

# Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2016:3

[www.nordiskmiljoratt.se](http://www.nordiskmiljoratt.se)

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2016:3

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Gabriel Michanek

Webpage <http://www.nordiskmiljoratt.se/omtidskriften.asp> (which also includes writing instructions).

---

# Norm är norm – om flytande normprövning och implementeringen av ramdirektivet för vatten

Christina Olsen Lundh

## Abstract

In this article, the Land and Environmental Court of Appeal's judgment in Case M 6574-15 (*Näckån*), is analyzed with respect to whether or not a standards review was undertaken concerning Swedish environmental quality standards (eqs). The conclusion in this part indicates that the relevant Swedish eqs was set aside without a legal basis. As a result of this conclusion the same case is discussed with respect to the opportunities (and obligations) that follow from EU law. Would it, in the light of the European Court of Justice's (ECJ) rulings in cases C-461/13 (*Weser*) and C-346/14 (*Schwarze Sulm*) be possible to apply the exemptions in article 4.7 of the Water Framework Directive (Directive 2000/60/EC, WFD) in a Swedish assessment concerning permit to a water operation? The overall conclusion is that Swedish law currently does not regulate all aspects required by the WFD according to the ECJ ruling in *Weser*; neither is there a clear legal basis to prohibit certain activities nor a clear legal basis to apply the exemptions found in the WFD in a national court.

## Inledning

Två domar från EU-domstolen har under det senaste året skapat viss uppmärksamhet när det gäller ramdirektivet för vatten<sup>1</sup> (Water Framework Directive, WFD), nämligen *Weserdomen*<sup>2</sup> (rörande medlemsstaternas skyldighet att inte lämna tillstånd till vissa projekt under vissa

omständigheter) och *Schwarze Sulm-domen*<sup>3</sup> (rörande möjligheten i artikel 4.7 WFD att göra undantag från den i *Weserdomen* fastslagna skyldigheten).

I två mål härefter, *Värö*<sup>4</sup> och *Näckån*<sup>5</sup> konstaterade Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) att EU-domstolen, i och med dessa domar, uttalat hur vissa frågor rörande WFD ska tolkas. I båda målen ger MÖD uttryck för uppfattningen att 2 kap. miljöbalken ger utrymme för tolkningar som är förenliga med kraven i WFD och dess förtydligande genom de två nämnda domarna samt att anledning att begära förhandsbesked därför saknas.

I *Näckån* lämnade MÖD sedermera tillstånd till ett småskaligt kraftverk. Detta sedan MÖD konstaterat att gällande miljö kvalitetsnorm för vattenförekomsten, god ekologisk status, sannolikt inte kommer att kunna uppnås till år 2021, att det tidigare beslutade och nu föreslagna målet (som alltså inte är ett mål, utan en miljö kvalitetsnorm [min anmärkning]) för vattenförvaltningen starkt måste ifrågasättas och slutligen, att den sökta verksamheten, med dessa utgångspunkter, inte äventyrar uppnåendet av målet för vattenförvaltningen.

Två veckor senare<sup>6</sup> mottog Sverige en tredje formell underrättelse från Kommissionen som

---

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

<sup>2</sup> EU-domstolens dom av den 1 juli 2015 i mål C-461/13.

---

<sup>3</sup> EU-domstolens dom av den 4 maj 2016 i mål C-346/14.

<sup>4</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom av den 30 augusti 2016 i mål M 8994-15.

<sup>5</sup> Mark- och miljööverdomstolens dom av den 15 september 2016 i mål M 6574-15.

<sup>6</sup> Den 29 september 2016.

kritiserade Sverige, för att inte ha implementerat WFD på ett korrekt sätt, bl.a. med avseende på ekologiska miljö kvalitetsnormer och direktivets undantag i artikel 4.7.<sup>7</sup> Det ska poängteras att MÖD:s dom i *Näckån* överhuvudtaget inte nämns i den formella underrättelsen.

Mitt syfte är inledningsvis att analysera MÖD:s dom i målet om vattenkraftverket i Näckån med avseende på hanteringen av gällande miljö kvalitetsnorm, men också utifrån de möjligheter (och skyldigheter) som finns när det gäller unionsrättens genomslag i nationell rätt. Skulle situationen kunnat hanteras på ett annat sätt? Är det överhuvudtaget möjligt för en svensk prövningsmyndighet att tillämpa undantagen?

### Näckån i MÖD

I målet ansökte ett bolag om tillstånd att bygga ett småskaligt kraftverk (som skulle kunna tillgodose ett elbehov för cirka 600 hushåll) med en installerad effekt om knappt 0,7 MW i Näckån. MÖD beskrev utgångspunkterna för prövningen i huvudsak enligt följande.

Det handlar om ett litet vattendrag med en sträcka som lämpar sig ovanligt väl för kraftutvinning. Fallhöjden är 200 meter på en sträcka om ca 1,8 km. Det finns naturliga definitiva och partiella vandringshinder. Uppströms Näckån finns en tillståndsgiven damm, vid Näcksjön, som innebär en jämn minimitappning om 120 l/s i Näckån. Detta för att motverka översvämning i Sysselebackes samhälle. Näckån är inte klassad som ett kraftigt modifierat vattendrag. I förvaltningsplanen har det inte klargjorts om översvämningsskyddet för Sysseleback ska vidmakthållas eller om det ska överges och vattendraget på sikt återgå till sitt naturliga förhållande. Ambitionen att skydda Sysseleback mot översvämning har inte varit föremål för någon närmare

analys inom ramen för förvaltningsplanens upprättande eller i samband med klassningen av vattenförekomsten. Gällande miljö kvalitetsnorm är från 2009 och innebär *god ekologisk status 2015*. Förslaget som skulle ha antagits 2015 är *god ekologisk status senast den 22 december 2021*. Näckåns status klassades 2009 som god. Enligt arbetsmaterialet i VISS är statusen måttlig, baserat på bottenfaunaundersökningar som visar på en försurningspåverkan. De hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna konnektivitet och hydrologisk regim visar att förutsättningarna för att uppnå god ekologisk status saknas. Det är också dessa hydromorfologiska kvalitetsfaktorer som skulle påverkas mest av en etablering av ett vattenkraftverk i Näckån.

### Negativ påverkan på miljö kvalitetsnormer

Härefter behandlade MÖD frågan om en utbyggnad av ett kraftverk som enligt ansökan skulle medföra negativ påverkan på miljö kvalitetsnormer enligt WFD så som detta tolkats av EU-domstolen i *Weserdomen*. Därför först några ord om *Weserdomen*.<sup>8</sup>

Målet, som kom till EU-domstolen som ett förhandsavgörande<sup>9</sup>, rörde i den nationella domstolen (Tyskland) ett projekt som avsåg utbyggnaden av floden *Weser*, som är en federal vattendrag, och som syftade till att göra segelrännorna i flodens olika delar djupare. Flodbotten i segelrännorna skulle därför muddras. Frågorna som

<sup>8</sup> *Weserdomen* har analyserats bl.a. av Bjällås, Fröberg och Sundelin (2015) *Hur ska EU-domstolens dom i mål C-461/13 (Weserdomen) tolkas och vad får den för betydelse?* Michanek; *Tillstånd får inte ges om aktuell ytvattenstatus försämras eller uppnåendet av god ytvattenstatus äventyras – analys av EU-domstolens förhandsavgörande C-461/13* Expertkommentar i JP Infonet (2015-11-23) och Olsen Lundh (2016), *Panta rei – om miljö kvalitetskrav och miljö kvalitetsnormer*.

<sup>9</sup> Begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Bundesverwaltungsgericht (Tyskland) genom beslut av den 11 juli 2013, som inkom till domstolen den 22 augusti 2013.

<sup>7</sup> Kompletterande formell underrättelse – Överträdelse-nummer 2007/2239 av den 30 september 2016.



den tyska domstolen ställde till EU-domstolen gällde

- dels tolkningen av WFD:s artikel 4.1 a i; huruvida medlemsstaterna är skyldiga att avslå ansökan om tillstånd till ett projekt, om projektet kan orsaka en försämring av statusen hos en ytvattenförekomst, eller om bestämmelsen enbart utgör ett mål för förvaltningsplaneringen,
- dels om begreppet 'försämring av statusen' i artikel 4.1 a i WFD ska tolkas så, att det bara omfattar sådana negativa förändringar som leder till klassificering i en lägre klass enligt bilaga V i direktivet och om inte;
- under vilka förutsättningar som det föreligger en 'försämring av statusen' i direktivets mening,
- dels huruvida artikel 4.1 a ii och iii WFD ska tolkas så, att medlemsstaterna är skyldiga att avslå en ansökan om tillstånd till ett projekt, om projektet äventyrar uppnåendet av en god status hos en ytvattenförekomst eller om bestämmelsen enbart utgör ett mål för förvaltningsplaneringen.

EU-domstolens dom innebär, i korthet, att domstolen slog fast att medlemsstaterna är skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt när projektet kan orsaka en försämring av en ytvattenförekomsts status eller när projektet äventyrar uppnåendet av en god status hos en ytvattenförekomst vid den tidpunkt som anges i direktivet. EU-domstolen preciserade också begreppet "försämring av statusen" hos en ytvattenförekomst och uttalade att det föreligger en försämring så snart statusen hos minst en av kvalitetsfaktorerna blir försämrade med en klass, även om denna försämring inte leder till en försämring av klassificeringen av ytvattenförekomsten som helhet.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> C-461/13. EU-domstolen uttalade bl.a. följande. Artikel 4.1 a i–iii i direktiv 2000/60 ska tolkas så, att medlemsstaterna – med förbehåll för att undantag kan beviljas – är skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt när projektet kan

Det innebär att såväl ett projekts inverkan på icke-försämringskravet som dess äventyrande av uppnåendet av en god status ska prövas.

### Prövning på kvalitetsfaktornivå

När MÖD i målet om Näckån behandlade frågan huruvida projektet skulle kunna medföra en försämring gjorde domstolen en mycket noggrann prövning som utgick från vad som slagits fast i Weserdomen, nämligen att prövningen i relevanta delar ska ske på kvalitetsfaktornivå för att kunna bedöma om icke-försämringskravet är uppfyllt. Detta eftersom EU-domstolen i *Weser* klargjort att *status quo-teorin* som huvudregel ska användas på kvalitetsfaktornivå och undantagsvis, om en kvalitetsfaktor redan befinner sig i den lägsta klassen, på parameternivå.<sup>11</sup> MÖD

---

*orsaka en försämring av en ytvattenförekomsts status eller när projektet äventyrar uppnåendet av en god status hos en ytvattenförekomst eller en god ekologisk potential och en god kemisk status hos en ytvattenförekomst vid den tidpunkt som anges i direktivet (p. 51) samt att*

*Begreppet "försämring av statusen" hos en ytvattenförekomst, vilket återfinns i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60, ska tolkas så, att det föreligger en försämring så snart statusen hos minst en av kvalitetsfaktorerna enligt bilaga V i direktivet blir försämrade med en klass, även om denna försämring inte leder till en försämring av klassificeringen av ytvattenförekomsten som helhet. Om den aktuella kvalitetsfaktorn enligt nämnda bilaga däremot redan befinner sig i den lägsta klassen ska varje försämring av denna kvalitetsfaktor anses innebära en "försämring av statusen" hos en ytvattenförekomst, i den mening som avses i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60. (p. 70)*

<sup>11</sup> Generaladvokat Jääskinen skiljer i sitt förslag till avgörande i Wesermålet mellan den s.k. *klassteorin*, d.v.s. att begreppet försämring avser en klassificering i en lägre statusklass och *status quo-teorin*, d.v.s. att begreppet försämring avser varje modifiering av vattenmassornas status. Jääskinen pekar på att ett godtagande av *klassteorin* riskerar att utesluta vattenförekomsterna i den lägsta klassen från tillämpningsområdet för förbudet mot försämring och försvaga skyddet för de vattenförekomster som omfattas av de högre klasserna. Jääskinen drar slutsatsen att om "försämring" bedöms ur ett klassperspektiv, kommer otaliga modifieringar av kvalitetsfaktorernas status att uteslutas från WFD:s tillämpningsområde vilket i sin tur skulle äventyra genomförandet av direktivets mål. Jääskinen konstaterar vidare att om begreppet försämring tolkas i förhållande till en kvalitetsfaktor eller

konstaterade härvid att medan kvalitetsfaktorerna "konnektivitet" och "hydrologisk regim" ska bedömas utifrån principen *one out – all out* så ska kvalitetsfaktorn "morfologiskt tillstånd" bedömas utifrån ett medelvärde av ingående parametrar. MÖD ansåg att även om det senaste arbetsmaterialet i VISS, som baseras på en utredning under 2014, inte är antaget så måste bedömningen ske utifrån detta eftersom det är helt nya parametrar som ingår jämfört med föregående vattenförvaltningscykel (2009–2015).

MÖD inleder prövningen med de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna eftersom det är de som påverkas mest vid en etablering av ett vattenkraftverk. Dessa kvalitetsfaktorer är "kon-

nektivitet" (med parametrarna *konnektivitet i uppströms och nedströms riktning* samt *konnektivitet i sidled*), "hydrologisk regim" (med parametrarna *specifik flödesenergi, volymavvikelse, flödets förändringstakt* och *vattenståndets förändringstakt*) samt "morfologiskt tillstånd" (som bedöms utifrån ett genomsnitt av ingående parametrar). MÖD:s prövning är mycket grundlig och varje kvalitetsfaktor beaktas, vid behov ned på parameternivå.

Nedan redovisas MÖD:s utgångspunkter med avseende på klassning och miljökvalitetsnorm schematiskt i fig 1. I följande fig. 2 presenteras resultatet av MÖD:s bedömningar, schematiskt.

| Statusbedömning (klassning)   | Kommentar (MÖD)   | MKN  |
|---|---|--|
| 2009: <b>God</b>  |   | 2009: <b>God ekologisk status 2015</b>                     |
| VISS <sub>arbetsmaterial</sub> : <b>måttlig</b>   |   | 2015 <sub>förslag</sub> : <b>God ekologisk status 2021</b> |
| Bottenfaunaundersökningar: Försurningspåverkan.   |   |  |
| Hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna konnektivitet och hydromorfologisk regim visar att förutsättningarna för att uppnå god status saknas. | Det är dessa kvalitetsfaktorer som skulle påverkas mest av en etablering av ett vattenkraftverk i Näckån. |  |

Fig 1. MÖD:s utgångspunkter med avseende på klassning och miljökvalitetsnorm (MKN).

ett ämne, så bevarar försämringsförbudet hela sin ändamålsenliga verkan, eftersom det omfattar varje förändring som skulle kunna äventyra genomförandet av det huvudsakliga målet med ramdirektivet. (Förslag till avgörande av generaladvokaten Jääskinen, föredraget den 23 oktober 2014 i mål C-461/13, punkterna 90, 100–103 och 105). EU-domstolens dom i målet innebar sedermera genom den citerade p. 70 (noten 10, ovan) ett ställningsstagande för detta.

| Kvalitetsfaktor<br><i>Parameter</i>  | Klassning<br>(nuvarande status):                               | Kommentar/<br>bedömning<br>(MÖD)   | Befarad påverkan från<br>sökt verksamhet  | Kommentar/bedömning<br>(MÖD)  |
|--|--|--|---|---|
| <b>Konnektivitet</b>   | <b>VISS: måttlig</b>   |  |   | Försämring av kvalitetsfaktorn konnektivitet förväntas inte.  |
| <i>Konnektivitet i uppströms riktning och nedströms riktning</i><br>(Bedöms i procent av vandringsbenägna fiskarter som saknas i vattendraget) | Måttlig (d.v.s. 25–65 % av vandringsbenägna fiskarter saknas). | Dammen vid Näcksjön har ett finmaskigt galler; påfyllnad av fisk från sjön inte är möjlig. Nedströmsvandring av fisk från Näckågrenen antagligen begränsad. För de nedre delarna av ån är troligen genetiskt material från Råbäcken viktigare. | Ny intagsdam: definitivt vandringshinder. Sträckan intagsdammen – översta naturliga vandringshindret riskerar att påverkas betydligt. Tillkommande sträcka där fisk inte kan vandra uppströms: ca 5 % av vattenförekomstens längd (350 m av 7 km). Nedströms: visst hinder för spridning av genetiskt material, kan påverka arter i ån. | Kan inte se att procentsatsen skulle ändras för vattenförekomsten i sin helhet och någon försämring kan därmed inte förväntas.  |
| <i>Konnektivitet i sidled</i>  | <b>Inte klassad</b>  | Av mindre vikt för en brant forsande mindre bäck som Näckån. Ges samma status som konnektivitet i uppströms och nedströms riktning   |   |   |
| <b>Hydrologisk regim</b>   | <b>VISS: otillfredsställande</b>                               |  |   | Försämras ej med en klass, under förutsättning att minimitappningen sätts högre än 10 l/s. Frågan om hur flödet ska varieras regleras i villkor.  |
| <i>Specifik flödesenergi</i>   | <b>god</b>   |  | <i>Sträckan intag – utlopp:</i> Vattenavledning till kraftverket reducerar flödet väsentligt → reducerar flödesenergin. <i>Indämd sträcka uppströms intagsdammen:</i> vattenytans lutning minskar flödesenergin reduceras. <i>Uppströms intagets indämning och nedströms kraftstationsutloppet:</i> flödesenergin påverkas ej.          | Sammantaget: <b>troligt att parametern kommer att försämras med en klass</b> , vilket skulle ge klassen måttlig. Försämrar dock ej kvalitetsfaktorn hydrologisk regim som har otillfredsställande status. |

| Kvalitetsfaktor<br><i>Parameter</i>  | Klassning<br>(nuvarande status): | Kommentar/<br>bedömning<br>(MÖD)   | Befarad påverkan från<br>sökta verksamhet  | Kommentar/bedömning<br>(MÖD)   |
|--|----------------------------------|--|--|--|
| <i>Volymavvikelse</i><br>(beräknas som ett genomsnitt för hela vattenförekomstens längd) | <b>Otillfredsställande</b>       | Enligt Ist: beräkningar visar att nuv. klassning är felaktig. <b>Ska troligen ändras till måttlig, eventuellt på gränsen till god.</b> (Avvikelse mellan 15 till 50 % från naturliga förhållanden: måttlig avvikelse. Nuvarande avvikelse närmare 15 än 50 %. Antag att avvikelsen ligger mitt i; avvikelse med 32,5 %. <b>D.v.s Måttlig status.</b> | Vid oförändrad tappningsstrategi från Näcksjön: nuvarande volymavvikelse kvarstår uppströms intagsdammen och nedströms kraftstationsutloppet Sträckan mellan intagsdammen och kraftstationens utlopp påverkas. | Utbyggd sträcka; 26 % av vf:s längd. Total volymavvikelsen för vf: 47,5 % (0,26×90+0,74×32,5). Underlaget behäftat med relativt stora osäkerheter. Totala avvikelsen bör snarare bli lägre än 47,5 % än högre. Även efter en utbyggnad: <b>måttlig status.</b> |
| <i>Flödets förändringstakt</i>   | <b>Otillfredsställande</b>       | Pga den höga och jämna minimitappningen vid nuvarande reglering.   | Utbyggnad med jämn minimitappning 10 l/s → försämras ytterligare. Höjning av minimitappning samt variation av flödet → försämring kan förhindras.  | Utbyggnad med jämn minimitappning 10 l/s → <b>försämras</b><br>Höjning av minimitappning+ variation av flödet → <b>försämring kan förhindras.</b>  |
| <i>Vattenståndets förändringstakt</i>  | <b>Inte klassat</b>              | Kan ej bedömas   | Sannolikt av underordnad betydelse i förhållande till flödets förändringstakt i ett vattendrag med Näckåns karaktär.   | <b>Ingen förändring</b>  |

Fig 2. MÖD:s bedömning av kvalitetsfaktorerna konnektivitet och hydromorfologisk regim sorterat på nuvarande status i vattenförekomsten (vf) och trolig förändring i status om den sökta verksamheten kommer till stånd. Figuren syftar till att visa MÖD:s tillvägagångssätt. Eftersom det är kvalitetsfaktorerna konnektivitet och hydromorfologisk regim som är kritiska för MÖD:s bedömning redovisar jag endast dessa här.



Vad gäller kvalitetsfaktorn "morfologiskt tillstånd", som i dagsläget har god status, gjorde MÖD bedömningen att den sökta utbyggnadens påverkan är så liten, sett till hela vattenförekomsten, att påverkan på "morfologiskt tillstånd" är i det närmaste försumbar. Härefter går MÖD över till att även pröva de fysikalisk-kemiska kvalitetsfaktorerna (där endast parametern försurning är klassificerad för Näckån och har statusen otillfredsställande) samt de biologiska kvalitetsfaktorerna (där endast bottenfauna och fisk är klassificerade för Näckån). Statusen är måttlig på grund av att kvalitetsfaktorn bottenfauna har måttlig status, men kvalitetsfaktorn fisk uppvisar god status.

### Utredningar till grund för prövningen

Det som inledningsvis kan konstateras, när det gäller MÖD:s bedömning av vattenförekomstens nuvarande status på kvalitetsfaktornivå, är att MÖD utgår från vad som framgår av VISS och då det senast framtagna arbetsmaterialet, oaktat om detta är formellt antaget eller ej. En utgångspunkt som är mycket rimlig mot bakgrund av EU-domstolens uttalande i Weserdomen; att begreppet "försämring av statusen" är ett begrepp med allmän räckvidd.<sup>12</sup> EU-domstolen hänvisar härvid till generaladvokat Jääskinens förslag till avgörande. Här förklarar han hur klassificeringssystemet kan betraktas och att klasserna endast är ett verktyg som begränsar medlemsstaternas mycket detaljerade handlande som består i att fastställa de kvalitetsfaktorer som återspeglar en viss vattenförekomsts *reella status* [min kursivering]. Således anser Jääskininen att det bland annat är av detta skäl som artikel 4.1 a i) i WFD inte hänvisar till bilaga V till detta direktiv, "eftersom begreppet försämring, ett klassiskt begrepp inom vattenrätten, är ett begrepp med en global räckvidd inom

detta område som överskrider den tekniska karaktären i ramdirektivet".<sup>13</sup>

Vidare beaktar MÖD i målet återopade utredningar, framtagna av länsstyrelsen eller SMHI, som visar att nuvarande status avviker från klassningen. Att en domstol beaktar andra utredningar som visar annan status än vad som framgår av VISS är även det fullt rimligt, även om det är vattenmyndigheten som utifrån Naturvårdsverkets respektive Hav- och vattenmyndighetens (HaV:s) föreskrifter, ska klassificera ytvattenförekomsternas ekologiska status eller potential och deras kemiska ytvattenstatus.<sup>14</sup>

MÖD:s granskning av faktorer och parametrar med avseende på försämringsförbudet är i princip nödvändig att företa om det ska vara möjligt att följa Weseravgörandet. I och med att granskningen är nödvändig skulle det bli orimligt om en statusklassificering enligt VISS inte kunde ifrågasättas på det sätt som MÖD gör, t.ex. beträffande parametern *volymavvikelse* för kvalitetsfaktorn "hydrologisk regim", se fig. 2.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Generaladvokat Jääskinenes förslag till avgörande i mål C-461/13, punkten 99.

<sup>14</sup> Klassificeringen i första förvaltningscykeln skedde utifrån NFS 2008:1. Dessa har nu ersatts av HVMFS 2013:19, Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter om klassificering och miljö kvalitetsnormer avseende ytvatten, som sedermera ändrats genom HVMFS 2015:4.

<sup>15</sup> Det är emellertid möjligt att EU-domstolen skulle komma fram till något annat om frågan ställdes på sin spets. Medan generaladvokaten Julianne Kokott i sitt förslag till avgörande i *Schwarze Sulm* anför att en korrigering av ett fel i förvaltningsplanen måste vara möjlig eftersom det knappast kan krävas att beslut ska fattas på grundval av bevisligen felaktiga uppgifter endast för att dessa uppgifter utgör en del av förvaltningsplanen (generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-346/14, föredraget den 3 september 2015, punkterna 52–58) så menade kommissionen att en ny bedömning av vattenstatusen endast är tillåten i samband med en uppdatering av förvaltningsplanen, vilken ska genomföras minst vart sjätte år. Domstolen tog inte ställning till frågan. Den konstaterade endast att Österrike inte hänvisat till 2013 års beslut för att bestrida en försämring samt att 2013 års beslut inte var föremål för prövning och inte heller bestritt att det i förevarande mål finns anledning

<sup>12</sup> Mål C-461/13, p. 61.

Klassgränserna för olika kvalitetsfaktorer och för faktorerna styrande parametrar anges i HaV:s föreskrifter. I den mån en avvikelse görs från vad som framgår av VISS är det rimligt att avvikelserna grundas i en utredning som gjorts i enlighet med HaV:s föreskrifter och bedömningsgrunderna i dessa.<sup>16</sup> I *Näckån* var det länsstyrelsen som med framgång gjorde gällande att en parameter var felaktig. Motsvarande borde vara möjligt för en verksamhetsutövare, såvitt denne presenterar en utredning som är mer tillförlitlig än den som grundar klassificeringen i VISS. Bedömningen av huruvida klassningen i VISS ska ersättas med en annan klassning måste i slutändan göras av prövningsmyndigheten. Utrymmet bör, menar jag, anses större då klassningen i VISS är osäker.<sup>17</sup> Detta eftersom det handlar om att återspegla vattenförekomstens reella status (jfr Jääskinens uttalande). För att åsidosätta klassningen i VISS är det emellertid befogat att kräva att utredningen är baserad på föreskrifterna.<sup>18</sup>

att beakta vattenstatusen i Schwarze Sulm såsom denna bedömts i 2007 års beslut. Därmed ansåg domstolen att det saknades anledning att beakta 2013-års beslut.

<sup>16</sup> Även om det av 1 § HVMFS 2013:19 framgår att föreskrifterna ska tillämpas då *vattenmyndigheten* klassificerar vattenförekomster och fastställer miljökvalitetsnormer för dessa enligt 4 kap. 1, 2, 4, 6 och 6 a §§ förordningen (2004:660) om förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön och bilaga V till WFD, så bör formuleringen inte tolkas restriktivt på så sätt att föreskrifterna inte kan användas i andra sammanhang och av andra än vattenmyndigheten.

<sup>17</sup> Enligt 9 § HVMFS 2013:19 ska en bedömning av rimlighet och osäkerhet vid klassificeringen genomföras och tillförlitligheten ska beskrivas. Om resultatet av bedömningen enligt första stycket ger anledning att anta att klassificeringen för en parameter inte är rimlig eller har stor osäkerhet ska orsakerna till detta utredas. Genomförandet och resultatet av utredningen ska dokumenteras.

<sup>18</sup> Detta är något som Julianne Kokott påpekar i sitt förslag till avgörande i samband med att hon diskuterar kommissionens negativa inställning till ändringar relativt förvaltningsplanen. Hon konstaterar att även tillämpningen av förbudet mot försämring i regel ska fastställas på grundval av den information som är dokumenterad i förvaltningsplanen och att informationen i förvaltningsplanen, enligt bilaga VII A.4 i ramdirektivet, ska omfatta resultaten från övervakningsprogrammen

Åsidosättande kan därtill, rimligen, i så fall endast ske i det enskilda fallet och föranleder inte någon ändring i VISS med mindre vattenmyndigheten anser att en sådan ska göras.<sup>19</sup>

### Slutsatser om MÖD:s prövning av försämringsförbudet

Den sammanfattande slutsatsen som kan dras av MÖD:s prövning av försämringsförbudet är att domstolen prövat projektets inverkan noggrant utifrån Weserdomens förtydligande och att den härvid också betraktat begreppet "försämring av statusen" som ett begrepp med allmän räckvidd – vilket också öppnar upp för utredning som kompletterar uppgifterna om aktuell status i VISS. Därtill utgör domskälen en utmärkt systematik över hur prövningen av Weserkriterierna kan låta sig göras.

enligt artikel 8 och bilaga V i form av en karta vad gäller statusen. Härefter godtar hon kommissionens slutsats att ny bedömning av vattenstatusen endast är tillåten i samband med en uppdatering av förvaltningsplanen – såvitt en ny bedömning grundas på *nya* bedömningskriterier eftersom bedömningskriterierna ska tillämpas på alla vatten på vilka planen är tillämplig för att en konsekvent förvaltning ska kunna säkerställas (generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-346/14, föredraget den 3 september 2015, punkterna 46–50).

<sup>19</sup> Enligt 15 § HVMFS 2013:19 ska det för varje ytvattenförekomst i databasen VISS, eller motsvarande, redovisas hur klassificeringen har utförts samt resultatet av denna. Redovisning ska ske särskilt för: – referensvärden och klassgränser i de fall dessa har justerats enligt 2 kap. 10–12 §§ (10 § handlar om huruvida sura förhållanden beror på naturlig surhet eller mänskligt orsakad försurning, 11 § handlar om naturlig näringsrikedom och 12 § om naturliga hydromorfologiska förhållanden) – motiv, genomförande och resultat av expertbedömning enligt 2 kap. 13 och 14 §§. Dessutom ska information om det underlag som har använts vid klassificeringen dokumenteras för respektive klassificerad kvalitetsfaktor. Detta, jämte vad som framgår av not 18, kan likväl användas för att argumentera för att åsidosättande endast kan ske i fall då vattenmyndigheten förutskickar att en ändring avses; det kan då betraktas som en korrigerande (jfr generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-346/14, föredraget den 3 september 2015, punkten 52).

### Om en försämring hade förelegat

Svaret på frågan, vad som skulle hänt för det fall MÖD:s granskning mynnat ut i att försämring enligt Weserkriterierna faktiskt förelegat är dock ännu oviss. Mot bakgrund av vad MÖD inledningsvis anförde om att en direktivskonform tolkning av 2 kap miljöbalken ger utrymme för tolkningar som är förenliga med kraven i WFD och dess förtydligande genom *Weser* och *Schwarze Sulm* är det rimligt att anta att det är en prövning enligt t.ex. 2 kap. 6 § första stycket miljöbalken som MÖD avser; lokaliseringen är inte lämplig om det sökta projektet kan orsaka en försämring av en ytvattenförekomsts status.

Enligt 2 kap. 7 § första stycket miljöbalken ska emellertid en rimlighetsavvägning göras, där nyttan av skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått ska vägas mot kostnaderna för dessa. Kraven gäller så långt åtgärderna inte kan anses orimliga att uppfylla. Strängare krav kan dock ställas om det behövs för att följa en miljökvalitetsnorm enligt 5 kap. 2 § första stycket 1 miljöbalken som avser miljökvalitetsnormer som är s.k. gränsvärdesnormer. Om det är 7 § första eller andra stycket som ska tillämpas beror alltså av om det är en gränsvärdesnorm eller inte. Av 4 kap. 8 b § VFF framgår att endast kvalitetskrav som avser kemisk ytvattenstatus är gränsvärdesnormer. De ekologiska kvalitetskraven är s.k. EU-normer (antagna med stöd av 5 kap. 2 § första stycket 4 miljöbalken). En direktiv(- och *Weser*) konform tolkning av rimlighetsavvägningen innebär då, anser jag, att det är svårt, för att inte säga omöjligt, att komma fram till att tillstånd kan ges om det gäller försämring. Detta eftersom det, i ljuset av *Weser*-domen, helt enkelt blir en så olämplig lokalisering av projektet att det inte kan tillåtas. Det ska här noteras att direktivet är skarpare formulerat beträffande försämringsförbudet (alla åtgärder som är nödvändiga ska ge-

nomföras<sup>20</sup>) än beträffande kravet att uppnå god status (sedvanlig direktivimplementering; "alla lämpliga åtgärder" ska vidtas<sup>21</sup>). Någon rimlighetsavvägning kan därför inte låta sig göras om det är fråga om en försämring. Det kan i sin tur innebära att prövningsmyndigheten kan behöva åsidosätta 2 kap. 7 § första stycket, i enlighet med principen om gemenskapsrättens obetingade företräde framför nationell lag.<sup>22</sup> Innebörden av principen utvecklas nedan, i stycket om "Skälen för ändringarna måste anges och förklaras i förvaltningsplanen".<sup>23</sup>

Situationen, att en försämring föreligger, återstår emellertid för rättspraxis att hantera.

### Huruvida uppnåendet av god status äventyras

Därefter behandlade MÖD frågan om projektet skulle kunna äventyra uppnåendet av god status för vattenförekomsten. MÖD konstaterar att den av vattenmyndigheten föreskrivna, gällande miljökvalitetsnormen, god ekologisk sta-

<sup>20</sup> WFD, art. 4.1 i).

<sup>21</sup> WFD art. 4.1 ii) anger det resultat som ska uppnås. FEUF artikel 288 anger att direktiv, med avseende på resultat som ska uppnås är bindande för medlemsstaterna och FEU, artikel 4.3 anger nivån för medlemsstaternas skyldigheter beträffande att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter, nämligen vidta alla lämpliga åtgärder.

<sup>22</sup> Se t.ex. mål 6/64 *Costa/ENEL*, mål 106/77 *Simmenthal II*, p. 21 och mål C-432/05 *Unibet*, jfr NJA 2007 s. 718.

<sup>23</sup> Se dock Michanek som menar att samma situation kan lösas genom att *Weser*-domens precisering (av artikel 4.1 a i) WFD innebär att artikeln bör anses ha direkt effekt. Det innebär i sin tur, enligt Michanek, att ekologiska miljökvalitetsnormer bör ses som gränsvärden vid en eventuell fördragsenlig tolkning av 2 kap. 7 § andra och tredje stycket. (Michanek (2015); *Tillstånd får inte ges om aktuell ytvattenstatus försämras eller uppnåendet av god ytvattenstatus äventyras – analys av EU-domstolens förhandsavgörande C-461/13* Expertkommentar i JP Infonet (2015-11-23)). Följden blir alltså i princip densamma (avvägning enligt första stycket ska ej göras) – men genom Michaneks tolkning blir 2 kap. 7 § tredje stycket tillämplig. Enligt min mening är det dock inte möjligt att ge direktivet direkt effekt i dessa avseenden eftersom vertikal direkt effekt endast är möjligt gentemot staten, inte när staten ställer krav på enskilda.



tus, inte har uppnåtts till år 2015 och inte heller kan uppnås till år 2021, som är föreslaget enligt arbetsmaterialet i VISS. Detta beror på den nuvarande regleringen av Näcksjön, med tappningsföreskrifter som kraftigt avviker från det naturliga flödet. Hur målet ska nås är ej redovisat i förvaltningsplanen. Vidare påpekar MÖD att det framgår av tillståndsdomen från 1999 att det nuvarande syftet med dammen vid Näcksjön är översvämningsskydd och att de nu gällande vattenhushållningsbestämmelserna meddelades utifrån dammens syfte som skydd mot översvämning i Sysseleback.

Härefter tar en diskussion om undantagen i artikel 4.7 WFD i ljuset av Schwarze Sulm-domen vid. Därför kort några ord om *Schwarze Sulm*.

### Schwarze Sulm

I målet vid EU-domstolen (där fråga var om en fördragsbrottstalan<sup>24</sup>) hade kommissionen stämt Österrike och anförde att Österrike, genom att ge tillstånd till byggnationen av ett vattenkraftverk i Schwarze Sulm, åsidosatt skyldigheten att genomföra alla åtgärder som är nödvändiga för att förebygga en försämring av statusen i alla ytvattenförekomster eftersom Österrike, enligt kommissionen, varken undersökt undantagets tillämplighet på ett ändamålsenligt sätt eller angett tillräckliga skäl för att motivera ett undantag. EU-domstolen ansåg att guvernören i Steiermark (som gett tillståndet) hade beaktat samtliga villkor i artikel 4.7 i direktivet och därför haft fog för att anse att villkoren uppfyllts. Enligt domstolen hade kommissionen inte kunnat bevisa det påstådda fördragsbrottet och talan ogillades.<sup>25</sup> Det som kan utläsas ur Schwarze

Sulm-domen är troligen (vad utgången blivit om kommissionen förebragt annan bevisning är oklart) att tillståndsmyndigheten måste beakta och göra avvägningar i det konkreta fallet kring

försämra statusen eller äventyra uppnåendet av en god status övervägde den huruvida undantaget i artikel 4.7 i EFD var tillämpligt. För att kunna tillåtas måste villkoren i direktivets artikel 4.7 a–d vara uppfyllda (domstolen hänvisar här till avgörandet i mål C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias* m.fl., punkterna 67 och 69). Kommissionen påstod att Österrike endast generellt hävdade att produktionen av förnybar energi svarar mot ett allmänintresse av större vikt. Domstolen pekade på att Österrike i beslutet anger en detaljerad lista över skäl till det projektet, projektets konsekvenser för miljön och projektets påstådda fördelar. Domstolen uttalar vidare att medlemsstaterna har getts ett visst utrymme för eget skön när de ska avgöra om ett särskilt projekt omfattas av ett sådant intresse. Enligt domstolen har Österrike haft fog för att anse att projektet omfattas av ett allmänintresse av större vikt.

Sammanfattningsvis menade domstolen att guvernören inte begränsat sig till att endast abstrakt åberopa det allmänintresse av större vikt som produktionen av förnybar energi har, utan guvernören har utgått från en detaljerad och särskilt vetenskaplig analys av det specifika projektet. Denna analys hade sedan, enligt domstolen, legat till grund för guvernörens slutsats att villkoren för undantag från försämringsförbudet var uppfyllda.

Slutligen konstaterade domstolen följande: *Av det ovanstående följer att guvernören i Steiermark – som uttalat sig på grundval av en studie från Institutet som kunde förse denne med relevanta uppgifter om det omtvistade projektets konsekvenser – har beaktat samtliga villkor i artikel 4.7 i direktiv 2000/60 och därför har haft fog för att anse att dessa villkor har uppfyllts* (p. 81).

Domstolen bemöter avslutningsvis kommissionens invändning om att vattenkraft enbart är en av flera förnybara energikällor och att den energi som produceras i det berörda vattenkraftverket enbart har en marginell inverkan på energiförsörjningen på såväl regional som nationell nivå och kommer slutligen fram till sin samlade bedömning i målet: *Kommissionen har emellertid inte kunnat bevisa det påstådda fördragsbrottet, eftersom den dels inte anförde några specifika anmärkningar som till exempel visar på vilket sätt den i punkt 75 ovan nämnda studien, vars slutsatser inkorporerats i 2007 års beslut, skulle vara ofullständig eller felaktig på grund av en otillräcklig analys av projektets ekologiska inverkan på ytvattenstatusen i Schwarze Sulm, eller på grund av brister i tillförlitligheten i utsikterna för vattenkraftproduktionen, dels inte gjort någon jämförelse mot bakgrund av vilken det skulle gå att fastställa att den planerade vattenkraftproduktionen var för liten i förhållande till storleken på det omtvistade projektet* (p. 82).

<sup>24</sup> Talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF, som väckts den 18 juli 2014.

<sup>25</sup> Mål C-346/14. Sedan EU-domstolen konstaterat att projektet kan medföra en försämring av ytvattenstatusen i Schwarze Sulm och att medlemsstaterna var skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt som var ägnat att

samtliga villkor i artikel 4.7 och att det inte räcker att abstrakt åberopa något i det allmänna fallet. Domstolen fann nämligen att guvernören inte begränsat sig till att endast abstrakt åberopa det allmänintresse av större vikt som produktionen av förnybar energi har, utan att guvernören utgått från en detaljerad och särskilt vetenskaplig analys av det specifika projektet. Denna analys hade sedan, enligt domstolen, legat till grund för guvernörens slutsats att villkoren för undantag från försämringsförbudet var uppfyllda.<sup>26</sup>

### **MÖD:s prövning av om god status äventyras**

MÖD noterar att om översvämningsskyddet vid Näcksjön alltjämt gör sig gällande, skulle en omprövning av Näcksjödammen kunna leda till att något undantag blir tillämpligt eller att ytvattenförekomsten definieras som kraftigt modifierat vatten. Det skulle innebära att god ekologisk status inte behöver nås för att uppfylla direktivets krav (jfr *Schwarze Sulm*). Härfter konstaterar MÖD att det är problematiskt att förvaltningsplanen för Näckån saknar ställningstagande till den långsiktiga vattenförvaltningen och hur behovet av översvämningsskydd för Syslebäck ska vägas mot den föreslagna miljökvalitetsnormen samt att den nu gällande vattendomen och den föreslagna miljökvalitetsnormen inte går ihop; om Näckån hade varit ett helt opåverkat vattendrag hade inte detta problem uppkommit. MÖD menar att förvaltningsplanen för Näckån bl.a. därför måste sägas vara starkt schablonartad och att slutsatsen från Weserdomen, att försämringar av status samt uppnåendet av god status ska bedömas på kvalitetsfaktornivå, bl.a. medför att det kan finnas större anledning att överväga behovet av undantag av olika slag samt klassning av vattenförekomster som kraftigt modifierade. Efter att ha diskuterat vattenmyndigheternas utrym-

me att överväga dylika frågor samt vattenmyndigheternas förfarande och tillgång på underlag i första förvaltningscykeln kommer MÖD fram till att i ett fall som Näckån, som i många avseenden är unikt, *får denna sammantagna bild betydelsen att det tidigare beslutade och nu föreslagna målet för vattenförvaltningen starkt måste ifrågasättas.*

Det är här värt att notera begrepps användningen. MÖD förhåller sig inte till den beslutade (och alltjämt gällande, om än ej uppnådda) miljökvalitetsnormen utan till den föreslagna. Den benämns emellertid inte miljökvalitetsnorm utan som "målet för vattenförvaltningen". Sedan MÖD ifrågasatt detta mål kommer domstolen fram till att

*"utgångspunkten vid prövningen av frågan om ett tillstånd till kraftverket skulle äventyra uppnåendet av målet med vattenförvaltningen är därför en fortsatt reglering till förmån för översvämningsskydd av Näckån. Det betyder att någon form av undantag och/eller att ytvattenförekomsten förklaras som en kraftigt modifierad ytvatten förekomst sannolikt kommer att behöva antas för vattenförekomsterna Näcksjön och Näckån. Vid en framtida omprövning av Näcksjödammen är det därmed betydligt mer sannolikt med någon form av miljöanpassning av flödet än en utrivning av dammen. Det måste således finnas utrymme för sådana framtida krav på modifieringar av tappningsstrategin i ett tillstånd till ny verksamhet i Näckån. Ett sådant krav på en mer miljöanpassad tappningsstrategi kan beaktas inom ramen för prövningen av hur stor förlust av vatten som en tillståndshavare är skyldig att avstå utan ersättning vid en framtida omprövning, se nedan."*

MÖD drar slutsatsen: *Med dessa utgångspunkter äventyrar inte den sökta verksamheten uppnåendet av målet för vattenförvaltningen.*

---

<sup>26</sup> Mål C-346/14, p. 80.



Utifrån MÖD:s ovan citerade resonemang är det inte svårt att förstå den bakomliggande tanken. Regleringen av Näcksjön måste rimligen finnas kvar i någon form, om än med andra villkor, såvida man inte bestämmer sig för att Syslebäck ska översvämmas. Vägen till slutsatsen är emellertid väldigt intressant – och frågan är om den verkligen håller, som rättslig väg räknat.

### Vad MÖD egentligen gjorde eller inte gjorde

Till att börja med kan det konstateras att det är uppenbart att MÖD varken avsett att företa eller har företagit någon form av normprövning.<sup>27</sup> Inte heller är det fråga om en nationell bestämmelse som strider mot EU-rätten och som ska åsidosättas enligt principen om gemenskapsrättens företräde. Av domskälen såvitt avser behovet av förhandsbesked, framgår emellertid, som nämnts ovan, att MÖD anser att 2 kap. miljöbalken ger utrymme för tolkningar som är förenliga med kraven i WFD och dess förtydligande genom de två nämnda domarna. Frågan är om MÖD menar att vald rättslig väg innefattar en s.k. direktivskonform tolkning (utan att i detta läge gå in på vilken regel som tolkats konformt med vilken bestämmelse i direktivet).

Det framgår nämligen tydligt av Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF) artikel 288, att direktiv är bindande för medlemsstaterna med avseende på resultatet. Det i sin tur betyder att alla myndigheter i medlemsstaterna, även domstolarna (inom ramen för deras behörighet), är förpliktade<sup>28</sup> att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att skyldigheten att implementera di-

rektiv fullgörs. Vid tillämpningen av nationell rätt är nationella myndigheter skyldiga att *i den utsträckning det är möjligt* tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så, att det resultat som avses i direktivet uppnås.<sup>29</sup> Kravet på direktivskonform tolkning sträcker sig emellertid inte längre än att det finns en möjlighet till denna tolkning enligt nationell rätt. Det ska endast ske i den utsträckning det är möjligt. Vad som är möjligt anges således av den nationella rättens tolkningsutrymme.

Då hamnar vi åter i nationell rätt och frågan kvarstår; är det möjligt för en prövningsmyndighet att ifrågasätta *målen för vattenförvaltningen* i sådan utsträckning att man bortser från dem? För att få klarhet i den frågan är det nödvändigt att börja nysta i andra ändan, i hur dessa *mål för vattenförvaltningen* tas fram och vad de egentligen innebär. Det är härvid viktigt att hålla isär statusbedömningar och klassningar och klassgränser å ena sidan och beslutade kvalitetskrav och miljökvalitetsnormer å andra. Detta försvåras dels av den svenska översättningen av direktivet där "klassgräns" i vissa fall benämns som "miljökvalitetsnorm"<sup>30</sup>, dels av att de svenska

<sup>27</sup> Jfr Regeringsformen 11 kap. 14 §: *Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.*

<sup>28</sup> Fördraget om Europeiska Unionen (FEU) artikel 4 (3); principen om lojalt samarbete.

<sup>29</sup> C-106/89 Marleasing SA och Comercial Internacional de Alimentación SA, punkten 8: *Enligt domstolens rättspraxis skall de behöriga myndigheterna i den utsträckning det är möjligt tillämpa och tolka relevant nationell rätt mot bakgrund av direktivets lydelse och syfte så att man uppnår det resultat som avses i direktivet.* Se även C-218/01 Henkel, punkten 60. Domen hänvisar vidare till de förenade målen C-71/94-C-73/94 Eurin-Pharm, punkt 26, och mål C-63/97, BMW, punkt 22.

<sup>30</sup> Naturvårdsverket, som redan 2008 uppmärksammade detta förhållande, föreslog just att man istället för "miljökvalitetsnorm" skulle använda begreppet "klassgräns" (Naturvårdsverket, Förslag till genomförande av direktiv 2008/105/EG om miljökvalitetsnormer inom vattenpolitikens område, rapport 5973 [juni 2009] s. 10 f.) I sin rapport om den svenska implementeringen av direktiv 2008/105/EG använder Naturvårdsverket genomgående ordet "klassgräns" när det handlar om en situation innan miljökvalitetsnormen har fastställts av vattenmyndigheterna. Detta för att undvika missförstånd och sammanblandning med det svenska begreppet "miljökvalitets-

bestämmelserna varierar mellan att kalla miljö-kvalitetsnormerna just "miljökvalitetsnorm" och "kvalitetskrav".

### Delegation och normgivning vad gäller miljökvalitetsnormer för vatten

Enligt 5 kap. 1 § andra stycket miljöbalken får regeringen överlåta till en myndighet att meddela miljökvalitetsnormer som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen. Regeringen har gjort detta genom förordningen (2004:660) om förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön (vattenförvaltningsförordningen, VFF).<sup>31</sup> Av 1 kap. 1 § VFF framgår att förordningen gäller förvaltningen av kvaliteten på vattenmiljön enligt 5 kap miljöbalken samt att bestämmelserna är meddelade med stöd av 5 kap. 1 § MB i fråga om 4 kap. 1–11 §§ VFF.

---

norm". För en diskussion kring detta, se Olsen Lundh; *Panta rei – om miljökvalitetskrav och miljökvalitetsnormer* (2016) s. 216 ff. Synsättet bekräftas av EU-domstolen som i *Weser* bl.a. konstaterade att utvärderingen av ytvattenförekomsternas status grundar sig på en bedömning av ekologisk status som omfattar fem klasser (p. 56). Det är vid utarbetandet av ekologiska kvalitetskvoter som medlemsstaterna delar upp de ekologiska kvalitetskvoterna för varje ytvattenkategori i fem klasser genom ett gränsvärde för de biologiska kvalitetsfaktorerna som anger gränsen mellan dessa olika klasser (hög, god, måttlig, otillfredsställande eller dålig) (p. 60). Klasserna är således endast ett verktyg som begränsar medlemsstaternas bedömningsutrymme vid fastställandet av de kvalitetsfaktorer som återspeglar en viss vattenförekomsts reella status. Det är bland annat av detta skäl som artikel 4.1 a i) i WFD inte hänvisar till bilaga V, eftersom begreppet "försämring av statusen" är ett begrepp med allmän räckvidd (mål C-461/13, p. 60).

<sup>31</sup> Här finns möjligen ett argument för att normen ifråga står i strid med överordnad författning; Weserdomens tydliggörande av de ekologiska miljökvalitetsnormernas rättsliga betydelse innebär att regeringens delegation till vattenmyndigheterna att fatta beslut om dessa normer kan ifrågasättas, jfr. t.ex. Kruse (2010) *Rapport angående rättsverkan och tillämpning av miljökvalitetsnormer för vatten – genomförande av ett uppdrag från Naturvårdsverket*, s. 19 samt rättsutlåtande av Langlet och Mahmoudi i mål M 1881-09 vid Östersunds tingsrätt, bilaga 1 till ab. 30.

Av 4 kap. 1 § VFF framgår att varje vattenmyndighet ska fastställa kvalitetskrav för ytvattenförekomster, grundvattenförekomster och skyddade områden i vattendistriktet. För varje vattenmyndighet ska det finnas en särskild vattendelegation med uppgift att besluta inom vattenmyndighetens ansvarsområde. Vattendelegationen får bl.a. överlåta åt länsstyrelsen att utarbeta förslag till miljökvalitetsnormer men får inte överlåta åt länsstyrelsen att fatta beslut om dem.<sup>32</sup> Det är alltså vattendelegationen som fattar beslut om miljökvalitetskrav, dvs. fastställer en miljökvalitetsnorm enligt miljöbalken för den aktuella vattenförekomsten. Dock först efter att ha beaktat både 4 kap. VFF och HaV:s föreskrifter HVMFS 2013:19.

Av 4 kap. 2 § VFF framgår att kvalitetskraven för ytvatten och grundvatten ska fastställas så att tillståndet i vattenförekomsterna inte försämras. Vidare anger 4 kap. 8 b § VFF att kvalitetskrav som avser kemisk ytvattenstatus är miljökvalitetsnormer enligt 5 kap. 2 § första stycket 1 miljöbalken (d.v.s. s.k. gränsvärdesnormer).

Med stöd av 4 kap 8b § VFF har Vattenmyndigheten för Västerhavets vattendistrikt föreskrivit kvalitetskrav. Dessa följer av Länsstyrelsen Västra Götalands läns (Vattenmyndigheten Västerhavet) föreskrifter om kvalitetskrav för vattenförekomster i distriktet (14 FS 2009:533) och ska gälla för de yt- och grundvattenförekomster som anges i föreskrifternas bilagor 1 och 2.<sup>33</sup> Av tabellen i bilaga 1, som har rubriken "Statusklassificering och miljökvalitetsnormer för ytvatten (vattendrag, sjöar, kustvatten, övergångsvatten och utsjövatten)" framgår att en vattenförekomst som omfattas är Näckån<sup>34</sup>, att den hör till avrinningsområde Klarälven, att ekologisk status eller potential 2009 är "God ekologisk status",

---

<sup>32</sup> Förordning (2007:825) med länsstyrelseinstruktion, 24 §.

<sup>33</sup> 1 § 14 FS 2009:533.

<sup>34</sup> Med EU-ID SE674194-133845.

att kvalitetskravet och tidpunkten är "God ekologisk status 2015", att kemisk ytvattenstatus 2009 är "God kemisk ytvattenstatus" samt att kvalitetskravet och tidpunkten är "God kemisk ytvattenstatus 2015". Det finns också ett kompletterande krav för skyddade områden, nämligen "gynnsam bevarandestatus". Vidare framgår det av föreskrifterna att kvalitetskraven för respektive ytvattenförekomst framgår av föreskrifternas följande bestämmelser och av tabellerna i föreskrifternas bilagor 1 och 2.

Det som i föreskrifterna benämns som "kvalitetskrav" är alltså vad som i 5 kap. MB benämns "miljökvalitetsnorm". Enligt propositionen från 2009/10 ska miljökvalitetsnormerna som vattenmyndigheten meddelat för vatten hänföras till sådana övriga normer som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen (dvs. miljökvalitetsnormer enligt miljöbalken 5 kap. 2 § första stycket 4). Regeringen motiverade det med att miljökvalitetsnormerna i vattenförvaltningsförordningen och de miljökvalitetsnormer som vattenmyndigheterna fastställt inte är formulerade som gränsvärdesnormer, även om bl.a. föroreningsnivåer kan visa att det föreligger en försämring eller att den eftersträlvade statusen inte är uppnådd. De är heller inte, menade regeringen, formulerade som målsättningsnormer; även om de bygger på en strävan i form av stegvisa förbättringar, så ska vissa resultat ha uppnåtts vid en viss eller vissa framtida tidpunkter.<sup>35</sup>

### **Slutsats om MÖD:s prövning av huruvida målet för vattenförvaltningen äventyras**

De miljökvalitetskrav som antagits för Näckån i FS 2009:533 har alltså antagits av Vattendelegationen med tydlig delegation från miljöbalken via regeringen. Någon delegation till domstolarna att åsidosätta sådana normer finns inte. I domskälen har MÖD begreppsvägen omdefinierat

en i rätt ordning antagen miljökvalitetsnorm, som framgår av 14 FS 2009:533, till ett *mål för vattenförvaltningen*. Men en norm är nu ändå en norm.<sup>36</sup> MÖD har helt enkelt åsidosatt en norm utan att pröva huruvida det finns rättslig grund för att göra det.

Emellertid innehåller domskälen resonemang kring direktivets möjlighet till undantag enligt artikel 4.7 i WFD samt en hänvisning till *Schwarze Sulm*. Frågan är om det hade kunnat vara en framkomlig väg.

### **Tillämpning av undantagen i 4.7 WFD**

Det finns undantag i direktivet. Artikel 4 i WFD, med rubriken "Miljömål", föreskriver bl.a. i punkt 1 a att medlemsstaterna, vid genomförande av de åtgärdsprogram som anges i förvaltningsplanerna för avrinningsdistrikt, när det gäller ytvatten, ska skydda, förbättra och återställa alla ytvattenförekomster i syfte att uppnå en god ytvattenstatus senast 2015 om inte annat följer av tidsundantagen och tillämpningen av tillämpningen av punkten 7 och utan att det påverkar tillämpningen av punkt 8.

Punkten 7 i WFD:s artikel 4 anger två typer av fall då medlemsstaterna inte gör sig skyldiga till en överträdelse av direktivet – även om en god ytvattenstatus inte nås till 2015 (eller 2021) eller om en försämring inte förebyggs. Det första fallet gäller om bl.a. god ekologisk status inte uppnås till följd av nya modifieringar i en ytvattenförekomsts fysiska karakteristika eller förändringar i nivån hos grundvattenförekomster. Det andra är om en försämring sker från hög status till god status hos en ytvattenförekomst till följd av nya hållbara mänskliga utvecklingsverksamheter. För Näckåns del skulle det första undan-

<sup>36</sup> I en debatt mellan Kelsen och Hart på Berkeley hösten 1961 lär Hart ha fallit baklänges av sin stol *as Kelsen declared in stentorian tones; "Norm is norm!"* Se N. Lacey, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford U. P. 2004, s. 251.

<sup>35</sup> Prop. 2009/10:184 s. 42.

taget kunna vara intressant. Nedan kommer jag att undersöka om tillämpningen av undantag i det enskilda fallet skulle kunna vara en framkomlig väg och vilka problem den i så fall skulle kunna föra med sig. Omständigheterna i *Näckån* används här som ett exempel.

Innan undantagen blir tillämpliga måste det alltså konstateras att god status inte kommer att kunna nås eller att en försämring inte kommer att förebyggas, beroende på en ny modifiering i en ytvattenförekomsts fysiska karakteristika. Det som avses är förändringar i de hydromorfologiska förhållandena. Det handlar om flöde, djupvariationer, förbindelse med grundvatten och strukturer i strandzonen. T.ex. kan ett vattenkraftverk orsaka förändringar i en vattenförekomsts fysiska karaktäristik<sup>37</sup>, medan utsläpp av förorenade ämnen inte kan förändra en vattenförekomsts fysiska karaktäristik. I *Näckån* är det fråga om en förändring i de hydromorfologiska förhållandena till följd av ett vattenkraftverk.

Vad "hållbara mänskliga utvecklingsaktiviteter" innebär följer inte av direktivet. Av *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC), Guidance document no 20 (CIS)*<sup>38</sup> framgår att begreppet beror av tid, skala, involverade aktörer och information. Projekten bör emellertid följa av ramdirektivet självt, eller av andra specificerade direktiv<sup>39</sup> samt

hämta sin vägledning från grundläggande EU-rättsliga miljöprinciper som uttrycks i artikel 191 FEUF. Exakt vilka projekt eller vilka typer av projekt som avses med begreppet är emellertid svårt att avgöra. I *Schwarze Sulm* godtog domstolen ett kraftverk med vattenkraftproduktion på 2 promille av den regionala produktionen och 0,4 promille av den nationella produktionen. EU-domstolen uttalade också att medlemsstaterna har getts ett visst utrymme för eget skön när de ska avgöra om ett särskilt projekt omfattas av ett sådant intresse. Österrike hade alltså, enligt domstolen, haft fog för att anse att projektet, som avser att främja produktionen av förnybar energi genom vattenkraft, omfattas av ett allmänintresse av större vikt.<sup>40</sup>

Det ska dock noteras att det i *Schwarze Sulm* inte handlade om att inte uppnå god status, det första fallet, utan om det andra fallet där en försämring sker från hög till god status till följd av det sökta projektet.<sup>41</sup> Därtill rörde målet fördragsbrott vilket kommissionen inte hade styrkt.

---

<sup>37</sup> Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC), Guidance document no 20 (CIS), s. 24.

<sup>38</sup> Kommissionen har tagit initiativ till ett samarbete mellan medlemsstaterna som resulterat i en gemensam strategi för direktivets genomförande *Common Implementation Strategy*, CIS. Inom ramen för denna strategi har medlemsstaterna utarbetat icke bindande vägledningar. Dessa har alltså inte status av rättsakter utan ger uttryck för hur representanter för medlemsstaterna anser att direktivet bör genomföras.

<sup>39</sup> T.ex. 2001/41/EG, 2011/92/EU, 2003/4/EG, se Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC), Guidance document no 20, s. 24 f.

---

<sup>40</sup> Mål C-346/14, punkterna 70 och 71.

<sup>41</sup> Mål C-346/14, punkterna 45–48. Jfr generaladvokaten Julianne Kokotts förslag till avgörande; hon anför att eftersom syftet med beslutet från år 2013 är att för första gången tillämpa de bedömningskriterier som gäller för förvaltningsplanen på ett korrekt sätt och att det därför är fråga om en korrigerings av ett fel i förvaltningsplanen, en korrigerings som i princip måste vara möjlig eftersom det knappast kan krävas att beslut ska fattas på grundval av bevisligen felaktiga uppgifter endast för att dessa uppgifter utgör en del av förvaltningsplanen. Därför, menade hon, skulle målet inte grundas på bedömningen av Schwarze Sulms status i förvaltningsplanen, utan på dess faktiska status, som inte ifrågasatts i materiellt hänseende. Den av kommissionen hävdade försämringen från "hög" till "god" var, enligt Kokott, således inte möjlig. (Generaladvokatens förslag till avgörande, föredraget den 3 september 2015, punkterna 52–58).



### Villkor för undantag

Om nya modifieringar ska tillåtas trots att en god ekologisk status inte kommer att uppnås måste samtliga i artikel 4.7 WFD angivna villkor vara uppfyllda. Dessa är följande.

1. Alla genomförbara åtgärder vidtas för att mildra de negativa konsekvenserna för vattenförekomstens status.
2. Skälen för ändringarna anges särskilt, och förklaras i den förvaltningsplan för avrinningsdistriktet som krävs enligt artikel 13 och målen ses över vart sjätte år.
3. Skälen för dessa modifieringar eller förändringar är ett allmänintresse av större vikt, eller att fördelarna för miljön och samhället med att uppnå målen enligt punkt 1 inte uppväger fördelarna med de nya modifieringarna eller förändringarna för människors hälsa, för vidmakthållandet av människors säkerhet eller för en hållbar utveckling.
4. De nyttiga mål som dessa modifieringar eller förändringar av vattenförekomsten skall medföra kan, av tekniska skäl eller på grund av orimliga kostnader, inte uppnås på något annat sätt som skulle vara ett betydligt bättre alternativ för miljön.

Till att börja med är *skälet* till förändringen viktigt (p. 3, ovan). Det måste vara ett allmänintresse som är av större vikt än miljöintresset *eller* att de miljömässiga fördelarna med att nå direktivets miljömål inte väger upp de fördelar som den nya förändringen ger, med avseende på människors hälsa, människors säkerhet eller en hållbar utveckling.<sup>42</sup> Här finns alltså två alternativa skäl.

### Möjliga skäl för ändringar i vattenförekomstens fysiska karakteristika

Det första alternativa skälet för ändringarna är ett "allmänintresse av större vikt". Det engelska begreppet, *overriding public interest*, anger tydligt att det handlar om att göra en jämförelse med det intresse som skyddas av direktivets mål och inte endast ett intresse av "större vikt". Av skälen framgår att förändringarna därtill ska vara av utomordentligt stor betydelse från allmän synpunkt.<sup>43</sup> I CIS dras slutsatsen att det är rimligt att anta att de skäl som avses med "allmänintresse av större vikt" är situationer där planer eller projekt som planeras visar sig vara nödvändiga inom ramen för:

- Åtgärder eller politik som syftar till att skydda grundläggande värden i medborgarnas liv (hälsa, säkerhet, miljö).
- Grundläggande principer för staten och samhället.
- Ekonomisk eller social verksamhet som följer av särskilda offentliga skyldigheter.

När det gäller dammen vid Näcksjön hade antagligen skälet att behålla den, varit ett skäl som rymts inom "allmänintresse av större vikt". Även det andra alternativa skälet för förändringarna hade förmodligen omfattat skälen för att ha kvar sagda damm. Skillnaden mot skälet i punktens första led är att, även om det i båda leden fordras en jämförelse, så ger andra ledet en viss vägledning i hur jämförelsen ska göras. Fördelarna ska handla om människors hälsa, människors säkerhet eller hållbar utveckling. Syftet med förändringen, de potentiella fördelarna med förändringen, måste handla om att förbättra för människors hälsa, om att vidmakthålla människors säkerhet eller om hållbar utveckling.

Så långt dammen vid Näcksjön. Men det var nu inte den som var föremål för prövningen

<sup>42</sup> WFD, artikel 4.7. c).

<sup>43</sup> WFD, skälen (32).



i målet. Det var ett nytt vattenkraftverk i Näckån. Finns det skäl för det?

En förändring som skulle kunna ge positiva globala effekter är t.ex. förändringar som minskar utsläppen av växthusgaser. Vattenkraftverkens positiva inverkan på den globala växthusgasproblematiken ska då ställas mot de störningar kraftverken orsakar i vattenförekomsten; vattenkraftens negativa påverkan på ekosystem i vattendragen och närliggande områden är omfattande och väldokumenterad. Kommissionen har påpekat att utvecklingen av vattenkraft kräver särskild uppmärksamhet och att vattenkraftens betydande miljöpåverkan måste åtgärdas. Därför, menar kommissionen, bör renovering och utbyggnad av befintliga kraftanläggningar prioriteras framför anläggning av nya. Nya kraftverk bör omfattas av en strategisk bedömning av det enskilda avrinningsområdet, där man väljer det mest optimala läget både när det gäller energiproduktion och lägsta miljöpåverkan.<sup>44</sup>

Frågan är då hur detta ska göras inom ramen för den svenska lagstiftningen. Precis som konstateras av MÖD krävs, för tillstånd till en vattenverksamhet, att de allmänna hänsynsreglerna enligt 2 kap. MB är uppfyllda. På samma sätt som 2 kap. 6 § första stycket miljöbalken (lokaliseringskravet) rimligen skulle kunna användas för att avslå en tillståndsansökan om denna kan leda till en försämring skulle en diskussion kunna föras kring att lokaliseringen i det enskilda fallet ändå kan godtas till följd av avvägningen i 2 kap. 7 § miljöbalken när det gäller äventyrandet av att uppnå en god status.

Jag anser, som framgår ovan, att det är mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att genom rimlighetsavvägningen komma fram till att tillstånd kan ges om det gäller försämring.

När det gäller själva skälet, allmänintresset av större vikt, kan detta antagligen bedömas

inom ramen för prövningen enligt 11 kap. 6 § miljöbalken. Enligt den bestämmelsen får en vattenverksamhet bedrivas endast om dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna av den. Fördelarna från allmän och enskild synpunkt får då omfatta de argument som talar för att det är ett allmänintresse av större vikt. Här vore det möjligt att, utöver det rena energitillförselargumentet, argumentera för att eftersom dammen vid Näcksjön redan finns, omfattas av ett tillstånd och därtill är ett allmänintresse av större vikt, så är det lämpligt att fortsätta utbyggnaden av Näckån på ett sätt som inte förändrar situationen särskilt mycket i relation till befintlig (jämför med hur MÖD faktiskt argumenterar i domskälen kring minimitappning etc.). Bland skador och olägenheter återfinns då de intressen som skyddas av direktivets mål.

Slutsatsen är att det förmodligen finns ett visst utrymme för att göra de överväganden som krävs enligt första villkoret inom ramen för miljöbalken.

### **De nyttiga målen som ändringen medför kan inte uppnås på något annat sätt**

Därtill ställs ett krav på att de nyttiga mål som modifieringarna eller förändringarna av vattenförekomsten ska medföra inte ska kunna uppnås på något annat sätt som skulle vara ett betydligt bättre alternativ för miljön (p. 4, ovan).<sup>45</sup> Att det inte kan uppnås på något annat sätt kan bero på tekniska skäl eller orimliga kostnader. Dessa alternativa lösningar kan, enligt CIS, handla om alternativa platser eller alternativa processer. Alternativ bör bedömas i ett tidigt stadium och på lämplig geografisk nivå, och ställas mot en tydlig bild av de nyttiga mål som ändringen ska medföra. MKB-direktivets krav kan, för projekt som faller inom dettas tillämpningsområde, bi-

---

<sup>44</sup> COM (2012) 670 final s. 13.

<sup>45</sup> WFD, artikel 4. 7. d).

dra till att bedöma olika alternativ.<sup>46</sup> När det gäller kraftverket i Näckån skulle möjligen samma argumentation kunna föras som tagits upp i MÖD:s domskäl, d.v.s. att det vattendraget lämpar sig ovanligt väl för kraftutvinning samtidigt som det inte innebär någon större ytterligare påverkan relativt den redan tillståndsgivna dammen som därtill är ett allmänintresse av större vikt. Rimlig svenska bestämmelser att göra avvägningen inom är antagligen 2 kap. 3 §, möjligen i kombination med 2 kap. 7 § (om inte den bestämmelsen behöver åsidosättas) och eventuellt 11 kap 6 § miljöbalken.

Även om samtliga ovanstående krav uppfylls så måste ändå alla genomförbara åtgärder vidtas, för att mildra de negativa konsekvenserna för vattenförekomstens status (p. 1, ovan).<sup>47</sup> Med "genomförbar" avses att en åtgärd ska vara tekniskt genomförbar, inte leda till oproportionerliga kostnader samt vara kompatibel med den förändring i vattendraget som utvecklingsaktiviteten innebär.<sup>48</sup> Preventionskravet ligger alltså kvar, men har mildrats från alla nödvändiga åtgärder till alla genomförbara åtgärder. Skillnaden tycks ligga i en proportionalitetsbedömning som inte innefattas i det strängare alla nödvändiga åtgärder vilket ytterligare inskräper hur strängt preventionskravet ursprungligen är. Det skulle kunna översättas till den prövning som vanligen görs enligt 2 kap. 7 § miljöbalken och i det här sammanhanget avse villkor om t.ex. minimitappning – som MÖD diskuterade i skälen. Ett problem för svenskt vidkommande blir här 2 kap. 7 § andra stycket för det fall åtgärderna behöver gå utöver vad som blir resultatet vid

en avvägning enligt bestämmelsen. Eftersom alternativet, mot bakgrund 2 kap. 6 § miljöbalken, i ljuset av Weser, riskerar bli att tillstånd inte ges kan det tala för att den som söker tillstånd möjligen godtar högre krav än vad som annars vore fallet.

### Skälen för ändringarna måste anges och förklaras i förvaltningsplanen

Därtill måste skälen för ändringarna särskilt anges och förklaras i förvaltningsplanen för avrinningsdistriktet. Målen ska ses över vart sjätte år (punkten 2, ovan).<sup>49</sup> Enligt CIS innebär detta en rapporteringsskyldighet. Den hindrar emellertid inte att en utvecklingsaktivitet äger rum under en förvaltningscykel – i så fall ska medlemsstaten förklara aktiviteten i nästa förvaltningsplan.<sup>50</sup> I mål C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl* uttalade EU-domstolen att artikel 4.7 i direktivet visserligen inte är tillämplig som sådan på ett projekt som antogs (den 2 augusti 2006, då förvaltningsplanerna ännu inte behövde vara antagna enligt WFD) utan att förvaltningsplaner för av projektet berörda avrinningsdistrikt dessförinnan hade utarbetats men att ett projekt inte får underställas strängare villkor än om det hade antagits efter det att artikel 4 i direktiv 2000/60 blivit tillämplig med avseende på projektet. På ett sådant projekt, menade domstolen, kan nämligen de kriterier och villkor som föreskrivs i artikel 4.7 i WFD tillämpas analogt och i tillämpliga delar, som maximala begränsningar.<sup>51</sup> Det kan alltså finnas en öppning; för det fall tillståndsmyndigheten hade valt att tillämpa undantags-

<sup>46</sup> *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC), Guidance document no 20*, s. 12 ff.

<sup>47</sup> WFD, artikel 4.7. a).

<sup>48</sup> *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC), Guidance document no 20*, s. 27.

<sup>49</sup> WFD, artikel 4.7. b).

<sup>50</sup> *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC), Guidance document no 20*, s. 29.

<sup>51</sup> Mål C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl*, punkterna 64 och 65. Observera dock att det här handlade om att en förvaltningsplan saknades eftersom den första vattenförvaltningscykeln ännu inte hade inletts.

regeln skulle det kanske vara möjligt att förklara kraftverket i Näckån i nästa förvaltningsplan.

### **Vattenmyndigheten beslutar om undantag, inte mark- och miljödomstolen**

Här kan invändas att det av 4 kap. 10 § VFF följer att det är vattenmyndigheten som för en viss vattenförekomst får besluta om mindre stränga kvalitetskrav i enlighet med vad som beskrevs ovan. Vattenmyndigheten, inte prövningsmyndigheten. En prövningsmyndighet prövar en ny vattenverksamhet enligt bestämmelserna i framför allt 2 och 11 kap. miljöbalken. Enligt 11 kap. 9 b § miljöbalken ska tillstånd till vattenverksamhet alltid prövas av mark- och miljödomstol.

EU-domstolen har emellertid slagit fast principen om gemenskapsrättens obetingade företräde framför nationell lag.<sup>52</sup> Vid en normkonflikt mellan en svensk och en gemenskapsrättslig bestämmelse ska den gemenskapsrättsliga bestämmelsen ges företräde (se t.ex. RÅ 1996 ref 50, RÅ 197 ref 65 och RÅ 2002 ref 108). I det här fallet är det möjligt att tala om en dylik normkonflikt i och med att VFF tydligt pekar ut att det är vattenmyndigheten som beslutar om undantag medan det i direktivet verkar förutsättas att undantaget ska göras av en prövningsmyndighet i det enskilda fallet och *efter* det att förvaltningsplanen är antagen, något som bekräftas av *Weser*, *Schwarze Sulm* och *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias*. I den tredje kompletterande formella underrättelsen av den 30 september 2016 framgår också att kommissionen menar att enligt svensk lagstiftning förefaller tillståndsmyndigheten inte bunden av miljömålen i artikel 4.1 i WFD och inte heller av villkoren i artikel 4.7 vid beslut om att ge tillstånd.

Tillståndsgivning för en vattenverksamhet och medgivande av undantag från kvalitetskra-

ven sker alltså separat och hos olika myndigheter. Eftersom tillståndsmyndigheten inte är bunden av artikel 4.7 WFD som ett kriterium för att ge tillstånd till vattenverksamhet behöver den inte ens överväga den vid bedömningen av om ett tillstånd till vattenverksamheten kan ges. Enligt kommissionen innebär *Weser* att undantagsmöjligheterna och godkännandet av projekt inte kan prövas helt separat från varandra och kommissionen anser därför att tillståndsgivningen för verksamheter enligt svensk lag måste uppfylla kraven i direktivet vilka även omfattar kraven för undantag, särskilt kraven i artikel 4.7. Kommissionen är därför av uppfattningen att artikel 4.7 inte har införlivats korrekt.<sup>53</sup> Sverige kritiserar för detta.

Eftersom det inte finns något hinder, annat än 4 kap. 10 § VFF, för en tillståndsmyndighet att tillämpa det som föreskrivs i 4.7 i ljust av *Schwarze Sulm* inom ramen för miljöbalkens regler finns det grund för att hävda att 4 kap. 10 § VFF strider mot art. 4.7 i WFD och att bestämmelsen därför inte ska tillämpas. Detta eftersom en nationell domstol är skyldig att "... på eget initiativ och inom ramen för sin behörighet bedöma om en nationell rättsakt är förenlig med en gemenskapsrättslig bestämmelse ...".<sup>54</sup>

Dock kan det innebära problem i och med antagandet av nästa förvaltningsplan – för det fall Vattenmyndigheten inte har för avsikt att förklara den aktivitet som en prövningsmyndighet

---

<sup>53</sup> Kompletterande formell underrättelse – Överträdelse-nummer 2007/2239 av den 30 september 2016. Kommissionen hänvisar här till generaladvokat Jääskinen som ägnar ett helt avsnitt åt att diskutera undantagens betydelse (Generaladvokat Niilo Jääskinenes förslag till avgörande i mål C-461/13, punkterna 76–83).

<sup>54</sup> Mål C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie mot Belgiska staten*, domslutet. Det som prövades i målet var huruvida gemenskapsrätten kunde hindra tillämpningen av en nationell förfaranderegulering som förbjöd den nationella domstolen att göra en sådan bedömning om den inte inom viss tidsfrist åberopades av den enskilde. Gemenskapsrätten bedömdes hindra en sådan tillämpning.

---

<sup>52</sup> Se t.ex. mål 6/64 *Costa/ENEL*, mål 106/77 *Simmenthal II*, p. 21 och mål C-432/05 *Unibet*, jfr NJA 2007 s. 718

gett undantag för. Det problemet kan antagligen lösas genom att remiss ställs till Vattenmyndigheten för det fall en prövningsmyndighet överväger att tillämpa undantaget.

### Ytterligare krav vid undantag

Ytterligare krav på prövningsmyndigheten som följer av Schwarze Sulm-domen, är följande. Tillståndsmyndigheten måste beakta och göra avvägningar i det konkreta fallet. Detta måste göras kring samtliga villkor i artikel 4.7 – det räcker inte att åberopa något (t.ex. ett allmänintresse) i det allmänna fallet. Tillståndsmyndigheten ska (i alla fall hade guvernören i Steiermark gjort det) utgå från en detaljerad och särskilt vetenskaplig analys av det specifika projektet som sedan ska ligga till grund för slutsatsen att villkoren för undantag är uppfyllda.

För att undantagen ska vara tillämpliga måste även rekvisiten i artiklarna 4.8. och 4.9 vara uppfyllda. Dessa anger att en medlemsstat som använder sig av undantagen måste se till att tillämpningen inte permanent hindrar eller äventyrar uppnåendet av detta direktivs mål i andra vattenförekomster inom samma avrinningsdistrikt, att tillämpningen är förenlig med genomförandet av gemenskapens övriga miljölagstiftning samt att åtgärder måste vidtas för att se till att tillämpningen av de nya bestämmelserna säkerställer åtminstone samma skyddsnivå som den befintliga gemenskapslagstiftningen. Undantag måste alltså vara förenliga med (respektive säkerställa) åtminstone samma skyddsnivå som övrig unionslagstiftning. I den mån annan unionslagstiftning är strängare än ramvattendirektivet tar alltså den andra lagstiftningen över. Dessa artiklar hade rimligen inte orsakat problem i *Näckån*.

### Slutligen

Av ovanstående kan tre slutsatser dras.

Den första är att även andra bedömningar av tillståndet i en vattenförekomst än sådana som

redovisats i VISS bör kunna ligga till grund för överväganden hos tillståndsmyndigheten, förutsatt att de är av viss kvalitet – och då gärna av bättre kvalitet än den utredning som legat till grund för klassningen i VISS. Bedömningen måste dock utgå från samma bedömningsgrunder.

Den andra slutsatsen är att MÖD i *Näckån* åsidosatte en norm utan att redovisa någon närmare rättslig grund för detta (det ifrågasattes inte huruvida normen var antagen i rätt ordning, stred mot överordnad svensk lagstiftning eller om den stod i strid med unionsrätten). En EU-konform tolkning av WFD i ljuset av *Weser* (och *Schwarze Sulm*) utan tillämpning av undantagen borde med sagda norm alltså gällande, ha lett till att projektet förbjöds (även om det är svårt att med säkerhet säga på vilken rättslig grund det skulle ha förbjödits). En sådan utgång hade emellertid inte varit rimlig mot bakgrund av omständigheterna i målet. Det är den situationen som leder in på frågan huruvida det i tillståndsmyndighetens prövning av en verksamhet kan vara möjligt att tillämpa undantagen.

Den tredje slutsatsen är att det skulle kunna vara möjligt att inom ramen för tillståndsprövningen, med stöd av reglerna i 2 kap. miljöbalken jämte 11 kap. 6 § miljöbalken, argumentera också kring undantagsreglerna i art. 4.7 WFD. Det fordras emellertid en hel del för detta. För att kunna tillämpa undantagsreglerna måste till att börja med en normprövning göras där EU-rättens obetingade företräde framför nationell lag anses innebära att 4 kap. 10 §§ VFF inte ska tillämpas. Därtill bör vattenmyndigheten vara remissmyndighet i målet för att få klarhet i huruvida aktiviteten kan och kommer att förklaras i nästa förvaltningsplan. Man måste också komma fram till att det är rimligt med ett godkännande i efterhand. Det bästa hade givetvis varit om förvaltningsplanerna angett skälen för ändringarna och förklarat dessa, men så är ju inte fallet nu. Eventuellt kommer Sverige också vara



tvunget att i slutänden övertyga kommissionen och i sista hand EU-domstolen om att allt detta är möjligt i avsaknad av en förvaltningsplan som anger och förklarar undantaget.

Slutsatserna mynnar också ut i en fundering. Denna rör varför MÖD ansåg att det inte förelåg några skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen, något som yrkats av såväl Länsstyrelsen i Värmland som Älvräddarnas Samorganisation.

I *Näckån* har MÖD, utan närmare juridisk förklaring åsidosatt en nationell norm i syfte att uppnå ett rimligt resultat. Detta har gjorts i en fråga som mycket nära relaterar till genomförandet av ett direktiv. Samtidigt har MÖD påstått att tolkningen av direktivet är såpass klart i relation till de frågor som ska avgöras att något skäl för förhandsavgörande inte föreligger. Att nationella domstolar självständigt, utan hjälp från EU-domstolen, löser EU-rättsliga problem när de ställs inför dem är nödvändigt för att det EU-rättsliga systemet ska fungera, detta eftersom alla nationella domstolar är "EU-courts of general jurisdiction"<sup>55</sup>. Samtidigt är det de nationella domstolarna som, genom att begära förhandsavgöranden, sätter en stor del av EU-domstolens agenda och ger EU-domstolen information om nationell rätt och de tillämpningsproblem som uppstår i medlemsstaterna. Om medlemsstaternas tillämpningsproblem inte kommer till EU-domstolens kännedom, är det risk att den utvecklar unionsrätten på ett sätt som inte tar hänsyn till dessa problem.<sup>56</sup> Störst ansvar för detta har slutinstanserna<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Mål T-51/89 *Tetra Pak*, p. 42.

<sup>56</sup> Fritz och Hettne; *Sverige inför rätta*, Sieps 2006:3, s. 51 f. Se även Bernitz; *Förhandsavgöranden av EU-domstolen: Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015*, Sieps 2016:9.

<sup>57</sup> Formuleringen i fördraget är "vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning" vilket innebär att det finns utrymme för diskussion kring frågan om vad som verk-

Frågan till EU-domstolen skulle kanske därmed inte ha handlat om innebörden av försämringsförbudet och skyldigheten att även förbjuda åtgärder som kan äventyra uppnåendet av god status, utan om innebörden av undantagsreglerna och huruvida det är möjligt att dela upp undantagsförfarandet så som har skett i Sverige (och som nu kritiserats av kommissionen) och huruvida det är möjligt att göra enligt ovan; pröva undantagen och sedan förklara dem i efterhand. Om inte annat hade det gett EU-domstolen information om de tillämpningsproblem Sverige onekligen står inför.

Det är i sammanhanget viktigt att framhålla att det är en plikt för medlemsstaternas myndigheter och domstolar att alltid tolka nationell lagstiftning direktivskonformt. Denna plikt är emellertid inte ett skäl för medlemslandet ifråga att inte vidta tillräckliga implementeringsåtgärder utan förutsätter snarare att medlemsstaten faktiskt har implementerat ett direktiv rättsligt. Direktiv måste ju implementeras såväl rättsligt som faktiskt med avseende på resultatet.<sup>58</sup> Jag instämmer i Michaneks analys att svensk lagstiftning måste ändras eftersom den idag inte klart och tydligt reglerar det som Weserdomen kräver.<sup>59</sup> Detta gäller både vad avser att förbjuda verksamheter som innebär en försämring av ytvattenstatusen eller äventyrar uppnåendet

---

ligen är sista instans, särskilt när det krävs prövningstillstånd för att ett överklagande ska släppas fram. För en diskussion kring detta se Fritz och Hettne; *Sverige inför rätta*, Sieps 2006:3, s. 53 f. Bernitz visar i en rapport att det har skett en utveckling i Sverige, där tyngdpunkten när det gäller att begära förhandsavgörande har förskjutits från slutinstanserna till de lägre domstolsinstanserna, vilket är i linje med läget i de flesta andra medlemsländer. Bernitz; *Förhandsavgöranden av EU-domstolen: Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015*, Sieps 2016:9, s. 65).

<sup>58</sup> FEUF artikel 288 (3).

<sup>59</sup> Michanek (2015); *Tillstånd får inte ges om aktuell ytvattenstatus försämrats eller uppnåendet av god ytvattenstatus äventyras – analys av EU-domstolens förhandsavgörande C-461/13* Expertkommentar i JP Infonet (2015-11-23).



av "god" ytvattenstatus och möjligheten att i prövningssituationen medge undantag.

En domstol kan emellertid inte vägra döma i ett mål på grund av rättsliga oklarheter utan dessa måste på något sätt hanteras i väntan på att lagstiftaren ser till att direktivet implementeras med obestridligt bindande verkan på ett sådan tillräckligt tydligt, klart och precist sätt att kravet på rättssäkerhet uppfylls.<sup>60</sup>

Avslutningsvis vill jag framhålla att min argumentation i artikeln inte avser att ifrågasätta domslutet i *Näckån*. Syftet är att belysa att Sveriges bristande implementering lämnat prövningsmyndigheterna med otillräckliga eller bristfälliga regler. Men, ändå; en norm är en norm. Och sådana får inte åsidosättas med mindre det finns rättslig grund att göra det.

---

<sup>60</sup> Se t.ex. mål C-32/05 *Kommissionen mot Luxembourg*, p.34.