

Jan Darpö

Tradition och förnyelse på vattenrättens område*

Om mötet mellan gamla tillståndsregimer
och moderna miljökrav

How to apply modern environmental law standards to water operations with outdated permits has been widely, and also quite intensively, debated in Sweden recent years. This is the background to the article, where I first give a short introduction to the situation concerning hydro power, its environmental effects and the most important ideas that have been proposed to adjust these activities to modern environmental law. After that, I discuss two near-related issues which stand in the focus of the debate. The first concerns how and when new environmental demands can be addressed to ongoing activities under conditions that meet the requirements from European law and the operators' legitimate expectations. The second concerns the possibilities for the permit holders to obtain financial compensation in these situations. In the final section, I draw some general conclusions, which I hope will be further discussed.

1. Inledning

I Sverige har debatten kring vattenverksamheter och deras miljöpåverkan varit intensiv de senaste åren. Bakgrunden är givetvis den ökade uppmärksamheten på vattenfrågor genom arbetet med att implementera EU-rätten på området. Främst har det gällt ramvattendirektivet (2000/60,

* Nordisk Miljörättslig Tidskrift 2014:2, s. 101.

RVD),¹ men till viss del har diskussionen även rört ålförordningen (1100/2007)² samt art- och habitatdirektivet (92/43, AHD).³ Tonläget i den svenska debatten är högt, vilket väsentligen har att göra att här möter den moderna miljörätten invanda föreställningar inom den särskilda rättskultur som fortfarande präglar vattenrätten. Med denna artikel vill jag beskriva situationen med inriktning på vattenverksamheter med äldre tillstånd och redogöra för de initiativ till nytänkande som presenterats i några utredningar på området. Därefter diskuterar jag två frågor som har aktualiserats i sammanhanget; dels i vilken utsträckning man kan ställa nya miljökrav på gamla verksamheter, dels om ersättningsrätten och förändringskraven. Utgångspunkten i diskussionen är europarättslig i vid mening, dvs. vilken hänsyn som måste tas till verksamhetsutövarnas berättigade förväntningar i sådana situationer enligt EU-rätten och EKMR. Däremot går jag inte närmare in på om och när EU-rätten ställer krav på förändring av pågående vattenverksamheter. Utgångspunkten är istället att det är givet att nya miljökrav fortlöpande behöver ställas på befintliga verksamheter utifrån förändringar i miljön, ändrade samhällsvärderingar och vunna kunskaper om miljösituationen. Diskussionen gäller mötet mellan de moderna miljökraven och verksamhetsutövarnas intressen.

2. Vattenverksamheter och miljön

I Sverige finns idag knappast något större vatten som inte är påverkat av människan genom uppdämning, kraftproduktion, sänkning-höjning eller annan reglering. Sedan lång tid har sådana åtgärder krävt tillstånd eller någon annan form av samhälleligt godkännande, vilket har motiverats av både allmänna intressen som fiske och båtfart och hänsyn till enskilda vars fastigheter har berörts av vattenverksamheten. Så kunde exempelvis den som ville bygga kvarn eller stånghammare vid åar och andra vattendrag under 1600- och 1700-talet erhålla rätten att bedriva näringen genom ett s.k. privilegiebrev. Rätten att påverka ett vatten kunde också uppkomma genom institutet ”urminnes hävd”, en rättstitel som vanns genom grannarnas långvariga passivitet. De första egentliga till-

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område.

² Rådets förordning (EG) nr 1100/2007 av den 18 september 2007 om åtgärder för återhämtning av beståndet av europeisk ål.

³ Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter.

ståndsregimerna för vattenverksamhet kom i slutet av 1800-talet genom 1879 års dikeslag⁴ och 1880 års vattenrättsförordning (VRF).⁵ Här gjordes för första gången en avvägning mellan allmänna och enskilda intressen och tvångsrätt kunde meddelas för den sökta vattenverksamheten. I takt med landets kraftiga industrialisering och behovet av vattenkraft för elförsörjningen blev VRF otillräcklig i början av 1900-talet och en tillståndsregim introducerades genom 1918 års vattenlag (1918:523, ÄVL). Lagen byggde på ett koncessionssystem med tillstånd som hade rättskraft gentemot såväl allmänna som enskilda intressen, och villkoren för verksamheten kunde inte omprövas annat än under stränga förutsättningar eller efter lång tid. ÄVL möjliggjorde en omfattande utbyggnad av vattenkraften i våra vattendrag. Efter ytterligare drygt 60 år hade så vindarna vänt och lagen ansågs vara alltför exploateringsinriktad och ersattes av 1983 års vattenlag (1983:291, VL). Utgångspunkten för den lagen var att vattenverksamheterna skulle inpassas i samhällsplaneringen i stort och avvägningar göras mellan energipolitiken och sysselsättningen i förhållande till naturvården, kulturmiljövården och friluftslivet. Efter ytterligare 15 år inordnades de vattenrättsliga reglerna i miljöbalken (1998:808, MB) och gavs där eget kapitel. Idag återfinns bestämmelserna om vattenverksamhet i 11 kap. MB och den s.k. restvattenlagen (1998:812).

Trots att MB funnits i nära 15 år har dess påverkan på vattenkraften varit blygsam. Den absoluta majoriteten av de vattenrättsliga tillstånden är meddelade enligt äldre lagstiftning. Enligt de beräkningar som gjorts är det totala antalet tillstånd till vattenkraftverk och regleringsdammar 3 727, varav 3 266 är meddelade enligt ÄVL, 261 enligt VL och endast 73 enligt MB.⁶ Det finns även många verksamheter som fortfarande bedrivs utan tillstånd eller som bara omfattas av äldre domar, privaträttsliga avtal och privilegiebrev. Här är läget mera oklart, men enligt Vattenverksamhetsutredningen rör det sig om knappt 3 800 st. Till problematiken hör också att en vattenverksamhet kan omfattas av ett antal tillstånd och domar från olika tidsepoker. Det är därför knappast någon överdrift att säga att rättsområdet genomgående är präglad av oklarheter om vad som gäller, vilket i sig medför problem för tillsynsmyndigheterna på området. Det har också under senare år uppmärksamrats att många vatten-

⁴ Lag om dikning och annan afledning af vatten af 20 juni 1879.

⁵ Kongl. Maj:ts nådiga förordning av den 30 december 1880 om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund.

⁶ SOU 2014:35 s. 270.

verksamheter orsakar miljöproblem.⁷ Vanligt är att dessa verksamheten bedrivs med minimitappning vid fel tidpunkter, fel sätt och på fel plats, korttidsreglering som medför stora skador eller nolltappning och torr-lagda fåror, dammar och annat som fungerar som vandringshinder eller reglering som skadar vattendragets kantzoner.

I många situationer blir det därför aktuellt att ställa nya miljökrav på vattenverksamheterna. I miljöbalken finns t.o.m. en skyldighet för tillsynsmyndigheterna att se till att alla verksamheter bedrivs i enlighet med de allmänna hänsynsreglerna och att tillstånden har aktuella villkor. Om så inte är fallet, ska man meddela de förelägganden som behövs, alternativt inleda omprövning av villkoren i tillstånden.⁸ Regelmässigt möts myndigheten då med invändningen att verksamheten har tillstånd och att man måste betala ersättning för alla intrång i rätten att tillgodogöra sig vattnet. Av 24:1 MB följer nämligen att tillstånd enligt MB har rättskraft i så måtto att de ”gäller mot alla, såvitt avser frågor som prövats i domen eller beslutet”. Rättskraften gäller emellertid inte bara för tillstånd enligt MB, utan även för dess föregångare i VL, ÄVL, VRF och eventuellt ännu tidigare.⁹ Det här betyder att när miljömyndigheterna vill ställa nya krav på dessa verksamheter måste man ansöka om att tillståndet ska upphävas med stöd av 24:3 eller begära omprövning av villkoren enligt 24:5 MB. I den senare bestämmelsen anges att villkoren kan omprövas efter viss tid efter det att tillståndet bestämdes eller i förtid under kvalificerade förutsättningar. För vattenverksamheter är tiden satt till mellan 10, 30 eller 55 år beroende på vilken lagstiftning som gällde när tillståndet meddelades. I praktiken innebär det att tiden i de flesta fall har löpt ut.

I dessa situationer är det alltså i och för sig fritt fram för miljömyndigheterna att begära omprövning. Därför kan det verka förvånande att

⁷ För en översiktlig beskrivning, se SOU 2013:69, avsnitt 4.4 Vattenkraftens effekter på vattenmiljön.

⁸ 26:1–2 MB.

⁹ Enligt 5 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken gäller rättskraften även för tillstånd enligt VL och äldre lag. Om 34 § samma lag innebär att detsamma gäller för urminnes hävd och privilegiebrev är omdiskuterat (se Lindqvist, I: Privilegiebrev och urminnes hävd – Vilken ställning har de enligt miljöbalken? Nordisk miljörättslig tidskrift (NMT) 2013:1, s. 43, Olsen Lundh, C: Tvenne gånger tvenne ruttna gärdesgårdar – Om urminnes hävd och vattenkraft. NMT 2013:2, s. 85 och i detta nummer av NMT: Strömberg, R: Urminnes hävd och vattenrätten – några synpunkter). Att denna diskussion fortfarande pågår illustrerar väl mest att rättsområdet karakteriseras av otydlighet om vad som gäller.

omprövning förekommit så sparsamt när det gäller vattenverksamheter. Mellan 1990 och 2010 har endast 90 omprövningar begärts av vattenkraftverk och regleringsdammar med äldre tillstånd. Av de ovan angivna 3 654 verksamheterna med äldre tillstånd är enbart 78 omprövade mot MBs regler.¹⁰ Orsakerna kan givetvis vara allmän resursbrist, kompetens eller t.o.m. bristande vilja hos miljömyndigheterna, men det räcker inte som förklaring. Den viktigaste orsaken är istället systematiska problem i den rättsliga konstruktionen. Omprövningsinstitutet är komplicerat och dyrt att använda inom vattenrätten och det saknas incitament för verksamhetsutövarna att delta. I praktiken får de omprövningssökande myndigheterna bära ett omfattande utredningsansvar för verksamhetens påverkan och behovet av skyddsåtgärder.¹¹ Till det kommer att myndigheten måste betala ersättning till tillståndshavaren för den produktionsvärdesminskning som sker genom förlusten av vatten eller fallhöjd, dock med avdrag för en s.k. toleranströskel. För vattenkraftverk är avdraget högst en femtedel och lägst en tjugondel av produktionsvärdet.¹²

Den här rättsliga konstruktionen gör att omprövningarna styrs mot sådana åtgärder som ligger under toleranströskeln. Dessutom är omprövningsmöjligheten enligt 24:5 MB försedd med en viktig begränsning som innebär att de nya kraven inte får vara så ingripande att verksamheten inte längre kan bedrivas eller att den avsevärt försvåras. Slutligen bygger systemet på att omprövning sker av anläggningarna utefter ett vattendrag ett och ett, vilket försvårar att göra en samlad bedömning av vilka krav som behövs, t.ex. när det gäller vandringshinder för fisk och ål. Man kan heller inte bortse från att det inom vattenrätten råder en egen rättskultur, vilken bl.a. har gjort att domstolarna accepterar att tillstånd medges för omfattande ändringar av verksamheterna utan att en samlad prövning görs. Det har i vissa fall inneburit att trots att det ekonomiska utrymmet har ökat avsevärt för verksamheterna genom det nya tillståndet

¹⁰ SOU 2014:35 s. 270.

¹¹ Som belysande exempel kan tas omprövningen av kraftverket i Duveström i Alsterån. Kammarkollegiet var sökande och begärde 2003 att det skulle byggas en faunapassage (fiskvandringssväg). Miljödomstolen i Växjö godtog ansökan, men efter överklagande från bolaget avslog MÖD begäran med hänvisning att den var för alltför opreciserad (MÖD 2006:25). Kammarkollegiet fick alltså ansöka än en gång, men fick den här gången avslag av miljödomstolen med ungefär samma argument som i MÖD. Efter överklagande godtog emellertid MÖD ansökan, elva år efter att den initierades (MÖD 2014-02-12; M 1423-13).

¹² 31:20 och 31:22 MB.

för ändringen, har myndigheterna varit hänvisade till att inleda en särskilt process om omprövning av de gamla villkoren och betala ersättning för kraven.

3. Utredningar och förslag

Problemen med att modernisera villkoren för vattenverksamheterna och utmaningarna att anpassa tillståndssystemet till EU-rätten har av givna skäl diskuterats ingående under senare år. Flera utredningar har tillsatts och en rad förslag har presenterats. De viktigaste är Utredningen om ersättning vid rådhetsinskränkningar och Vattenverksamhetsutredningen som båda tillsattes 2012.

Den förstnämnda utredningen kom med betänkandet Ersättning vid rådhetsinskränkningar (SOU 2013:59) i augusti förra året. Utredningsuppdraget var att se om det finns behov av en lagreglering som ger rätt till ersättning i situationer som täcks av 2:15 3 st. regeringsformen (1972:152, RF), dvs. vid sådana rådhetsinskränkningar som sker av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl. Sedan 2011 års ändring av RF gäller ju att ersättning endast kan utgå i dessa situationer om det är särskilt reglerat. Utredningen ansåg att det i stort råder kongruens inom miljörätten på så vis att bevaranderegleringen bygger på att ersättning betalas om inskränkningarna gäller lagenlig markanvändning och går utöver en viss nivå, medan lagstiftningen om miljöskydd inte ger rätt till ersättning. Typiska exempel på den förra är naturreservat och biotopskydd, medan utsläppsreglering och kemikalierestriktioner är exempel på den senare. Utredningen pekade emellertid också på att gränsdragningen kan vara svår att göra och gav flera exempel, däribland skyddsområden kring vattentäkter (vattenskyddsområden) och regleringen av jakt och fiske. Man menade vidare att om det skulle uppstå situationer där den enskilda drabbades på ett orimligt sätt av miljöskyddsrestriktioner bör myndigheterna med tillämpning av proportionalitetsprincipen välja andra medel som är mindre ingripande. I sista hand bör frågan om ersättning vid sådana ingripanden överlämnas till rättstillämpningen och utredningen gav därför inte något förslag om en allmän regel om detta. En sådan ansågs också vara mindre lämplig, då den kan strida mot grundläggande miljöprinciper och mot förbudet mot olagligt statsstöd inom EU-rätten. En direkt kollision med statsstödsreglerna trodde man emellertid inte kunde inträffa särskilt ofta, då de flesta EU-rättsliga normer är uttryckta i direktiv. Utredningen identifierade dock vissa situationer där reglering kan

övervägas för att motverka att myndigheterna illojalt väljer ersättningsfria instrument när möjlighet ges, när man istället borde betala för kraven. När det sedan gällde omprövning av gällande tillstånd menade man att regleringen i stort överensstämde med de grundläggande principerna om rättssäkerhet och ersättning. Det gällde emellertid inte ersättningsrätten vid omprövning av vattenverksamheter. Nya villkor för dessa genom omprövning kan visserligen liknas vid naturvårdsinstrument, men också med ingripanden mot miljöfarliga verksamheter. Vattenverksamheternas miljöpåverkan kan också vara påtaglig och de allmänna motintressena väger tungt. Sammantaget menade därför utredningen att ersättningsrätten i dessa situationer är en avvikelse från de allmänna principerna och att den bör tas bort, ett besked som man bollade vidare till Vattenverksamhetsutredningen.

Den utredningen kom med ett delbetänkande 2013 med titeln *Ny tid ny prövning – förslag till ändrade vattenrättsliga regler* (SOU 2013:66). Här analyserades äldre tillstånd och rättigheter och deras rättskraft enligt 24:1 MB. Utredningen ansåg att urminnes hävd och privilegiebrev ska jämföras med tillstånd enligt MB. Samtidigt föreslog man att de vattenkraftsverksamheter som bedrivs med stöd av sådana äldre rättigheter eller med stöd av tillstånd enligt VRF, ÄVL och VL ska bli föremål för ny tillståndsprövning enligt MB. Avsikten med nyprövningen är att de moderna hänsynsreglerna och EU-rättens krav i förhållande till vattenkvalitet och påverkan på djur och växtliv ska få genomslag. Då antalet vattenkraftsverksamheter emellertid är mycket stort ska nyprövningen genomföras genom att länsstyrelserna förelägger dem som är mest prioriterade att ansöka om MB-tillstånd i enlighet med en vägledning som ska utarbetas på nationell nivå. I delbetänkandet föreslog utredningen också att generella föreskrifter bör kunna meddelas för vattenverksamheter som bryter igenom ett tillstånds rättskraft enligt 24:1 MB, t.ex. om försiktighetsmått för kraftverk, dammar och vattenöverledningar. Vidare bör vissa typer av vattenverksamheter och anläggningar ha tillstånd som tidsbegränsas. Slutligen bör det införas ett krav på miljörapport för vattenverksamheter.

Vattenverksamhetsutredningens slutbetänkande I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler (SOU 2014:35) kom för ett par månader sedan. Här spinner man vidare på de förslag som gavs i delbetänkandet, dvs. nyprövning för vattenverksamheter med äldre tillstånd och omprövning för dem med tillstånd enligt MB. Tillståndsprövningen av vattenverksamheter bör så långt möjligt jämföras med den som gäller

för miljöfarliga verksamheter enligt MB. Verksamheterna ska indelas i tillstånds- och anmälningsskyldiga. Prövningen ska enbart avse den of-fentligrättsliga delen av verksamhetens tillåtlighet och civilrättsliga frågor om rådighet och ersättning får bedömas i annan ordning. Reglerna om rättegångskostnadsersättning likställs med andra prövningar enligt MB och inom förvaltningsrätten i stort, dvs. var och en får stå för sina egna utgifter. Den säregna ordningen att befintliga verksamheter utan tillstånd kan "lagligförklaras" upphävs som onödig. När det gäller omprövning enligt 24 kap. MB rensas katalogen av bestämmelser och systemet lik-ställs för olika verksamhetstyper. Regeln i 24:5 om att omprövningar inte får leda till att verksamheten inte längre kan bedrivas eller att den avsevärt försvåras ska emellertid kvarstå. Man angav här ett antal starka skäl emot regeln, men menade ändå att den hade en viss betydelse till skydd för tillståndshavaren och som signal att omprövning inte ska användas för att återkalla tillstånd. Dessutom är myndigheter och domstolar skyldiga att underlåta att tillämpa regeln när den kommer i konflikt med EU-rätten. Utredningen föreslog vidare att det klargörs att det är tillståndshavaren som ska stå för utredningsunderlaget vid omprövningar och att ersätt-ningsrätten vid omprövning tas bort. Av hänsyn till verksamhetsutövaren ska emellertid ersättning kunna utgå under en femårig övergångsperiod. Av samma skäl föreslog utredningen att det också ska införas en ersätt-ningsregel för de fall som en nyprövning enligt det tidigare betänkandet medför krav som gör att verksamheten inte längre kan bedrivas eller av-sevärt försvåras och det inte framstår som rimligt att den enskilda ska behöva tåla detta. Denna ersättningsrätt bör dock begränsas till tio år efter reglernas ikraftträdande.

4. Reaktioner på Vattenverksamhets-utredningens förslag

Näringslivets reaktioner på utredningens förslag har varit starka. Stats-ägda Vattenfall gick ut med en rapport där man hävdade att förslaget om nyprövning skulle medföra en förlust av 20 % av produktionen om samtliga vattenkraftverk skulle behöva leva upp till kraven på minskad korttidsreglering, fiskevandringar och ändrade säsongsflöden.¹³

¹³ Daniel Löfstedt på uppdrag av Svensk Energi på Second Opinion 2014-03-25, <http://www.second-opinion.se/energi/view/2829>.

Svenska Kraftnät – ett statligt affärsverk med myndighetsansvar för elnätet – hävdade i en debattartikel tillsammans med elleverantörernas branschorganisation Svensk Energi att nyrövningsordningen riskerar att sätta vattenkraften som energikälla på spel. Förslaget kan nämligen medföra att många mindre vattenkraftverk tvingas stänga och då kan de inte fullgöra sin roll som viktig leverantör av reglerkraft i ett system som i ökande grad bygger på förnybar energi. Vidare är det inte rimligt att ansvaret för landets energipolitik ska överlämnas till tjänstemän på länsstyrelserna. I artikeln hävdas också att förslaget är helt unikt, eftersom det innebär att hela verksamhetens existens ifrågasätts och att det därmed också hotar rättssäkerheten.¹⁴

Advokatsamfundet är inne på samma spår när man i sitt remissyttrande menar att förslaget möjliggör långtgående ingrepp i enskildas rättigheter och det därför kan ifrågasättas om den är förenlig med EKMR. Man reagerar på att berörda vattenverksamheter kan underkastas fullständig tillståndsprövning, trots att de vid införandet av miljöbalken innehade rättskraftiga tillstånd. Samfundet menade också att utredningens slutsatser om de europarättsliga möjligheterna att ställa krav på rådighetsinskränkningar baserades på ett otillräckligt underlag. Slutligen menar man att det nuvarande omprövningsinstitutet är tillräckligt om bara tillräckliga resurser finns hos myndigheterna.¹⁵

Ett sista exempel är från ett seminarium som nyligen anordnades av Svenskt Näringsliv. En av de största nyhetsportalerna för miljöfrågor kunde då rapportera:¹⁶

Det omdiskuterade regeringsförslaget att alla vattenverksamheter måste söka om sina miljötillstånd kan bryta mot internationell rätt. Enligt Rafael De los Reyes Aragon, doktor i juridik och knuten till advokatfirman Foyen, kan förslaget strida mot principerna om äganderätt och krocka med EU-mål om förnybara energikällor och direktiv om vattenverksamheter. ”Till exempel är Sverige skyldigt att jobba för att nå målen om mer förnybara källor, även om det inte är specificerat i direktivet hur de ska nå målet. Betänkandet kan nog tolkas gå emot det målet”, säger han till Svenskt Näringsliv som nyligen arrangerade ett seminarium på temat. Han pekar på att

¹⁴ Svensk Energi & Svenska Kraftnät i Dagens Samhälle 2014-02-06 (<http://www.dagensamhalle.se/debatt/nytt-miljoefoerslag-saetter-vattenkraften-pa-spel-7644#roster>).

¹⁵ Advokatsamfundets remissvar 2013-12-20 (R-2013/ 2087) till SOU 2013:69.

¹⁶ Miljörapporten Direkt den 3 juni 2014, under rubriken Krav på vattenverksamhet kan strida mot internationell rätt.

vattenverksamhetsutredningen som kommer att slutredovisas inom kort nu bör se över kravet.

”Som jag ser det finns det två vägar, antingen slopar man förslaget eller så inför man en mildare version. I dag finns det delar som kan bryta mot internationell rätt och som skulle kunna tas upp i europeisk domstol”, säger Rafael De los Reyes Aragon.”

5. Utgångspunkter för diskussionen

I det följande inleder jag en diskussion kring möjligheten att ställa moderna miljökrav på verksamheter med äldre tillstånd. Jag tar upp ett par grundläggande juridiska frågor om rättskraften i gamla tillstånd och europarättens betydelse i sammanhanget. Däremot överlämnar jag debatten kring effekterna på energihushållningen av en nyprövningsordning till andra, mer lämpade. Låt mig bara peka på att 94 % av landets vattenkraft produceras i de 200 största vattenkraftverken. Det är inte troligt att dessa kommer att prioriteras för nyprövning. Det är knappast kontroversiellt att påstå att det är de många och små anläggningarna som ligger i vattendrag med höga naturvärden som främst kommer i fråga. Deras betydelse för energihushållningen är begränsad, särskilt i jämförelse med den omfattande utbyggnaden av vindkraft som för närvarande sker i landet. Även deras roll som leverantörer av reglerkraft bör analyseras mera ingående, då ju många är strömkraftverk.¹⁷ Många av de små kraftverken har dessutom blivit lönsamma enbart med hjälp av systemet med elcertifikat, där inga motkrav på moderna tillstånd enligt MB har ställts.

Det är vidare anmärkningsvärt att de som motsätter sig en ordning med nyprövning med hänvisning till det befintliga systemet med omprövning av villkor inte förmår att tydligt redovisa hur det systemet ska förändras. En sådan reform måste nämligen vara radikal, med tanke på att det kommer att ta 800 år att gå igenom samtliga äldre tillstånd med nuvarande omprövningstakt. Även med de mest optimistiska beräkningarna tar det drygt 200 år.¹⁸ Jag tror att de flesta kan vara överens om att situationen är ohållbar inte bara från ett allmänt miljöperspektiv. Den kommer även i flera avseenden i konflikt med EU-rätten på området. Såväl RVD som AHD innehåller krav som gör att alla anläggningar som

¹⁷ Strömkraftverk har inte någon egen magasinering av vatten och kan därför inte kan producera större effekt än vad som svarar mot den naturliga tillrinningen.

¹⁸ SOU 2014:35 s. 271.

påverkar en vattenförekomst måste bedömas i ett sammanhang. I arbetet med att genomföra RVD utpekas – vid sidan av övergödning – de fysiska förändringar av vattenförekomsterna som ett av de största problemen för att uppnå god ekologisk status.¹⁹ En viktig orsak till dessa förändringar är förekomsten av vattenkraftanläggningar och regleringsdammar. Kunskaperna om dessa verksamheters påverkan måste förbättras och anläggningarna moderniseras, t.ex. genom nya regleringsregimer och fiskevandringar. Detta förutsätter om- eller nyprövning av tillstånden efter prioritering efter miljönyttan med åtgärderna. Detta får i sin tur bilda min utgångspunkt för den vidare diskussionen i artikeln. Den första frågan blir därför i vilken mån som EKMR utgör ett hinder för en sådan ordning.

6. Retroaktiv lagstiftning?

En invändning som rests mot den föreslagna ordningen med nyprövning av äldre tillstånd är att den skulle utgöra ett slags ”retroaktiv lagstiftning”. Det argumentet avvisades kort av Vattenverksamhetsutredningen med en hänvisning till vad HFD uttalade i det s.k. Barsebäcksmålet (*RÅ 1999 ref. 76*, se nedan).²⁰ Utredningen hade goda grunder för sin inställning. Det råder visserligen en viss förbistring i den rättsliga begreppsapparaten och man kan kalla all slags lagstiftning eller administrativa åtgärder som ingriper i rådande egendomsförhållanden för ”retroaktiva”. Det skulle då gälla beslut om naturreservat på privat mark. En sådan definition av begreppet blir emellertid så vidsträckt att den blir meningslös. Uttrycket retroaktivitet bör istället reserveras för sådana administrativa åtgärder som är *tillbakaverkande* på så sätt att de kopplar rättsliga effekter (positiva eller negativa för den enskilde) till förhållanden som är *avslutade före lagens ikraftträdande*. Att för framtiden förbjuda eller begränsa en pågående verksamhet kan vara expropriation eller rådighetsinskränkning och ska bedömas efter de regler – nationella som europarättsliga – som

¹⁹ Se t.ex. Åtgärdsprogram för Norra Östersjöns vattendistrikt 2009-2015 (dnr 537-10296-09); <http://www.vattenmyndigheterna.se/Sv/publikationer/norra-ostersjon/beslutsdokument/Pages/atgardsprogram-no-2009-2015.aspx>.

²⁰ SOU 2013:69 s. 168.

gäller för sådana intrång. Men att kalla ett sådant ingrepp för "retroaktiv lagstiftning" tillför bara förvirring.²¹

Det bör också inledningsvis poängteras att varken EU-rätten eller EKMR sätter hinder i vägen för att reglera frågor som omfattas av rättskraftiga tillstånd genom ny lagstiftning. Det är också något som Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) tagit ställning för i åtminstone två klara fall. Det ena är *RA 1995 ref. 10* som gällde tillstånd för spel med automatspel. I målet hade kommunen återkallat tillståndet med hänvisning till de strängare förutsättningar som gällde för *meddelande av tillstånd* enligt ny lagstiftning. HFD underkände beslutet och menade att återkallande av äldre tillstånd endast kunde ske med stöd av *återkallelsegrunderna* som angavs i nya lydelsen av automatspellagen. Intressant är också att i ett senare lagstiftningsärende infördes en övergångsregel som innebar att äldre tillstånd som meddelats utan tidsbegränsning upphörde att gälla 15 månader efter att de nya reglerna trätt i kraft. Lagrådet godtog regleringen utan kommentar.²²

Det andra rättsfallet är Barsebäcks-målet, *RA 1999 ref. 76*. Som är bekant för åtminstone de svenska läsarna, handlade det om regeringens beslut att stänga kärnkraftverket med stöd av den särskilda avvecklingslagen (1997:1320). Verksamhetsutövaren (BKAB) ansökte om rättsprövning och påstod att beslutet bröt mot en rad grundläggande rättsprinciper i internationell och nationell rätt. Bland annat stred det mot principen om gynnande förvaltningsbesluts oåterkallelighet och förbudet mot retroaktiv lagstiftning. När det gällde den första frågan konstaterade HFD bara att huvudregeln är försedd med en rad undantag och att den inte utgör något "hinder mot att det gynnande beslutet upphävs med stöd av senare tillkommen lagstiftning, förutsatt att denna lagstiftning inte är uppenbart oförenlig med RF eller i övrigt behäftad med någon grundläggande brist".²³ Uttalandet om gynnande förvaltningsbeslut giltighet i tiden är generellt och innebär ett tydligt ställningstagande för att ny lagstiftning kan bryta igenom givna tillstånd. En motsatt hållning i frågan om moderna synsätts möjligheter att få genomslag genom lagstiftning skulle dessutom leda till absurda resultat. Att min gamla dispens

²¹ För en analys av retroaktivitetsbegreppet, se Darpö: Miljövårdskraven i tiden I och II. Förvaltningsrättslig tidskrift 2001 s. 3 resp. 85, se särskilt avsnittet Retroaktivitet och europarätt (s. 8 ff.).

²² Prop. 2004/05:3 Vissa ändringar på spel- och lotteriområdet.

²³ RA 1999 ref. 76 s. 19.

från 1960-talet att gräva ned latrin på tomten skulle vara "orubblig" går kanske att leva med, men hur blir det med ett tillstånd att sälja arsenik enligt 1876 års giftförordning, eller varför inte tillstånd enligt 1875 års prostitutionsreglemente att bedriva egen näring? Jag menar att vi här har att göra med en självklar rättsgrundsats. Det viktiga i sammanhanget är att när lagstiftning bryter igenom tillstånd måste de berörda berättigade förväntningar respekteras, varvid tidsaspekten är viktig, liksom i vissa fall möjligheten till ersättning. Det här är också den grundsats som EU:s miljö rätt utgår från. Ett exempel på detta finns i artikel 13.2.d i IPPC-direktivet som stipulerar att tillstånd ska bedömas på nytt och vid behov uppdateras om det framgår av "nya bestämmelser i nationell lagstiftning eller gemenskapslagstiftningen kräver det". Eller för att använda EU-domstolens formuleringar i C-72/12 *Altrip* [2012], para 22 (min kursiv):

It should be borne in mind that, in principle, a new rule of law applies from the entry into force of the act introducing it. While it does not apply to legal situations that have arisen and become definitive under the old law, *it does apply to their future effects, and to new legal situations too* (see, to that effect, Case C-428/08 *Monsanto Technology* [2010] ECR I-6765, paragraph 66). It is otherwise – subject to the principle of the non-retroactivity of legal acts – only if the new rule is accompanied by special provisions which specifically lay down its conditions of temporal application (Case C-266/09 *Stichting Natuur en Milieu and Others* [2010] ECR I-13119, paragraph 32).

7. Rättskraftiga tillstånd och egendoms skyddet

En återkommande kritik av förslaget om nyprövning är att det strider mot skyddet av äganderätten i EKMR. Det är visserligen sant att den rättspraxis som utvecklats av Europadomstolen visar att tillstånd att bedriva en ekonomisk verksamhet omfattas av skyddet av egendom enligt artikel 1 i första tilläggsprotokollet (P1).²⁴ Enligt artikel P1-1 får ingen berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag. Domstolen har bedömt flera fall då tillstånd har vägrats eller återkallats. Den förra situationen innehåller välkända rättsfall som *Jacobsson v Sweden* (ECtHR 1998-02-19) och *Håkansson*

²⁴ Beskrivningen bygger på Darpö: Rätt tillstånd för miljön, slutrapport inom forskningsprogrammet ENFORCE 2010-11-15, se [www.jandarpo.se/Artiklar & Rapporter](http://www.jandarpo.se/Artiklar%20&%20Rapporter).

and Sturesson v Sweden (ECtHR 1990-02-21). De faller emellertid något utanför ämnet för denna artikel, då de inte gäller frågan om ett givet tillstånds rättskraft. Det finns emellertid några avgöranden som gäller återkallande av tillstånd, varav två av de mest kända också är svenska, nämligen *Tre traktörer v Sweden* (ECtHR 1989-07-07) och *Fredin v Sweden* (ECtHR 1991-02-18). Det senare gällde ett miljörättsligt tillstånd, varför det kan vara på plats med en kort beskrivning.

Makarna Fredin ägde en fastighet där det bedrevs grustäkt sedan början av 1960-talet. Ett tillstånd utan begränsning i tiden hade meddelats för verksamheten 1963. 1973 gjordes ett tillägg i naturvårdslagen (1964:822) som gav myndigheterna möjlighet att utan ersättning återkalla äldre täkttillstånd från och med tio år efter att lagen trädde i kraft, dvs. tidigast 1983. Fredins investerade stora belopp i verksamheten under 1970- och 1980-talet, bl.a. renoverade man en utlastningskaj. I början av 1980-talet inledde länsstyrelsen förhandlingar med makarna i avsikt att återkalla täkttillståndet pga. av de höga naturvärdena i området. Beslut om återkallande togs 1984 och fastställdes ett år senare av regeringen. Fredins gick till Europadomstolen och hävdade att deras civila rättigheter var kränkta utan att de hade någon möjlighet till domstolsprövning samt att de hade gjort förluster på över 30 Mkr. När det gällde artikel P1-1 gick Europadomstolen alls inte på deras linje.²⁵ Man konstaterade visserligen att bestämmelsen var tillämplig eftersom det var en rådighetsinskränkning av deras egendom. Emellertid ansåg domstolen att artikel P1-1 ska förstås i sin helhet, dvs. att den värnar äganderätten, men också anger när skyddet kan genombrytas. En rimlig avvägning ska göras mellan de allmänna intressena och de enskilda. Vidare ska proportionalitet iakttagas, samtidigt som konventionsparterna har ett vittgående skön när det gäller valet av metod för att främja de allmänna intressena.²⁶ Domstolen konstaterade i Fredin-fallet att återkallandet inte kunde anses vara oförutsebart, möjligheten hade ju introducerats för mer än ett decennium sedan. Inte heller hade Fredins några berättigade förväntningar på fortsatt drift. De investeringar som gjorts i verksamheten hade skett sju år efter den nya lagstiftningen och myndigheterna hade varit noga med att inte lämna några garantier för fortsatt drift. Sammanfattningsvis ansåg

²⁵ Däremot fälldes Sverige för bristen på möjligheter till domstolsprövning. Kritiken i den delen var emellertid gammal och hade redan resulterat i den första rättsprövningslagen (1988:205).

²⁶ Domen para 51.

därför domstolen att återkallandet av täkttillståndet varken var olämpligt ("inappropriate") eller oproportionerligt.

Flertalet av Europadomstolens avgöranden om återkallade tillstånd i liknande situationer går i samma spår. Många gäller förhållandet mellan ny lagstiftning och givna tillstånd och här kan inte sägas att det skydd som konventionen erbjuder är särskilt långtgående. Om bara de nya förutsättningarna är motiverade av allmänna intressen och det ges tillräckligt med övergångstid för tillståndshavarna att anpassa sig, har Europadomstolen genomgående ansett att det inte har skett någon kränkning av artikel P1-1. Domstolen har också utan vidare accepterat att miljöskäl är ett sådant allmänt intresse som kan motivera ingrepp i tillstånd. Konventionsskyddet har också uteblivit om tillståndshavaren har tagit en medveten risk i sina investeringar.²⁷ Däremot har det blivit nedslag i de fall som förändringarna kommit oväntat eller alltför hastigt, liksom i andra fall då de inblandade haft berättigade förväntningar om att få fortsätta bedriva verksamhet.²⁸

De rättsfall som nämnts i redogörelsen ovan har några år på nacken. Europadomstolen har emellertid varit fortsatt konsekvent i sin praxis och rättsfallen är därför fortsatt giltiga, vilket inte minst framgår av domstolens egna hänvisningar i senare mål. Ett relativt färskt sådant exempel – som gällde nya föreskrifter för svinhållning i Nederländerna av hänsyn till vattenkvaliteten – är *Lohuis and others v The Netherlands* (ECtHR 2013-04-30). De klagande bönderna hade fått sin tilldelning av "pig entitlements" minskade med mellan 25 och 34 % på en ganska kort tid, varvid enbart de som hade blivit hårdast drabbade blivit tilldömda ersättning i den nationella rättsprocessen. De klagade därför till Europadomstolen och menade att deras rättigheter enligt artikel P1-1 hade blivit kränkta. Domstolen var emellertid inte imponerad utan avvisade deras talan som "manifestly ill-founded", bl.a. med den vanliga skrivningen om avvägningen mellan de allmänna och enskilda intressena i dessa situationer:²⁹

²⁷ *Pine Valley and others v Ireland* (ECtHR 1991-11-29).

²⁸ *Rosenzweig v Polen* (ECtHR 2005-07-28), *Stretch v Storbritannien* (ECtHR 2003-06-24) och *Hellborg v Sweden* (ECtHR 2006-02-28). I det senare fallet hade Hellborg fått ett positivt förhandsbesked om att få bygga, men sedan vägrats bygglov. Förutom de mål som nämnts i texten ovan, är också *Kjartan Asmundsson v. Iceland* (ECtHR 2004-10-12) intressant.

²⁹ *Lohuis and others v. The Netherlands* (ECtHR 2013-04-30), para 56.

According to well-established case-law, the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 is to be read in the light of the principle enunciated in its first sentence. Consequently, an interference must achieve a “fair balance” between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights. The search for this balance is reflected in the structure of Article 1 of Protocol No. 1 as a whole, and therefore also in the second paragraph thereof: there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued. In determining whether this requirement is met, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question (...). The requisite balance will not be achieved if the person concerned has had to bear an “individual and excessive burden” (...).

Avslutningsvis bör också observeras att EU-domstolen har anlagt ett motsvarande synsätt när den tagit ställning till invändningar om att miljökrav skulle utgöra ett otillåtet ingrepp i äganderätten. I sin rättspraxis betonar domstolen att äganderätten inte är absolut, utan måste bedömas utifrån sin funktion i samhället. Begränsningar är därför tillåtna om de är motiverade av ett allmänintresse – vilket miljöskydd regelmässigt anses vara – och att konsekvenserna för dem som drabbas inte blir orimliga.³⁰

8. Miljökrav och ersättningsrätt

I vissa situationer är möjligheten till ersättning en förutsättning för att en rådighetsinskränkning är förenlig med artikel 1-P1 EKMR, något som också påpekades av HFD i *Barsebäck*. I några av de rättsfall från Europadomstolen som jag har hänvisat till ovan har det funnits en sådan möjlighet. I andra har det istället poängterats att de som drabbas av en rådighetsinskränkning måste få tid på sig för anpassning, vilket *Fredin* är ett tydligt exempel på. I det avslutande avsnittet diskuterar jag förhållandet mellan tidsfrister och ersättning. Då Europadomstolen emellertid även i denna del menar att staterna har en vid ”margin of appreciation” för att bestämma villkoren för ersättning, börjar jag med att beskriva de

³⁰ Se C-416/10, paras 113–114 med angivna rättsfall, även C-530/11 European Commission v UK, para 70.

svenska reglerna. Diskussionen förs i ljuset av den färska domen av HD om fiskerestriktionerna i Torne älv.

I den svenska regeringsformen (1974:152, RF) ges den grundläggande regeln om ersättning vid expropriation och rådighetsinskränkningar i 2 kap. 15 §. Sedan 2011 är lydelsen följande:

Vars och ens egendom är tryggad genom att ingen kan tvingas avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller något annat sådant förfogande eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen.

Den som genom expropriation eller något annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom ska vara tillförsäkrad full ersättning för förlusten. Ersättning ska också vara tillförsäkrad den för vilken det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller att skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten. Ersättningen ska bestämmas enligt grunder som anges i lag.

Vid inskränkningar i användningen av mark eller byggnad som sker av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl gäller dock vad som följer av lag i fråga om rätt till ersättning.

Enligt tredje stycket bestäms ersättning vid rådighetsinskränkningar som är motiverade av hälso- och miljöskydd i enlighet med lag. Utgångspunkten är alltså att om ett ingripande på detta område görs i enlighet med en viss lagstiftning, så tar dess regler över. I sådana situationer gäller ersättningsrätten alltså bara när det är uttryckligen föreskrivet.³¹ I miljöbalken regleras dessa frågor uttömmande i 31 kap. MB och här framgår att tillståndshavare inte har rätt till ersättning vid omprövning av tillstånd i enlighet med 24 kap. MB. Som nämndes redan i avsnitt 2, gäller emellertid ett undantag för vattenverksamheter – i de fallen ersätts tillståndshavaren för den produktionsvärdesminskning som sker genom förlusten av vatten eller fallhöjd, om än med ett visst avdrag.

HD:s avgörande om torneälvsfiskarna gällde ersättningsregeln i dess lydelse före 2011.³² Den var då placerad i 2:18 RF som saknade texten i det tredje stycket. Bakgrunden till målet var de restriktioner som utfärdades för fiske efter lax och havsöring i Torne älv genom en förordning

³¹ Prop. 2009/10:80, s. 170.

³² Högsta domstolen 2014-04-23 i mål nr T 5628-12.

1997. Förordningen var grundad på 1971 års gränsälvsoverenskommelse mellan Finland och Sverige och var i stort sett identisk med den reglering som meddelade av Gränsälvskommisionen redan tio år tidigare. 1987 års förordning blev emellertid underkänd i domstolsprövning pga. formella fel i bemyndigandet från regeringen (se NJA 1996 s. 370).³³ Kärandena i målet hade fiske i området som binäring och yrkade ersättning för den skada som hade uppkommit. Staten motsatte sig, väsentligen med motiveringen att föreskrifterna var motiverad av hälso- och miljöskäl, vilket inte ger rätt till ersättning. Både tingsrätten och MÖD ogillade talan. Den senare domstolen menade att kraven i och för sig kunde grundas direkt på 2:18 RF och att restriktionerna var sådana att de föll inom det ersättningsberättigande området. Skadan skulle emellertid bedömas genom en jämförelse med förhållandena strax före 1997 års föreskrifter, vilket gjorde att inskränkningarna ansågs ha påverkat fiskemöjligheterna så lite att skadan rymdes under toleranströskeln för ”avsevärt försvårande”. Den stora förändringen av fiskemöjligheterna har nämligen kommit genom 1987 års föreskrifter. Ersättningsanspråket ogillades därmed.

Högsta domstolen var mer förstående för kärandenas sak och fastställde att staten är ersättningsskyldig för den skada som uppkommit genom fiskeförbudet. I domen uppehåller man sig vid 1993 års förarbeten till 2:18 RF där utgångspunkten var att ersättning inte skulle utgå för rådighetsinskränkningar som motiveras av hälso- och miljöskäl. Det var också lagstiftarens inställning vid tillkomsten av miljöbalken 1998. Den här uppfattningen kritiserades emellertid i den juridiska litteraturen. Några författare menade istället att regeln var allmänt formulerad och därför kunde anses gälla även vid restriktioner av hälso- och miljöskäl, åtminstone för den lagstiftning som tillkommit efter 1993.³⁴ Det tillägg som gjordes 2010 var därför ett klargörande att ersättningsrätten inte gäller i dessa situationer. I domen anmärker HD att 2:18 RF var formulerad som en princip som riksdagen ska respektera när den stiftar lagar som

³³ Ersättningsskyldigheten för staten för den skada som uppkom genom fiskeförbudet enligt 1987 års förordning fastställdes genom NJA 2000 s. 637, se även NJA 2001 s. 210 och NJA 2010 s. 8. Även den finska staten blev stämd av de drabbade fiskarna, en rättsprocess som slutade i det nedan nämnda rättsfallet från *Alatulkkila and others v. Finland* från Europadomstolen.

³⁴ Debatten fördes omkring 1995 och det var främst Bertil Bengtsson som förespråkade att 2:18 RF innebar en utökad ersättningsrätt på miljöskyddsområdet, en uppfattning som bl.a. Gabriel Michanek argumenterade emot, se Markägare med rätt att döda. Miljö-rättslig tidskrift 1995 s. 195.

medför inskränkningar i markanvändningen, inte som en ersättningsregel för direkt tillämpning i domstol. Enligt domstolen var det vidare tydligt dels att lagtexten inte återspeglar lagstiftningens syften, dels att ett antal förbehåll gäller. Det hindrar emellertid inte att ersättningsregeln ändå ger uttryck för en allmän rättsgrundsats. Därefter uttalar domstolen (domen, p. 19, min kursiv):

Som regel medför sådana ingripanden från det allmänna som är motiverade av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl inte någon rätt till ersättning. Ett gemensamt drag för den lagstiftning som ändå ger rätt till ersättning vid sådana rådighetsinskränkningar är tanken att ersättning ska utgå när ingreppet är nödvändigt för att uppnå det önskade resultatet men det vid en avvägning mellan, å ena sidan, arten av det allmänna intresse som ska skyddas och, å andra sidan, ingreppets effekter för den enskilde inte är rimligt att denne ensam ska bära kostnaderna. *När den lagstiftning som möjliggör en rådighetsinskränkning inte kan anses ge någon ledning i ersättningsfrågan*, ligger det nära till hands att motsvarande proportionalitetsbedömning i stället får göras i det enskilda fallet, med beaktande av att ersättning normalt inte utgår vid ingripanden som grundas på t.ex. miljöskyddsskäl. (Jfr här det skydd som gäller enligt Europakonventionen vid rådighetsinskränkningar och här till hörande frågor (...)).

I sådana fall – dvs. när lagstiftningen inte ger ledning – kan därför ersättning utgå om hänsynen till den enskilda kräver det, t.ex. om restriktionerna beror på omständigheter utanför den drabbades kontroll och de slår särskilt hårt (20). Därefter går domstolen över till bedömningen i fallet. Då varken 1971 års gränsälvöverenskommelse mellan Finland och Sverige, 1997 års förordning eller fiskelagen ger någon ledning för bedömningen, får frågan om ersättning avgöras utifrån den allmänna rättsgrundsatsen enligt ovan (22). Sedan konstaterar HD att allmänt sett måste den enskilda räkna med att få tåla inskränkningar i fiskerätten som är motiverade av fiskevårdande forskrifter. Vidare låg angelägna miljöskäl till grund för föreskrifterna i Torne älv. *Emellertid syftade föreskrifterna närmast till att bevara miljön, inte till att avvärja risker för denna*. Till detta kom att de klagandena hade bedrivit fiske i området under lång tid och att de hade inrättat sin ekonomi efter detta. *De hade heller ingen möjlighet att förutse begränsningar i fisket när de en gång hade förvärvat fastigheterna till vilka fiskerätten var knuten* (23). Dessutom *medförde fiskerestriktionerna ett så väsentligt ingrepp i deras verksamheter att det måste anses råda ett klart missförhållande mellan det allmännas fördel och den*

belastning som dessa medförde för fastighetsägarna. Sammantaget menar därför HD att sådana inskränkningar rimligen inte kan göras utan ersättning (24), varför staten ska kompensera kärandena för fiskeförbudet t.o.m. 2010. När det gällde bedömningen av skadans storlek konstaterar domstolen bara att staten inte kan freda sig med att åberopa sin egen försummelse. Jag förstår uttalandet som att skadebedömningen ska göras mot de förhållanden som rådde före 1987 års olagliga föreskrifter.

Avgörandet väckte omedelbara reaktioner. Lantbrukarnas riksförbund menade att domen har stor principiell betydelse. Skogsägare och lantbrukare som i dag inte kompenseras för liknande begränsningar kan nu komma att få ersättning, t.ex. då föreskrifter för vattenskyddsområden tvingat dem att sluta använda bekämpningsmedel eller gödsel på sina marker. Andra bedömare var av givna skäl mera försiktiga.³⁵ Bertil Bengtsson har kommenterat domen med att den ingår i en serie av avgöranden som visar på en alltmer aktivistisk inställning i skadestandsfrågor från HD:s sida.³⁶ Fiske- domen – tillsammans med en annan som gällde ersättning för förlust av medborgarskap, meddelad samma dag av samma sits – är emellertid första gången som domstolen dömer ut ersättning grundad direkt på RF.³⁷ Fiskeregleringen i Torne älv har visserligen genererat åtskillig rättspraxis om ersättning, men då har det gällt statens ansvar enligt 3 kap. skadeståndslagen (1972:207) för de olagliga föreskrifterna från 1987. Bengtsson ansåg emellertid att HD:s avgörande har begränsad betydelse för tiden efter 2010, då det ju gjordes klart i RF att ersättning inte utgår för rådighetsinskränkningar av hälso- och miljöskäl.

Själv är jag inte lika övertygad. Utgångspunkten är visserligen att ersättning för hälso- och miljömotiverade rådighetsinskränkningar endast kan utgå i lagreglerade situationer. HD uttalar ju att den ”allmänna rättsgrundsatsen” ska tillämpas i situationer då lagstiftningen inte ger vägledning. Ett inledande problem är emellertid att ”miljöskyddsskäl” inte är en klar avgränsning, vilket också Bengtsson pekar på. HD:s resonemang i den frågan är dessutom kryptiskt, då man skriver att fiskeföreskrifterna syftar till att ”till bevara miljön, inte till att avvärja risker mot denna” Hur ska man förstå det i förhållande till rådighetsinskränkningar som syftar till att rädda den inhemska Östersjölaxen från kollaps? Skillnaden mellan

³⁵ <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=161&artikel=5847061>.

³⁶ Bengtsson, B: Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten. Svensk Juristtidning (SvJT) 2014 s. 431.

³⁷ Högsta domstolen 2014-04-23 i mål nr T 5516-12.

bevarande och riskavvärjning är heller inte särskilt relevant för bedömningen av vad som utgör ”miljöskyddsskäl”. Även andra delar av HD:s domskäl är svårförståeliga, t.ex. när det gäller de klagandes kännedom vid tidpunkten för förvärvet av fastigheterna. Är det inte beroende på när det skedde eller menar domstolen att okunskapen kan inverka på ersättningsrätten även om fastigheten är köpt på 1960-talet då inga sådana restriktioner kunde förutses? Mest kritisk är jag emellertid till att domstolen rakt av påstår att fiskerestriktionerna medför ett så väsentligt ingrepp att ersättning ska utgå. Eftersom uttalandet gjordes som en del av tillämpningen av en allmän rättsgrundsats hade det varit klagande med stöd för ett så radikalt ställningstagande, exempelvis från Europadomstolens praxis. HD erkänner visserligen betydelsen av den praxisen, men direkta referenser saknas och enbart indirekta källor används. Det är olyckligt, särskilt som just torneälvsfisket ju varit uppe till Europadomstolens bedömning. *Alatulkkila and others v Finland* (ECtHR 2005-07-28) gällde 1997 års föreskrifter på den finska sidan och här godtog Europadomstolen regleringen, trots att den inte medförde någon ersättning till dem som drabbades.³⁸ Det kan vara svårt att jämföra fallen, men Europadomstolen gör i målet också en noggrann proportionalitetsbedömning med angivande av olika åtgärder och alternativ. En sådan saknas i HD:s resonemang, som i dessa delar framstår mera som fritt tyckande. En ytterligare sak som saknas i HD:s domskäl är den omvärldsanalys som alltid bör göras vid formuleringen av en allmän rättsgrundsats på ett område som är impregnerat av EU-rätt. Fiskeföreskrifterna i Torne älv var en del i ett större sammanhang, där såväl 1971 års Gränsälvsöverenskommelse som den aktionsplan för Östersjölaxen som utfärdades av IBSFS ingick.³⁹ Numera förvaltas laxfisket genom EU:s gemensamma fiskepolitik och en ny aktionsplan är föreslagen.⁴⁰ Det borde alltså vara en självklarhet i dessa sammanhang att bedöma de EU-rättsliga konsekvenserna av ett resonemang, t.ex. med avseende på reglerna om statsstöd. Sådana överväganden lyser emellertid med sin frånvaro i HD:s domskäl.

³⁸ Se även *Posti and Rahko v. Finland* (ECtHR 2002-09-24) som gällde fiske i Bottenviken.

³⁹ International Baltic Sea Fisheries Commission upphörde 1997, men dess aktionsplan för östersjölaxen gällde till 2006.

⁴⁰ Consultation paper to support the development of a Baltic salmon management plan. European Commission, Bryssel 2009-02-13 (MARE D(2009) 1460 (Annex); http://ec.europa.eu/dgs/maritimeaffairs_fisheries/consultations/baltic_salmon/consultation_document_en.pdf).

9. Slutsatser om kraven och verksamheterna

De förslag som Vattenverksamhetsutredningen presenterar för att anpassa vattenkraftsanläggningar till moderna miljökrav går alltså ut på att länsstyrelserna ska förelägga de verksamheter som har gamla och otidsenliga villkor att ansöka om nytt tillstånd enligt MB. En prioritering efter miljöbehov ska göras i enlighet med en nationell och regional vägledning. Kravet på nyprövning kan omfatta verksamheter med tillstånd enligt VRF, ÄVL och VL, liksom äldre rättigheter. Vid nyprövning ska miljöbalkens allmänna hänsynsregler tillämpas fullt ut, inbegripet rimlighetsavvägningen enligt 2:7 MB. De verksamheter som har tillstånd enligt MB som behöver moderniseras eller anpassas till nya förhållanden ska däremot omprövas efter sedvanligt initiativ av myndigheterna. Vid omprövning ska tillståndshavaren stå för utredningsunderlaget. Ersättning ska inte längre utgå för produktionsförlusten, dock föreslås en övergångstid på fem år efter det att de nya reglerna träder i kraft. Om en nyprövning medför att en verksamhet inte längre kan bedrivas eller avsevärt försvåras och det inte är rimligt att tillståndshavaren ska behöva tåla detta kan ersättning utgå under en övergångstid på tio år efter reglernas ikraftträdande.

Det bör noteras att det också har rests invändningar mot den föreslagna ordningen från miljövårdsintressena. Man pekar på att det inte finns någon absolut sluttid för nyprövningen och att den långsamma domstolsprocessen kommer att göra att processen tar många år att genomföra. Sverige kommer därför inte att hinna anpassa sina vattenförekoster till RVD:s krav på god ekologisk status i tid.⁴¹ Det ligger det mycket i den kritiken, särskilt om vi ser till historien om det svenska genomförandet av EU-regler på miljöområdet. Hur det blir den här gången beror emellertid på den politiska viljan och vilka resurser som statsmakterna väljer att satsa. Att förslagen däremot skulle medföra så stora krav eller snabb omställning för vattenkraften att de kan strida mot EKMR menar jag emellertid är taget ur luften. Det finns som framgått ovan inget stöd för en sådan slutsats i Europadomstolens rättspraxis. Som framgått ovan, har både den domstolen och EU-domstolen istället betonat att begränsningar kan göras i egendomsrätten om de är motiverade av ett miljöskyddsskäl och att ingreppet inte medför en orimlig belast-

⁴¹ Se särskilt Joakim Kruses särskilda yttranden i de två betänkandena. Kruse är biträdande vattenvårdsdirektör för Vattenmyndigheten Bottenhavet.

ning för den enskilda. Här bör det betonas att de vattenverksamheter som nyprövas kommer att ställas inför de allmänna miljökrav som följer av MB:s hänsynsregler och orimliga resultat kommer att kunna hanteras inom ramen för 2:7. Enligt den praxis som utvecklats på miljöområdet tar man normalt sett större hänsyn till befintliga verksamheter genom att de får längre tid på sig för att genomföra nya villkor. Det är emellertid karakteristiskt för det tonläge som råder i den svenska vattenrättsdebatten att man tar till påståenden om brott mot EKMR. I sammanhanget är det anmärkningsvärt att Advokatsamfundet – som ju ska representera något slags kvalificerad juridisk sakkunskap på rättighetsområdet – lånar ut sig till en sådan argumentation. Samfundet menar att utredningen drar alltför långt gångna slutsatser ur *Fredin-fallet*, men anger inga andra rättsfall som pekar i motsatt riktning. Det hade varit välkommet, särskilt Europadomstolen använder just det rättsfallet återkommande när frågan om rådighetsinskränkningar i givna tillstånd kommer på tal. Min slutsats av domstolens rättspraxis är att det är förenligt med artikel P1-1 EKMR att ställa moderna miljökrav på pågående verksamheter med tillstånd under förutsättning att det kan motiveras av tungt vägande allmänintressen – vilket miljöskäl regelmässigt anses vara – och tillståndshavarnas berättigade förväntningar respekteras. Det senare kan ske med tidsfrister eller – i kvalificerade fall – ersättning till dem som drabbas.

I detta sammanhang är det också intressant att diskutera regeln i 24:5 som säger att en omprövning inte får vara så ingripande att verksamheten inte längre kan bedrivas eller avsevärt försvåras. Begränsningen har diskuterats av flera utredningar och det kan nu sägas råda konsensus om att den inte går att tillämpa i EU-rättsliga sammanhang. Industriutsläppsutredningen – som hade i uppgift att föreslå regler för implementeringen av IED i Sverige – föreslog därför tillägget ”om inte annat följer av EU-rätten”.⁴² Vattenverksamhetsutredningen pekade på att begränsningen medför att miljörättsliga kravregler inte kan få genomslag vid omprövning och delade uppfattningen att den inte är förenlig med EU-rätten. Man ville emellertid ändå inte att den skulle avskaffas, eftersom den utgör ett visst skydd för den enskilda tillståndshavaren. Dessutom är de svenska domstolar ändå skyldiga att bortse från den om tillämpningen

⁴² Utredningens slutbetänkande var SOU 2011:86 Bättre miljö – mindre utsläpp. Uppdraget var att genomföra Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/75/EU av den 24 november 2010 om industriutsläpp (samordnade åtgärder för att förebygga och begränsa föroreningar) i Sverige.

skulle strida mot EU-rättsliga krav. För egen menar jag att Industriutsläppsutredningens förslag är svårt att tillämpa, då det mesta inom rättsområdet är EU-rätt och det kommer att uppstå en mängd besvärliga gränsdragningar mot den ”renodlade” nationella rätten. Här som annars är det enklast att ha en gemensam ordning för all slags miljö rätt. Jag anser vidare att Vattenverksamhetsutredningens förslag alls inte håller. Även om EU-rätten ger valfrihet till nationella lösningarna i medlemsstaterna, ställs ändå ett krav på transparent genomförande i enlighet med de kriterier som EU-domstolen upprepar gång på gång (min kursiv):⁴³

The transposition of a directive into domestic law does not necessarily require that its provisions be incorporated formally and verbatim in express, specific legislation; *a general legal context may*, depending on the context of the directive, *be adequate for the purpose*, provided that it does indeed *guarantee the full application of the directive in a sufficiently clear and precise manner* so that, where the directive is intended to create rights for individuals, *the persons concerned can ascertain the full extent of their rights* and, where appropriate, rely on them before the national courts.

Beroende på omständigheterna kan det alltså vara tillräckligt med en ”rättslig ram” för de EU-rättsliga kraven, men den fulla implementeringen måste vara säkerställd och de berörda ska kunna se vad det är som gäller. Man kan diskutera hur vid den rättsliga ramen är, t.ex. när det gäller definitioner av unionsrättsliga begrepp. En helt annan sak är emellertid att ha en regel som direkt strider mot EU-rätten och mena att den ändå inte får tillämpas av myndigheter och domstolar. Det är givetvis inte en ”rättslig ram” för bestämmelsen. I det här sammanhanget bör också påpekas att de ”rättigheter” som EU-domstolen talar om ovan inte har något att göra med EKMR:s motsvarande begrepp. Här avses istället de processuella möjligheterna att komma till tals för att försvara de intressen som skyddas i EU-rätten. Och, som numera är klargjort i rättspraxis, inom miljö rätten försvarar miljöorganisationerna per definition de allmänna intressena.⁴⁴ Den allmänhet som berörs av vattenverksamheterna – inklusive miljöorganisationerna – ska följaktligen kunna se vad det är som gäller vid omprövning, särskilt som de har rätt att överklaga både

⁴³ C-59/89 *TA Luft II* [1991], para 18.

⁴⁴ C-115/09 *Trianel* [2011], para 48, se Darpö, J: Rätten att klaga på miljöbeslut i EU-rättslig belysning. Del 1: Svensk rättspraxis om talerätten enligt miljöbalken i ljuset av nya avgöranden av EU-domstolen. *Europarättslig Tidskrift* 2013 s. 217.

tillsynsmyndigheternas beslut om att inte inleda omprövning och själva omprövningsbeslutet.⁴⁵ Sammanfattningsvis menar jag därför att begränsningsregeln i 24:5 måste avskaffas. Den hänsyn till tillståndshavarna som utredningarna hänvisar till kan tas inom ramen för den allmänna skälighetsregeln i 2:7 MB.

10. Tidsfrist och/eller ersättning?

Jag menar alltså att den föreslagna ordningen med nyprövning/omprövning med tidsfrister lever upp till de grundläggande kraven på att de berörda verksamhetsutövarnas intressen måste beaktas, samtidigt som en anpassning till moderna miljökrav kan ske. Det bör emellertid också finnas en ersättningsrätt för särskilda situationer. Normalt bör dock ersättning inte kunna komma fråga för verksamheter som bedrivs med stöd av äldre rättigheter eller domar från tiden före 1918 års VL. Här är det tillräckligt med en tidsfrist för när kraven senast ska vara genomförda. Med tanke på att den svenska prövningsprocessen tar mycket lång tid bör fristen kunna sättas till fem år och ändå innebära att miljömyndigheterna börjar meddela förelägganden om nyprövning snart efter det att reglerna trätt i kraft.

När det sedan gäller ersättningsfrågan är det tillfredsställande att det har börjat tränga ned en medvetenhet om det problematiska i att betala ersättning till verksamhetsutövare för att de ska leva upp till miljörättsliga och EU-rättsliga krav. Utredningen om ersättning vid rådighetsinskränkningar gick t.o.m. så långt att den ifrågasatte om inte den nya regeln i expropriationslagen som innebär att vi betalar 125 % ersättning vid rådighetsinskränkningar strider mot unionsrätten. När det sedan gällde statsstöd hänvisade man till kommissionens riktlinjer, där det bl.a. framgår att sådant får ges endast om åtgärderna leder till en miljöskyddsnivå som är högre än den som hade uppnåtts utan stödet och de positiva effekterna överväger de negativa effekterna i fråga om snedvridning av konkurrensen. Som exempel på tillåtet statsstöd nämns stöd till åtgärder som går längre än unionsnormerna, höjer nivån på miljöskyddet i avsaknad av sådana normer eller som är till för tidig anpassning till framtida nor-

⁴⁵ Se artikeln ovan om klagorätten med hänvisning till rättsfallen MÖD 2011:46, MÖD 2012:47 och MÖD 2012:48.

mer.⁴⁶ Utredningens analys av mötet mellan unionsrätten och de svenska reglerna är emellertid inte särskilt djupgående och i slutändan avfärdar man problematiken med att det nog aldrig blir skarpt läge eftersom miljökraven oftast ställs genom direktiv.⁴⁷ Samma inställning presenteras av Vattenverksamhetsutredningen.⁴⁸ Utan att gå in på frågan närmare, tror jag det är att underskatta kraften i det unionsrättsliga förbudet mot olagligt statsstöd. Om vi systematiskt ersätter verksamhetsutövare vid ny- eller omprövning för genomförandet av kraven enligt RVD eller AHD, kommer givetvis kommissionen att reagera.⁴⁹ Frågan bör alltså analyseras mera ingående, men det får anstå till senare tillfälle.

Även i andra avseenden är SOU 2013:59 mindre tydlig i diskussionen om när det kan bli aktuellt med ersättning för miljökrav. Jag kan hålla med om många av de slutsatser som dras, men har problem med de underliggande resonemangen. Utredningen har läst lagstiftningen och förarbetena och sedan diskuterat frågorna utifrån det materialet. Därmed har man missat att ersättningsreglerna ofta har historiska och – inte minst – politiska förklaringar. Exempel på det senare finns t.ex. när det gäller olikheter i reglerna om ersättning vid utbrott av smittsamma djursjukdomar. En bestämmelse som är omöjlig att förstå utan sin historiska bakgrund är ersättningen för inskränkningar av markanvändningen kring ett vattenskyddsområde. Dessa regler utvecklades för mer än 50 år sedan inom vattenrätten och ansågs ursprungligen vara en form av servitut till förmån för vattentakten. Som bekant ersätter man den ”tjänande” fastigheten i sådana sammanhang. Föreskrifterna i vattenskyddsområdena innehåller vanliga miljöskyddsåtgärder som förbud mot att lagra kemikalier, försiktig med besprutning och gödsling. Hade utredningen bara höjt blicken något, hade man insett det självklara – inte minst mot bakgrund av grundläggande miljörättsliga principer som försiktighetsprincipen och PPP som man annars hänvisar till – dvs. att för rådighetsinskränkningar som dessa ska samhället givetvis inte betala ersättning. Vidare förs resonemangen om tillstånd helt utan tidsfaktorn beaktas. Därmed missar man att det är stor skillnad mellan att ställa nya krav på en verksamhet efter

⁴⁶ SOU 2013:59 s. 71 f. med hänvisningar till Gemenskapens riktlinjer (2008/C 82/01) för statligt stöd till miljöskydd.

⁴⁷ SOU 2013:59 s. 115.

⁴⁸ SOU 2013:69 s. 261.

⁴⁹ Såvitt jag känner till har redan en kommunikation om detta inletts under EU Pilot. Närmare detaljer om detta är emellertid svårt att få fram, då ju dessa numera regelmässigt hålls hemliga.

tre eller fem år efter tillståndet meddelades, jämfört med att ställa dessa på en verksamhet som bedrivits med oförändrade villkor i 30 eller 50 år. Ganska ofta använder utredningen uttrycket ”naturlig” som grund för sina bedömningar, vilket är svårt att förhålla sig till. Man påstår vidare att det inte är ”rimligt” att den enskilda tillståndshavaren får bära kostnaden för att den allmänna opinionen har svängt eller för att tillståndsmyndigheten har missbedömt en risk.⁵⁰ Det tycker jag är en fråga som är svår att ta ställning till utan att känna till andra aspekter, som exempelvis tidsfaktorn, vad slags verksamhet det är frågan om, investeringscyklarna inom branschen, osv. Man kan onekligen också anlägga ett motsatt synsätt, vilket illustreras av det tyska beslutet att avveckla kärnkraften efter Fukushima. Här menar regeringen att det bör ske utan ersättning till de inblandade företagen, trots att villkoren har ändrats sent och ganska dramatiskt.⁵¹ Grunden för den inställningen är en tanke om ett gemensamt ansvar som innebär att alla aktörer ska vara med och dela på bördorna när samhällsvärderingarna ändras. Nu har givetvis de inblandade företagen utmanat beslutet i Författningsdomstolen och vi vet inte hur det står sig. Den underliggande idén är emellertid förankrad i miljörettsdiskussionen i Tyskland och den är intressant att använda som jämförelse.⁵²

Mina invändningar gäller som sagt främst de underliggande resonemangen i utredningen. Däremot håller jag med i slutsatsen att ersättningsrätten vid omprövning av vattenverksamhet bör tas bort, liksom jag håller med Vattenverksamhetsutredningen om att ersättning bör kunna ges för nyprövning/omprövning av vissa situationer under en övergångsperiod. Låt mig ge några hållpunkter för en sådan lösning. Till att börja med bör förutsättningarna vara stränga och inte täcka situationer då tillståndshavaren fått tid på sig till anpassning till de grundläggande miljökraven, vilket också är Vattenverksamhetsutredningens inställning. Till skillnad från utredningen anser jag emellertid att ersättningsmöjligheten bör ges i administrativ ordning med sedvanliga möjligheter att överklaga till miljödomstol. Rätt utformad kan nämligen en sådan lösning erbjuda klara fördelar jämfört med ersättningstalan i domstol. En är att rätte-

⁵⁰ SOU 2013:59 s. 136.

⁵¹ Se Lindell, H: Ersättningsrättens gränser vid ingrepp i tillstånd till kärnteknisk verksamhet. Examensuppsats vt-14 vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet. <http://uu.diva-portal.org/smash/searchlist.jsf?searchId=1>.

⁵² Se Winter, G: The Rise and Fall of Nuclear Energy Use in Germany: Processes, Explanations and the Role of Law. *Journal of Environmental Law (JEL)*, January 24, 2013. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2209027>.

gångskostnadsreglerna i den sedvanliga processen kan vara synnerligen processdrivande. De bygger nämligen på att den som begär ersättning har rätt att få sina ombudskostnader täckta i första instans, i stort sett oavsett hur ogrundad talan är.⁵³ Erfarenheterna visar att det allmänna därmed försätts i en utpressningssituation. Med en administrativ ordning kan lagstiftaren också ta ett helhetsgrepp på frågan om reglerna är förenliga med EU-rätten. Har man istället en allmän regel som grund för ersättningsanspråken blir det domstolarna som från fall till fall ska göra den bedömningen, vilket inte främjar det systematiska angreppssätt som måste användas i dessa sammanhang. En administrativ ordning bör också kunna bygga på att ersättning utgår med skäligen belopp och därmed bör man kunna gå ifrån den kontroversiella 125 %-regeln. Det finns slutligen heller inget som hindrar att man i ett sådant ersättningssystem bygger in fonder och stödpaket för att underlätta anpassningen till miljökraven, givetvis under förutsättning att de är förenliga med unionsrätten.

11. Slutord

I artikeln har jag diskuterat några grundläggande frågor om mötet mellan gamla vattenrättsliga tillstånd och nya miljökrav. Ambitionen har varit att belysa två saker; dels att de allmänt formulerade farhågorna för att en ordning som bygger på nyprövning av otidsenliga tillstånd skulle strida emot EKMR är grundlösa, dels att den vattenrättsliga diskussionen måste föras med ett tydligare EU-rättsligt perspektiv. Förhoppningen är att artikeln kan bidra till en mera sansad debatt. Det börjar nämligen bli hög tid att gå vidare till andra frågor kring vattenverksamheterna, där det finns ett angeläget behov av analys och konstruktiv diskussion. I artikeln flaggar jag för att mötet mellan EU:s statsstödsregler och miljöbalkens ersättningsregler är en sådan. En annan kan vara att jämföra användningen av tidsbegränsade tillstånd i olika rättssystem, kanske i en nordisk komparation. Det nationella genomförandet av EU:s s.k. ålförordning (1100/2007) är också intressant. Den har i Sverige implementerats genom en frivillig avsiktsförklaring från de inblandade vattenkraftsbolagen, vilket bör diskuteras mot bakgrund av det unionsrättsliga kravet på en tydlig rättslig ram. Många av frågorna rör RVD och flera av de farhågor

⁵³ Se MÖD 2003:75 för en illustrativ belysning av de låga krav som ställs på att käranden ska anses ha "tillräckliga skäl" att inleda rättegång och därigenom få sina kostnader ersatta av det allmänna.

som har uttalats om det svaga genomförandet av miljökvalitetsnormerna för vatten bör utredas och diskuteras vidare. Så sker visserligen redan idag inom forskningsprogrammet SPEQS med deltagare från flera universitet och discipliner.⁵⁴ Programmet är emellertid begränsat till vissa delområden, varför det fortsatta forskningsbehovet är stort och långsiktigt.

⁵⁴ <http://www.speqs.se/forskning/>.

