

Stockholm den 27 september 2017

R-2017/1138

Till Miljö- och energidepartementet

Dnr M2017/01639/R

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 29 juni 2017 beretts tillfälle att avge yttrande över promemorian Förslag till ändrade bestämmelser för vattenmiljö och vattenkraft.

Sammanfattning

Advokatsamfundet motsätter sig i huvudsak att förslagen i promemorian läggs till grund för lagstiftning.

Advokatsamfundet delar uppfattningen att det föreligger behov av att ändra svensk rätt med hänsyn till kraven enligt ramdirektivet för vatten (RDV) samt energiöverenskommelsen. Det förefaller dock tveksamt om de syften som ligger till grund för förslagen i promemorian kommer att uppnås med föreslagna ändringar. Enligt Advokatsamfundet finns det snarare risk för att förslagen kommer att medföra negativa konsekvenser för enskilda och för samhällsutvecklingen på ett övergripande plan.

Tydliggörande av den avvägning mellan energiproduktion och miljöhänsyn som ska ske i fråga om de nationellt betydelsefulla anläggningarna för produktion av vattenkraft är positivt, men denna särreglering riskerar att innebära negativa konsekvenser för övriga verksamhetsutövare, vilket inte beaktas i promemorian. Den fondlösning som förslaget bygger på är inte lagreglerad, vilket är otillfredsställande och förutsättningarna för ersättningsrätten bör utredas och tydliggöras innan ett förslag med långtgående inskränkningar i gällande bestämmelser om ersättningsrätt kan godtas.

Förslaget saknar vidare förankring i tidigare utredningar inom området, samtidigt som Miljö- och energidepartementet i promemorian avstår från att adressera vissa grundläggande frågor som är av stor betydelse för en effektiv och rättssäker tillämpning av miljöbalkens bestämmelser om vattenverksamheter. Den grundläggande problematiken

med bristfällig klassificering av vattenförekomster och avsaknad av genomarbetade åtgärdsprogram inom vattenförvaltningen berörs över huvud taget inte. Även detta är en väsentlig brist i beredningsunderlaget.

Advokatsamfundet anser slutligen även att författningstexten i förslaget är i behov av en ytterligare översyn för att förenkla tillämpningen och bättre anpassa den till nuvarande bestämmelser. Exempelvis används vissa centrala begrepp inte i enlighet med dagens systematik, vilket skapar otydlighet och oförutsägbarhet i rättstillämpningen.

Allmänna synpunkter

Lagförslagen i den nu aktuella promemorian utgör en särlösning för vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel. Advokatsamfundet har förståelse för behovet av en sådan särreglering, men förordar att detta sker genom separat lagstiftning snarare än i miljöbalken, som så långt som möjligt bör vara av generell karaktär. I stället för att bygga vidare på det befintliga regelverket och systematiken, föreslås ett stort antal bestämmelser som enbart syftar till att reglera frågor hänförliga till de verksamheter och anläggningar som faller inom ramen för definitionen av anläggningar för produktion av vattenkraftsel. Frånsett det problematiska med att identifiera sådana verksamheter, där nu förslagen definition exempelvis utesluter dammar för strömkraftverk och flottningsdammar, och det faktum att även de anläggningar som omfattas utgörs av verksamheter med mycket skiftande förutsättningar, innebär förslaget att många angelägna frågor varken har analyserats eller reglerats.

Advokatsamfundet anser att begreppen ”vattenverksamhet” och ”vattenanläggning” i promemorian används på ett inkonsekvent sätt såväl i lagtext som i motivering, vilket medför oklarheter och tillämpningsproblem. Att inte göra åtskillnad mellan ”vattenanläggning” och ”vattenverksamhet” riskerar att bli problematiskt och särskilt så länge tillståndsplikten är knuten till bedrivande av ”vattenverksamhet”, måste rimligen denna skillnad göras. Ett avskaffande av lagligförklaringsinstitutet torde i och för sig vara oproblemiskt i fråga om anläggningar där en vattenverksamhet i form av bortledning av vatten för elproduktion bedrivs. Däremot uppstår frågan om rättslig grund för tillståndsprövning av anläggningar utan anknytande vattenverksamhet, exempelvis äldre överfallsdammar. Det kan även ifrågasättas vilka verksamheter, eller anläggningar, som avses omfattas av förslagets 11 kap. 6 § 2 p. som inte samtidigt omfattas av 1 p. Det kan anmärkas att frågan om åtskillnad mellan vattenanläggning och vattenverksamhet har aktualiserats främst genom utvecklingen i praxis rörande rättskraften hos äldre rättigheter, vilket närmare berörs nedan. Om sådana äldre rättigheter tillmäts ställning av tillstånd skulle frågan om klassificering av en damm i form av anläggning eller verksamhet förlora sin betydelse och miljöanpassning kunna genomföras av tillståndet via omprövningsinstitutet.

Det är således otillfredsställande att regeringen inte tar ställning till de förslag, eller i vissa avseenden ens beaktar, de slutsatser och bedömningar som redovisats i tidigare

utredningar på området,¹ i vilka det föreslagits en omfattande reformering av vattenlagstiftningen. Advokatsamfundet instämmer i huvudsak i dessa tidigare ställningstaganden² och anser att det bör införas en reglering som tar hänsyn till samtliga de betänkanden som överlämnats till regeringen rörande frågor om ersättning och rättskraft. Det är enligt Advokatsamfundets uppfattning inte lämpligt att sådana, för enskilda rättighetshavare betydelsefulla aspekter, särregleras. Särskilt anmärkningsvärt är att promemorian i frågan om äldre rättigheters rättskraft hänvisar till delar av tidigare utredningar utan att återge utredningens slutsatser korrekt.³

Syftet med förslaget

Förslagen i promemorian uppges syfta till att genomföra de vattenkraftsrelaterade delarna av energiöverenskommelsen, tydliggöra det svenska genomförandet av RDV samt även att genomföra de ändringar som behövs med anledning av riksdagens tillkännagivande om förutsättningar för småskalig vattenkraft.

Genomförande av energiöverenskommelsen innebär bl.a. införande av moderna miljökrav på svensk vattenkraft, men utan att detta blir onödigt administrativt och ekonomiskt betungande för den enskilde i förhållande till den eftersträlvade miljönyttan. Reglerna för omprövning ska förenklas och en utbyggnad av vattenkraften främst ske genom effekthöjning i befintliga verk och vattenkraftsbranschen ska fullt ut finansiera kostnaderna för detta. I fråga om RDV har EU ifrågasatt Sveriges genomförande när det gäller åtagandet att uppnå miljömålen (artikel 4.1) samt undantagsmöjligheten (artikel 4.7). Riksdagens tillkännagivande innebar att regeringen skulle återkomma med ett förslag på regelverk om tillståndprocesser för vattenverksamheter som är flexibelt och anpassat till småskaliga vattenkraftverk.

Advokatsamfundet ifrågasätter emellertid om förslaget verkligen kommer att uppfylla nämnda syften, då huvudsyftet med förslaget främst synes vara att gynna de kraftverk som ur ett nationellt perspektiv har ett värdefullt bidrag till reglerkraften. Minsta möjliga negativa inverkan på den nationella tillgången till vattenkraftsel ska eftersträvas, vilket har som konsekvens att miljöhänsynen i dessa fall blir underordnad genom utpekande av vattenförekomster som kraftigt modifierade (KMV). Energiöverenskommelsen innebär å andra sidan, att produktionen av el från vattenverksamheter som är av mindre betydelse eller utan sådan för det nationella reglersystemet, måste minskas med 1,5 TWh. Detta innebär inskränkningar i ett mycket stort antal pågående verksamheter och i många fall nedläggning. Som kompensation föreslås en privat finansieringslösning, som innebär att de stora kraftbolagen betalar för inskränkning i dessa verksamheter och för att fortsätta

¹ Se t.ex. Vattenverksamhetsutredningens delbetänkande Ny tid ny prövning – förslag till ändrade vattenrättsliga regler (SOU 2013:69), liksom Vattenverksamhetsutredningens slutbetänkande I vått och torrt - förslag till ändrade vattenrättsliga regler (SOU 2014:35).

² Advokatsamfundet hänvisar i detta sammanhang till sitt remissyttrande den 31 oktober 2014 över betänkandet SOU 2014:35.

³ Se avsnitt 6.2 i promemorian respektive s. 196 överst i betänkandet SOU 2013:69.

driften av de större anläggningarna. Hur denna lösning faktiskt ska utformas för att tillgodose krav på likabehandling, egendomsskydd och förutsebarhet framgår dock inte.

Den föreslagna regleringen framstår som onödigt komplicerad för att uppnå syftet med energiöverenskommelsen, som borde kunna åstadkommas utan särreglering och i stället inom ramen för nuvarande lagstiftning. Med stöd av bemyndigandena i 5 kap. miljöbalken kan omklassificeringar av vattenförekomster ske och åtgärdsprogram upprättas med hänsyn bl.a. till vad som framgår av myndighetsrapporten (ER 2016:11) och en bättre anpassning av regelsystemet till RDV. Genomförandet av åtgärdsprogrammen borde kunna ske med stöd av redan befintliga regler om omprövning och tillståndsprovning.⁴

De synpunkter som framförts från den Europeiska kommissionen om tydligare genomförande av kraven enligt ramdirektivet för vatten, kan åtgärdas på ett enklare sätt i lagstiftningen än vad som nu föreslagits, i enlighet med vad som anges nedan.

Slutligen, fränsett möjligheten till anstånd med omprövning genom den nationella planen och vissa mindre ändringar, kan det ifrågasättas på vilket sätt förslaget skulle innebära en mer flexibel och enklare prövning för verksamheter för produktion av vattenkraftsel, utom möjligen för de största cirka 200 anläggningarna som är belägna i KMV samt kan hänvisa till uttalanden i den nationella planen. I övriga fall förefaller de centrala och svåra frågorna rörande avvägningen mellan enskild rätt och innebörden av äldre rättigheter, kulturmiljövärden, lokal energiproduktion och miljöaspekter över huvud taget inte adresseras. Krav på särskild sakkunnig samt eventuellt yttrande från vattenmyndigheten i mål där klassificeringen är motsägelsefull, riskerar enligt Advokatsamfundet snarare att göra processen mer långdragen och kostsam för enskilda.

Rättskraftsfrågor

Riksdagens begäran om ett regelverk om tillståndsprocesser, anpassade till småskaliga vattenkraftverksamheter, aktualiserar den omstridda frågan om äldre rättigheters rättskraft. Promemorian redogör endast kortfattat för denna fråga men innehåller, såsom ovan påtalats, ingen redovisning av de bedömningar som gjorts i denna fråga i tidigare utredningar och redovisar inte heller vilka effekter promemorians egna förslag skulle få för rättskraftsfrågan. Advokatsamfundet anser att detta är en mycket allvarlig brist i den remitterade promemorian och är sådant som måste beaktas under den fortsatta beredningen av detta lagstiftningsärende.

Såväl riksdagsbeställningen som promemorian vittnar om en historielöshet rörande äldre rättigheters rättskraft, vilken även kommit till uttryck i domstolspraxis. Mark- och miljööverdomstolens avgöranden i de tre rättsfallen MÖD 2012:26, 27 och 28 och senare avgöranden får enligt Advokatsamfundet ses utifrån lagstiftningens faktiska utformning. Slutsatsen i praxis, vilken också återspeglas i promemorian, är att den rätt som verksamhetsutövare hade enligt äldre rättigheter utgör en särskild rätt att förfoga över

⁴ Advokatsamfundet hänvisar i detta sammanhang till sitt remissyttrande den 20 december 2013 s. 3 över betänkandet SOU 2013:69.

vattnet, men att den inte kan jämföras med tillstånd enligt miljöbalken. Enligt denna praxis borde därför verksamhetsutövaren föreläggas att ansöka om tillstånd till vattenverksamheten för fastställande av villkor.

Detta ger också anledning att erinra om hur frågan om äldre rättigheters rättskraft tidigare har behandlats i lagstiftningen. I övergångsbestämmelserna till 25 § i 1880 års vattenrättsförordning föreskrevs att äldre rättigheter skulle lämnas orubbade. Exempel på sådana rättigheter var privilegiebrev och urminnes hävd. Det innebar bl.a. att verksamhetsutövaren inte behövde utverka nytt tillstånd enligt förordningen. När förordningen ersattes av 1918 års vattenlag, infördes i 2 kap. 41 § en motsvarande regel om att äldre rättigheter skulle vara orubbade. När 1918 års vattenlag i sin tur ersattes av 1983 års vattenlag, infördes i 19 § andra stycket i dess promulgationslag ett uttryckligt stadgande om att rättigheter som avsågs i 2 kap. 41 § i 1918 års vattenlag skulle anses som tillstånd enligt lagen. I promulgationslagen infördes i 7 och 13 §§ även ytterligare bestämmelser om äldre rättigheter.

Miljöbalkens promulgationslag (MP) innehåller i sin rättskraftsparagraf (5 §) ingen motsvarighet till den tidigare vattenlagstiftningens reglering. Däremot finns i lagens 34 och 40 §§ bestämmelser om omprövning av sådana rättigheter. Dessutom finns en rådighetsregel beträffande sådana rättigheter i 5 § promulgationslagen till lagen med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.

Som anges i lagkommentaren kan avsaknaden i MP av en uttrycklig rättskraftsregel beträffande äldre rättigheter inte ha varit avsiktlig. Att i ett slag göra tusentals vattenverksamheter tillståndspliktiga, är en fråga av sådan dignitet att den borde ha diskuterats i förarbetena till miljöbalken. Frågan berörs dock inte i vare sig miljöbalksutredningens betänkanden eller miljöbalkspropositionen. Vattenverksamhetsutredningen har dock i betänkandet SOU 2013:69, efter en noggrann analys, stannat för att 5 § MP omfattar angivna äldre rättigheter. Dock föreslogs det i detta betänkande att införa ett nytt andra stycke till paragrafen, som uttryckligen angav att äldre rättigheter omfattades av bestämmelsen.⁵

I den remitterade promemorian beskrivs således nuvarande rättsläge på ett otillfredsställande sätt. Med hänsyn till vad som angivits ovan är det inte tillräckligt att konstatera att de äldre rättigheterna inte räknas upp i 2 och 5 §§ i miljöbalkens promulgationslag. Att urminnes hävd och privilegiebrev har betydelse vid bedömning av fråga om vem som har rådighet i det område där verksamheten bedrivs eller avses bedrivas, är en självklarhet. Detta framgår klart av den nämnda rådighetsregeln i 5 § promulgationslagen till lagen med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.

Den grundläggande fråga som regeringen måste ta klar ställning till, är vilken betydelse äldre rättigheter ska ha vid en framtida prövning och således om prövningen för nya miljövillkor ska vara en tillståndsprövning eller omprövning. Om äldre rättigheter inte ska

⁵ Se även Rolf Strömbergs artikel i NMT 2014:2 s. 95.

anses utgöra tillstånd, måste konsekvenserna av detta redovisas och analyseras ur ett rättssäkerhets- och egendomsskyddsperspektiv och utformningen av bestämmelserna om tillståndsplikt omformuleras. Det är många frågor som är angelägna att få klarhet i för att arbetet med miljöanpassning av befintliga vattenanläggningar ska kunna bedrivas på ett effektivt sätt, samtidigt som verksamhetsutövare och anläggningsägare ska träffas av rimliga krav. Det är naturligtvis inte heller tillfredsställande att i detta avseende särbehandla anläggningar för produktion av vattenkraftsel från andra typer av vattenanläggningar. Det finns ett mycket stort antal äldre icke tillståndsprövade dammar i Sverige. Ett stort antal av dessa har inte använts för kraftproduktion under mer än ett sekel och dammarna har i stället erhållit en viktig positiv funktion för kultur- och vattenmiljön i området.

Kraven enligt ramdirektivet för vatten

Advokatsamfundet ifrågasätter om de föreslagna bestämmelserna innebär en korrekt implementering av RDV. Den föreslagna bestämmelsen i 5 kap. 3 § innebär ett återgivande av EU-domstolens formulering i Weserdomen. Att på detta sätt formulera lagstiftning efter uttalanden i praxis, måste anses ytterst tveksamt och riskera att inte ge utrymme för framtida ändringar och förtydliganden genom framtida EU-rättslig praxis. Den svenska lagstiftningen borde snarare utformas genom ett generellt förbud mot att meddela beslut i strid med kraven enligt RDV. Bestämmelsen bör vidare införas i de materiella bestämmelserna i 2 kap. miljöbalken, lämpligen 2 kap. 7 §.

En bestämmelse som tydliggör förbudet mot att meddela tillstånd i strid med kraven enligt RDV, måste vidare kompletteras med en mer generellt utformad faktisk möjlighet att göra undantag från direktivets krav, vilket också direktivet möjliggör. Den svenska implementeringen av dessa möjliga undantag, antingen genom att utpeka vattenförekomster som KMV eller genom att meddela undantag för vissa verksamheter, är dock utformade på ett sätt som gör att dessa undantag endast förbehålls stora nationellt viktiga verksamheter eller vattenförekomster. Skälen för den strikta svenska implementeringen av RDV måste i vart fall redovisas och konsekvenserna av detta utredas och beaktas. Särskilt mot bakgrund av EU-domstolens avgörande i C-346/14 Schwarze Sulm, där undantag bedömdes tillämpligt för ett förhållandevis litet kraftverk i ett outbyggt vattendrag.

Rättssäkerhetsfrågor

Den nu aktuella föreslagna utformningen av lagförslaget innebär att den nationella planen, miljökvalitetsnormerna, och beslut om utpekande av KMV, har avgörande betydelse för tillåtligheten av vattenverksamheter. Det är otillfredsställande att beslut i sådana avgörande frågor fattas utan tydlig möjlighet till överprövning om avsikten är att det ska saknas reella möjligheter till avvägning i en enskild prövning. Promemorian brister i resonemang rörande frågor som avser enskildas rättigheter och möjligheter att påverka.

För att tillståndsprövningen ska fylla en funktion och säkerställa en korrekt prövning utifrån förhållandena i det enskilda fallet, måste prövningsmyndigheten kunna göra en fristående bedömning av miljökvalitetsnormens innebörd, dvs. vad som ska anses utgöra god status, och prövningsmyndigheten bör även kunna bedöma utifrån kriterier i lagstiftningen huruvida en vattenförekomst faktiskt ska anses utgöra KMV eller inte. Åläggandet att inhämta yttrande från vattenmyndigheten, som ska göra en bedömning av rådande klassificering och meddela nytt beslut i enskilda fall, bör vara fakultativt för domstolen, liksom även anlåtande av sakkunnig på sökandens bekostnad. Behovet av sakkunnigutlåtande avseende innehållet i den nationella planen kan även ifrågasättas, då planen för att kunna tillmätas betydelse i en enskild prövning måste vara tydligt utformad och inte, då den inte utgör lagstiftning, kan vara annat än vägledande.

Tillståndsprövning/omprövning

En betydelsefull fråga vid en tillståndsprövning är hur ett nollalternativ ska formuleras, för att en bedömning av rimliga skyddsåtgärder enligt 2 kap. 7 § ska kunna fastställas. I promemorian föreslås att nollalternativet ska utgöra rådande förhållanden, men även en beskrivning av förhållandena om tillstånd inte ges. Enligt Advokatsamfundet behöver det klargöras vad detta innebär och om regeringens avsikt är att verksamhetsutövaren ska beskriva konsekvenserna av en utrivning av en anläggning som det ansöks om tillstånd för. I praktiken innebär detta att ansvaret för att utreda och verkställa åtgärder för att uppnå miljökvalitetsnormerna övervältras på anläggningsägare, och inte bara sådana som utgör anläggningar för produktion av vattenkraftsel.

Advokatsamfundet avstyrker en reglering om löpande omprövning, vilket förefaller som onödigt betungande för såväl verksamhetsutövare som prövningsmyndigheter. Dessutom torde behovet inte motivera kostnaderna.

Promemorians förslag i övrigt

Advokatsamfundet har inget att erinra mot förslaget att reglera *ändringstillstånd* även för vattenverksamheter, men anser inte att det finns skäl att införa en särreglering utan att bestämmelsen kan samordnas med vad som gäller för miljöfarlig verksamhet. Advokatsamfundet instämmer inte i att huvudregeln i dag är att hela verksamheten ska provas.

I promemorian föreslås det att regeringen ges möjlighet att införa *generella föreskrifter* även för vattenverksamheter. Advokatsamfundet anser att en sådan ordning skulle kunna vara lämplig i vissa avseenden och har därför inget att erinra mot förslaget i denna del.

Advokatsamfundet delar även promemorians slutsats att vattenverksamheter såväl som miljöfarliga verksamheter bör omfattas av bestämmelserna om *miljörapporter*.

Advokatsamfundet instämmer vidare i regeringens förslag om att ta bort den *samhällsekonomiska bedömningen* i 11 kap. 6 § miljöbalken.

Advokatsamfundet har heller ingen erinran mot att rätten att begära *laglig förklaring* tas bort för de anläggningar som omfattas av promemorians förslag, men erinrar om de frågor som detta aktualiserar i enlighet med vad som angivits ovan.

Enligt Advokatsamfundet saknas det en erforderlig analys kring frågan om rättegångskostnader i dessa mål och det saknas därför grund för att rätten till *ersättning för rättegångskostnader* ska kunna avskaffas. Ett sådant avskaffande torde vidare förutsätta att civilrättsliga frågor inte skulle omfattas av prövningen, vilket inte är fallet i dag. Advokatsamfundet avstyrker därför promemorians förslag även i denna del.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg