
Omprövning av vattenverksamhet Effektivitet och moderna miljövillkor på bekostnad av vattenkraftsproduktion?

Fabianne Lenvin

Abstract

In Sweden, hydropower constitutes approximately 45 % of the total electricity generation, playing a crucial role in the country's energy transition, climate policy framework, and the objective of achieving carbon neutrality by 2045 at the latest. Nonetheless, hydropower exerts significant adverse effects on the environment, particularly on lake and river ecosystems. As a result, on the 1st of January 2019, a new law was established that requests the re-examination of water operations that produce hydroelectric power to ensure they adhere to modern environmental standards as set out in the Environmental Code. This article examines how the collaboration process, the court's investigative obligation and process management, and *urminnes hävd* permits influence the efficiency of the re-examination process. To gain insight into the disparities between theory and practice, the author of this article conducted interviews with professionals actively involved in the re-examinations. In conclusion, the legislator intended to create a simplified re-examination by eliminating the requirement for an environmental impact assessment process. However, a re-examination according to modern environmental standards requires a decision basis that is as extensive as required in the case of a new permit examination. Additionally, the courts often require supplemental detail-oriented information regarding *urminnes hävd* permits, affecting both the collaboration process and the continued examination in court. Furthermore, the interviews show that there is a disagreement concerning the setting of environmental quality standards and balancing

the best outcomes to ensure the greatest benefit for aquatic environment and efficient access to hydroelectricity. All these factors contribute to a current ineffective re-examination process.

1. Inledning

Det svenska samhället står för närvarande inför en möjlig energi- och klimatkris, för att inte tala om en möjlig säkerhetskras.¹ Samtidigt har Sverige träffat en politisk överenskommelse om den svenska energipolitiken med ett mål om 100 % förnybar elproduktion år 2040.² Därtill föreligger ett klimatmål i överenskommelsen att år 2045 inte ha några nettoutsläpp av växthusgaser till atmosfären.³ En viktig källa för Sveriges energiförsörjning är vattenkraften som idag står för 45 % av Sveriges elproduktion.⁴ Vattenkraften är vidare en viktig förnybar energikälla där förekomsten av farliga ämnen och växthusgasutsläpp är förhållandevis låg jämfört med annan elproduktion. Därutöver är vattenkraften med dess reglerförmåga en viktig del av balanseringen i det svenska elsystemet och säkerställandet av behovet av tillgänglig effekt på marknaden.⁵ Vattenkraften har dock en avsevärd negativ på-

¹ Energimyndigheten, *Vad beror de höga energipriserna på?* [webbsida].

² Prop. 2017/18:243 s. 91.

³ Naturvårdsverket, *Sveriges klimatmål och klimatpolitiska ramverk* [webbsida].

⁴ Prop. 2017/18:243 s. 63.

⁵ Prop. 2017/18:243 s. 182.

verkan på den fysiska miljön och ekosystem i sjöar och vattendrag, vilket på senare år har lett till ändringar gällande lagstiftningen på det vattenrättsliga området.⁶

Enligt den äldre lagstiftningen var grundsynen att en markägare fick utnyttja vattnet över sin mark så länge det inte orsakade skada för annan. I takt med den ökande vattenkraftsutbyggnaden tillkom en tillståndsprövning som förenades med en samhällsnyttoprincip, alltså att nytan med verksamheten skulle prövas mot den skada och intrång som verksamheten medförde.⁷ När miljöbalken (1998:808) [cit. MB] trädde i kraft år 1999 integrerades de centrala delarna av tidigare vattenlagstiftningen genom de allmänna hänsynsreglerna, som återfinns i 2 kap. MB, medan regeln om den samhällsekonomiska tillåtligheten infördes i 11 kap. 6 § MB.⁸

Allt eftersom samhällets syn på vikten av en god miljö förändrades har reglerna i miljöbalken avseende vattenverksamhet kommit att revideras.⁹ Sverige har vidare till följd av sitt medlemskap i den Europeiska unionen [cit. EU] antagit Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om uppträdande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område i december 2000 [cit. vattendirektivet]. Vattendirektivet syftar till att bevara och förbättra vattenmiljön i Europas grund- och ytvatten genom att bland annat ställa krav på medlemsländerna om en mer samordnad förvaltning av sina vatten.¹⁰ Mellan åren 2007 och 2019 drev EU-kommissionen ett överträdelseärende mot Sverige om genomförandet av vattendirektivet.¹¹ Mot bakgrund härav tillsatte regeringen en särskild utredare år 2012 för

att se över reglerna om vattenverksamhet i miljöbalken, vilket resulterade i en del utredningar på vattenverksamhetens område, däribland SOU 2013:69 *Om vattenverksamhet* och SOU 2014:35 *I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler*. Under våren 2016 träffades den tidigare nämnda energiöverenskommelsen där det, utöver 100 % förnybar energi år 2040, även stadgas att Sverige ska ha "ett robust elsystem med hög leveranssäkerhet, en låg miljöpåverkan och el till konkurrenskraftiga priser".¹² Miljö- och energidepartementet tog så småningom fram en promemoria om vattenmiljö och vattenkraft med förslag till lagändringar som skulle tydliggöra energiöverenskommelsen och genomförandet av vattendirektivet.¹³ Promemorian remissbehandlades och utmynnade i en proposition, vilken således ligger till grund för införandet av ett omprövningsförfarande för moderna miljövillkor av vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel.¹⁴ EU-kommissionen yttrade i överträdelseärendet att omprövningen av vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel var ett steg i rätt riktning, men problemet kvarstod dock med tanke på att omprövningen inte omfattade alla vattenverksamheter.¹⁵ Lagändringarna enligt propositionen trädde ändock i kraft den 1 januari 2019.¹⁶

Enligt den nya bestämmelsen i 11 kap. 27 § MB ska den som bedriver en tillståndspliktig vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel se till att verksamheten har moderna miljövillkor. Med detta avses att ett tillståndsvillkor eller bestämmelser till skydd för människors hälsa och miljön har bestämts enligt miljöbalken genom en dom eller i ett beslut som inte är äldre

⁶ A.a. s. 64.

⁷ SOU 2009:42 s. 157–159.

⁸ Se SOU 2009:42 s. 159–162 och SOU 2014:35 s. 145.

⁹ SOU 2013:69 s. 213.

¹⁰ Se artikel 1 och 3 i vattendirektivet.

¹¹ Prop. 2017/18:243 s. 60.

¹² Se bilaga 3 till prop. 2017/18:243.

¹³ Prop. 2017/18:243 s. 60.

¹⁴ A.st.

¹⁵ Europeiska kommissionen, Motiverat yttrande från den 25 januari 2018, s. 26.

¹⁶ Prop. 2017/18:243 s. 2.

än fyrtio år. Efter en ansökan om omprövning av en vattenverksamhet för sådana miljövillkor ska tillståndsmyndigheten enligt 24 kap. 10 § MB upphäva, ändra och besluta nya bestämmelser och villkor i den utsträckning som behövs med hänsyn till skyddet för människors hälsa och miljön.

Vid en första anblick kan bestämmelsen uppfattas som relativt enkel och tydlig. Problemet är dock att miljöprocessen, och särskilt den vattenrättsliga omprövningen för moderna miljövillkor, är ett komplext system. För det första innehåller processen komplicerade bedömningar vilka, utöver nationell rätt, även grundar sig i EU-rätten.¹⁷ Sådana EU-rättsliga bedömningar avser exempelvis bestämmelser om artskydd och Natura-2000 områden.¹⁸ För det andra påverkas ett och samma vattendrag av olika verksamheter och kräver därför en samordnad prövning för att säkerställa en helhetssyn avseende största möjliga nytta för vattenmiljön och nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel.¹⁹ För det tredje grundar sig många tillstånd i äldre rättigheter, vilka nu behöver komma in i omprövningen ”på ett enkelt sätt”.²⁰ Slutligen utgör miljöprocessen ett dynamiskt rättsområde där flera olika aktörer har rätt att yttra sig och föra talan i domstolen såsom verksamhetsutövare, myndigheter, och kommuner. Även miljöföreningar och enskilda fastighetsägare kan anse sig berörda av ärendet och har därför rätt att föra talan i domstolen. Samtliga faktorer skapar följaktligen en synnerligen dynamisk och komplicerad omprövningsprocess. Samtidigt har lagstiftaren förtydligt i förarbetena att omprövningarna för moderna miljövillkor ska genomföras på ett snabbt och resurseffektivt sätt, där ”prövningsystemet ska utformas så att det inte blir onödigt

administrativt och ekonomiskt betungande för den enskilde i förhållande till den eftersträlvade miljönyttan”.²¹

I juni 2022 lämnade Miljöprövningsutredningen över sitt betänkande *Om prövning och omprövning – en del av den gröna omställningen* till regeringen.²² Utredningen hade till syfte att se över miljöprövningssystemet och lämna förslag på ändringar och åtgärder för att uppnå en mer effektiv miljöprövning. Utredning avsåg vidare att granska omprövning av tillstånd och villkor för att åstadkomma moderna miljövillkor. Trots att utredningen främst fokuserar på miljöfarlig verksamhet, lyfter utredningen fram en intressant aspekt avseende den aktuella problembilden med långa handläggningstider och oförutsebarhet som påverkar effektiviteten vid miljö-tillståndsprocessen.²³

Mot bakgrund av den aktuella problembilden som framkommer i Miljöprövningsutredningen gällande nuvarande miljöprövningssystem, är syftet med förevarande artikel att närmare undersöka omprövningen för moderna miljövillkor av tillståndspliktiga vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel enligt 11 kap. 27 § och 24 kap. 10 § MB. Särskild vikt kommer att läggas på hur samverkansprocessen, domstolens utredningsskyldighet och processledning samt tillstånd enligt den äldre rättigheten *urminnes hävd* påverkar omprövningens processeffektivitet.

Givet att omprövningsförfarandet trädde i kraft år 2019 saknas det för närvarande praxis för att utforska rättsläget som sådant.²⁴ I stället

¹⁷ SOU 2022:33 s. 99.

¹⁸ A.a. s. 104.

¹⁹ Prop. 2017/18:243 s. 203–204.

²⁰ Angående citat, se a.a. s. 110.

²¹ Prop. 2017/18:243 s. 85; Angående citat, se prop. 2017/18:243 s. 114.

²² Se SOU 2022:33.

²³ Angående stycke, se SOU 2022:33 s. 83 och 87.

²⁴ Jag kontaktade mark- och miljödomstolarna med en förfrågan avseende antal avgjorda mål avseende ansökningar om moderna miljövillkor. De första ansökningarna har inkommit till mark- och miljödomstolarna den 1 februari 2022 följt av den 1 september 2022 och fram till

kommer jag att integrera rättsligt material med empiriskt material bestående av utdrag från intervjuer. Genom att redogöra för intervjuresultat med praktiskt verksamma parter vill jag belysa differensen mellan det teoretiska och praktiska förhållandet avseende omprövningen för moderna miljövillkor.²⁵

Artikeln är disponerad som följer. Efter några metodologiska klargöranden i *avsnitt 2*, lämnas en inledning i *avsnitt 3* till den aktuella problembilden som redovisas i Miljöprövningsutredningen. Därefter följer *avsnitt 4–6* som presenterar mina tre teman, nämligen (1) samverkansprocessen, (2) domstolens utredningsskyldighet och processledning, samt (3) tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd. Samtliga teman introduceras med en rättslig bakgrund, följt av intervjuresultat och en diskussion kring givet tema i förhållande till omprövningens processeffektivitet. Därefter presenteras slutsatser i *avsnitt 7*.

2. Metod och genomförande

Inom ramen för artikeln genomförde jag djupintervjuer med ett strategiskt urval och ett urval enligt en tvåstegsmetod, av sammanlagt 12 respondenter som aktivt är involverade i omprövningsförfarandet.²⁶ Dels har jag intervjuat representanter från Havs- och vattenmyndigheten, länsstyrelsen och Kammarkollegiet, samt tre domare och ett tekniskt råd från mark- och miljödomstolen för att få ta del av myndighets- och domstolsperspektivet på omprövningsförfarandet; dels representanter för både den storskaliga och småskaliga vattenkraftsbranschen för att

den 12 september 2022 hade bara en ansökan utmynnats i ett beslut.

²⁵ Här avses en skillnad mellan vad som framkommer i den rättsvetenskapliga litteraturen och det som pågår i den praktiska verksamheten med omprövningarna.

²⁶ Ahrne, G, & Svensson, P, *Handbok i kvalitativa metoder*, s. 62–64; Kvale, S & Brinkmann, S, *Den kvalitativa forskningsintervjun*, s. 310.

erhålla verksamhetsutövarnas partsperspektiv. Slutligen har jag även intervjuat en miljöorganisation och ett ombud för att komplettera och utöka partsperspektivet. Vid respektive citat i artikeln uppges endast vilken organisation eller myndighet som respondenterna representerar för att säkerställa deras anonymitet.

Samtliga intervjuer genomfördes digitalt och ljudet spelades in med respondenternas godkännande för att tillförsäkra korrekta citat.²⁷ Intervjuerna var semi-strukturerade och utgick från en i förväg upprättad intervjuguide med en uppsättning färdiga teman som riktades mot alla respondenter. Samtliga teman har återkopplat till syftet med artikeln, medan intervjufrågorna hörande till varje tema har grundat sig i den problembild som framkommer i Miljöprövningsutredningen avseende nuvarande miljötillståndsprocess och orsaken till en ineffektiv miljöprövning. Av denna anledning handlade tema ett om samverkansprocessen, tema två om domstolens utredningsskyldighet och processledning och tema tre om tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd. Härutöver förekom allmänna frågor om respondenternas uppfattning om omprövningsförfarandet och prövningens effektivitet. Utifrån givet tema och respondent valde jag därefter att ställa frågor som riktades mot den särskilda myndighet eller verksamhet som respondenten representerade. Genom ett sådant tillvägagångssätt hade jag möjlighet att registrera oväntade svar och ställa uppföljande frågor, vilket resulterade i en dialog och möjliggjorde kartläggandet av respondenternas uppfattning om handläggningen av omprövningsärenden och förfarandet i dess helhet.²⁸

²⁷ Jag har inför redogörelsen av intervjuresultaten valt att redigera citaten för läsbarhetens skull.

²⁸ Esaiasson, P, m.fl., *Metodpraktikan: konsten att studera samhälle, individ och marknad*, s. 260.

3. Den aktuella problembilden i Miljöprovningens utredningen

Av den politiska energiöverenskommelsen följer att provningssystemet för omprovning enligt 24 kap. 10 § MB ska utformas på ett sätt som "inte blir onödigt administrativt och ekonomiskt betungande för den enskilde i förhållande till den eftersträvade miljönyttan".²⁹ Lagstiftaren har därtill angett att samverkansprocessen ska säkerställa en effektiv provning och att domstolen ska säkerställa att det underlag finns tillgängligt i målet som behövs för att provningen ska resultera i nödvändiga restriktioner och försiktighetsmått.³⁰ Som tidigare nämnt är omprovningen för moderna miljövillkor ett relativt nytt förfarande där det för närvarande saknas stöd i praxis för att kunna analysera rättsläget som sådant. Däremot föreligger det ett intresse att se över hur omprovningens förfarandet har utvecklats sedan det infördes och särskilt i förhållande till den problembild med nuvarande miljötillståndsprocess och orsaken till en ineffektiv miljöprovning som presenterades i Miljöprovningens utredningens betänkande tidigare i år.³¹ Regeringen gav en särskild utredare i uppdrag att se över miljöprovningssystemet och lämna förslag på ändringar och åtgärder som krävs för att uppnå en moderna och mer effektiv miljöprovning. Syftet med utredningen var att lämna förslag på ändringar som kan leda till en snabbare och enklare provningsprocess, samtidigt som säkerställandet av miljöskyddet efterlevs. Genom ett tilläggsdirektiv beslutade regeringen att utöka uppdraget. Bland annat angavs att utredningen skulle omfatta domstolarnas handläggning för en effektivare provning vid mark- och miljödomstolarna och hur omprovningar av tillstånd och villkor

skulle kunna bli mer effektiva och verkningsfulla medel för att säkerställa att verksamheter och åtgärder bedrivs med moderna miljövillkor i syfte att nå miljö- och klimatmålen. Syftet med tilläggsdirektivet var att identifiera de bakomliggande problem som påverkar handläggningstiderna och oförutsebarheten med provningsprocessen.³² Trots att utredningen främst utgår från miljöfarlig verksamhet, och en fullständig miljö-tillståndsprovning, är det intressant att använda den presenterade problembilden i utredningen för att närmare undersöka huruvida liknande förhållanden råder vid omprovningens ärenden av vattenverksamhet och i förlängningen hur samtliga tre teman påverkar omprovningens effektivitet.³³

Miljöprovningens utredningen har identifierat fem faktorer som gemensamt påverkar handläggningstiderna och miljöprovningens effektivitet. För det första rör det sig om ett ändamålsenligt samråd och dialogen parterna emellan.³⁴ Utredningen visar på att ett effektivt samråd mellan verksamhetsutövaren, länsstyrelsen och andra berörda myndigheter ökar möjligheterna att tidigt i processen identifiera väsentliga miljöeffekter. För det andra uppger utredningen att kvaliteten på beslutsunderlaget i en ansökan minskar behovet av kompletteringar längre fram i processen. Även samrådet har en stor betydelse för kvaliteten på beslutsunderlaget. För det tredje bidrar en aktiv processledning till en mer förutsebar, transparent och ändamålsenlig

²⁹ Bilaga 3 till prop. 2017/18:243 *Energiöverenskommelsen*; Angående citat, se prop. 2017/18:243 s. 247.

³⁰ Prop. 2017/18:243 s. 120.

³¹ SOU 2022:33.

³² För vidare läsning om regeringsuppdraget, se SOU 2022:33 s. 83, dir. M2020:86 s. 1 och dir. 2021:57 s. 1–2.

³³ Här åsyftas de tre teman som följer av syftet med artikeln och som presenteras under avsnitt 4, 6 och 6 nedan.

³⁴ Jag vill dock påpeka att det vid en omprovning enligt 24 kap. 10 § MB inte föreligger något krav på samråd, men lagstiftaren har i stället infört samverkan som liknar samrådsförfarandet. Vad som framkommer i utredningen avseende samråd har jag därför valt att tillämpa på samverkansförfarandet som en inspiration för mina intervjuer.

process, vilket kan minska behovet av anstånd. För det fjärde betonar utredningen miljöprovningens komplexitet i sak, där provningarna ofta innehåller svåra EU-rättsliga bedömningar och flera olika parter som har rätt att yttra sig och föra talan i domstol. Slutligen anger utredningen den femte faktorn som utgörs av resurser, kompetens och prioriteringar hos verksamhetsutövare, myndigheter, provningsmyndigheter och övriga parter som alla påverkar provningseffektiviteten.³⁵

Mot bakgrund av vad som framkommer i utredningen avseende samrådets påverkan på provningsprocessens effektivitet, har jag valt att genom intervjuer undersöka om liknande förhållanden framkommer vid samverkansprocessen. På liknande sätt har jag därefter valt att undersöka domstolens utredningsskyldighet och processledande verksamhet och hur den uppfattas av praktiker vid omprövningsförfarandet enligt 24 kap. 10 § MB. Slutligen har jag valt att titta närmare på hur tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd kommer in i provningen och vilken påverkan sådana tillstånd har på omprovningens processeffektivitet.

4. Tema ett: Samverkansprocessen

4.1 Rättslig bakgrund

Vid en fullständig tillståndsprövning för vattenverksamheter enligt miljöbalken gäller som huvudregel att den som avser att bedriva en vattenverksamhet ska ansöka om tillstånd hos mark- och miljödomstolen enligt 11 kap. 9 § MB och 21 kap. 1 a § p. 2 MB. Vidare framgår i 6 kap. 20 och 23 §§ MB att det vid en sådan tillståndsansökan ska göras en specifik miljöbedömning för att undersöka huruvida verksamheten eller den planerade åtgärden kan antas medföra en betydande miljöpåverkan. En sådan undersökning innebär enligt 6 kap. 24 § MB att den som avser

att bedriva en vattenverksamhet ska ta fram ett samrådsunderlag och samråda i fråga om betydande miljöpåverkan och i fråga om miljökonsekvensbeskrivningens innehåll och utformning med länsstyrelsen, tillsynsmyndigheten och de enskilda som kan antas bli särskilt berörda av verksamheten eller åtgärden.³⁶

Utöver att bedöma huruvida en föreslagen åtgärd medför en betydande miljöpåverkan, syftar ett samråd till att tidigt i processen ge myndigheter och det allmänna en möjlighet att påverka utformningen av en ansökan, dess innehåll och omfattning.³⁷ Lagstiftaren har härutöver yttrat att ett väl genomfört samråd minskar risken för krav på kompletteringar och överklaganden längre fram i processen.³⁸

Enligt 13 kap. 13 och 19 §§ vattenlagen (1983:291) förelåg det ett krav på en miljökonsekvensbeskrivning i alla ansökningsmål, även omprövningar. Efter miljöbalkens införande ansåg dock lagstiftaren att det i bland annat mål om omprövning av tillstånd eller villkor inte längre skulle föreligga ett krav på en miljökonsekvensbeskrivning, varken på initiativ av myndigheterna eller tillståndshavaren.³⁹ Motiveringen till ändringen grundade sig på att verksamhetsutövaren känner sin verksamhet bäst och behöver ta fram ett tillräckligt beslutsunderlag för att i provningen kunna genomföra en bedömning enligt de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB. Enligt lagstiftaren skulle en omprövning därför utgöra en förenklad provning i förhållande till en fullständig ny tillståndsprövning med miljökonsekvensbeskrivning och samråd.⁴⁰

Mot bakgrund härav föreligger det inget

³⁵ Angående stycke, se SOU 2022:33 s. 89, 98–99.

³⁶ Fler regler om samråd finns bl.a. i Miljöbedömningsförfordningen (2017:966). Se särskilt 8 §.

³⁷ SOU 2022:33 s. 299.

³⁸ Prop. 2016/17:200 s. 118.

³⁹ Prop. 2001/02:65 s. 35.

⁴⁰ Se prop. 2001/02:65 s. 34–35 och prop. 2017/18:243 s. 120.

krav på samråd vid en omprovning för moderna miljövillkor enligt 24 kap. 10 § MB.⁴¹ I stället har lagstiftaren valt att införa en s.k. samverkansprocess, vilket dels framkommer i den nationella planen för moderna miljövillkor, dels i 42 a och b §§ i förordningen (1998:1388) om vattenverksamheter [cit. VF].⁴² En samverkan tjänar i viss utsträckning samma syfte som ett vanligt samråd, nämligen att det ska föras en dialog mellan verksamhetsutövare och myndigheter kring verksamhetens förutsättningar och påverkan på miljön och ska utmyнна i ett mer utförligt beslutsunderlag och en mer effektiv provning.⁴³

Enligt 42 a § VF gäller att länsstyrelserna ska, i god tid före det att verksamhetsutövaren senast ska ha gett in en ansökan om provning enligt 39 §, samverka kring det underlag som behövs för att säkerställa en effektiv provning. Vidare stadgas följande i 42 b §:

Syftet med samverkan i 42 a § är att inför de individuella provningarna av berörda verksamheter sammanställa det underlag som behövs för att

1. alla verksamheter inom en provningsgrupp ska kunna föras med moderna miljövillkor på ett sätt som, i enlighet med 11 kap. 28 § miljöbalken, innebär största möjliga nytta för vattenmiljön och en effektiv tillgång till vattenkraftsel, och
2. tillgodose krav på en ansökans innehåll enligt 22 kap. 1 § 4 miljöbalken.

Samverkan ska ske i den omfattning som länsstyrelsen bedömer vara lämplig med hänsyn till syftet med samverkan, antalet verksamheter som berörs, den eller de be-

rörda provningsgruppernas storlek och förutsättningarna i övrigt.

Syftet med samverkan är alltså att sammanställa det underlag som behövs för att säkerställa en effektiv provning, vilket inbegriper en avvägning mellan största möjliga nytta för vattenmiljön och en effektiv tillgång till vattenkraftsel. Avvägningen utgör därefter en utgångspunkt för bedömningen av miljöåtgärder i samband med domstolsprocessen. En samverkan ska därför ses som ett stöd för verksamhetsutövare att ta fram ett underlag som behövs för provningen för att möjliggöra en effektiv provning. Genom ett sådant tillvägagångssätt utgör samverkan grunden för att omprovningarna ska leda till största möjliga nytta för vattenmiljön och en effektiv tillgång till vattenkraftsel, samt därtill säkerställa en effektiv provning i mark- och miljödomstolen.⁴⁴

För att säkerställa en effektiv provning ska omprovningarna av vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel genomföras inom 20 år.⁴⁵ Ansökningar som kommer in till domstolen behöver därför vara tillräckliga för att undvika långdragna kompletteringsrundor. Till följd härav ska myndigheterna, som en del av sin serviceskyldighet, bistå verksamhetsutövare att ta fram ett fullständigt provningsunderlag.⁴⁶ Särskild betoning läggs på att tidigt i processen klargöra vilka delar av en verksamhet som bedöms sakna tillstånd och i stället behöver genomgå en fullständig tillståndsprovning med miljökonsekvensbeskrivning och samråd. Återigen betonas i detta sammanhang att beviskravet för äldre rättigheter inte bör ställas så högt att det i praktiken inte blir möjligt att bevisa vad

⁴¹ Prop. 2017/18:243 s. 120.

⁴² Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljövillkor*, s. 4.

⁴³ Havs- och vattenmyndigheten, *Vägledning om samverkan inför provning enligt nationella planen* [webbsida] [cit. HaV – Vägledning om samverkan].

⁴⁴ Angående stycke, se HaV – Vägledning om samverkan.

⁴⁵ HaV – Vägledning om samverkan; Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljövillkor*, s. 4.

⁴⁶ Prop. 2017/18:243 s. 83.

som är rättskraftigt avgjort.⁴⁷ Enligt förarbetena ska prövningen koncentreras till att verksamheten får moderna miljövillkor och att EU-rättens kvar uppfylls.⁴⁸ För nämnda ändamål är det dock viktigt med väl underbyggda beslutsunderlag. Ju mer underlag som saknas desto större krav på utredning inom ramen för samverkansprocessen.⁴⁹

Sammanfattningsvis finns en hel del likheter mellan en samverkan och ett vanligt samråd. Det som kan sägas vara utmärkande för de båda är att en samverkan, likt ett samråd, ska leda till ett fullständigt prövningsunderlag och en mer effektiv prövning.

4.2 Praktikers perspektiv på samverkansprocessen

De första intervjufrågorna ämnade att ge en förståelse för respondenternas bild av själva samverkansförfarandet och hur avvägningen mellan största möjliga nytta för vattenmiljön och effektiv tillgång till vattenkraftsel fungerar inom ramen för samverkansprocessen.⁵⁰ Härutöver var intervjuerna ämnade till att förstå vilken påverkan samverkansförfarandet har för den fortsatta domstolsprocessen och den komplettering som kan uppstå till följd av bristande beslutsunderlag och oenighet parter emellan. Samtliga diskussionsämnen har åsyftat att ge en bredare förståelse för omprövningens effektivitet och hur det förhåller sig till att omprövningen ska utgöra en förenklad prövning jämfört med en fullständig tillståndsprövning som utformas på ett sätt som inte är onödigt administrativt och ekonomiskt betungande.⁵¹

Den generella bilden bland respondenter-

na är att lagstiftaren har haft en stark tilltro till samverkansprocessen och vad som kan lösas ut inom ramen för samverkan. Samtidigt är alla eniga om att en samverkan påverkar den fortsatta domstolsprocessen och omprövningens effektivitet, precis som är fallet med ett samråd vid en tillståndsprövning. Det kan exemplifieras med följande två citat:

Det är ju alltid en fördel, det som är samrätt innan, alltså frågor som är lösta innan ärendet kommer in till domstolen. Det är ju ofta som domstolarna får kritik för långa handläggningstider, och vad jag kan se beror det ofta på att saker inte är tillräckligt samrådda innan. Vi har påtalat det från vårt håll innan. Där ligger det en stor vinst att göra. (*Tekniskt råd*)

Ingen större skillnad på samråd och samverkan – ju längre man kommer i samverkan desto snabbare handläggning i domstolen. Om samverkan inte fungerar är det svårt att i domstolsprocessen läka den bristen. (*Domare A*)

Med andra ord är det viktigt att samverkansprocessen fungerar för att säkerställa en effektiv omprövning. Samtidigt lyfter respondenterna fram en problematik kring samverkan och den avvägning som ska göras mellan största möjliga nytta för vattenmiljön och effektiv tillgång till vattenkraftsel.⁵² Respondenten från Havs- och vattenmyndigheten har uppmärksammat att det tidigare fanns en möjlighet att genomföra en bedömning kring samhällsekonomisk tillåtlighet i 11 kap. 6 § MB, som i samband med lagstiftningsarbetet inför omprövningen för moderna miljövillkor har tagits bort. Respondenten redogör därutöver för hur avvägningen numera

⁴⁷ Bet. 2017/18:CU31 s. 19.

⁴⁸ Prop. 2017/18:243 s. 110; Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljövillkor*, s. 2.

⁴⁹ HaV – Vägledning om samverkan.

⁵⁰ Avser avvägningen i enlighet med 42 b § VF.

⁵¹ Prop. 2017/18:243 s. 114 och s. 120.

⁵² Angående syfte med samverkan, se redogörelse ovan om 42 b § VF.

hänger ihop med vattenförvaltningen och vattenmyndigheterna och anger följande:

Från tidigt 1900-tal har det funnits bestämmelser i vattenlagstiftningen som har handlat om att domstolen ska göra en samhälls-ekonomisk avvägning mellan den som vill ansöka om att få starta upp en verksamhet och vilken nytta den ger samhälls-ekonomiskt, kontra vilka miljöskador den ger [syftar till dåvarande 11 kap. 6 § MB]. Där har domstolen genom historien gjort den typen av avvägningar. [...] Även efter miljöbalkens införande fanns den samhälls-ekonomiska avvägningen kvar för vattenverksamheter. Samtidigt infördes allmänna hänsynsregler i 2 kap. MB där det gjordes en slutlig avvägning i domstolsprövningen enligt 2 kap. 7 § MB, men där man fortfarande hade kvar den samhälls-ekonomiska nyttan i 11 kap. 6 § MB. Sen kom vattenförvaltningen och bestämmelser i vattendirektivet som anger att vattenmyndigheten ska göra en viss avvägning om nyttan utav hur man uppnår god status i olika vattenförekomster. Vattenmyndigheten ska dels göra en viss samhälls-ekonomisk bedömning inom förklarandet av kraftigt modifierat vatten, KMV, dels bedöma orimliga kostnader för att återställa vattnet. I nästa steg, när man ska besluta om miljö kvalitetsnormen, ska man återigen göra en samhälls-ekonomisk bedömning av miljönytta kontra påverkan på samhällsintresset som kanske vattenkraften är. Ett synsätt är därför att domstolen inte ska göra den samhälls-ekonomiska avvägningen. Tittar man i 2 kap. 7 § MB så har man infört ett stycke att domstolen inte får besluta mot normen i 5 kap. 4 § MB. Man antyder då att domstolen är bunden till de normer som vattenmyndigheten har beslutat. Om domstolen i sin prövning av en en-

skild verksamhet tycker att normsättningen ser konstig ut i förhållandet till storleken på verksamheten och vad kostnaderna är för att göra miljöåtgärder, kan de fråga vattenmyndigheterna om normsättningen stämmer. [...] Förloppet som jag beskrev nu gör att frågan om hur man ska ta hänsyn till effektiv tillgång till vattenkraftsel och miljönyttan har blivit mer komplicerad än den var tidigare, mycket till följd av att vi har fått in vattenförvaltningen och vattenmyndigheterna. Det är i första hand vattenmyndigheten i sitt arbete med att förklara en vattenförekomst som kraftigt modifierad och i själva normsättningen och beslut om eventuella undantag från normen, som ska ta hänsyn till effektiv tillgång till vattenkraftsel, så att normsättningen inte gör att domstolen i nästa steg beslutar om miljöåtgärder som kan äventyra tillgången till vattenkraftsel. [...] Vattenförvaltningens arbete regleras dels i 5 kap. MB, dels i vattenförvaltningsförordningen och andra föreskrifter. Samverkansprocessen, som vi pratar om, är inte inkilad i vattenförvaltningsbestämmelserna utan ligger lite på sidan om. Det har varit återkommande kritik, framför allt från den storskaliga vattenkraftsbranschen, att vattenmyndigheten borde vara mer närvarande i samverkansprocesserna. På så sätt skulle vattenmyndigheten kunna fånga upp det som sägs och justera sina normer, innan ansökan når domstolen. (*Havs- och vattenmyndigheten*)

Precis som respondenten ovan har ett större antal respondenter lyft fram problematiken med att normsättningen sker inom vattenförvaltningen. Det kan bäst illustreras med följande citat:

Vattenförvaltningen beslutar om normer utifrån sin bedömning och expertis. Vår uppfattning är dock att normsättningen många

gångar leder till mer omfattande åtgärder än vad som ryms inom riktvärdena. [...] Vattenkraftsägare får endast diskutera åtgärder inom ramen för samverkan. Problemet är dock att vattenkraftsägare inte alltid håller med om normerna och då är det svårt att diskutera åtgärder. Samtliga målkonflikter och avvägningar mellan miljönytta och vattenkraft hamnar på så sätt i den fortsatta domstolsprövningen. Men, domstolen måste döma efter normerna och har svårt att göra någon annan avvägning. Det är svårbegripligt. (*Energiföretagen*)

På liknande sätt har en annan respondent uttryckt samma problematik:

Samverkan ska utgå från miljö kvalitetsnormer som är satta. Det är första problemet. [...] Vattenförvaltningen har många gånger inte hunnit sätta korrekta miljö kvalitetsnormer och i andra fall har man inte, upplever vi, lyssnat på oss. [...] Förutsättningarna för samverkan är dåliga eftersom vi inte har en gemensam bild. Verksamhetsutövarna tänker ompröva normerna, så det är ingen idé att diskutera de höga kraven, medan länsstyrelserna tar fokus på den normsättning som finns idag och det gör det svårt att komma framåt. (*Vattenregleringsföretagen*)

Den sistnämnde respondenten framhåller vidare att själva förfarandet kring miljö kvalitetsnormer är väldigt rättsosäkert. Vattenförvaltningen beslutar om normsättningen, men det går inte att överklaga normerna och domstolen ges således inte någon möjlighet att göra en ny prövning av normen. Respondenten uttryckte i sammanhanget att förfarandet med en vattendelegation som fattar beslut kring normerna är ett annorlunda system, vilket både känns ovant och är en lagom bra ordning.

Precis som ovannämnda respondent och

respondenterna dessförinnan förklarar så är domstolen begränsad i sitt sätt att besluta om normer. Domstolen har likaså att förhålla sig till miljö kvalitetsnormer som beslutas av vattenförvaltningen och trots att domstolen måste beakta de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB får rimlighetsavvägningen i 2 kap. 7 § MB aldrig leda till en otillåten påverkan.⁵³ Från mark- och miljö domstolens sida har en domare uttryckt sig på följande sätt:

Enligt andra stycket i 2 kap. 7 § MB ska man inte göra avvägningen när det gäller att uppnå god status, som framgår av MKN-bestämmelserna [miljö kvalitetsnormer] i 5 kap. 4 och 5 §§ MB. Väldigt mycket fokus i hela omprövningsförfarandet gäller ju normsättningen. Det är där som själva huvudpunkten ligger. Ska man använda de möjligheter till undantag som finns, besluta om undantag eller ska man klassa ner till kraftigt modifierat vatten eller konstgjort. Gör vattenmyndigheten inte det, då gäller de normer fullt ut. Då kan inte vi [domstolen] göra den avvägningen mellan nyttan och kostnader. Det vi kan göra, om det framkommer något i våra mål om att normsättningen kan ifrågasättas och kanske borde ändras, är att vi kan begära in ett yttrande från vattenmyndigheten. Då ska vi säga att det i ett fall har framkommit material som gör att man kan anta att normsättningen behöver justeras. Då får vattenmyndigheten överväga det utifrån ett nytt material. Den klassning som vattenmyndigheten har gjort

⁵³ Enligt 2 kap. 7 § MB gäller de allmänna hänsynsreglerna i den utsträckning det inte kan anses orimligt att uppfylla dem. Vid denna bedömning ska särskild hänsyn tas till nyttan av skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått jämfört med kostnaderna för sådana åtgärder. Andra stycket anger dock att det trots första stycket ska de krav ställas som behövs för att följa 5 kap. 4 § (alltså miljö kvalitetsnormer).

är i många delar grundad i expertbedömningar. Man har inte haft möjlighet att vara ute på alla ställen och undersökt alla parametrar. Men, får man då in faktiska kunskaper om platsen kan det ju förändras. Beslutar vattenmyndigheten att det inte ska ändras, då ska de skicka det till regeringen som ska fatta beslut. Det blir en väldigt omgång. Den normsättning som de [vattenmyndigheten] har gjort, god status och att det inte ska klassas som kraftigt modifierat eller konstgjort, är stenhårt. Det finns en liten öppning i vattenförvaltningsförordningen att vi kan, men den är väldigt liten, om man ändrar status från hög till god, att det finns vissa starka skäl, men den är väldigt smal. Oftast blir avvägningen enligt 2:7 MB aldrig aktuell hos oss. (*Domare B*)

Vad domaren ovan förklarar om möjligheten att begära in ett yttrande från vattenmyndigheten är reglerat i 22 kap. 13 § MB. Där anges att mark- och miljödomstolen ska inhämta ett yttrande från berörd vattenmyndighet om utredningen i målet ger anledning att anta att en miljökvalitetsnorm inte överensstämmer med det som har lagts till grund för normen eller om det kan ha en betydelse för att bestämma rimliga och ändamålsenliga miljövillkor. Om vattenmyndigheten inte finner att det föreligger förutsättningar för att ändra en miljökvalitetsnorm ska vattenmyndigheten anmäla detta till regeringen enligt 4 kap. 14 § vattenförvaltningsförordningen (2004:660) [cit. VFF]. Regeringen kan i en sådan situation komma att göra en annan bedömning än vattenmyndigheten och meddela föreskrifter som ändrar miljökvalitetsnormen.⁵⁴ Dessutom får alltså myndigheter och kommuner tillåta en verksamhet eller åtgärd som medför en risk att en ytvattenförekomsts kvalitet försämras från

hög status till god status enligt 4 kap. 11 och 12 §§ VFF.

Det tekniska rådet från mark- och miljödomstolen uppger dock att förfarandet enligt 22 kap. 13 § MB har satts in som en ventil för tillfällen när normen är felaktigt satt på grund av att vattenmyndigheten inte har haft tillräckligt komplett underlag inför provningarna. Respondenten konstaterade dock att det har förekommit få sådana förfrågningar hittills i omprovningarna.

Samtidigt har vattenkraftsbranschen gett ett uttryck för att i provningarna yrka på en begäran om yttrande från vattenmyndigheten enligt 22 kap. 13 § MB. Följande citat kan illustrera detta:

Många verksamhetsutövare förbereder sig på att ifrågasätta normen i domstolen [genom att yrka på begäran om yttrande från vattenmyndigheten]. Som vattenkraftsägare är det svårt att acceptera kostsamma åtgärder som tar vattenkraftsproduktion, men som inte nödvändigtvis medför någon biologisk nytta. (*Energiföretagen*)

Enligt en annan respondents uppfattning är det därutöver svårt för domstolarna att förstå sig på klassificeringarna, varför en verksamhetsutövare i en del fall får kompletteringar avseende varför man anser att en viss vattenförekomst ska klassas som kraftigt modifierad. Samtidigt verkar det inte vara så enkelt att begära ett yttrande från vattenmyndigheten:

Vad som är god ekologisk potential ska beskrivas för varje enskild vattenförekomst, och vattenmyndigheten har kategoriskt sagt att det ska vara konnektivitet, men det finns inget stöd för det påståendet. Jag hade inte förväntat mig att det skulle vara så stor sak att begära ett sådant yttrande, utan att det

⁵⁴ Prop. 2017/18:243 s. 157.

var tanken med systemet att vi får upp det här med klassificeringen på bordet. (*Ombud*)

Från mark- och miljödomstolens perspektiv på 22 kap. 13 § MB har en domare i stället uttryckt en tveksamhet över vad ett sådant tillvägagångssätt, med att begära in yttrande från vattenmyndigheten, ska tillföra i målet:

Vi gör först en prövning om vi tycker att det behövs, men vi har inte använt den så mycket. Det finns andra domstolar där det har yrkats mer. Jag har förstått att det finns en del verksamhetsutövare som vill ha det så [begära in yttrande från vattenmyndigheten], men jag är inte säker på vad det skulle tillföra i målet. [...] Det finns egentligen bara två typer av normer, god status eller god ekologisk potential, och det är ganska höga krav i alla fall. Jag är inte säker att sökanden har förstått innebörden av god ekologisk potential. Det går inte att göra vad som helst med vatten [...] Man måste nästan gå ner på parameternivå för att se vad som har gjort att den här vattenförekomsten har fått den här normen. [...] Ifall vattenmyndigheten säger nej till att ändra normen, då ska, det ska, gå till regeringen. Om regeringen ändrar normen, då är frågan om det får någon effekt för prövningen? Det är det vi [domstolen] får ta ställning till innan vi skickar det till vattenmyndigheten. Kommer det få någon effekt för vilka villkor som ska sättas för verksamheten? Jag tror inte att det alltid kommer att få det. Jag tror att det finns en större tilltro till det än som är fallet. (*Domare C*)

Sammanfattningsvis lyfter respondenterna fram att tanken med samverkan är god och kan skapa förutsättningar för en effektiv prövning. Samtidigt uttrycker en del respondenter ett missnöje över systemet kring beslutsfattandet av miljö-

kvalitetsnormer och därtill avsaknaden av möjligheten att överklaga normen. Kritiken riktas främst emot förfarandet kring själva normsättningen och problematiken med att samverkan inte är inarbetad i vattenförvaltningsbestämmelserna och vattenmyndigheterna.

4.3 En diskussion i förhållande till omprövningens processeffektivitet

Enligt förarbetena skulle en samverkan inom ramen för omprövningen komma att efterlikna ett samråd som genomförs vid en fullständig tillståndsprövning. Intervjuresultaten bekräftar likheter mellan ett samråd och en samverkan där det bland annat ska ske en dialog parterna emellan för att säkerställa ett utförligt beslutsunderlag, vilket i sin tur ska säkerställa en effektiv prövning i den fortsatta domstolsprocessen.⁵⁵ Av det följer att en samverkan är berättigad, men utifrån vad respondenterna har framfört verkar samverkan i dagsläget inte leda till varken ett utförligt beslutsunderlag eller en effektiv prövning. Av intervjuerna följer att problemet grundar sig i att den avvägning som ska göras mellan största möjliga nytta för vattenmiljön och en effektiv tillgång till vattenkraftsel inte upplevs göras inom ramen för samverkan. I stället är den redan genomförd inom vattenförvaltningen och av vattenmyndigheterna. Denna ordning verkar avvika från lagstiftarens ursprungliga intention.

Som nämnt i inledningen ligger vattendirektivet till grund för införandet av bestämmelsen för omprövning för moderna miljövillkor enligt 24 kap. 10 § MB. Vattendirektivet trädde i kraft i Sverige år 2000 och syftar till att skydda och förbättra vattenmiljön i yt- och grundvatten och uppfylla de fastställda miljömålen genom att ställa krav på medlemsländerna att utforma en

⁵⁵ Exempelvis genom att ett väl genomfört samråd eller samverkan kan motverka långdragna kompletteringsrundor.

mer samordnad förvaltning över sina vatten.⁵⁶ Enligt artikel 4.1 i vattendirektivet framgår att medlemsstaterna ska, vid genomförande av de åtgärdsprogram som anges i förvaltningsplanerna för avrinningsdistrikt, bland annat genomföra alla åtgärder som är nödvändiga för att förebygga en försämring av statusen i alla yt- och grundvattenförekomster och skydda, förbättra och återställa alla yt- och grundvattenförekomster i syfte att uppnå god yt- och grundvattenstatus senast år 2015.⁵⁷

Vattendirektivet föreskriver samtidigt en möjlighet att tillämpa undantag under vissa förutsättningar, vilka har implementerats i 4 kap. 11 och 12 §§ VFF. Ett av undantagen i vattendirektivet föreskriver att en medlemsstat får definiera en ytvattenförekomst som *konstgjord* eller *kraftigt modifierad*. Enligt artikel 4.3 i vattendirektivet kan undantaget tillämpas när uppnåendet av *god ekologisk status* skulle få betydande negativ inverkan på verksamheter för vilka vatten lagras (exempelvis dricksvattenförsörjning, kraftproduktion eller bevattning) och att de mål som ska uppnås på grund av teknisk genomförbarhet eller oproportionerligt höga kostnader inte rimligen kan uppnås på något annat sätt som utgör ett bättre alternativ för miljön. En sådan definition och skälen till dem ska särskilt anges i de förvaltningsplaner för avrinningsdistrikt som krävs enligt direktivet.⁵⁸

⁵⁶ Prop. 2017/18:243 s. 65; Larfeldt Alvé, A, & Strömberg, R, *Vattenverksamhet: den rättsliga regleringen*, s. 33 [cit. Larfeldt & Strömberg].

⁵⁷ SOU 2013:69 s. 113; Medlemsstaterna får förlänga tidsfristerna för att uppnå miljömålen i vattenförekomster förutsatt att ingen ytterligare försämring sker av vattnets status och de nödvändiga förbättringarna är av en storlek som av tekniska skäl endast kan åstadkommas stegvis på ett sätt som spränger tidsramarna, om det skulle vara oproportionerligt kostsamt att slutföra förbättringarna inom tidsramarna eller om naturliga förhållanden omöjliggör tillräckligt snabb förbättring av statusen (artikel 4.4).

⁵⁸ Undantagen har implementerats i 4 kap. VFF.

Därutöver föreskriver vattendirektivet om ytterligare ett undantag i artikel 4.5 där medlemsstaterna får inrikta sig på att uppnå *mindre stränga miljömål* än de som krävs enligt första punkten för särskilda vattenförekomster när dessa är så påverkade av mänsklig verksamhet eller när deras naturliga tillstånd är sådant att uppnåendet av dessa mål skulle vara omöjligt eller oproportionerligt dyrt.⁵⁹ Likaså för nämnda undantag gäller att skälen särskilt anges i förvaltningsplanen för avrinningsdistriktet.

Sverige har delats in i fem vattendistrikt utifrån de avrinningsområden som finns i landet och inom dessa vattendistrikt har fem länsstyrelser utsetts till vattenmyndigheter. Inom varje vattenmyndighet finns en vattendelegation som ska besluta om miljö kvalitetsnormer.⁶⁰ I svensk rätt är miljö kvalitetsnormer ett sätt att uttrycka vattendirektivets miljömål om icke-försämring och god ytvattenstatus, det vill säga i föreskrifter om kvaliteten på vattenmiljön, och har införts i 5 kap. MB.⁶¹ Enligt 5 kap. 1 § MB får regeringen meddela föreskrifter om kvaliteten på mark, vatten, luft eller miljön i övrigt, om det behövs för att varaktigt skydda människors hälsa eller miljön eller för att avhjälpa skador på eller olägenheter för människors hälsa eller miljön (miljö kvalitetsnormer). Enligt andra stycket får regeringen överlåta till en myndighet att meddela miljö kvalitetsnormer som följer av Sveriges medlemskap i EU, vilket regeringen alltså har överlåtit till de fem vattenmyndigheterna i landet. Vidare följer av 5 kap. 4 § MB att en myndighet eller kommun inte får tillåta att en verksamhet eller åtgärd påbörjas eller ändras om detta, trots åtgärder för att minska föroreningar eller störningar från andra verksamheter, ger upphov till en sådan

⁵⁹ Därtill stadgas ett antal villkor som behöver vara uppfyllda för att tillämpa undantaget mindre stränga miljömål. För vidare läsning, v.g. se artikel 4.5.

⁶⁰ SOU 2013:69 s. 115.

⁶¹ Larfeldt & Strömberg, s. 84.

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 miljö kvalitetsnorm. Följaktligen måste prövningsmyndigheten vid en prövning säkerställa att verksamheten eller den åtgärd som ska vidtas inte strider mot kraven i 5 kap. 4 § MB. Förenklat kan sägas att den nämnda bestämmelsen utgör en s.k. stoppregel. Enligt 5 kap. 3 § MB ska myndigheter och kommuner härutöver ansvara för att miljö kvalitetsnormer följs, vilket medför en mer omfattande rättsverkan och möjliggör för prövningsmyndigheten att kunna ställa mer långtgående krav för att en verksamhet inte ska medföra en sådan försämring eller ett sådant äventyr som avses i 5 kap. 4 § MB.

Miljö kvalitetsnormer tar således sikte på tillståndet i miljön för en viss vattenförekomst och består av ett krav på vilken kvalitet eller status som ska uppnås i den aktuella vattenförekomsten innan en viss angiven tidpunkt. En miljö kvalitetsnorm kan uttryckas som en vattenförekomst ekologiska eller kemiska status, vilket ligger i linje med beteckningarna i vattendirektivet. Ett beslut om miljö kvalitetsnormer är rättsligt bindande för myndigheter och kommuner och bygger på en statusklassificering som vattenmyndigheterna har gjort. Statusklassificeringen bestäms för varje förvaltningscykel. Eftersom vattenmiljön är föränderlig kan det också tillkomma nytt material eller mer detaljerat underlag för statusklassificeringen under pågående och inför nästkommande förvaltningscykel.⁶² Till följd härav kan den status som vattenmyndigheten lagt till grund för miljö kvalitetsnormen

visa sig vara en annan vid en enskild tillståndsprövning.⁶³

I svensk rätt är det alltså vattenförvaltningen och vattenmyndigheterna som har i sin klassificering av vattendrag och vid fastställandet av miljö kvalitetsnormer att tillämpa de undantag som finns fastställda i vattendirektivet.⁶⁴ Samtidigt har flera respondenter uttryckt att det förefaller vara orimligt att i vissa fall uppnå de fastställda miljö kvalitetsnormerna och att undantag enligt vattendirektivet inte utnyttjas fullt ut trots skrivningarna i förarbetena.⁶⁵ Framför allt framhäver respondenterna att problemet grundar sig i att normsättningen sker inom vattenförvaltningen utan att verksamhetsutövare kan vara med och bidra med underlag för beslutet. Vattenmyndigheterna beslutar om normer som sedan läggs till grund för samverkan och den fortsatta domstolsprocessen. Verksamhetsutövare har egentligen ingen vidare möjlighet att diskutera normerna. I stället är det åtgärder som diskuteras inom ramen för samverkan, vilka ska beslutats mot bakgrund av redan satta miljö kvalitetsnormer. Verksamhetsutövare håller inte alltid med om normerna och parterna går då in i domstolsprövningen med målkonflikter och avvagningsfrågor. Följaktligen skapas en ineffektiv process.

Som nämnt tidigare fanns det en bestämmelse om samhällsekonomisk tillåtlighet för vattenverksamheter enligt 11 kap. 6 § MB, även kallad båtnadsregeln. Där angavs att en vattenverksamhet endast fick bedrivas om dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna

⁶² Nuvarande förvaltningscykel pågår till och med år 2027.

⁶³ Angående stycke, se prop. 2017/18:243 s. 154–155 och Larfeldt & Strömberg, s. 87.

⁶⁴ Prop. 2017/18:243 s. 156. Undantag som kraftigt modifierat vatten, konstgjort vatten och mindre stränga krav.

⁶⁵ Jfr Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljö villkor*, s. 3.

av densamma. Syftet med regeln var att inte tillåta en vattenanläggning som inte var samhälls-ekonomiskt motiverad. När omprövningen för moderna miljövillkor infördes ansåg lagstiftaren att det saknades skäl för att bevara den särskilda regeln om samhälls-ekonomisk tillåtlighet med motiveringen att prövningsmyndigheten ändå måste ta ställning till om en verksamhet kan tillåtas med hänsyn till den miljöpåverkan som verksamheten har enligt hänsynsreglerna i 2 kap. MB. Dessutom skulle bestämmelsen i 5 kap. 4 § MB införas och därmed säkerställa att inte tillåta verksamheter som påverkar vattenmiljön på ett oacceptabelt sätt.⁶⁶

Samtidigt är det värt att nämna att flera remissinstanser avstyrkte förslaget om borttagandet av båtnadsregeln. Vänersborg tingsrätt ansåg exempelvis att båtnadsregeln utgjorde en tydlig anvisning till prövningsmyndigheterna gällande hur avvägningen skulle göras i samhälls-ekonomiskt hänseende.⁶⁷

På liknande sätt är fallet med rimlighetsavvägningen i 2 kap. 7 § MB. Vid införandet av omprövningen för moderna miljövillkor angav lagstiftaren att rimlighetsavvägningen inte får ge ett resultat som strider mot vattendirektivets krav.⁶⁸ Följaktligen anges i andra stycket i den nämnda bestämmelsen att det trots första stycket ska ställas krav som behövs för att följa 5 kap. 4 § MB. Med andra ord kan rimlighetsavvägningen enligt 2 kap. 7 § MB aldrig beaktas vid bedömningen av tillåtligheten av en verksamhet som har sådan betydelse att det äventyrar möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en miljö kvalitetsnorm.

Till följd härav har det blivit svårare att i domstolsprövningen bedöma huruvida föreslagna åtgärder kan anses vara rimliga i förhål-

lande till de kostnader som uppstår för verksamhetsutövare.

Några remissinstanser var oroliga över en sådan ordning och ansåg att undantagen enligt vattendirektivet inte skulle komma att utnyttjas fullt ut enligt skrivningarna i förarbetena. För att tillmötesgå remissinstanserna och säkerställa att nödvändiga avvägningar mellan motstående intressen blir gjorda har lagstiftaren angett i 4 kap. 14 § andra stycket VFF att om vattenmyndigheten finner att det inte finns förutsättningar för att ändra en miljö kvalitetsnorm efter en redogörelse som avses i 22 kap. 13 § MB, ska vattenmyndigheten hänskjuta frågan till regeringen för bedömning.⁶⁹

En verksamhetsutövare har därför en möjlighet att i det enskilda fallet yrka på ett yttrande från vattenmyndigheten enligt 22 kap. 13 § MB. Det förutsätter dock att verksamhetsutövaren kan visa på att det finns en anledning att anta att ett vatten som kan påverkas inte har den kvalitet som lagts till grund för en miljö kvalitetsnorm alternativt att något annat förhållande föreligger som har betydelse för att normgivningen inte överensstämmer med det som har lagts till grund för beslutet om normen.⁷⁰ Några av mina respondenter har lyft fram att vattenmyndigheten inte har kunnat vara ute på platsen för verksamheten för att se de faktiska förhållandena, utan endast beslutat om normer på expertbedömningar. I sådana fall kan verksamhetsutövaren komplettera sin ansökan med underlag som visar på att vattenmyndighetens klassificering inte stämmer överens med faktiska förhållanden. Om domstolen finner att utredningen som verksamhetsutövaren presenterar ger anledning att anta att det finns förutsättningar att ändra en miljö kvalitetsnorm ska domstolen begära ett ytt-

⁶⁶ Angående stycke, se prop. 2017/18:243 s. 166–168.

⁶⁷ Angående stycke, se a.a. s. 165–166.

⁶⁸ Prop. 2017/18:243 s. 147.

⁶⁹ Angående stycke, se prop. 2017/18:243 s. 156–157. Se även 5 kap. 6 § MB.

⁷⁰ Prop. 2017/18:243 s. 151.

rande från vattenmyndigheten som därefter får möjlighet att göra ändringar som utredningen föranleder. Ändringen som vattenmyndigheten kan göra inbegriper även utnyttjande av undantag enligt vattendirektivet.⁷¹ Även regeringen får meddela föreskrifter om undantag från en otillåten påverkan på vattenmiljön om det behövs för att tillgodose allmänna intressen av större vikt, vilket regleras i 5 kap. 6 § MB.

Mot bakgrund av aktuella förarbeten och den rättsliga regleringen kan uttolkas att regeringens avsikt var att avvägningen mellan motstående intressen skulle lösas inom ramen för samverkan eller åtminstone innan ansökan inkommer till domstolen. Avvägningen framkommer som tidigare nämnt i 42 a § VF där det anges att samverkan ska syfta till att sammanställa ett underlag som innebär största möjliga nytta för vattenmiljön och en effektiv tillgång till vattenkraftsel. Avvägningen framkommer även i propositionen och i den nationella planen. På flera ställen lyfter lagstiftaren upp vikten av behovet av en samordnad prövning och en nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel.⁷² I den nationella planen har lagstiftaren dessutom beslutat att prövningarnas sammantagna negativa inverkan på den nationella tillgången till vattenkraftsel ska hållas till ett riktvärde om 1,5 TWh.⁷³ Avvägningen, och särskilt tillgången till vattenkraftsel, framstår därmed som en central del i omprövningarna för moderna miljövillkor. Samtidigt får det inte genomslag i den praktiska tillämpningen.

Av intervjuresultaten följer dessutom att myndigheterna inte utnyttjar undantagen enligt vattendirektivet i den utsträckning som

verksamhetsutövarna har förväntat sig till följd av skrivningarna i propositionen och den nationella planen. Det verkar, enligt respondenterna, inte heller så enkelt att visa att det finns anledning att anta att en statusklassificering inte överensstämmer med faktiska förhållanden på platsen och därmed yrka på en begäran om yttrande från vattenmyndigheten enligt 22 kap. 13 § MB för att ändra en miljö kvalitetsnorm.⁷⁴ Dessutom kommer normen, även om frågan hänskjuts till regeringen, innebära en ändring i det enskilda fallet och då kan man åter fråga sig hur en sådan ordning förhåller sig till behovet av en samordnad prövning och den nationella tillgången till vattenkraftsel.

Av det ovan sagda följer att det föreligger oenigheter bland samverkansparterna gällande avvägningen mellan miljönytta och tillgången till vattenkraftsel. Oenigheterna hindrar parterna att uppnå en samsyn under samverkansprocessen avseende åtgärder som ska vidtas vid verksamheten, vilket i förlängningen hindrar säkerställandet av en effektiv prövning.

5. Tema två: Domstolens utrednings- skyldighet och processledning

5.1 Rättslig bakgrund

Mark- och miljödomstolen är enligt 21 kap. 1 § MB första instans i mål om omprövning för moderna miljövillkor. Enligt 4 kap. 1 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar gäller att i mål där mark- och miljödomstolen är första instans ska tillämpas vad som är föreskrivet om tvistemål i allmän domstol, om inte annat föreskrivs i denna lag eller annan lag. Vidare anges i andra stycket att det vid handläggningen av ärenden i första instans ska lagen (1996:242) om domstolsärenden tillämpas.

Rättegången vid tvistemål i allmän dom-

⁷¹ A.a. s. 156.

⁷² För vidare läsning, se exempelvis prop. 2017/18:243 s. 117 ff. och Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljövillkor*, s. 1–2.

⁷³ Regeringsbeslut, *Nationell plan för moderna miljövillkor*, s. 1.

⁷⁴ Det som ändras är den bestämda vattenkvaliteten i exempelvis ett vattendrag.

stol regleras i 42–44 kap. rättegångsbalken (1942:740), där bestämmelsen i 42 kap. 8 § anger i andra stycket att rätten ska, allt efter målets beskaffenhet, vid förberedelsen verka för att tvistefrågorna blir klarlagda och att parterna anger allt som de vill åberopa i målet. Andra stycket uttrycker det som kallas för materiell processledning med vilket menas att rätten aktivt ska undersöka i vad mån det föreligger oenighet respektive enighet mellan parterna, inte bara i fråga om yrkanden och rättsfakta, utan även i övrigt när det gäller sakförhållanden av betydelse för avgörandet. Målets beskaffenhet är således avgörande för processledningens omfattning, både i sak och övriga omständigheter i målet. Rätten har vidare en möjlighet att självmant föra in nytt material i målet.⁷⁵

På motsvarande sätt kommer den materiella processledningen till uttryck i miljöbalken. Enligt 22 kap. 11 § 2 st. MB gäller att mark- och miljödomstolen under förberedelsen ska se till att utredningen i målet får den riktning och omfattning som krävs. Bestämmelsen reglerar därmed domstolens utredningsskyldighet och processledande verksamhet.⁷⁶ Vikten av domstolens processledning i omprövningsförfarandet kommer framför allt till uttryck i samband med att samråd inte krävs vid en ansökan om omprövning för moderna miljövillkor. I förarbetena till omprövningsbestämmelsen i 24 kap. 10 § MB framkommer följande:

I avsaknad av krav på samråd med andra berörda enskilda och myndigheter är det viktigt att prövningsmyndigheten tidigt under beredningen säkerställer att det underlag finns tillgängligt i målet som behövs för att prövningen ska resultera i att verksam-

heten förenas med nödvändiga restriktioner och försiktighetsmått.⁷⁷

Mark- och miljödomstolarna har bland annat tagit fram en kortare redogörelse för vad en ansökan om omprövning för moderna miljövillkor ska innehålla. Där framkommer exempelvis att verksamhetsutövare ska inkomma med underlag för bedömning av miljökonsekvenserna till följd av de åtgärder som ska vidtas. Trots att en omprövning för moderna miljövillkor inte ställer krav på en specifik miljöbedömning enligt 6 kap. 20 § MB måste verksamhetsutövaren ändå lämna en beskrivning för att tillräckligt väl kunna bedöma verksamhetens miljökonsekvenser.⁷⁸

Härutöver finns det en reglering i 22 kap. 12 § MB att om det för bedömningen av målet behövs någon särskild utredning eller värdering, kan mark- och miljödomstolen förordna en eller flera sakkunniga att efter förberedande undersökning avge utlåtande i målet. Bestämmelsen ger uttryck för ett behov av utredning som många gånger behövs i miljösmål.⁷⁹

Domstolens utredningsskyldighet och processledning i miljösmål är väl reglerad i lagstiftningen, men det saknas en vidare förklaring till innebörden av densamma i förarbetena. Vad gäller omprövningen för moderna miljövillkor förekommer det ingen utförligare ledning i förarbetena utöver stadgandet ovan om prövningsmyndighetens skyldighet att säkerställa ett tillräckligt underlag för målet. Därför har jag valt att undersöka saken närmare genom att i första hand intervjua domare från mark- och miljödomstolen och få ett praktiskt perspektiv på domstolens utredningsskyldighet och process-

⁷⁵ Angående stycke, se prop. 1986/87:89 s. 196.

⁷⁶ Angående citat, se Wik, M, *Miljöbalken (1998:808)*, kommentar till 22 kap. 11 § MB, Juno.

⁷⁷ Prop. 2017/18:243 s. 120.

⁷⁸ Angående stycke, se, Mark- och miljödomstolen, *Moderna miljövillkor – Nationella planen* [webbsida].

⁷⁹ Wik, M, *Miljöbalken (1998:808)*, kommentar till 22 kap. 12 § MB, Juno.

ledande verksamhet.⁸⁰ Här vill jag åter lyfta att avsikten inte är att generalisera resultatet, utan endast belysa respondenternas uppfattning om domstolens processledning vid omprövningsmål enligt 24 kap. 10 § MB.

5.2 Praktikers perspektiv på domstolens utredningsskyldighet och processledning

Intervjufrågorna har ämnat att undersöka domstolens roll i omprövningen med särskild betoning på domstolens utredningsskyldighet och processledande verksamhet. Mot bakgrund av Miljöprövningsutredningen har frågan om kompletteringar diskuterats för att förstå domstolens uppfattning kring kompletteringsrundor som en del av domstolens utredningsskyldighet. En aspekt som jag har valt att undersöka är om kompletteringar i omprövningsmål enligt 24 kap. 10 § MB skiljer sig åt från fullständiga tillståndsprövningar av vattenverksamheter, och i sådana fall, på vilket sätt.⁸¹

Två av domarna från mark- och miljödomstolen förklarade att utredningsskyldigheten inte skilde sig åt i något hänseende gentemot andra miljöprövningar, vilket kan exemplifieras med följande citat:

Som i alla miljömål har domstolen ett långtgående utredningsansvar och officialprövning, men av betydelse är också hur parterna för processen och vilka svårigheter myndigheterna pekar på. (*Domare A*)

På liknande sätt anförde den andra domaren avseende frågan huruvida utredningsskyldigheten sträcker sig längre än i fullständiga tillståndsprövningar:

⁸⁰ Frågan om domstolens processledning har även diskuterats med andra respondenter, men huvudsakligen domare från mark- och miljödomstolen.

⁸¹ Här avses tillståndsprövningar enligt 11 kap. MB. När det gäller kompletteringar har frågan även riktats till övriga respondenter, inte enbart domarna.

Inte mer än i andra mål. Vi har samma regler. Här finns inga nya regler. [...] När det kommer in ett underlag så skickar vi den ofta på remiss till partsmyndigheterna och om de tycker att de är fullgott eller inte. Samtidigt tar vi ställning till om vi tycker att det är fullgott eller inte och det gör vi i alla ansökningsmål, inte endast NAP-mål [mål enligt den nationella planen]. Beroende på vad partsmyndigheterna säger och vad vi själva säger så skickar vi förelägganden om det som behöver utredas mer. (*Domare C*)

Till skillnad från de två ovan presenterade citaten, yttrade den tredje domaren att det föreligger ett större ansvar på domstolens processledning inom ramen för omprövningar:

Det läggs ett större ansvar på domstolen på processledningen i den här processen. I ett normalt tillståndsmål ska de föregås av ett samråd där länsstyrelsen ger anvisningar om vad man bör utreda inom ramen för MKB [miljökonsekvensbeskrivning] och vilka man ska ha kontakt med. Tanken är att det ska påverka utformningen och innehållet i ansökan och MKB. Nu kan det ju bli så att när man inte har samråd så kommer det in knapphändiga ansökan, då får domstolen begära in kompletteringar. [...] Vi kontrollerar alltid ansökan, men det ligger större tyngd att vi får med allt för att man ska kunna göra de avvägningar och bedömningar i processen. (*Domare B*)

Kompletteringar utgör således en del av domstolens utredningsskyldighet. Samtidigt ligger kompletteringar till grund för långa handläggningstider och en ineffektiv prövning enligt Miljöprövningsutredningen. Till följd härav valde jag att övergå till frågan gällande kompletteringar och vad kompletteringsrundor handlar om vid omprövningsförfarandet.

Bland respondenterna är uppfattningen överlag att det föreligger ett stort kompletteringsbehov vid omprovningarna, men att det också förefaller vara på grund av bristande underlag och knapphändiga ansökningar från verksamhetsutövare. För att illustrera det sagda kan följande två intervjuцитат få belysa detta:

Oftast är det ju att det finns brister i ansökan från verksamhetsutövaren. Ibland är det så att myndigheter vill ha komplettering, men verksamhetsutövaren anser att det inte behövs för provningen. Den situationen förekommer och då får domstolen bestämma. (*Domare B*)

På Älvräddarsidan ser vi att sökanden, särskilt större bolag i många fall, har extremt stora ekonomiska resurser, men många gånger kommer in med undermåliga underlag och ansökningar. (*Miljöorganisation*)

Samtidigt uttrycker några av respondenterna att kompletteringarna som föreligger inom ramen för omprovningen inte skiljer sig åt från fullständiga tillståndsprövningar, vilket i sin tur påverkar omprovningens effektivitet och tanken med att det ska vara en förenklad provning. Detta kan illustreras av följande två citat:

Nej, det skulle jag inte säga [att kompletteringar sticker ut för omprovningar]. Jag kan bara uttala mig i de mål jag har haft. Jag har ingen aning vad andra domare har och vad som ligger på andra domstolar, men i de mål jag har haft har jag inte sett egentligen något annorlunda alls än i vanliga mål, mer än att det är ett annat krav på MKB [miljökonsekvensbeskrivning]. Eller, inte på MKB:n, för att, om man ska man vara riktigt krass, så är det är lika stort krav på underlag genom 22 kap. MB. Det som är skillnaden är samrådet. (*Domare C*)

Genom att vi inte har något ärende skarpt i domstol har vi inte tagit del av komplettering än. Jag har endast tagit del av vad mina branschkollegor ger uttryck för. Det är mycket kompletteringar som ska till och man lägger en stor utredningsbörda på verksamhetsutövaren. Igen, man skulle behöva definiera omprovningensinstitutet, tanken var ett smidigt, snabbt och enkelt förfarande och det går man ifrån om det blir den typen av kompletteringar. (*Vattenregleringsföretagen*)

Ytterligare en aspekt som kom upp under intervjuerna hörde samman med kompletteringar till följd av oklara rättsförhållanden kring huruvida det föreligger ett tillstånd för verksamheten. Respondenten från länsstyrelsen uppgav att orsaken till det stora kompletteringsbehovet är att myndigheten tittar på helheten inför en provning och angav följande:

Länsstyrelsen verkar för att provning i domstol ska resultera i ett tillstånd för hela verksamheten och med villkor som leder till att MKN [miljökvalitetsnormer] för berörda vattenförekomster kan nås. I sammanhanget behöver dessutom länsstyrelsen i varje enskild provning ta ställning till om omprovning av befintligt tillstånd är tillräckligt eller om hela eller delar av verksamheten bedöms kräva tillståndsprövning. [...] Det är något som verksamhetsutövarna och deras ombud ofta tycker att vi är onödigt krävande i, men jag tror att vi har fog för detta, och framför allt har vi stöd i domstolen. (*Länsstyrelsen*)

Ett liknande resonemang uppgav det tekniska rådet vid mark- och miljödomstolen avseende frågan huruvida det föreligger en skillnad i kompletteringar mellan omprovning för moderna miljövillkor och vanliga vattenmål:

De första frågorna har inte varit så tekniska, utan det handlar ofta om rent juridiska frågor, kopplade till tillstånd. Vilka tillstånd finns i botten. Där har det varit en fråga i många mål som man behövt reda ut. Inte helt ovanligt att sökande har haft två yrkanden. Ett om omprövning och en tillståndsansökan, med samråd och MKB [miljökonsekvensbeskrivning]. (*Tekniskt råd*)

Återigen belyser respondenten i sistnämnda citatet frågan huruvida omprövningsförfarandet verkligen kan anses utgöra en förenklad prövning. Ett sådant tillvägagångssätt ifrågasätter hela syftet med omprövningen, men även frågan om rättssäkerhet och förutsebarhet i omprövningsprocessen.

5.3 En diskussion i förhållande till omprövningens processeffektivitet

Det förefaller ligga en oenighet mellan de intervjuade domarna kring hur långt domstolens utredningsskyldighet sträcker sig i omprövningsmål samtidigt som domarna är överens om att utredningsskyldigheten överlag är långtgående i miljömål.⁸² En domare angav dock att skillnaden i omprövningsmål är att prövningen inte föregås av ett samråd och därför ställer högre krav på domstolens processledning. Det ligger också i linje med lagstiftarens uttalande i förarbetena om att avsaknaden av samråd ställer krav på prövningsmyndigheterna att "säkerställa att det underlag finns tillgängligt i målet som behövs för att prövningen ska resultera i att verksamheten förenas med nödvändiga restriktioner och försiktighetsmått".⁸³ Frågan som uppkommer rör i stället kompletteringar och hur det förhåller sig till omprövningens effektivitet.

Enligt Miljöprövningsutredningen har en delvis inaktiv processledning hos mark- och miljödomstolarna visat sig påverka tidsåtgången mellan ansökan och kungörelse till följd av kompletteringsbehoven. Därutöver konstaterar utredningen att reglerna för processledningen i vissa fall är otydliga och att reglerna därför inte tillämpas på ett ändamålsenligt sätt, vilket på sikt leder till långa kompletterings- och handläggningstider samt en oförutsebar process.⁸⁴

I förhållande till omprövningsförfarandet, och det som har framkommit om kompletteringar under mina intervjuer, verkar det förhålla sig på liknande sätt i omprövningsmål som utredningen framhåller. Enligt respondenterna föreligger det ett stort kompletteringsbehov i processen. På annat sätt har några av mina respondenter uttryckt att kompletteringsbehovet inte skiljer sig åt från fullständiga tillståndsprövningar, vilket ställer en annan fråga på sin spets, nämligen huruvida omprövningen är tänkt att vara en förenklad prövning. Framför allt har en domare lyft fram att det i omprövningsmål verkar föreligga ett lika stort krav på underlag som vid en fullständig tillståndsprövning. Den enda skillnaden, som respondenten förklarade, ligger i att det inte föregås av ett samråd. Härtill kommer vad det tekniska rådet nämnde ovan om kompletteringar och frågor om tillstånd. Respondenten förklarade att flera verksamhetsutövare har valt att inkomma med två yrkanden – ett yrkande på omprövning för moderna miljövillkor och ett annat yrkande på en fullständig tillståndsprövning med miljökonsekvensbeskrivning och samråd. Återigen kan en sådan ordning inte anses ligga i linje med lagstiftarens uttalande att omprövningen ska innebära en förenklad prövning i förhållande till en fullständig tillståndsprövning.⁸⁵ På liknande sätt förhåller

⁸² Se även Wik, M, *Miljöbalken (1998:808), kommentar till 22 kap. 11 § MB*, Juno.

⁸³ Angående citat, se prop. 2017/18:243 s. 120.

⁸⁴ Angående stycke, se SOU 2022:33 s. 92.

⁸⁵ Se särskilt prop. 2017/18:243 s. 120.

det sig till att verksamheter som drivs med stöd av äldre rättigheter inte ska behöva söka nytt tillstånd som om verksamheten ännu inte hade påbörjats.⁸⁶

Vad som har framkommit ovan gällande domstolens utredningsskyldighet och processledning kan även ifrågasätta domstolens roll och påverkan på omprovningens effektivitet. Med stora kompletteringsbehov, alternativt ett yrkande på en fullständig tillståndsprovning, kan inte omprovningen anses utgöra ett effektivt förfarande. Samtidigt är det svårt att undvika kompletteringar om kompletteringar utgör en del av domstolens utredningsskyldighet och processledande verksamhet. Däremot kan man fråga sig vad kompletteringarna beror på och hur långt domstolens utredningsskyldighet ska sträcka sig. Om domstolen fördjupar sig i vad som omfattas av ett tillstånd enligt urminnes hävd, och utger detaljorienterade kompletteringar till följd därav, skapas friktion i processen. Ett sådant tillvägagångssätt för inte omprovningarna framåt och hämmar dessutom processeffektiviteten.

6. Tema tre: Tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd

6.1 Rättslig bakgrund

För närvarande finns det sammanlagt 3 727 vattenkraftverk och dammar som har tillstånd enligt s.k. äldre rättigheter, varav den största delen har tillstånd enligt äldre vattenlagen (1918:523).⁸⁷ Därutöver har ett mindre antal vattenkraftverk och dammar tillstånd enligt vattenlagen (1983:291) och ännu ett mindre antal har tillstånd enligt äldre bestämmelser såsom urminnes hävd och privilegiebrev.⁸⁸

En verksamhetsutövare som anser sig ha en vattenverksamhet som drivs med stöd av en

s.k. äldre rättighet behöver ta med dokumentation till stöd för sitt påstående i en ansökan om omprovning för moderna miljövillkor. Det är nämligen den som påstår sig ha ett tillstånd för sin verksamhet enligt en äldre rättighet som har bevisbördan för dess existens och innehåll.⁸⁹

Ett större antal av de vattenkraftverk och dammar som drivs med tillstånd enligt äldre rättigheter utgörs av småskalig vattenverksamhet som bidrar med en mindre andel effekt för den totala elproduktionen i Sverige. Samtidigt kan sådana verksamheter ha en betydelse i ett nationellt, regionalt eller lokalt perspektiv avseende elberedskapen i Sverige och omställningen till 100 % förnybar energi år 2040. Därutöver kan sådana vattenverksamheter även ha betydelse utifrån andra samhällsintressen såsom kulturmiljön, rekreationsintressen och landskapsbilden.⁹⁰

Genom tiderna har tolkningen avseende äldre bestämmelser diskuterats i förarbetena och särskilt till hur äldre rättigheters rättskraft ska bedömas. Enligt 24 kap. 1 § MB har ett tillstånd till en vattenverksamhet eller vattenanläggning rättskraft avseende de frågor som har prövats i målet. Problemet är att det förefaller vara svårt att bedöma rättskraftens räckvidd särskilt i förhållande till ett tillstånd som grundar sig på den äldre rättigheten *urminnes hävd*. Lagstiftaren anger att, i fråga om urminnes hävd, har de frågor rättskraft som kan visas vara tillåtna i förhållande till hur anläggningen är konstruerad och verksamheten har bedrivits.⁹¹

Förutsättningarna för urminnes hävd stadgades som en rättighet i 15 kap. jordabalken i 1734 års lag där lagen angav att "man någon fast egendom eller rättighet i så lång tid oqvald och obehindrad besuttit, nyttjadt och brukadt

⁸⁶ Bet. 2017/18:CU31 s. 17.

⁸⁷ SOU 2013:69 s. 209.

⁸⁸ A.a. s. 209.

⁸⁹ Prop. 2017/18:243 s. 110.

⁹⁰ Angående stycke, se prop. 2017/18:243 s. 93 och SOU 2013:69 s. 329.

⁹¹ Angående stycke, se prop. 2017/18:243 s. 109–110 och s. 114.

hafver, att ingen minnes, eller af sanna sago vet, huru hans förfäder, eller fångesmän först thertil komne äro".⁹² En sådan rättighet kan åberopas av en verksamhetsutövare om han kan visa att verksamheten har bedrivits "två mansåldrar före jordabalkens ikraftträdande".⁹³ Med formuleringen menas att urminnes hävd kan omfatta en verksamhet och tillhörande anläggningar som tillkommit före år 1882, alltså 90 år innan jordabalken trädde i kraft.⁹⁴ I fråga om urminnes hävd ligger svårigheten i att det oftast saknas någon skriftlig dokumentation för rättighetens existens.⁹⁵ Verksamhetsutövaren kan i stället fullgöra bevisningen genom en utredning som visar på vilket sätt verksamheten har bedrivits sedan lång tid tillbaka utan invändning från motstående intressen.⁹⁶

Därtill ska verksamheten ha lämnats obestridd med vilket menas att verksamhetsutövaren, med hänsyn till omständigheterna, kan göra sannolikt att "den verksamhet som bedrivs idag inte i något väsentligt avseende skiljer sig från hur den kan antas ha bedrivits före införandet av de tillståndskrav som miljöbalken sedan ersatte".⁹⁷ Därutöver anges inte hur formuleringen *inte i något väsentligt avseende skiljer sig från hur den kan antas ha bedrivits* ska förstås, vilket enligt min uppfattning öppnar upp för ett tolkningsutrymme för prövningsmyndigheterna i deras bedömning.

Mot bakgrund härav och i samband med införandet av omprövningsbestämmelsen i 24 kap. 10 § MB förtydligade lagstiftaren äldre rättigheters status i förhållande till andra tillstånd meddelade enligt miljöbalken genom att införa en

ny bestämmelse i miljöbalkens promulgationslag. Enligt 5 a § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken gäller att en verksamhet som bedrivs i enlighet med en urminnes hävd, ett privilegiebrev eller annan sådan särskild rättighet att förfoga över vatten som avses i 2 kap. 41 § vattenlagen (1918:523) ska anses bedrivas med stöd av en rättighet som har tillkommit enligt motsvarande bestämmelser i miljöbalken eller i föreskrifter som har meddelats med stöd av miljöbalken, om det inte följer något annat av denna lag eller av föreskrifterna. Syftet med förtydligandet var att verksamheter som drivs med stöd av äldre rättigheter på ett enkelt sätt ska komma in i omprövningssystemet för moderna miljövillkor och att prövningen därefter kan koncentreras kring behovet av miljöanpassning och miljöprövning.⁹⁸ Inför omprövningarna har lagstiftaren därför förtydligat att det avgörande är om verksamheten kan anses bedrivas i enlighet med stöd av en äldre rättighet.⁹⁹ För att åstadkomma en sådan ordning är det därför viktigt att beviskraven gällande vad som omfattas av en äldre rättighet inte ställs allt för höga så att det i praktiken inte kommer vara möjligt för en verksamhetsutövare att bevisa vad som är rättskraftigt avgjort.¹⁰⁰ Till följd härav har jag valt att genom intervjuer undersöka hur den äldre rättigheten urminnes hävd har kommit in i prövningen till denna dag och reflektera kring vad det kan tänkas innebära för omprövningens processeffektivitet.

6.2 Praktikers perspektiv på tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd

De sista intervjufrågorna gällde tillstånd som grundar sig på den äldre rättigheten urminnes hävd och var ämnade att förtydliga hur olika

⁹² Angående citat, se SOU 2013:69 s. 179.

⁹³ Angående citat, se prop. 2017/18:243 s. 236.

⁹⁴ SOU 2013:69 s. 180; Jordabalken (1970:994) trädde i kraft år 1979.

⁹⁵ Prop. 2017/18:243 s. 110.

⁹⁶ A.st.

⁹⁷ Prop. 2017/18:243 s. 236; Angående citat, se bet. 2017/18:CU31 s. 19.

⁹⁸ Prop. 2017/18:243 s. 110.

⁹⁹ Bet. 2017/18:CU31 s. 18–19.

¹⁰⁰ A.a. s. 19.

parter uppfattar vad som omfattas av ett sådant tillstånd. Här har jag specifikt ställt mig frågande till huruvida det förekommer oenigheter över vad som enligt tillståndet kan anses vara rättskraftigt avgjort och hur respondenterna ser på saken. Frågorna riktades främst till myndighetsrepresentanterna och domarna vid mark- och miljödomstolen i deras bedömning av verksamhetsutövarnas tillstånd.

Det första som kan sägas är att representanterna på myndighetssidan ger uttryck för att det föreligger en problematik kring domstolens instruktion och bedömning avseende urminnes hävd, samt vad som anses rättskraftigt avgjort. Följande två intervjuцитat kan illustrera det nämnda:

Från Havs- och vattenmyndighetens sida har vi valt att inte lägga så stort fokus på äldre rättigheter i prövningarna. Däremot upplever jag att domstolarna lägger mycket fokus på sådana tillstånd, vilket har att göra med skrivningarna i propositionen inför de nya bestämmelserna. Där nämns att äldre rättigheter gäller för vad det var avsett för och inte mer, och då är det förväntat, tänker jag, att domstolen intresserar sig för [Respondenten exemplifierar med följande] Okej, det har varit en kvarnverksamhet här. När slutade kvarnen drivas och när startade man upp vattenkraftverket? [Slut exempel]. Eftersom de flesta vattenkraftverk kom till på 1900-talet och hävdinstituten ska vara före år 1882, då blir det svårt för många och säga att de har en urminnes hävd för vattenkraftverket. Då handlar prövningen mer om hur själva anläggningen ser ut. (*Havs- och vattenmyndigheten*)

Domstolen begär, när så bedöms nödvändigt, kompletteringar som visar tillståndstatus för aktuell anläggning, men också andra nödvändiga uppgifter för prövningen.

Urminnes hävd är ett begrepp som sträcker sig långt bakåt i tiden, från 1882. Anläggningar och verksamheter som åberopar hävdvunna rättigheter ska i princip vara intakta från den tiden. Verksamhetsutövare kan få svårt att bevisa att anläggningen vilar på urminnes hävd eller annan äldre rättighet. I Sverige tog elenergiproduktionen fart i början av 1900-talet. Frågan som har ställts är om man kan driva ett vattenkraftverk för elenergiproduktion och åberopa urminnes hävd? Kommande prövningar i domstol får vägleda i hur bedömningar ska göras, men en hel del av de anläggningar som ska in i prövningen och åberopar rättigheter, kan behöva söka tillstånd. Vi på länsstyrelsen har därför under samverkansprocesser varit noga med att informera om vikten av att ta ställning till vilken typ av prövning som är aktuell i det enskilda fallet. (*Länsstyrelsen*)

Respondenten i sistnämnda citatet ger alltså uttryck för att det i vissa fall kan komma att krävas en fullständig tillståndsprövning, vilket innefattar en miljökonsekvensbeskrivning och ett samråd. På liknande sätt har en domare från mark- och miljödomstolen gett uttryck för att det enligt deras instruktion är avgörande vad som är rättskraftigt avgjort och att en verksamhetsutövare i stället kan behöva söka tillstånd för verksamheten. Följande intervjusekvens kan få illustrera detta:

För att slippa omgångar med samråd ska det finnas en rättighet i botten som man omprövar. [...] Om vi bedömer att en verksamhet bedrivs idag utan något som kan betecknas som tillstånd, då måste man söka om tillstånd. Då måste man följa MKB [miljökonsekvensbeskrivning] och samråd. Om verksamhetsutövaren tycker att han eller hon eller det anses ha tillstånd med hänsyn till urminnes hävd och vi anser att det inte

är uppfyllt, då riskerar de att få sin ansökan avvisad och då får de börja om från början med samråd och allt sådant. Där kan man tänka sig att det är lite strul i processerna. (*Domare B*)

Men, om man ändå kan visa att man har haft en rättighet att bedriva en verksamhet på platsen, hur kommer det sig att man inte fokuserar på miljöprövningen [moderna miljövillkor]? Är det reglerat att man behöver visa vad rättigheten omfattar? (*Fabianne Lenoir*)

Det ligger i begreppet, omprövning. Det är ju en omprövning av en rättighet som man har. Har man ingen rättighet, så finns det inget som kan omprövas. Det kan man tycka är onödigt formalistiskt, men domstolarna är typiskt formalistiska. (*Domare B*)

Ytterligare en domare från mark- och miljödomstolen har lyft fram vikten av att frågan vid en omprövning rör sig kring den rättighet som ligger till grund för prövningen och vad den omfattar:

Ska du fortsätta avleda vatten och du inte kan visa att du gjort det tidigare eller att du vill avleda vatten året runt till visst ändamål, då får man söka tillstånd för det. Det är mycket där som svårigheterna ligger med många prövningar vi har. [...] Allting beror på omständigheterna i det enskilda fallet och hur mycket dokument som finns, hur mycket ritningar och hur mycket man kan visa var du avledde vatten 1882. Det är en bedömning i det enskilda fallet att bedöma vilken anläggningsdel har resulterat i vilken vattenverksamhet och vilken vattenverksamhet som därmed anses omfattas av rättigheten och vilken vattenverksamhet har vi ingen aning om. Och finns det ingenting

som visar på det så hjälper det inte med bevislättnad.¹⁰¹ (*Domare C*)

Med andra ord, samtidigt som lagstiftaren yttrar att det ska finnas en bevislättnad för verksamhetsutövare att visa att det finns en rättighet i botten, för att på ett enkelt sätt ska komma in i prövningen, har domstolen att förhålla sig till bestämmelsen i 24 kap. 1 § MB som säger att ett tillstånd till en vattenverksamhet eller vattenanläggning har rättskraft avseende de frågor som har prövats i målet.¹⁰² Här har en respondent uttryckt att lagstiftaren på så sätt har gjort bort sig lite. Respondenten tillade även följande:

Det är ju helt uppenbart att själva avledningen för vattenkraften, den kan ju inte omfattas av hävd. Då måste man hålla på att visa att det har skett en avledning till en kvarn som är ungefär lika stor. Det har blivit svårare att göra det nu. (*Ombud i vattenkraftsmål*)

Sammanfattningsvis ger respondenterna uttryck för att det föreligger en svårighet för den äldre rättigheten urminnes hävd att komma in i omprövningen för moderna miljövillkor. Det främsta skälet är svårigheten i att bevisa vad som är rättskraftigt avgjort, varför bedömningen blir mer detaljorienterad kring verksamhetens utformning och tar därför ett avstamp från själva miljöprövningen.

6.3 En diskussion i förhållande till omprövningens processeffektivitet

Vad som framkommer i den rättsvetenskapliga litteraturen skiljer sig åt från vad mina respondenter har lyft fram kring urminnes hävd och hur den rättigheten hittills har kommit in i prövningen, särskilt om man ser på formuleringarna

¹⁰¹ För vidare läsning om bevislättnad, se bet. 2017/18:CU31 s. 18–19.

¹⁰² A.st.

kring hur urminnes hävd ska bevisas och tolkas i förhållande till vad som anses vara rättskraftigt avgjort.

Propositionen anger att en verksamhetsutövare kan fullgöra bevisningen gällande urminnes hävd "genom en utredning som visar på vilket sätt verksamheten har bedrivits sedan lång tid tillbaka utan invändning från motstående intressen".¹⁰³ Vad som därtill anses rättskraftigt avgjort har lagstiftaren angett att det i fråga om urminnes hävd gäller vilka frågor som kan visas vara "tillåtna i förhållande till hur anläggningen är konstruerad och verksamheten bedrivits".¹⁰⁴

Civilutskottet har i sitt betänkande tydliggjort skrivningen i propositionen med ett perspektiv utifrån energiöverenskommelsen på följande sätt:

Det avgörande är därmed inte om den teknik som verksamheten använder skiljer sig från den teknik som ursprungligen användes, utan om verksamheten kan anses bedrivas i enlighet med s.k. äldre rättigheter. Utifrån förhandlingarna inom energiöverenskommelsen ska detta tolkas som att exempelvis rätten att bedriva verksamhet med en gammal kvarn med generator ska kunna ha rättskraft.¹⁰⁵

Syftet med en sådan ordning är att verksamheter som drivs med stöd av äldre rättigheter, och däribland urminnes hävd, inte ska behöva söka nytt tillstånd som om verksamheten ännu inte hade påbörjats.¹⁰⁶ Emellertid ser prövningarna i dagsläget ut att generera fullständiga tillståndsprövningar avseende verksamheter som drivs med stöd av urminnes hävd. Det beror till viss del på att tillstånd enligt urminnes hävd inte är tillräckligt tydliga i vilka rättigheter de avser för

att kunna jämföras med den verksamhet som bedrivs på platsen, medan en annan del hänför sig till svårigheten att kunna visa vad som är rättskraftigt avgjort.

En annan intressant aspekt är att lagstiftaren hänvisar i propositionen till vad tidigare utredningar har kommit fram till avseende äldre rättigheter.¹⁰⁷ Gällande urminnes hävd stadgade den tidigare utredningen att en verksamhetsutövare kan fullgöra bevisningen genom en utredning som visar att "viss vattenhushållning sedan lång tid tillbaka tillämpats vid byggnaden utan invändning från motstående intressen".¹⁰⁸

Det föreligger en skillnad mellan att *visa på vilket sätt* en verksamhet har bedrivits och att *visa att en viss vattenhushållning har tillämpats* vid byggnaden.¹⁰⁹ Till detta kommer att vattenlagstiftningen innan år 1880 framför allt styrdes av 1734 års lag. Som nämnt tidigare var grundprincipen på den tiden att den som ägde marken även fick utnyttja vattnet som gick över marken så länge det inte skadade andra intressen. Med införandet av omprovningen för moderna miljövillkor kräver lagstiftaren att verksamhetsutövaren ska visa vilka frågor som har blivit rättskraftigt avgjorda. En sådan ordning går stick i stäv med lagstiftarens uttalande i samma proposition om att äldre rättigheter på ett enkelt sätt ska komma in ett system där den äldre rättigheten "synliggörs och erkänns och där det sedan ges tid för såväl verksamhetsutövarna som myndigheterna att koncentrera sig på de frågor som rör behovet av miljöanpassning och miljöprovning".¹¹⁰

Intervjuresultaten tyder på att det vid omprovningen av äldre rättigheter krävs en bevis-

¹⁰³ Angående citat, se prop. 2017/18:243 s. 110.

¹⁰⁴ Angående citat, se a.st.

¹⁰⁵ Bet. 2017/18:CU31 s. 18–19.

¹⁰⁶ A.a. s. 17.

¹⁰⁷ I prop. 2017/18:243 s. 73 anges följande: "Av betydelse för det här lagstiftningsärendet är Vattenverksamhetsutredningens förslag om den rättsliga statusen för verksamheter som bedrivs med stöd av urminnes hävd, privilegiebrev eller andra särskilda s.k. äldre rättigheter."

¹⁰⁸ SOU 2013:69 s. 196.

¹⁰⁹ Jfr prop. 2017/18:243 s. 110 och SOU 2013:69 s. 196.

¹¹⁰ Prop. 2017/18:243 s. 110.

ning för vad som har blivit rättskraftigt avgjort. Därtill kommer att prövningen avseende rättigheten urminnes hävd i dagsläget blir detaljorienterad, vilket leder till svåra och långdragna kompletteringar som skapar en ineffektiv omprövningsprocess.

7. Avslutning

Till följd av Sveriges medlemskap i EU och implementeringen av vattendirektivet, råder det ingen tvekan om att det föreligger ett behov av moderna miljövillkor för vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel. Emellertid öppnar lagstiftningen upp för tolkningsutrymmen och diskrepanser i omprövningsprocessen, vilket påverkar förfarandets processeffektivitet.

I artikeln framgår att den nuvarande samverkansprocessen inte säkerställer ett effektivt omprövningsförfarande. Orsaken ligger främst i meningsskiljaktigheter mellan parterna avseende normsättningsförfarandet av miljökvalitetsnormer och därmed bestämmandet av åtgärder som ska vidtas för att uppnå moderna miljövillkor. Samtidigt står det klart att en samverkan, i likhet med ett samråd, har en stor betydelse för den fortsatta domstolsprocessen och därmed omprövningens processeffektivitet. Ju fler frågor och oklarheter som kan lösas ut inom ramen för samverkan, desto snabbare process i domstolen och därmed en mer effektiv prövning.

Mark- och miljödomstolens utredningsskyldighet och processledning är långtgående i alla miljömål och särskilt i förhållande till omprövningen som inte är förenad med ett krav på

miljökonsekvensbeskrivning enligt 6 kap. MB och samråd. Eftersom den nuvarande samverkansprocessen inte fungerar som lagstiftaren har åsyftat inkommer parter ofta med målkonflikter till domstolen som egentligen bör kunna utlösas inom ramen för samverkan. Parterna är många gånger oeniga avseende normsättningen och den avvägning som ska göras mellan nyttan för vattenmiljön och tillgången på vattenkraftsel. Därtill kommer en oklarhet avseende äldre rättigheters rättskraft och vad som omfattas av sådana tillstånd. Samtliga faktorer bidrar till långdragna kompletteringsrundor som åtskilliga gånger är detaljorienterade och hämmar således en effektiv prövning.

Avslutningsvis har intervjuresultaten visat att tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd inte kommer in i prövningen på ett enkelt sätt. Orsaken grundar sig i motsägelsefulla skrivningar i förarbetena, särskilt i förhållande till tillstånd enligt urminnes hävd. Det är svårt för verksamhetsutövare att å ena sidan visa vad som är rättskraftigt avgjort och vad som därmed omfattas av ett tillstånd, om man å andra sidan inte beaktar lagstiftningen som gällde vid tillståndets uppkomst. En sådan ordning bidrar i dagsläget till en ineffektiv prövning.

Sammanfattningsvis finns det faktorer inom både samverkansprocessen, domstolens utredningsskyldighet och processledning, samt tillstånd enligt den äldre rättigheten urminnes hävd, som bidrar till bristande processeffektivitet i den nuvarande omprövningen för moderna miljövillkor.