

Gabriel Michanek*

EU:s adaptiva vattenplanering och svenska miljörättsliga traditioner**

1 Inledning¹

När EU antog ramvattendirektivet år 2000,² var syftet inte bara att samordna den tidigare splittrade vattenlagstiftningen inom EU utan också att uppnå en hållbar förvaltning av vattenresurserna: ”Vatten är ingen vara vilken som helst utan ett arv som måste skyddas, försvaras och behandlas som ett sådant.”³ Det centrala verktyget blev adaptiv planering av avrinningssystem.⁴ En logisk följd av den vidgade målsättningen var att ytvattenkvalitet skulle bestämmas utifrån såväl kemisk som ekologisk status.⁵ Därför inriktas vattenförvaltningen nu mot såväl förorenande

* Professor i miljö rätt, Juridiska institutionen, Uppsala universitet.

** *Lov, liv och laere: Festskrift til Inge Lorange Backer* (eds. Bugge H. C., Indreberg H., Syse A., Tverberg, A. Universitetsforlaget, Oslo (2016), s. 352–365.

¹ Ett varmt tack till de kollegor i miljö rätt som lämnat synpunkter. Uppsatsen tar upp en del av resultaten från forskningsprogrammet Systems Perspective on Environmental Quality Standards, som finansieras av Naturvårdsverkets miljö forskningsanslag.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23. oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område, (nedan: ramvattendirektivet).

³ Ramvattendirektivet, preambeln (1). Se närmare om EU:s vattenrättsliga utveckling, Jans J-H och Vedder, H-HB; *European Environmental Law After Lisbon*, fjärde uppl., Europa Law Publishing 2011, s. 391 ff.

⁴ Nedan, 2.

⁵ Direktivet är även tillämpligt på grundvattenstatus, som dock inte tas upp i denna uppsats.

verksamhet som olika slags fysiska ingrepp som kan skada den akvatiska ekologin, såsom åtgärder vid vattenkraftutvinning. Ramvattendirektivet är en del i genomförandet av EU:s mål att stoppa förlusten av biodiversitet fram till 2020. I denna uppsats behandlas inte bara kemisk utan även ekologisk ytvattenstatus. Uppsatsen knyter därmed an till en central del av Inge Lorange Backers rättsvetenskapliga forskning, om konflikter mellan mänsklig aktivitet (inte minst vattenkraftsutbyggnad) och skyddet för biologisk mångfald.⁶

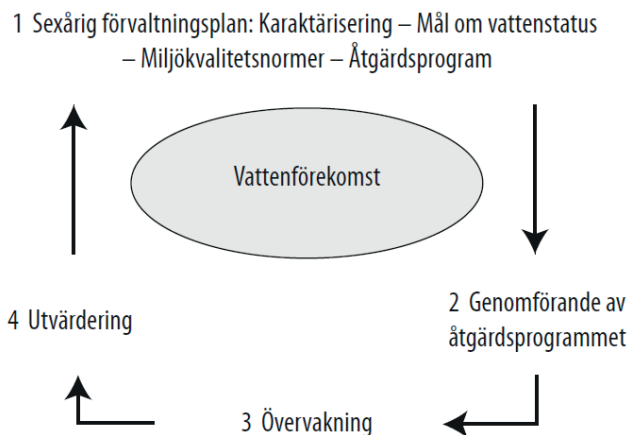
Uppsatsens syfte är att ta upp några kontroversiella frågor kring det svenska genomförandet av ramvattendirektivet, där miljöbalken (MB) har en central roll, och att visa hur en adaptiv planering svårigen kan genomföras i ett land med rättsliga traditioner att starkt skydda verksamhetsutövares ställning. Efter en kort bakgrund om ramvattendirektivet diskuteras frågor om ”genomförandeunderskott”,⁷ med fokus på omprövning av tillstånd, vissa särskilda frågor som rör vattenkraftverksamhet samt åtgärdsprogrammets roll i förhållande till individuell kontroll av olika verksamheter.

2 Ramvattendirektivets adaptiva planering

Bakgrunden till en adaptiv vattenplanering är att vi aldrig vet säkert hur ett vattenområde kommer att förändras på grund av olika närliggande verksamheters påverkan, långväga föroreningar, klimatförändringar m.m. Till detta kommer att naturvetenskaplig kunskap om t.ex. akvatiska ekosystem förändras över tiden. Ramvattendirektivets adaptiva planering är en rättsligt reglerad ordning för att identifiera förändringar och därefter anpassa samhälleliga åtgärder så att miljömål kan nås. Särskilda vattenmyndigheter har huvudrollen i planeringen och ansvarar för att förvaltningsplaner upprättas vart sjätte år.

⁶ Se särskilt Backer, I.L. *Naturvern og naturinngrep, Forvaltningsrettslige styringsmidler*, Universitetsforlaget, Oslo 1986 (doktorsavhandling). Här analyseras bl.a. kontroll av norsk vattenkraftsutbyggnad utifrån förvaltningsrättsligt perspektiv. Backer ledde även den utredning som lade grunden till 2009 års norska naturmangfoldlov, se NOU 2004: 28, Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold (Naturmangfoldloven).

⁷ Termen ”genomförandeunderskott” användes ofta av Staffan Westerlund, se t.ex. Westerlund, S.; *En hållbar rättsordning, rättsvetenskapliga paradigmer och tankevändor*, Iustus förlag, Uppsala 1997, kap. 5.



Det första steget i planeringscykeln innebär att vattenstatusen karaktäriseras. Den *kemiska* statusen anges som "god" eller "uppnår ej god" utifrån miljökvalitetsnormer antagna av EU.⁸ Fastställandet av *ekologisk* status sker mot bakgrund av olika kvalitetsfaktorer, primärt biologiska (sammansättning och förekomst m.m. av vissa akvatiska arter), men även fysikaliskt-kemiska (såsom variation i floddjup och koncentration av näringsämnen). Den lägsta av de biologiska och fysikaliskt kemiska kvalitetsfaktorerna avgör i vilken statusklass vattenförekomsten ska placeras: "hög", "god", "måttlig", "otillfredsställande" eller "dålig".⁹

Därefter fastställs mål för varje vattenförekomst.¹⁰ "God" kemisk och ekologisk vattenstatus ska enligt huvudregeln nås år 2015, men tidpunkten kan skjutas fram och undantaget har använts av medlemsstaterna i många fall. Det finns även flera andra undantag, såsom att vattenförekomster som är konstgjorda (t.ex. grävda kanaler) eller kraftigt modifierade (t.ex. utbyggda älvar) endast behöver nå "god ekologisk potential" (men även här god kemisk status). Miljökvalitetsnormer preciserar målen. Direktivet har sådana endast för kemisk status. Sverige har dock valt

⁸ Europarådets och Parlamentets direktiv 2008/105/EG av den 16. december 2008 om miljökvalitetsnormer inom vattenpolitikens område, samt miljökvalitetsnormer enligt vissa andra EU-direktiv, ramvattendirektivet, artikel 2 (24).

⁹ Ramvattendirektivet, bilaga V, 1.4.2 i). När det gäller "hög" ekologisk status inverkar även hydromorfologiska faktorer (vattenflödets kvantitet och dynamik etc.) som stöd för de biologiska.

¹⁰ Utgångspunkten är ramvattendirektivet, artikel 4.

att anta även ekologiska miljökvalitetsnormer, som verktyg för att nå god ekologisk status.¹¹ Det finns även andra viktiga miljömål i direktivet, såsom att vattenförekomsternas status inte ska försämrast.

Åtgärdsprogram konkretiserar genomförandet av målen och miljökvalitetsnormerna. Programmet ska bl.a. innehålla ”åtgärder för att främja en effektiv och hållbar vattenanvändning för att undvika att uppnåendet av de mål som anges i artikel 4 äventyras”.¹² För att uppnå god kemisk och ekologisk vattenstatus och en icke-försämring av gällande vattenstatus, enligt artikel 4, kan programmet ange konkreta åtgärder i form av t.ex. utsläppsreduktioner, minskat läckage från jordbruk och anordnande av faunapassager vid dammar. Åtgärdsprogram kan även ange övergripande åtgärder i form av t.ex. myndighetsplanering i visst avseende.

Nästa steg är genomförandet av åtgärderna (diskussionen i de följande avsnitten handlar främst om denna fas). Genomförandet ska övervakas av berörda myndigheter och rapporteras till vattenmyndigheterna. Efter en utvärdering av genomförandet och av aktuell vattenstatus bedöms behov av eventuella förändringar inför nästa förvaltningsplan, såsom skarpare åtgärdsprogram.¹³ Detta är den adaptiva funktionen i vattenplaneringen. Den innebär i sin tur att medlemsstaten måste ha ett nationellt rättsligt system för att möta nya miljökrav.

3 Genomförandet av direktivet i Sverige

3.1 Inledande synpunkter

Det finns en rättslig diskussion i flera medlemsstater om ramvattendirektivets innehåll, ändamålsenlighet och implementering,¹⁴ så även i Sverige.¹⁵ Kritik har riktats mot att direktivet är svåröverskådligt, att flera av

¹¹ Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter, HVMFS 2013:19.

¹² Se vidare ramvattendirektivet, artikel 2.11.

¹³ Ramvattendirektivet, artikel 11.5.

¹⁴ Se t.ex. Uitenboogaart, Y., van Kempen, J.J.H. Wiering, M.A. och van Rijswijk, H.F.M.W; *Dealing with Complexity and Policy Discretion – A comparison of the Implementation Process of the European Water Framework Directive in Five Member States*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009 och Ekelund-Entson, M. och Gipperth, L.; *Mot samma mål? Implementeringen av EU:s Ramdirektiv för vatten i Skandinavien*, Juridiska institutionens skriftserie, Göteborgs universitet, 2010.

¹⁵ Se t.ex. Bjällas U. och Fröberg M.; *Är målen i EU-direktiven som rör vatten genomförda på ett juridiskt korrekt sätt i svensk rätt och kan genomförandet anses funktionellt?* Rapport till Miljömålsberedningen 29. mars 2013 (nedan Bjällas och Fröberg). Se även den kri-

reglerna är svårlästa och att det finns flera specifika begrepp som, liksom vissa andra regler, är svårtolkade.¹⁶ Det råder också olika uppfattningar om hur vissa av reglerna ska tolkas. Den samlade bedömningen av kvalitetsfaktorerna för ekologisk status är komplicerad och kräver naturvetenskaplig kompetens. Säkert kan alltså direktivet, och motsvarande nationella regler, leda till svårigheter vid tillämpningen.

I Sverige försvåras genomförandet av att ytvattenförekomsterna i inlandet är många och havskusten lång. Samtidigt kräver direktivet en vattenförvaltning av geografiskt små enheter. Trots att direktivet utgår från hela *avrinningsområden*,¹⁷ ska karaktärisering, bestämmande av mål och miljökvalitetsnormer samt utformning av åtgärdsprogram relateras till *ytvattenförekomster*. En sådan definieras som "en avgränsad och betydande ytvattenförekomst som till exempel en sjö, ett magasin, en å, flod eller kanal, ett vatten i övergångszon eller en kustvattensträcka".¹⁸ Ytterligare differentiering sker med stöd av bilaga II i direktivet, med följd att en ytvattenförekomst ofta utgör en del av en sjö, del av ett vattendrag etc. Fragmentiseringen i dessa relativt små geografiska enheter kan medföra att förvaltningen blir tidskrävande och att miljöproblem som rör hela avrinningsområden, eller flera sammanhängande vattenförekomster, inte hanteras effektivt.¹⁹

Organisationen av vattenförvaltningen är omdiskuterad. Fem vattenmyndigheter ansvarar för att utforma förvaltningsplanerna och trots samarbete kan de ha olika uppfattning om hur direktivet och berörd svensk

tiska analysen av rapporten i Olsen Lundh, C.; Miljökvalitetskrav eller miljökvalitetsnormer, *Nordisk miljörättslig tidskrift* 2014: 2 (nedan Olsen-Lundh), s. 61 ff.

¹⁶ Ett exempel är definitionen av "miljökvalitetsnorm", som har fått olika betydelser i olika språkliga versioner (som bindande gränsvärde respektive riktvärde); ramvattendirektivet, artikel 2.35. Bjällås och Fröberg, s. 15, anser att det är "få direktiv som uppvisar så många tolkningsproblem som ramvattendirektivet gör".

¹⁷ Ramvattendirektivet, artikel 2.13 definierar avrinningsområde: "landområde från vilket all ytvattenavrinning strömmar genom en sekvens av åar, floder och, möjligen, sjöar till havet vid ett enda flodutlopp, eller vid en enda flodmynning eller ett enda delta".

¹⁸ Ramvattendirektivet, artikel 2.10.

¹⁹ Se närmare Josefsson H.; Assessing Aquatic Spaces of Regulation: Key Issues and Promising Solutions, *Nordisk miljörättslig tidskrift*, 2014:3, s. 23 ff. En annan kritik mot direktivet är att bestämningen av ekologisk status utgår från ett ursprungligt (i det närmaste opåverkat) tillstånd; se Josefsson H. och Baaner L.: The Water Framework Directive – A Directive for the Twenty-First Century? *Journal of Environmental Law* 23:3, s. 463 ff.

lagstiftning ska tolkas.²⁰ Behovet av enhetlig rättstillämpning talar för att de slutliga besluten om förvaltningsplanen borde ligga på central statlig nivå, efter beredning regionalt. Den centrala myndigheten borde även kunna fördela ekonomiska resurser till de myndigheter och kommuner som ska genomföra åtgärderna enligt programmet och på så sätt ta ett politiskt/ekonomiskt ansvar för programmet. Vattenmyndigheterna har ingen sådan befogenhet idag.

3.1 Adaptiv planering möter svenska tillståndsrättskraft

Ramvattendirektivet ställer krav som är främmande för svensk miljörättslig tradition. Hit hör den adaptiva vattenplaneringen (jfr figur ovan). För att målen om god kemisk och ekologisk status ska nås, kan åtgärdsprogram behöva skärpas efter hand, något som i sin tur kan medföra att nya rättsliga krav måste riktas mot verksamhetsutövare. Mot detta står verksamhetsutövarers intresse av att tryggt kunna driva verksamheten. Detta intresse är särskilt tydligt när verksamheten har tillstånd.

Tillstånd till "miljöfarlig verksamhet" (gruvor, fabriker och andra anläggningar av en viss storlek) och "vattenverksamhet" (dammar, vattenregleringar m.m.) har rättskraft, som enligt huvudregeln hindrar myndigheter och enskilda från att ställa ytterligare miljökrav.²¹ Tillstånden meddelas normalt utan tidsbegränsning. Särskilda regler om omprövning av tillstånd och villkor bryter dock rättskraften. Tillstånd kan återkallas helt under särskilda förutsättningar,²² men i första hand ska tillståndsvillkoren kunna uppdateras och skärpas efter vad som bedöms skäligt. Det ska kunna ske tio år efter att tillståndet meddelades, eller tidigare under vissa förutsättningar, såsom om en miljökvalitetsnorm enligt ramvattendirektivet inte följs eller om förhållandena i omgivningen ändrats väsentligt.²³ Reglerna ger således vissa formella grundförutsättningar för att genomföra en adaptiv vattenförvaltning.

Verkligheten ser dock annorlunda ut. Naturvårdsverket, länsstyrelsen och i vissa fall kommunerna ansvarar för att omprövning av tillstånd till

²⁰ Inför den första förvaltningsplanen 2009 fanns under en period olika syn bland vattenmyndigheterna på det rättsliga stödet för att införa ekologiska miljökvalitetsnormer.

²¹ 24 kap. 1 § MB.

²² 24 kap. 3 § MB. Regeln tillämpas ytterligt sällan i praktiken.

²³ Se vidare 24 kap. 5 § MB, där även andra situationer anges som förutsättning för omprövning.

miljöfarlig verksamhet sätts igång.²⁴ Naturvårdsverket har ett särskilt ansvar för stora anläggningar, men driver mycket få ärenden. Det framgår av en statlig utredning 2008 att en omprövning av Landvetters flygplats slutfördes 2006 och att inga nya omprövningar påbörjades 2006 och 2007.²⁵ Omprövningen av Landvetter var enligt utredningen den enda som Naturvårdsverket initierat sedan 1996.²⁶ Kontakter med Naturvårdsverket 2015 tyder på att inga omprövningar initierats efter 2007.²⁷

Omprövningstakten är låg även hos länsstyrelserna. Enligt punkt 28 i åtgärdsprogrammen för vart och ett av de fem vattendistrikten, ska länsstyrelserna vid behov verka för omprövning av befintliga tillståndspliktiga verksamheter som kan inverka på vattenmiljön, ”särskilt i områden med vattenförekomster som inte uppnår, eller riskerar att inte uppnå, god ekologisk status eller god kemisk status”.²⁸ Det finns gott om sådana vattenförekomster i Sverige. På hemsidan ”Miljösamverkan Sverige” (där bl.a. länsstyrelserna ingår) framgår med anledning av punkt 28: ”Att tillsynsmyndigheten initierar en omprövning av en tillståndspliktig verksamhet är relativt sällsynt.”²⁹ Såväl Naturvårdsverket som länsstyrelserna anger resursbrist som orsak till den låga omprövningstakten.³⁰ Länsstyrelserna framhåller att i ”tider då tillsynsmyndigheten har svårt att hinna hantera inkommande ärenden blir frågan att driva omprövning i praktiken lågt prioriterad”.³¹ Även om uppgifter saknas kan man utgå från att kommunerna ytterligt sällan kan ha kapacitet att driva omprövningsärenden.

²⁴ 24 kap. 7 § MB. Enskilda sakägare och miljöorganisationer kan begära att myndigheterna initierar omprövning. Om myndigheten beslutar att inte göra så får beslutet överklagas; Mark- och miljööverdomstolen 2011: 46.

²⁵ SOU 2008:62, s. 258.

²⁶ A.a., s. 260.

²⁷ E-post från miljöjurist Björn Thews, Naturvårdsverket.

²⁸ Se t.ex. Åtgärdsprogram 2009–2015 för Bottenhavets vattendistrikt, p. 28. <http://www.vattenmyndigheterna.se/SiteCollectionDocuments/sv/bottenhavet/beslutsdokument/beslut-2009/atgardsprogram-2009-2015.pdf>.

²⁹ <http://www.miljosamverkansverige.se/Sv/tillsynmknvatten/tillsyn/Pages/omprovning.aspx>. Jfr SOU 2008:60, s. 271.

³⁰ SOU 2008:62, s. 260. Naturvårdsverket beräknade att omprövningen av Landvetters flygplats tog i anspråk 50 personveckor.

³¹ <http://www.miljosamverkansverige.se/Sv/tillsynmknvatten/tillsyn/Pages/omprovning.aspx>.

Genomförandet av IPPC-direktivet³² belyser de praktiska svårigheterna att uppdatera miljöteknik i gamla anläggningar. När MB trädde i kraft 1999 fick ”miljöfarliga verksamheter” med tillstånd enligt den tidigare gällande miljöskyddslagen (och i några fall utan tillstånd) lagligen fortsätta driften utan nytt tillstånd enligt MB. Miljöskyddslagen uppfyllde dock inte, såsom 2 kap. MB, fullt ut kraven i IPPC-direktivet (t.ex. att hushålla med energi och naturresurser). Dessa krav skulle uppfyllas senast 30. oktober 2007.³³ En svensk så kallad ”IPPC-förordning” antogs 2004,³⁴ med en särskild ordning för smidig uppdatering av villkoren (inte genom omprövning i första hand utan genom kommunikation med tillsynsmyndigheten). Trots denna genomfördes inte uppdateringen i tid (33 anläggningar hade inte bedömts 2007). Sverige fälldes i EU-domstolen i mars 2012.³⁵ Efter en ny dom i december 2014 måste Sverige betala vite för underlåtenheten att genomföra IPPC-direktivets krav.³⁶

Omprövning av tillstånd till vattenverksamhet följer i stort samma regler som gäller vid omprövning av miljöfarlig verksamhet. De grundläggande förutsättningarna för omprövning i MB är desamma.³⁷ Genomförandet i praktiken är också här trögt. Kammarkollegiet driver i genomsnitt 4,5 omprövningsärenden per år.³⁸ Med den takten skulle det, enligt en statlig utredning 2014, ta drygt 800 år att ompröva de 3 654 vattenkraftverk och regleringsdammar som grundas på tillstånd enligt äldre vattenlagstiftning.³⁹ Från rättslig synpunkt är det svårare för en myndighet att

³² Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/1/EG av den 15. januari 2008 om samordnade åtgärder för att förebygga och begränsa föroreningar (IPPC-direktivet), som ersatte ett ursprungligt IPPC-direktiv från 1996 (96/01/EG). 2008 års IPPC-direktiv har ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/75/EU av den 24. november 2010 om industriutsläpp (Industriutsläppsdirektivet), som började tillämpas 7. jan. 2013. De dokument med slutsatser om bästa tillgängliga teknik (BREF) som tagits fram enligt IPPC-direktivet tillämpas dock som referens vid tillståndsprövning till dess att nya dokument med tekniskslutsatser tagits fram enligt industriutsläppsdirektivet.

³³ Skyldigheten gäller även sedan Industriutsläppsdirektivet börjat tillämpas; artikel 81.1 Industriutsläppsdirektivet.

³⁴ Förordningen (2004:989) om översyn av vissa miljöfarliga verksamheter.

³⁵ Mål C-607/10 *Kommissionen mot Sverige*.

³⁶ C-243/13 *Kommissionen mot Sverige*. Två miljoner euro som engångssumma och därtill fyra tusen euro per dag som Sverige inte vidtar nödvändiga åtgärder.

³⁷ Jfr ovan vid not 23.

³⁸ Kammarkollegiet är en central statlig myndighet med olika uppgifter. En är att bevaka allmänna intressen inom vattenrätten. Myndigheten har huvudansvaret för att initiera omprövningar.

³⁹ SOU 2014:35, s. 270 f.

driva ärenden om omprövning av vattenverksamhet jämfört med omprövning av miljöfarlig verksamhet. Dels ska myndigheten som sökande i målet stå för en ”grundlig miljöutredning” som bl.a. visar behovet av ändrade eller nya villkor och som innehåller en ”teknisk beskrivning” av de krävda åtgärderna och en uppskattning av kostnaderna.⁴⁰ Dels har verksamhetsutövaren ibland rätt att få ersättning vid skärpta krav, vilket kan leda till att myndigheten avstår från att begära omprövning.⁴¹ Kostnadsersättningen kan vara betydande.⁴²

3.2 Särskilda frågor om miljökrav mot vattenkraftsverksamhet

Vissa frågor vid genomförandet av ramvattendirektivet är specifika för vattenkraften. Så kallade elcertifikat stimulerar till utbyggnad av småskalig vattenkraft. Certifikaten ökar lönsamheten.⁴³ Elcertifikaten påverkar även miljöprövningen. Tillstånd får meddelas bara om vattenverksamhetens ”fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna av den”.⁴⁴ Högsta domstolen har vid tillämpningen av denna samhällsekonomiska tillåtlighetsregel uttalat att intäkter av elcertifikat ska tillgodoräknas kraftproduktionen som en fördel vid avvägningen.⁴⁵ Vi ser alltså en konflikt mellan två rättsligt förankrade miljömål; å ena sidan att genom ramvattendirektivet uppnå god vattenstatus och icke-försämrade vattenkvalitet, å andra sidan att med stöd av elcertifikaten öka utvinning av förnyelsebar energi.

⁴⁰ Mark- och miljööverdomstolen dom 2014-02-12 i mål M 1423-13. Se även 22 kap. 1 § MB. Vid omprövning av miljöfarlig verksamhet ligger utredningsskyldigheten på verksamhetsutövaren i omprövningsärenden; 22 kap. 2 a §. I SOU 2014:35, s. 291 f. föreslås att utredningsskyldigheten i omprövningsmål ska ligga på verksamhetsutövaren.

⁴¹ 31 kap. 20 § MB, SOU 2014:35, s. 273 f.

⁴² Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolen 2011: 16 (omprövning av småskaligt vattenkraftverk), ersättning med två miljoner kronor. I SOU 2014:35, s. 302 ff., förlås att ersättningsrätten vid omprövning av villkor avvecklas.

⁴³ Lagen (2011:1200) om elcertifikat innebär att varje producent (som använder en enligt lagen godkänd anläggning) får ett certifikat per producerad och uppmätt MWH från förnyelsebar energi eller torv. Alla eldistributörer och vissa elanvändare måste köpa certifikat i proportion till deras elförsäljning eller elanvändning. Genom att sälja certifikat får elproducenterna en inkomst utöver den från elförsäljningen. På så sätt skapas incitament att producera el från förnyelsebar energi eller torv.

⁴⁴ 11 kap. 6 § MB.

⁴⁵ NJA 2008 s. 3.

I samband med prövning av vattenkraftsverksamhet, ofta småskalig sådan som blivit lönsam genom elcertifikaten, åberopas ibland rättigheter från flera hundra år tillbaka, i form av urminnes hävd och privilegiebrev, som ger innehavaren rätt att använda ett vattendrag för något slags kraftutvinning. Sådana rättigheter kan "lagligförklaras" av mark- och miljödomstol, men detta är i sig ingen miljöprövning.⁴⁶ Miljömyndigheterna vill därför ofta rikta krav mot dessa äldre verksamheter utifrån nutida hänsyns krav i MB. Då uppkommer frågan om rättigheterna kan likställas med "tillstånd". Även tillstånd som meddelats före MB omfattas nämligen av rättskraft enligt 24 kap. 1 § MB, med stöd av övergångsregler till MB.⁴⁷ Mark- och miljööverdomstolen har uttalat att äldre rättigheter av detta slag, även om de lagligförklaras, inte kan jämföras med tillstånd. Därmed skulle länsstyrelsen kunna förelägga verksamhetsutövaren att ansöka om tillstånd, vilket också skett flera gånger i praktiken,⁴⁸ ett relativt smidigt sätt att få verksamheten prövad mot MBs hänsynsregler.

Domstolens bedömning har debatterats i doktrinen.⁴⁹ Vidare anser en statlig utredning, i motsats till domstolen, att äldre rättigheter mot bakgrund av övergångsreglerna till miljöbalken ska likställas med tillstånd enligt gällande rätt och därmed omfattas av rättskraft.⁵⁰ Miljökraven måste då framställas i en omprövning, som är ett betydligt mer omständligt förfarande än att förelägga om tillstånd. Omprövning sker som sagt sällan i praktiken. Utredningen föreslår därför att "nyprövning" ska få ske av tillstånd, liksom av äldre rättigheter, som härrör från tiden före MB.⁵¹ Förslaget, som omfattar bl.a. vattenreglering och vattenöverled-

⁴⁶ I SOU 2014:35, s. 520 ff. föreslås att rätten till laglighetsförklaring enligt 17 § lagen (1988:811) om införande av miljöbalken ska tas bort.

⁴⁷ 5 § lagen om införande av miljöbalken.

⁴⁸ Mark- och miljööverdomstolen 2012:26–28.

⁴⁹ Lindqvist och Strömberg anser att rättigheterna ska likställas med tillstånd, se Lindqvist, I; Privilegiebrev och urminnes hävd – Vilken ställning har de enligt miljöbalken? *Nordisk miljörettslig tidskrift* 2013:1, s. 39 ff. och Strömberg R.; Urminnes hävd och vattenrätten – några synpunkter, *Nordisk miljörettslig tidskrift* 2014: 2, s. 95 ff. Motsatt uppfattning, Olsen-Lundh, C.; Tvenne gånger tvenne ruttna gårdesgårdar – Om urminnes hävd och vattenkraft, *Nordisk miljörettslig tidskrift* 2013:2, s. 85 ff. Hon ser de äldre rättigheterna som rent civilrättsliga konstruktioner.

⁵⁰ SOU 2013:69, kap. 6.8. Utredningen föreslår ändå ett förtydligande i 5 § lagen om införande av miljöbalken.

⁵¹ SOU 2013:69, kap. 7. Se även Darpö J.; Tradition och förnyelse på vattenrättsens område – Om mötet mellan gamla tillståndsregimer och moderna miljökrav, *Nordisk*

ning, innebär i korthet att Havs- och vattenmyndigheten först utarbetar en prioriteringsordning för de verksamheter och anläggningar som ska prövas. Med ledning av denna ska länsstyrelserna meddela förelägganden om att tillstånd måste sökas inom en viss tid. Om så inte sker, ska länsstyrelsen överlämna ärendet till domstol för förordnande om att det gamla tillståndet, rättigheten eller lagligförklaringen upphör. Verksamhetsutövare har rätt till ersättning under en övergångstid på tio år. Förslaget är viktigt inte minst för genomförandet av ramdirektivets mål.

3.3 Åtgärdsprogrammets nyckelroll

Vid utarbetandet av åtgärdsprogram ska en samlad bedömning göras av hur mycket som olika verksamhetstyper – industriella anläggningar, reningsverk, vattenverksamhet av olika slag, jordbruk, skogsbruk, fiske, trafik m.m. – ska bidra med för att minska belastningen av en vattenförekomst, så att miljökvalitetsnormer och miljömål nås. En sådan samlad analys och bördefördelning kan inte ske vid en tillståndsprövning eller ett tillsynsbeslut, där fokus huvudsakligen är på en enda verksamhet och dess miljöpåverkan.

Arbetet med åtgärdsprogrammen har hittills inte fungerat ändamålsenligt. Åtgärder i 2009 års åtgärdsprogram utformades likformigt av de fem vattenmyndigheterna, trots att lokala förutsättningar varierar. Programmen innehåller få konkreta åtgärder för att minska miljöpåverkan, utan anger främst att myndigheter ska inhämta kunskaper och utveckla planering. Mot bakgrund av erfarenheterna från första förvaltningscykeln bör åtgärdsprogrammen inför förvaltningscykeln 2016–2021 kunna formuleras mer varierat och precist samt avse fler konkreta åtgärder för att förbättra vattenstatusen. Ytterligare en svårighet är dock att åtgärder i programmet aldrig riktas direkt till enskilda verksamhetsutövare utan till myndigheter och kommuner, som i sin tur ska besluta om krav mot de enskilda.⁵² Detta ytterligare steg i genomförandet är dock beroende av myndighetens resurser och vilja att agera. Vattenmyndigheterna har inga rättsliga maktmedel att ta till när adresserade myndigheter inte genomför åtgärder enligt programmet.

miljörättslig tidskrift 2014:2. Darpö tar upp behovet av nytänkande inom vattenrätten, i linje med utredningens förslag.

⁵² 5 kap. 8 § MB.

Trots åtgärdsprogrammets brister tycks lagstiftaren ha stor tilltro till dem.⁵³ Det gäller särskilt i förhållande till miljökvalitetsnormer som utgör så kallade "gränsvärden", bl.a. miljökvalitetsnormer för god kemisk vattenstatus. Gränsvärden får som utgångspunkt inte överskridas.⁵⁴ Dock får tillstånd ges till en verksamhet med utsläpp även om normen riskerar att överskridas, ifall verksamheten "är förenlig med ett åtgärdsprogram som har fastställts för att följa normen".⁵⁵ Tillstånd skulle alltså kunna ges till en ny sådan verksamhet (A), om programmet innehåller åtgärder för att minska förorening från andra källor (B, C, D etc.). Regeln är logisk om man ser till vilken roll som åtgärdsprogram principiellt borde fylla, nämligen att fördela krav mellan de verksamheter som bidrar till att miljökvalitetsnormen inte nås (se vidare nedan, 3.5), men den rättsliga konstruktionen är olämplig. Det är rättsligt oklart vad som menas med "förenlig med ett åtgärdsprogram"; hur precist ska åtgärderna ha utformats och avses endast konkreta åtgärder som direkt leder till minskad förorening?

Än mer problematiskt är att genomförandet av åtgärdsprogrammet, oavsett hur väl utformat detta är, aldrig kan anses rättsligt säkerställt med nuvarande lagstiftning. Åtgärderna riktas enbart till myndigheter, som i sin tur ska besluta om miljökrav mot övriga verksamhetsutövare (B, C, D etc.), genom att initiera omprövningsprocesser, meddela förelägganden, anta fysiska planer m.m. Vid prövningen av A kan man aldrig veta vilket innehåll sådana framtida beslut kan få och inte heller om besluten ens kommer till stånd. Trots det får tillståndet till A rättskraft. Tillståndsvillkoren för A skulle kunna omprövas i efterhand (i praktiken sker dock omprövningar som sagt mycket sällan), men normalt utan att leda till någon betydande skärpning eftersom MB krävde särskilt långtgående försiktighetsmått redan vid första prövningen, på grund av att gränsvärdet kunde överskridas.⁵⁶ Om programmet inte genomförs blir resultatet ökad belastning av vattenområdet. Gränsvärdets funktion som rättsligt bindande minimigräns för miljökvalitet har satts ur spel.

⁵³ Prop. 2009/10:184, s. 52.

⁵⁴ 5 kap. 2 § 1 MB.

⁵⁵ 2 kap. 7 § 3 st., som även innehåller andra undantag.

⁵⁶ Detta följer av 2 kap. 7 § 2 st. MB. Regeln gäller även vid omprövning, men sannolikt är utrymmet för ytterligare skärpning litet eller obefintligt. Se även 24 kap. 5 § 5 st., villkoren efter omprövning får inte medföra att "verksamheten inte längre kan bedrivas eller att den avsevärt försämrars".

3.4 Kostnadseffektivt genomförande och åtgärdsprogram

Med kostnadseffektivt miljöskydd menas här att åtgärder vidtas där de ger störst miljönytta från allmän synpunkt per investerad krona. Frågan kan illustreras med följande exempel. Anta att kvävehalten i vattnet i en stor havsvik måste minska för att god ekologisk status ska kunna nås 2021. Kvävet tillförs vattnet från många olika verksamheter. En kategori är de verksamheter som drivs utan krav på tillstånd (jordbruk, mindre fiskodlingar m.m.). Kommunala miljönämnder har rätt att ingripa mot dessa med förelägganden och förbud för att de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB ska följas. Förvaltningsrättsliga krav på förfarandet och rättssäkerhetshänsyn,⁵⁷ i kombination med begränsade resurser, innebär dock att tillsynsmyndigheterna inte ingriper så ofta som skulle behövas från miljösynpunkt.⁵⁸ En andra kategori är anläggningar som drivs med tillstånd (reningsverk, industrier, stora fiskodlingar m.m.). Tillståndsvillkoren kan omprövas, men det sker som sagt sällan i praktiken. En tredje kategori utgörs av dels helt nya anläggningar (t.ex. ett nytt reningsverk), dels större befintliga anläggningar som ska förändras. I båda dessa fall krävs att verksamhetsutövaren ansöker om och får tillstånd enligt MB.

När kontrollen av de två första kategorierna inte fungerar effektivt i praktiken och kvävebelastningen i viken därför består eller ökar, kan man utgå från att miljökraven måste bli desto strängare och kostsammare mot den tredje kategorin, som genom tillståndsplikten inte kan undgå en prövning enligt hänsynsreglerna i MB.⁵⁹ De samlade åtgärderna för att nå god ekologisk vattenstatus i havsviken är dock inte kostnadseffektiva om kostnaden för att reducera en viss mängd kväve vid kategori tre (särskilt de sista reningsstegen) är högre än att reducera samma mängd kväve vid kategori ett eller två, där inga åtgärder kanske vidtagits under lång tid. Exemplet visar på behovet av väl formulerade och samtidigt rättsligt genomförbara åtgärdsprogram (t.ex. genom generella föreskrifter, se

⁵⁷ Se närmare Nilsson, Annika; *Enforcing Environmental Responsibilities: A Comparative Study of Environmental Administrative Law*, Uppsala universitet, 2011.

⁵⁸ Jfr *OECD Environmental Performance Reviews. Sweden*, 2014, Assessment and Recommendations, p. 6. Här framhålls bl.a. ojämnheten vad gäller resurser och kompetens vid kontroll av miljölagstiftningen, särskilt bland kommunerna.

⁵⁹ Det är inte heller säkert att tillstånd kan meddelas. Exempelvis kan ansökan avslås därför att det antas kunna placeras på annan plats med mindre intrång och olägenhet, se 2 kap. 6 § MB.

nedan), där fördelningen av åtgärder på så sätt fördelas effektivt mellan olika verksamhetsslag. Den regleringen finns inte idag.

4 Avslutande reflektioner

Åtgärdsprogrammen har en nyckelroll i genomförandet. Programmen bör mer än idag inriktas på konkreta åtgärder som direkt minskar belastningen av vattenförekomsterna. Dessutom måste åtgärderna ha förutsättningar att genomföras. Om tillsyn mot enskilda verksamhetsutövare inte är effektiv och omprövning av tillstånd sker fortsatt sällan, bör övervägas alternativet att meddela miljökrav i form av generella föreskrifter.⁶⁰ Nackdelen med att föreskrifterna i sig inte tar tillräcklig hänsyn till individuella förhållanden kan dämpas, å ena sidan genom möjligheten till dispens i enskilda fall, å andra sidan genom att miljömyndigheter i kompletterande förvaltningsbeslut mot enskilda får ställa miljökrav som är strängare än föreskrifterna.

Vi ser möjligen en viss förskjutning från individuell kontroll mot generella föreskrifter i den svenska miljörätten. För att genomföra industriutsläppsdirektivet,⁶¹ kräver industriutsläppsförordningen (2013:250) kontinuerlig uppdatering av bästa tillgängliga teknik i de verksamheter som omfattas av direktivet, en skärpning som kan ske utan att omprövningsreglerna behöver aktualiseras, utan direkt genom förordningen i samband med att nya så kallade BAT-slutsatser meddelas av EU. Vidare har Vattenverksamhetsutredningen föreslagit att generella föreskrifter ska kunna meddelas mot vattenverksamhet, t.ex. för att skapa faunapassager vid vattenkraftverk.⁶² Syftet kan vara att genomföra ramvattendirektivets mål. Sedan tidigare finns generella föreskrifter för gödsling inom jordbruket, liksom möjligheten att bilda så kallade ”miljöskyddsområden”, med generella föreskrifter med miljökrav mot verksamheter som påverkar t.ex. en större vattenförekomst där en miljökvalitetsnorm inte följs.⁶³ Det finns dock mycket få miljöskyddsområden i landet.

⁶⁰ Även ekonomiska styrmedel av olika slag kan fylla en viktig roll. Det finns inte utrymme att utveckla detta här.

⁶¹ Ovan not 31.

⁶² SOU 2013:69, s. 308 ff. Motsvarande möjlighet finns sedan tidigare när det gäller miljöfarlig verksamhet, 9 kap. 4 och 5 §§ MB.

⁶³ 7 kap. 19–20 §§ MB. Dispens kan meddelas vid särskilda skäl. Föreskrifterna hindrar inte kompletterande förvaltningsbeslut som syftar till att 2 kap. MB ska efterlevas i enskilda fall.

Generella föreskrifter för att genomföra åtgärdsprogram m.m. kan uppfattas som alltför ingripande med hänsyn till tillståndsrättskraft. Den trygghet som rättskraften anses medföra beror dock i praktiken i hög grad på att omprövning av tillstånd sker sällan. Generella föreskrifter har också den fördelen för verksamhetsutövare att de slipper tidskrävande rättsprocesser. Framför allt kan dock generella föreskrifter vara nödvändiga för att faktiskt kunna nå angelägna miljömål och i tid genomföra EU-rättsliga miljökrav.

Vi går en spännande framtid till mötes där en avgörande fråga är vad EU-kommissionen ska göra åt de medlemsstater som inte klarar att nå god vattenstatus i tid. Är problemet så omfattande att kommissionen kommer att se mellan fingrarna, frikostigt acceptera undantag från direktivets mål eller blir följden att direktivet ändras så att den yttre tidsgränsen förskjuts förbi 2027? Eller leder bristerna i genomförandet tvärtom till att kommissionen kommer att prioritera övervakning av och åtgärder mot medlemsstaterna i syfte att verkligen nå en hållbar vattenförvaltning inom unionen? En rättsligt intressant fråga i sammanhanget är hur EU-domstolen kommer att uppfatta ramvattendirektivets mål om att uppnå god ekologisk vattenstatus. Är målet en resultatförpliktelse (en gräns som ska nås) eller en ansträngningsförpliktelse (ett mål att efter bästa förmåga sträva efter)?⁶⁴ Även om EU-domstolen föredrar den senare tolkningen, kan medlemsstater inte slå sig till ro, eftersom domstolen kan förväntas kräva att medlemsstaten har gjort sitt bästa inom rimlighetens gräns.⁶⁵ Det är ingen godtagbar ursäkt att myndigheter saknar resurser att driva omprövningar eller att utöva effektiv tillsyn i övrigt för att genomdriva miljö kvalitetsnormer och åtgärdsprogram.

⁶⁴ För resultatförpliktelse talar enligt min mening i första hand regelkonstruktionen: huvudregeln att god vattenstatus ska uppnås senast 2015, som kompletteras med flera specificerade undantag. Jäaskinen har däremot uttalat att förarbetena, i sin ursprungliga form, är tydliga med att målen i artikel 4 inte handlar om resultat; Generaladvokatens Jäaskinens yttrande i förhandsavgörandet C-461/13, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e. V. Mot Bundesrepublik Deutschland*, p. 62. Dom har inte meddelats när detta skrivs. Flera författare har diskuterat frågan, i Sverige Olsen-Lundh, s. 68 ff. och Bjällås och Fröberg, s. 24 ff. Se även t.ex. van Kempen, J.; Countering the Obscurity of Obligations in European Environmental Law, Illustrated by an Analysis of Article 4 of the European Water Framework Directive (2012), *Journal of Environmental Law and Practice*, s. 15 och 17.

⁶⁵ Se t.ex. C-418/04, *Kommissionen mot Irland*, 179–193.

Sammanfattningsvis har ramvattendirektivet inneburit stora förändringar i förvaltningen av de svenska vattnen. Mätningar i samband med kategorisering och kontroll har ökat kunskaperna om olika vattenförekomsternas kemiska och ekologiska status. Huruvida god vattenstatus verkligen nås, beror i hög grad på åtgärdsprogrammets utformning och rättsliga genomslag i tillståndsprövning och annan miljörettslig kontroll.