

2019-12-03

Vägledning gällande tillsyn av vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel

- avseende verksamhet som ingår respektive inte ingår i den nationella planen för att förse vattenkraft med moderna miljövillkor

Bakgrund

Havs- och vattenmyndigheten har fått frågor om tillsynen över vattenverksamheter som har anmält sig till och godkänts för att ingå i den nationella planen för omprövning av vattenkraft (den nationella planen). Det har även inkommit frågor när det gäller tillsynen över verksamheter som inte ingår i planen.

Dessutom har Mark- och miljööverdomstolen kommit med ett antal avgöranden den sista tiden gällande bland annat tolkningen av bestämmelserna i 11 kap 27 § andra stycket miljöbalken respektive 41 § förordningen (1998:1388) om vattenverksamheter (vattenverksamhetsförordningen).

Enligt 11 kap 27 § **första stycket** miljöbalken ska den som bedriver en tillståndspliktig vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel se till att verksamheten har moderna miljövillkor¹ från och med den 1 januari 2019.

Av **andra stycket** framgår att en verksamhet, trots första styckets krav på moderna miljövillkor från och med den 1 januari 2019, får bedrivas till dess en prövning är klar, om

1. verksamhetsutövaren har ansökt om tillstånd eller omprövning för att förse verksamheten med moderna miljövillkor, eller
2. verksamheten omfattas av en nationell plan för moderna miljövillkor

¹ Med moderna miljövillkor avses att tillståndets villkor eller bestämmelser till skydd för människors hälsa och miljön har bestämts enligt miljöbalken, genom en dom eller i ett beslut som inte är äldre än fyrtio år.

enligt föreskrifter som regeringen meddelar och verksamhetsutövaren inte är försenad med att ansöka om prövning enligt planen.

Bestämmelsen innebär enligt Havs- och vattenmyndighetens bedömning inget undantag från kravet på att ha tillstånd för sin verksamhet, utan är ett undantag från kravet att från och med 1 januari 2019 förse sin verksamhet med moderna miljövillkor. Hade inte andra stycket funnits i 11 kap 27 § hade alltså alla verksamhetsutövare med tillstånd äldre än miljöbalken behövt ansöka om prövning med en gång efter den 1 januari 2019.

Vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel (dvs vattenkraftverk med tillhörande dammanläggningar respektive regleringsmagasin, se 11 kap 6 § miljöbalken) skulle senast den 1 juli 2019 ha anmält sig till länsstyrelsen för att få omfattas av den nationella planen. Frågan om en verksamhet omfattas av ett befintligt tillstånd eller annan särskild rättighet var inte ett krav för att få omfattas av planen, enligt 36 § vattenverksamhetsförordningen.

Efter den 1 juli 2019 finns det, enligt Havs- och vattenmyndighetens bedömning, i huvudsak följande ”kategorier” av vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel som kan bedrivas*:

1. De som redan bedrivs med ett tillstånd där hela verksamheten är prövad enligt miljöbalken efter den 1 januari 1999.
2. De som är anmälda till och omfattas av den nationella planen och,
 - a. bedriver verksamheten med stöd av ett äldre tillstånd eller särskild rättighet, dvs omfattas av 5 § lag (1998:811) om införande av miljöbalken.
 - b. bedriver verksamheten med stöd av urminnes hävd, privilegiebrev eller annan sådan särskild rättighet som avses i 2 kap 41 § äldre vattenlagen, dvs omfattas av 5 a § lag (1998:811) om införande av miljöbalken.
 - c. helt saknar laglig grund för någon del av verksamheten/anläggningen.
3. De som inte är anmälda till den nationella planen, men har påbörjat processen med egen ansökan om prövning/omprövning.
4. De som inte är anmälda till nationell plan, och inte heller påbörjat någon process med ansökan om prövning/omprövning.

* För kraftverk som inte är i drift, se nedan under rubriken ”Vattenkraftverk som inte är i drift”.

Allmänt om tillsynen

Oavsett om en verksamhet ingår i den nationella planen eller inte, *kan* tillsynsmyndigheten bedriva tillsyn över verksamheten med stöd av bestämmelserna i 26 kap miljöbalken. Tillsynsmyndigheten kan exempelvis kontrollera att det finns en egenkontroll som gör att verksamhetsutövaren kan följa villkoren i meddelade tillstånd.

Vid tillsyn får mer ingripande åtgärder än vad som behövs i det enskilda fallet inte tillgripas. Förelägganden och förbud enligt 26 kap 9 § miljöbalken får inte begränsa ett beslut eller en dom om tillstånd som har rättskraft enligt 24 kap 1 § miljöbalken.

Även om verksamheten omfattas av rättskraft enligt 24 kap 1 § miljöbalken kan en tillsynsmyndighet meddela förelägganden eller förbud som begränsar ett tillstånd om de;

1. är brådskande och nödvändiga för att undvika att ohälsa eller allvarlig skada på miljön uppkommer, eller
2. gäller säkerhetshöjande åtgärder vid en damm som klassificerats enligt 11 kap 24 och 25 §§.

Havs- och vattenmyndigheten anser att tillsynsmyndigheten i första hand ska bedöma om det går att åstadkomma rättelse av det aktuella problemet genom dialog med verksamhetsutövaren. Om dialog inte har önskvärd effekt kan tillsynsmyndigheten överväga att förelägga om åtgärder för att komma till rätta med problemet. Vid ett föreläggande måste tillsynsmyndigheten alltid bedöma om föreläggandet inskränker en eventuell rättskraft som följer av tillstånd eller annan särskild rättighet. Tillsynsmyndigheten får, i det enskilda fallet, besluta om förbud. Havs- och vattenmyndigheten menar att förbud är den sista åtgärden som ska tillgripas, först efter att övriga metoder har prövats.

Tillsyn i avvaktan på omprövning/prövning

Enligt Havs- och vattenmyndighetens uppfattning är möjligheterna att förbjuda pågående vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel som omfattas av rättskraft, rent generellt, begränsade. Det bör finnas stora miljövärden som påverkas negativt av verksamheten för att ett förbud ska kunna bedömas som rimligt.

Det måste också vara uteslutet att andra typer av förelägganden är möjliga för att undvika den negativa påverkan på miljön.

Av 11 kap 27 § andra stycket miljöbalken framgår att en tillståndspliktig verksamhet får fortsätta bedrivas till dess prövning är klar, om den är anmäld till den nationella planen, **trots att den saknar moderna miljövillkor.**

Att en vattenverksamhet måste ha tillstånd för att få bedrivas följer av 11 kap 9 § miljöbalken. Detta gäller om inte anmälningsplikt föreskrivits med

stöd av 11 kap 9 a § eller om verksamheten faller in under undantaget i 11 kap 12 § miljöbalken.

Äldre tillstånd, urminnes hävd, privilegiebrev samt andra sådana särskilda rättigheter som avses i 2 kap 41 § äldre vattenlagen, ska anses utgöra en rättighet enligt motsvarande bestämmelser i miljöbalken. Detta framgår av 5 § respektive 5 a § lag (1998:811) om införande av miljöbalken. Verksamheter som bedrivs med stöd av dessa bestämmelser får därmed anses ha laglig grund.

I förarbetena till 5 a § lag om införande av miljöbalken (se prop. 2017/18:243 s 110 samt s 236) anges att i fråga om alla s.k. äldre rättigheter blir det nödvändigt för verksamhetsutövaren att visa att rättigheten har uppkommit och vad den består i, dvs att det finns ett tillstånd och vad tillståndet innebär. I de flesta fall bör skriftlig dokumentation kunna krävas. När det gäller urminnes hävd får bevisningen fullgöras tex genom en utredning som visar på vilket sätt verksamheten har bedrivits sedan åtminstone två mansåldrar före jordabalkens ikraftträdande. De som inte kan styrka sin rätt är inte skyddade mot tillsynsmyndighetens krav på att tillstånd ska sökas eller krav på att vidta skyddsåtgärder eller andra försiktighetsmått. Ett beslut eller en äldre rättighet har rättskraft endast beträffande de frågor som har prövats eller kan visas vara tillåtna i förhållande till hur anläggningen är konstruerad och verksamheten bedrivs.

Det är alltså verksamhetsutövaren som har bevisbördan för vad äldre rättigheterna kan anses omfatta. Beviskraven ska dock inte ställas allt för höga. Här ger Civilutskottets betänkande (2017/18:CU31, s 18 f) viss vägledning. Där anges bland annat att rätten att bedriva en verksamhet som idag skiljer sig från villkoren i tex ett privilegiebrev bör kunna ha rättskraft, även om det har genomförts förändringar av den teknik verksamheten använder. Det avgörande är inte om den teknik som verksamheten använder skiljer sig från den teknik som ursprungligen användes, utan om verksamheten kan anses bedrivas i enlighet med sk äldre rättigheter. Det är viktigt att beviskraven i fråga om vad den äldre rättigheten omfattar inte ställs så höga att det i praktiken blir omöjligt att bevisa vad som är rättskraftigt avgjort. Vad som är förenligt med urminnes hävd framgår sällan av något särskilt dokument. Det bör räcka med 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.

För de verksamhetsutövare som kan åberopa äldre tillstånd eller särskilda rättigheter enligt bestämmelserna ovan, blir det alltså fråga om en omprövning av verksamheten enligt 24 kap 10 miljöbalken, istället för ”ny” tillståndsprövning.

I 41 § vattenverksamhetsförordningen förtydligas att undantaget i 11 kap 27 § andra stycket, från kravet på moderna miljövillkor, gäller under

förutsättning att verksamheten bland annat har någon form av laglig grund. Dvs att verksamheten omfattas av 5 a § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken. Detta torde enligt Havs- och vattenmyndighetens bedömning även avse verksamheter som omfattas av 5 § samma lag.

Mark- och miljööverdomstolen har i några domar (se bl.a. MÖD den 16 oktober 2019 i mål nr M 8719-18 samt MÖD den 13 november 2019 i mål nr M 747-19) uttalat sig när det gäller bestämmelserna i 11 kap 27 § miljöbalken samt 41 § vattenverksamhetsförordningen. MÖD anser att ordalydelsen i 11 kap 27 § miljöbalken inte ger utrymme för att i förordningsform ställa ytterligare krav på att verksamheten ska bedrivas med stöd av urminnes hävd, för att den ska få fortsätta bedrivas till dess en prövning är klar.

Oaktat utformningen av 41 § i ovan nämnda förordning anser Havs- och vattenmyndigheten att om verksamhetsutövaren kan åberopa någon form av äldre tillstånd eller särskild rättighet bör vattenverksamheten, som huvudregel, få fortsätta bedrivas i avvaktan på prövning.

Kategori 1 och 3

För de verksamheter som i sin helhet är prövade enligt miljöbalken respektive de som påbörjat en egen ansökan om prövning, bedömer Havs- och vattenmyndigheten att förbud mot drift av vattenkraftverket som huvudregel inte är befogat.

Kategori 2 a-b

När det gäller de verksamheter som omfattas av den nationella planen (dvs kategori 2 a och b) bör dessa som huvudregel få fortsätta att bedrivas tills omprövning enligt planen är klar. Tillsynen över verksamheterna kan istället inriktas på exempelvis verksamhetsutövarnas egenkontroll och/eller kontroll av vattenflöden/vattenstånd.

Frågeställningarna för kategori 2 a och b handlar oftast om *omfattningen* av äldre tillstånd eller särskilda rättigheters rättskraft. Detta är en fråga som bör tas vid prövningen. I förarbetena (prop. 2017/18:243 s 164) anges att om det vid en omprövning för moderna miljövillkor visar sig att den prövade verksamheten till någon del bedrivs med en anläggning som det är oklart huruvida den har tillstånd eller är laglig, kommer det att vara möjligt att i samband med omprövningen också ansöka om det tillstånd som behövs för den verksamhet som bedrivs med anläggningen.

För de verksamheter som med stöd av 11 kap 27 § andra stycket får bedrivas utan moderna miljövillkor i avvaktan på prövning, finns vissa restriktioner för myndigheternas möjlighet att ansöka om återkallelse eller omprövning enligt 24 kap 3 eller 5 §§ miljöbalken. Av 24 kap 11 § tredje stycket framgår att en ansökan om återkallelse eller omprövning endast kan göras om;

- omständigheten är så allvarlig att den inte kan avvakta att prövningen för moderna miljövillkor blir klar, och

- det inte är möjligt att avhjälpa olägenheten genom föreläggande om försiktighetsmått eller förbud i väntan på att prövningen blir klar.

I förarbetena (se prop. 2017/18:243 s 222-223) anges att ”allvarliga omständigheter” exempelvis kan vara att underhållet av en anläggning allvarligt försummats så det finns risk för allvarlig skada på människors hälsa eller miljön eller om det tillstånd som redan gäller för verksamheten inte har följts och avvikelserna inte är av ringa betydelse. Även genomförandet av EU rättsliga förpliktelser som innebär krav på anpassning av enskilda verksamheter kan, om en prövning inte kan avvaktas, utgöra sådana omständigheter som kan ligga till grund för prövning. Myndigheten måste dock först ha undersökt möjligheten att istället använda förelägganden eller förbud för att åstadkomma en godtagbar situation.

Kategori 2 c

Här saknas helt laglig grund för någon del av vattenverksamheten. Dvs verksamheten saknar tillstånd enligt 11 kap 9 § miljöbalken och omfattas varken av 5 § eller 5 a § lag om införande av miljöbalken. Därför anser Havs- och vattenmyndigheten att det borde vara juridiskt möjligt att med stöd av ovanstående bestämmelser respektive 26 kap 9 § miljöbalken förbjuda fortsatt drift för vattenverksamheter enligt denna kategori i avvaktan på prövning enligt planen.

Kategori 4

De verksamhetsutövare som omfattas av kravet på moderna miljövillkor från och med den 1 januari 2019, men som valt att inte anmäla sig till den nationella planen är skyldiga att snarast lämna in en ansökan hos mark- och miljödomstolen. Detta förutsatt att de vill fortsätta bedriva sin verksamhet. Om en ansökan inte lämnats in ska länsstyrelsen vidta åtgärder genom tillsyn. Havs- och vattenmyndigheten anser att länsstyrelsen bör fokusera sin tillsyn på kategori 4, dvs de verksamhetsutövare som varken anmält sig till nationella planen eller påbörjat en egen ansökan om prövning eller omprövning.

Inom kategori 4 kan det finnas verksamheter som antingen kan åberopa någon form av äldre tillstånd eller särskild rättighet, eller som bedrivs helt utan laglig grund.

- De verksamheter som är aktuella för omprövning (dvs kan åberopa någon form av äldre tillstånd eller särskild rättighet) kan länsstyrelsen förelägga att ansöka om omprövning enligt 24 kap 10 § miljöbalken. Ett sådant föreläggande kan förenas med ett kännbart vite (se prop. 2017/18:243 s 202). Vill inte verksamhetsutövaren fortsätta bedriva verksamhet har denne möjlighet att yrka återkallelse och utrivning inom ramen för en prövning enligt 24 kap

10 § miljöbalken. Länsstyrelsen kan ytterst ansöka om omprövning på verksamhetsutövarens bekostnad enligt 24 kap 12 § punkten 2.

Det finns fördelar om verksamheten kan prövas samtidigt som övriga i den prövningsgrupp verksamheten skulle ha tillhört, om den anmält sig till den nationella planen. Detta får dock bedömas i relation till vilket prövningsdatum verksamheten skulle ha haft i den nationella planen. Grundtanken är att de som valt att inte ingå i nationella planen ska miljöprövas snarast efter den 1 januari 2019.

- För de verksamheter i kategori 4 som är direkt olagliga (dvs helt saknar äldre tillstånd eller särskild rättighet) menar Havs- och vattenmyndigheten att det är möjligt att direkt förbjuda fortsatt drift. Beroende på omständigheterna i det enskilda fallet kan det finnas skäl att förena förbudet med ett vite.

Vattenkraftverk som inte är i drift

Havs- och vattenmyndigheten menar att ett vattenkraftverk som inte är i drift men som är anmäld till och omfattas av den nationella planen (dvs verksamheter enligt 11 kap 6 § punkten 2 miljöbalken), som huvudregel, inte får återstartas förrän omprövningen har genomförts enligt planen.

Enligt 41 § vattenverksamhetsförordningen får verksamhet fortsätta bedrivas utan moderna miljövillkor i avvaktan på prövning, endast om den bland annat bedrevs vid utgången av 2015.

För dessa vattenkraftverk kan det finnas skäl att besluta om förbud mot återstart.