förutsättningar. I kapitlet utreds vilka de huvudsakliga bristerna i nuvarande svensk rätt gällande vattenkraft är, i förhållande till miljömålen i RDV beträffande ekologisk status, och till flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön, vilket är min andra frågeställning. Det femte kapitlet fokuserar på den nya lagstiftningen som införs genom prop. 2017/18:243, och huruvida denna åtgärdar de identifierade bristerna. Både kapitel tre och fyra avslutas med sammanfattande, analyserande avsnitt där de slutsatser som dragits av utredningen presenteras och de aktuella frågeställningarna besvaras. Den mer omfattande analysen och diskussionen kring kommande svensk rätt görs däremot istället i ett eget, sjätte, kapitel. Här knyts även uppsatsen ihop och de slutsatser som sammanfattningsvis kan dras utifrån framställningen presenteras.

2 Den svenska vattenkraften – ett historiskt, tekniskt och biologiskt perspektiv

I syfte att förenkla för läsaren att ta till sig och förstå den inte sällan komplicerade juridik som kringgärdar vattenkraft ges här en kort introduktion till hur vattenkraftverk faktiskt fungerar och vilken påverkan de har på ekosystemen. Ett antal, för gemene jurist, mindre kända begrepp som senare förekommer i uppsatsen ska också introduceras och förklaras.

Vattenkraft är en energikälla som har utnyttjats sedan mycket lång tid tillbaka. På grund av fallhöjden i vattendrag kan vattnets lägesenergi omvandlas till rörelseenergi. Förr utnyttjades denna energi vanligen för att mala mjöl i kvarnar, och senare i sågverk, smedjor, pappersbruk och andra framväxande industrier. Under 1880-talet byggdes de första vattenkraftverken för elproduktion i Sverige. Nu omvandlades rörelseenergin via turbiner och generatorer till elektricitet som efterhand kunde överföras över allt större avstånd. De tidiga kraftverken var små och byggdes ofta i anslutning till tidigare kvarnar och bruk men efterhand anlades kraftverk på helt nya platser. Särskilt i de stora norrlandsälvarna skedde en omfattande utbyggnad av storskalig vattenkraft som kulminerade under perioden 1940–1960.⁴⁴ Idag producerar de svenska vattenkraftverken cirka 67 terawattimmar under ett normalår, vilket motsvarar 45 procent av elproduktionen i landet.⁴⁵ Skillnaden i produktion varierar dock stort mellan de olika kraftverken. År 2013 producerade de 208 största vattenkraftverken hela 94% av vattenkraftselen i Sverige, medan de runt 1030 minsta endast producerade 0,5%.⁴⁶

För att öka fallhöjden är det vanligt med dammar i anslutning till vattenkraftverk. Dammarna blockerar den ursprungliga strömfåran och leder vattnet in i kraftstationen där turbinerna finns. Kraftstationen är ibland placerad direkt i anslutning till dammen men kan också ligga relativt långt därifrån, i sådana fall leds vattnet genom långa tunnlar som i många fall mynnar ut i ursprungsfåran först långt nedströms. Dammar används även i regleringssyfte. Eftersom el i

⁴⁴ *Vattenkraftens påverkan på akvatiska ekosystem – en litteratursammanställning* (2013:10) s. 9–10.

⁴⁵ Prop. 2017/18:243 s. 63.

⁴⁶ SOU 2013:69 s. 76.

princip måste förbrukas i samma stund som det produceras magasineras istället vattnet med hjälp av stora regleringsdammar. Sett till hela året lagras generellt vatten under vår, sommar och höst då flödena är som störst och elkonsumtionen som minst, för att släppas på under vintern då förhållandena är de omvända.⁴⁷ I många större kraftverk finns även möjligheten att korttidsreglera och således öka och minska mängden vatten som släpps genom turbinerna med små mellanrum beroende på tillgång och efterfrågan på elmarknaden. Ofta släpps mer vatten på under morgonen och tidig kväll när elkonsumtionen är som störst men ibland kan det röra sig om intervaller så korta som några sekunder.⁴⁸

Just vattenkraftens möjlighet till reglering bedöms som särskilt viktig i ett samhälle där andelen el från icke-planerbara förnybara energikällor som sol och vind ökar. Ett vattenkraftverks betydelse beror således inte enbart på dess totala elproduktion utan även på hur stor reglerförmåga det har. Baserat på hur mycket ett vattenkraftverk kan utnyttja denna reglerförmåga kan dess reglerbidrag fastställas. Jämförs reglerbidraget sedan med den totala konsumtionen av vattenkraftsel kan dessutom ett vattenkraftverks relativa reglerbidrag bestämmas.⁴⁹

Även om vattenkraft är en förnybar energikälla har den i många fall stor negativ miljöpåverkan. Tidigare har fokus främst legat på de negativa konsekvenserna för specifikt fiskbestånden men numera visar forskningen på att hela ekosystem påverkas starkt negativt.⁵⁰ Grundproblemet är de barriäreffekter som vattenkraftverk och dammar skapar i ett vattendrag. Förutom att fiskar och andra djur hindras från att röra sig upp och nedströms påverkas transporten av sediment och organiskt material, vattnets temperatur, ljus och dess kemiska sammansättning. Dessa olika förhållanden påverkar i sin tur även varandra och ekosystemen i stort. Den viktigaste påverkansvariabeln anses emellertid vara flödesmönstret, eller flödesregimen. I vilken omfattning och med vilka variationer vattnet flödar bedöms nämligen vara grundorsaken till alla de andra faktorernas tillstånd.⁵¹

⁴⁷ *Vattenkraftens påverkan på akvatiska ekosystem – en litteratursammanställning* (2013:10) 11–15.

⁴⁸ *Vattenkraftens påverkan på akvatiska ekosystem – en litteratursammanställning* (2013:10) s. 32. Vattendrag som påverkats av mänsklig aktivitet genom bl.a. dammar benämns ibland generellt som *reglerade*, även om dammarnas enda funktion är att leda om vattnet. I uppsatsen åsyftas med *reglering* emellertid specifikt att dammarna nyttjas för att hålla inne eller släppa på mer vatten än naturligt.

⁴⁹ *Vattenkraftens reglerbidrag och värde för elsystemet*, (ER 2016:11) s. 9.

⁵⁰ *Vattenkraftens påverkan på akvatiska ekosystem – en litteratursammanställning* (2013:10) s. 7.

⁵¹ Gooch (2016) s. 46 och 62; *Miljöåtgärder i vattenkraftverk – sammanställning av åtgärder för att nå god ekologisk status och god ekologisk potential* (2015:26) s. 20. För en mer utförlig redogörelse för vilka problem

Generellt är naturligtvis det bästa för ekosystemen om vattendragen är helt oreglerade och vattnet får flöde fritt, men även i reglerade vattendrag kan åtgärder vidtas för att mildra de negativa effekterna. Faunapassager såsom tekniska fiskvägar, ramper och omlöp kan förbättra främst den biologiska konnektiviteten.⁵² Beträffande flödesregim är det viktigaste att säkerställa att det överhuvudtaget finns ett kontinuerligt flöde och att det inte understiger en viss miniminivå, något som benämns minimitappning. Lämpligt är att utgå från basflödet, menar HaV, vilket ofta är runt 11% av medelvattenföringen i mindre vattendrag men ibland över 20% i större vattendrag. Detta är emellertid enbart en utgångspunkt, för en miljöanpassad flödesregim krävs dessutom en vattenreglering med omväxlande höga och låga flöden under olika årstider och år i syfte att efterlikna en naturlig flödesregim. Något som inte är helt enkelt att kombinera med en reglering i elproduktionssyfte. Särskilt korttidsreglering är svår att miljöanpassa och anses dessutom ha mycket stor negativ miljöpåverkan.⁵³

vattenkraft innebär hänvisas till *Vattenkraftens påverkan på akvatiska ekosystem – en litteratursammanställning* (2013:10).

⁵² *Miljöåtgärder i vattenkraftverk – sammanställning av åtgärder för att nå god ekologisk status och god ekologisk potential* (2015:26) s. 9–13.

⁵³ *Miljöåtgärder i vattenkraftverk – sammanställning av åtgärder för att nå god ekologisk status och god ekologisk potential* (2015:26) s. 20–30; Gooch (2016) s. 58-61. För en mer utförlig redogörelse se *Ekologiska flöden och ekologiskt anpassad vattenreglering – Underlag till vägledning om lämpliga försiktighetsmått och bästa möjliga teknik för vattenkraft* (2013:12).

3 Ramvattendirektivet

Den egentliga framställningen inleds här med en utredning kring vad miljömålen beträffande ekologisk status i RDV innebär, och i vilken utsträckning flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön beaktas. Detta i syfte att besvara min första frågeställning och för att klarlägga vad jag ska fokusera på i den därpå följande utredningen av nuvarande svensk rätt. Kapitlet är disponerat så att det följer de olika stegen i vattenförvaltningen som ska genomföras enligt RDV, men först en kort introduktion.

3.1 Bakgrund och övergripande bestämmelser

För att komma till rätta med de många nedsmutsade vattendragen och den generellt dåliga vattenkvaliteten i Europa antog EU tidigt ett antal regelverk inom vattenområdet. Dessa ersattes år 2000 av ett samlat ramvattendirektiv (Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område).⁵⁴ Syftet med direktivet är, såsom det anges i art. 1, att upprätta en ram för skyddet av inlandsytvatten, vatten i övergångszon, kustvatten och grundvatten. Detta ska bland annat ske genom att vattenkvaliteten förbättras och ytterligare försämringar förhindras, att ekosystem som direkt eller indirekt är vattenberoende skyddas, samt genom att en hållbar vattenanvändning baserad på ett långsiktigt skydd av tillgängliga vattenresurser främjas. Målet är även att eftersträva ökat skydd och förbättring av vattenmiljön bland annat genom särskilda åtgärder för en gradvis minskning av utsläpp och spill av prioriterade ämnen samt genom att utsläpp och spill av prioriterade farliga ämnen upphör eller stegvis elimineras.

Utgångspunkten är att direktivet ska genomföras av en förvaltning som är anpassad efter vattenflödena, och inte begränsas av rådande administrationsstruktur och dess geografiska indelning.⁵⁵ Detta tar sig bland annat uttryck i art. 3 där det föreskrivs att medlemsstaterna ska identifiera alla de olika avrinningsområden som finns inom deras territorium och dela in dessa i avrinningsdistrikt. Ett avrinningsområde definieras såsom ett landområde där all nederbörd

⁵⁴ Krämer (2015) s. 271.

⁵⁵ Langlet & Said (2016) s. 225.

via bäckar, åar och sjöar slutligen rinner ut i havet genom samma flod. I norra Sverige sträcker sig exempelvis ett avrinningsområde från fjällbäckarna, via älvar och sjöar ända ner till Bottenviken.⁵⁶ Ett avrinningsdistrikt utgörs av ett eller flera avrinningsområden och ska övervakas av en behörig myndighet. Det är följaktligen naturliga gränser mellan avrinningsområden och inte gränser mellan redan befintliga administrativa områden som ska styra indelningen. I Sverige har fem avrinningsområden skapats; Bottenviken, Bottenhavet, Norra Östersjön, Södra Östersjön och Västerhavet. För dessa ansvarar fem vattenmyndigheter, som är knutna till varsin länsstyrelse.⁵⁷

Ett annat utmärkande drag hos RDV är dess aktörsrelaterade fokus och den adaptiva förvaltning som föreskrivs. Utifrån de miljöproblem som identifieras ska åtgärder vidtas för att nå miljömål, nås inte målen skärps åtgärderna. I korthet kan den adaptiva förvaltningen beskrivas enligt följande. I det första steget ska myndigheterna undersöka och karaktärisera vattenförekomsternas status. Därefter ska de sätta upp mål, anta förvaltningsplaner för att målen ska kunna nås, och genomföra dessa. Genomförandet ska övervakas och utvärderas. Resultatet av utvärderingen kan dels leda till att vattenförekomstens status ändras, dels till att krav och åtgärder i förvaltningsplanerna måste skärpas för att målen ska kunna uppnås. Därefter påbörjas samma förfarande igen.⁵⁸ I art. 11 RDV föreskrivs att de första förvaltningsplanerna och åtgärdsprogrammen skulle vara på plats 2009 och att vattenplaneringscyklerna därefter löper under sex år.

3.2 Att klassificera status

Hur klassificeras då statusen på en vattenförekomst? När det gäller ytvattenförekomster, vilket är i fokus för uppsatsen, ska dels den kemiska, dels den ekologiska vattenstatusen bestämmas. Kemisk status bestäms, förenklat, utifrån koncentrationsnivåerna av ett visst antal förorenande ämnen. Överstigs inte dessa gränser anses vattnet ha god kemisk status, annars inte. Det finns alltså bara två nivåer. Vilka dessa förorenande ämnen är, vilka koncentrationsnivåer som är tillåtna och hur målen ska nås har fastställts i dotterdirektiv och i annan unionslagstiftning.⁵⁹

⁵⁶ Kraven riktas emellertid mot enskilda vattenförekomster som kan varar mycket små, se Michanek & Zetterberg (2017) s. 185.

⁵⁷ Michanek & Zetterberg (2017) s. 185.

⁵⁸ Langlet & Said (2016) s. 231–232; Michanek & Zetterberg (2017) s. 187.

⁵⁹ Olsen Lundh (2016, a) s. 209–212.

Ekologisk status definieras enligt art. 2.21 RDV som ett uttryck för kvaliteten på strukturen och funktionen hos akvatiska ekosystem som är förbundna med ytvatten, klassificerad i enlighet med bilaga V. I bilaga V återfinns ett omfattande regelverk för att klassificera en vattenförekomsts ekologiska status i enlighet med en av de i p. 1.2 fem angivna nivåerna: hög, god, måttlig, otillfredsställande och dålig. Systematiken är sådan att i 1.2 ges en allmän definition av statusklasserna och sedan följer i 1.2.1–1.2.4 detaljerade anvisningar om hur hög, god och måttlig status ska definieras och bestämmas gällande specifika parametrar på olika sätt för floder, sjöar, vatten i övergångszon och kustvatten.

Förenklat kan sägas att definitionen av hög status är att en ytvattenförekomst är opåverkad, eller i mycket liten utsträckning påverkad, av mänsklig aktivitet. Det anges även att detta opåverkade tillstånd är det typiska, och att vid karaktärisering och klassificering är detta idealtillståndet mot vilket tillståndet i den aktuella vattenförekomsten ska jämföras (referensförhållandet). Även om klassificeringen sedan görs enligt mer detaljerade bestämmelser får referensförhållandet och den riktning som därigenom pekas ut stor betydelse, vilket kommer att belysas nedan.⁶⁰

Som nämnts ovan följer sedan en mer detaljerad beskrivning i punkterna 1.2.1 – 1.2.4 i bilaga V av hur statusen ska definieras för olika sorters vattenförekomster. Det finns tre grupper av kvalitetsfaktorer som ska bedömas; de biologiska (bl.a. förekomsten och sammansättning av alger och fisk), de fysikalisk-kemiska (t.ex. förekomsten av näringsämnen och förorenade ämnen) och de hydromorfologiska (såsom flödets dynamik och volym, kontinuitet, strömningsmönster och flodfårans djup och bredd).⁶¹ Statusen för varje kvalitetsfaktor bedöms i sin tur utifrån vissa parametrar. Dessa anges på nationell nivå och i Sverige har detta gjorts för ytvatten genom Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter 2013:19 (HVMFS 2013:19). Exempelvis är den sammanlagda tätheten av lax och öring en av flera parametrar för kvalitetsfaktorn fisk, den totala koncentrationen av fosfor en parameter för kvalitetsfaktorn näringsämnen och volymavvikelse en parameter för kvalitetsfaktorn hydrologisk regim, vilket innefattar bl.a. flödesvolym och flödesdynamik.⁶²

⁶⁰ Olsen Lundh (2016, a) s. 207; Josefsson (2015) s. 34–35. För en kritik av detta tillvägagångssätt se Josefsson & Baaner (2011).

⁶¹ Det är genom de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna som flödesregim beaktas.

⁶² HVMFS 2013:19 Bilaga 1 p. 7.3; HVMFS 2013:19 Bilaga 2 p. 2.3; HVMFS 2013:19 Bilaga 3 p. 3.3.

I bilaga V p. 1.4.1. ii) RDV föreskrivs att resultatet av mätningarna ska anges i något som benämns *ekologiska kvalitetskvoter*. Dessa kvoter ska motsvara förhållandet mellan värdet på parametern i den undersökta ytvattenförekomsten och värdet på samma parameter i samma typ av vattenförekomst vid referensförhållanden (d.v.s. vid hög status). Kvoten uttrycks som ett numeriskt värde mellan 1 och 0, där hög ekologisk status motsvaras av ett värde nära 1 och dålig ekologisk status motsvaras av värden nära 0. Skalan är vidare indelad i fem delar efter de fem klasserna, hög – dålig, och parametern klassificeras således efter var på skalan den placeras.⁶³

När de olika parametrarna för en viss kvalitetsfaktor sammanvägs kan olika metoder användas beroende på vilken typ av kvalitetsfaktor det rör sig om. Antingen kan ett medelvärde räknas ut från de undersökta parametrarna eller så kan metoden ”one out – alla out” tillämpas, vilket innebär att den parametern med sämst status avgör.⁶⁴ Vid sammanvägningen av de olika kvalitetsfaktorerna är det emellertid alltid principen om ”one out – all out” som styr, vilket anges i p. 1.4.2. i) bilaga V. Vid en studie av hur de olika kvalitetsfaktorerna ska bedömas enligt p. 1.2 bilaga V framkommer det emellertid att de olika grupperna av kvalitetsfaktorer inte väger lika tungt. Avseende de tre lägre klasserna dålig, otillfredsställande och måttlig status föreskrivs nämligen enbart hur de biologiska kvalitetsfaktorerna ska bedömas. För de fysikalisk-kemiska och de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna anges enbart att de ska uppnå sådana förhållanden som gör att värdena för de biologiska kvalitetsfaktorerna kan nås. De fysikalisk-kemiska och hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna är således enbart stödjande kvalitetsfaktorer beträffande de tre lägre statusklasserna, och någon hänsyn behöver inte tas till de specifika kvalitetsfaktorerna eller parametrarna inom dessa grupper. Vid bedömningen huruvida en vattenförekomst ska klassas som god ska en specifik klassificering göras även av de fysikalisk-kemiska kvalitetsfaktorerna, men de hydromorfologiska ska bedömas först om vattenförekomstens status kan klassas som hög.⁶⁵

Avslutningsvis ska en sammanvägning ske av den kemiska och ekologiska statusen, och även då kan principen om ”one out – alla out” sägas styra. Först om både den kemiska statusen är god och den ekologiska statusen är åtminstone god uppnår en ytvattenförekomst nämligen god

⁶³ Olsen Lundh (2016, a) s. 207.

⁶⁴ *Status, potential och kvalitetskrav för sjöar, vattendrag, kustvatten och vatten i övergångszon* (2007:4) s. 69.

⁶⁵ Olsen Lundh (2016, a) s. 294–295; Friberg, Sandin & Pedersen (2009) s. 87; Josefsson & Baaner (2011) s. 473–476.

ytvattenstatus enligt art. 2.18 RDV. Varför just *god* ytvattenstatus är det avgörande är vad nästa kapitel kommer att handla om.

3.3 Miljömålen

3.3.1 Allmänt om målen

Som framgått i avsnittet ovan är det en komplicerad och omfattande process att karaktärisera statusen på varje enskild ytvattenförekomst. När så till sist har skett är nästa steg att bestämma målen. Utgångspunkten är direktivets art. 4.1 där två centrala mål för ytvatten anges. Medlemsstaterna måste, som huvudregel, dels genomföra alla åtgärder som är nödvändiga för att förebygga en försämring av statusen i alla ytvattenförekomster, dels skydda, förbättra och återställa alla ytvattenförekomster i syfte att uppnå en *god* ytvattenstatus senast 2015. Hög ekologisk ytvattenstatus behöver således inte uppnås, men om en ytvattenförekomsts ekologiska status redan har karaktäriserats som hög får den följaktligen inte försämrats. Vidare är detta, som sagt, huvudregeln – det finns en mängd undantag. Dessa kommer behandlas nedan allteftersom men redan nu kan sägas att när det gäller tidsfristen har medlemsstaterna möjlighet att utnyttja ett undantag som tillåter dem att förlänga den till 2021 eller 2027.

Innan den närmare innebörden av målen studeras måste emellertid något kort sägas om måluppfyllelse och implementering av EU-direktiv generellt. Av art. 288.3 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt följer att medlemsstaterna är rättsligt förpliktade att uppnå det *resultat* som formulerats i ett direktiv, om detta är klart och tydligt. Medlemsstaterna har således viss frihet i hur de uppnår resultatet men EU-domstolen har slagit fast att de likväl är skyldiga att välja de former och tillvägagångssätt som är bäst lämpade för att säkerställa direktivets ändamålsenliga verkan med hänsyn till syftet.⁶⁶ Att enbart nå målen är dock inte tillräckligt utan direktivet måste även införlivas rättsligt.⁶⁷ EU-domstolen har bl.a. uttalat att bestämmelser i ett direktiv ska genomföras med obestriddligt bindande verkan samt på ett sådant tillräckligt tydligt, precist och klart sätt att kravet på rättssäkerhet uppfylls.⁶⁸

⁶⁶ Mål C-48/75 *Royer*. Jämför Olsen Lundh (2016, a) s. 38.

⁶⁷ Mål C-83/97 *kommissionen mot Tyskland*. Jämför Olsen Lundh (2016, a) s. 44.

⁶⁸ Mål C-159/99 *kommissionen mot Italien*. Jämför Olsen Lundh (2016, a) s. 45.

3.3.2 Weser-domen

Beträffande RDV orsakade skrivningen i art. 4.1”...i syfte [min kursivering] att uppnå en god ytvattenstatus...” viss osäkerhet och oenighet kring vilket resultat som egentligen skulle uppnås. Medan vissa hävdade att medlemsstaterna var skyldiga att verkligen uppnå miljömålen, menade andra att skyldigheten enbart bestod i att efter bästa förmåga sträva efter att uppnå dem.⁶⁹ I den s.k. Weser-domen⁷⁰ från 2015 gav EU-domstolen definitivt svar. Bakgrunden var att ansvarig tysk vattenmyndighet hade givit tillstånd till tre stycken muddringsprojekt för att fördjupa delar av floden Weser i nordvästra Tyskland. Projekten skulle främst innebära vissa hydromorfologiska förändringar. En miljöorganisation överklagade och när målet nådde Högsta förvaltningsdomstolen i Tyskland begärdes förhandsbesked från EU-domstolen. Detta för att klarlägga bl.a. huruvida myndigheterna i medlemsstaterna är skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt, när projektet kan orsaka en försämring av statusen hos en ytvattenförekomst, eller när projektet äventyrar uppnåendet av en god status hos en ytvattenförekomst vid den tidpunkt som anges i direktivet. Domstolen besvarade den här frågan jakande och gav på så sätt tydligt uttryck för att målen inte bara är något som ska eftersträvas utan har en tvingande verkan och därför även är direkt avgörande vid bedömningen av ett enskilt ärende.⁷¹ Domstolen lyfte även fram att kravet på ”icke-försämring” är självständigt och har en tvingande verkan i sig, och att det således inte enbart är ett tillvägagångssätt för att på sikt uppnå god status.⁷²

Högsta förvaltningsdomstolen i Tyskland frågade samtidigt EU-domstolen under vilka förutsättningar en ”försämring av statusen” ska anses föreligga. Begreppet är nämligen inte definierat i direktivet och frågan hade varit omdebatterad i flera år. Att bedömningen ska göras utifrån kvalitetsfaktorerna i bilaga V stod klart, men inte vilka och hur stora förändringar som krävdes för att en försämring skulle anses vara för handen.⁷³ EU-domstolen besvarade frågan som så att det föreligger en försämring så snart statusen hos minst en av kvalitetsfaktorerna

⁶⁹ Sveriges uppfattning har sedan länge varit att miljömålen verkligen ska uppnås, se exempelvis prop. 2009/10:184 s.41. Bl.a. Nederländerna var däremot av uppfattningen att eftersträvan var tillräckligt, se Krämer (2015) s. 275.

⁷⁰ Mål C-461/13 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. mot Tyskland*.

⁷¹ Se särskilt p. 41–43 och 51 i domen. Beträffande att domen ger uttryck för att målen är bindande för medlemsstaterna se bl.a. Olsen Lundh (2016, a) s. 171–172 och 177 och Krämer (2015) s. 275. Innan domen var Krämer av en annan åsikt, se Krämer (2011) s. 256.

⁷² Se särskilt p. 44-47.

⁷³ Krämer (2015) s. 274.

enligt bilaga V blir försämrad med en klass, även om denna försämring inte leder till en försämring av klassificeringen av ytvattenförekomsten som helhet på grund av att andra kvalitetsfaktorer redan är sämre.⁷⁴ En försämring föreligger således redan om exempelvis kvalitetsfaktorn fiskfauna försämras från god till måttlig status oavsett statusen på andra kvalitetsfaktorer. Domstolen förklarade vidare att om den aktuella kvalitetsfaktorn redan befinner sig i den lägsta klassen ska varje försämring av denna kvalitetsfaktor anses innebära en ”försämring av statusen”.⁷⁵ I det fallet räcker det således med att en viss parameter försämras. Exempelvis den sammanlagda tätheten av öring.

Genom Weser-domen förtydligades således att medlemsstaterna har en skyldighet att verkligen uppnå miljömålen i art. 4.1 RDV, och att målen är bindande på så vis att myndigheter har en skyldighet att se till att målen kan uppnås vid prövning av enskilda verksamheter eller åtgärder.⁷⁶ Tidigare sågs enbart miljömål avseende kemisk status som bindande i många medlemsstater men genom domen klargjordes att det även gäller miljömål beträffande ekologisk status. EU-domstolen förklarade vidare att försämringsförbudet är ett självständigt miljökrav, och domstolens tolkning av när en statusförsämring föreligger gör att redan mycket små förändringar ofta är otillåtna.⁷⁷ Viktigt att bära med sig är emellertid att det här är huvudregeln, såsom domstolen flera gånger uttalar i domen finns det en rad undantag medlemsstaterna har möjlighet att utnyttja.⁷⁸ Det är dessa framställningen övergår till behandla nu.

3.4 Undantag

3.4.1 Kraftigt modifierade ytvattenförekomster

Ett av de viktigaste undantagen anges i art. 4.3 RDV och innebär att medlemsstaterna under vissa förutsättningar får definiera en ytvattenförekomst som konstgjord eller kraftigt

⁷⁴ Se p. 55-65 för hur domstolen argumenterar för att detta synsätt är det riktiga samt vilka konsekvenser andra synsätt hade fått.

⁷⁵ Se p. 66 om varför det är en naturlig följd av tidigare resonemanget.

⁷⁶ I det senare målet C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation mot Bezirkschauptmannschaft Gmünd* förtydligade EU-domstolen dessutom att miljömålen i art. 4 har direkt effekt, se särskilt p. 33 och 34.

⁷⁷ Michanek & Zetterberg (2017) s. 190-191.

⁷⁸ Se bl.a. p. 50 och 70.

modifierad. En konstgjord vattenförekomst är en som har skapats genom mänsklig verksamhet, t.ex. en kanal. Kraftigt modifierad kan en ytvattenförekomst anses vara när den till följd av fysiska förändringar genom mänsklig verksamhet på ett väsentligt sätt har ändrat karaktär. Ett exempel kan vara en flodsträcka med ett flertal kraftverksdammar där vattenståndet förändrats kraftigt. För att en ytvattenförekomst ska få klassificeras som konstgjord eller kraftigt modifierad krävs dessutom att de förändringar i förekomstens hydromorfologiska egenskaper som vore nödvändiga för att uppnå en god ekologisk status skulle innebära en betydande negativ inverkan på exempelvis kraftproduktion, vattenreglering, miljön i stort eller andra, lika viktiga, hållbara mänskliga utvecklingsverksamheter. Vidare krävs att de nyttiga mål som skall uppnås genom de konstgjorda eller förändrade egenskaperna hos vattenförekomsten på grund av teknisk genomförbarhet eller oproportionerligt höga kostnader inte rimligen kan uppnås på något annat sätt som utgör ett bättre alternativ för miljön.

För dessa vatten gäller inte kravet på god ekologisk status, istället är målet *god ekologisk potential* enligt art. 4.1 RDV.⁷⁹ Det innebär att lägre miljökrav kan ställas, men inte att medlemsstaterna helt kan låta bli att vidta åtgärder. Förenklat kan sägas att sådana störningar som beror på de fysiska förändringar i ytvattenförekomsten som lett till att den förklarats vara kraftigt modifierad inte behöver åtgärdas, om det skulle leda till betydande negativ påverkan på ändamålet för modifieringen. Något krav på att återställa konstgjorda eller kraftigt modifierade vattenförekomster finns inte heller.⁸⁰ Pekas en vattenförekomst exempelvis ut som kraftigt modifierad eftersom det ligger ett stort vattenkraftverk där, behöver inte alla de negativa miljöeffekter som beror på just vattenkraftverket åtgärdas. Försämring av vattenkvaliteten är emellertid fortfarande förbjuden.

3.4.2 Förlängda tidsfrister

Som nämnts ovan får tidsfristerna förlängas i syfte att stegvis nå målen för vattenförekomster, vilket anges i art. 4.4 RDV. Detta under förutsättning att medlemsstaterna konstaterar att alla nödvändiga förbättringar av statusen hos vattenförekomsterna inte rimligen kan åstadkommas inom tidsramarna på någon av följande grunder: de omfattande förbättringar som krävs kan av tekniska skäl endast åstadkommas stegvis, att slutföra förbättringarna inom

⁷⁹ Ekologisk potential definieras också i bilaga V och systematiken är i stort densamma som gällande ekologisk status.

⁸⁰ Josefsson (2015) s. 39 och 55.

tidsramarna skulle bli oproportionerligt kostsamt, eller om naturliga förhållanden omöjliggör tillräckligt snabb förbättring av vattenförekomstens status. Tidsfristerna får dock maximalt förlängas med två vattenplaneringscykler, följaktligen till 2027. Enbart om de naturliga förhållandena är sådana att målen inte heller kan nås inom den perioden får tidsfristerna förlängas ytterligare. Undantaget tar främst sikte på den naturliga trögheten i ekosystemen som innebär att förbättringar kan dröja efter att åtgärder vidtagits.⁸¹ Undantaget får slutligen inte utnyttjas för att tillåta en försämring av vattenförekomstens status.

3.4.3 Nya verksamheter

Genom undantaget i art. 4.7 RDV ges medlemsstaterna möjlighet att tillåta nya modifieringar i en ytvattenförekomstens fysiska karakteristika trots att detta riskerar att leda till en försämring av statusen eller att målet om god ekologisk status eller potential inte nås. Ett antal krav måste dock vara uppfyllda för att undantaget ska få tillämpas. Bland annat måste ett allmänintresse av större vikt ligga bakom modifieringarna, och alla genomförbara åtgärder för att mildra de negativa konsekvenserna vidtas. Vidare måste de nyttiga mål som modifieringen ska medföra inte kunna uppnås på något annat sätt, som skulle vara ett betydligt bättre alternativ för miljön, på grund av tekniska skäl eller orimliga kostnader. Rör det sig om en försämring från hög till god status krävs det dessutom att försämringen är en följd av nya hållbara mänskliga aktiviteter.

Hur undantaget ska tolkas i förhållande till nybyggnation av vattenkraftverk har prövats av EU-domstolen i det s.k. Schwarze-Sulm-fallet.⁸² Bakgrunden var att en myndighet i Österrike med stöd av undantaget gett tillstånd till byggnationen av ett vattenkraftverk i vattendraget Schwarze-Sulm trots att den ekologiska statusen skulle försämrats från hög till god. EU-kommissionen stämde därför Österrike för fördragsbrott och anförde att Österrike varken hade undersökt undantagets tillämplighet på ett ändamålsenligt sätt eller angett tillräckliga skäl för att motivera ett undantag. Vattenkraftverkets kapacitet motsvarade endast 2 promille av den regionala elproduktionen och 0,4 promille av den nationella. Kommissionen menade att denna kapacitet måste anses vara försumbar och att enbart generellt hänvisa till att vattenkraft är en förnybar energikälla och därför ett allmänintresse av större vikt, inte räcker.⁸³

⁸¹ Översyn av förutsättningarna för en ökad tillämpning av undantag inom vattenförvaltningen s. 6.

⁸² Mål C-346/14 *Kommissionen mot Österrike*.

⁸³ Se p. 32 och 33.

Österrike kunde emellertid visa på att beslutet föregåtts av en vetenskaplig studie av just det planerade projektet och att en specifik individuell prövning av om undantaget var tillämpligt därför skett, en invändning EU-domstolen godtog.⁸⁴ Vidare menade domstolen att medlemsstaterna i detta avseende har getts ett visst utrymme för eget skön när de ska avgöra om ett särskilt projekt omfattas av ett allmänintresse av större vikt, och att vattenkraft kan anses vara ett sådant.⁸⁵ Domstolen anförde avslutningsvis att Kommissionen varken gjort några specifika anmärkningar på den vetenskapliga rapportens riktighet, eller gjort någon jämförelse mot bakgrund av vilken det skulle gå att fastställa att den planerade vattenkraftproduktionen var för liten i förhållande till storleken på det omtvistade projektet.⁸⁶ Kommissionens talan ogillades därför.

Michanek & Zetterberg menar att utgången i fallet berodde just på att Kommissionen, som hade bevisbördan i målet, inte hade framfört några mer specifika anmärkningar mot den av Österrike åberopade studien.⁸⁷ Olsen Lundh synes hålla med och menar att det enda som kan utläsas av domen troligen är att tillståndsmyndigheten måste beakta och göra avvägningar i det konkreta fallet kring samtliga villkor i artikel 4.7 RDV och att det inte räcker att abstrakt åberopa något allmänt.⁸⁸

3.4.4 Begränsningar i undantagen

I art. 4.8 och 4.9 RDV snävas så slutligen undantagen in något. Enligt art. 4.8 får ovan nämnda undantag inte tillämpas så att direktivets mål inte kan uppnås avseende andra vattenförekomster i samma avrinningsdistrikt, eller så att konflikt uppstår med annan unionsrättslig miljölagstiftning. Inte heller får undantagen utnyttjas så att skyddsnivån sätts lägre än vad tidigare unionslagstiftning på området föreskrev, vilket anges i art. 4.9.

Sammanfattningsvis kan sägas att det finns flera undantag medlemsstaterna kan utnyttja, men att de kravvillkor som uppställs för att undantagen ska få tillämpas ofta är så pass långtgående att det inte är möjligt att helt frångå målen.⁸⁹

⁸⁴ Se särskilt p. 81

⁸⁵ Se p. 69 och 70.

⁸⁶ Se p. 82.

⁸⁷ Michanek & Zetterberg (2017) s. 193.

⁸⁸ Olsen Lundh (2016, b) s. 66–67.

⁸⁹ Michanek & Zetterberg (2017) s. 190.

3.5 Åtgärdsprogram, övervakning och förvaltningsplaner

När så vattenförekomsterna har karaktäriserats och mål satts upp är det nästföljande logiska steget att se till så att målen kan nås. Detta ska ske i form av åtgärdsprogram, vilket anges i art. 11 RDV. Åtgärdsprogrammen ska åtminstone innehålla vad som benämns ”grundläggande åtgärder” och som specificeras i andra delar av direktivet och dess bilagor. Exempelvis krävs enligt art. 11.3.e att uppdämning av sött ytvatten regleras och att regleringarna regelbundet ses över och, om det är nödvändigt, uppdateras. Vid behov ska även ”kompletterande åtgärder” ingå i programmen. I bilaga VI del B finns en icke-uttömmande lista på sådana åtgärder varav vissa är mycket allmänt hållna medan andra är mer specifika.

Övervakningen av åtgärdsprogrammen och dess effekt ska ske genom övervakningsprogram enligt art. 8 RDV, som också anger vad programmen ska omfatta. Misslyckas myndigheterna med att nå de uppsatta miljökraven föreskrivs i art. 11.5 att de ska se över hela planeringskedjan, från bedömningen till och med åtgärdsprogrammet och dess genomförande. De första åtgärdsprogrammen skulle uppdateras senast 2015 och därefter ska det ske vart sjätte år.

Förvaltningsplaner är mer översiktliga dokument som ska tas fram för varje vattendistrikt, vilket anges i art. 13. Där ska ansvarig myndighet ange hur de planerar att nå aktuella miljömål. Förvaltningsplanerna måste därför innehålla bl.a. en generell beskrivning av vattendistriktet och dess olika avrinningsområden, vilka åtgärdsprogram som vidtagits och hur de olika insatserna koordineras med bl.a. andra myndigheter. I och med den utveckling som skett i rättspraxis menar Josefsson att förvaltningsplanerna troligen även måste innehålla någon form av juridisk konstruktion så att myndigheter inte kan ge tillstånd till verksamheter som riskerar att motverka miljömålen.⁹⁰ Mer detaljerade bestämmelser om vad som ska återfinnas i en förvaltningsplan återfinns i bilaga VII. Också förvaltningsplanerna ska uppdateras vart sjätte år.

⁹⁰ Josefsson (2015) s. 70.

3.6 Sammanfattande slutsatser

I det nyss avslutade kapitlet har jag besvarat min första frågeställning; *Vad innebär miljömålen beträffande ekologisk status i RDV, och i vilken utsträckning beaktas flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön?* Slutsatserna kan sammanfattas enligt följande.

3.6.1 Miljömålen

Miljömålen i art 4.1 RDV innebär att åtminstone god ekologisk status eller potential måste uppnås i samtliga ytvattenförekomster, och att försämring av statusen inte är tillåten. Målreglerna är vidare tvingande, dels på så sätt att de föreskriver ett resultat som medlemsstaterna är skyldig att faktiskt uppnå, dels på så sätt att det krävs att medlemsstaterna införlivar dem rättsligt. Det senare innebär bl.a. att det måste finnas regler som tvingar myndigheterna i medlemsstaterna att se till att uppnåendet av målen inte äventyras vid tillståndsprövningar av enskilda verksamheter eller åtgärder. Enligt huvudregeln skulle målen ha uppnåtts redan 2015 men om vissa förutsättningar är uppfyllda behöver de inte nås förrän 2027.

Försämringsförbudet är vidare ett självständigt krav, och en försämring föreligger så fort en kvalitetsfaktor, eller i vissa fall en parameter, försämras. Förbudet kan dock kringgås genom undantaget i art. 4.7 RDV som ger medlemsstaterna möjlighet att tillåta nya modifieringar i en ytvattenförekomsts fysiska karakteristika trots att detta riskerar att leda till en försämring av statusen eller att målet om god ekologisk status eller potential inte nås. För att undantaget ska kunna tillämpas krävs emellertid att vissa förutsättningar är uppfyllda och även om det kan konstateras att utbyggd vattenkraft kan omfattas av undantaget är det inte troligt att det *alltid* gör det, oavsett omständigheterna i det enskilda fallet. God ekologisk status behöver inte heller uppnås i vattenförekomster som kan klassificeras som kraftigt modifierade. Där är målet istället god ekologisk potential vilket förenklat innebär att lägre krav kan ställas, och det särskilt beträffande vissa kvalitetsfaktorer.

3.6.2 Flödesregim

Beträffande vilken betydelse flödesregim har för miljömålen i RDV kan sägas att det främst är genom de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna som flödesregim påverkar hur en ytvattenförekomst klassificeras och således vilka åtgärder som vidtas för att rätt status ska nås. Det är emellertid viktigt att uppmärksamma att målen som ska uppnås är god ekologisk status eller potential, inte hög eller maximal. Såsom redogjorts för ovan i avsnitt 3.2 har de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna ingen självständig betydelse förrän vid bedömningen om en ytvattenförekomst har hög status. Vid bedömningen av god status är de enbart stödjande till de biologiska kvalitetsfaktorerna. Detta innebär således att så länge de hydromorfologiska förhållandena inte har så pass negativ inverkan på de biologiska kvalitetsfaktorerna att de senares status inte kan klassificeras som god behöver ingen hänsyn tas till de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna. Med tanke på hur avgörande flödesregim anses vara för en vattenförekomst som helhet är det dock inte osannolikt att flödesfrämjande åtgärder indirekt är nödvändiga för att god ekologisk status i direktivets mening ska kunna nås i många fall. Likväl kan konstateras att RDV inte primärt fokuserar på flödesregim.

Påverkas flödesregimen negativt av ett vattenkraftverk som anses så viktigt att vattenförekomsten där det ligger pekas ut som kraftigt modifierad behöver dessutom inte lika långtgående åtgärder vidtas för att förbättra flödesregimen. Även art. 4.7 kommer sannolikt kunna innebära negativa effekter gällande flödesregim då EU-domstolen i Schwarze-Sulm- domen slagit fast att vattenkraft är en verksamhet som undantaget kan vara tillämpligt på.

4 Nuvarande svensk rätt

I det här kapitlet behandlas den nuvarande rättsliga regleringen av vattenkraftverk i Sverige, och hur Sverige har implementerat RDV. Genom utredningen avser jag att besvara min andra frågeställning; *vilka är de huvudsakliga bristerna i nuvarande svensk rätt gällande vattenkraft, i förhållande till miljömålen i RDV beträffande ekologisk status, och i förhållande till flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön?* Kapitlet är disponerat som så att efter en kort inledning följer en utredning av hur tillståndsprövning av vattenkraftverk går till, och hur de svenska reglerna förhåller sig till RDV. Därefter undersöks den rättsliga situationen beträffande befintlig vattenkraft och myndigheternas omprövningsmöjligheter. Avslutningsvis granskas i vilken mån omprövningarna sker i sådan takt och på sådant sätt att miljömålen i RDV kan uppnås, och vilka faktorer som är mest avgörande för att så ska ske.

4.1 Allmänt om Sveriges implementering av RDV

Sverige har hittills implementerat RDV främst genom bestämmelser i 5 kap. miljöbalken (MB), förordning (2004:660) om förvaltning av kvaliteten på vattenmiljö, VFF, och myndighetsföreskrifter från bl.a. HaV och Naturvårdsverket.⁹¹ Som nämnts tidigare finns det fem vattendistrikt i Sverige. Knutet till varje vattendistrikt är en länsstyrelse som är *vattenmyndighet* och som bl.a. är ansvarig för förvaltningsplanerna. Det är vattenmyndigheterna som ska klassificera ytvattenförekomsternas kemiska och ekologiska status och som baserat på resultatet sätter upp miljömål och miljökrav. Det är även vattenmyndigheten som kan förklara en ytvattenförekomst som konstgjord eller kraftigt modifierad och som i övrigt tillämpar undantagen, som i svensk rätt har införlivats i 4 kap. VFF.⁹² Exempelvis har art. 4.7 införlivats i svensk rätt genom 4 kap. 11 VFF.

Tillvägagångssättet för att klassificera ekologisk status enligt RDV bilaga V har i svensk rätt implementerats genom HVMFS 2013:19. I 2 kap. 2 § HVMFS 2013:19 föreskrivs samma förfarande som i direktivet, där hänsyn specifikt ska tas till de fysikalisk-kemiska kvalitetsfaktorererna först om de biologiska kvalitetsfaktorererna är av god eller hög status, och till

⁹¹ Olsen Lundh (2016, a) s. 281.

⁹² Olsen Lundh (2016, a) s. 284–287, 322 och 325.

de hydromorfologiska först om både de biologiska och fysikalisk-kemiska kvalitetsfaktorerna är av hög status.

Sverige har sedan länge haft särskilda regler för vatten och vattenkraftverk, regler som efterhand fått ett större miljöfokus. Dessa bestämmelser, och den svenska miljörätten i stort, har traditionellt haft ett aktörsrelaterat angreppssätt och fokuserat på de störande verksamheterna, aktörerna, i sig snarare än naturen. Sett till helheten är den svenska vattenrätten dessutom fortfarande exploateringsinriktad och ofta utformad för att vattnet ska utnyttjas så effektivt som möjligt. Som nämnts ovan har RDV däremot ett reaktörsrelaterat fokus med utgångspunkt i vad just naturen, reaktören, klarar av, och vilka miljökrav som därav är påkallade att ställa på närliggande verksamheter.⁹³ Att harmonisera de båda regelverken har därför inte varit det lättaste, något som kommer att framgå i följande del som behandlar just den svenska miljöregleringen av vattenkraft.

4.2 Tillståndsprovning av vattenkraftverk

Utgångspunkten för den juridiska regleringen av vattenkraftverk och tillhörande anläggningar är 11 kap. MB. Nyckelbegreppet i kapitlet är *vattenverksamhet* vilket enligt 11 kap. 3 § MB bl.a. omfattar markavvattning, uppförande, ändring, lagning och utrivning av vattenkraftverk, dammar och andra anläggningar i vattenområden, samt andra åtgärder i ett vattenområde som syftar till att förändra vattnets flöde, djup eller läge. De anläggningar som används för denna påverkan på vattnet blir att betrakta som verktyg för vattenverksamheten och kan därför sägas utgöra en del av vattenverksamheten.⁹⁴

I 11 kap. 9 § MB anges att vattenverksamhet i regel är tillståndspliktig, och av 11 kap. 9 b § kan utläsas att tillstånd för vattenkraftverk söks hos mark- och miljödomstol (MMD). För sökanden är ett av de första stegen på vägen mot att erhålla ett tillstånd enligt MB att identifiera både de direkta och indirekta effekter som verksamheten kan medföra. Kan verksamheten antas medföra en betydande miljöpåverkan, vilket vattenkraftverk kan antas göra per definition, ska en specifik miljöbedömning göras enligt 6 kap. 20 § MB. I så fall ska sökanden även hålla

⁹³ Olsen Lundh (2016, a) s. 281.

⁹⁴ Promemoria *Vattenmiljö och vattenkraft* s. 84–85.

samråd och upprätta en miljökonsekvensbeskrivning (MKB) enligt 6 kap. 35 § MB, vars funktion främst är att utgöra beslutsunderlag för den kommande prövningen. Först när sökanden har upprättat en godkänd MKB kan prövningen inledas.⁹⁵ När det gäller vattenkraftverk ska prövningen ske både mot de särskilda vattenrättsliga bestämmelserna i 11 kap. MB och mot balkens allmänna bestämmelser. I framställningen behandlas först prövningen enligt de allmänna, övergripande, bestämmelserna där de viktigaste är hänsynsreglerna i 2 kap. MB.

4.2.1 De övergripande bestämmelserna

Vid prövningen måste sökanden enligt 2 kap. 1 § MB visa att verksamheten uppfyller de krav som uppställs i 2 kap. MB och som benämns hänsynsreglerna. Bevisbördan ligger således på verksamhetsutövaren och om inte hen tillräckligt tydligt kan visa att verksamheten uppfyller kraven ska domstolen inte meddela tillstånd. Inledningsvis ska påpekas att hänsynsreglerna, liksom alla andra bestämmelser i MB, ska tillämpas mot bakgrund av målregeln i 1 kap. 1 § MB där det anges att reglerna i MB syftar till att främja en hållbar utveckling. Genom kunskapskravet i 2 kap. 2 § MB ställs krav på att den som bedriver en verksamhet har nödvändig kunskap för att minska miljöskadorna. Beträffande en näringsverksamhet såsom ett vattenkraftverk är dessa krav höga.⁹⁶ I 2 kap. 3 § MB finns det generella kravet på försiktighetsmått vilket kan sägas vara ett övergripande krav som preciseras i de övriga hänsynsreglerna. 2 kap. 3 § MB ger också uttryck för försiktighetsprincipen då det anges att kravet på försiktighetsmått gäller redan vid osäkerhet om huruvida miljöskada kan uppkomma. I paragrafen anges även att vid yrkesmässig verksamhet ska bästa möjliga teknik användas. Teknik ska, enligt förarbetena, tolkas brett och innefattar exempelvis hur en anläggning utformas och hur verksamheten drivs.⁹⁷ Beträffande vattenkraftverk är det huvudsakligen med stöd av den här bestämmelsen som krav kan ställas på såväl konstruktionen av omlöp och faunapassager som på minimitappning och miljöanpassade flöden.⁹⁸ I begreppet bästa möjliga teknik ligger dock begränsningen att tekniken inte enbart ska vara praktiskt möjlig att använda, utan även ekonomiskt rimlig. Bedömningen ska utgå från vad ett typiskt företag i branschen

⁹⁵ Prop. 2016/17:200 s. 102–104 och 127–128. Miljöbedömningar och miljökonsekvensbeskrivningar behandlas inte mer utförligt i uppsatsen, för mer ingående läsning rekommenderas exempelvis prop. 2016/17:200 där de regler som gäller sedan 2018 behandlas.

⁹⁶ Prop 1997/98:45 del 2 s. 13-14.

⁹⁷ Prop 1997/98:45 del 2 s. 17.

⁹⁸ *Ekologiska flöden och ekologiskt anpassad vattenreglering Underlag till vägledning om lämpliga försiktighetsmått och bästa möjliga teknik för vattenkraft* (2013:12) s. 3; Jämför Prop 1997/98:45 del 2 s. 18.

klaras ekonomiskt och någon hänsyn ska således inte tas till ekonomin hos just det företag som är föremål för prövningen, oavsett om det har osedvanligt dålig eller god ekonomi.⁹⁹ I 2 kap. 6 § MB ställs krav på att verksamheten ska lokaliseras till en plats som är lämplig med hänsyn till att ändamålet ska kunna uppnås med så liten miljöpåverkan som möjligt.¹⁰⁰ Gällande vattenkraftverk begränsas platsurvalet av att verksamheten måste lokalisera till ett vattendrag med viss fallhöjd. I 2 kap. 6 § MB anges även att hushållningsbestämmelserna i 3 och 4 kap MB ska tillämpas vid lokaliseringsbedömningen, om det rör sig om ändrad användning av mark- eller vattenområden. Kortfattat kan sägas att dessa kapitel listar både olika områdestyper och specifika områden, och innehåller regler som antingen avstyr eller öppnar upp för viss exploatering beroende på vad området anses mest lämpat för.¹⁰¹

Kraven på kunskap, teknik, lokalisering och andra försiktighetsmått får, enligt 2 kap. 7 § MB, emellertid sammantaget inte vara orimliga i förhållande till den miljönytta de medför. I huvudsak handlar det om att miljönyttan med försiktighetsåtgärderna ska jämföras med kostnaderna för dessa, och i den mån skyddsåtgärderna framstår som orimliga ska de inte föreskrivas.¹⁰² Kan verksamheten antas bidra till att en miljökvalitetsnorm inte följs ska avvägningen dock göras annorlunda. Vad miljökvalitetsnormer är och hur de påverkar prövningen kommer därför att behandlas nedan i avsnitt 4.2.2. Dessförinnan ska dock mycket kort redogöras för de sista bestämmelserna i 2 kap. MB, stoppregeln och bestämmelsen om regeringsdispens. Reglerna återfinns i 2 kap. 9 och 10 §§ MB och ska läsas ihop. Kortfattat kan sägas att om en verksamhet befaras ha mycket stor negativ påverkan på människors hälsa eller miljön ska prövningsmyndigheten hänskjuta frågan till regeringen som får ta beslutet. Bestämmelserna tillämpas emellertid sällan.¹⁰³

⁹⁹ Prop 1997/98:45 del 1 s. 216. Vilken bransch ett företag tillhör, och vad ”ekonomiskt möjligt” ska bedömas i förhållande till, är avgörande vid tillämpningen av bestämmelsen, men inte föremål för den här uppsatsen.

¹⁰⁰ I 2 kap. 4 och 5 §§ MB ställs krav på val av mindre miljöovänliga produkter respektive hushållning och kretsloppsanpassning. Bestämmelserna kommenteras inte närmare här eftersom deras relevans vid prövning av vattenkraftverk är liten.

¹⁰¹ Prop 1997/98:45 del 1 s. 241.

¹⁰² Prop 1997/98:45 del 2 s 24-25.

¹⁰³ Michanek & Zetterberg (2017) s. 137-141.

4.2.2 Särskilt om miljö kvalitetsnormer

4.2.2.1 Allmänt

Till skillnad från exempelvis de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB, som utgår från störningskällan, utgår miljö kvalitetsnormer från miljön och sätter gränser för vilken kvalitet den minst måste ha. På så sätt skapas ett tak för hur mycket störningskällorna sammanlagt får påverka. Normerna kan reglera flera olika typer av miljö kvaliteten, t.ex. förekomsten av kemiska produkter eller strålning, men också vattenstånd och vattenflöden. De kan utfärdas för ett visst angivet område eller generellt för en viss typ av miljöer.¹⁰⁴ Av 5 kap. 1 § MB följer att miljö kvalitetsnormer är författningsbestämmelser och antas av regeringen, men att regeringen kan överlåta befogenheten till myndigheter.

I 5 kap. 2 § första stycket MB anges fyra olika typer av miljö kvalitetsnormer. I första punkten regleras gränsvärdesnormer där den högsta eller lägsta tillåten nivå av något anges, samt inom vilken tid denna ska nås. Den andra punkten avser miljö kvalitetsnormer med målsättnings- och riktvärden. Det är nivåer som ska eftersträvas eller som inte bör överskridas men som inte är rättsligt bindande. Miljö kvalitetsnormer kan även ange förekomsten i yt- eller grundvatten av organismer som kan tjäna till ledning för bedömning av tillståndet i miljön, något som anges i tredje punkten, eller de krav i övrigt på miljön som följer av Sveriges medlemskap i EU, vilket stadgas i fjärde punkten.

Det är emellertid inte enskilda verksamhetsutövare som i första hand ska se till att normen följs, utan såsom anges i 5 kap. 3 § MB är det myndigheter och kommuner som har ansvaret för att miljö kvalitetsnormerna följs. När det gäller vattenverksamheter är det vanligtvis vid tillståndsprovningar som de blir föremål för villkor och krav grundade på miljö kvalitetsnormer, vid tillämpningen av just 2 kap. MB.¹⁰⁵

Alla typer av miljö kvalitetsnormer ska ses som vägledande normer och kan på så sätt påverka bedömningarna enligt 2 kap. MB. Som huvudregel är det emellertid enbart gränsvärdesnormerna i 5 kap. 2 § 1 MB som har bindande verkan vid tillämpningen av 2 kap. 7 § MB.¹⁰⁶ Som nämnts ovan föreskrivs i 2 kap. 7 § MB att en rimlighetsavvägning ska göras

¹⁰⁴ Michanek & Zetterberg (2017) s. 164–166.

¹⁰⁵ Michanek & Zetterberg (2017) s. 168.

¹⁰⁶ Michanek & Zetterberg (2017) s. 171.

sedan det fastställts vilka krav som kan ställas enligt kapitlets övriga bestämmelser. I 2 kap. 7 § första stycket MB stadgas som bekant att kraven ska mildras om de kan anses orimliga vid en jämförelse mellan kostnaderna och miljönyttan. I paragrafens andra stycke anges dock att kraven ändå ska ställas om en gränsvärdesnorm som beslutats enligt 5 kap. 2 § 1 MB annars riskerar att överträdas.¹⁰⁷

Den till synes stränga regeln har dock flera undantag, vilka anges i 2 kap. 7 § tredje stycket MB. Rör det sig om störningar som på ett endast obetydligt sätt bidrar till att miljö kvalitetsnormen inte följs får verksamheten ändå tillåtas. Bidrar störningarna mer än på ett obetydligt sätt får verksamheten dessutom ändå tillåtas under förutsättning att någon av följande tre situationer föreligger: 1) verksamheten är förenlig med ett åtgärdsprogram som har fastställts för att följa normen, 2) verksamheten förenas med villkor om att vidta eller bekosta kompensande åtgärder som ökar möjligheterna att följa normen i en utsträckning som inte är obetydlig eller, 3) trots att verksamheten försvårar möjligheterna att följa miljö kvalitetsnormen på kort sikt eller i ett litet geografiskt område, kan den antas ge väsentligt ökade förutsättningar att följa normen på längre sikt eller i ett större geografiskt område.

4.2.2.2 Miljö kvalitetsnormer och RDV

Sverige har valt att använda sig av miljö kvalitetsnormer för att implementera miljö målen i RDV, både avseende kemisk och ekologisk ytvattenstatus. Utifrån den status en vattenförekomst har klassificerats enligt utfärdas miljö kvalitetsnormer som anger vad som behövs för att rätt status eller potential ska nås vid en bestämd tidpunkt. Miljö kvalitetsnormerna kan på det sättet sägas vara framåtsyftande.¹⁰⁸ Regeringen har överlåtit utfärdandet till vattenmyndigheterna genom en föreskrift i 4 kap. 8b § VFF. I bestämmelsen anges emellertid att enbart miljö kvalitetsnormer som avser kemisk ytvattenstatus är sådana bindande gränsvärdesnormer enligt 5 kap. 2 § 1 MB. Det är således enbart miljö kvalitetsnormer avseende kemisk ytvattenstatus som har en bindande verkan vid rimlighetsavvägningen i 2 kap. 7 § MB. Resterande miljö kvalitetsnormer, t.ex. sådana avseende ekologisk ytvattenstatus, är istället att

¹⁰⁷ En intressant fråga som då uppstår är om detta innebär att kraven beträffande teknik kan ställas högre än ”bästa möjliga” och då medföra högre kostnader än vad ett typiskt företag i branschen anses klara. Michanek & Zetterberg menar att det är tveksamt men att rättsläget är så pass oklart att i de fall miljö kvalitetsnormerna härur ur EU-rätten kan sådana krav ställas genom en direktivkonform tolkning om så krävs. Se Michanek & Zetterberg (2017) s. 134-135.

¹⁰⁸ Olsen Lundh (2016, a) s. 322–323.

betrakta som övriga normer enligt 5 kap. 2 § 4 MB som följer av Sveriges medlemskap i EU, och de är följaktligen inte bindande vid tillståndsprövning.¹⁰⁹

De miljö kvalitetsnormer som vattenmyndigheterna i Sverige utfärdat för att nå målen om ekologisk ytvattenstatus är således inte en del av det regelverk som domstolarna är rättsligt bundna av vid prövningar, av exempelvis vattenkraftverk. Miljö kvalitetsnormerna avseende kemisk ytvattenstatus är visserligen bindande, men förenade med flera undantag. EU-kommissionen menar därför, i ljuset av Weser-domen, att den svenska lagstiftningen varken säkerställer att försämringar förhindras eller att uppnåendet av god status eller potential inte äventyras. Av detta följer att Sverige inte korrekt införlivat art. 4.1 RDV, vilket är en av anledningarna till att kommissionen sedan 2007 driver ett överträdelseärende mot Sverige. Efter fyra formella underrättelser avgav kommissionen den 25/1 2018 ett motiverat yttrande i frågan.¹¹⁰ Kommissionens kritik är inte kontroversiell utan delas av flera forskare som är verksamma inom ämnet.¹¹¹

Olsen Lundh, Ekelund Entson och Gipperth menar vidare att Sverige inte heller har infört försämringsförbudet korrekt. Detta eftersom det inte formulerats som ett självständigt miljökrav utan enbart ingår som en integrerad del i de miljö kvalitetsnormer som utfärdas för att rätt status ska kunna uppnås. Försämring är på så vis indirekt otillåtet eftersom det försvårar uppnåendet av rätt status. Miljö kvalitetsnormerna tar emellertid enbart sikte på status och inte på enskilda kvalitetsfaktorer eller parametrar, varför försämring som inte leder till att statusklassificeringen påverkas, således är tillåtet enligt svensk rätt. Något som inte är förenligt med RDV i ljuset av Weser-domen.¹¹²

Det ska tilläggas att de svenska domstolarna efter Weser-domen har försökt tolka svensk rätt fördragsenligt i några mål.¹¹³ Praxis är emellertid inte tillräckligt för att ett EU-direktiv ska anses korrekt implementerat utan det krävs att den nationella lagstiftningen innebär ett rättsligt bindande krav.¹¹⁴

¹⁰⁹ Olsen Lundh (2016, a) s. 333–334; Prop. 2003/04:2 s. 32; Prop. 2009/10:184 s. 48.

¹¹⁰ EU-kommissionen Motiverat yttrande C(2018) s. 25.

¹¹¹ Se exempelvis Olsen Lundh (2016, a) s. 333–336; Michanek (2015) s. 10; Bjällås, Fröberg & Sundelin (2015) s. 21.

¹¹² Olsen Lundh (2016, a) s. 323–325; Ekelund Entson & Gipperth (2010) s. 32.

¹¹³ Exempelvis MÖD M 6574–15.

¹¹⁴ Prop. 2017/18:243 s. 143.

EU-kommissionen menar vidare att Sverige i ljuset av Weser-domen inte bara införlivat art. 4.1 RDV felaktigt, utan även undantagsregeln i art. 4.7. Som nämnts ovan sker tillståndsprovningen av vattenkraftverk i MMD, medan tillämpningen av undantagsbestämmelserna i RDV sköts av vattenmyndigheterna.¹¹⁵ Vid provningen kan domstolarna därför inte tillämpa undantagsbestämmelserna, exempelvis art. 4.7, och de är inte heller bundna av hur vattenmyndigheterna har tillämpat dem. Således finns det ett rättsligt tomrum, menar kommissionen, och så länge undantagsmöjligheterna och godkännandet av ett projekt som påverkar en vattenförekomst prövas helt separat från varandra kan art. 4.7 RDV inte anses ha implementerats korrekt.¹¹⁶

Även vattenmyndigheterna har uppmärksammat problematiken och utarbetat vissa riktlinjer för att hantera den. Förenklat kan sägas att vattenmyndigheterna har skapat ett förfarande för att ompröva miljö kvalitetsnormer efter att enskilda ifrågasatt dem och inkommit med relevant utredning. Detta omprövningsförfarande pågår i praktiken ofta samtidigt som en tillståndsprovning, men processerna hanteras helt separat. Ibland väljer domstolarna ändå att invänta vattenmyndigheternas beslut om huruvida miljö kvalitetsnormen ändras innan de fattar beslut i tillståndsfrågan.¹¹⁷

I en dom från juni 2018 konstaterade även Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) ovanstående problematik. Domstolens lösning blev att för första gången tolka in och direkt tillämpa undantagsreglerna i art. 4.7 RDV i rimlighetsavvägningen som föreskrivs i 2 kap. 7 § MB.¹¹⁸ Parallellt har sökanden i målet även ansökt hos aktuell vattenmyndighet om att miljö kvalitetsnormen ska ändras med stöd av undantag enligt 4 kap. 11 § VFF, men i november 2018 hade vattenmyndigheten ännu inte avgjort frågan. Skulle vattenmyndigheten, till skillnad från domstolen, komma till slutsatsen att undantaget inte är tillämpligt och därför inte ändra normen blir resultatet att verksamhetsutövaren får ett tillstånd i strid med försämringsförbudet.¹¹⁹

¹¹⁵ Som nämnts ovan är dessa i svensk rätt implementerade genom 4 kap. VFF, och just art. 4.7 motsvaras av 4 kap. 11 § VFF.

¹¹⁶ EU-kommissionen Motiverat yttrande C(2018) s. 26–27.

¹¹⁷ *PM – Revidering av MKN under pågående cykel* s. 5–11.

¹¹⁸ MÖD M 5186–17, särskilt s. 11–13.

¹¹⁹ Mejlsvar från Katrin Herrlin Sjöberg. Sökanden i målet har sedermera dragit tillbaka sin ansökan.

4.2.3 Särskilda vattenrättsliga regler

Efter den ingående utredningen ovan av miljö kvalitetsnormer och Sveriges tillvägagångssätt för att implementera RDV, återgår framställningen i det här avsnittet till att behandla de bestämmelser som domstolen har att tillämpa vid tillståndsprovningen av vattenkraftverk. Som nämnts ovan ska provning inte enbart ske mot de övergripande bestämmelserna i MB utan även mot de särskilt vattenrättsliga reglerna i 11 kap. MB. Den viktigaste av dessa bestämmelser är båtnadsregeln i 11 kap. 6 § MB som också är en avvägningsregel och lyder enligt följande: ”En vattenverksamhet får bedrivas endast om dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna av den.” Bestämmelsens syfte är att hindra vattenverksamhet som inte är samhällsekonomiskt motiverad. En grov ekonomisk kalkyl ska göras där såväl direkta som indirekta vinster och förluster vägs mot varandra. Sådant som kan beaktas i beräkningen är exempelvis värdet av den utvunna energin, den ökade sysselsättningen, anläggningskostnaderna, minskade värden på mark som tas i anspråk eller däms över, minskad turism samt skador på naturvärden i sig.¹²⁰

Eftersom 11 kap. 6 § MB är en jämviktsregel fyller bestämmelsen en särskild funktion vid sidan av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB. För att en verksamhet ska kunna stoppas med stöd av stoppregeln i 2 kap. 9 § MB krävs, som nämnts ovan, att den negativa påverkan på människors hälsa eller miljön är mycket omfattande. Ett litet vattenkraftverk kan därför troligen inte nekas tillstånd med stöd av 2 kap. 9 § MB. Men om elproduktionen är liten och möjliga arbetstillfällen få samtidigt som skadorna på ekosystemet ändå är relativt omfattande kan verksamheten kanske stoppas genom båtnadsregeln i 11 kap. 6 § MB.¹²¹

Ytterligare två särskilda vattenrättsliga bestämmelser ska beaktas. Som huvudregel gäller att den som först tar vattnet i anspråk får rätten till det.¹²² Men i 11 kap. 7 § stadgas att en vattenverksamhet skall utföras så att den inte försvårar annan verksamhet som i framtiden kan antas beröra samma vattentillgång och som främjar allmänna eller enskilda ändamål av vikt. Beträffande vattenkraft kan det exempelvis handla om konstruktion av faunapassager eller minimitappning. Kravet gäller emellertid bara om verksamheten kan utföras på sådant sätt utan oskäligen kostnad. I 11 kap. 8 § MB anges även att verksamhetsutövaren måste vidta åtgärder

¹²⁰ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 129.

¹²¹ Michanek & Zetterberg (2017) s. 324–325; Prop. 1997/98:45 del 1, s. 369.

¹²² Michanek & Zetterberg (2017) s. 328.

för att begränsa vattenverksamhetens negativa inverkan på specifikt bestånden av fisk och andra vattenlevande djur. Är åtgärderna inte miljömässigt motiverade bortfaller dock skyldigheten.

4.2.4 Tillståndets rättskraft

Om verksamhetsutövaren kan visa att den planerade vattenverksamheten kommer att uppfylla de krav som domstolen anser kan ställas, meddelar domstolen ett tillstånd och föreskriver de villkor som anses lämpliga. Ett sådant tillstånd får rättskraft, eller rättsverkan som det ibland formuleras, vilket uttrycks i 24 kap. 1 § MB som att en dom eller ett beslut gäller mot alla avseende de frågor som prövats. Verksamhetsutövaren får därmed en grundläggande trygghet mot efterföljande krav på förbud och försiktighetsmått. Tillståndets rättsverkan ger dock inget absolut skydd. För det första gäller skyddet bara avseende de frågor som prövats i domen, något som inte alltid är helt enkelt att avgöra. För det andra har myndigheterna under vissa förutsättningar möjlighet att ompröva tillståndet, och för det tredje skyddar rättskraften inte mot ny lagstiftning.¹²³ Framställningen kommer efterhand att beröra alla tre situationerna.

4.3 Vattenkraft och äldre tillstånd

4.3.1 Allmänt

Så här långt har utredningen behandlat den prövning som sker idag enligt MB när ansökan avser ett nytt vattenkraftverk. Av alla de kraftverk och dithörande dammar som finns i Sverige idag, är det emellertid en överväldigande majoritet som antingen har tillstånd enligt äldre rätt eller som helt saknar tillstånd.¹²⁴

Före MB:s ikraftträdande år 1999 reglerades vattenrättsliga frågor i Vattenlagen (1983:291), VL, och en generell tillståndsplikt rådde. Dessförinnan gällde Vattenlagen (1918:523), som brukar benämnas Äldre Vattenlagen (ÄVL). Bestämmelserna om tillståndsplikt i ÄVL var så oklara att även om de flesta större vattenverksamheter som härrör från tiden 1918–1983 får antas ha tillståndsprövats kan det inte slås fast med säkerhet. Även i den tidigare

¹²³ Michanek & Zetterberg (2017) s. 417-418.

¹²⁴ SOU 2013:69 s. 71-72.

Vattenrättsförordningen från 1880 föreskrevs en viss tillståndsplikt gällande dammar och vattenverk, men också en laglig möjlighet att utan prövning bygga på egen risk. Ännu längre tillbaka reglerades vattenrätten i 20 kap. byggningsbalken i 1734 års lag där någon tillstånds- eller anmälningsplikt inte fanns. Istället föreskrevs enbart att jordägaren hade rätt att nyttja vattnet på sin mark så länge inte andra intressen skadades.¹²⁵

Ibland görs det gällande att den rättsliga grunden för en vattenverksamhet inte är ett tillstånd grundad direkt på lag utan att den omfattas av urminnes hävd eftersom den har bedrivits på platsen så länge att det inte längre går att bestämma dess uppkomst. Institutet urminnes hävd reglerades i 15 kap. 1 § i 1734 års jordabalk och upphävdes i och med att nuvarande jordabalken (JB) trädde i kraft 1972. Sedan 1972 har några nya rättigheter således inte kunnat uppkomma genom urminnes hävd. I 6 § lag (1970:995) om införande av nya jordabalken stadgas dock att det inte görs någon inskränkning i den rätt som tillkommit någon på grund av urminnes hävd innan JB trädde i kraft. Denna rätt gäller följaktligen fortfarande. Även om det inte går att ange en viss bestämd tid som ska ha förflutit för att urminnes hävd ska kunna uppkomma brukar det anges att minst 90 år ska ha förflutit. I och med att JB trädde i kraft 1972 skulle urminnes hävd således, åtminstone i teorin, kunna omfatta verksamheter som anlagts så sent som 1882.¹²⁶

En annan grund som i vissa fall görs gällande för gamla verksamheters laglighet är privilegiebrev. Dessa utfärdades av kung eller riksföreståndare och kunde ge innehavaren rätt att exempelvis driva en kvarn eller en mindre industri. Det är inte sällan osäkert vilken lagstiftning privilegiebrevens är utfärdade enligt, och de har ofta större fokus på de näringsrättsliga aspekterna än på själva anläggningens utformning eller verksamheten.¹²⁷

I och med införandet av MB angavs i 5 § lag (1998:811) om införande av miljöbalken, MP, att vissa äldre tillstånd och rättigheter som meddelats genom beslut enligt bl.a. VL ska fortsätta gälla, och anses meddelade med stöd av motsvarande bestämmelser i MB. Via liknande övergångsbestämmelser i samband med införandet av VL och ÄVL kan reglerna om rättskraft och omprövning i 24 kap. MB tillämpas även på gamla tillstånd som meddelats långt innan MB trädde i kraft. Rättskraften begränsas dock något i och med att den enligt 24 kap. 1 § MB, som

¹²⁵ SOU 2013:69 s. 179–186.

¹²⁶ SOU 2013:69 s. 179–180.

¹²⁷ SOU 2013:69 s. 180.

nämnts ovan, endast gäller avseende de frågor som prövats i domen eller beslutet.¹²⁸ Beträffande tillstånd meddelade enligt VL, ÄVL eller VF råder ingen tveksamhet om att 5 § MP är tillämplig och att de således har rättskraft. När det kommer till privilegiebrev och urminnes hävd är saken mer oklar. Efter att ha gått igenom äldre lagtext, förarbeten, praxis och doktrin kom VVU till slutsatsen att även de instituten omfattas av skrivningen i 5 § MP, men att rättsläget är långt ifrån entydigt.¹²⁹

4.3.2 Laglighetsprövning

Om en vattenanläggning har tillkommit utan tillstånd enligt äldre lagar eller om det råder oklarhet kring tillståndsfrågan kan, enligt 17 § MP, den som äger anläggningen eller avser att utnyttja den för vattenverksamhet begära prövning av anläggningens laglighet. Det har ingen betydelse om tillståndsplikt förelåg eller inte vid anläggningens tillkomst. I samma paragraf föreskrivs även, att om tillstånd begärs för att ändra en sådan vattenanläggning ska en ansökan samtidigt göras om laglighetsprövning. I 18 § MP stadgas vidare att prövningen av anläggningen ska göras enligt de lagar och bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst. Om anläggningen ska utnyttjas för vattenverksamhet prövas dock tillståndet för själva verksamheten enligt MB.¹³⁰ Sker en lagligförklaring får den avslutningsvis rättskraft precis som ett tillstånd enligt 24 kap. 1 § MB, vilket anges i 30 § MP.

VVU drog i SOU 2013:69 slutsatsen att även om lagligförklaring eller tillstånd saknas kan verksamheten fortfarande vara laglig, vilket innebär att det inte finns någon skyldighet för verksamhetsutövaren att på eget initiativ söka lagligförklaring eller tillstånd. Tillsynsmyndigheten kan dock när som helst förelägga verksamhetsutövaren att, vid hot om förbud, söka lagligförklaring eller tillstånd. Verksamhetsutövaren har på samma sätt inte heller något skydd mot förelägganden om ytterligare försiktighetsmått eller skyddsåtgärder eftersom den rättskraft ett tillstånd ger saknas här.¹³¹

¹²⁸ SOU 2013:69 s. 187–188.

¹²⁹ SOU 2013:69 s. 196. För i stort sett samma åsikt som VVU, se Strömberg (2014) och Ingela Lindqvist (2013, a). För motsatt uppfattning se Olsen Lundh (2013).

¹³⁰ Prop. 1997/98:45 del 2 s. 391.

¹³¹ SOU 2013:69 s. 204.

4.4 Omprövning av vattenkraftverk

Som nämnts ovan drivs en överväldigande majoritet av vattenkraftverken i Sverige inte enligt tillstånd meddelade efter MB:s ikraftträdande, utan enligt äldre lagar eller med stöd av särskilda rättigheter. I samband med sitt delbetänkande SOU 2009:42 *Vattenverksamhet* samlade Miljöprocessutredningen in statistik som visade att det fanns 3727 vattenkraftverk och regleringsdammar med tillstånd. Av dessa hade endast 73 anläggningar tillstånd enligt MB, 261 hade tillstånd enligt VL, 3266 enligt ÄVL och 127 enligt äldre bestämmelser, troligen VF.¹³² Av statistik som inhämtats av VVU framgår vidare att det finns ytterligare nästan 3800 vattenkraftverk och dammar som saknar tillstånd enligt någon av dessa lagar.¹³³ Således finns det sammanlagt över 7000 kraftverk och dammar som inte har tillstånd enligt MB.¹³⁴

Detta innebär problem eftersom det i tidigare gällande vattenrättsliga lagstiftning togs liten, eller ingen, miljöhänsyn. Många äldre verksamheter uppfyller därav inte de miljökrav som ställs enligt MB.¹³⁵ Ett sätt att komma tillrätta med problematiken är att ansvariga myndigheter begär omprövning av tillstånden för att få till nya eller ändrade villkor. Trots tillståndens rättskraft och det faktum att de flesta äldre tillstånd är meddelade utan tidsbegränsning är omprövning möjligt om vissa förutsättningar är uppfyllda.¹³⁶ Vilka dessa förutsättningar är, hur en omprövning går till, vilka förändringar som kan föreskrivas och vilka ersättningsanspråk som kan uppkomma är vad följande avsnitt behandlar.

4.4.1 Förutsättningar för omprövning

Omprövning kan begäras av myndighet enligt 24 kap. 7 § MB, och numera även av verksamhetsutövaren enligt 24 kap. 8 § MB. Grunderna för omprövning av vattenverksamhet återfinns i 24 kap. 5 § MB och räknas upp i tolv punkter. Omprövning kan enligt första punkten,

¹³² SOU 2009:42 s. 95.

¹³³ I den siffran ingår visserligen utöver regleringsdammar även andra typer av dammar, samtidigt är antalet anläggningar troligen ännu större eftersom statistiken inte är fullständig. Se SOU 2013:69 s. 208. I andra delar av framställningen nämns att det skulle finnas runt 2000 vattenkraftverk idag. Anledningarna till att siffrorna går isär är flera. Förutom ofullständiga register synes skillnaderna i att räkna bero dels på om ett antal, mer eller mindre, sammankopplade anläggningar ses som en eller flera verksamheter, dels på hur anläggningar som inte längre producerar elkraft men som en gång gjort det betraktas.

¹³⁴ SOU 2013:69 s. 72.

¹³⁵ SOU 2014:35 s. 270.

¹³⁶ Michanek & Zetterberg (2017) s. 417.

som huvudregel, alltid ske när tio år förflutit från det att tillståndsbeslutet vann laga kraft. Kräver EU-rätten det, får ännu kortare tid föreskrivas. Undantaget gäller tillstånd meddelade enligt äldre rätt där en längre tid kan ha föreskrivits. Praktiskt taget alla dessa olika tidsfrister har dock löpt ut idag.¹³⁷ Har inte tio år förflutit kan omprövning ändå ske om förutsättningarna i någon av de andra 11 punkterna är uppfyllda. Med tanke på uppsatsens fokus på framförallt äldre tillstånd redogörs inte närmre för dessa förutsättningar. Som exempel kan ändå följande grunder nämnas; om verksamheten med någon betydelse medverkar till att en miljö kvalitetsnorm inte följs, om det genom verksamheten uppkommit en olägenhet av någon betydelse som inte förutsågs när verksamheten tilläts, eller om förhållandena i omgivningen har ändrats väsentligt.

4.4.2 Utredningen

Vid etablering av en ny verksamhet måste den sökande, som nämnts ovan, stå för den nödvändiga utredningen, exempelvis i form av en MKB. Vid omprövning är dock situationen en helt annan, någon specifik miljöbedömning eller MKB krävs uttryckligen inte enligt 6 kap. 20 § MB. Vidare anses myndigheten som sökande när en begäran om omprövning sker enligt 24 kap. 5 § och normalt åvilar utredningsskyldigheten den ansökande parten. När det gäller miljöfarlig verksamhet finns en regel i 22 kap. 2 a § MB som uttryckligen stadgar att det ändå är verksamhetsutövaren som ska stå för den utredning som är nödvändig för omprövningen. Någon sådan regel finns emellertid inte avseende vattenverksamhet varför huvudregeln i stort blir gällande och, utredningen i huvudsak den ansökande myndighetens ansvar.¹³⁸ Avseende omfattningen av och innehållet i en ansökan konstaterade MÖD i en dom från 2014 att det varken framgår av lagtext eller förarbeten vilken utredningsskyldighet som åvilar ansökande myndighet. Myndigheten är dock, skriver MÖD, skyldig att åtminstone presentera en grundlig miljöutredning som visar på behovet av en omprövning samt en teknisk rapport som visar att åtgärderna de föreslår är möjliga att genomföra.¹³⁹

¹³⁷ SOU 2014:35 s. 244.

¹³⁸ SOU 2014:35 s. 249–251.

¹³⁹ MÖD M 1423-13 s. 11.

4.4.3 Nya villkor

Vid en omprövning ska i stort samma materiella regler tillämpas som vid en nyprövning. Rent faktiska omständigheter, så som att en anläggning redan ligger på en viss plats, kan dock påverka lokaliseringskravet i 2 kap. 6 § MB och skälighetsbedömningen i 2 kap. 7 §.¹⁴⁰

Möjligheten att genom omprövning skärpa miljökraven i villkoren begränsas dock kraftigt av bestämmelsen i 24 kap. 5 § femte stycket MB där det stadgas att domstolen vid omprövning inte får meddela så ingripande villkor eller andra bestämmelser att verksamheten inte längre kan bedrivas eller att den avsevärt försvåras. Med avsevärt försvåras förstås mycket ingripande föreskrifter eller villkor som i princip är att likställa med att verksamheten inte längre kan bedrivas. Då ska enligt förarbetena istället 24 kap. 3 § MB tillämpas och tillståndet återkallas, om vissa andra förutsättningar också är uppfyllda.¹⁴¹ 24 kap. 3 § MB tillämpas emellertid i princip inte i praktiken.¹⁴²

4.4.4 Verksamhetsutövarens rätt till ersättning

Leder omprövningen enligt 24 kap. 5 § till att nya villkor meddelas som innebär att tillståndshavaren drabbas av förlust av vatten eller fallhöjd eller inskränkning i rätten att reglera vattnets avrinning ska ersättning utgå enligt 31 kap. 20 § MB. Är inskränkningen att räkna som en förbättring av vattenanläggningens säkerhet utgår dock ingen ersättning.

Ersättningsrätten är ytterligare något begränsad genom att det i 31 kap. 22 § MB slås fast att tillståndshavaren är skyldig att tåla en viss inskränkning om den är till förmån för det allmänna fiskeintresset, allmän farled, allmän hamn, hälsovård eller miljövård. Förenklat kan sägas att den andel som inte kompenseras, får motsvara högst en femtedel och lägst en tjugondel av produktionsvärdet för vattenkraftverket eller vattenregleringen. Exakt vilken nivå som ska gälla i det enskilda fallet bestäms av MMD vid prövningen. I bedömningen ska hänsyn tas främst till verksamhetens inverkan på vattenstånds- och avrinningsförhållandena, den fördel eller olägenhet som verksamheten medför från allmän synpunkt samt graden av nytta för tillståndshavaren.

¹⁴⁰ SOU 2013:69 s. 61.

¹⁴¹ Prop. 1997/98:45 del 2 s. 259.

¹⁴² Michanek & Zetterberg (2017) s. 419.

Beträffande omprövning av tillstånd meddelade enligt äldre lagstiftning gäller enligt 39 § MP andra regler avseende ersättningsrätt och vilka inskränkningar som får tålas. För tillstånd meddelade enligt VL är reglerna i huvudsak desamma som enligt MB men när det gäller tillstånd meddelade enligt ÄVL och äldre bestämmelser är andelen som inte kompenseras alltid endast en tjugondel.¹⁴³

4.4.5 Brister i nuvarande omprövningssystem

Enligt 26 kap. 2 § MB är ansvarig tillsynsmyndighet skyldig att ansöka om omprövning ifall villkoren i ett tillstånd inte är tillräckliga, och förutsättningarna i 24 kap. 5 § MB är uppfyllda.¹⁴⁴ Trots det, och de omfattande miljöproblem vattenkraftverk konstaterats ge upphov till, sker i genomsnitt så få som 4.5 omprövningar per år. Med den takten skulle det ta över 800 år att ompröva enbart de 3654 vattenkraftverk och regleringsdammar som har tillstånd enligt äldre lagstiftning.¹⁴⁵

I sitt slutbetänkande, SOU 2014:35 *I vått och torrt - förslag till ändrade vattenrättsliga regler*, har VVU angett vad de menar är de viktigaste orsakerna bakom den låga omprövningsfrekvensen. En faktor som bidrar till trögheten i systemet anses vara svårigheten i att bedöma omfattningen av äldre tillstånds och rättigheters rättskraft. Att avgöra vilka frågor som har prövats i de gamla tillstånden kräver nämligen ofta kvalificerade juridiska bedömningar utifrån svårtillgänglig äldre rätt. Något som innebär att det kan vara svårt för tillsynsmyndigheten att veta vilka krav som kan ställas genom tillsynsföreläggande, eller när omprövning är nödvändigt.¹⁴⁶

Resursbrist hos ansvariga myndigheter och stora kostnader förknippade med omprövningar kan generellt sägas vara den främsta orsaken till den låga omprövningstakten. Ett antal juridiska konstruktioner orsakar emellertid myndigheterna stora kostnader mer direkt. Tillståndshavarens rätt till ersättning vid en omprövning som resulterar i förlust av vatten eller fallhöjd eller

¹⁴³ SOU 2014:35 s. 263.

¹⁴⁴ Vid bedömningen av vad som är tillräckliga villkor ska utgångspunkt tas i MB:s allmänna målsättning och hänsynsreglerna i 2 kap. MB, se Bengtsson m.fl. (2018) kommentaren till 26 kap. 2 § MB.

¹⁴⁵ SOU 2014:35 s. 270-271.

¹⁴⁶ SOU 2014:35 s. 271-272.

inskränkning i rätten att reglera vattnets avrinning är givetvis en stor kostnad. Ersättningsrätten, och begränsningen att verksamhetsutövaren i vissa fall måste tåla ett produktionsbortfall om mellan 5 och 20% utan ersättning, har dessutom visat sig styra vilka omprövningar som myndigheterna initierar, samt vad de yrkar vid prövningen. Omprövningar har således inte nödvändigtvis gjorts där behovet varit som störst ur miljösynpunkt. En annan faktor som orsakar myndigheterna stora kostnader är det utredningsansvar som åvilar dem vid omprövning av vattenverksamheter. En uppgift som dessutom är mycket tidskrävande.¹⁴⁷

Inte sällan är myndigheterna dessutom rent juridiskt begränsade i sina yrkanden vid en omprövning. Vad som åsyftas är bestämmelsen i 24 kap. 5 § femte stycket MB där det föreskrivs att domstolen inte får meddela så ingripande villkor att verksamheten inte längre kan bedrivas eller att den avsevärt försvåras. Särskilt avseende småskalig vattenkraft där vinstmarginalerna redan är små kan regeln innebära att villkor som medför produktionsförlust inte får meddelas överhuvudtaget.¹⁴⁸

På grund av bristerna i det svenska provningssystemet beträffande ekologiska miljö kvalitetsnormer och försämringsförbudet, samt de många vattenkraftverk som inte omprövats enligt modern miljölagstiftning, menar EU-kommissionen sammanfattningsvis att Sveriges möjlighet att uppnå målen i RDV äventyras.¹⁴⁹

4.5 Sammanfattande slutsatser

I kapitel 3 gjordes jag en utredning av RDV och vad de miljömål som anges där avseende ekologisk status innebär. Jag kom bl.a. fram till att god ekologisk status eller potential måste uppnås i samtliga ytvattenförekomster, som huvudregel senast 2027. För att implementera direktivet korrekt måste medlemsstaterna både uppnå resultatet som föreskrivs i miljömålen och införliva målreglerna rättsligt, vilket bl.a. innebär att medlemsstaternas myndigheter måste vara bundna av målreglerna vid prövningen av enskilda verksamheter. Försämringsförbudet är vidare ett självständigt krav, och en försämring föreligger så fort en kvalitetsfaktor, eller i vissa fall en parameter, försämras. I det här kapitlet har nuvarande svensk rätt undersökts i syfte

¹⁴⁷ SOU 2014:35 s. 273-274.

¹⁴⁸ SOU 2014:35 s. 274; Lindqvist (2013, b) s. 54. De begränsningar regeln medför kritiserar även av EU-kommissionen, se EU-kommissionen Kompletterande formell underrättelse C(2016) s. 18.

¹⁴⁹ EU-kommissionen Motiverat yttrande C(2018) s. 25.

komma fram till vilka de huvudsakliga bristerna i nuvarande svensk rätt gällande vattenkraft är, i förhållande till miljömålen i RDV beträffande ekologisk status och till flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön.

4.5.1 Miljömålen

Jag menar att problemen är flera och de är att hänföra både till den rent rättsliga implementeringen av RDV och till resultatuppfyllelsen. Beträffande den förstnämnda problematiken delar jag EU-kommissionens och flertalet forskares uppfattning att Sverige implementerat art. 4.1 och 4.7 RDV felaktigt. Miljömålen avseende ekologisk status, i form av ekologiska miljö kvalitetsnormer, har inte givits bindande verkan vid prövningar. Försämringsförbudet har dessutom varken formulerats som självständigt krav eller getts sådan verkan. Undantagsmöjligheterna och godkännandet av ett projekt som påverkar en vattenförekomst prövas vidare helt separat från varandra, vilket leder till ett rättsligt tomrum och att risken ökar för att tillstånd meddelas i strid med miljömålen.

Beträffande Sveriges möjligheter att faktiskt uppnå miljömålen kan följande slutsatser dras. En överväldigande majoritet av de svenska vattenkraftverken saknar tillstånd, eller har tillstånd enligt äldre rätt där den miljöhänsyn som återfinns i MB inte togs. Därför är det ytterst problematiskt att nuvarande svenska regler inte möjliggör att omprövningar av äldre verksamheter sker på det sätt, eller i den takt, som är nödvändig för att uppnå miljömålen. Vilken rättskraft ett stort antal äldre tillstånd har i nuvarande rättsordning är oklart, vilket gör processerna krångliga och tröga. Regleringen av ersättningsrätt och utredningsansvar gör omprövningar till en dyr process för ansvariga myndigheter, och förbudet mot att meddela villkor som innebär att verksamheten avsevärt försvåras innebär att nödvändiga miljökrav ibland överhuvudtaget inte kan riktas mot verksamheter. Att Sverige dessutom misslyckats med att implementera några av de mest centrala bestämmelserna i direktivet rent rättsligt gör att Sveriges möjligheter att nå det resultat som föreskrivs i miljömålen synes små.

4.5.2 Flödesregim

Flödesregimens betydelse för vattenmiljön kan beaktas främst vid tillämpningen av 2 kap. 3 § MB genom kravet på bästa möjliga teknik, och i viss mån genom 11 kap. 7 § MB. Indirekt kan

även båtnadsregeln i 11 kap. 6 § MB ha betydelse för flödesregimen då den kan förhindra att verksamheter med liten nytta ges tillstånd om de skulle innebära stor miljöpåverkan. Beträffande vattenkraft får dessa regler dock litet genomslag p.g.a. hur övriga rättsregler är konstruerade. Eftersom ekologiska miljö kvalitetsnormer inte givits bindande verkan kan flödesfrämjande åtgärder inte krävas i större utsträckning än vad avvägningsregeln i 2 kap. 7 § MB medger, fastän det skulle krävas för att nå miljömålen i RDV. Och, som konstaterats ovan, innebär de svenska omprövningsreglerna dessutom att få omprövningar överhuvudtaget sker av äldre vattenkraftverk, och att mer omfattande miljökrav sällan är möjliga att ställa. Därför spelar det liten roll hur nuvarande flödesbeaktande regler är utformade.

5 Kommande svensk rätt

5.1 Inledning

I tidigare kapitel har det klarlagts vad miljömålen i RDV beträffande ekologisk status innebär, i vilken utsträckning flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön beaktas och vilka de huvudsakliga bristerna är i nuvarande svensk rätt gällande vattenkraft, i förhållande till miljömålen i RDV beträffande ekologisk status och till flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön. I följande kapitel ska det utredas i vilken utsträckning den nya lagstiftningen i prop. 2017/18:243 kommer att bidra till att åtgärda dessa brister. Dispositionen är upplagd så att den nya lagstiftningen behandlas bit för bit samtidigt som de effekter den bedöms ha granskas löpande. Som utgångspunkt har framställningen anpassats efter, och följer, de olika bristerna som identifierades i föregående kapitel. Då den nya lagstiftningen i vissa fall har ett helt annat angreppssätt har det dock inte alltid varit möjligt.

5.2 Moderna miljövillkor

Inledningsvis ska nämnas att den nya lagstiftningen i viss mån skapar en särreglering av vattenkraftverk i förhållande till andra vattenverksamheter. I 11 kap. 6 § MB införs nämligen en ny definition för en särskild typ av vattenverksamhet, nämligen *vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel*.¹⁵⁰ Definitionen avser sådan vattenverksamhet som innebär vattenreglering, vattenbortledning, vattenöverledning eller annan påverkan på vattnets flöde och som är avsedd för produktion av el genom omvandling av energin i strömmande vatten, eller som var avsedd för sådan produktion när verksamheten påbörjades. Det anges även att sådana verksamheter ska anses utgöra en och samma verksamhet om de bedrivs med vattenanläggningar som är direkt eller genom andra vattenanläggningar tekniskt sammankopplade med varandra och har ett miljö- och verksamhetsmässigt samband.¹⁵¹

¹⁵⁰ Nuvarande 11 kap. 6 § MB där båtnadsregeln stadgas upphör att gälla, vilket behandlas nedan.

¹⁵¹ Prop. 2017/18:243 s. 78 och 197–198.

Gällande sådana vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel föreskrivs ett krav på *moderna miljövillkor* i den nya bestämmelsen 11 kap. 27 MB. Moderna miljövillkor är också ett nytt begrepp och definieras i samma paragraf som att ett tillståndsvillkor eller bestämmelser till skydd för människors hälsa och miljön har bestämts enligt MB genom en dom eller i ett beslut som inte är äldre än fyrtio år. Om det i tillståndet för verksamheten har bestämts en annan tid för översyn av miljövillkoren, ska dock den tiden gälla. För att uppfylla kraven måste de verksamhetsutövare vars verksamheter omfattas av bestämmelsen och som saknar moderna miljövillkor således själva ansöka om att dess tillstånd ska omprövas. En omprövningsbestämmelse som avser denna situation införs i 24 kap. 10 § MB, vilken behandlas nedan i avsnitt 5.7, där det föreskrivs att tillståndsmyndigheten ska upphäva, ändra och besluta nya bestämmelser och villkor i den utsträckning som behövs med hänsyn till just skyddet för människors hälsa och miljön.¹⁵²

5.3 Den nationella planen

5.3.1 Ett helhetsperspektiv

Som konstaterats tidigare i framställningen är en överväldigande majoritet av de svenska vattenkraftverken inte prövade enligt MB och saknar således moderna miljövillkor. Regeringen uppskattar därför att omprövningarna kommer att generera så många som 7 400 mål hos mark- och miljödomstolarna. Av denna anledning kan inte alla omprövningar ske samtidigt och omedelbart utan de måste genomföras enligt ett systematiskt tillvägagångssätt och med ett nationellt helhetsperspektiv, menar regeringen. Något som gör det lättare att göra avvägningar mellan vattenmiljövärden och de olika verksamheternas betydelse för en nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel. Dessutom möjliggör det ett samordnat synsätt vid prövningar av verksamheter som miljömässigt hänger samman, t.ex. verksamheter i samma vattenförekomst eller avrinningsområde.¹⁵³

I den nya paragrafen 11 kap. 28 § MB föreskrivs därför att regeringen ska besluta om en nationell plan för hur omprövningarna i 11 kap. 27 § MB ska samordnas. Planen ska tas fram av HaV, Energimyndigheten och Svenska kraftnät i samverkan med berörda myndigheter

¹⁵² Prop. 2017/18:243 s. 201–202 och s. 221.

¹⁵³ Prop. 2017/18:243 s. 85, 89 och 95.

såsom länsstyrelserna (inklusive vattenmyndigheterna), Kammarkollegiet och Naturvårdsverket. Regeringen ska avgöra eventuella meningsskiljaktigheter mellan myndigheterna och anta planen och senare de ändringar som kan föranledas av det adaptiva planeringsarbetet.¹⁵⁴

När det gäller verksamheternas betydelse för en nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel betonar regeringen att det inte enbart är den totala elproduktionen som avses utan även hur stor reglerförmågan och det relativa reglerbidraget är. Därför kommer rapporten *Vattenkraftens reglerbidrag och värde för elsystemet* (ER 2016:11) som tagits fram av Energimyndigheten, Svenska kraftnät och HaV, att vara ett viktigt underlag vid utarbetandet av planen, menar regeringen. I rapporten slås fast att i takt med att andelen icke-reglerbara energikällor såsom vind- och solkraft ökar måste vattenkraftens totala reglerbidrag också öka, främst genom modernisering av befintliga kraftverk. Åtgärder som medför en försämring av reglerbidraget ska därför vara att betrakta som betydande negativ påverkan på kraftproduktionen, vilket är ett av rekvisiten för att förklara en ytvattenförekomst som kraftigt modifierad enligt RDV.¹⁵⁵ Eftersom det relativa reglerbidraget i så stor utsträckning är koncentrerat till ett fåtal verksamheter är det emellertid, enligt rapporten, inte meningsfullt att tillämpa resonemanget ovan på alla vattenkraftverk. De har av den anledningen delats in i tre olika klasser utifrån dess betydelse ur regler synpunkt. I klass ett ingår de 225 kraftverk som har absolut störst reglerbidrag. Utgångspunkten bör, enligt rapporten, vara att de vattenförekomster som dessa vattenkraftverk ligger i förklaras som kraftigt modifierade och att miljöåtgärder som har en negativ påverkan på reglerförmågan undviks. Klass två består av 78 vattenkraftverk som åtminstone tidvis har givit ett betydelsefullt regleringsbidrag. Även beträffande dessa råder viss presumtion för att klassificera vattenförekomsterna som kraftigt modifierade, men en mer utförlig bedömning i det enskilda fallet är påkallat. I klass tre återfinns resterande cirka 1700 vattenkraftverk som bedöms ha ett så litet reglerbidrag att den aspekten överhuvudtaget inte bör påverka vilka miljö kvalitetsnormer som utfärdas för berörda vattenförekomster.¹⁵⁶

I stort är det dessutom så att kraftverken med de största relativa reglerbidragen också är de som står för den absolut största totala elproduktionen.¹⁵⁷ Baserat på dessa uppgifter kommer

¹⁵⁴ Prop. 2017/18:243 s. 85 och 203.

¹⁵⁵ Jämför avsnitt 3.4.1 ovan.

¹⁵⁶ *Vattenkraftens reglerbidrag och värde för elsystemet* (ER 2016:11) s. 31–33.

¹⁵⁷ *Vattenkraftens reglerbidrag och värde för elsystemet* (ER 2016:11) s. 32.

vattenmyndigheterna att vara skyldiga att klassificera ytterligare vattenförekomster som kraftigt modifierade, så att lägre miljökrav kan ställas vid prövning. Regeringen understryker dock att de avvägningar som görs i planen inte får strida mot RDV.¹⁵⁸ Regeringen är även noga med att påtala att planen inte har någon bindande verkan vid själva prövningen. Tanken är enbart att planen ska vara vägledande för de myndigheter som är inblandade i omprövningarna, och att det är genom myndigheternas talan som planen ska få genomslag. I den enskilda prövningen kommer domstolen dessutom ha andra intressen att ta ställning till.¹⁵⁹

Regeringen uppskattar att det kan ta upp till 20 år innan alla verksamheter som omfattas av kravet på moderna miljövillkor har fått det.¹⁶⁰ En verksamhet ska därför få fortsätta bedrivas utan moderna miljövillkor under förutsättning att verksamhetsutövaren antingen har ansökt om omprövning eller om den nationella planen föreskriver att hen inte behöver göra det än, vilket anges i ovan nämnda 11 kap. 27 § MB. En verksamhetsutövare som vill att hens verksamhet ska omfattas av planen måste anmäla verksamheten till länsstyrelsen, oavsett om verksamheten redan har tillstånd eller inte.¹⁶¹ Om verksamhetsutövaren inte självmant ansöker om omprövning, eller följer ett föreläggande från länsstyrelsen att göra så, anges i nya 24 kap. 12 § MB att ansökan får göras av Kammarkollegiet, HaV eller länsstyrelsen på verksamhetsutövarens bekostnad.¹⁶²

Om omständigheterna i ett enskilt fall skulle vara sådana att behovet av miljöskydd inte kan vänta på att omprövning sker vid den tidpunkt som fastställt enligt planen kommer tillsynsmyndigheterna ha möjlighet att ingripa. Regeringen menar dock att myndigheterna ska vara restriktiva i sin bedömning av huruvida sådana förtida omprövningar är påkallade, annars riskerar planens syfte att förfelas.¹⁶³

¹⁵⁸ Prop. 2017/18:243 s. 91-94.

¹⁵⁹ Prop. 2017/18:243 s. 93-94.

¹⁶⁰ Prop. 2017/18: 243 s. 117.

¹⁶¹ Prop. 2017/18:243 s. 97.

¹⁶² Prop. 2017/18: 243 s. 223.

¹⁶³ Prop. 2017/18: 243 s. 85.

5.3.2 En plan i strid med EU-rätten?

Nästan alla remissinstanser som yttrat sig över lagförslaget menar att genom kravet på moderna miljövillkor och den nationella planen så kommer ett helhetsgrepp tas och de nödvändiga omprövningarna faktiskt ske, och det dessutom i mycket högre takt än hittills.¹⁶⁴

Beträffande just tidsaspekten menar Energimyndigheten dock att den nationella planen kan stå i strid med EU-rätten eftersom regeringen aviserat att omprövningarna enligt planen beräknas ta upp mot 20 år och RDV inte medger förlängda tidsfrister efter 2027.¹⁶⁵ Regeringen synes vara medveten om problematiken men hävdar att fördelarna med att omprövningarna kan ske i ett sammanhang överväger de nackdelar som en eventuellt långsammare prövningstakt innebär, både i miljö- och processekonomiskt avseende.¹⁶⁶

5.3.3 Ökad reglerförmåga på miljöns bekostnad?

Miljöorganisationen Älvräddarna oroas över att den nationella planen kommer att innebära att mycket litet görs för att miljöanpassa de stora kraftverken i de stora älvarna som är eller troligen kommer att bli klassificerade som kraftigt modifierade vattendrag. Särskilt som regeringens intention synes vara att reglerförmågan i dessa kraftverk måste öka i framtiden.¹⁶⁷ Sveriges Lantbruksuniversitet delar Älvräddarnas oro och menar att forskning visar att i de stora älvarna har redan dagens vattenreglering mycket stor negativ påverkan på flöden och vattennivåer.¹⁶⁸ Även Luleå tekniska universitet anser att regeringen tagit alltför lätt på avvägningen mellan möjligheten att föreskriva moderna miljövillkor och bevara eller t.o.m. öka reglerförmågan. Det är nämligen just när reglerförmågan utnyttjas och vattenflödena ökar eller minskar snabbt som de största miljöskadorna tros uppstå.¹⁶⁹ Älvräddarna menar vidare att den allmänt övergripande inställningen att en ökad reglerförmåga är nödvändig i det framtida elsystemet kan ifrågasättas. De tillfällen när reglerförmågan varit otillräcklig är nämligen få och den totala nuvarande reglerförmågan är relativt okänd, vilket bekräftas i en aktuell myndighetsrapport.¹⁷⁰ Älvräddarna

¹⁶⁴ Prop. 2017/18:243 s. 86.

¹⁶⁵ Remissyttrande Energimyndigheten s. 2.

¹⁶⁶ Prop. 2017/18:243 s. 117.

¹⁶⁷ Remissyttrande Älvräddarna s. 3.

¹⁶⁸ Remissyttrande Sveriges Lantbruksuniversitet s. 2.

¹⁶⁹ Remissyttrande Luleå tekniska universitet s. 3.

¹⁷⁰ *Vattenkraftens reglerbidrag och värde för elsystemet* (ER 2016:11) s. 31.

anser därför att det snarare handlar om lösa antaganden och att målet därför istället borde vara att minska behovet av korttidsreglering.¹⁷¹

5.4 Äldre tillstånd och rättigheter

Som nämnts i föregående kapitel drivs många gamla vattenverksamheter inte enligt äldre tillstånd utan med stöd av särskilda rättigheter, och den oklarhet som omgärdar rättskraften hos dessa rättigheter identifierades i kapitel 4 som en av de faktorer i svensk rätt som motverkar att miljömålen i RDV uppnås. VVU kom fram till att inte bara tillstånd enligt 1880 års vattenrättsförordning, ÄVL eller VL är sådana beslut som omfattas av 5 § MP utan att även urminnes hävd, privilegiebrev och andra sådana särskilda rättigheter att förfoga över vattnet omfattas. Alla dessa tillstånd och rättigheter ska enligt utredningen därför anses vara tillstånd enligt MB och ha rättskraft i de frågor som har prövats i beslutet.¹⁷²

För att förtydliga att rättsläget är sådant som just beskrivits införs den nya 5a § MP. Där anges att en verksamhet som bedrivs med stöd av urminnes hävd, privilegiebrev eller någon annan sådan särskild rättighet att förfoga över vatten som avses i 2 kap. 41 § ÄVL ska anses bedrivas med stöd av en rättighet som har tillkommit enligt motsvarande bestämmelser i MB.¹⁷³ Det innebär att sådana rättigheter har rättskraft enligt 24 kap. 1 § MB i de frågor som har prövats, men också att rättigheterna kan bli föremål för omprövning på samma sätt som andra tillstånd enligt MB. Om det rör sig om en vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel ska den omprövas för att få moderna miljövillkor enligt ovan beskrivna bestämmelser. Ansöker verksamhetsutövaren om att verksamheten ska ingå i den nationella planen kommer verksamheten således, som huvudregel, att vara skyddad från myndighetsåtgärder fram tills prövning sker.¹⁷⁴

Då alla de verksamheter som ska ha moderna miljövillkor måste omprövas kommer bl.a. frågan om utformningen av den anläggningen som verksamheten bedrivs med tas upp till prövning. Av denna anledning menar regeringen att lagligförklaringsinstitutet har spelat ut sin roll

¹⁷¹ Remissyttrande Älvräddarna s. 3.

¹⁷² Prop. 2017/18:243 s. 109.

¹⁷³ Prop. 2017/18:243 s. 235.

¹⁷⁴ Prop. 2017/18:243 s. 110 och 235.

avseende vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel, och att det således ska avskaffas för dessa verksamheter. Förändringen görs genom den nya 17a § MP.¹⁷⁵

Även om många myndigheter har synpunkter på regeringens tolkning och slutsatser i rättskraftsfrågan välkomnar de flesta att frågan blir avgjord, rättsläget tydligare och att omprövningar för moderna miljövillkor kommer att ske.¹⁷⁶ Naturskyddsföreningen och Världsnaturfonden WWF menar dock att det moratorium som skapas för dessa äldre, i huvudsak småskaliga, vattenkraftverk försvårar för Sverige att nå målen i RDV, och det på ett onödigt vis. I princip ligger inga av dessa små kraftverk i de stora älvarna eller i andra vattenförekomster som klassats som kraftigt modifierade, varför det är osannolikt att prövningen skulle påverkas av den nationella planen eller avvägningar kring samhällsviktig elproduktion, menar de bägge organisationerna. Däremot ligger flera av kraftverken i vattenförekomster där god ekologisk status skulle ha uppnåtts redan 2015. Att genom lagstiftning fördröja omprövningen för sådana verksamheter anser Naturskyddsföreningen därför inte är förenligt med RDV.¹⁷⁷ Regeringen menar däremot att det avgörande är att verksamheterna någon gång blir prövade och att det är viktigare att det sker samlat för varje avrinningsområde än att det alltid sker så fort som möjligt.¹⁷⁸

5.5 Miljöbedömningen

5.5.1 Miljömål med bindande verkan vid prövning

I och med Weser-domen blev det tydligt att Sverige inte implementerat art. 4.1 RDV rättsligt korrekt. Därför genomförs ett antal förändringar beträffande de avvägningar som ska göras vid prövning av vattenverksamheter, för att bl.a. införa ett självständigt försämringsförbud och ge miljö kvalitetsnormer även avseende ekologisk status bindande verkan.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Prop. 2017/18:243 s. 163-164 och 237.

¹⁷⁶ Prop. 2017/18:243 s. 99-100.

¹⁷⁷ Remissyttrande Naturskyddsföreningen s. 4-5; Remissyttrande Världsnaturfonden WWF s. 4.

¹⁷⁸ Prop. 2017/18:243 s. 109-110.

¹⁷⁹ Prop. 2017/18 s. 141-143.

Rimlighetsavvägningen i 2 kap. 7 § MB ändras genom att styckena som handlar om hur avvägningen ska påverkas av gränsvärdesnormer generellt flyttas till 5 kap. 5 § MB. Istället införs en hänvisning som anger att oavsett resultatet av rimlighetsavvägningen ska de krav ställas, som behövs för att följa 5 kap. 4 och 5 §§ MB.¹⁸⁰

I nya 5 kap. 4 § MB stadgas följande:

En myndighet eller en kommun får inte tillåta att en verksamhet eller en åtgärd påbörjas eller ändras om detta, trots åtgärder för att minska föroreningar eller störningar från andra verksamheter, ger upphov till en sådan en ökad förorening eller störning som innebär att vattenmiljön försämras på ett otillåtet sätt eller har så stor betydelse att det äventyrar möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en miljökvalitetsnorm.

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

Genom bestämmelsen, och kopplingen till 2 kap. 7 § MB, införs kraven som ställs i art. 4.1 RDV avseende både försämringsförbudet och målen om bl.a. god ekologisk status eller potential, menar regeringen. I andra stycket förtydligas att bestämmelserna har direkt påverkan vid enskilda tillståndsprövningar. Oavsett rimlighetsavvägningen måste tillståndet således försees med tillräckligt långtgående villkor, och är så inte möjligt ska inget tillstånd meddelas.¹⁸¹ I 22 kap. 25 § MB läggs en ny nionde punkt till där det explicit föreskrivs att dessa miljövillkor ska anges i domen, och i författningskommentaren skriver regeringen att det angeläget att domstolen utförligt motiverar hur den kommit fram till att de är tillräckliga.¹⁸² Den nya bestämmelsen i 5 kap. 5 § MB stadgar vad som gäller avseende miljökvalitetsnormer när det inte är fråga om vatten, och där är sker ingen förändring i sak.¹⁸³

¹⁸⁰ Prop. 2017/18:243 s. 187.

¹⁸¹ Prop. 2017/18:243 s. 147, 191 och 194.

¹⁸² Prop. 2017/18 :243 s. 216.

¹⁸³ Prop. 2017/18:243 s. 195-196.

5.5.2 ”Äventyra” – ett otydligt begrepp som kan äventyra miljömålen?

Regeringen anger att kravet i nya 5 kap. 4 § MB på att vattenmiljön inte får försämras på ett otillåtet sätt innebär att verksamheten inte får tillåtas om det skulle innebära en försämring i strid med ett försämringsförbud. Sådana försämringsförbud ska framgå av miljökvalitetsnormer och tolkas utifrån försämringsförbudet i RDV, och således efter hur EU-domstolen har klarlagt och definierat det i Weser-domen. Följaktligen förbjuds försämringar även på kvalitetsfaktors- och, i förekommande fall, parameternivå.¹⁸⁴

Vad som ligger i begreppet ”äventyra” i formuleringen ”äventyrar möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en miljökvalitetsnorm” i nya 5 kap. 4 § MB är däremot mer oklart. Regeringen anger att syftet med att ta in begreppet ”äventyra” i lagtexten är att även här återge det begrepp som används inom EU-rätten. Detta så att bedömningar enligt svensk rätt enkelt ska kunna anpassas efter hur begreppets innebörd utvecklas inom EU-rätten, exempelvis genom nya avgöranden från EU-domstolen.¹⁸⁵ I väntan på sådana förtydliganden anger regeringen i författningskommentaren till nya 5 kap. 4 § att ”äventyra” inte ska tolkas som att verksamheter som försvårar möjligheten att uppnå rätt vattenkvalitet per definition ska hindras. Tvärtom ska det finnas ett relativt stort utrymme att tillåta sådana. Avgörande är att det ändå ska vara möjligt att uppnå rätt vattenkvalitet och att ansvariga myndigheter ska ha analyserat vilka risker och försvåranden verksamheten innebär.¹⁸⁶

Begreppet ”äventyra” får således anses diffust trots att det är centralt i den nya lagstiftningen. Hur det ska tolkas överlämnas i stort åt rättstillämpningen och resultatet därav kan vara avgörande för Sveriges möjligheter att målen i RDV.¹⁸⁷ I och med att många andra angelägna värden ofta kommer att stå mot miljönyttan kan konstruktionen till viss del ses som en fortsättning på den proportionalitetsbedömning som ska göras enligt 2 kap. 7 MB, om än med vissa gränser. Hur domare generellt tolkar vaga lagbestämmelser och gör proportionalitetsbedömningar är därför av intresse. Annika Nilsson¹⁸⁸ menar att när jurister har

¹⁸⁴ Prop. 2017/18:243 s. 192.

¹⁸⁵ Prop. 2017/18:243 s. 143–145.

¹⁸⁶ Prop. 2017/18:243 s. 193–194.

¹⁸⁷ Pehrsson & Jonasson (2018).

¹⁸⁸ Professor i offentlig rätt.

att tolka lag gör de värderande ställningstaganden, gärna sådana som är förankrade i rättssystemet som helhet.¹⁸⁹ Så som vårt samhälle, och således rättssystem har utvecklats, har principer om äganderätt, rättssäkerhet och andra grundsatser som innebär att den enskilde ska skyddas mot ingrepp från det allmänna integrerats i rättsordningen.¹⁹⁰ Framtida generationer och deras rätt till en god miljö är emellertid inte ett intresse som erkänns i rättsordningen utan som på sin höjd anses vara en del av allmänintresset. Ett allmänintresse som företräds av staten och som därför enligt styrande principer inom juridiken ska hållas tillbaka, till förmån för nu levandes enskildas intressen.¹⁹¹ Enskildas rättigheter värderas därför högre än miljön och detta påverkar sannolikt hur avvägningar görs och hur vaga bestämmelser tolkas.¹⁹²

Avvägningar är centrala vid såväl stiftande som tillämpande av lag. En ny lag är ett resultat av politiska avvägningar mellan olika intressen, t.ex. mellan miljöhänsyn och äganderätt. När domstolen i rättstillämpningen försöker föreskriva villkor så att målet med lagen uppnås, men på ett för den enskilde så lite ingripande sätt som möjligt, rör det sig om en s.k. instrumentell avvägning eller instrumentell proportionalitetsbedömning. Inte sällan gör domstolar även en s.k. materiell proportionalitetsbedömning där det intresse lagen ska främja vägs mot eventuella negativa konsekvenser för enskilda. I en sådan avvägning ifrågasätter domstolen således om målet med lagen ska förverkligas i det aktuella fallet.¹⁹³ Nilsson menar att det egentligen saknas stöd för att tillämpa den sistnämnda, materiella proportionalitetsprincipen, i miljörättsliga mål men att så ändå sker eftersom principer om skydd för enskilda ligger så djupt inbäddade i rättsordningen och i juristers värderingar. Resultatet blir att enskildas intressen läggs i vågskålen en gång mer än vad lagstiftaren tänkt sig, och att miljön inte får det skydd som lagen är avsedd att ge.¹⁹⁴ Detta ligger i linje med Westerlunds teori om *genomförandeunderskott*. Westerlund menade att då lagar aldrig blir perfekt utformade och eftersom jurister på myndigheter och i domstolar bär med sig ett traditionellt juridiskt synsätt finns det en stor risk att det syfte som ligger bakom en miljölag inte uppnås. Ju otydligare mål och regler formuleras, desto större blir ”svinnet” på vägen från miljömål till faktiskt resultat, menade Westerlund.¹⁹⁵

¹⁸⁹ Nilsson (2002) s. 145–146; jämför Lehrberg (2018) s. 259–260.

¹⁹⁰ Nilsson (2002) s. 122–125.

¹⁹¹ Westerlund (2003) s. 23.

¹⁹² Nilsson (2002) s. 149–151.

¹⁹³ Nilsson (2002) s. 164; Westerlund (1996) s. 251–254.

¹⁹⁴ Nilsson (2002) s. 165 och 171–172.

¹⁹⁵ Westerlund (1997) s. 54–58; Westerlund (2003) s. 63–68.

Bestämmelsen i nya 5 kap. 4 § MB är på ett plan mycket tydlig, möjligheterna att uppnå rätt vattenstatus får inte äventyras. Otydligheten i begreppet ”äventyra” öppnar emellertid upp för domstolen att indirekt göra en materiell proportionalitetsbedömning i den instrumentella proportionalitetsbedömningen. Att domstolarna ofta göra en sådan bedömning och att de värden som där ytterligare beaktas är centrala i rättsordningen som helhet innebär att det inte är omöjligt att så kommer ske även vid tillämpningen av begreppet ”äventyra”. Resultatet kan då bli att alltför stor hänsyn tas till enskilda intressen och att de moderna miljövillkor som meddelas ändå inte blir tillräckligt stränga för att rätt vattenstatus, och således målen i RDV, ska kunna nås.¹⁹⁶

5.6 Tillståndens längd

Den nya lagstiftningen innehåller ytterligare en ny viktig avvägningsregel. När verksamheterna omprövas för moderna miljövillkor för första gången enligt denna nya ordning ska det, som nämnts ovan i avsnitt 5.2, anges i domen när tillståndets villkor senast ska prövas igen för att fortsätta vara moderna. I 11 kap. 27 § MB stadgas att huvudregeln är att tillståndet inte ska vara äldre än 40 år, men att om en annan tid anges i tillståndet gäller den. I 22 kap. 29 § MB föreskrivs att tiden ska bestämmas utifrån verksamhetens miljöpåverkan, moderniseringsbehov och avskrivningstid samt med hänsyn till det ansvar som myndigheter har i fråga om att miljökvalitetsnormer följs. Om det rör sig om en investeringstung verksamhet menar regeringen att det efter den första uppdateringen bör kunna förflyta 40 eller 50 år innan nästa omprövning behövs. Detta under förutsättning att villkoren utformas så att de kan antas förbli ändamålsenliga för miljöskyddet, och för att uppnå rätt vattenkvalitet, under hela den tiden. Om det är lämpligt bör det vidare kunna bestämmas olika tider för olika villkor, t.ex. om en specifik osäkerhet föranleder att ett visst villkor bör ses över tidigare.¹⁹⁷

Fler domstolar och myndigheter är kritiska mot såväl den i lagtext fastslagna huvudregeln om 40 år som de 40-50 år som regeringen menar kan vara lämpligt för en investeringstung verksamhet.¹⁹⁸ HaV menar att en så lång tid inte kan anses vara förenlig med en sådan adaptiv

¹⁹⁶ Jämför Söderasp (2018) s. 97.

¹⁹⁷ Prop. 2017/18:243 s. 82–83 och 216–217.

¹⁹⁸ Prop. 2017/18:243 s. 78-79.

vattenförvaltning som föreskrivs i RDV.¹⁹⁹ Länsstyrelsen i Hallands Län instämmer och påpekar att eftersom ny kunskap och teknik ständigt utvecklas är risken stor att de miljövillkor som ansågs ändamålsenliga vid prövningstillfället inte är det 40 eller 50 år senare.²⁰⁰ Länsstyrelsen i Uppsala län anser att hänsyn endast borde tas till villkorens ändamålsenlighet och inte till hur investeringstung verksamheten är.²⁰¹ Dessutom är kanske risken än större att problematiken med en materiell proportionalitetsbedömning gör sig gällande vid den här bedömningen, och att enskildas intressen beaktas flera gånger om. Detta eftersom det tydligt anges att domstolen i den här avvägningen inte enbart ska ta hänsyn till miljönytta utan även till företagsekonomiska faktorer.²⁰²

5.7 Omprövning och villkor som avsevärt försvårar verksamheten

I tidigare kapitel konstaterades att en faktor i svensk rätt som motverkar Sveriges möjligheter att uppnå miljömålen i RDV är myndigheternas begränsade möjlighet att överhuvudtaget ställa miljökrav vid omprövningar i vissa fall eftersom kraven inte får vara så ingripande att verksamheten inte längre kan bedrivas eller avsevärt försvåras. Problematiken adresseras i den nya lagstiftningen genom en ny bestämmelse som ska tillämpas vid just omprövningar för moderna miljövillkor. Bestämmelsen blir nya 24 kap. 10 § MB och lyder enligt följande:

Efter en ansökan om omprövning av en vattenverksamhet för sådana miljövillkor som avses i 11 kap. 27 § ska tillståndsmyndigheten upphäva, ändra och besluta nya bestämmelser och villkor i den utsträckning som behövs med hänsyn till skyddet för människors hälsa och miljön.

Bestämmelser och villkor som innebär att verksamheten avsevärt försvåras får dock beslutas endast om det behövs för att följa en miljökvalitetsnorm eller någon annan bestämmelse som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen.

Trots första och andra styckena ska tillståndsmyndigheten återkalla tillståndet och bestämma om åtgärder som avses i 4 §, om

¹⁹⁹ Remissyttrande Havs- och vattenmyndigheten s. 5.

²⁰⁰ Remissyttrande Länsstyrelsen i Hallands län s. 2.

²⁰¹ Remissyttrande Länsstyrelsen i Uppsala län s. 3.

²⁰² Jämför Nilsson (2002) s. 171–172; Westerlund (1996) s. 251–254.

1. en återkallelse är nödvändig för att tillgodose ett sådant behov som avses i andra stycket, eller

2. verksamhetsutövaren medger att tillståndet återkallas.

Genom omprövningen bryts den rättskraft som föreskrivs i 24 kap. 1 § MB och domstolen blir enligt den nya 24 kap. 10 § första stycket MB skyldig att ställa de villkor som behövs för att åstadkomma ett tillräckligt skydd för människors hälsa och miljön. Processen utgår från den sökande tillståndshavarens yrkanden men om domstolen bedömer att dessa inte är tillräckliga ska den således leda processen så att det underlag som behövs för att kunna bestämma sådana villkor framkommer.²⁰³

Huvudregeln vid omprövningar av vattenverksamhet, såsom den uttrycks i 24 kap. 5 § MB, är att villkoren inte får skärpas i sådan utsträckning att verksamheten avsevärt försvåras eller inte längre kan bedrivas. Då ska istället återkallelse enligt 24 kap. 3 § MB ske om grunderna för det är uppfyllda. När det gäller vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel får emellertid villkor som avsevärt försvårar verksamheten således bestämmas enligt andra stycket i nya 24 kap. 10 § MB. Förutsättningen för att meddela sådana villkor är att det krävs för att följa en miljö kvalitetsnorm eller någon annan bestämmelse som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen. På så sätt får bl.a. bestämmelserna i RDV art. 4.1 genomslag fullt ut även vid omprövningar, menar regeringen. I paragrafens tredje stycke anges i sin tur ett undantag till ovan nämnda undantag. Om det för att följa en miljö kvalitetsnorm inte räcker att skärpa villkoren ska tillståndet ändå återkallas och vattenanläggningen rivs ut. Detsamma gäller om verksamhetsutövaren inte längre vill driva verksamheten vidare och därför medger att tillståndet återkallas.²⁰⁴

Angående vilken effekt dessa lagändringar kommer att få går åsikterna starkt isär. Svensk Vattenkraftförening menar att bestämmelserna kommer att leda till domstolarna meddelar mycket strängare villkor, och att mellan 50 % och 80 % av de småskaliga vattenkraftverken, med en effekt under 1.5 megawatt (MW), därför kommer att slås ut.²⁰⁵ Regeringen menar istället att just möjligheten att ställa nödvändiga krav trots att verksamheten avsevärt försvåras

²⁰³ Prop. 2017/18:243 s. 114.

²⁰⁴ Prop. 2017/18:243 s. 221.

²⁰⁵ Remissyttrande Svensk Vattenkraftförening s. 2.

innebär att småskaliga vattenkraftverk inte kommer behöva rivas ut utan kan drivas vidare, fast med moderna miljövillkor.²⁰⁶ Regeringen uttalar sig dock inte om vilket resultat de bedömer att lagändringarna kommer att få, utan anför enbart att *syftet* med lagstiftningen inte är en omfattande utrivning av småskalig vattenkraft.²⁰⁷ Regeringen understryker även att myndigheterna ska vara skyldiga att tillämpa undantaget i RDV om kraftigt modifierade vattenförekomster i de fall det är möjligt, för alltför höga miljökrav inte ska behöva ställas.²⁰⁸ Flera företrädare för småskalig vattenkraft är dock oroliga för att deras kraftverk inte uppnår kravet på stor samhällsnytta och att vattenförekomsterna de är belägna i därför inte kommer kunna klassificeras som kraftigt modifierade. En oro de menar är än mer befogad p.g.a. den nationella planens fokus på nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel och den ovan nämnda rapporten *Vattenkraftens reglerbidrag och värde för elsystemet* (ER 2016:11), som de menar skyddar och favoriserar stora kraftverk på bekostnad av små.²⁰⁹

Regeringen framhåller den nationella planens betydelse men menar företrädarna för den småskaliga vattenkraften till lugn. För det första, menar regeringen, kan vissa vattenkraftverk vara så viktiga för elförsörjningen på lokal eller regional nivå att de indirekt får anses ha nationell betydelse, vilket ska tas hänsyn till i planen. För det andra är planen främst ett verktyg för berörda myndigheter beträffande vilka avvägningar de ska göra mellan behovet av miljöåtgärder och nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel. Planen är inte avgörande i den individuella prövning som varje verksamhet ska genomgå, där hänsyn ska tas även till andra aspekter såsom vattenkraftens klimatnytta och värde för kulturmiljön.²¹⁰

5.8 Utredningen

Som tidigare konstaterats i kapitel 4 är myndigheternas utredningsansvar ytterligare en brist i svensk rätt som motverkar uppnåendet av miljömålen i RDV. För att myndigheterna ska ha råd att genomföra alla nödvändiga omprövningar och för att principen om att förorenaren betalar ska få genomslag, ändras dessa så att verksamhetsutövaren blir skyldig att ta fram den utredning

²⁰⁶ Prop. 2017/18:243 s. 116.

²⁰⁷ Prop. 2017/18:243 s. 176.

²⁰⁸ Prop. 2017/18:243 s. 148.

²⁰⁹ Se exempelvis Remissyttrande LRF s. 6; Remissyttrande Svensk Vattenkraftförening s. 11.

²¹⁰ Prop. 2017/18:243 s. 91 och 93.

som krävs vid en omprövning. I 22 kap. 2a § MB anges därför att utredningsskyldigheten i mål om omprövning eller återkallelse av tillstånd inte bara ska omfatta miljöfarlig verksamhet utan även vattenverksamhet.²¹¹

När det gäller omprövningar krävs generellt inte att sökanden bifogar en miljökonsekvensbeskrivning, vilket anges i 6 kap. 20 kap MB. Något sådant krav kommer inte heller att ställas på en ansökan om omprövning som initieras enligt den nya bestämmelsen i 24 kap. 10 § MB, om omprövning av vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel för moderna miljövillkor.²¹²

Att utredningsansvaret i omprövningsmål enligt den nya lagstiftningen övergår till verksamhetsutövaren är ett steg i rätt riktning, menar flera domstolar och länsstyrelser i sina remissvar, men eftersom någon MKB inte kommer att krävas vid omprövning för moderna miljövillkor kvarstår en stor del av utredningsproblematiken. Regeringen hävdar att den valda lösningen gör att utredningen kan snävas in och fokus riktas enbart mot de relevanta miljöfrågorna, där höga krav på utredningen kan ställas genom andra bestämmelser. Att MKB inte krävs vid omprövningar är dessutom i linje med tidigare lagstiftning på andra områden.²¹³ Mark- och miljödomstolen vid Umeå tingsrätt påpekar dock att enligt förarbetena är ett av skälen till varför MKB inte krävs vid andra omprövningar att dessa initieras av myndigheter, vilket inte kommer vara fallet nu.²¹⁴ Länsstyrelsen i Halland anser vidare att eftersom nästan ingen av de berörda verksamheterna tidigare har miljöprövats är omprövningen på många sätt snarare att se som en nyprövning, varför en MKB är motiverat.²¹⁵

²¹¹ Prop. 2017/18:243 s. 136 och 210.

²¹² Prop. 2017/18:243 s. 119-120 och 197.

²¹³ Prop. 2017/18:243 s. 119-120.

²¹⁴ Remissyttrande Umeå Tingsrätt s. 3.

²¹⁵ Remissyttrande Länsstyrelsen i Hallands län s. 3.

5.9 Skyldighet för mark- och miljödomstolen att inhämta yttrande från vattenmyndigheten

5.9.1 Ytterligare utredning och tillämpning av undantag

När en utförlig utredning tas fram vid prövningen av den enskilda verksamheten kan det uppdagas brister i hur den aktuella vattenförekomsten har klassificerats av vattenmyndigheterna. Dessa misstag vid klassificeringen kan leda till att felaktiga krav riktas mot verksamheten som ska prövas. Genom Weserdomen förtydligades dessutom att RDV inte tillåter att undantagsmöjligheterna och godkännandet av projekt som påverkar en vattenförekomst prövas helt separat från varandra, vilket hittills varit fallet i Sverige.²¹⁶ För att åtgärda båda dessa problem införs en ny bestämmelse i 22 kap. 13 § MB där det föreskrivs att domstolen under vissa förutsättningar ska begära in ett yttrande från vattenmyndigheten. På så vis ska vattenmyndigheten kunna göra de ändringar gällande klassificering och miljökvalitetsnormer som föranleds av den nya utredningen i målet.

Två grunder anges för att domstolen ska vara skyldig att begära in ett yttrande. Enligt den första ska skillnaden mellan de faktiska förutsättningar och de normgrundande förutsättningarna dels kunna antas bero på att vattenmyndigheten haft ett annat underlag än domstolen, dels ha betydelse för domstolens möjligheter att bestämma rimliga och ändamålsenliga villkor. Den andra grunden tar sikte på de fall då prövningen avser en fråga om att tillåta en verksamhet med stöd av bestämmelser om undantag från 5 kap. 4 § MB, exempelvis med stöd av 4 kap. 11 § VFF enligt vilken nya verksamheter kan tillåtas trots att de riskerar att försämra vattenstatusen.²¹⁷ I dessa fall ska yttrande från vattenmyndigheten alltid inhämtas så att prövningen av undantagsmöjligheterna och godkännande av projektet kan samordnas i större utsträckning.²¹⁸ Regeringen avser dessutom att genom föreskrifter instruera vattenmyndigheterna att, ifall de kommer fram till att det inte finns förutsättning att ändra en miljökvalitetsnorm i enlighet med det som förts fram i utredningen, lyfta frågan till regeringen.

²¹⁶ Jämför avsnitt 4.2.2.2.

²¹⁷ Undantagen kommer således även fortsättningsvis att regleras i VFF, och i nya 5 kap. 6 § MB bemyndigas regeringen att meddela sådana undantag.

²¹⁸ Prop. 2017/18:243 s. 152-153 och 211-213.

Därigenom ges regeringen möjlighet att göra en annan bedömning och i så fall meddela föreskrifter som ändrar miljö kvalitetsnormen.²¹⁹

5.9.2 En norm är en norm?

Flera remissinstanser inom näringslivet är kritiska mot förslaget och oroliga för att vattenmyndigheterna inte kommer att tillämpa undantagen fullt ut trots att regeringen meddelat att den avser att ålägga dem att göra så. Dessa remissinstanser menar att domstolen istället på egen hand borde kunna ompröva eller bortse från miljö kvalitetsnormerna i enskilda ärenden.²²⁰ Regeringen menar emellertid att det inte är möjligt eftersom beslut om miljö kvalitetsnormer är normgivningsbeslut och inte myndighetsutövning i ett enskilt fall. Vattenmyndigheterna har befogenhet att meddela miljö kvalitetsnormer endast p.g.a. att regeringen har delegerat den normgivningsmakten till dem. Miljö kvalitetsnormer gäller inte bara för en viss verksamhet utan generellt för den eller de vattenförekomster som pekas ut i normen. Beslutet om en miljö kvalitetsnorm är därför beroende av mycket mer än vad som kommer fram vid en enskild prövning och har dessutom betydelse även för andra verksamheter. Miljö kvalitetsnormer är således författningsbestämmelser och regeringen menar att en domstol därför inte bör ha sådan normgivningsmakt som det innebär att ändra eller bortse från miljö kvalitetsnormer. Eftersom beslut huruvida undantagsbestämmelserna ska tillämpas eller inte avgör vilka miljö kvalitetsnormer som meddelas kan domstolarna av samma anledning inte heller tillåtas ta sådana beslut, menar regeringen. Som nämnts ovan avser regeringen emellertid att genom föreskrifter instruera vattenmyndigheterna att under vissa förutsättningar lyfta frågan till regeringen. Vilket enligt regeringen är en åtgärd i syfte att gå näringslivet till mötes.²²¹

Delvis motsatt kritik riktas från bl.a. Naturvårdsverket och de flesta av länsstyrelserna. Länsstyrelsen i Kalmar län ställer sig tveksam till hur ofta den utredning som tagits fram i ett enskilt ärende kan läggas till grund för en ändring av status eller miljö kvalitetsnormer. Normalt föregår nämligen sådana beslut av omfattande utredningar och enligt föreskrifter ska tidsserier om sex år användas för tillförlitliga bedömningar. Länsstyrelsen ser därför en risk att bestämmelsen får liten praktisk inverkan men kommer att innebära mycket arbete för

²¹⁹ Prop. 2017/18:243 s. 157.

²²⁰ Se exempelvis remissyttrande Svenskt Näringsliv s. 8.

²²¹ Prop. 2017/18:243 s. 153-157.

domstolarna och vattenmyndigheterna, och därmed utdragna processer.²²² Naturvårdsverket instämmer i att förslaget riskerar att leda till långvariga och dyra processer och menar dessutom att det finns en stor risk för att systemet med statusklassificering och miljökvalitetsnormer undermineras om besluten ständigt är föremål för ifrågasättanden och utredningar.²²³ Även mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt är kritisk till förslaget, bl.a. utifrån samma resonemang som regeringen för om att miljökvalitetsnormer är just normer och följaktligen en form av författningar, och inte beslut i enskilda fall. Mark- och miljödomstolen menar att även om det är vattenmyndigheten och inte domstolen som enligt förslaget ska ompröva miljökvalitetsnormen sker det likväl inom ramen för en enskild tillståndsprocess. Något som kan innebära stora rättssäkerhetsproblem avseende bl.a. förutsebarhet och då intressekonflikter kan uppstå när miljökvalitetsnormer även berör andra aktörer, som i många fall inte kommer vara parter i den aktuella tillståndsprocessen. Dessutom krävs det enligt EU-rätten att direktivets krav implementeras genom rättsligt bindande regler, något en norm som kan ändras inom ramen för en domstolsprocess knappast kan anses vara. Eftersom RDV likväl kräver att huvudregeln i art. 4.1 och undantagsregeln i art. 4.7 prövas ihop, menar domstolen att lagstiftaren borde välja en annan infallsvinkel för att åtgärda problematiken.²²⁴

Söderasp menar i sin avhandling att regeringens fokus verkar ligga på att ändra målen och sänka kraven för att kunna nå dem, istället för att öka möjligheterna att ändra metoderna om dessa inte leder till att målen nås. Något hon anser inte ligger i linje med det adaptiva förfarande som föreskrivs i RDV.²²⁵

5.10 Verksamhetsutövarens rätt till ersättning

Verksamhetsutövarens ersättningsrätt vid skärpta miljövillkor identifierades i kapitel 4 som ytterligare en brist i svensk rätt som motverkar uppnåendet av miljömålen i RDV. Detta är något som regeringen avser att åtgärda på två olika sätt genom den nya lagstiftningen. Som nämnts i avsnitt 4.4.4 är ersättningsrätten genom 31 kap. 20 § MB kopplad till att omprövningen sker enligt 24 kap. 5 § MB. Beträffande omprövningar av vattenkraftverk för moderna miljövillkor

²²² Remissyttrande Länsstyrelsen i Kalmar län s. 9.

²²³ Remissyttrande Naturvårdsverket s. 13.

²²⁴ Remissyttrande Vänersborgs tingsrätt s. 8 och 18–19.

²²⁵ Söderasp (2018) s. 98.

som görs på ansökan av verksamhetsutövaren enligt nya 24 kap. 10 § MB görs helt enkelt ingen koppling till ersättningsreglerna i 31 kap. MB. Vid sådana omprövningar kommer verksamhetsutövarna således aldrig att ha rätt till ersättning från det allmänna.²²⁶

När det gäller omprövningar som initieras av myndigheterna eller omprövningar av andra vattenverksamheter än vattenkraftverk ska dessa fortfarande ske enligt 24 kap. 5 § MB. Men ersättningsbestämmelsen i 31 kap. 20 § MB ändras. Paragrafens första stycke stryks vilket innebär att den rätt till ersättning för förlust av vatten eller fallhöjd eller vid inskränkning i rätten att reglera vattnets avrinning, som tidigare utgick till verksamhetsutövaren vid skärpta villkor i och med omprövning, försvinner. Naturligt nog upphör även 31 kap. 21–23 §§ MB, som preciserar ersättningsrätten, att gälla.²²⁷ Dessa lagändringar träder emellertid inte i kraft förrän år 2029, för att verksamhetsutövarna ska få möjlighet att anpassa sig till det nya rättsläget.²²⁸ Regeringen menar att avskaffandet av ersättningsrätten är fullt förenligt med egendomsskyddet i både regeringsformen och Europakonventionen eftersom möjligheten till omprövning i dessa fall är knuten till betydande hälsoskydds-, miljöskydds-, eller säkerhetsskäl, vilket får anses vara angelägna allmänna intressen.²²⁹

Myndigheterna som har yttrat sig över förslaget menar att det är avgörande att ersättningsrätten avskaffas för att de ska kunna ställa nödvändiga miljökrav i det stora antalet kommande omprövningar av vattenkraft. Flera myndigheter är dock starkt kritiska till den övergångsperiod på tio år som föreskrivs för övriga omprövningar.²³⁰ Kammarkollegiet menar att en verksamhetsutövare inte kan ha några legitima förväntningar på att få ersättning för sådana åtgärder som behövs för att verksamheten ska vara förenlig med MB och RDV. Särskilt inte eftersom principen om att förorenaren betalar gällt i vart fall sedan 1999 då MB trädde i kraft.²³¹

²²⁶ Prop. 2017/18:243 s. 114–115.

²²⁷ Prop. 2017/18:243 s. 137 och 226–228.

²²⁸ Prop. 2017/18:243 s. 139.

²²⁹ Prop. 2017/18:243 s. 115 och 139.

²³⁰ Prop. 2017/18:243 s. 137.

²³¹ Remissyttrande Kammarkollegiet s. 6.

5.11 Generella föreskrifter

En annan nyhet i den kommande lagstiftningen är den möjlighet som regeringen ges att meddela generella föreskrifter för vattenverksamheter. Det är en helt ny rättslig konstruktion inom vattenområdet men en liknande bestämmelse finns redan för miljöfarlig verksamhet. I nya 11 kap. 9c § MB anges att föreskrifterna kan handla om förbud, skyddsåtgärder, begränsningar och andra försiktighetsmått, och avse både vattenverksamheter och vattenanläggningar som vattenverksamheter bedrivs med. För att regeringen ska få utnyttja bemyndigandet stadgas att föreskrifterna antingen ska vara nödvändiga för att skydda människors hälsa eller miljön och vara mer ändamålsenliga än beslut i enskilda fall, eller krävas på grund av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen.²³²

Bestämmelsen om ett tillståndets rättsverkan i 24 kap. 1 § MB ändras följaktligen så att föreskrifter meddelade med stöd av bemyndigandet bryter igenom rättskraften hos ett individuellt tillstånd. Om en föreskrift meddelas måste det därför alltid övervägas om den kan utlösa en ersättningsrätt för drabbade verksamhetsutövare, menar regeringen. Endast om det rör sig om ett tungt vägande allmänintresse, såsom att uppfylla EU-rättsliga förpliktelser eller avvärja allvarliga hot mot miljö, hälsa eller säkerhet bör tillståndshavarens legitima förväntningar få stå tillbaka utan kompensation.²³³

Regeringen anger inga exempel på vilka sorters generella föreskrifter som skulle kunna utfärdas men menar att de bör kunna meddelas både i frågor av mer övergripande natur och för särskilda slags verksamheter och områden. Det betonas dock i propositionen att det måste finnas ett relativt stort antal liknande verksamheter med påtagliga miljöproblem för att generella föreskrifter ska kunna anses ändamålsenliga. Vidare ska bedömningen vara att generella föreskrifter inte ger ett sämre miljöskydd än vad individuella omprövningar hade gett. Därför menar regeringen att det troligen sällan kommer att bli aktuellt med generella föreskrifter.²³⁴

²³² Prop. 2017/18:243 s. 200–201.

²³³ Prop. 2017/18:243 s. 169-170 och 217-218.

²³⁴ Prop. 2017/18:243 s. 169-170.

5.12 Vattenfonden

Vid en analys av ovan beskrivna lagändringar är det av vikt att även känna till den finansieringslösning, som inte blir lagfäst, men som likväl är en avgörande faktor för hur ändringarna utformats, och för vilka konsekvenser de kommer att få. Som en del av den politiska energiöverenskommelsen sänktes fastighetsskatten på vattenkraft 2017.²³⁵ De som främst gynnas av denna skattesänkning är de stora vattenkraftsbolagen som därför har åtagit sig att tillsammans inrätta en fond, Vattenfonden. Ur den ska de verksamhetsutövare som drabbas av kostnader i och med kommande omprövningar kunna få ersättning. Finansiärerna avser att skjuta till sammanlagt 10 miljarder kronor till Vattenfonden, som ska ha en löptid på 20 år. Fonden ska efter denna tid, eller då de 10 miljarderna utbetalats, ha uppfyllt sitt åtagande. Verksamhetsutövare ska kunna få ersättning för både produktionsbortfall och de kostnader miljöåtgärder innebär, såväl vid fortsatt produktion som vid utrivning. Verksamhetsutövarna måste dock stå en självrisk om 15% av kostnaderna för miljöåtgärder och 5% av produktionsbortfallet.²³⁶

5.13 Båtnadsregeln avskaffas

Lagändringarna som genomförs genom prop. 2017/18:243 innebär emellertid inte enbart att nya bestämmelser läggs till utan även att gamla avskaffas. En av dessa är båtnadsregeln i nuvarande 11 kap. 6 § MB. Regeringen menar att samma miljöskyddsnivå ges genom tillämpningen av MB:s övriga bestämmelser, varför båtnadsregeln i princip innebär en dubbelreglering.²³⁷ Flera myndigheter och miljöorganisationer delar dock inte regeringens uppfattning och menar att avskaffandet kan leda till att nödvändiga utrivningar av mindre vattenkraftverk och andra miljöåtgärder inte genomförs. Särskilt oroliga är de över vilka effekter sloandet av båtnadsregeln kommer att få i kombination med möjligheten att få ersättning från Vattenfonden för ombyggnad av anläggningar. Utifrån resonemanget presenterat ovan i avsnitt 4.2.3 menar de att båtnadsregeln inte kan anses utgöra en dubbelreglering, såsom regeringen påstår, utan att den ger ett extra miljöskydd. Snarare än att avskaffas borde dess tillämpningsområde utökas så

²³⁵ Energiöverenskommelsen s. 3.

²³⁶ Prop. 2017/18:243 s. 129-130.

²³⁷ Prop. 2017/18:243 s. 167.

att en samhällsekonomisk prövning kan göras av fler verksamheter.²³⁸ Utan den samhällsekonomiska prövning som båtnadsregeln innebär kan verksamhetsutövare av småskaliga vattenkraftverk tillåtas driva den vidare, trots att de inte kan bära kostnaderna för nödvändiga miljöförbättrande åtgärder. Och eftersom verksamhetsutövarna kan få ersättning från Vattenfonden för 85% av de kostnader skyddsåtgärderna medför, finns starka incitament för att genomföra dessa och behålla verksamheten, istället för att riva ut.²³⁹

För att det önskade resultatet av ovan illustrerat scenariot ska framgå än tydligare måste viss statistik presenteras. Förutom storleken på ett vattenkraftverks relativa reglerbidrag är naturligtvis även den totala elproduktionen av intresse, och som nämnts i uppsatsens inledning varierar den stort mellan de olika kraftverken. År 2013 stod de 208 största vattenkraftverken, med en effekt på över 10 MW, för hela 94% av den totala produktionen av vattenkraftsel. De 187 verksamheter med en effekt på mellan 10 och 1,5 MW stod för 3,9%. Cirka 680 vattenkraftverk hade en effekt på mellan 1,5 MW och 125 kilowatt (KW) och producerade 2,1% av elen. Resterande, cirka 1030 anläggningar med en effekt under 125 KW, stod endast för 0,5% av produktionen.²⁴⁰

Det är mot bakgrund av dessa siffror som flera myndigheter och miljöorganisationer menar att den småskaliga vattenkraften har spelat ut sin roll i energisystemet. Faunapassager kan vara en bra kompromiss för samhällsviktiga anläggningar men är ingen eftersträvarvärd lösning när det gäller dessa mindre kraftverk, som istället borde rivas ut, anser Länsstyrelsen i Gotlands län. Länsstyrelsen i Västmanlands län instämmer och påpekar att faunapassager och villkor om minimitappning enbart i viss utsträckning kan mildra de stora negativa effekterna dammar har för de så viktiga strömmande vattenmiljöerna.²⁴¹ Naturskyddsföreningen är av samma åsikt och poängterar att avrinningen i norra Sverige dessutom kommer att öka på grund av klimatförändringarna. Elproduktionen i de stora kraftverken där kommer således att täcka upp för andra produktionsförluster.²⁴²

²³⁸ Prop. 2017/18:243 s. 165-166.

²³⁹ Se exempelvis Remissyttrande Länsstyrelsen i Blekinge län s. 6.

²⁴⁰ SOU 2013:69 s. 76.

²⁴¹ Remissyttrande Länsstyrelsen i Gotlands län s. 5; Länsstyrelsen i Västmanlands län s. 9.

²⁴² Remissyttrande Naturskyddsföreningen s. 6.

Även Söderasp är bekymrad över att båtnadsregeln avskaffas, särskilt i ljuset av hur regeringen menar att det nya begreppet ”äventyrande” ska tolkas. Resultatet, menar hon, kan bli att många små verksamheter tillåts trots att de innebär påfrestningar på vattenkvaliteten, och att miljömålen i RDV därför kan bli än svårare att nå.²⁴³

²⁴³ Söderasp (2018) s. 97.

6 Analys, slutsatser och sammanfattning

För att uppnå syftet formulerades i inledningen av uppsatsen följande frågeställningar:

- Vad innebär miljömålen beträffande ekologisk status i RDV, och i vilken utsträckning beaktas flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön?
- Vilka är de huvudsakliga bristerna i nuvarande svensk rätt gällande vattenkraft, i förhållande till miljömålen i RDV beträffande ekologisk status, och i förhållande till flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön?
- I vilken utsträckning kommer den nya lagstiftningen i prop. 2017/18:243 att bidra till att åtgärda dessa brister?

I kapitel 3 och 4 har de två första frågeställningarna besvarats. Utifrån dessa kapitel och den vidare utredningen i kapitel 5 ska den tredje och sista frågeställningen besvaras och diskuteras i detta analyserande och avslutande kapitel. I kapitel 4 konstaterades att bristerna i svensk rätt i huvudsak är av två slag. För det första har art. 4.1 och 4.7 RDV implementerats felaktigt rent rättsligt. För det andra möjliggör inte svensk rätt att omprövningar sker i nödvändig takt av de många gamla vattenkraftverk som fick tillstånd utan att miljöhänsyn togs, eller som helt saknar tillstånd. Slutsatsen var att detta sammantaget innebär Sveriges möjligheter att uppnå miljömålen i RDV är små. Kapitel 6 inleds därför med en analys av huruvida den nya lagstiftningen innebär ett rättsligt korrekt införlivande av art. 4.1 och 4.7 RDV. Därefter följer en bredare analys och diskussion om huruvida lagändringarna åtgärdar bristerna i svensk rätt och vad de innebär för Sveriges möjligheter att nå miljömålen i RDV, samt i vilken utsträckning flödesregim beaktas och främjas.

6.1 En rättsligt korrekt implementering av art. 4.1 och art. 4.7 RDV?

Genom nya 5 kap. 4 § MB och samspelet som skapas med 2 kap. 7 § MB införs ett förbud i svenskt rätt mot att tillåta en verksamhet eller åtgärd som leder till att vattenmiljön försämr

på ett otillåtet sätt, eller som äventyrar möjligheten att uppnå rätt status på vattnet.²⁴⁴ På så sätt blir försämringsförbudet tydligt ett självständigt krav och genom formuleringen som anknyter till EU-rätten får begreppet den innebörd som EU-domstolen gav det genom Weser-domen. Konstruktionen gör det också tydligt att miljökvalitetsnormer är bindande vid prövning av enskilda verksamheter, och att det även gäller ekologiska miljökvalitetsnormer. Jag menar att den nya lagstiftningen svarar väl på den kritik EU-kommissionen riktat mot Sverige i det här avseendet och att den innebär att art. 4.1 RDV, såsom den tolkats av EU-domstolen i Weser-domen, implementeras korrekt rent rättsligt.²⁴⁵

Mer problematisk är däremot försöket att åstadkomma en riktig implementering av art. 4.7 RDV genom nya 22 kap. 13 MB, där vattenmyndigheterna under vissa omständigheter blir skyldiga att ompröva aktuell miljökvalitetsnorm.²⁴⁶ Detta av flera skäl. För det första kommer en norm i praktiken att vara föremål för prövning i en enskild tillståndsprocess, vilket både innebär stor rättsosäkerhet och kan stå i strid med EU-rätten. Att beslutet, huruvida miljökvalitetsnormen ska ändras eller ej, i vissa fall slutligen ska tas av regeringen förstärker ytterligare denna kritik. För det andra synes systemet praktiskt otympligt och risken för långa processer stor, vilket kan leda till att bestämmelsen inte får genomslag i rättstillämpningen.

Jag menar att nya 22 kap. 13 MB, tillsammans med övriga lagändringar, visserligen åtgärdar det rättsliga tomrum som EU-kommissionen kritiserat svensk rätt för att innehålla, men att det är tveksamt om den nya lagstiftningen verkligen innebär att prövningen av tillstånd och undantag sker samlad. Frågan är dock om det ens är möjligt att på ett enkelt sätt åstadkomma en sådan samlad prövning eftersom reglerna om tillståndsprövning respektive undantag är införlivade på så olika sätt. Undantagsmöjligheten i art. 4.7 RDV som har införlivats i svensk rätt genom 4 kap. 11 § VFF tillämpas av vattenmyndigheterna för att föreskriva mindre stränga miljökvalitetsnormer för vissa vattenförekomster. Men medan miljökvalitetsnormer utgår från själva vattenförekomsten och dess miljötillstånd med hänsyn till alla påverkanskällor handlar en prövning enbart om en specifik verksamhets påverkan. Regelverken har således olika utgångspunkter och är därför, enligt min mening, svåra att förena på ett lämpligt sätt. För att verkligen implementera art. 4.7 RDV korrekt och skapa ett smidigare förfarande menar jag att

²⁴⁴ Se avsnitt 5.5.

²⁴⁵ Hur bestämmelsen kommer att tillämpas återstår dock att se. Här är särskilt beskrivningen i prop. 2017/18:243 av hur ”äventyra” ska tolkas ett orosmoment. Då denna eventuella problematik också har stor betydelse för möjligheten att uppnå det resultat RDV föreskriver behandlas den i avsnittet nedan.

²⁴⁶ Se avsnitt 5.9.

lagstiftaren borde ta ett steg tillbaka och undersöka möjligheterna att skapa ett i högre grad harmoniserat regelverk. Kanske är inte det optimala att undantaget i art. 4.7 RDV hanteras av vattenmyndigheterna genom 4 kap. 11 § VFF utan att det på istället tillämpas av domstolen så att prövningen verkligen kan ske samlat. Problematiken kring att miljökvalitetsnormer omprövas i enskilda prövningar, och därmed får karaktären av beslut snarare än norm, skulle då likväl kvarstå. En problematik som jag menar väcker frågan om ekologiska miljökvalitetsnormer överhuvudtaget är det mest lämpliga systemet för att implementera RDV. Något som dock är en fråga för en annan uppsats.

Sammanfattningsvis menar jag att den nya lagstiftningen innebär en rättsligt korrekt implementering av art. 4.1 RDV, men att det är högst tveksamt om detsamma kan sägas beträffande art. 4.7.

6.2 Omprövningarna

6.2.1 Åtgärdas bristerna i svensk rätt?

Tidigare har konstaterats att Sverige inte ser ut att nå målen i RDV, och att beträffande ekologisk status i ytvattenförekomster är det största problemet vattenkraftverk som har gamla tillstånd utan miljöhänsyn, eller helt saknar tillstånd. Vidare möjliggör nuvarande lagstiftning inte att omprövningar av tillstånden kan göras i den takt som är nödvändig eller att tillräckligt stränga villkor kan föreskrivas, och några bestämmelser är särskilt problematiska. Den nya lagstiftningen har därför granskats utifrån om den förmår åstadkomma nödvändig förändring beträffande dessa bestämmelser och problem.

Genom de nya reglerna om att alla vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel måste ha moderna miljövillkor och genom den nationella planen, säkerställs att alla vattenkraftverk i Sverige omprövas enligt MB. Bristerna i nuvarande rätt kring utredningsansvaret får anses åtgärdas åtminstone till viss del genom att utredningsansvaret vid omprövningsmål övergår från myndigheten till verksamhetsutövaren.²⁴⁷ Att någon MKB inte kommer att krävas menar jag dock kan innebära att det prövningsunderlag som kommer fram är bristfälligt, vilket i sin tur

²⁴⁷ Se avsnitt 5.8.

riskerar att leda till att de miljövillkor som föreskrivs i tillståndet inte blir ändamålsenliga. Något som i längden kan innebära att målen i RDV inte uppnås.

Genom den nya lagstiftningen avskaffas verksamhetsutövarens rätt till ersättning vid produktionsförlust.²⁴⁸ Något som kommer göra det möjligt för myndigheterna att ställa nödvändiga miljökrav vid omprövningarna, vilket för närvarande är svårt av ekonomiska skäl. Liksom Kammarkollegiet ifrågasätter jag skälen bakom att ersättningsrätten likväl behålls under tio år när det gäller omprövningar enligt 24 kap. 5 § MB. Beträffande vattenkraft kommer detta emellertid sannolikt inte ha någon större betydelse eftersom den överväldigande majoriteteten av omprövningarna av vattenkraftverk kommer att ske med stöd av 24 kap. 10 § MB, då någon ersättning från det allmänna aldrig blir aktuellt.

Den nya lagstiftningen åtgärdar osäkerheten som rått kring rättskraften hos äldre rättigheter genom att dessa likställs med tillstånd meddelade enligt MB. På så sätt integreras de äldre vattenkraftverk som drivs med stöd av sådana rättigheter i det ordinarie omprövningssystemet och de kommer att bli omprövade för moderna miljövillkor enligt den nationella planen.²⁴⁹ Innan denna omprövning är de emellertid, som huvudregel, skyddade från myndigheternas krav på miljöåtgärder, och miljöförbättringarna kommer därför att dröja. Som nämnts tidigare ligger en överväldigande majoritet av dessa äldre vattenkraftverk inte i vattenförekomster som är sannolika att klassificeras som kraftigt modifierade i samband med utarbetandet av den nationella planen. Därför anser vissa miljöorganisationer att det inte finns någon anledning att vänta med omprövningarna. Den vinst som finns att göra med att koordinera omprövningarna avrinningsvis ur både miljö- och processekonomiskt hänseende menar jag emellertid gör konstruktionen acceptabel. Problematiken kring äldre rättigheters oklara rättskraft anser jag således att den nya lagstiftningen åtgärdar, om än med viss fördröjning.

Det kan likväl konstateras att den nya lagstiftningen inte kommer att innebära så stora och snabba förändringar att Sverige kan nå miljömålen i RDV inom de tidsfrister som anges i direktivet. De nödvändiga omprövningarna bedöms nämligen ta upp mot 20 år och målen i RDV ska vara uppnådda senast 2027. Tidsfristerna får enligt RDV visserligen förlängas ytterligare men enbart då det är de naturliga förhållandena i en vattenförekomst som gör att målen inte kan nås i tid. Undantaget tar, som nämnts ovan i avsnitt 3.4.2, främst sikte på den

²⁴⁸ Se avsnitt 5.10.

²⁴⁹ Se avsnitt 5.4.

naturliga trögheten i ekosystemen som innebär att förbättringar i naturen kan dröja efter att åtgärder vidtagits. Det rör sig således om ett undantag som inte är tillämpligt beträffande alla de vattenförekomster som inte kommer att ha omprövats 2027. Den nationella planen som ska fastställas av regeringen får dessutom anses stå i strid med RDV om den föreslår en tidtabell för omprövningarna som sträcker sig efter 2027.

6.2.2 Otydliga bedömningsregler riskerar att äventyra resultatet av omprövningarna

Genom den nya bestämmelsen i 24 kap. 10 § MB kommer villkor som avsevärt försvårar verksamheten att få meddelas om villkoren behövs för att en miljökvalitetsnorm ska kunna följas. Paragrafen blir tillämplig vid omprövning för moderna miljövillkor och är i min mening helt avgörande för att så pass stränga miljövillkor ska kunna meddelas så att målen i RDV kan uppnås. Frågan är emellertid om lagändringen kommer att få så stora, och ur miljösynpunkt önskvärda, konsekvenser som vissa ägare av småskalig vattenkraft påstår.²⁵⁰ Särskilt som det avgörande blir hur begreppet ”äventyra” i nya 5 kap. 4 § MB kommer att tolkas i rättstillämpningen.

Som nämnts ovan i avsnitt 6.1 menar jag att nya 5 kap. 4 § MB och kopplingen till 2 kap. 7 MB innebär att RDV art. 4.1 i stort har implementerats korrekt rättsligt. Däremot är det i min mening osäkert om den nya juridiska konstruktionen kommer att leda till att Sverige kan uppnå själva miljömålen i RDV. Av central betydelse är som sagt hur begreppet ”äventyra” kommer att tolkas i rättstillämpningen när domstolarna ska meddela verksamheterna villkor, eller besluta att neka dem tillstånd, för att inte äventyra möjligheten att följa en miljökvalitetsnorm.²⁵¹ Att den svenska lagstiftningen lägger sig nära hur EU-rätten har utformats begreppsmässigt innebär att en utveckling av EU-rätten, genom exempelvis ny praxis från EU-domstolen, går enklare och snabbare att överföra till svensk rätt, vilket får anses positivt. Begreppets nuvarande brist på innehåll och regeringens mycket otydliga försök till definition menar jag däremot öppnar upp för en rättstillämpning som kan försvåra Sveriges möjligheter att nå miljömålen i RDV. I syfte att värna enskilda mot staten, i enlighet med liberala principer inom rättsordningen, finns

²⁵⁰ Se avsnitt 5.7.

²⁵¹ Se avsnitt 5.5.2.

en risk att domstolarna låter dessa enskildas intressen väga tungt trots att domarna i den här bedömningen främst ska ta hänsyn till miljön och vad den klarar av. Resultatet kan då bli att de moderna miljövillkor som beslutas inte blir så stränga som är nödvändigt för att rätt vattenstatus, och följaktligen målen i RDV, ska kunna nås. Ett genomförandeunderskott kan således uppstå, för att använda Westerlunds begreppsapparat, och med tanke på hur otydligt det så viktiga begreppet ”äventyra” har formulerats är risken att underskottet blir stort. Konsekvenserna kan dessutom bli särskilt allvarliga eftersom båtnadsregeln och det ytterligare miljöskydd den ger försvinner.²⁵²

Samma problematik kan uppstå då domstolarna ska besluta hur länge tillståndets villkor ska gälla innan de måste omprövas igen för att fortsätta vara moderna.²⁵³ Sannolikt är risken än större i den avvägningen eftersom domstolen då inte enbart ska ta hänsyn till miljön utan även till verksamhetens investeringscykler och avskrivningstider. Jag menar att det kan ifrågasättas att lagstiftningen ens anger att hänsyn ska tas till företagsekonomiska faktorer, när det gäller att bestämma lämplig omprövningstid i syfte att uppnå bindande miljömål. Jag ansluter mig vidare till den stora grupp av myndigheter som menar att det inte är förenligt med en adaptiv vattenförvaltning att låta tillstånd gälla så länge som 40 till 50 år, vilket regeringen menar är lämpligt. Det kan jämföras med vattenplaneringscyklerna enligt RDV som är sex år långa. Ny teknik och kunskap om både vattenkraftverk och akvatiska ekosystem kan innebära att stora förändringar måste till för att målen i RDV ska kunna uppnås. Förändringar som blir betydligt svårare att genomföra under den tid tillståndsvillkoren gäller. Här ska nämnas att den nya bestämmelsen i 11 kap. 9 c § MB, om att regeringen får meddela generella föreskrifter, öppnar upp för att modernisera verksamheterna genom sådana föreskrifter. Denna nya regel möjliggör en mer flexibel och anpassningsbar rätt på området, vilket får anses ligga i linje med RDV. Regeringen anför dock att generella föreskrifter enbart ska användas då ett stort antal verksamheter har likartade problem och att det därför inte är troligt att möjligheten kommer att utnyttjas i någon större omfattning. Vilket, om det visar sig stämma, innebär att bestämmelsen inte kommer att bidra till en mer adaptiv vattenrätt i någon större utsträckning.

Jag menar att det således finns en inte obetydlig risk att domstolarna kommer att meddela, för verksamhetsutövarna, alltför generösa miljövillkor, och att dessa sedan inte kommer att omprövas på många år trots att de inte längre är ändamålsenliga.

²⁵² Konsekvenserna av båtnadsregelns avskaffande behandlas mer utförligt nedan i avsnitt 6.3.

²⁵³ Se avsnitt 5.6.

6.3 Flödesregim och ytterligare konsekvenser av den nya lagstiftningen

Som nämnts i inledningskapitlet anses flöde och flödesregim idag vara den viktigaste faktorn för en god vattenmiljö. I kapitel 3 undersöktes därför i vilken utsträckning flödesregimens betydelse för den ekologiska statusen i vattenmiljön beaktas i RDV, och i kapitel 4 utreddes vilka brister som finns i nuvarande svensk rätt beträffande flödesregim. I det här avsnittet ska effekterna av den nya lagstiftningen analyseras med avseende på flödesregim.

I kapitel 3 om RDV konstaterades att flödesregim beaktas vid statusklassificeringen av ytvattenförekomster främst genom de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna. Eftersom de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna emellertid enbart är stödjande faktorer vid bedömningen av om en ytvattenförekomst når god status har de sannolikt liten påverkan vid statusklassificeringen. En ytvattenförekomst kan följaktligen nå god status, vilket är målet enligt RDV för de flesta ytvattenförekomster, utan att några större åtgärder vidtas för att förbättra primärt flödesregimen. Klassificeras en ytvattenförekomst som kraftigt modifierad är målet enligt RDV dessutom enbart god potential och vid en sådan bedömning ska hänsyn i stort sett inte tas till den verksamhet som föranleder att ytvattenförekomst bedöms vara kraftigt modifierad. Klassificeras en ytvattenförekomst där det ligger ett kraftverk med dammar som kraftigt modifierad är det således sannolikt att få åtgärder för att förbättra flödesregimen kommer att krävas enligt RDV.²⁵⁴

I prop. 2017/18:243 menar regeringen, som nämnts tidigare, att vattenkraftens totala reglerbidrag inte får minska utan snarare måste öka i framtiden, och att detta mål ska genomsyra den nationella planen. Bl.a. anges att vattenförekomster med vattenkraftverk som har ett stort relativt reglerbidrag ska klassas som kraftigt modifierade om möjligt.²⁵⁵ Försämringsförbudet gäller emellertid även kraftigt modifierade vattenförekomster och eftersom reglering har så stor negativ miljöpåverkan är det i min mening därför inte troligt att reglerbidraget kan ökas i särskilt många vattenkraftverk. Nuvarande reglering lär emellertid kunna fortsätta i de vattenförekomster som klassificeras som kraftigt modifierade. Den stora negativa miljöpåverkan det har på flödesregimen kan således tillåtas fortgå, utan att det står i strid med

²⁵⁴ Se avsnitt 3.6.2.

²⁵⁵ Se avsnitt 5.3.1.

RDV. Eftersom t.o.m. ansvariga myndigheter tillstår att den totala reglerförmågan i dagsläget är okänd, menar jag att den prioritering regeringen så tydligt givit uttryck för kan ifrågasättas. Vattenkraftens totala reglerförmåga, regleringsmöjligheter inom andra energislag och det framtida samhällsbehovet av reglerförmåga borde därför åtminstone utredas innan regeringen gör en så tydlig prioritering av reglerbidraget på bekostnad av flödesregim, anser jag.

Trots att den nya lagstiftningen innebär att målreglerna i RDV implementeras rättsligt korrekt och säkerställer att alla äldre vattenkraftverk omprövas, är det således inte säkert att flödesregim kommer att beaktas eller främjas i någon större utsträckning. Avskaffandet av båtnadsregeln är en del av den nya lagstiftningen som jag menar dessutom kan leda till att flödesfrämjande åtgärder uteblir i än större utsträckning än vad som annars varit fallet. Särskilt i kombination med inrättandet och utformningen av Vattenfonden.

Den nya konstruktionen i 2 kap. 7 § och 5 kap. 4 § MB kanske gör det möjligt att meddela tillräckligt stränga villkor för att målen i RDV ska kunna nås, men som visats ovan ger båtnadsregeln i vissa fall ett större miljöskydd än vad som kan åstadkommas genom hänsynsreglerna i 2 kap. MB.²⁵⁶ Om båtnadsregelns samhällsekonomiska avvägning hade behållits skulle det sannolikt innebära att många av de småskaliga kraftverk som producerar anmärkningsvärt lite el inte hade givits fortsatt tillstånd vid de kommande omprövningarna. Istället hade de rivits ut och vattnet hade fått flöda fritt i en naturlig flödesregim. Med tanke på att de runt 1030 minsta vattenkraftverken sammanlagt står för enbart 0,5% av produktionen av vattenkraftsel och de cirka 680 näst minsta för enbart 2,1% hade den samhällsekonomiska förlusten dessutom varit nästintill obefintlig om merparten av dessa kraftverk hade rivits ut. Men eftersom båtnadsregeln avskaffas, och hänsyn inte behöver tas specifikt till de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna enligt RDV, är det inte osannolikt att många av dessa små vattenkraftverk istället får fortsatt tillstånd, förenat med krav på exempelvis faunapassager och viss minimitappning. Själva skulle många verksamhetsutövare ändå inte haft råd att bekosta dessa nödvändiga ombyggnationer, men med pengar från Vattenfonden blir det möjligt.²⁵⁷ Om nästintill alla dessa småskaliga vattenkraftverk ska få stöd från Vattenfonden för ombyggnationer finns dessutom risk att Vattenfondens begränsade mängd pengar tar slut innan alla omprövningar har hunnit genomföras. Verksamhetsutövare vars verksamhet prövas senare riskerar således att inte få något ekonomiskt stöd. Något som får anses orättvist i sig men som

²⁵⁶ Se avsnitt 4.2.3.

²⁵⁷ Se avsnitt 5.13.

också kan leda till att dessa verksamhetsutövare blir mindre benägna att efterleva miljökraven i tillståndsvillkoren och vidta åtgärder som är nödvändiga för att miljömålen i RDV ska kunna uppnås. Sammanfattningsvis innebär avskaffandet av båtnadsregeln således att många positiva effekter som omprövningarna hade kunnat resultera i för flödesregimen i ett betydande antal vattenförekomster sannolikt uteblir.

Beträffande framtida möjligheter för ny småskalig vattenkraft menar jag att mycket beror på svenska domstolars tolkning av Schwarze-Sulm-domen och eventuell ny praxis från EU-domstolen.²⁵⁸ Skulle rätten utvecklas i, en för småskalig vattenkraft, generös riktning hade båtnadsregeln kunnat innebära ett större skydd för flödesregimen i de aktuella vattenförekomsterna.

6.4 Sammanfattande slutsatser

Genom den nya lagstiftningen tas flera steg i rätt riktning och många av de brister som identifierades i nuvarande rätt åtgärdas helt, eller åtminstone delvis. Det gäller bl.a. den rättsliga implementeringen av art. 4.1 RDV, utredningsansvaret, verksamhetsutövarens ersättningsrätt, äldre rättigheters oklara rättskraft och möjligheten att meddela villkor som innebär att verksamheten avsevärt försvåras. Lagändringarna kommer emellertid med största säkerhet inte leda till att Sverige når miljömålen i RDV inom den tid som föreskrivs i direktivet, och på grund av hur vissa centrala delar av den nya lagstiftningen har utformats, menar jag att det är tveksamt om målen kommer att nås överhuvudtaget. Vad jag främst syftar på är otydligheten kring hur ”äventyra” ska tolkas och hur länge tillstånden ska få gälla innan ny omprövning krävs. Försöket att integrera tillämpningen av undantaget i 4 kap. 11 § VFF i prövningen kan inte heller anses som en rättsligt korrekt eller ändamålsenlig implementering av art. 4.7 RDV, utan ger snarare anledning att ifrågasätta det lämpliga i att använda ekologiska miljökvalitetsnormer för att genomföra RDV.

Beträffande flödesregim får tyvärr sägas att eftersom det är en faktor som beaktas främst indirekt i RDV är risken att de svenska lagändringarna som följer därav inte möjliggör några större förbättringar. Dessutom försvinner båtnadsregeln och det miljöskydd den innebär vilket

²⁵⁸ Se avsnitt 3.4.3.

riskerar att leda till att stora miljövinster avseende särskilt flödesregim, som annars hade kunnat göras, uteblir.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1997/98:45	Miljöbalk
Prop. 2003/04:2	Förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön
Prop. 2009/10:184	Åtgärdsprogram och tillämpningen av miljökvalitetsnormer
Prop. 2016/17:200	Miljöbedömningar
Prop. 2017/18:243	Vattenmiljö och vattenkraft

Utredningsbetänkanden

SOU 2009:42	Vattenverksamhet
SOU 2013:69	Ny tid ny prövning – förslag till ändrade vattenrättsliga regler
SOU 2014:35	I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler

Departementspromemorior

Miljö- och energidepartementet – *Vattenmiljö och vattenkraft*

Remissyttranden, promemoria *Vattenmiljö och vattenkraft*, Dnr. M2017/01639/R

Energimyndigheten

Havs- och vattenmyndigheten

Kammarkollegiet

LRF

Luleå tekniska universitet

Länsstyrelsen i Blekinge län

Länsstyrelsen i Gotlands län

Länsstyrelsen i Hallands län

Länsstyrelsen i Kalmar län

Länsstyrelsen i Uppsala län

Länsstyrelsen i Västmanlands län

Naturskyddsföreningen

Naturvårdsverket

Sveriges Lantbruksuniversitet

Svensk Vattenkraftförening

Svenskt Näringsliv

Umeå Tingsrätt

Vänersborgs Tingsrätt

Världsnaturfonden WWF

Älvräddarna

Myndighetspublikationer

Energimyndigheten, Svenska kraftnät & Havs- och vattenmyndigheten, *Vattenkraftens reglerbidrag och värde för elsystemet*, ER 2016:11, ISSN 1403-1892

Havs- och vattenmyndigheten, *Vattenkraftens påverkan på akvatiska ekosystem – en litteratursammanställning*, 2013:10, ISBN 978-9187025-35-8

Havs- och vattenmyndigheten, *Miljöåtgärder i vattenkraftverk – sammanställning av åtgärder för att nå god ekologisk status och god ekologisk potential*, 2015:26, ISBN 978-91-87025-99-0

Havs- och vattenmyndigheten, *Ekologiska flöden och ekologiskt anpassad vattenreglering – Underlag till vägledning om lämpliga försiktighetsmått och bästa möjliga teknik för vattenkraft*, 2013:12, ISBN 978-91-87025-37-2

Naturvårdsverket, *Status, potential och kvalitetskrav för sjöar, vattendrag, kustvatten och vatten i övergångszon*, 2007:4, ISBN 978-91-620-0147-6

Vattenmyndigheterna och Länsstyrelserna, *Översyn av förutsättningarna för en ökad tillämpning av undantag inom vattenförvaltningen*, Dnr. 537-1218-18

Otryckta källor

Sverige

Vattenmyndigheterna och Länsstyrelserna, *PM – Revidering av MKN under pågående cykel*

Mejlsvar från Katrin Herrlin Sjöberg, samordnare på vattenmyndigheten för Södra Östersjöns vattendistrikt och nationellt ansvarig för arbetet med miljökvalitetsnormer och undantag, den 23 november 2018

EU

EU-kommissionen

Motiverat yttrande C(2018) 309 final, 2007/2239, Bryssel 25/1 2018

Kompletterande formell underrättelse C(2016) 6208 final, 2007/2239, Bryssel 30/9 2016

Litteratur

Bengtsson, Bertil, Bjällås, Ulf, Rubenson, Stefan & Strömberg, Rolf, *Miljöbalken* (7 jun. 2018, Zeteo)

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2018

Bjällås, Ulf, Fröberg, Magnus & Sundelin, Arvid, *Hur ska EU-domstolens dom i mål C-461/13 (Weserdomen) tolkas och vad får den för betydelse?*, Fröberg & Lundholm Advokatbyrå, Stockholm, 2015

Ekelund Entson, Martina & Gipperth, Lena, *Mot samma mål?: implementeringen av EU:s ramdirektiv för vatten i Skandinavien*, Juridiska institutionen vid Handelshögskolan, Göteborgs Universitet, Göteborg, 2010

Friberg, Nikolai, Sandin, Leonard & Pedersen, Morten L., *Assessing the Effects of Hydromorphological Degradation on Macroinvertebrate Indicators in Rivers: Examples*,

Constraints, and Outlook, Integrated Environmental Assessment and Management 2009 s. 86-96

Gipperth, Lena & Zetterberg, Charlotta, ”Miljörättsliga perspektiv och tankevändor: vänbok till Jan Darpö & Gabriel Michanek” i Gipperth, Lena & Zetterberg, Charlotta (red.), *Miljörättsliga perspektiv och tankevändor: vänbok till Jan Darpö & Gabriel Michanek*, Iustus, Uppsala, 2013

Gooch, Josefin, *Protecting ecological integrity in transboundary watercourses: an integrational approach towards implementing environmental flows*, Lund University, Faculty of Law, Diss. Lund : Lunds universitet, 2016, Lund, 2016

Hettne, Jörgen, Groussot, Xavier & Reichel, Jane, ”Inledning”, i Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011

Josefsson, Henrik, *Good ecological status: advancing the ecology of law*, Uppsala universitet, Juridiska institutionen, Diss. (sammanfattning) Uppsala : Uppsala universitet, 2015, Uppsala, 2015

Josefsson, Henrik & Baaner, Lasse ; *The Water Framework Directive—A Directive for the Twenty-First Century?*, Journal of Environmental Law, 2011 s. 463–486

Kleineman, Jan, ”Rättsdogmatisk metod”, i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018

Krämer, Ludwig, *EU environmental law*, 8. ed., Sweet & Maxwell, London, 2015

Krämer, Ludwig, *EU environmental law*, 7. ed., Sweet & Maxwell, London, 2011

Langlet, David & Mahmoudi, Said, *EU environmental law and policy*, First edition., Oxford University Press, Oxford, 2016

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, Tionde upplagan, Iusté, Uppsala, 2018

Lindqvist, Ingela, *Privilegiebrev och urminnes hävd – Vilken ställning har de enligt miljöbalken?*, Nordisk miljörättslig tidskrift 2013 s. 39-50 [cit. Lindqvist (2013, a)]

Lindqvist, Ingela, *Den småskaliga vattenkraftens rättsliga förutsättningar i Sverige*, Uppsala universitet, Working paper 2013 [cit. Lindqvist (2013, b)]

Malafry, Melina, *Biodiversity protection in an aspiring carbon-neutral society: a legal study on the relationship between renewable energy and biodiversity in a European Union context*, Department of Law, Uppsala University, Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2016, Uppsala, 2016

Michanek, Gabriel, *Tillstånd får inte ges om aktuell ytvattenstatus försämrats eller uppnåendet av god ytvattenstatus äventyras – analys av EU-domstolens förhandsavgörande C-461/13, JP Miljönet*, senast uppdaterad 3/12 2015

Michanek, Gabriel & Zetterberg, Charlotta, *Den svenska miljörätten*, Fjärde upplagan, Iustus, Uppsala, 2017

Nilsson, Annika, *Rättssäkerhet och miljöhänsyn: en diskussion belyst av JO:s praxis i miljöärenden*, Santérus, Stockholm, 2002

Olsen Lundh, Christina, *Panta rei: om miljökrav och miljökraven*, Havsmiljöinstitutet, Göteborg, 2016 [cit. Olsen Lundh (2016, a)]

Olsen Lundh, Christina, *Norm är norm – om flytande normprövning och implementeringen av ramdirektivet för vatten*, Nordisk miljörettslig tidskrift 2016, s. 57-78 [cit. Olsen Lundh (2016, b)]

Olsen Lundh, Christina, *Tvenne gånger tvenne ruttna gärdsgårdar – Om urminnes hävd och Vattenkraft*, Nordisk miljörettslig tidskrift 2013 s. 85-108

Pehrson, Pia & Jonasson, Mikael, *Ny lagstiftning rörande vattenmiljö och vattenkraft m.m. – en analys*, Karnov, publicerad: 2018-09-17

Reichel, Jane, "EU-rättslig metod", i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, Fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018

Strömberg, Rolf, *Urminnes hävd och vattenrätten – några synpunkter*, Nordisk miljörettslig tidskrift 2014 s. 95-99

Söderasp, Johanna, *Law in Integrated and Adaptive Governance of Freshwater [Elektronisk resurs] A Study of the Swedish Implementation of the EU Water Framework Directive*, Luleå University of Technology, Diss. (sammanfattning), 2018, Luleå, 2018

Westerlund, Staffan, *Rätt och riktig rättsvetenskap*, Nordisk miljörettslig tidskrift 2010 s. 3-22

Westerlund, Staffan, *Miljörettsliga grundfrågor 2.0*, Institutet för miljörett (IMIR), Björklinge, 2003

Westerlund, Staffan, *En hållbar rättsordning: rättsvetenskapliga paradigmer och tankevändor*, Iustus, Uppsala, 1997

Westerlund, Staffan, *Proportionalitetsbedömningen – verklighet, missförstånd eller nydaning?*, Miljörettslig tidskrift 1996 s. 248-284

Övrigt

Energiöverenskommelse 2016-06-10

Rättsfallsförteckning

EU

EU-domstolen

C-48/75 *Royer*, EU:C:1976:57

C-83/97 *Kommissionen mot Tyskland*, EU:C:1997:606

C-159/99 *kommissionen mot Italien*, EU:C:2001:278

C-461/13 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V. mot Tyskland*, EU:C:2015:433

C-346/14 *Kommissionen mot Österrike*, EU:C:2016:322

C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation mot Bezirkschauptmannschaft Gmünd*, EU:C:2017:987

Sverige

Mark- och miljööverdomstolen

M 1423–13, dom 2014-02-12

M 6574–15, dom 2016-09-15

M 5186–17, dom 2018-06-12