



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska fakultetsnämnden

Box 256
SE-751 05 Uppsala

YTTRANDE

1 (8)

2013-12-20

JURFAK 2013/82

Miljödepartementet

Ny tid ny prövning – förslag till ändrade vattenrättsliga regler (SOU 2013:69)
(M2013/2436/Nm)

Utredningen och förslagen

I detta andra delbetänkande från Vattenverksamhetsutredningen analyseras äldre tillstånd och rättigheter och deras rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken (MB).¹ Urminnes hävd och privilegiebrev anses omfattas av 5 § lagen om införande av miljöbalken (MBP) och ska därför jämföras med tillstånd enligt MB. Samtidigt föreslår utredningen att de vattenkraftsverksamheter som bedrivs med stöd av sådana äldre rättigheter eller med stöd av tillstånd enligt 1882 års vattenrättsförordning (VRF), 1918 års eller 1983 års vattenlag (ÄVL resp. 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 – utredningen laborerar med siffror på flera tusen – ska nyprövningen genomföras genom att länsstyrelserna förelägger de som är mest prioriterade att ansöka om MB-tillstånd. Prioriteringen ska ske i enlighet med en vägledning som ska utarbetas av Havs- och vattenmyndigheten (HaV). När tillståndsprövningen är avslutad ska de äldre rättigheterna eller tillstånden förordnas upphöra.

En ersättningsrätt införs för de fall som nyprövningen medför krav som gör att verksamheten inte längre kan bedrivas eller avsevärt försvåras och det inte framstår som rimligt att den enskilda ska behöva tåla detta. Ersättningsrätten är dock begränsad i tiden till tio år efter reglernas ikraftträdande.

Vid ändring av en vattenverksamhet bör prövningens omfattning vara densamma som vid miljöfarlig verksamhet, dvs. att tillståndet ska omfatta hela verksamheten. Om tillståndsorganet bedömer det lämpligt, får tillståndet dock begränsas till enbart ändringen ("ändringstillstånd").

Utredningen föreslår också att det införs ett bemyndigande för regeringen att meddela generella föreskrifter för vattenverksamheter. Sådana föreskrifter ska i likhet med dem som grundas på 9:5 MB bryta igenom ett tillstånds rättskraft enligt 24:1 MB. Vidare bör regeringen med stöd av ett bemyndigande i MB ange för vilka typer av vattenverksamheter och anläggningar vars tillstånd nor-

¹ Det första delbetänkandet kom i januari 2013 och gällde 4 kap. 6 § miljöbalken (SOU 2012:89).



malt ska tidsbegränsas. Slutligen bör det införas ett krav på miljörapport för vattenverksamheter, liknande det som finns idag för miljöfarliga verksamheter.

Allmänt om förslagen

En betydande del av landets vattenverksamheter har aldrig blivit föremål för en modern tillståndsprovning. Många av verksamheterna lever därför inte upp till de krav som följer av miljöbalkens allmänna hänsynsregler och EU-rätten. Inledningsvis vill Juridiska fakultetsnämnden därför uttrycka sitt stöd för grundidén i utredningens förslag, nämligen att vattenverksamheter som bedrivs med stöd av äldre rättigheter eller tillstånd ska underställas tillståndsprovning enligt miljöbalken. Att detta måste ske genom att verksamhetsutövarna ansöker om nyprovning menar vi också är uppenbart. De senaste tio årens erfarenheter med genomförandet av EUs tillståndsregim för stora industriverksamheter (IPPC) visar att myndighetsinitierad omprovning enligt 24 kap. MB och tillsyn inte fungerar. Skälen för detta utvecklas i utredningen och våra erfarenheter bekräftar den bild som ges – arbetet med omprovningarna går för långsamt, verksamhetsutövarna bidrar inte i processen och det kostar myndigheterna stora resurser att driva dessa mål. Det kan i sammanhanget nämnas att den omprovning som Naturvårdsverket genomförde av Landsvetters flygplats 2006 kostade enligt uppgift 50 personveckor för enbart den myndigheten att genomföra.² Även om vattenrättsliga omprovningar många gånger kan vara mindre och enklare, är det orealistiskt att tro att miljömyndigheterna skulle orka med mer än en bråkdel av den genomgång av gamla tillstånd som behövs för att vi ska möta de EU-rättsliga kraven. Det finns även faktorer i den vattenrättsliga processen som gör att den är ännu tyngre att driva från myndighetshåll, t.ex. den starka civilprocessuella traditionen. Fakultetsnämnden stöder därför den inriktning som utredningen föreslår, dvs. att moderniseringen av villkoren för dessa verksamheter ska ske genom att länsstyrelserna förelägger verksamhetsutövarna att ansöka om MB-tillstånd. Förslaget måste emellertid kompletteras med en bortre tidsgräns för när arbetet ska vara slutfört. Dessutom menar vi att utredningen krånglar till systemet för nyprovning genom förslagen om rättskraft för äldre rättigheter och privilegiebrev samt regler om ersättning. Likaså är analysen av Natura 2000 i förhållande till nyprovningen otillräcklig. Förslagen om ändringstillstånd, generella föreskrifter, tidsbegränsade tillstånd och miljörapport för vattenverksamheter tillstyrks i allt väsentligt.

Nyprovning av verksamheter med äldre tillstånd och rättigheter

Utredningen ägnar ganska stor uppmärksamhet åt frågan om vilken rättslig status urminnes hävd och privilegiebrev till vattenverksamhet har i förhållande till miljöbalkens regler om omprovning. Slutsatsen är att 5 § MBP täcker båda dessa institut och att de därför ska jämföras med "tillstånd" enligt MB. Detta är kontroversiellt och de som är av motsatt uppfattning kan peka på att vare sig

² Myndighet för miljön (SOU 2008:62), s. 260. Omprovningen av Landvetter var f.ö. den första som Naturvårdsverket initierat sedan omprovningen av Eca Chemicals i Bohus 1996.



hävden eller privilegiet är "meddelade".³ Urminnes hävd har också av tradition betraktats som ett civilrättsligt institut som inte har bäring gentemot det allmänna. Utredningen menar emellertid att de äldre rättigheternas rättskraft enligt 24 kap. MB inte kan gå utöver vad som "prövats i beslutet". Man föreslår därför att ett sådant förtydligande görs i lagstiftningen.

Juridiska fakultetsnämnden tycker att det ligger mycket i utredningens analys, åtminstone med avseende på privilegiebrevens rättsliga status. Samtidigt har också den motsatta uppfattningen goda skäl för sig. Till det kommer att det framstår som märkligt att urminnes hävd ska omfattas av en rättskraftsregel om tillstånd. Vi menar också att det ligger en fara i att stadfästa den rättsliga statusen för dessa äldre rättigheter genom lagstiftning, särskilt som det är närmast obegripligt vad som är "prövat genom beslutet" i dessa sammahang. Här är utredningen inte heller särskilt utförlig med exempel eller utvecklande resonemang. Den här frågan kan och bör därför med fördel överlämnas till rättstillämpningen. Det avgörande är istället hur man utformar ett effektivt system för nyprövningar av äldre verksamheter, samtidigt som de inblandades berättigade förväntningar respekteras. Den frågan kan besvaras utan att man förlorar sig in i en komplicerad debatt om rättskraft i förhållande till de äldre rättigheterna.

Utredningen föreslår alltså att länsstyrelsen ska kunna förelägga de som bedriver verksamheter med stöd av dessa institut eller med äldre tillstånd enligt VRF, ÄVL och VL att ansöka om tillstånd enligt MB ("nyprövning"). Som framgått ovan, delar fakultetsnämnden utredningens förslag i den här delen. Vidare menar vi att man kan hantera verksamhetsutövarnas berättigade förväntningar om fortsatt drift under oförändrade villkor genom att ange en tidsfrist för när de nya kraven ska slå till. En ytterligare utgångspunkt bör vara att nyprövning genomförs utan att utlösa ersättningsrätt, varför tidsfristen bör ligga mellan tre och tio år för att möta kraven från EKMR och EU-rätten. Längden på fristen kan emellertid variera beroende på hur gammal rättigheten eller tillståndet är för verksamheten. Det innebär att för de tillståndspliktiga verksamheter som enbart omfattas av urminnes hävd, privilegiebrev eller tillstånd enligt 1880 års VRF, kan nyprövningarna inledas omgående. Det är ju först när genomförandetiden i enlighet med en lagkraftvunnen dom löper ut som de nya kraven gäller mot verksamheten. Utredningens förslag om att länsstyrelsen ska förelägga om nyprövning bör emellertid kompletteras med en uttrycklig bestämmelse om när verksamheter av ett visst slag senast ska ha ansökt om tillstånd. På så vis sätts press på både myndigheter och verksamhetsutövare att komma igång med anpassningen av verksamheterna till moderna miljökrav.

Utredningen anser att nyprövningen ska ske mot samtliga av MBs hänsynsregler. Vi håller med om detta, liksom att viss hänsyn kan tas till att det är fråga om befintlig verksamhet. Det är också i det här ledet som den egentliga betydelsen

³ Se bl.a. Olsen Lund, C: Tvenne gånger tvenne ruttna gärdsgårdar. CERGU working paper 2013:2; http://www.cergu.gu.se/Aktuellt/Nyheter/Nyheter_detalj//urminnes-havd-ar-inte-sa-urminnes-som-det-later.cid1189047.



av urminnes hävd, privilegiebrev eller tillstånd enligt äldre lagstiftning får sitt närmare innehåll. Det blir alltså tillståndsorganet som får ta ställning till värdet av de gamla rättigheterna och vilka berättigade förväntningar som bör respekteras. En sådan ordning är enklare att hantera för alla inblandade parter, jämfört med att de ska jämföras med tillstånd enligt MB.

Juridiska fakultetsnämnden tillstyrker också utredningens förslag att rättsgrunden som behövs för förelägganden är att verksamheten inte är tillståndsprövad enligt MB. Att förena den rättsgrunden med en bedömning att det också ska vara "miljömässigt motiverat" kommer att medföra att det blir två processer om verksamhetens anpassning till miljöbalkskraven. Först en process när föreläggandet överklagas av verksamhetsutövaren med påståendet att det inte är miljömässigt motiverat, därefter ytterligare en i tillståndsprövningen när det ska bestämmas vilka villkor som är miljömässigt motiverade. Det är uppenbart att en sådan dubbling är helt onödig. Däremot bör det finnas en given prioriteringsordning för vilka verksamheter som ska underställas nyprövning. För att en sådan prioritering ska få tillräcklig tyngd bör den ges direkt i förordningstext. Därefter kan den kompletteras av myndighetsvägledningar.

Utredningens förslag om nyprövning omfattar vattenkraftsverksamheter, dvs. vattenregleringar, vattenbortledningar och vattenöverledningar samt sådana vattenanläggningar som uppförts för dessa verksamheter. Förutom att det kan uppstå gränsdragningstvister kring en sådan bestämning, medför den att vissa dammanläggningar faller utanför. Det är olyckligt av miljöskäl, men också ur ett miljöprocessuellt perspektiv. Det är bättre att ge ett vidare tillämpningsområde – t.ex. alla vattenverksamheter med undantag för markavvattning – och sedan låta länsstyrelsen sköta preciseringen efter behov i enlighet med den författningssivna prioriteringen. Möjligheten att förelägga om tillståndsprövning bör även omfatta tillståndspliktiga verksamheter som bedrivs utan tillstånd idag. Den möjligheten finns visserligen redan i rättspraxis, men den bör anges i en uttrycklig lagregel som är anpassad till övriga föreläggandemöjligheter under MB.

Juridiska fakultetsnämnden tillstyrker alltså utredningens förslag om nyprövning. Emellertid menar vi av skäl som framgår nedan att ersättningsfrågorna bör hållas utanför. Lagstiftningen bör därför till att börja med enbart omfatta de situationer som kan regleras utan att det blir aktuellt att kompensera verksamhetsutövarna för att de lever upp till de nya miljökraven enligt dagens regler. I övrigt menar vi att det bör tas ett samlat grepp om ny- och omprövningsreglerna i utredningens slutbetänkande. Avsikten bör då vara att mönstra ut de regler som bryter mot grundläggande miljörättsliga principer och de EU-rättsliga kraven samt att reservera ersättningssituationerna till sådana undantagsfall då tungt vägande allmänintressen går emot verksamhetsutövarnas berättigade förväntningar. I detta sammanhang bör utredningen också ta ställning till hur tillståndsprövningen kan samordnas för olika slags för vattenverksamheter som ligger utefter ett vattendrag eller sjösystem.



Ersättningsrätten

Utgångspunkt för utredningens förslag om ersättningsrätt vid nyprövning anges vara:⁴

(...) att den enskilde verksamhetsutövaren ska kunna förlita sig på tillståndet. Detta följer inte bara av 24 kap. 1 § MB om tillståndets rättsverkan utan även av laglighetskravet och allmänna rättsgrundsatsen om förutsebarhet och rättssäkerhet.

Utredningen pekar vidare på de stora investeringar som kan vara gjorda i verksamheten och att även det talar för en viss ersättningsrätt vid nyprövning. Därför föreslår man en regel som innebär att verksamhetsutövaren har rätt till ersättning om de nya villkoren medför en inskränkning av den medgivna verksamheten så att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller upphör. Ersättning ska emellertid betalas endast om det inte framstår som rimlig att den enskilde själv får bära kostnaderna för de nya kraven.

Juridiska fakultetsnämnden menar till att börja att det är tveksamt att lämna ersättning för anpassning av befintliga verksamheter till de miljökrav som följer av MB och EU-rätten. Som nämnts ovan, bör det utifrån europarättens krav om att de inblandades berättigade förväntningar ska respekteras vara tillräckligt med en tidsfrist för genomförandet. Vidare menar vi att resonemanget ovan om rättssäkerhet och förutsebarhet alls inte stämmer när det gäller de verksamheter som inte har tillstånd enligt vare sig ÄVL, VL eller MB. Så länge som det enbart är fråga om nyprövning av verksamheter med äldre rättigheter och tillstånd finns det inte någon anledning att förena dessa med en möjlighet till ersättning. Dessutom vore det också mycket olyckligt om tillståndsprocessen för dessa verksamheter komplicerades och fördröjades genom ersättningstvister. Bara det faktum att det finns en sådan möjlighet kommer att ge upphov till mängder av enskilda anspråk som måste hanteras inom ramen för tillståndsprövningen. Även reglerna för rättegångskostnadsfördelning i dessa mål är synnerligen processdrivande, då de utgår från att den som begär ersättning som huvudregel alltid får betalt i första instans.⁵ Förslaget är i den här delen inte genomtänkt.

Även i andra avseenden är utredningens analys av ersättningsrätten och EU-rätten alltför ytlig. Diskussionen verkar utgå från att det inte kan bli en konflikt mellan de svenska reglerna och förbudet mot statsstöd bara därför att det sällan blir fråga om att ställa krav på ny- eller omprövning som *grundas direkt* på unionsrättsliga regler. Det tror fakultetsnämnden är en förenkling som missar EU-rättens systematiska synsätt i dessa frågor. Vi kan i Sverige knappast betala ersättning för en anpassning till miljökraven med hänvisning till att de skärpta villkoren inte direkt kan härledas till en uttrycklig bestämmelse i en unionsrättslig rättsakt. Om resultatet blir att hela genomförandet sker med bidrag för dessa

⁴ Utredningen s. 265.

⁵ 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.



åtgärder kan det betraktas olaga statsstöd till den svenska vattenkraften. Dessutom kan det i vissa situationer bli fråga om ny- eller omprövning som mera direkt återspeglar uttryckliga miljökrav i t.ex. art- och habitatdirektivet (se nedan).

Det finns också andra brister i analysen av ersättningsreglerna i dessa sammanhang. Utredningen verkar uppfatta uttrycket ”pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten” som likvärdigt med ”avsevärt försvåras” i 24:5 sista st. MB. Så är inte fallet. Det senare uttrycket – i alla fall om vi får tro förarbetena till regeln och den sparsamma rättspraxisen – är ett relativt högt krav för när ett nytt omprövningsvillkor diskvalificeras. Detta kontrasterar mot det förra uttrycket, som istället står för en låg tröskel som ger ersättning även vid relativt små ”intrång”.⁶

Sammanfattningsvis menar Juridiska fakultetsnämnden att det bör göras en mera systematisk analys av ersättningsbestämmelserna som omfattar både ny- och omprövning. För att inte förlora fart i arbetet med genomgången av verksamheter med äldre rättigheter och tillstånd bör alltså ersättningsfrågan hållas utanför nyprövningarna av dessa verksamheter, vilket enligt vår uppfattning inte möter några rättsliga hinder. Om regeringen ändå skulle anse att ersättning ska kunna utgå i dessa situationer, bör processerna om detta hållas utanför tillståndsprövningen. En sådan ordning kan hämtas från den som gäller vid bildande av naturreservat, dvs. att den som drabbas av inskränkningar får väcka särskild talan om ersättning.

Natura 2000 och nyprövning

Utredningen uttalar att övergångsregeln till Natura 2000-reglerna i MB innebär att tillståndsplikten enligt 7:28a inte utlöses vid nyprövning av befintliga vattenverksamheter. I den här delen menar fakultetsnämnden att analysen alls inte är tillräcklig.

Till att börja med täcker övergångsregeln bara verksamheten och dess påverkan på omgivningen som det ser ut idag. En ansökan om ett nytt tillstånd som möjliggör förändringar utlöser alltså tillståndsplikten under Natura 2000-regimen.⁷ Dessutom är det tveksamt om det är förenligt med EU-rätten att ens ge tillstånd till status quo, dvs. till den befintliga verksamheten. Ett tillstånd enligt 11 kap. MB ger ju en helt ny rättskraft i förhållande till möjligheterna att ställa miljökrav. Det blir alltså svårare att genomföra dessa, oavsett om de är EU-rättsligt grundade eller nationella. Man får inte glömma att artikel 6.2 i art- och habitatdirektivet medför en fortgående skyldighet för medlemsstaterna att se till att förhållandena för de skyddsvärda arterna och naturtyperna i ett Natura 2000-områdena inte försämras.⁸ Det betyder att omprövning av tillståndet för en verksamhet måste kunna genomföras för att förhindra sådan försämring. Slutligen gäller övergångsregeln bara för tillståndsplikten enligt artikel 6.3 i direktivet. Även om den inte slår till vid en nyprövning av en vattenverksamhet, bör de

⁶ Se MÖD 2008:3 och MÖD 2008:4.

⁷ MÖD 2012:56.

⁸ C-127/02 *Waddenzee*, p. 37-38, se även C-404/09 *Alto Sil*.



materiella reglerna om skydd för naturtyperna och arterna tillämpas även i den processen.

Sammanfattningsvis bör det övervägas om inte övergångsregeln till Natura 2000-reglerna ska kompletteras. I vilket fall som helst bör analysen av de art- och habitatdirektivets inverkan vid nyprövning av vattenverksamheterna utvidgas och fördjupas.

Överklagbarhet och miljöorganisationernas överklaganderätt

Juridiska fakultetsnämnden delar utredningens uppfattning att ett föreläggande om nyprövning är ett överklagbart beslut. Enligt 16:12 MB har givetvis verksamhetsutövaren klagorätt. Om länsstyrelsen beslutar att *inte* meddela ett sådant föreläggande, kan representanter för de motstående intressena vilja utmana beslutet rättsligt. En sådan möjlighet ska också finnas enligt EU-rätten, då det är fråga om ett sådant beslut om tillstånd som omfattas av artikel 9.2 i Århuskonventionen.⁹ Utredningen pekar på att Mark- och miljööverdomstolen i sin rättspraxis har gett miljöorganisationerna klagorätt i dessa situationer (MÖD 2012:47) och menar därför att det inte behövs någon särskild skrivning om det i 16:13 MB. Även här har fakultetsnämnden en annan uppfattning. Visserligen framgår av artikel 288 FEUF att ett direktiv är bindande inom unionen, men att medlemsstater kan bestämma formen och tillvägagångssättet för dess genomförande. Bestämmelserna behöver alltså inte återges ordagrant i en uttrycklig lagregel. Däremot måste det finnas en rättslig ram som faktiskt garanterar att direktivet tillämpas fullt ut på ett sätt som är *tillräckligt klart och precist och som möjliggör för dem som berörs att känna till sina rättigheter*.¹⁰ Mot den bakgrunden är det otillräckligt om klagorätten enbart framgår av några enstaka avgöranden av MÖD, särskilt som det finns andra avgöranden av samma domstol som talar i motsatt riktning.¹¹ En uttrycklig regel måste därför införas under 16:13 MB som klargör att tillsynsbeslut som dessa kan överklagas av miljöorganisationerna.

Övriga frågor

* När det gäller generella föreskrifter för vattenverksamheter bör utredningen titta på möjligheten att sådana meddelas för avgränsade geografiska områden, t.ex. en vattenförekomst. Det bör även enligt vår mening vara möjligt att meddela ramarna för vissa åtgärder, t.ex. faunapassager. Med stöd av sådana föreskrifter kan verksamhetsutövaren åläggas att föreslå hur en sådan ska anläggas vid ett vandringshinder. Förslaget bör därefter underställas tillsynsmyndigheten för godkännande.

⁹ C-75/08 *Mellor*, se Darpö: Effective Justice? Synthesis report of the study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in the Member States of the European Union (European Commission 2013-10-11, se <http://ec.europa.eu/environment/aarhus/studies.htm>), avsnitt 3.2.3.

¹⁰ Se bl.a. C-217/97, para 31-32, sammanfattningen para 3.

¹¹ Se Darpö: 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), avsnitt 4.7.



UPPSALA
UNIVERSITET

YTTRANDE

8 (8)

2013-12-20

JURFAK 2013/82

* Det rättsliga stödet för den rättspraxis som utvecklats för ändringstillstånd inom vattenrätten är svagt. Som utredningen visar, beror svårigheten att ge lagstiftningen genomslag främst på den starka traditionen och den speciella rättskulturen på rättsområdet. I den här miljön kommer en omskrivning av bestämmelsen i 16 kap. MB knappast göra det intryck som eftersträvas. Enligt vår mening behövs därför klarare och mer utförlig lagstiftning i frågan. Det bör exempelvis anges att det inte annat än i undantagsfall är möjligt att meddela ändringstillstånd i situationer då grundtillståndet är meddelat enligt äldre lagstiftning. Dessutom bör det i förarbetena föras en mera utförlig diskussion om när det är lämpligt respektive olämpligt att meddela ändringstillstånd.

* Något liknande kan sägas om tidsbegränsade tillstånd. Om en såpass radikal reform ska genomföras på vattenrättens område krävs det tydligare lagstiftning och utförligare anvisningar i förarbetena.

Förslag till yttrande i detta ärende har upprättats av professor Jan Darpö i samråd med professor Gabriel Michanek. Yttrandet har på delegation avgivits av fakultetens dekanus, professor Torbjörn Andersson.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Darpö' followed by a flourish.

Torbjörn Andersson