

Kapitel 3: Tillståndsprövning och tillsyn enligt miljöbalken

3.1 Tillstånd och tillsyn

3.1.1 Inledning

Miljöbalkens regler träffar i princip alla som bedriver en verksamhet eller vidtar en åtgärd, som kan inverka på miljöbalkens mål, såvida åtgärden inte är av försumbar betydelse i det enskilda fallet. Möjligheten att säkerställa att verksamheter och åtgärder är förenliga med miljöbalken förutsätter dock i många fall att miljökraven kan genomföras mot enskilda. Miljöbalken erbjuder flera olika instrument i detta syfte. Ett av dem är *tillståndsplikt*.

Tillståndsplikt innebär att en verksamhet eller åtgärd prövas i förväg. Den får alltså inte utföras innan prövningsmyndigheten har bedömt att den är tillåtlig. I tillståndet anges sedan de villkor som verksamhetsutövaren måste hålla sig till och som reglerar vilken påverkan verksamheten får ha på omgivningen. Det kan exempelvis handla om krav på flöden i vattendrag, inrättandet av fisktrappor eller rening av föroreningar som släpps ut i vatten.

Ett annat instrument är *anmälan*. Anmälan är ett enklare förfarande som typiskt sett används för verksamheter som inte antas få lika stor påverkan på miljön. En verksamhet som omfattas av anmälningsplikt behöver inte tillstånd men måste anmälas till tillsynsmyndigheten i förväg. Det handlar således om en slags förebyggande tillsyn. Genom anmälan får tillsynsmyndigheten kännedom om verksamheten innan den startar och kan därmed förelägga om de förbud och restriktioner som behövs för att verksamheten ska leva upp till miljöbalkens krav, däribland miljökvalitetsnormer. Om tillsynsmyndigheten inte meddelar några förbud eller restriktioner kan verksamheten normalt startas inom en viss tid efter anmälan. En viktig skillnad mellan ett tillstånds- och ett anmälningsförfarande är att ett tillstånd gäller mot alla, medan ett föreläggande saknar rättsverkan enligt 24 kap. 1 § miljöbalken (se nedan). Anmälningsförfarandet är alltså en del av *tillsynen*, vilket kan beskrivas som ett instrument som möjliggör kontroll av verksameters och åtgärders förenlighet med gällande lagkrav. Tillsyn enligt miljöbalken ska säkerställa syftet med miljöbalken.²⁴⁷

3.1.2 Tillståndsplikt och tillstånds rättsverkan

I miljöbalken finns särskilda regler för miljöfarlig verksamhet och för vattenverksamhet. Miljöfarlig verksamhet regleras i 9 kap. miljöbalken, medan vattenverksamhet regleras i

²⁴⁷ 26 kap. 1 § MB.

11 kap. miljöbalken. Med *miljöfarlig verksamhet* avses bland annat utsläpp av avloppsvatten, fasta ämnen eller gas från mark, byggnader eller anläggningar i mark, vattenområden eller grundvatten och användning av mark, byggnader eller anläggningar på ett sätt som kan medföra olägenhet för människors hälsa eller miljön genom annat utsläpp, eller genom förorening av mark, luft, vattenområden eller grundvatten.²⁴⁸ För miljöfarlig verksamhet gäller tillståndsplikt för att anlägga och driva vissa slag av fabriker och annan miljöfarlig verksamhet, släppa ut avloppsvatten samt släppa ut eller lägga upp fast avfall.²⁴⁹ Vidare gäller tillståndsplikt för vissa ändringar av sådana verksamheter. Den närmare uppräkningslistan av vilka verksamheter som är tillståndspliktiga finns i olika förordningar, framför allt i miljöprövningsförordningen som listar olika miljöfarliga verksamheter, men även i förordningen om miljöfarlig verksamhet.²⁵⁰

Det finns olika typer av tillståndsplikt för miljöfarlig verksamhet, *tillståndsplikt A* och *tillståndsplikt B*. Dessa benämningar hänger samman med vilken prövningsmyndighet som ska pröva verksamheten och verksamhetens omfattning och risk för miljöpåverkan. Det kan handla om allt från gruvverksamheter, pappersbruk, tillverkning av växtskyddsmedel eller biocider till anläggningar för djurhållning. För verksamheter med tillståndsplikt A ska tillstånd sökas hos och prövas av mark- och miljödomstol som första instans. Detta framgår av 1 kap. 6 § i miljöprövningsförordningen. För verksamheter med tillståndsplikt B föreskrivs i stället att prövning i första instans ska ske hos den särskilda miljöprövningsdelegationen (MPD), som finns hos vissa länsstyrelser. När benämningarna A- och B-verksamheter används är det således detta som åsyftas.²⁵¹

I vissa fall är den kommunala nämnden tillståndsmyndighet. Detta gäller till exempel för tillstånd till inrättande av avloppsanordning till vilken en vattentoalett ska anslutas eller för inrättande av värmepumpsanläggning. Kommunerna har också möjlighet att meddela vissa föreskrifter till skydd för människors hälsa som kan innehålla krav på tillstånd. Det är exempelvis vanligt att det genom kommunala föreskrifter krävs tillstånd för att hålla häst inom detaljplanlagt område eller för att sprida naturlig gödsel inom tätbebyggt område.

Därutöver finns *anmälningsplikt C*. Det handlar således om verksamheter som är anmälningspliktiga. Dessa benämns ofta för C-verksamheter. I enlighet med vad som redogjordes för ovan är anmälan *inte* en form av tillstånd, utan en del av tillsynen. Det finns också andra miljöfarliga verksamheter som inte hör till någon kategori i miljöprövningsförordningen och som därför inte omfattas av vare sig tillstånds- eller anmälningsplikt. Dessa kallas för *U-verksamheter*. Även om dessa verksamheter inte underkastas förprövning så omfattas de av miljöbalkens materiella krav. Tillsynsmyndigheten kan också förelägga sådana verksamheter om försiktighetsmått och meddela förbud och restriktioner (se nedan). Tillsynsmyndigheten kan vidare förelägga den som ska bedriva en verksamhet som inte omfattas av tillståndsplikt, att söka tillstånd innan verksamheten

248 9 kap. 1 § MB.

249 9 kap. 6 § MB.

250 Förordning (1998:899) om miljöfarlig verksamhet och hälsoskydd respektive miljöprövningsförordning (2013:251).

251 En A-verksamhet är alltså inte att förväxla med mark- och miljödomstolarnas s.k. A-mål (ansökningsmål), vilket kan avse såväl miljöfarliga verksamheter, tillståndsplikt A, som vattenverksamheter.

får påbörjas. Detta kan göras om verksamheten medför risk för betydande föroreningar eller andra betydande olägenheter. En verksamhetsutövare kan också frivilligt ansöka om tillstånd. Ansökan görs då hos miljöprövningsdelegationen.

Prövningen av *vattenverksamheter* regleras som beskrevs inledningsvis huvudsakligen i 11 kap. miljöbalken, men också i den så kallade restvattenlagen.²⁵² Med *vattenverksamhet* avses bland annat uppförande, ändring, lagning eller utrivning av en anläggning i ett vattenområde, fyllning eller pålning i ett vattenområde, bortledande av vatten från ett vattenområde, grävning, sprängning eller rensning i ett vattenområde och andra åtgärder i ett vattenområde som syftar till att förändra vattnets djup eller läge.²⁵³ Enkelt uttryckt bedrivs en vattenverksamhet så snart något görs i ett vattenområde. En förutsättning är att något görs i själva vattenområdet, det vill säga i det område som täcks av vatten vid högsta förutsebara vattenstånd.²⁵⁴ Att bygga en bro över ett vatten utan att på något sätt arbeta inom vattenområdet är alltså inte en vattenverksamhet. Att leka med sand och vatten genom att bygga små dammar och vattensystem vid en sjöstrand utgör faktiskt en vattenverksamhet enligt definitionen. Sådan vattenverksamhet är emellertid varken tillstånds- eller anmälningspliktig.

Det är viktigt att skilja mellan vattenverksamheter och vattenanläggningar. En *vattenanläggning* är en anläggning, som har kommit till genom en vattenverksamhet, tillsammans med manöveranordningar som hör till en sådan anläggning.²⁵⁵ Enkelt förklarat är byggandet av en damm en vattenverksamhet medan resultatet, själva dammen, är en vattenanläggning. Sedan kan det mycket väl bedrivas vattenverksamhet vid vattenanläggningen som är av annat slag än den vattenverksamhet som gjorde att den tillkom. I fallet med dammen handlar den fortsatta vattenverksamheten oftast om vattenreglering eller liknande.

För vattenverksamhet gäller en generell förprövningsplikt.²⁵⁶ För vissa vattenverksamheter gäller emellertid anmälningsplikt, vilket innebär att de inte får påbörjas innan den har anmälts hos tillsynsmyndigheten. Det gäller till exempel anläggande av våtmark, fyllning eller pålning, grävning, schaktning, muddring, sprängning eller annan liknande åtgärd där det handlar om mindre bottenytor som påverkas av verksamheten, byggande av en bro och omgrävning av ett vattendrag när medelvattenföringen inte är så stor, bortledande av mindre mängder ytvatten eller utförande av anläggningar för detta samt vissa utrivningar av vattenanläggningar.²⁵⁷ Räknas verksamheten inte upp i bestämmelsen omfattas den inte av anmälningsplikt och huvudregeln är då att tillståndsplikt gäller, om inte något av undantagen i 11 kap. miljöbalken är tillämpligt.

Vattenverksamheter som fordrar tillstånd prövas av mark- och miljödomstolen (med undantag för vissa tillstånd till markavvattning som prövas av länsstyrelsen), medan

252 Lag (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet. Benämningen "restvattenlagen" kommer sig av att det är resterna av 1983 års vattenlag, som inte ansågs passa in i miljöbalkens systematik, som hamnade här.

253 11 kap. 3 § MB.

254 11 kap. 2 § MB.

255 11 kap. 4 § MB.

256 Regler om tillståndsplikt för vattenverksamheter återfinns i 11 kap. 9–16 §§ miljöbalken.

257 19 § förordningen (1998:1388) om vattenverksamheter (vattenverksamhetsförordningen).

anmälan om vattenverksamhet vanligen görs till länsstyrelsen.²⁵⁸ Länsstyrelsen ska ge de statliga och kommunala myndigheter samt organisationer och enskilda, som kan ha ett särskilt intresse i saken, tillfälle att yttra sig i anmälningsärendet.²⁵⁹ När anmälningsärendet är tillräckligt utrett, ska länsstyrelsen besluta respektive förelägga om de förbud respektive försiktighetsmått som behövs enligt miljöbalken, eller förelägga verksamhetsutövaren om att ansöka om tillstånd, om det behövs med hänsyn till verksamhetens påverkan på miljön eller enskilda intressen. Om det inte behövs något förbud eller föreläggande ska länsstyrelsen underrätta den som anmält verksamheten om detta, det vill säga att ärendet inte föranleder någon åtgärd från myndighetens sida.²⁶⁰ Om en verksamhet omfattas av tillståndsplikt B, men samtidigt innebär en tillståndspliktig vattenverksamhet, är det mark- och miljödomstolen som ska tillståndspröva hela verksamheten.

Tillstånd, godkännande eller dispens enligt balken eller dess föreskrifter får ges för begränsad tid.²⁶¹ Tillstånd, godkännande eller dispens får också förenas med villkor.²⁶² Det är viktigt att prövningsmyndigheten försäkrar sig om att sökanden har såväl rättsliga som faktiska förutsättningar att klara de krav som villkoret innebär när den föreskriver om villkor. Till grund för prövningen ska det finnas en miljökonsekvensbeskrivning.²⁶³ Det är prövningsmyndigheten som avgör om miljökonsekvensbeskrivningen kan ligga till grund för den miljöbedömning och den prövning som ska göras. Avgörande är vad som är motiverat ur miljösynpunkt för en ändamålsenlig prövning i enlighet med balkens syfte i det aktuella fallet. En miljökonsekvensbeskrivning utgör en så kallad processförutsättning, vilket innebär att ett ärende kan *avvisas*, det vill säga inte alls prövas, om miljökonsekvensbeskrivningen bedöms vara undermålig.

En fördel med att ha ett tillstånd enligt miljöbalken är den rättskraft som följer av 24 kap. 1 § miljöbalken. Bestämmelsen innebär nämligen att en verksamhetsutövare inte tillsynsvägen kan föreläggas att vidta ytterligare försiktighetsmått i frågor som har prövats genom tillståndet (se vidare nedan). Avgörandet gäller mot alla. En tillståndshavare kan alltså endast känna sig säker på att tillsynen inte begränsar ett beslut eller en dom såvitt avser frågor som *har prövats* i domen eller beslutet. Detta förutsätter givetvis att verksamheten håller sig inom ramen för tillståndet och följer villkoren. Även ett frivilligt tillstånd omfattas av rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken.

3.1.3 Tillsyn

För att säkerställa syftet med balken ska tillsynsmyndigheten vidta de åtgärder som behövs.²⁶⁴ Flera olika myndigheter har miljötillsynsansvar enligt miljöbalken. Ansvarsfördelningen mellan tillsynsmyndigheterna framgår av miljötillsynsförordningen

258 11 kap. 9 b § MB.

259 22 § vattenverksamhetsförordningen.

260 23 § vattenverksamhetsförordningen.

261 16 kap. 2 § MB.

262 16 kap. 2 § MB.

263 22 kap. 1 § MB. Jämför 6 kap. MB.

264 26 kap. 1 § MB.

(2011:13). *Tillsyn* innebär bland annat att tillsynsmyndigheten, på eget initiativ eller efter anmälan, i nödvändig utsträckning ska kontrollera att miljöbalken samt föreskrifter, domar och andra beslut som har meddelats med stöd av balken följs och genom information och liknande verksamhet underlätta för enskilda att fullgöra sina skyldigheter. Tillsynsmyndigheten ska vidta de åtgärder som behövs för att åstadkomma rättelse och fortlöpande bedöma om villkor för miljöfarlig verksamhet eller vattenverksamhet som omfattas av tillstånd är tillräckliga.²⁶⁵ Tillsynsmyndigheten får härvid meddela de förelägganden och förbud som behövs.²⁶⁶ Ett föreläggande innebär att tillsynsmyndigheten ställer krav på något. Det kan handla om att vidta skyddsåtgärder, begränsningar, undersökningar eller försiktighetsmått. Proportionalitetsprincipen, som framgår av 26 kap. 9 § andra stycket miljöbalken, innebär att myndigheten inte får tillgripa mer ingripande åtgärder än vad som behövs i det enskilda fallet. Därtill ligger det på tillsynsmyndigheten att ge råd och informera.

Om en tillsynsmyndighet avser utfärda ett föreläggande mot en verksamhet med tillstånd måste 24 kap. 1 § miljöbalken beaktas. Här anges nämligen, såsom beskrivits ovan, att ett lagakraftvunnet tillstånd till verksamhet enligt balken gäller mot alla, såvitt gäller de frågor som har prövats i domen eller beslutet. Av det följer att inte heller en tillsynsmyndighet, genom förelägganden, får begränsa ett rättskraftigt beslut. Exakt vad som kan anses ha prövats kan vara svårt att avgöra och frågan hänger nära samman med tillståndsprövningens avgränsning och omfattning. Tillsynen omfattar dock kontroll av att verksamheten följer villkoren i tillståndet. Om tillståndet eller villkoren inte följs kan tillsynsmyndigheten ingripa med förelägganden och förbud, anmäla för åtal eller med miljösanktionsavgift. Som beskrevs tidigare har ett föreläggande enligt 26 kap. 9 § miljöbalken inte rättsverkan enligt 24 kap. 1 § miljöbalken. En anmäld verksamhet omfattas alltså inte av det relativt starka skydd mot ytterligare ingripanden som en tillståndsgiven verksamhet gör.

3.1.4 Allmänna hänsynskrav

De allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken är bindande för var och en och kan direkt läggas till grund för tillsynsmyndigheternas beslut om förelägganden och förbud m.m. De allmänna hänsynsreglerna ska också tillämpas av prövningsmyndigheten vid prövning av tillstånd, tillåtighet, godkännande eller dispens. Eftersom reglerna är så allmänt hållna finns ett brett tolkningsutrymme vid tillämpningen. Tolkningen ska ske med utgångspunkt i 1 kap. 1 § miljöbalken. Detta innebär att innebörden av de allmänna hänsynsreglerna varierar, bland annat med hänsyn till de miljörisker ett handlings sätt innebär och hur de påverkar miljöbalkens olika delmål.²⁶⁷ En tillståndsprövning handlar därför i stor utsträckning om att prövningsmyndigheten tolkar hänsynsreglerna och

²⁶⁵ 26 kap. 1 § MB.

²⁶⁶ 26 kap. 6 § MB.

²⁶⁷ Bjällås et.al. (version 22 JUNO). *Miljöbalken*. Kommentaren till 2 kap. MB.

omvandlar dem till precisa villkor för den aktuella verksamheten, med utgångspunkt i att miljöbalkens mål ska kunna nås.

Av 2 kap. 7 § första stycket följer dock att de materiella miljökraven (enligt 2 kap. 2–6 §§ miljöbalken) ska vara rimliga att uppfylla. Kostnaden för att uppfylla hänsynsreglerna ska vara motiverad från miljösynpunkt. Nyttan för människors hälsa och miljön som skyddsåtgärden eller försiktighetsmålet ska således jämföras med kostnaden. En utgångspunkt för avvägningen är att de krav som behövs (enligt 2 kap. 2–6 §§ MB) för att nå miljöbalkens mål (vilka framgår av 1 kap. 1 § MB) ska ställas, men att kraven ska vara miljömässigt motiverade utan att vara ekonomiskt orimliga.²⁶⁸ Endast om kostnaderna bedöms vara orimligt stora i förhållande till nyttan med åtgärden eller försiktighetsmålet kan det alltså bli aktuellt att avstå från att föreskriva ett sådant krav. Det är förhållandena i det enskilda fallet som avgör vilka krav som kan ställas, bland annat graden av känslighet i det område där påverkan sker. Avvägning måste dessutom alltid göras med hänsyn till vad som får anses vara vedertaget godtagbart beteende. Om de åtgärder som är nödvändiga för att uppnå en godtagbar skyddsnivå medför orimliga kostnader, bör verksamheten inte tillåtas.²⁶⁹ Från avvägningsregeln i 2 kap. 7 § MB finns också explicita undantag, det vill säga situationer när en rimlighetsavvägning inte ska göras. Dessa undantag gäller för vissa typer av miljökvalitetsnormer, däribland miljökvalitetsnormer för vatten (se nedan, avsnitt 3.2.1).

3.1.5 Lagligförklaring

Institutet lagligförklaring av vattenanläggningar gäller endast anläggningar som tillkommit före miljöbalkens ikraftträdande. Det bygger på en bestämmelse i miljöbalkens promulgationslag (MP),²⁷⁰ som innebär att om en vattenanläggning har tillkommit utan tillstånd enligt vattenlagen (1983:291) eller motsvarande äldre lagstiftning, eller om tillståndsfrågan beträffande en sådan anläggning är oklar, får den som äger anläggningen eller avser att utnyttja den för vattenverksamhet, begära prövning av anläggningens laglighet hos mark- och miljödomstolen.²⁷¹

Distinktionen mellan vattenverksamhet och vattenanläggningar är grundläggande när det gäller lagligförklaringsinstitutet. Det är alltså själva *vattenverksamheten* som kräver tillstånd eller anmälan enligt 11 kap. MB. Eftersom en vattenanläggning är resultatet av en vattenverksamhet inträder tillståndsplikten så snart verksamheten (byggandet av anläggningen) påbörjas, under själva uppförandet av vattenanläggningen. Inte heller arbeten på land av större omfattning i anslutning till verksamheten får påbörjas utan tillstånd.²⁷² Om sedan driften av anläggningen innebär en vattenverksamhet, måste givetvis också denna ha ett tillstånd.

²⁶⁸ Prop. 1997/98:45, Del 1, s. 206f.

²⁶⁹ Kruse (Karnovs kommentar i JUNO, 2023). Kommentaren till 2 kap. 7 § MB, not 53.

²⁷⁰ Lag (1998:811) om införande av miljöbalken, MP.

²⁷¹ 17 § MP.

²⁷² 11 kap. 10 § MB.

Det finns emellertid vattenanläggningar där det idag inte bedrivs någon verksamhet, och där vattenverksamheten som gav upphov till dem inte hade erforderligt tillstånd. Det finns också vattenanläggningar, såsom dammar, där någon vattenverksamhet i form av aktiv reglering inte bedrivs, men som ändå kräver tillstånd, då de trots allt förändrar vattnets djup eller läge.²⁷³ Tillsynsmyndigheten kan i sådana situationer förelägga anläggningsägaren om att ansöka om tillstånd eller ansöka om lagligförklaring av anläggningen; oftast behövs både och, eftersom en sådan damm i sig är att betrakta som vattenverksamhet. Detta innebär att ansökan om lagligförklaring endast kan prövas i samband med en prövning av vattenverksamheten.²⁷⁴ Annorlunda förhåller det sig med vattenanläggningar där vattenverksamheten upphör i och med att de färdigställs, exempelvis broar och mindre bryggor.

I 11 kap. 6 § MB definieras *vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel* som en vattenverksamhet som innebär vattenreglering, vattenbortledning, vattenöverledning eller annan påverkan på vattnets flöde. Enligt författningskommentaren kan en damm utan regleringsåtgärder utgöra en vattenverksamhet genom att den dämmer upp vatten i syfte att samla och leda vattnet till en anläggning som tar vara på kraften i det strömmande vattnet.²⁷⁵ Anläggningar för produktion av vattenkraftsel kan emellertid inte lagligförklaras (längre).²⁷⁶ I motiven har angetts att möjligheten till lagligförklaring av anläggningar för produktion av vattenkraftsel inte längre behövs. Sådana anläggningar kommer nämligen att omfattas av den samlade miljöprövningen som ska göras när vattenverksamheter för framställning av vattenkraftsel omprövas för ”moderna miljövillkor” (se avsnitt 3.5). Enligt motiven skulle lagligförklaringsinstitutet förvisso inte hindra den samlade miljöprövningen, men den ansågs ändå behöva upphävas då den inte längre skulle fylla någon funktion. Redan gjorda lagligförklaringar påverkas inte.²⁷⁷

3.1.6 Återkallelse av tillstånd

I 24 kap. 3 § återfinns bestämmelser om *återkallelse* av tillstånd, vilket innebär ett mycket kraftigt ingripande mot en verksamhet som har fått tillstånd. Tillståndsmyndigheten *får*, under vissa förutsättningar (enligt första stycket), helt eller delvis återkalla tillstånd, dispens eller godkännande som meddelats enligt balken, eller enligt föreskrifter med stöd av balken, och förbjuda fortsatt verksamhet. Reglerna gäller alla möjliga verksamheter som kan ha fått tillstånd enligt miljölagstiftningen. En av förutsättningarna för återkallelse är att den som har sökt tillståndet har vilselett tillståndsmyndigheten. En annan är att verksamheten slutligt har upphört, ett nytt tillstånd ersätter ett tidigare tillstånd eller att underhållet av en vattenanläggning allvarligt har försumrats. Ytterligare en omständighet som kan föranleda återkallelse är om det behövs för att uppfylla Sveriges förpliktelser

273 Jfr Mark- och miljööverdomstolens konstaterande om att en damm är en anläggning som syftar till att förändra vattnets djup och läge och att den aktuella vattenanläggningen redan på denna grunden medför att vattenverksamhet bedrivs (MÖD 2017:45).

274 MÖD 2017:45.

275 Prop. 2017/18:243, s. 198.

276 17 a § MP.

277 Prop. 2017/18:243, s. 164.

till följd av EU-medlemskapet (punkten 7). Det är den punkten som sannolikt är mest relevant när det finns risk för att en tillståndsgiven verksamhet innebär att god status i en vattenförekomst äventyras eller om statusen försämras. Om tillståndet avser verksamhet vid en vattenanläggning *får* mark- och miljödomstolen återkalla rätten att bibehålla en vattenanläggning. Eftersom bestämmelsen är av fakultativ karaktär har tillståndsmyndigheten viss frihet vid bedömningen. Den kan också anse det finns lämpligare åtgärder. Med andra ord finns ingen skyldighet att återkalla tillstånd, även om någon av förutsättningarna för detta föreligger. Av 24 kap. 4 § följer att mark- och miljödomstolen i samband med ett beslut om återkallelse enligt 3 § andra stycket som avser en vattenanläggning *ska* (här är det inte längre fråga om en fakultativ bestämmelse) ålägga den som är ansvarig för underhållet av anläggningen att riva ut den och att vidta de åtgärder som behövs för att förebygga eller minska skador genom utrivningen. Om inte tillräcklig grund anses föreligga för återkallelse kan omprövning enligt 24 kap. 5 § MB övervägas.

Återkallande av tillstånd är ovanligt och praxis är därför knapphändig. I MÖD 2015:51, fann Mark- och miljööverdomstolen att det inte fanns tillräckliga skäl att återkalla ett tillstånd till ett vattenkraftverk (Långforsen) från 1918. Kammarkollegiet hade yrkat att mark- och miljödomstolen skulle dels återkalla tillståndet, dels ålägga ägaren att riva ut hela vattenanläggningen. Till stöd för sin ansökan åberopade Kammarkollegiet 24 kap. 3 § första stycket och bland annat 7 p. miljöbalken. Kammarkollegiet (och remissmyndigheterna) åberopade i denna del rikets skyldigheter enligt bland annat vattendirektivet och gjorde gällande att detta förutsätter utrivning av vattenanläggningen. Mark- och miljööverdomstolen konstaterade att det saknas övergångsbestämmelser som undantar äldre verksamheter. Domstolen hänvisade även till ett tidigare avgörande, MÖD 2010:52, där domstolen bland annat funnit att de regler som syftar till genomförandet av ramdirektivet för vatten, inte ledde till några omedelbara begränsningar i lagkraftvunna tillstånd för bolagets anläggningar och verksamheten vid kraftverket. Överdomstolen pekade också på att Vattenverksamhetsutredningen i sitt delbetänkande SOU 2013:69, *Ny tid ny prövning*, uttalat att den konkreta innebörden av vad som utgör miljökvalitetsnormer för vatten, däribland god ekologisk status, inte är helt klar och att detta kan skapa tillämpningsproblem. Sammanfattningsvis fann Mark- och miljööverdomstolen att det *inte var klarlagt* att kraven till följd av Sveriges åtagande att tillämpa ramdirektivet för vatten innebär krav på att bolagets verksamhet måste upphöra. Beviskravet för återkallelse synes alltså, enligt Mark- och miljööverdomstolen, vara att det ska vara klarlagt att återkallelse behövs för att uppfylla EU-kraven. Vidare menade Mark- och miljödomstolen att skäl för återkallelse inte föreligger om åtaganden kan uppnås på annat sätt. Mot bakgrund av att verksamhetsutövaren hade godtagit att genomföra nödvändiga skyddsåtgärder, att det fanns rättsliga krav på underhållsåtgärder samt krav på tillstånd för dessa, ansåg domstolen att det var tillräckligt säkerställt att skyddsåtgärderna skulle komma att genomföras. Det kan det vara värt att notera att Mark- och miljööverdomstolens avgörande meddelades före EU-domstolens avgörande i Weserdomen.²⁷⁸

278 Mark- och miljööverdomstolens avgörande meddelades den 12 juni 2015, en knapp månad innan EU-domstolens avgörande den 1 juli 2015.

3.2 Förbud mot att försämra och äventyra

3.2.1 Weserdomen och dess följder för svensk lagstiftning

Som beskrevs ovan, klargjorde EU-domstolen, genom *Weserdomen*, att vattendirektivets målsättningar utgör långtgående skyldigheter som också ska ligga till grund för beslut i det enskilda fallet. Därmed är medlemsstaterna, enligt EU-domstolen, skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt som kan orsaka en försämring eller äventyrar uppfyllandet av målet.²⁷⁹ Utöver bestämmelsens ordalydelse fäster domstolen vikt vid det rättsliga systemet för genomförande som föreskrivs i direktivet samt de möjligheter till undantag som finns och som också bedöms vara tillämpliga i enskilda situationer. Av domen framgår vidare att försämringsförbudet har en självständig funktion. Detta innebär till exempel ett att tillstånd inte kan ges om ett projekt leder till en försämring av statusen från hög till god, även om statusen, efter genomförandet av projekt, alltså är god och direktivets målsättning har nåtts.²⁸⁰

I domen klargjordes vidare mer precist *när* en försämring, som inte definieras i direktivet, ska anses föreligga enligt artikel 4(1)(a)(i) i direktivet. Domstolen anslöt sig till den så kallade *status quo-teorin* som i korthet innebär att en försämring av vattenförekomstens status föreligger så fort statusen hos *en* kvalitetsfaktor försämras till en lägre statusklass, även om försämringen *inte* medför att vattenförekomsten som sådan och i sin helhet, efter försämringen, hamnar i en lägre klass enligt den klassificering som ska göras enligt direktivets bilaga V (exempelvis från god till måttlig).²⁸¹ Så kan vara fallet om samtliga kvalitetsfaktorer utom en är *hög*. Om den som inte är *hög* är *god* kommer statusen för vattenförekomsten att sättas till *god* i enlighet med sämst styr-principen. Skulle ett projekt medföra att ytterligare en kvalitetsfaktor blir *god*, alltså försämras, innebär det ingen ny klassificering för vattenförekomsten. Dess status är fortfarande *god*. Ändå har en försämring skett, enligt *status quo-teorin*. En bedömning enligt den så kallade *statusklasssteorin* skulle istället innebära att en försämring anses vara för handen endast om den innebär att vattenförekomsten *som helhet* hamnar i en lägre klass än innan. I exemplet ovan skulle då tvärtom ingen försämring anses ha skett.

Domstolen konstaterade också att om en kvalitetsfaktor befinner sig i den *lägsta* klassen, ska varje försämring av den kvalitetsfaktorn anses innebära en försämring. En tolkning enligt *statusklasssteorin* skulle, enligt domstolen, innebära en försvagning av skyddet eftersom försämringar av statusen skulle vara möjliga, så länge inte vattenförekomsten hamnar i en lägre klass. Till detta kommer, påpekade domstolen, att direktivets ordalydelse föreskriver en allmän skyldighet att förebygga försämring, utan att koppla till statusklassificeringen i bilaga V.²⁸² Om istället *statusklasssteorin* skulle tillämpas, skulle en

279 C-461/13, p. 51.

280 För en mer utförlig beskrivning av domen, se Michanek (2015). Tillstånd får inte ges om aktuell ytvattenstatus försämras eller uppnåendet av god ytvattenstatus äventyras - analys av EU-domstolens förhandsavgörande C-461/13. *JP miljönät*.

281 Michanek (2015).

282 Michanek (2015).

skyldighet att förebygga en försämring inte gälla för de vatten som befinner sig i den lägsta klassen.²⁸³

I domen besvarades frågan om medlemsstaters skyldigheter vad gäller *tillståndsprövning*. Eftersom artikel 4(1) kräver att medlemsstater ska genomföra *alla* åtgärder som är nödvändiga för att förebygga en försämring av statusen i alla ytvattenförekomster, bör slutsatserna gälla också vid annat beslutsfattande, såsom vid tillsyn eller fysisk planering.²⁸⁴ Genom Weserdomen tydliggörs med andra ord att de skyldigheter som följer av EU-rätten kan vara mycket långtgående även när de benämns *miljömål*. Det visar i sin tur på betydelsen av att vara medveten om att begreppsanvändningen inte är enhetlig och att den rättsliga innebörden måste tolkas med utgångspunkt i den eller de aktuella EU-rättsliga bestämmelsernas ordalydelse, den rättsliga kontexten samt de ändamål som rättsakten syftar till att uppnå.

Genom Weserdomen klargjorde alltså EU-domstolen att den allmänna skyldigheten att förebygga försämring respektive att förbättra vattenstatusen enligt ramdirektivet för vatten också ska gälla vid provning i det enskilda fallet.

Redan före Westerdomen hade kommissionen ifrågasatt delar av Sveriges genomförande av ramvattendirektivets krav, bland annat med hänsyn till att den svenska lagstiftningen inte gav målet om en god ekologisk status rättsligt bindande verkan och möjliggjorde tillräcklig hänsyn till målen (kraven) i direktivets artikel 4.1 i samband med provning och omprövning av tillstånd. Detta innebar att kraven kunde jämkas enligt den ovan beskrivna rimlighetsavvägningen och att verksamheter tilläts, trots att de kunde äventyra möjligheten att följa miljökvalitetsnormer för vatten.²⁸⁵ Numera gäller enligt 2 kap. 7 § andra stycket att de krav som *behövs* för att följa 5 kap. 4 och 5 §§ miljöbalken ska ställas, trots vad som anges i 2 kap. 7 § första stycket.²⁸⁶ Undantag från huvudregeln om att miljökraven ska vara rimliga gäller således för miljökvalitetsnormer för vatten.

Bestämmelsen i 5 kap. 4 § miljöbalken, som gäller den status eller potential som ett vatten ska ha enligt en miljökvalitetsnorm, är skarpt formulerad och kompletterar den allmänna skyldighet som åligger myndigheter och kommuner att säkerställa att miljökvalitetsnormer följs (se kapitel 1). Av bestämmelsen framgår att en myndighet eller kommun *inte får tillåta* en verksamhet eller åtgärd om denna ger upphov till en otillåten försämring eller äventyrar möjligheten att uppnå en *god status* eller *potential*.²⁸⁷ Bestämmelsen anger även att det vid provning för ett nytt tillstånd och vid omprövning av till-

283 Michanek (2015).

284 Michanek (2015) samt Michanek et al. (2016), s. 32.

285 Överträdelensnummer 2007/2239.

286 För en genomgång av uppmärksammade svenska rättsfall rörande tillämpningen av vattendirektivets miljömål i enskilda tillståndprocesser för vattenverksamheter, som representerar både tiden före och efter EU-domstolens Weser-fall 2015, se Söderasp och Pettersson (2019). Before and After the Weser Case: Legal Application of the Water Framework Directive Environmental Objectives in Sweden. *Journal of Environmental Law* 31(2), s. 265–290.

287 5 kap. 4 § 1 st. MB anger att en myndighet eller en kommun *inte får* tillåta att en verksamhet eller en åtgärd påbörjas eller ändras om detta, trots åtgärder för att minska föroreningar eller störningar från andra verksamheter, ger upphov till en sådan ökad förorening eller störning som innebär att vattenmiljön försämras på ett otillåtet sätt eller som har sådan betydelse att det äventyrar möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en miljökvalitetsnorm. Bestämmelsen omfattar både normer för ekologisk status och kemisk status. Se vidare prop. 2017/18:243, s. 187ff.

stånd ska beslutas om de bestämmelser och villkor *som behövs* för att verksamheten inte ska medföra en sådan försämring eller ett sådant äventyr.²⁸⁸ Om det inte är möjligt att meddela tillräckligt långtgående villkor *får tillstånd inte ges*.²⁸⁹ Förbudet omfattar således enligt ordalydelsen såväl nya verksamheter och åtgärder som ändring av befintliga verksamheter. Enligt förarbetena gäller bestämmelsen oavsett om den nya verksamheten eller åtgärden eller ändringen prövas efter en ansökan om tillstånd eller efter en anmälan eller ”om den upptäcks inom ramen för tillsyn”.²⁹⁰

Förbudet gäller dock endast för sådana försämringar och äventyranden som är otillåtna enligt direktivet. Avgörande för denna bedömning är vilken status som fastställts för vattenförekomsten (se avsnitt 2.3).²⁹¹ Därtill kan pågående och planerade åtgärder för att minska förorening eller störning från andra verksamheter vägas in i bedömningen.²⁹²

I prövningssituationen är det viktigt att tänka på att uppfyllandet av miljökvalitetsnormerna liksom upprätthållandet av icke-försämringskravet för vattenmiljön rör själva *tillåtligheten* av verksamheter som medför utsläpp till, eller annan påverkan på, vatten. Det innebär att sådana frågor inte kan skjutas upp under en provotid eller delegeras utan att det är utrett att verksamheten kan klara dessa normer eller krav på sikt.²⁹³

3.2.2 Vad är en försämring?

Utgångspunkten för bedömningen ska vara den kvalitet som vattenförekomsten *redan har*. Kravet att vattenmiljön inte får försämrats på ett otillåtet sätt innebär att verksamheten eller åtgärden inte får tillåtas om det skulle innebära att vattenmiljön försämrats i strid med försämringsförbudet.²⁹⁴ Vad *försämring* innebär har som beskrivits tidigare tydliggjorts av EU-domstolen i Weserdomen. Domstolen slog där fast att en försämring av statusen föreligger så fort statusen hos en kvalitetsfaktor försämrats till en lägre statusklass, även om försämringen inte medför att vattenförekomsten som sådan, efter försämringen, hamnar i en lägre klass. Domstolen menade också att om en kvalitetsfaktor befinner sig i lägsta klass ska varje försämring av den kvalitetsfaktorn anses innebära en försämring. Försämringsförbudet bedöms alltså på kvalitetsfaktornivå, såvida kvalitetsfaktorn inte befinner sig i lägsta klassen; då bedöms det på parameternivå.²⁹⁵ Såsom beskrivits tidigare

288 5 kap. 4 § 2 st. MB.

289 5 kap. 4 § samt prop. 2017/18:243, s. 194.

290 Se prop. 2017/18:243, s. 191.

291 Konkreta exempel från nationella föreskrifter ges i avsnitt 2.3.5.

292 5 kap. 4 § MB och prop. 2017/18:243, s. 194.

293 MÖD 2021:5.

294 Prop. 2017/18:243, s. 192.

295 EU-domstolen har även bekräftat synsättet vad gäller grundvatten och kvantitativ respektive kemisk status. Om en grundvattenförekomst redan har otillfredsställande status saknas utrymme att tillåta en verksamhet att bidra till ytterligare försämring. Om en grundvattenförekomst har otillfredsställande kvantitativ status innebär varje ökning av grundvattenuttagen en försämring (EU-domstolen i mål C-559/19). Om minst en kvalitetsnorm eller gränsvärde enligt artikel 3(1) i direktiv 2006/118 om skydd av grundvatten mot förorening och försämring har överskridits eller en förutsägbar höjning av koncentrationen av ett förorenande ämne när ett tröskelvärde redan har överskridits, innebär varje efterföljande ökning av halten av den parametern en försämring av den kemiska grundvattenstatusen enligt domstolen (EU-domstolen i mål C-535/18, p. 119). Vad som utgör en förutsägbar höjning av koncentrationen preciseras inte närmare i domen. De värden som uppmäts vid varje

har försämringsförbudet en självständig funktion. Det innebär att det saknas anledning att pröva om verksamheten äventyrar uppnåendet av miljökvalitetsnormen om det kan konstateras att verksamheten eller åtgärden innebär en otillåten försämring.²⁹⁶

I det vägledande avgörandet MÖD 2018:28 prövades frågan om de sökta åtgärderna skulle leda till försämringar avseende vissa parametrar samt vattenförekomstens ekologiska status i sin helhet. Vid en samlad bedömning drog Mark- och miljööverdomstolen slutsatsen att den aktuella vattenförekomstens morfologiska status var god och stödjer ekosystemet, så att de biologiska kvalitetsfaktorerna kan ha god status, och att det morfologiska tillståndet, efter genomförande av planerade åtgärder, kommer att bli *måttlig*. Detta ansågs i sin tur innebära att förutsättningarna för att upprätthålla god ekologisk status försämrades, och att uppfyllandet av god ekologisk status i vattenförekomsten därmed också riskerades. Tillstånd gavs emellertid. Direktivets regler i artikel 4(7) om undantag i det enskilda fallet riktade sig vid tiden för domen inte till prövningsmyndigheten, men MÖD tillämpade en direktivskonform tolkning genom att göra rimlighetsavvägningen enligt 2 kap. 7 § miljöbalken med beaktande av de krav som följer av ramdirektivet för vatten.²⁹⁷ Härvid fann överdomstolen att omständigheterna i fallet – där syftet med åtgärderna var att förebygga samhällsskadliga översvämningar – var sådana att det fanns förutsättningar för tillstånd, trots att åtgärderna kunde leda till försämrad ytvattenstatus.²⁹⁸

3.2.3 Vad är ett äventyrande?

Äventyrandebedömningen ska göras i förhållande till den status eller potential som *ska uppnås*. Äventyrandet handlar därmed om hur verksamheten eller åtgärden påverkar förutsättningarna att följa en miljökvalitetsnorm om den kvalitet (status) som den aktuella vattenförekomsten ska ha vid en viss angiven tidpunkt. En tillkommande förorening i ett vatten som redan har *god ekologisk status* och, om verksamheten tillåts, kommer att fortsätta ha *god ekologisk status* innebär inget äventyrande.²⁹⁹ Enligt propositionen ska en förändring *inom* en klassgräns, till exempel inom *måttlig status*, inte i sig anses äventyra möjligheterna att *uppnå* rätt kvalitet på vattenmiljön, i vart fall så länge inte ny praxis från EU-domstolen säger något annat. En bedömning måste göras av den sammantagna

övervakningspunkt ska beaktas vart och ett för sig (p. 119). Det är således samma principer som gäller vid bedömning av om en försämring av grund- respektive ytvatten skett eller inte, trots att direktivet föreskriver olika metoder för att fastställa grund- respektive ytvattenstatus.

296 Se även prop. 2017/18:243, s. 194.

297 Numer är som sagt direktivets bestämmelser implementerade genom 4 kap. 11 och 12 §§ VFF. Se vidare om undantag i det enskilda fallet i avsnitt 3.3.

298 Jämför även Mark- och miljööverdomstolens avgörande av den 25 oktober 2023 i mål M 692-22, där domstolen ansåg att det inte förelåg någon förutsägbar höjning av koncentrationen av aktuella ämnen (SFÄ) eller av kvicksilver vid någon *representativ* övervakningsstation och därmed inte någon otillåten försämring.

299 Prop. 2017/18:243, s. 193.

effekten och hur den inverkar på möjligheten att nå rätt status eller potential i tid. En försämring i den lägsta kvalitetsklassen är dock alltid otillåten, inte som ett äventyrande men som en försämring (jämför *Weserdomen*).³⁰⁰

Uttrycket *äventyra* markerar, enligt propositionen, att det handlar om att se till att verksamheten eller åtgärden inte innebär ett allvarligt hot mot möjligheterna att uppnå rätt kvalitet på vattenmiljön.³⁰¹ Det ska vara fråga om ett risktagande av en sådan dignitet att Sveriges möjlighet att uppfylla ramdirektivets krav hotas så allvarligt att risken måste betraktas som oacceptabel. Hanterliga risker, det vill säga risker som bedöms kunna hanteras på ett sätt som gör att det inom ramen för vattenförvaltningen eller genom andra åtgärder fortfarande är möjligt och sannolikt att rätt kvalitet på vattenmiljön kan uppnås, bör alltså kunna accepteras och inte betraktas som ett äventyrande.³⁰²

Här finns således, enligt propositionen, ett ganska stort utrymme för att tillåta verksamheter eller åtgärder som i och för sig innebär påfrestningar för arbetet att förbättra vattenmiljön eller gör det svårare att uppnå rätt kvalitet. Det avgörande måste vara att det fortfarande bedöms vara möjligt att uppnå rätt kvalitet på vattenmiljön. Så skulle vara fallet om det exempelvis är möjligt att genom andra åtgärder kompensera för det försvårande som tillståndet medför. Om verksamheten eller åtgärden tillåts utan någon analys av förutsättningarna för att uppnå rätt kvalitet på den berörda vattenförekomsten, eller utan att det finns grund för antagandet att det fortfarande är möjligt att uppnå rätt kvalitet, måste myndigheten eller kommunen anses ha lämnat den frågan åt slumpen och därigenom äventyrat att rätt kvalitet uppnås.³⁰³ Mot bakgrund av dessa förarbetsuttalanden, som ger starka associationer till den statusklassteori som förkastades av EU-domstolen i *Weserdomen*, är det värt att återigen påpeka att försämringsförbudet gäller självständigt, även om något äventyrande inte är för handen.³⁰⁴

Mot bakgrund av hur begreppet ska förstås i relation till otillåten försämring enligt regeringen, är det lämplig att inleda med att pröva huruvida någon otillåten försämring kan komma att äga rum och först därefter pröva om verksamheten innebär ett äventyrande.³⁰⁵

3.2.4 Konstgjorda eller kraftigt modifierade vatten

Vid prövning och tillsyn ska hänsyn tas till att vattenförekomsten fortsatt behöver vara kraftigt modifierad för att en viss verksamhet ska kunna bedrivas. Miljökvalitetsnormen god ekologisk potential är som beskrivits tidigare inte ett undantag, och anpassningen av normen gäller därmed endast de hydromorfologiska, fysikalisk-kemiska och biologiska

300 Prop. 2017/18:243, s. 193.

301 Prop. 2017/18:243, s. 193.

302 Prop. 2017/18:243, s. 193.

303 Prop. 2017/18:243, s. 193 f.

304 Se även Söderasp (2018), s. 97.

305 Jämför MÖD 2018:28. I Mark- och miljöoverdomstolens avgörande av den 25 oktober 2023 i mål M 692-22, fann domstolen, med stöd i förarbetsuttalandena, att utsläppen inte innebar ett sådant risktagande som äventyrar uppnåendet av den aktuella miljökvalitetsnormen.

kvalitetsfaktorer som direkt påverkas av den verksamhet som ligger till grund för att vattendraget har klassats som kraftigt modifierat. För alla övriga kvalitetsfaktorer, exempelvis näringsämnen och miljögifter, gäller samma krav som för naturliga vatten.

Vi kan ta en kraftverksdamm som exempel. En nödvändig följd av en sådan är den fysiska förändring som en kraftverksdamm innebär, bland annat att vattenmängden minskar i naturfåran. Här utelämnar vi en diskussion om vad som utgör en tillräckligt väsentlig effekt för att kunna klassificera vattenförekomsten som kraftigt modifierad; utgångspunkten är att vattenförekomsten är utpekad som kraftigt modifierad.³⁰⁶ Att den är utpekad som sådan betyder till att börja med att det bedömts vara fråga om så pass betydande hydromorfologiska förändringar av vattenförekomsten och i en sådan omfattning att återställande till god ekologisk status sannolikt inte kan uppnås ens på lång sikt utan att verksamheterna upphör. Miljökvalitetsnormen god ekologisk potential innebär, vilket redogjorts för i avsnitt 2.4.2 ovan, att hänsyn tas till de ekologiska effekter som följer av de fysiska förändringar som är nödvändiga för att stödja en viss användning av vattnet eller måste bibehållas för att undvika negativa effekter på den vidare miljön. En förutsättning är dock att det säkerställs att de negativa ekologiska effekterna av den fysiska förändringen mildras på lämpligt sätt, utan att underminera de fördelar som stöds. Vad gäller exemplet med kraftverksdammen kan effekten (den minskade vattenmängden) mildras genom villkor om tappning i tillståndet, så länge dessa villkor inte underminerar dammens funktion. En annan ekologisk effekt kan vara bristande konnektivitet.³⁰⁷ Beroende på vilka arter som drabbas kan det vara möjligt att i tämligen stor utsträckning mildra den ekologiska effekten, utan att underminera dammens funktion, genom att exempelvis bygga en fiskväg.³⁰⁸

Kriterier för hur miljökvalitetsnormer ska tillämpas för ekologisk potential i konstgjorda vatten utgår från syftet med den anläggningen av den konstgjorda vattenförekomsten. Om vi tar en kanal som exempel, så varierar åtgärdskraven för att uppnå god ekologisk potential, med kanalens syfte. Viktigt att tänka på är att det i konstgjorda vatten inte finns någon koppling till en ursprunglig naturlig ytvattenförekomst och att det därmed inte blir relevant att bedöma åtgärder för att nå *god ekologisk status*. Åtgärderna får inte heller ha betydande negativ påverkan på verksamheten till grund för utpekandet. Det som ska bedömas är hur åtgärder skulle kunna förbättra vattenmiljön och hur det skulle påverka den aktuella verksamheten. Det innebär att åtgärder för att nå god ekologisk

306 Se istället Havs- och vattenmyndigheten (2015), s. 17ff, med hänvisning till CIS no 4. Här anges att det ska handla om en omfattande, utbredd och genomgående förändring samt att de hydromorfologiska förändringarna i allmänhet ska vara långsiktiga samt förändra både morfologiska och hydrologiska egenskaper.

307 I Havs- och vattenmyndighetens vägledning anges att en vattenförekomst kan klassificeras som kraftigt modifierad till följd av bristande konnektivitet, men att det kommer vara sällsynt, då "åtgärder för konnektivitet sällan leder till betydande negativ påverkan på verksamheten", Havs- och vattenmyndigheten (2015), s. 19.

308 Utgångspunkten för exemplet var att vattenförekomsten ifråga faktiskt var utpekad som kraftigt modifierad. Skulle det, vid en genomgång av vilka miljöåtgärder som kan vidtas, visa sig att det går att på lämpligt sätt mildra de negativa ekologiska effekterna av den fysiska förändringen, utan att underminera de fördelar som stöds, då skulle vattenförekomsten sannolikt inte ha utpekats som kraftigt modifierad. Exemplet kan på så sätt även illustrera att situationen inte är svart eller vit.

potential i en vattenkraftskanal kommer att skilja sig från åtgärder att nå god ekologisk potential i en sjöfartskanal.³⁰⁹

Effekterna av att miljö kvalitetsnormen sätts till god ekologisk potential får därmed, som framgår av exemplen, betydelse vid tillståndsgivningen genom att det påverkar vilka krav som kan ställas. Förenklat innebär detta att det inte går att ställa krav på sådana åtgärder som skulle kunna förbättra vattenmiljön, om detta på ett betydande sätt påverkar den verksamhet som ligger till grund för utpekandet.

3.2.5 Lagligförklaring

En begäran om lagligförklaring handläggs som ansökningsmål.³¹⁰ Om någon begär ett tillstånd för att ändra en äldre, icke tillståndsprövad vattenanläggning, måste denne samtidigt ansöka om prövning av anläggningens laglighet.³¹¹ Vid laglighetsprövningen, ska de regler som gällde vid anläggningens tillkomst tillämpas.³¹² En lagligförklaring får förnas med villkor.³¹³

När tillstånd saknas till den vattenverksamhet som bedrivs med vattenanläggningarna, för vilka lagligförklaring söks, ska vattenverksamheten prövas enligt miljöbalkens bestämmelser. Eftersom vattenanläggningarna i fråga, och vattenverksamheten som de används till i sådana fall, har ett direkt samband med varandra, måste prövningen av verksamheten och anläggningarna göras på ett sådant sätt så att ändamålsenliga villkor³¹⁴ för både verksamheten och vattenanläggningarna kan föreskrivas, vilket i sin tur innebär att vattenanläggningens laglighet måste prövas tillsammans med tillståndet till vattenverksamheten.³¹⁵ Prövningen av huruvida en försämring eller äventyrande kommer att ske eller inte, görs därmed vanligen genom den tillståndsprövning som i många fall kommer att ske i samband med lagligförklaringen.

I samband med dessa prövningar uppstår ofta frågan om vad som ska utgöra referensscenario; som vattenförekomsten ser ut idag (med anläggningen som verksamhet bedrivs vid), som vattenförekomsten såg ut innan anläggningen uppfördes eller som vattenförekomsten antagligen kommer att se ut om tillstånd inte kan ges (med följd att anläggningen heller inte kan lagligförklaras) och vattenanläggningen rivs ut. Mark- och miljööverdomstolen har tagit ställning till frågan i ett antal avgöranden och då kommit fram till att nollalternativet ska vara dagens utformning och att utgå från faktiska förhållanden, det vill säga att det finns anläggningar på platsen och att det bedrivs verksamhet vid dessa. Nollalternativet blir då att anläggningen fortsätter ha den utformning den har idag, och

309 Vattenmyndigheterna i Sveriges fem vattendistrikt (2022), s. 11.

310 28 § MP.

311 17 § andra stycket MP.

312 18 § MP.

313 17 § sista stycket MP.

314 T.ex. villkor för vattenhushållning, tappning i omlöp m.m.

315 MÖD 2017:19. I målet hade sökanden tydligt gjort gällande att något tillstånd till verksamheten inte avsågs sökas. MÖD konstaterade härvid att det visserligen är sökanden som genom sin ansökan anger ramarna för prövningen, men att det ytterst åligger tillståndsmyndigheten att ta ställning till om ansökan kan ligga till grund för prövningen (jfr prop. 2004/05:129, s. 61 f. och MÖD 2006:6). Mot den bakgrunden avvisade MÖD ansökan om lagligförklaring.

inte som det såg ut innan anläggningen och verksamheten kom till stånd.³¹⁶ Avgörande för ställningstagandet synes ha varit:

- att det har saknats tillstånd i den mening som avses i miljöbalken,
- att anläggningarna med hänsyn till den långa tiden de nyttjats (sedan 1800-talet), förutsatts ha tillkommit och brukats med omgivningens godtagande,
- att det kan antas vara svårt att återställa till de förhållanden som förelåg innan aktuella anläggningar (och verksamheten som ska prövas) kom till, och då skulle utrivning vara nödvändigt,
- att en utrivning är tillståndspliktig och i princip alltid ska godkännas.³¹⁷

Vad som ska gälla för yngre anläggningar återstår att se. Viktigt att nämna i sammanhanget är att den ovan refererade praxisen härrör från när det ännu var möjligt att lagligförklara anläggningar för produktion av vattenkraftsel (det vill säga mål som inlets före 2019). Som redogörs för i avsnitt 3.5, ska alla vattenverksamheter med koppling till produktion av vattenkraftsel numera föras med moderna miljövillkor. Det är inte längre möjligt att lagligförklara dessa.

När det gäller miljökvalitetsnormer är det också viktigt att tänka på att de i sig beskriver den status som ska uppnås, oaktat vilket nollalternativ som väljs i miljökonsekvensbeskrivningen. Försämringsförbudet ska bedömas mot statusklassningen. Äventyrandet ska bedömas mot den beslutade normen.

3.3 Undantag i det enskilda fallet

3.3.1 Den EU-rättsliga regleringen

Utgångspunkten är alltså att medlemsstaterna är skyldiga att vägra tillstånd för ett enskilt projekt om det kan orsaka försämring av en vattenförekomst eller underlåtenhet att uppnå god status eller potential, om inte undantag medges enligt artikel 4(7).³¹⁸ Undantag kan enligt denna bestämmelse meddelas i det *enskilda fallet* på grund av nya modifieringar i en ytvattenförekomsts *fysiska karakteristika* eller *nya hållbara mänskliga utvecklingsverksamheter*.³¹⁹ Det är alltså fråga om två situationer då medlemsstaterna inte

316 Se Mark- och miljööverdomstolens domar den 14 juni 2018 i mål nr M 5874-16, den 8 oktober 2018 i mål nr M 6454-17 och den 30 oktober 2019 i mål nr M 3371-18, M 3372-18 och M 3373-18 samt den 26 februari 2021 i mål nr M 8062-19. I mål nr M 1217-17 (dom av den 20 december 2018) ansåg Vänersborgs tingsrätt, mark- och miljödomstolen att frågan om vad som ska vara nollalternativet måste anses vara avgjord och att det enda rimliga var att utgå från de faktiska förhållandena på platsen. Domen överklagades till Mark- och miljööverdomstolen som inte meddelade prövningstillstånd. Vid överklagande till Högsta domstolen meddelades emellertid prövningstillstånd den 28 oktober 2019 i mål HD Ö 2638-19 med motiveringen att det i målet bl.a. var fråga om villkor om faunapassager ska utformas så att de innefattar uppföljningsbara funktionskrav och att den frågan behöver belysas i rättspraxis. Således förefaller prövningstillståndet inte bero på bedömningen av nollalternativet. Målet har ännu inte avgjorts.

317 11 kap. 19 § MB.

318 Detta har som beskrivits tidigare klargjorts genom Weserdomen. Se även The Common Implementation Strategy, CIS, (2017). *Guidance Document No. 36 Exemptions to the Environmental Objectives according to Article 4(7)* CIS no 36, s. 18.

319 Begreppet är inte definierat i RVD. I CIS no 20, s. 24 f, anges att detta måste bedömas med utgångspunkt i bland annat ramdirektivet för vatten och andra relevanta direktiv samt EU:s övergripande miljöprinciper. Av CIS no 36 (2017), s. 20, framgår att hållbarhet omfattar ekonomiska, sociala och miljömässiga aspekter samt att sådana aktiviteter i allmänhet inte kan

anses göra sig skyldiga till överträdelse av direktivet om målen inte uppnås, förutsatt att ett antal villkor är uppfyllda.³²⁰

Den ena situationen innebär undantag från att nå såväl god status som att leva upp till försämringsförbudet. Att god status inte uppnås eller att försämring inte förebyggs ska då vara en följd av nya modifieringar i en ytvattenförekomsts *fysiska* karakteristika. Det handlar således endast om *hydromorfologiska förändringar*.³²¹ Med sådana förändringar avses förändringar av ytvattenförekomstens hydromorfologiska egenskaper såsom hydrologisk regim, flodkontinuitet, morfologiska förhållanden och tidvattenregim. Det finns inget krav på storlek eller rumslig omfattning av förändringarna som orsakas, utan även små förändringar omfattas av bestämmelsen. Effekterna på status kan vara ett direkt resultat av modifieringen eller bero på förändringar i vattenkvaliteten som orsakats av modifieringen eller förändringen. Som exempel kan nämnas vattenkraftverk, system för översvämningsskydd eller framtida navigationsprojekt.³²²

Den andra situationen gäller ”nya hållbara mänskliga utvecklingsverksamheter”. Här godtas en försämring, dock endast från *hög till god status*.³²³ Tillämpningen av undantaget är i detta fall inte begränsat till hydromorfologiska förändringar. På så sätt är denna undantagsmöjlighet bredare. Undantaget är dock inte tillämpligt om det finns en risk att, som en följd av de mänskliga utvecklingsverksamheterna, god status inte kan nås eller om vattenförekomsten inte redan, innan den nya verksamheten sätts igång, har hög status. Då få vattenförekomster har en hög status innebär det därför i praktiken en begränsad möjlighet till undantag.

Oavsett vilket undantag som tillämpas, måste flera ytterligare villkor vara uppfyllda. De mål som modifieringarna eller förändringarna leder till ska inte kunna uppnås på ett annat sätt, av tekniska skäl eller på grund av orimliga kostnader, som skulle vara betydligt bättre för miljön.³²⁴ En ytterligare förutsättning är att alla genomförbara åtgärder, för att mildra de negativa konsekvenserna för förekomstens status, vidtas.³²⁵ Skälen för ändringarna ska också anges och förklaras i avrinningsdistriktets förvaltningsplan.³²⁶ Medlemsstater ska vidare säkerställa att tillämpningen inte permanent hindrar eller äventyrar uppfyllandet av direktivets mål i andra vattenförekomster i avrinningsdistriktet.³²⁷ Där till ska tillämpningen vara förenlig med annan EU-miljölagstiftning³²⁸ och åtgärder ska

definieras genom en uppsättning kriterier eller riktlinje. Relevanta processkrav finns, enligt CIS no 36 (2017), i ramdirektivet för vatten, den strategiska miljöbedömningen, miljökonsekvensbeskrivning och Århus-direktiven och vägledning bör hämtas i fördragets principer; dvs. principen om att förorenaren betalar, försiktighetsprincipen och förebyggande åtgärder, principen om avhjälpande av förorening vid källan och principen om hållbarhet samt i FN:s mål för hållbar utveckling och det tillhörande arbetsdokumentet, som antogs av Europeiska kommissionen den 22 november 2016.

320 Artikel 4(7) RVD. I CIS no 36 (2017) finns flera användbara modeller och testscheman för att avgöra tillämpligheten av artikel 4(7) i det enskilda fallet.

321 Se CIS no 20, s. 24.

322 CIS no 36 (2017), s. 19 f.

323 Artikel 4(7) RVD.

324 Artikel 4(7)(d) RVD.

325 Artikel 4(7)(a) RVD.

326 Artikel 4(7)(b) RVD.

327 Artikel 4(8) RVD.

328 Artikel 4(8) RVD.

vidtas för att se till att tillämpningen säkerställer åtminstone den skyddsnivå som följer av befintlig EU-rätt.³²⁹ Rekvisiten är kumulativa och samtliga villkor i artikel 4(7–9) måste därför vara uppfyllda, om undantag ska vara möjligt.

I ett avgörande från EU-domstolen, den så kallade *Schwarze Sulm-domen*, prövades om undantaget i artikel 4(7) var tillämpligt i det aktuella fallet.³³⁰ Fallet gällde ett tillstånd till ett projekt som innebar en försämrings av statusen i en ytvattenförekomst från hög till god status. Domstolen fann att kommissionen inte kunnat bevisa fördragsbrott, varför talan ogillades. Domstolen la vikt vid att den tillståndsprövande myndigheten hade beaktat omständigheterna i det enskilda fallet och utgått från en detaljerad och vetenskaplig analys av det aktuella projektet vid bedömningen av om villkoren för undantag enligt bestämmelsen varit uppfyllda, och inte att endast på ett abstrakt sätt hävdats att projektet var av ett allmänintresse av större vikt.³³¹ Det bör alltså vara av avgörande vikt att tillståndsmyndigheten kan visa att beslut om undantag har baserats på en *individuell bedömning*, utifrån objektiva och vetenskapliga grunder, för att undantaget inte ska strida mot direktivet.

3.3.2 Den svenska regleringen

Prövningsmyndigheten (en myndighet, inklusive domstol, eller kommun) kan numera i vissa fall tillåta en verksamhet eller åtgärd, trots förbudet 5 kap. 4 § MB. Bestämmelsen infördes i samband med lagändringarna 2019³³² sedan Sverige mottagit en tredje formell underrättelse från Kommissionen med kritik bland annat för bristande implementering av direktivets undantag i artikel 4(7).³³³ Innan lagändringen hade prövningsmyndigheterna inte möjlighet att tillämpa undantagsbestämmelserna, vilket, i synnerhet efter Weserdomen, innebar vissa tillämpningsproblem i svenska domstolar.³³⁴ Nu har alltså direktivets individuella undantag implementerats och tillståndsmyndigheten kan pröva undantagsmöjligheten i de två fall som direktivet anger och som beskrevs ovan.³³⁵

Det ena fallet är således när verksamheten eller åtgärden ändrar en ytvattenförekomsts fysiska karaktär³³⁶ och det andra fallet är när verksamheten eller åtgärden medför en risk att en ytvattenförekomsts kvalitet försämras från hög status till god status och verksamheten eller åtgärden är en hållbar mänsklig utvecklingsverksamhet.³³⁷ I det första fallet följer, i enlighet med ramdirektivets bestämmelser, att undantaget endast kan tillämpas i fråga om ändringar som har att göra med höjdläge, djup och sträckning eller andra

329 Artikel 4(9) RVD.

330 C-346/14, *Kommissionen mot Republiken Österrike* (talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF).

331 För en utförlig beskrivning av domen, se Olsen Lundh (2016b). Norm är norm – om flytande normprövning och implementeringen av ramdirektivet för vatten. *Nordisk Miljörättslig Tidskrift* 2016:3, s. 57–78.

332 Prop. 2017/18:243.

333 Kompletterande formell underrättelse – Överträdelsennummer 2007/2239 av den 30 september 2016.

334 Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom av den 30 augusti 2016 i mål M 8994-15. För en analys av målet och domstolens tolkningsmöjligheter, se t.ex. Olsen Lundh (2016b).

335 5 kap. 6 § MB samt 4 kap. 11–13 §§ VFF.

336 4 kap. 11 § VFF.

337 4 kap. 11 § VFF.

fysiska förändringar.³³⁸ I sammanhanget bör noteras att det av direktivet följer att det ska vara fråga om en *ny* modifiering,³³⁹ men att den detaljen inte följt med in i miljöbalken. När det gäller annan påverkan än förändring av fysisk karaktär, kan undantag, liksom vad som gäller enligt direktivet, endast komma i fråga när det gäller en påverkan som innebär att statusen sänks från *hög* till *god* och det handlar om hållbara mänskliga utvecklingsverksamheter. De ytterligare villkor som måste vara uppfyllda i båda fallen har också implementerats i den svenska lagstiftningen.³⁴⁰ Miljöbalken återspeglar alltså nästan helt direktivets bestämmelser om dessa undantag.³⁴¹

Den myndighet eller kommun som prövar förutsättningarna för undantag, ska ge vattenmyndigheten tillfälle att yttra sig och om verksamheten eller åtgärden tillåts, ska vattenmyndigheten informeras om detta snarast.³⁴² Vattenmyndigheten ska se över och vid behov revidera miljökvalitetsnormen för den ytvattenförekomst där en verksamhet eller åtgärd tillåtits enligt 4 kap. 11 § vattenförvaltningsförordningen.³⁴³ Det är först när den tillåtna verksamheten eller åtgärden har påbörjats eller genomförts och effekter av den har konstaterats i ytvattenförekomsten som vattenmyndigheterna kommer att besluta om undantag för vattenförekomsten i form av tidsfrist eller mindre strängt krav. Det kan också innebära att vattenmyndigheten pekar ut vattenförekomsten som kraftigt modifierad.³⁴⁴ Översynen och den eventuella revideringen ska alltså ske efter det att den tillåtna verksamheten eller åtgärden har påbörjats eller genomförts och effekter av denna har konstaterats i ytvattenförekomsten.

Det bör också nämnas att om det är en kommun som fattat ett beslut som innebär att en åtgärd eller verksamhet tillåts, med stöd av undantagsbestämmelserna, ska länsstyrelsen,³⁴⁵ som har ansvaret för att utöva statlig kontroll, underrättas.³⁴⁶ Länsstyrelsen har sedan tre veckor på sig att besluta huruvida den ska ta upp beslutet till prövning eller inte.³⁴⁷

338 Prop. 2017/18:243, s. 146.

339 Ramdirektivet för vatten, artikel 4(7).

340 4 kap. 12 §, VFE.

341 Domstolarna har hittills tillämpat bestämmelsen i 4 kap. 11 § i några fall. Se till exempel Vänersborgs tingsrätt, Mark- och miljödomstolen, dom av den 26 april 2019 i mål M 4861-16 (förstärkt översvämningsskydd för nytt planerat bebyggelseområde), Vänersborgs tingsrätt, Mark- och miljödomstolens dom av den 4 juni 2019 i mål M 33-18 (utrivning av befintligt kraftverk varefter vattenförekomsten inte längre kommer att utgöra ett vattenområde) samt vad gäller grundvatten; Växjö tingsrätt, Mark- och miljödomstolens dom av den 14 november 2019 i mål M 832-19 (ny verksamhet som ska avlasta befintliga uttag av grundvatten och förstärka den kommunala dricksvattenförsörjningen).

342 4 kap. 13 § VFE.

343 4 kap. 14 § VFE.

344 Vattenmyndigheterna i Sveriges fem vattendistrikt (2022), s. 12.

345 Det är den länsstyrelse som är vattenmyndighet i det vattendistrikt där den aktuella vattenförekomsten finns, och som beslutet avser, som ska underrättas.

346 Det gäller sedan tidigare även beslut om dispenser från strandskyddsbestämmelserna.

347 19 kap. 3 a och 3 b §§ MB.

3.4 Ifrågasättande av normen vid prövning

En annan form av avvikelse från den beslutade normen är när själva normen ifrågasätts. Det handlar om situationer när utredningen i ett pågående ansökningsmål visar att det finns anledning att ifrågasätta om den vattenkvalitet som anges i VISS verkligen stämmer och det har betydelse för mark- och miljödomstolens möjlighet att bestämma rimliga och ändamålsenliga miljökrav.³⁴⁸ Det ska, enligt författningstexten, finnas en anledning att anta att det finns en skillnad mellan den *faktiska kvaliteten* och den *normgrundande kvaliteten*. Den normgrundande kvaliteten är den vattenkvalitet som vattenmyndigheten utgått från i och med fastställandet av miljökvalitetsnormen.

Om en sådan situation uppkommer, ska mark- och miljödomstolen inhämta yttrande från vattenmyndigheten.³⁴⁹ Det kan i sammanhanget noteras att det i förarbetena framhålls att tillförlitliga klassificeringar baserade på faktiska förhållanden och väl avvägda miljökvalitetsnormer, där ramdirektivets möjligheter till undantag och lägre krav har använts fullt ut, ska ligga till grund för prövningen av enskilda verksamheter samt att normgivningen annars riskerar att innebära krav som är alltför stränga jämfört med vad som borde gälla. Syftet med att inhämta ett yttrande är bland annat att ge vattenmyndigheten möjlighet att, innan domstolen avslutar sin prövning, göra de ändringar av klassificeringen av vatten och miljökvalitetsnormer som föranleds av utredningen i målet.³⁵⁰ I beslut av den 25 oktober 2022 i mål M 4324-21 drog Mark- och miljööverdomstolen slutsatsen att det, trots avsaknad av regler härom, bör vara möjligt även för *Mark- och miljööverdomstolen* att inhämta ett sådant yttrande från vattenmyndigheten; den har emellertid inte gjort det.

För att ifrågasättandet av normen ska få rättslig relevans måste skillnaden mellan faktisk kvalitet (som visas av utredningen) och normgrundande kvalitet (som legat till grund för miljökvalitetsnormen) ha betydelse för prövningsmyndighetens möjlighet att bestämma rimliga och ändamålsenliga miljökrav (villkor) i det enskilda fallet. Enligt förarbetena rör det sig om situationer då domstolen finner att det inte är möjligt att, givet den karakterisering av vattnet som är gjord och de miljökvalitetsnormer om vilken kvalitet som vattenförekomsten ska uppnå, med rimliga och ändamålsenliga villkor, säkerställa att verksamheten inte medför en otillåten försämring eller otillåtet äventyrande. En utgångspunkt är att den bristande överensstämmelsen ska medföra så mycket mer långtgående kvalitetskrav på vattnet, och så mycket mer långtgående förutsättningar för vilka miljövillkor som behöver ställas, att villkoren inte kan anses vare sig rimliga eller ändamålsenliga.³⁵¹ Det räcker alltså inte att det finns anledning att anta att det finns en skillnad. Skillnaden måste ha betydelse för möjligheten att bestämma miljökrav. Först då ska domstolen begära yttrande från vattenmyndigheten.

348 Som tidigare beskrivits finns även möjlighet att ompröva miljökvalitetsnormer, med stöd av 5 kap. 2 § 2 st. MB, även utanför prövningssituationen.

349 22 kap. 13 § MB.

350 Prop. 2017/18:243, s. 75 ff., s. 195 och 211 ff.

351 Se prop. 2017/18:243, s. 195 och 212.

Vattenmyndigheten ska sedan fatta de beslut om förvaltningen av vattenmiljön som utredningen eller tillåtandet föranleder.³⁵² I klartext handlar det om att vattenmyndigheten ska besluta om huruvida det finns skäl att utgå från en annan normgrundande vattenkvalitet och därmed om huruvida själva miljökvalitetsnormen ska ändras eller inte. Det är alltså inte fråga om ett undantag, utan om att ändra normen till följd av att vattenförekomsten bedöms felklassad ifråga om status. Om vattenmyndigheten finner att det saknas förutsättningar att ändra en miljökvalitetsnorm ska vattenmyndigheten anmäla detta till regeringen samt motivera varför. Härfter måste vattenmyndigheten avvakta med sitt slutliga yttrande till dess att regeringen har fattat sitt beslut om huruvida miljökvalitetsnormen ska ändras eller inte.³⁵³

Denna funktion får anses vara en viktig del i en adaptiv förvaltning med anpassning av förvaltningen efter ny kunskap.

3.5 Nationell plan för omprövning för moderna miljövillkor

3.5.1 Inledning

I promemorian *Vattenmiljö och vattenkraft* föreslog Miljö- och energidepartementet ändringar i miljölagstiftningen för att genomföra riksdagens energioverenskommelse³⁵⁴ och krav från EU rörande ramvattendirektivet, inklusive de klargörande som följde av Weserdomen. Den 1 januari 2019 trädde ett stort antal lagar ikraft som i korthet bland annat innebar:

- att alla vattenverksamheter med koppling till produktion av vattenkraftsel ska ha moderna miljövillkor,
- att verksamheter med koppling till produktion av vattenkraftsel ska förses med moderna miljövillkor genom omprövning enligt en särskild omprövningsbestämelse,
- att verksamhetsutövare ansvarar för att omprövning sker och för kostnaderna förknippade med sådan omprövning, samt
- att prövning ska ske utifrån ett nationellt helhetsperspektiv som kommer till uttryck i en nationell plan.³⁵⁵

Det lagstiftningsförslag som låg till grund för planen hade tre utgångspunkter och syften. Dessa var att 1) genomföra de vattenkraftsrelaterade delarna av energioverenskommelsen, 2) tydliggöra det svenska genomförandet av ramdirektivet för vatten i fråga om prövning och omprövning av verksamheter och åtgärder som kan påverka vattnets status

352 4 kap. 14 § VFE.

353 4 kap. 14 § 2 st. VFE. Även den som har begärt vattenmyndighetens yttrande ska informeras om att frågan har överlämnats till regeringen för prövning. För motiven till de nya bestämmelserna, se prop. 2017/18:243, s. 151 ff.

354 Socialdemokraterna, Moderaterna, Miljöpartiet de gröna, Centerpartiet och Kristdemokraterna slöt den 10 juni 2016 en ramöverenskommelse om energipolitiken, den s.k. energioverenskommelsen.

355 Prop. 2017/18:243, s.75.

på ett icke acceptabelt sätt eller äventyra att beslutade miljökvalitetsnormer följs och 3) genomföra de ändringar som behövs med anledning av riksdagens tillkännagivande om förutsättningar för småskalig vattenkraft.³⁵⁶ Med en nationell plan, som också anger vilka verksamheter som omfattas av planen, vilka verksamheter som bör prövas i ett sammanhang och när prövningen senast bör ha påbörjats, avses ett mer holistiskt och kostnads-effektivt genomförande av vattendirektivet kunna uppnås.³⁵⁷

3.5.2 Moderna miljövillkor

Av 11 kap. 27 § miljöbalken framgår att den som bedriver en tillståndspliktig vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel ska se till att verksamheten har *moderna miljövillkor*. Genom bestämmelsen har således införts en skyldighet för verksamhetsutövare avseende vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel att, från och med den 1 januari 2019, se till att de villkor och bestämmelser som finns i tillståndet till verksamheten är *moderna*, med vilket avses att de är beslutade enligt miljöbalken och därefter inte är äldre än fyrtio år. Vi förklarar mer ingående nedan vad som avses med moderna miljövillkor enligt miljöbalken.

Den här regleringen innebär ett avsteg från bestämmelsen i 24 kap. 1 § miljöbalken, vilken som beskrivits tidigare, som utgångspunkt ger en verksamhetsutövare rätt att bedriva sin verksamhet i enlighet med tillståndet eller rättigheten och som, i förhållande till de frågor som har prövats, begränsar tillsynsmyndighetens möjlighet att utifrån dagens miljökrav kräva ytterligare skyddsåtgärder (se avsnitt 3.1). En sådan uppdatering av ett äldre tillstånd till dagens miljökrav har tidigare förutsatt att myndigheten ansöker om omprövning enligt 24 kap. 5 § miljöbalken.

3.5.3 Vattenverksamheter som kan omprövas enligt planen

Det är inte alla vattenverksamheter som omfattas av den nationella planen för moderna miljövillkor. En vattenverksamhet omfattas nämligen endast om:

1. det är en verksamhet för produktion av vattenkraftsel,³⁵⁸
2. den har påbörjats före utgången av 2018,
3. den inte har tillståndsprövats eller omprövats enligt miljöbalken efter utgången av 1998, och
4. den senast den 1 juli 2019 är anmäld till länsstyrelsen för att omfattas av planen.³⁵⁹

Det är därmed två huvudtyper av verksamheter som omfattas. Det är till att börja med verksamheter som *idag är avsedda* för elproduktion från vattenkraft, oberoende av det ursprungliga syftet med verksamheten. Det handlar alltså om vattenverksamheter vars

³⁵⁶ Prop. 2017/18:243, s. 74.

³⁵⁷ Prop. 2017/18:243, s.75.

³⁵⁸ Vilken vattenverksamhet som avses definieras i 11 kap. 6 § MB.

³⁵⁹ 36 § vattenverksamhetsförordningen.

påverkan på vattnets flöde sker för att producera el genom omvandling av energin i det strömmande vattnet. Verksamheten ska alltså ha detta syfte. Om en verksamhet påbörjades som någonting annat, till exempel som kvarnverksamhet eller för jordbruks- eller industriändamål, men sedermera har omvandlats till en anläggning för elproduktion, *och fortfarande har denna funktion*, så omfattas den.

Den andra kategorin omfattar verksamheter och anläggningar som *var avsedda* för elproduktion när de påbörjades, även om de inte längre drivs på det sättet eller helt har avslutats. Till exempel kan dammanläggningar som inte längre ingår som ett led i en elproducerande verksamhet, men gjorde det från början, omfattas. Avgörande är alltså vad *syftet* var när verksamheten påbörjades.³⁶⁰ I förarbetena finns följande exempel. Det pågår dämning av vatten med en dammanläggning. Den pågående verksamheten (dämningen) är inte avsedd för produktion av vattenkraftsel. Om dämningen när den påbörjades inte var avsedd för sådan elproduktion, ska den nu pågående dämningen inte anses vara en vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel. Detta gäller även om dämningen vid någon tidpunkt efter dess tillkomst har haft – men inte längre har – en sådan funktion. Det avgörande är alltså syftet med att påbörja verksamheten (syftet med att bygga eller utforma den anläggning som den nu pågående verksamheten bedrivs med). I praktiken bör det innebära att enbart anläggningar och verksamheter som har tillkommit efter slutet av 1800-talet kan omfattas av den andra punkten, eftersom det dessförinnan inte förekom någon produktion av vattenkraftsel.³⁶¹ Vilka verksamheter som omfattas har huvudsakligen avgjorts av länsstyrelserna, i samband med att verksamhetsutövare anmält sina verksamheter till den nationella planen för moderna miljövillkor.³⁶²

Ett ytterligare krav för att omfattas av den nationella planen är att verksamheten har tillstånd eller rättighet som kan uppdateras med moderna miljövillkor.³⁶³ Det måste finnas ett tillstånd att ompröva. Härvid bör noteras att en ändring har gjorts i miljöbalkens promulgationslag,³⁶⁴ som innebär att äldre rättigheter, i rättskraftshänseende, jämföras med tillstånd.³⁶⁵ Om till exempel urminnes hävd³⁶⁶ föreligger, innebär det att verksamheten anses bedrivas i enlighet med ett *tillstånd* och att en omprövning för moderna miljövillkor kan göras. Mark- och miljööverdomstolen har i flera mål utvecklat på vilka grunder urminnes hävd föreligger. Ifråga om dammar får vissa förändringar ha skett så länge

360 Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom av den 6 oktober 2022 i mål nr M 516-21.

361 Prop. 2017/18:243, s. 198f.

362 Anmälan till planen görs i enlighet med 11 kap. 28 § MB.

363 Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom av den 10 december 2021 i mål nr M 1532-20.

364 5 a § MP.

365 Se prop. 2017/18:243, s. 110 f.

366 Urminnes hävd reglerades bl.a. i äldre jordabalken. Den som hävdar en äldre rättighet har bevisbördan, dels för att rättigheten har uppkommit, dels för vad den består i. Verksamheten ska ha bedrivits sedan åtminstone två mansåldrar före jordabalkens ikraftträdande, vilket innebär att urminnes hävd kan omfatta anläggningar och verksamheter som tillkommit 90 år före jordabalkens ikraftträdande (d.v.s. före år 1882). En urminnes hävd som anses vara ett tillstånd enligt MB har rättskraft endast beträffande de frågor som kan visas vara tillätna i förhållande till hur anläggningen är konstruerad och verksamheten bedrivs (prop. 2017/18:243, s. 103, 110 och 236). För praxis om äldre rättigheter, se t.ex. MÖD:s avgörande i 2020-02-21 i mål M 1575-19, dom 2020-06-23 i mål M 2842-19, dom 2020-06-23 i mål M 1328-19 samt dom 2020-12-18 i mål nr M 8575-19. För en redogörelse för institutet urminnes hävd, se t.ex. Olsen Lundh (2013). Tvenne gånger tvenne ruttna gårdesgårdar. *Nordisk Miljörättslig Tidskrift* 2013:2.

dammens läge och funktion, samt dess inverkan på vattenförhållandena i allt väsentligt, förefaller ha varit desamma sedan dammens uppförande.³⁶⁷ För det fall en verksamhet vid ikraftträdandet av de nya reglerna omfattades av ett lagakraftvunnet och gällande förbud (som meddelats i samband med tillsyn), finns emellertid inte längre någon särskild rättighet (såsom urminnes hävd), med stöd av vilken verksamheten kan bedrivas. En sådan verksamhet kan därför inte omfattas av 5 a § MP.³⁶⁸

Om en tillståndspliktig verksamhet saknar tillstånd i vissa avseenden (och det inte föreligger urminnes hävd), kan det bli nödvändigt för verksamhetsutövaren att ansöka om tillstånd för att tillståndet ska kunna förenas med moderna miljövillkor.

Som ovan berörts avses med *moderna* miljövillkor, villkor eller andra bestämmelser till skydd för människors hälsa eller miljön som har beslutats efter en prövning enligt miljöbalken och som inte är äldre än fyrtio år. Om tillståndet föreskrivit en annan tid så gäller den tid som bestämts i tillståndet.³⁶⁹ Det är alltså två kriterier som ska föreligga för att miljövillkoren för en vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel ska anses vara moderna. Det första kriteriet är att samtliga villkor och bestämmelser som gäller för verksamheten ska vara beslutade med stöd av miljöbalken. Verksamheten kan inte ha vissa villkor eller bestämmelser enligt äldre bestämmelser och vissa enligt miljöbalken. Det är därför inte tillräckligt att det har skett en avgränsad prövning enligt miljöbalken för en del av verksamheten. Det krävs att *hela* verksamheten har prövats fullt ut enligt miljöbalkens bestämmelser.³⁷⁰ Det andra kriteriet är att villkoren eller bestämmelserna ska framgå av en dom eller ett beslut som inte är äldre än fyrtio år, om inte prövningsmyndigheten angett en längre eller kortare tid i tillståndet.

Uppdateringen till moderna miljövillkor ska ske genom att verksamhetsutövaren ansöker om omprövning enligt 24 kap. 10 § miljöbalken.³⁷¹ Den som ansvarar för att verksamheten förses med moderna miljövillkor är alltså den som bedriver den tillståndspliktiga verksamheten.

3.5.4 Vad omprövningen kan resultera i

Efter en ansökan om omprövning ska tillståndsmyndigheten upphäva, ändra och besluta om nya bestämmelser och villkor, i den utsträckning som behövs med hänsyn till skyddet för människors hälsa och miljön.³⁷² Vidare regleras under vilka förutsättningar bestämmelser och villkor, som innebär att verksamheten avsevärt försvåras, får beslutas och när tillståndsmyndigheten ska återkalla tillståndet.³⁷³

Utgångspunkten i prövningen är att verksamheten ska kunna fortsätta bedrivas, men med moderna miljövillkor. Av regeringens beslut framgår att utrivning endast bör bli

367 T.ex. i Mark- och miljööverdomstolens dom av den 23 juni 2020 mål-nr M 1328-19.

368 Se t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom av den 10 december 2021 i mål nr. M 2113-20

369 11 kap. 27 § MB.

370 Prop. 2017/18:243, s. 201.

371 Se prop. 2017/18:243 s. 1, 78, 82 ff., 119 och 177.

372 24 kap. 10 § första stycket MB.

373 24 kap. 10 § andra och tredje stycket MB.

aktuellt i undantagsfall och där det inte går att besluta om bestämmelser och villkor för tillräcklig miljöanpassning för uppfyllandet av EU-rättens krav.³⁷⁴ Av lagstiftningen framgår emellertid tydligt att de bestämmelser och villkor för verksamheten, som behövs för att följa en miljökvalitetsnorm, eller någon annan bestämmelse som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen, *ska* beslutas.³⁷⁵ De regler som främst blir aktuella här är alltså de som anknyter till just miljökvalitetsnormer, men också de som följer av EU:s bestämmelser om skydd av arter och Natura 2000-områden.³⁷⁶

Vidare *ska* tillståndsmyndigheten återkalla tillståndet om en återkallelse är nödvändig för att följa en miljökvalitetsnorm eller annan bestämmelse som följer av EU-medlemsstaten eller om verksamhetsutövaren medger att tillståndet återkallas.³⁷⁷ Här är det således inte heller längre fråga om en fakultativ bestämmelse (jämför avsnitt 3.1.6). I sådana fall *ska* tillståndsmyndigheten bestämma om utrivning enligt 24 kap. 4 § miljöbalken. Oaktat vad regeringen anfört om att utrivning ska aktualiseras endast i undantagsfall, så får tillståndsmyndigheten efter omprövning inte tillåta verksamheter som äventyrar uppnåendet av god status eller är i strid med försämringsförbudet.

3.5.5 Ansökan och underlaget till grund för omprövningen

Det är som ovan beskrivits verksamhetsutövaren som ansöker om omprövning enligt 24 kap. 10 § miljöbalken.³⁷⁸ Det är också verksamhetsutövarens ansvar att ta fram det prövningsunderlag som behövs, inklusive underlag i frågor som rör miljöförhållanden och verksamhetens betydelse för olika enskilda och allmänna intressen.³⁷⁹

Avsikten är en förenklad prövning. Vid omprövningen uppställs därför inte något obligatoriskt krav på samråd och miljökonsekvensbeskrivning och det finns inte heller någon skyldighet för sökanden att svara för motpartens rättegångskostnader.³⁸⁰ Som skäl för detta anges i förarbetena bland annat att målen är av begränsad omfattning, eftersom de endast handlar om att uppdatera de villkor och andra bestämmelser i tillståndet som avser miljöskyddet.³⁸¹

Delar av det underlag som kan behövas vid en prövning, såsom uppgifter om klassificering av vattenförekomster och underliggande bedömningar av vattnets kvalitet, finns framtaget och tillgängligt hos länsstyrelserna. Samverkan kan vara ett tillfälle för länsstyrelserna att tillhandahålla sådana offentliga uppgifter. Även uppgifter om inventeringar och kunskapsunderlag, med tidigare genomförda antikvariska bedömningar, som finns tillgängliga hos länsstyrelsen, ska efter förfrågan tillhandahållas. Syftet är att underlätta

374 Regeringsbeslut 2020-06-25, M2019/01768/Nm mfl., s. 5 samt prop. 2017/18:243, s. 221.

375 24 kap. 10 § andra stycket MB.

376 Regeringsbeslut 2020-06-25, M2019/01768/Nm mfl. Bilaga 2. Se också Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar (fågeldirektivet) samt Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter (art- och habitatdirektivet).

377 24 kap. 10 § tredje stycket MB.

378 Se prop. 2017/18:243, s. 1, 78, 82 ff., 119 och 177.

379 Följer av 2 kap. 1 § MB och 22 kap. 1 § MB.

380 6 kap. 20 § andra stycket samt 25 kap. 1 § och 2 § MB.

381 Prop. 2017/18:243, s. 127.

för verksamhetsutövarna att få fullständiga prövningsunderlag. Myndigheterna ska även vid behov hjälpa verksamhetsutövarna med information om vad som krävs för ett fullständigt prövningsunderlag. Detta följer av myndigheternas serviceskyldighet.³⁸²

Regeringen påpekar också att prövningsmyndigheten kan ställa krav enligt 22 kap. 2 a § miljöbalken avseende tillhandahållande av den utredning om verksamheten och övriga förhållanden som behövs för återkallelsen eller omprövningen.³⁸³ I avsaknad av krav på samråd med andra berörda enskilda och myndigheter är det viktigt att prövningsmyndigheten, tidigt under beredningen, säkerställer att det underlag som behövs för att verksamheten ska kunna förenas med nödvändiga restriktioner och försiktighetsmått, finns tillgängligt i målet. I de fall en prövning enligt 24 kap. 10 § miljöbalken resulterar i att en verksamhet inte längre kan bedrivas, och därför ska rivas ut, ska underlaget även möjliggöra bedömning av vilka krav som behöver ställas för att förebygga eller minska skador som kan uppkomma i och med utrivningen.³⁸⁴

I många ansökningar som har kommit in till mark- och miljödomstolarna, inom ramen för den nationella planen, har sökandena yrkat att mark- och miljödomstolen ska återkalla tillståndet för anläggningarna och ge tillstånd till utrivning.³⁸⁵ Även om sökandena har yrkat på utrivning har det inte uppfattats som ett ”vanligt” yrkande om tillstånd till utrivning enligt 11 kap. 19 § MB. Istället har det ansetts handla om ett yrkande, framställt inom ramen för omprövningen av tillståndet enligt 24 kap. 10 § MB. I den mån tillstånd finns för anläggningarna, och dessa kan omprövas enligt 24 kap. 10 §, har grundläggande förutsättningar ansetts finnas för att pröva utrivningen inom ramen för omprövningen.³⁸⁶ Sådana förutsättningar har, som en logisk följd, inte ansetts finnas för anläggningsdelar som saknar tillstånd, eftersom det då inte finns något tillstånd att ompröva. I sådana delar har ansökan avvisats. Yrkande om återkallelse och utrivning har alltså, i alla fall i underinstanserna, ansetts möjligt att framställa inom ramen för omprövningen.³⁸⁷ Som ovan nämnts måste underlaget i målet, i de fall utrivning aktualiseras, täcka även de uppgifter som behövs för att kunna bedöma vilka krav som behöver ställas för att förebygga eller minska de skador som kan uppkomma i och med utrivningen.³⁸⁸

382 Prop. 2017/18:243, s. 83.

383 I sammanhanget bör nämnas att 22 kap. 2 a § MB inte hänvisar till 24 kap. 10 §. Formellt sett är alltså bestämmelsen i 2 a § inte tillämplig. Det spelar dock ingen egentlig roll eftersom det redan av 22 kap. 1 § MB och grundläggande bestämmelser i 2 kap. MB framgår att sökanden måste ge in de underlag som behövs. I annat fall kan en prövning inte göras.

384 Prop. 2017/18:243, s. 120 f.

385 I de två första omgångarna (1 februari 2022 respektive 1 september 2022) då sammanlagt ett drygt 90-tal ansökningar inkom till mark- och miljödomstolarna, yrkades utrivning i ungefär en fjärdedel av ansökningarna.

386 Se till exempel dom från Vänersborgs tingsrätt, mark- och miljödomstolen, av den 3 juli 2023 i mål nr M 36822. Domen överklagades inte och har vunnit laga kraft.

387 Notera att även om tillstånd i princip alltid ska ges till utrivning enligt 11 kap. 19 § MB (se ovan avsnitt 3.2.5), så kan ett utrivningstillstånd inte förenas med villkor om uppförandet av en ny anläggning. Anläggande av en ny vattenanläggning kan med andra ord inte prövas inom ramen för en utrivning. Se Mark- och miljööverdomstolens avgöranden av den 11 oktober 2023 i mål M 8113-22 samt M 10561-22.

388 Prop. 2017/18:243, s. 120 f.

3.5.6 Samverkan

Vid omprövning enligt den nationella planen ska länsstyrelserna *samverka* med verksamhetsutövarna kring det underlag som behövs för effektiva prövningar i god tid före ansökan lämnas in för prövning till domstolen. Samverkan ska även ske med berörda kommuner, myndigheter och intresseorganisationer.³⁸⁹ Syftet med samverkan är att sammanställa det underlag som behövs för att:

- alla verksamheter inom en prövningsgrupp ska kunna förses med moderna miljövillkor i enlighet med 11 kap. 28 § miljöbalken på ett sätt som innebär största möjliga nytta för vattenmiljön och en effektiv tillgång till vattenkraftsel,
- tillgodose kraven på en ansökans innehåll enligt 22 kap. första stycket, p. 4 miljöbalken.

Samverkan ska ske i den omfattning som länsstyrelsen bedömer vara lämplig.³⁹⁰ I sitt beslut om den nationella planen har regeringen konstaterat att tidplanen för prövningarna är ambitiös och att en väl fungerande samverkan är central för en effektiv prövning.³⁹¹ Det finns därför en skyldighet för Havs- och vattenmyndigheten, Kammarkollegiet, Naturvårdsverket och länsstyrelserna att, i prövningarna som görs enligt planen, samverka med varandra och fördela åtgärder mellan sig, så att genomförandet av planen blir effektivt och dubbelarbete undviks.³⁹²

Den samverkan som ska ske på initiativ av länsstyrelserna är *inte* någon samrådsprocess enligt 6 kap. miljöbalken. Medan en specifik miljöbedömning med tillhörande miljökonsekvensbeskrivning normalt krävs vid tillståndsprövningar enligt 11 kap. miljöbalken, så krävs *inte* en sådan vid omprövning för moderna miljövillkor enligt 24 kap. 10 § miljöbalken.³⁹³ Därmed finns inte heller något krav på att hålla samråd enligt 6 kap. miljöbalken. Bakgrunden till bestämmelsen är, i korthet, att regeringen ansåg att det saknades skäl att frånga den tidigare ordningen,³⁹⁴ som tydliggjorde att krav på specifik miljöbedömning inte ska gälla i mål och ärenden om återkallelse av tillstånd eller omprövning av tillstånd eller villkor.³⁹⁵

Skulle prövningen röra ett vattenkraftverk som helt saknar tillstånd, det vill säga som varken kan åberopa ett tillstånd enligt vattenlagen eller äldre vattenlag eller någon så kallad särskild rättighet, ska en sådan verksamhet ansöka om tillstånd. Då föreligger kraven på att genomföra en specifik miljöbedömning och att ta fram en miljökonsekvensbeskrivning samt genomföra samråd enligt 6 kap. miljöbalken i enlighet med huvudregeln. Detta kan även bli aktuellt när ansökan omfattar sådant som inte ryms inom gällande tillstånd, till exempel effektivisering av verksamheten eller utökad reglering. Verksamhetsutövaren bör alltså vara uppmärksam på om delar av ansökan om ompröv-

389 42 a § vattenverksamhetsförordningen.

390 42 b § vattenverksamhetsförordningen.

391 Regeringsbeslut 2020-06-25, M2019/01768/Nm mfl., s. 4.

392 43 § vattenverksamhetsförordningen.

393 6 kap. 20 § 2 st. MB.

394 Prop. 2001/02:65. *Ändrad ordning för utdömande av vite enligt miljöbalken m.m.*

395 Prop. 2016/17:200. *Miljöbedömningar*, s. 104 f.

ning i realiteten innebär en ansökan om tillstånd.³⁹⁶ Om så är fallet och det brister ifråga om samråd kan ansökan om tillstånd komma att avvisas redan på den grunden.³⁹⁷

3.5.7 Planen

Det ska, som har beskrivits ovan, finnas en nationell plan för prövningar för moderna miljövillkor (som avses i 27 §).³⁹⁸ Det är Havs- och vattenmyndigheten som, tillsammans med Statens energimyndighet och Affärsverket svenska kraftnät, tar fram förslag till plan. Det är samma aktörer som ska ta fram de ändringsförslag, som behövs för att hålla den uppdaterad.³⁹⁹ Planen beslutas sedan av regeringen.⁴⁰⁰ Den 25 juni 2020 tog regeringen beslut om prövningsgrupper och tidsplan för omprövningar av svensk vattenkraft. Enligt planen skulle arbetet med omprövningar starta 2022 och pågå under 20 år. Ansökningarna för första prövningsgruppen skulle komma in senast den 1 februari 2022. För tillfället är emellertid planen pausad till 2024 (se nedan, avsnitt 3.5.9).

Planen ska ange en *nationell helhetssyn* i fråga om att verksamheterna ska föras med moderna miljövillkor på ett *samordnat* sätt, med största möjliga nytta för vattenmiljön och för nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel. Detta kan ses som ett uttryck för att planen syftar till att tillgodose ett flertal ändamål. Syftet med planen är att säkerställa att alla berörda verksamheter har miljövillkor som uppfyller miljöbalkens krav, inklusive EU-rättens krav enligt ramdirektiv för vatten, samtidigt som vattenkraftens nuvarande produktions- och reglerförmåga i huvudsak behålls.⁴⁰¹ Det innebär bland annat att planförslaget ska utformas så att planen inte äventyrar möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt de miljökvalitetsnormer som är meddelade när förslagen lämnas till regeringen; planen ska vara förenlig med beslutade miljökvalitetsnormer för vatten.⁴⁰² Samtidigt ska planen främja största möjliga reglerförmåga i elproduktionen, elberedskap och nationell, regional och lokal stabilitet i elsystemet.⁴⁰³

Som en del i den nationella helhetssynen anges ett riktvärde på nationell nivå för vad som kan anses utgöra betydande negativ påverkan på kraftproduktion. Riktvärdet är 1,5 terawattimmar, vilket motsvarar 2,3 procent av medelårsproduktionen år 2014.⁴⁰⁴ Rikt-

396 Se t.ex. Vänersborgs tingsrätts, mark- och miljödomstolen, beslut av den 8 juli 2022 i mål nr M 422-22 (ej prövnings-tillstånd i Mark- och miljööverdomstolen) där sökandena yrkat att mark- och miljödomstolen skulle återkalla meddelade tillstånd, förordna om utrivning och som villkor för utrivningen föreskriva om uppförande av ny damm. Mark- och miljödomstolen avvisade yrkandet om att uppföra en ny damm eftersom byggande av ny damm inte kan ses som en skadeförebyggande åtgärd som dämpar effekterna av själva utrivningsarbetet (som utgör vattenverksamhet). Det måste istället uppfattas som ett yrkande om tillstånd till att uppföra ny damm. Domstolen fann, mot bakgrund bland annat av bristen på samråd, att det förelåg ett processhinder som inte kunde läkas.

397 Se t.ex. rättsfallen MÖD 2002:15, MÖD 2003:88, NJA 2009 s. 321 och MÖD:s dom av den 24 november 2014 i mål M 1859-14.

398 11 kap. 28 § MB.

399 24 § vattenverksamhetsförordningen.

400 11 kap. 28 § MB.

401 Prop. 2017/18:243, s. 85–98 och 203–205.

402 24 § 2 st. vattenverksamhetsförordningen.

403 27 § vattenverksamhetsförordningen.

404 Energimyndigheten och Havs- och vattenmyndigheten (2014). *Förslag till nationell strategi för åtgärder i vattenkraften*. Energimyndigheten och Havs- och vattenmyndighetens rapport 2014:14.

värdet är även fördelat per huvudavrinningsområde och ska användas som stöd när vattenmyndigheterna förklarar *kraftigt modifierade vatten* och beslutar om undantag. Viktigt att notera är att värdet inte anger någon gräns för vilka miljövillkor som kan föreskrivas. Den nationella helhetssynen anger också, på ett övergripande sätt, var det finns risk för konflikt mellan bevarandemål i Natura 2000-områden och vattenkraft samt hur kultur- miljöfrågor generellt bör beaktas.⁴⁰⁵

Planen ska ge vägledning för de myndigheter som för talan eller yttrar sig i prövningarna, eller arbetar med eller fattar beslut om förvaltningen av kvaliteten på vattenmiljön.⁴⁰⁶ Viktigt att påpeka i sammanhanget är att mark- och miljödomstolarna *inte* är bundna av planen, utan ska genomföra den prövning som följer av miljöbalken. Av regeringsbeslutet följer också att vattenmyndigheterna, i den utsträckning och i den prioriteringsordning som behövs för att genomföra planen, bör se över klassificering och kvalitetskrav enligt vattenförvaltningsförordningen i god tid inför varje prövning. Det ankommer vidare på vattenmyndigheterna att se till att den vattenstatus som beslutas motsvarar vattnets faktiska status vid beslutstillfället. Enligt regeringen ska som sagt de möjligheter att ställa mindre långtgående krav som följer av EU-rätten till förmån för samhällsnyttiga verksamheter utnyttjas fullt ut vid till exempel meddelande av miljökvalitetsnormer och andra föreskrifter samt vid beslut om klassning av vattenförekomster; en miljökvalitetsnorm ska inte medföra strängare krav än nödvändigt.⁴⁰⁷

I praktiken innebär planen att en mycket stor del av alla vattenkraftverk och dammar i Sverige ska omprövas. Det handlar om cirka 2 400 anläggningar under 20 år, det vill säga 120 anläggningar per år, varav flertalet ska prövas av mark- och miljödomstolarna i Vänersborg, Nacka och Växjö. För att inte alla ska komma in samtidigt har, som beskrivits ovan, anläggningarna delats upp i prövningsgrupper efter avrinningsområden.⁴⁰⁸ Tidplanen anger färre ansökningar i början för att inte riskera för stor arbetsbelastning initialt.⁴⁰⁹ Tidplanen utgår från att varje huvudavrinningsområde prövas i en följd, med start nedströms.

En verksamhet som omfattas av den nationella planen får, som huvudregel, bedrivas *utan* att ha moderna miljövillkor, till dess det är dags för prövning enligt planen, om den uppfyller vissa villkor.⁴¹⁰ I vattenförvaltningsförordningen finns vissa av dessa krav formulerade, men Mark- och miljööverdomstolen har konstaterat att ordalydelsen i 11 kap. 27 § miljöbalken inte ger utrymme för att i förordningsform ställa ytterligare krav, för att en verksamhet ska få fortsätta att bedrivas till dess en prövning är klar.⁴¹¹

Ett föreläggande om att söka tillstånd som vunnit laga kraft före ikraftträdandet av de nya reglerna har, enligt Civilutskottets betänkande, förlorat sin betydelse om det handlar

405 Regeringsbeslut 2020-06-25, M2019/01769/Nm m.fl., bilaga 2.

406 25 § vattenverksamhetsförordningen.

407 Regeringsbeslut 2020-06-25, M2019/01769/Nm m.fl.

408 Om fler än ungefär 30 vattenkraftverk ingår i ett avrinningsområde har de delats in i flera prövningsgrupper.

409 För de första ansökningarna var tidpunkt för ansökans inlämnande den 1 februari 2022. De sista ansökningarna ska lämnas in 2037.

410 11 kap. 27 – 28 §§ MB samt 24 – 44 §§ VFF.

411 MÖD:s dom av den 16 oktober 2019 i mål M 8719-18.

om att söka tillstånd för något som det inte längre måste sökas tillstånd för (när verksamhet bedrivs med stöd av 5 a § MP). Sökanden kan, om ett tillståndsmål pågår när lagändringarna träder i kraft, välja att återkalla ansökan och på så sätt använda sig av de nya bestämmelserna.⁴¹²

3.5.8 Beslutad vattenstatus ska motsvara vattnets faktiska status

En fråga som inte framgår av vare sig förarbeten eller lagstiftning är hur en nationell helhetssyn på vattenmiljö- och energiförsörjningsfrågorna ska få genomslag i enskilda prövningsärenden och hur avvägningarna mellan vattenmiljövärden och energiförsörjningsvärden ska göras i enskilda fall.⁴¹³

Den nationella planen för omprövning av vattenkraftverk ska vara vägledande för vattenmyndigheterna, så att deras arbete, med bland annat klassificering och normsättning, bedrivs med den prioriteringsordning som behövs för att genomföra planen.⁴¹⁴ Nytt underlag som kommer fram under samverkan, och som kan ha betydelse för kartläggning, statusklassificering, normsättning och åtgärdsprogram, ska tas om hand av vattenmyndigheterna. Tanken är att eventuella ändringar, så långt möjligt, ska kunna genomföras *innan* de enskilda verksamhetsutövarna lämnar in sina ansökningar till domstol. Innan vattenmyndigheterna fattar beslut om exempelvis miljökvalitetsnormer, ska de samråda med de myndigheter, kommuner, organisationer, verksamhetsutövare och enskilda som berörs av beslutet.⁴¹⁵ Viktigt är att prövningsmyndigheterna har att förhålla sig till miljökvalitetsnormen. Om det visar sig att det finns tvivel om dess riktighet, är det vattenmyndigheten som kan ändra den, inte någon prövningsmyndighet (se ovan, avsnitt 3.4).⁴¹⁶

3.5.9 Planen är pausad

Den 12 december 2022 lämnade regeringen ett förslag som innebär att tidsfristen för inlämning av ansökan, om prövning för moderna miljövillkor, senarelades med ett år, för samtliga prövningsgrupper där tiden för inlämning ännu inte har passerats.⁴¹⁷ Ansökningar som skulle lämnas in under 2023 ska således nu lämnas in senast 2024 och så vidare. Några övriga förändringar vad gäller förutsättningarna för vattenkraften eller hur omprövning ska gå till gjordes inte. Förslaget innehöll inte heller någon instruktion till

412 Civilutskottets betänkande 2017/18:CU31, s. 22 f.

413 Kruse (Karnovs kommentar i JUNO, 2023), kommentaren till 11 kap. 28 §, not 554.

414 25 och 26 §§ VFF, HVMFS 2017:20 och HVMFS 2019:25.

415 2 kap. 4 § VFF.

416 Såsom beskrivs i avsnitt 3.4 har mark- och miljödomstolen möjlighet att inhämta yttrande från vattenmyndigheten när utredningen visar att det finns anledning att anta bristande överensstämmelse och denna skillnad har betydelse för möjligheten att bestämma rimliga och ändamålsenliga miljökrav vid en prövning av undantag i det enskilda fallet. Myndigheter och kommuner som prövar frågor om tillåtlighet ska också ge vattenmyndigheten tillfälle att yttra sig innan frågan avgörs, enligt 4 kap. 13 § VFF.

417 Se promemorian *Paus av omprövning för moderna miljövillkor* (M2022/02251). Förslaget trädde i kraft den 30 januari 2023 och innebär en ändring i bilagan till förordningen (1998:1388) om vattenverksamheter.

domstolarna om hanteringen av redan pågående omprövningar. Dessa fortgår därför som vanligt enligt gällande lagstiftning. Det finns inte heller något i promemorian som antyder att länsstyrelser och verksamhetsutövare inte ska fortsätta med samverkan under pausen eller som hindrar en verksamhetsutövare från att lämna in sin ansökan i mycket god tid.

Av promemorians konsekvensanalys framgår att pausen syftar till att ge mer tid för både samverkansprocessen och översynen av normerna innan ansökan för moderna miljövillkor lämnas in. Detta anses vara positivt för såväl länsstyrelserna som för övriga berörda aktörer. Vad gäller mark- och miljödomstolarna konstateras att ansökningar om omprövning av vattenverksamheter måste hanteras i takt med att de kommer in. Vidare framgår det att förslaget syftar till att möjliggöra en kartläggning av omprövningens konsekvenser för elproduktionen och att det kommer finnas mer tid för att ta fram underlag inom ramen för länsstyrelsens samverkansprocess.⁴¹⁸ Detta anses vara positivt för verksamhetsutövarna. Det förutses också att det kommer att finnas mer tid för utarbetande av ansökningarna. Förslaget att pausa omprövningarna under ett år bedöms inte få några större konsekvenser för Vattenkraftens miljöfond. Avslutningsvis noteras i promemorian att kommissionen inom ramen för ett så kallat överträdelseärende⁴¹⁹ har kritiserat Sverige för att inte säkerställa att befintliga vattenkraftsanläggningar inte hindrar uppnåendet av miljömålen enligt ramdirektivet. Ärendet stängdes i anslutning till att Sverige införde bestämmelserna om omprövning av vattenkraftverk och dammar för att säkerställa att de drivs med stöd av moderna miljövillkor. Att pausa prövningarna enligt den nationella planen kan således utgöra ett problem i förhållande till Sveriges EU-rättsliga åtaganden i den utsträckning en miljöanpassning inte kommer till stånd på annat sätt. Att inte pausa prövningarna anses dock innebära en risk för krav som sammantaget äventyrar förutsättningarna för en nationellt effektiv tillgång till vattenkraftsel.⁴²⁰

3.6 Miljöansvar och miljöskada

3.6.1 Den EU-rättsliga regleringen

År 2004 antogs miljöansvarsdirektivet⁴²¹ som fastställer en gemensam ram för att förebygga och avhjälpa *miljöskador*. Direktivet bygger på förorenaren betalarprincipen, som här innebär att de förorenare som orsakat skadan har ansvaret för att genomföra nödvändiga förebyggande och avhjälpande åtgärder samt att betala kostnaderna för dessa. Den

⁴¹⁸ Regeringen gav sedan Svenska kraftnät i uppdrag, att tillsammans med Energimyndigheten och Havs- och vattenmyndigheten, i dialog med de länsstyrelser som utgör vattenmyndigheter, kartlägga vilka konsekvenser omprövningarna kan få för elsystemet och en trygg elförsörjning. Uppdraget redovisades den 29 september 2023 genom Svenska kraftnät (2023). *Att kartlägga de konsekvenser för elsystemet som omprövning av vattenkraften medför m.m. Redovisning av regeringsuppdrag*. Svk 2023/610.

⁴¹⁹ Överträdelenummer 2007/2239.

⁴²⁰ Promemorian *Paus av omprövning för moderna miljövillkor*. M2022/02251.

⁴²¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/35/EG av den 21 april 2004 om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/31/EG av den 23 april 2009 (nedan miljöansvarsdirektivet).

grundläggande principen är att förstörd miljö ska återställas till det skick som den skulle ha haft om skadan inte hade uppstått. Direktivet ger en ram för att bedöma skadorna samt vilka hjälpåtgärder som bör vidtas och ska tillämpas på yrkesverksamheter (vinstdrivande eller ej) som orsakar skada, eller överhängande hot om skada, på de naturresurser som anges i direktivet.

Med *miljöskada* avses även skador på vatten, det vill säga skador som har betydande negativa effekter på det berörda vattnets *ekologiska*, *kemiska* eller *kvantitativa status* eller *ekologiska potential*, enligt definitionen i ramdirektivet för vatten. Negativa effekter som omfattas av direktivets undantagsbestämmelse i artikel 4(7) omfattas dock inte.⁴²² Exempel på typer av händelser som kan orsaka skador på vatten är vattenuttag, utsläpp från en industrianläggning som lagrar (eller en lastbil eller järnvägsvagn som transporterar) kemikalier, uppdämning av ytvatten, kemikalie-, petroleum- eller avfallspill från lager under eller ovan jord eller från hanterings- och transportanläggningar. Miljöskador omfattar även skador som orsakas av luftburna element, om de förorsakar skador på vatten, mark eller skyddade arter eller skyddade naturliga livsmiljöer. Det handlar bland annat om verksamheter som innebär utsläpp eller injektering av förorenande ämnen i inlandsytvatten eller grundvatten eller uttag och uppdämning av vatten.⁴²³

Verksamheter har ett *strikt ansvar* för skadan, eller det överhängande hotet om skada, som verksamheten orsakar, bland annat på vatten. Detta innebär i sin tur att det inte behöver fastställas att något fel eller någon försummelse är för handen; det finns ändå en skyldighet att vidta förebyggande och avhjälpande åtgärder och att bära kostnaderna för dessa.

Ett intressant mål i sammanhanget är *Gert Folk*.⁴²⁴ I målet uttalar sig EU-domstolen om kopplingen mellan miljöansvarsdirektivet och ramdirektivet för vatten. Domstolen hänvisar bland annat till skälen 24 och 25 i miljöansvarsdirektivet, som bland annat slår fast att det är nödvändigt att se till att det finns effektiva metoder för genomförande och kontroll av efterlevnad, samtidigt som berörda verksamhetsutövarers och andra berörda parter legitima intressen tillvaratas på lämpligt sätt. Enligt skälen bör de behöriga myndigheterna vara ansvariga för vissa uppgifter som kräver skönsmässig bedömning, exempelvis när det gäller att bedöma skadans betydelse och att fastställa vilka åtgärder som bör vidtas för att avhjälpa den. Vidare framgår det av skälen att personer som berörs eller kan antas bli berörda av en miljöskada, liksom även icke-statliga miljöskyddsorganisationer som främjar naturskydd, bör ha rätt att begära att den behöriga myndigheten vidtar åtgärder. Här efter noterar EU-domstolen att en begäran om åtgärder, enligt direktivet, ska åtföljas av relevanta upplysningar och uppgifter som styrker iakttagelserna om den aktuella miljöskadan. Därtill ska, när en begäran om åtgärder och åtföljande iakttagelser på ett rimligt sätt ger belägg för att miljöskada föreligger, myndigheten beakta alla dessa observationer och framställningar om åtgärder. Härvid ska myndigheten ge verksamhets-

422 Artikel 2(1)(b), miljöansvarsdirektivet.

423 För båda exemplen gäller att det ska handla om verksamheter som kräver förhandstillstånd enligt ramdirektivet för vatten.

424 C-529/15.

utövaren tillfälle att tillkännage sina egna synpunkter beträffande begäran om åtgärder och åtföljande observationer.

I *Gert Folk*-målet fanns ett tillstånd för att driva den aktuella anläggningen redan *före antagandet* av ramdirektivet för vatten. Därför krävdes inte att undantagskriterierna i artikel 4(7) förelåg för att bevilja tillståndet. Enligt domstolen framgick det också av handlingarna i målet att variationerna i vattendragets vattennivå orsakade överdödighet hos fiskar och att denna överdödighet var en följd av den godkända anläggningens normala funktion. EU-domstolen konstaterade därefter att miljöansvarsdirektivet utgör hinder för att ha en bestämmelse i nationell lagstiftning som generellt och automatiskt innebär att en skada som har *betydande negativa effekter* på det berörda vattnets *ekologiska, kemiska eller kvantitativa status* eller *ekologiska potential* inte ska kvalificeras som ”miljöskada”, enbart på grund av att skadan täcks av ett tillstånd. Det EU-domstolen i praktiken uttalar är alltså att miljöansvarsdirektivet *kan* bryta igenom nationella regler om tillstånds rättskraft. De två förutsättningar som anges, vad gäller skador på vatten, är 1) att tillståndet ska vara utfärdat före ramdirektivet för vatten antogs samt 2) att skadan ska ha *betydande negativa effekter* på vattnets status samt ha uppkommit efter den 30 april 2007.

Slutsatsen av *Gert Folk* är viktig vid tillämpningen av miljöbalkens regler om tillstånds rättskraft (däribland 26 kap. 9 § miljöbalken jämförd med 24 kap. 1 § miljöbalken). Enbart det faktum att den verksamhet som orsakat skadan bedrivs i enlighet med ett utfärdat tillstånd kan alltså *inte* ligga till grund för att avskriva ett ärende om tillsyn.

3.6.2 Den svenska regleringen

Miljöansvarsdirektivet är framför allt implementerat i svensk rätt genom 10 kap. miljöbalken. Här framgår också att *allvarlig miljöskada* bland annat avser en miljöskada som är så allvarlig att den genom påverkan på ett vattenområde har en *betydande negativ effekt på kvaliteten på vattenmiljön*.⁴²⁵ Av propositionen framgår att vid bedömningen av om en sådan skada föreligger, ska bland annat ramdirektivets definitioner av *ekologisk, kemisk* och *kvantitativ status* beaktas.⁴²⁶ Detta följer också av förordningen om allvarliga miljöskador. Enligt den ska det särskilt beaktas om skadan har en betydande negativ effekt på ett vattenområdes *ekologiska status, kemiska ytvattenstatus* eller *ekologiska potential*. Det anges också att det är vattenförvaltningsförordningen som ska tillämpas vid en sådan bedömning och att det särskilt ska beaktas om det har beslutats om undantag⁴²⁷ från de kvalitetskrav på det berörda vattenområdet eller grundvattnet som följer av vattenförvaltningsförordningen.⁴²⁸ Det handlar alltså om undantag enligt bestämmelsen som genomför artikel 4(7) i ramdirektivet för vatten.

Var gränsen går mellan en *försämring* i vattenförvaltningsförordningens mening och en ”betydande negativ effekt på ett vattenområdes ekologiska status” är dock än så länge

425 10 kap. 1 § MB.

426 Prop. 2006/07:95. Ett utvidgat miljöansvar, s. 126.

427 Undantag enligt 4 kap. 11 § VFF.

428 3 § förordning (2007:667) om allvarliga miljöskador.

oklart. Rimligt är att det inom en inte alltför avlägsen framtid kommer att ställas frågor till EU-domstolen om den tolkningen.⁴²⁹

3.7 Sammanfattning

När det, till exempel vid en tillståndsprövning, ska avgöras huruvida en åtgärd eller verksamhet kan tillåtas med avseende på miljökvalitetsnormer för vatten, bör den inledande prövningen avse huruvida någon otillåten försämring äger rum. Först om det kan konstateras att så inte är fallet kan uppnåendet av miljökvalitetsnormen *äventyras* provas.

Miljökvalitetsnormen god ekologisk potential är inte ett undantag, och anpassningen av normen gäller därmed endast de hydromorfologiska, fysikalisk-kemiska och biologiska kvalitetsfaktorer som direkt påverkas av den verksamhet som ligger till grund för att vattendraget har klassats som kraftigt modifierat. För alla övriga kvalitetsfaktorer, exempelvis näringsämnen och miljögifter, gäller samma krav som för naturliga vatten.

Om mark- och miljödomstolen i en prövning finner att utredningen i ett pågående ansökningsmål visar att det finns anledning att ifrågasätta den vattenkvalitet som anges i VISS, och skillnaden mellan den normgrundande och faktiska vattenkvaliteten har betydelse för mark- och miljödomstolens möjlighet att bestämma rimliga och ändamålsenliga miljökrav, ska mark- och miljödomstolen inhämta yttrande från vattenmyndigheten.

Den som bedriver en tillståndspliktig vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel ska se till att verksamheten har moderna miljövillkor. Det ska finnas en nationell plan för prövningar för moderna miljövillkor, vilken syftar till att skapa ett helhetsperspektiv i omprövningen. Förslag till planen tas fram av Havs- och vattenmyndigheten tillsammans med Statens energimyndighet och Affärsverket svenska kraftnät.

Vid omprövningen ska de bestämmelser och villkor beslutas för verksamheten, som behövs för att följa en miljökvalitetsnorm, eller någon annan bestämmelse som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen. Tillståndsmyndigheten ska återkalla tillståndet om en återkallelse är nödvändig för att följa en miljökvalitetsnorm eller annan bestämmelse som följer av EU-medlemsstaten *eller* om verksamhetsutövaren medger att tillståndet återkallas. Återkallas tillståndet ska tillståndsmyndigheten bestämma om utrivning. Planen är nu pausad, vilket innebär att tiden för när ansökan om prövning för moderna miljövillkor senast ska ges in har senarelagts med ett år. Detta gäller för samtliga prövningsgrupper där tiden för att ge in en ansökan ännu inte har passerats.

Miljöskada enligt miljöansvarsdirektivet omfattar skador som har betydande negativa effekter på det berörda vattnets ekologiska, men också kemiska eller kvantitativa status eller ekologiska potential. EU-domstolen har uttalat att miljöansvarsdirektivet kan bryta igenom nationella regler om tillstånds rättskraft, vad gäller skador på vatten i situationer när tillståndet är utfärdat före ramdirektivet för vatten antogs, samt när skadan har betydande negativa effekter på vattnets status. Enbart det faktum att skadan täcks av ett utfärdat tillstånd kan alltså inte ligga till grund för att avskriva ett ärende om tillsyn.

429 För en diskussion om gränsdragningen, se Josefsson (2018). The Environmental Liability Directive, the Water Framework Directive and the Definition of Water Damage. *Environmental Law Review* 20(3), s. 151–62.

Denna digitala version är nedladdad från lawpub.se

Den licens som tillämpas för de verk som finns på lawpub.se är Creative Commons CC BY-NC 4.0. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här:

<https://creativecommons.org/licenses/bync/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>