



# GÖTEBORGS UNIVERSITET

## HANDELSHÖGSKOLAN

### Elen eller ålen?

- En analys av förhållandet mellan omprövning av vattenkraft och biologisk mångfald

Frida Lundström

Juridiska institutionen  
Juristprogrammet  
HRO800 Examensarbete 30 HP  
Höstterminen 2020

Handledare: Julia Johansson  
Examinator: David Langlet

# Innehållsförteckning

<b>SAMMANFATTNING.....</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGSLISTA .....</b>	<b>4</b>
<b>1. EN UPPSATTS OM OMRÖVNING AV VATTENKRAFT OCH BIOLOGISK MÅNGFALD.....</b>	<b>5</b>
1.1. BAKGRUND.....	5
1.2. SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR.....	6
1.3. METOD OCH MATERIAL .....	8
1.4. AVGRÄNSNINGAR OCH FÖRTYDLIGANDEN.....	12
1.5. BEGREPP OCH TERMINOLOGI.....	13
1.6. DISPOSITION .....	14
<b>2. DEN SVENSKA VATTENKRAFTEN .....</b>	<b>16</b>
2.1. VATTENKRAFTENS BETYDELSE FÖR DET SVENSKA ELSYSTEMET.....	16
2.2. VATTENKRAFTENS PÅVERKAN PÅ BIOLOGISK MÅNGFALD.....	17
<b>3. DEN RÄTTSLIGA REGLERINGEN AV SKYDD FÖR ARTER OCH LIVSMILJÖER .....</b>	<b>19</b>
3.1. ART- OCH HABITATDIREKTIVET .....	19
3.1.1. Direktivets bakgrund, syfte och rättsliga ställning.....	19
3.1.2. Natura 2000.....	20
3.1.3. Artskyddet .....	22
3.2. ART- OCH OMRÅDESKYDDET PÅ NATIONELL NIVÅ.....	24
3.2.1. Natura 2000.....	24
3.2.2. Artskyddet .....	25
<b>4. OMRÖVNING AV VATTENKRAFT UR ETT BIOLOGISK MÅNGFALD-PERSPEKTIV ...</b>	<b>27</b>
4.1. NÅGOT OM TILLSTÄNDENS RÄTTSKRAFT .....	27
4.2. EN SÄRSKILD BESTÄMMELSE FÖR OMRÖVNING AV VATTENKRAFT .....	28
4.3. AVSAKNAD AV KRAV PÅ SPECIFIK MILJÖBEDÖMNING .....	29
4.4. MYNDIGHETERNAS BEGRÄNSADE MÖJLIGHET ATT UTÖVA TILLSYN OCH INITIERA PRÖVNING.....	31
4.5. NATURA 2000-TILLSTÄNDSPRÖVNING I OMRÖVNINGSPROCESSEN .....	34
4.5.1. Aktualiseras tillståndsprövning? .....	35
4.5.2. Undantaget väsentligt allmänintresse.....	36
4.6. ARTSKYDD I OMRÖVNINGSPROCESSEN.....	38
4.6.1. Avsiktsrekvisitet.....	38
4.6.2. Undantaget allt överskuggande allmänintresse.....	40
4.7. REGERINGENS OCH MYNDIGHETERNAS INSTÄLLNING OCH PÅVERKAN PÅ DOMSTOLARNAS TILLÄMPNING .....	41
4.8. SAMMANFATTNING OCH REFLEKTIONER.....	42
<b>5. EN NATIONELL PLAN FÖR MODERNA MILJÖVILLKOR?.....</b>	<b>45</b>
5.1. DEN NATIONELLA PLANENS BAKGRUND, SYFTE OCH RÄTTSLIGA STÄLLNING .....	45
5.2. ART- OCH OMRÅDESKYDDETS STÄLLNING I PLANEN.....	46

5.3. PLANENS HUVUDSAKLIGA KOMPONENTER – INDIREKTA EFFEKTER FÖR BIOLOGISK MÅNGFALD? ...	49
5.3.1. <i>Prövningsgrupper och tidsplan</i> .....	49
5.3.2. <i>Reglerförmåga och ökad effekt</i> .....	51
5.3.3. <i>1,5 terawattimmar som riktvärde och planeringsmål</i> .....	52
5.3.4. <i>Regional samverkan – ett substitut till specifik miljöbedömning?</i> .....	56
5.4. PLANENS RÄTTVERKAN .....	58
5.5. SAMMANFATTNING OCH REFLEKTIONER.....	59
<b>6. SLUTSATSER OCH AVSLUTANDE REFLEKTION .....</b>	<b>61</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....</b>	<b>63</b>
<b>AVGÖRANDEFÖRTECKNING.....</b>	<b>69</b>

## Sammanfattning

Vattenkraft är en fossilfri och förnybar energikälla som står för cirka 45 procent av Sveriges totala elproduktion. Samtidigt vållar vattenkraft stora problem för biologisk mångfald genom fysiska barriärer som hindrar uppströms- och nedströmsvandring samt genom exempelvis torrläggning, försämring av vattenkvalitet och förändrade flödesmönster. En övervägande majoritet av svenska vattenkraftsanläggningar är gamla och har inte prövats mot de miljövillkor som uppställs i miljöbalken. Nya regler och en nationell plan ska nu leda till att svensk vattenkraft omprövas och förses med moderna miljövillkor, på ett samordnat sätt och med en nationell helhetssyn. Målet är att uppnå största möjliga nytta för vattenmiljön och effektiv tillgång till vattenkraftsel. Uppsatsen syftar till att analysera de nya reglerna och omprövningsprocessen samt den nationella planen, utifrån art- och habitatdirektivets regler om Natura 2000 och strikt artskydd. Således utreds hur art- och områdesskyddet kan tillgodoses inom ramen för processerna och om den nationella planen kan påverka detta, samt vilka risker som kan identifieras i förhållande till art- och områdesskydd.

Den stora omställningen till moderna miljövillkor som ska genomföras borde vara ett steg i rätt riktning och öppna upp för att skyddsåtgärder till fördel för den biologiska mångfalden kan vidtas. Emellertid präglas den av öppna bedömningsregler med stort utrymme för skönsmässiga avvägningar och en stark politisk uppfattning om att vattenkraften är av avgörande betydelse för det svenska elsystemet. Vidare innebär den nationella planen en tydlig vägledning till myndigheterna som arbetar inför och ska yttra sig i processerna, om att vattenkraften måste värnas och prioriteras, och därav inte ska utsättas för miljökrav som kan medföra förlorad produktion och reglerförmåga. Art- och områdesskyddet har inte heller givits någon tydlig plats inom ramen för de kommande omprövningarna, varken i regleringen eller den nationella planen. Det finns således en överhängande risk för att krav på åtgärder till fördel för Natura 2000-områden och skyddade arter inte uppställs i tillräcklig mån och följaktligen att omställningen till moderna miljövillkor för svensk vattenkraft inte resulterar i någon större förbättring.

## Förkortningslista

Art- och habitatdirektivet	Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter
Bernkonventionen	1979 års konvention om europeiska vilda djur och växter samt deras naturliga miljö
Dnr	Diarienummer
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Fågeldirektivet	Rådets direktiv 2009/147/EG om bevarande av vilda fåglar
Förnybarhetsdirektivet	Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2018/2001 av den 11 december 2018 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor
HaV	Havs- och Vattenmyndigheten
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
Kommissionen	Europeiska Kommissionen
MB	Miljöbalk (1998:808)
MKB	Miljökonsekvensbeskrivning
MKB-direktivet	Europaparlamentet och rådets direktiv 2011/92/EU av den 13 december 2011 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt
MÖD	Mark- och miljööverdomstolen
Prop.	Proposition
Ramvattendirektivet	Europaparlamentet och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område.
SMB-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/42/EG av den 27 juni 2001 om bedömning av vissa planers och programs miljöpåverkan.
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
SVK	Affärsverket svenska kraftnät
TWh	Terawattimmar
Vattenverksamhetsförordning	Förordning (1998:1388) om vattenverksamheter

# 1. En uppsats om omprövning av vattenkraft och biologisk mångfald

## 1.1. Bakgrund

Sverige har att leva upp till såväl internationella som nationella miljömål, vilka således präglar den svenska miljöpolitiken. På internationell nivå finns Förenta Nationernas Agenda 2030 och de 17 globala målen för hållbar utveckling som antogs år 2015.<sup>1</sup> Bland de globala målen återfinns bland annat mål om att skydda den biologiska mångfalden och naturliga livsmiljöer samt tillförlitlig och förnybar energi för alla.<sup>2</sup> På nationell nivå har Sverige tagit fram egna politiska miljömål, varav det övergripande målet, generationsmålet, innebär att till nästa generation överlämna ett samhälle där de stora miljöproblemen är lösta. Därtill föreligger 16 underliggande miljö kvalitetsmål som bland annat framhåller att Sverige ska ha ett rikt växt- och djurliv, begränsad klimatpåverkan och levande sjöar och vattendrag.<sup>3</sup> Förutom de politiska miljö kvalitetsmålen finns även portalparagrafen i 1 kap. 1 § miljöbalken (1998:808) (MB), som stadgar att miljöbalkens regler syftar till att främja en hållbar utveckling. Det innefattar enligt andra stycket bland annat att reglerna ska tillämpas så att den biologiska mångfalden bevaras samt att hushållning med energi främjas så att ett kretslopp uppnås. Utöver de internationella och nationella miljömål Sverige har att sträva mot i relation till förnybar energi och biologisk mångfald medför medlemskapet i Europeiska Unionen (EU) ytterligare, än mer bindande, krav. Art- och habitatdirektivet<sup>4</sup> samt fågeldirektivet<sup>5</sup> är två rättsakter som syftar till att bevara biologisk mångfald, medan förnybarhetsdirektivet<sup>6</sup> uppställer ett bindande unionsmål om minst 32 procent förnybar energi år 2030.<sup>7</sup>

Denna uppsats har sin grund i intressekonflikten mellan förnybar energi från vattenkraft och biologisk mångfald. Vattenkraft har funnits under en lång tid i Sverige och det finns av flera anledningar ett starkt motstånd mot att förlora vattenkraft som energikälla. Elproduktion är en stor källa till utsläpp av växthusgaser och för att begränsa klimatpåverkan och minska växthusgasutsläppen krävs en omställning till fossolfria och förnybara energikällor. I Sverige står vattenkraft idag för cirka 45 procent av Sveriges totala elproduktion.<sup>8</sup> Som förnybar energikälla har vattenkraften således en central roll för möjligheten att uppnå Sveriges mål om 100 procent förnybar energi år 2040.<sup>9</sup> Emellertid har vattenkraften länge varit kontroversiell och är långt ifrån oproblematisk, bland annat på grund av dess negativa påverkan på den

---

<sup>1</sup> *Agenda 2030 och de globala målen för hållbar utveckling*, FN-förbundet, <https://fn.se/vi-gor/vi-utbildar-och-informerar/fn-info/vad-gor-fn/fns-arbete-for-utveckling-och-fattigdomsbekampning/agenda2030-och-de-globala-malen/> hämtad 2020-10-08.

<sup>2</sup> *Delmål 15.5 och mål 7*, UNDP i Sverige, <https://www.globalamalen.se/om-globala-malen/> hämtad 2020-10-08.

<sup>3</sup> *Sveriges miljömål*, Naturvårdsverket <http://www.sverigesmiljomal.se/miljomalen/> hämtad 2020-10-08.

<sup>4</sup> Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter.

<sup>5</sup> Europaparlamentet och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar.

<sup>6</sup> Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2018/2001 av den 11 december 2018 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor (omarbetning).

<sup>7</sup> Se artikel 3(1) förnybarhetsdirektivet.

<sup>8</sup> Prop. 2017/18:243, *Vattenmiljö och vattenkraft* [Cit. Prop. 2017/18:243], s. 63.

<sup>9</sup> Prop. 2017/18:243, s. 63.

biologiska mångfalden. Såväl förnybar energi som biologisk mångfald är viktiga komponenter för bland annat generationsmålet, och som inte sällan har svårt att samspeja, i synnerhet på vattenkraftens område.

Majoriteten av de vattenkraftverk och tillhörande regleringsdammar som finns i Sverige byggdes ut under mitten av 1900-talet och saknar därmed tillstånd eller innehar äldre tillstånd enligt 1918 års vattenlag. Av totalt 3 656 tillståndsprövningar enligt äldre lagstiftning har endast 78 omprövats enligt miljöbalken, och då inte i sin helhet utan enbart i förhållande till enskilda villkor.<sup>10</sup> År 2016 träffades en energipolitisk överenskommelse som innebär att svensk vattenkraft ska tillföras moderna miljövillkor.<sup>11</sup> Energiöverenskommelsen utgjorde startskottet på arbetet mot en miljöanpassad vattenkraft.<sup>12</sup> Med ikraftträdande 1 januari 2019 infördes nya regler som innebär att samtliga vattenkraftsanläggningar som inte har tillstånd enligt miljöbalken ska omprövas och förses med moderna miljövillkor.<sup>13</sup> Mot bakgrund av antalet vattenkraftsanläggningar som saknar moderna miljövillkor uppmärksammade regeringen emellertid samtidigt ett behov av att arbetet bedrivs på ett systematiskt sätt och med en nationell helhetssyn.<sup>14</sup> Av nämnda anledning fick Havs- och vattenmyndigheten (HaV), Statens energimyndighet (Energimyndigheten) och Affärsverket svenska kraftnät (SVK) i uppdrag att ta fram ett förslag till nationell plan för hur detta omfattande projekt kan samordnas. Under sista kvartalet 2019 överlämnades förslaget till regeringen, som antog planen den 25 juni 2020.<sup>15</sup> Den nationella planens huvudsakliga mål kan sägas vara att svensk vattenkraft behöver förses med moderna miljövillkor, men att detta inte gärna får äventyra vattenkraftens centrala position i den svenska elproduktionen. De nya reglerna och den nationella planen ska tillsammans modernisera miljövillkoren som uppställs för svensk vattenkraft – ett ambitiöst projekt som inte nödvändigtvis kan genomföras utan svårigheter.

## 1.2. Syfte och frågeställningar

Enligt den nationella planen ska alla vattenkraftsanläggningar som saknar tillstånd eller innehar tillstånd enligt äldre lagstiftning omprövas för moderna miljövillkor. Det rör sig om ett stort

---

<sup>10</sup> Prop. 2017/18:243, s. 64.

<sup>11</sup> *Ramöverenskommelse mellan Socialdemokraterna, Moderaterna, Miljöpartiet de gröna, Centerpartiet och Kristdemokraterna*, 2016-06-10, tillgänglig online via <https://www.regeringen.se/49cc5b/contentassets/b88f0d28eb0e48e39eb4411de2aabe76/energioverenskommelse-20160610.pdf>, s. 3.

<sup>12</sup> Behovet av en förändring har dock uppmärksammats tidigare, se t.ex. SOU 2013:69, *Ny tid ny prövning – förslag till ändrade vattenrättsliga regler*, Delbetänkande av Vattenverksamhetsutredningen, 2013; SOU 2014:35, *I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler*, Slutbetänkande av Vattenverksamhetsutredningen, 2014.

<sup>13</sup> Prop. 2017/18:243, s. 1; 11 kap. 27 § MB.

<sup>14</sup> Prop. 2017/18:243, s. 89.

<sup>15</sup> *Nationell plan för moderna miljövillkor*, Regeringsbeslut 18, 2020-06-25, dnr M2019/01769/Nm m.fl., Miljödepartementet, tillgänglig online via <https://www.havochvatten.se/download/18.1bd43926172bdc4d64881cc0/1593414466212/regeringsbeslut-nationell-plan-moderna-miljovillkor.pdf>. [Cit. *Nationell plan för moderna miljövillkor*, Regeringsbeslut 18, Miljödepartementet (2020)].

antal verksamheter som ska samordnas och omprövas. Omställningen till moderna miljövillkor för svensk vattenkraft, som omges av ett brett spektrum av regler och riktlinjer, benämns inom ramen för denna uppsats som *vattenkraftsreformen*. Begreppet är ägnat att fånga upp förarbeten och regler i såväl miljöbalken som förordningar och övergångsbestämmelser (den rättsliga regleringen) samt den nationella planen, som alla på ett eller annat sätt påverkar genomförandet av de kommande omprövningarna. Vattenkraftsreformen består således av två olika delar. Den första delen utgörs av den rättsliga regleringen som omger omprövning av vattenkraft, medan den andra delen utgörs av den nationella planen. De olika delarna kan också sägas ha olika mottagare. När den rättsliga regleringen behandlas berör det i huvudsak domstolsprocessen och domstolarna, som har att tolka och tillämpa reglerna. Mottagare av den nationella planen är istället främst de myndigheter som på olika sätt arbetar inför, och yttrar sig i, de kommande omprövningsprocesserna.<sup>16</sup>

Som kommer tydliggöras nedan är det klarlagt att vattenkraften är viktig för svensk elproduktion och som förnybar energikälla, men också att den på olika sätt påverkar den biologiska mångfalden negativt.<sup>17</sup> Det kan därmed uppstå en intressekonflikt mellan förnybar energi och biologisk mångfald. Mot bakgrund av denna intressekonflikt och de miljömål Sverige har att nå, samt att nya regler och en nationell plan nu ska leda till att svensk vattenkraft miljöanpassas, finns det anledning att fördjupa sig i vad vattenkraftsreformen innebär för bevarandet av biologisk mångfald. Vattenkraftsreformen behöver därmed sättas i ett annat sammanhang än det energipolitiska. Det övergripande syftet med denna uppsats är således att analysera vattenkraftsreformen utifrån ett biologisk mångfald-perspektiv<sup>18</sup>, mer specifikt utifrån art- och habitatdirektivets krav på bevarande av biologisk mångfald genom art- och områdesskydd. Det övergripande syftet kan konkretiseras genom fyra frågeställningar. De första två frågeställningarna är avsedda att behandla den del av vattenkraftsreformen som utgörs av rättslig reglering och förhållandet till art- och områdesskyddet inom ramen för omprövningsprocesserna. De andra två frågeställningarna hör istället till reformens andra del, d.v.s. den nationella planen, och hur denna potentiellt kan påverka hur art- och områdesskyddet tillgodoses.

- På vilket sätt kan art- och områdesskyddet tillgodoses i omprövningsprocesserna?
- Vilka risker med omprövningarna kan identifieras, i förhållande till art- och områdesskyddet?

---

<sup>16</sup> Såsom exempelvis Naturvårdsverket, Kammarkollegiet, länsstyrelserna, Havs- och vattenmyndigheten, Energimyndigheten, Svenska kraftnät och Riksantikvarieämbetet, se 24–35 §§ förordning (1998:1388) om vattenverksamheter (vattenverksamhetsförordningen).

<sup>17</sup> Se nedan kapitel 2.

<sup>18</sup> Begreppet ”biologisk mångfald-perspektiv” är inget vedertaget begrepp och det kan möjligen uppfattas som aningen osmidigt. Samtidigt är det nödvändigt med ett begrepp som på ett ändamålsenligt sätt fångar upp och förtydligar uppsatsens infallsvinkel, eftersom denna genomsyrar uppsatsen i sin helhet. Min uppfattning är därmed att uppsatsens perspektiv tydligast och ändamålsenligast benämns som ett biologisk mångfald-perspektiv.



- Kan den nationella planens vägledning påverka hur art- och områdesskyddet tillgodoses inom ramen för de kommande omprövningarna?
- Vilka risker med den nationella planen kan identifieras, i förhållande till art- och områdesskyddet?

### 1.3. Metod och material

Uppsatsen har, i likhet med många andra juridiska texter av olika slag, rättsdogmatiska inslag. Det råder delade meningar kring huruvida den traditionella rättsdogmatiska metoden tillåter något annat än att fastställa gällande rätt. Vissa akademiker menar att det finns utrymme för kritik och de lege ferenda, medan andra menar att rättsdogmatik uteslutande handlar om att kartlägga och fastställa gällande rätt.<sup>19</sup> Eftersom syftet med uppsatsen är att analysera vattenkraftsreformen och identifiera de risker den medför för bevarandet av biologisk mångfald, går syftet längre än att enbart fastställa gällande rätt. Reglerna och riktlinjerna som omger vattenkraftsreformen är alla mer eller mindre nya. Någon direkt tillämpning av dessa har i huvudsak ännu inte skett eftersom omprövningarna enligt den nationella planen inte har påbörjats. Det finns således varken praxis eller doktrin som ger vägledning i hur de nya reglerna och den nationella planen ska tolkas i förhållande till art- och habitatdirektivets krav. Jag har därför funnit det nödvändigt att vända mig till andra typer av källor än de auktoritativa rättskällorna, såsom exempelvis olika typer av myndighetspublikationer och remissyttranden, för att försöka få en mer allsidig bild av ämnet. Dessutom utgör den nationella planen som analyseras i kapitel 5 ingen vedertagen rättskälla, varför en dogmatisk metod inte lämpar sig i denna del. Uppsatsen genomsyras istället av en rättsanalytisk metod. Rättsanalytisk metod, till skillnad från traditionell rättsdogmatisk metod, öppnar enligt Sandgren upp för att inte bara fastställa utan även analysera gällande rätt.<sup>20</sup> Vidare är rättsanalytikern inte på samma sätt bunden till rättskällorna lag, förarbeten, praxis och doktrin. Den rättsanalytiska metoden innefattar således ett dogmatiskt tillvägagångssätt, men går utöver att kartlägga och fastställa gällande rätt.<sup>21</sup> Den dogmatiska delen av metoden har främst använts i kapitel 3, som beskriver regleringen av Natura 2000 och artskydd. Även kapitel 4 och 5 innehåller dogmatiska inslag. Emellertid analyseras och problematiseras vattenkraftsreformen utifrån regleringen av art- och områdesskyddet, varför dessa delar är av mer rättsanalytisk karaktär.<sup>22</sup>

För att belysa bakgrundsproblematiken kring vattenkraftens påverkan på biologisk mångfald har fakta hämtats främst från myndighetsrapporter, i huvudsak rapporter från HaV, som är förvaltningsmyndighet på miljöområdet och ansvarar för bevarande, restaurering och hållbart

---

<sup>19</sup> Se t.ex. Kleinman, Jan, "Rättsdogmatisk metod", i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Upplaga 2.1, Studentlitteratur AB, Lund, 2018, s. 35–38; Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Upplaga 4.1, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018 [Cit. Sandgren (2018)] s. 48–50; Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 4.

<sup>20</sup> Sandgren (2018), s. 50.

<sup>21</sup> *Ibid.*, s. 50–52.

<sup>22</sup> Jfr Sandgren (2018), s. 52.

nyttjande av sjöar, vattendrag och hav.<sup>23</sup> Vidare har, för en djupare förståelse för art- och habitatdirektivets centrala delar och dess tillämpning, EU-domstolens avgöranden och vägledning från Europeiska kommissionen (Kommissionen) studerats. Kommissionens vägledning har visserligen ingen direkt auktoritet som rättskälla, men har utgjort ett viktigt underlag som bland annat sammanställning av EU-domstolens praxis och kan dessutom ha betydelse för den praktiska rättstillämpningen.<sup>24</sup> EU-domstolens tolkning av art- och habitatdirektivets krav har inte bara betydelse för hur direktivet tolkas, utan även för hur svenska rättstillämpare bör tolka de svenska reglerna som härrör från direktivet. Nationella domstolar ska tolka nationella regler direktivkonformt, för att säkerställa att direktivet får genomslag i tillämpningen, så att resultatet som uppnås är förenligt med direktivets syfte.<sup>25</sup> EU-domstolens avgöranden och Kommissionens vägledning har således inte bara använts för förståelsen för art- och habitatdirektivets regler, utan också för att belysa hur svenska myndigheter bör tolka direktivet inom ramen för vattenkraftsreformen.

För att besvara den första och andra frågeställningen, d.v.s. hur art- och områdesskyddet kan tillgodoses och vilka risker omprövningsprocesserna kan innebära för art- och områdesskyddet, har materialet främst utgjorts av lagtext, förarbeten, praxis och, i viss begränsad mån, doktrin. Här bör nämnas något om urvalet av de rättsregler som analyseras. De regler som infördes genom propositionen ”Vattenmiljö och vattenkraft”<sup>26</sup> är fler än de som behandlas i uppsatsen. Bland annat har reglerna om miljö kvalitetsnormer i 5 kapitlet MB justerats för att på ett tydligare sätt genomföra artikel 4 i ramvattendirektivet<sup>27</sup>. Vissa ändringar har även skett i 4 kap. 6 § MB, som innebär att nationalälvarna och vissa andra vattendrag skyddas från utbyggnad av vattenkraft och att undantag bara får meddelas för befintliga kraftverk.<sup>28</sup> Urvalet av bestämmelser som behandlas i uppsatsen har gjorts mot bakgrund av uppsatsens syfte och genom en tvåstegsprocess. I ett första steg har jag identifierat vilka bestämmelser som har stark koppling till processen för omprövning av vattenkraft och vattenkraftsreformens funktion, såsom exempelvis 24 kap. 10 § och 11 kap. 27–28 §§ MB. I ett andra steg har jag identifierat vilka av de i första steget utvalda bestämmelserna som på ett eller annat sätt kan ha betydelse för hur art- och områdesskyddet tillgodoses i processerna.

---

<sup>23</sup> Se 1 § förordning (2011:619) med instruktion för Havs- och vattenmyndigheten.

<sup>24</sup> Se t.ex. MÖD 2015:3, där domstolen hänvisar till Kommissionens vägledning i bedömningen av begreppet ”avsiktligt” i art- och habitatdirektivet.

<sup>25</sup> Jfr Reichel, Jane, ”EU-rättslig metod”, i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Upplaga 2.1, Studentlitteratur AB, Lund, 2018, s. 124–125.

<sup>26</sup> Prop. 2017/18:243.

<sup>27</sup> Europaparlamentet och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område.

<sup>28</sup> Michanek, Gabriel och Zetterberg, Charlotta, *Supplement till Den svenska miljörätten, fjärde upplagan (2017)*, 2019 [Cit. Michanek och Zetterberg (2019)], s. 11–12.

Den lagtext och de förarbeten som omger omprövning av vattenkraft är i vissa delar relativt tydliga,<sup>29</sup> medan andra är vaga och lämnar stort utrymme för rättstillämparen att göra avvägningar. Eftersom vattenkraftsreformen ännu inte genomförts i praktiken har praxis från Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) och EU-domstolen samt juridisk litteratur inte heller kunnat ge någon direkt och tydlig vägledning. Dessa rättskällor har därför haft funktionen att tydliggöra hur art- och områdesskyddet har tillämpats i andra typer av prövningar, för att försöka få en förståelse för hur reglerna bör tillämpas i omprövningsprocesserna för att skyddet ska tillgodoses, samt för att identifiera bedömningsfrågor som riskerar att påverka art- och områdesskyddets ställning i omprövningsprocesserna. Vidare har vägledningsdokument och ett antal remissyttranden studerats, för att ge en mer nyanserad bild av de risker regleringen kan innebära för art- och områdesskydd. Urvalet av yttranden har baserats på de svar som ansetts tillföra nyansering och som ansetts vara relevanta för uppsatsens syfte.

Vad gäller den tredje och fjärde frågeställningen som berör den nationella planen för omprövning av vattenkraft och förhållandet till art- och områdesskyddet ska nämnas att den nationella planen inte i huvudsak utgörs av rättsregler. Grunden för att en nationell plan ska finnas är lagstadgad, men planen i sig är ett vägledningsdokument till berörda myndigheter och har således ingen auktoritet som rättskälla, även om vissa delar av den införts i en bindande förordning.<sup>30</sup> För att analysera den nationella planens rättsverkan och identifiera de risker den innebär för art- och områdesskyddet har därför främst HaV, Energimyndigheten och SVK:s förslag till nationell plan (planförslaget) studerats. I detta sammanhang bör tydliggöras att planförslaget och den av regeringen antagna nationella planen återfinns i samma dokument. Regeringen har antagit kapitel 2 och bilaga 2–4 i planförslaget som den nationella planen.<sup>31</sup> Det finns alltså inget särskilt dokument som utgör den antagna nationella planen, vilket har medfört att det inte har varit helt enkelt att på ett tydligt sätt skilja på den nationella planen och planförslaget. Det innebär också att det av referenserna inte direkt framgår när informationen kommer från den antagna nationella planen, d.v.s. kapitel 2, respektive planförslaget i övrigt. Även om det är den nationella planen som analyseras och ställs mot art- och habitatdirektivets krav för bevarande av biologisk mångfald, har information nämligen hämtats även från andra delar av planförslaget. Min förståelse av planförslaget är att kapitel 2, som antagits som nationell plan, utgör den essentiella vägledningen kring hur vattenkraftsreformen bör gå till och vad som bör beaktas, medan resterande kapitel snarare är beskrivningar av miljö- och energiläget samt förutsättningar för genomförande och uppföljande av planen. Det är således på detta sätt planförslaget och den nationella planen har tolkats och använts.

Vidare har lagtext, förarbeten, regeringens beslut att anta planen, remissyttranden och olika typer av uttalanden från myndigheter och organisationer studerats, för att på ett mer balanserat

---

<sup>29</sup> Se t.ex. 6 kap. 20 § 2 st. MB, som stadgar att specifik miljöbedömning inte krävs.

<sup>30</sup> Se vattenverksamhetsförordningen.

<sup>31</sup> Se *nationell plan för moderna miljövillkor*, Regeringsbeslut 18, Miljödepartementet (2020).

sätt belysa de risker som kan uppstå för art- och områdesskyddet i genomförandet av planen. Jag har även kontaktat Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) för att ta del av Älvräddarnas Samorganisations begäran om rättsprövning av regeringens beslut att anta den nationella planen, som inkom 2020-09-17.<sup>32</sup>

Vattenkraftsreformen är i princip ett resultat av en energipolitisk överenskommelse. Som kommer synliggöras nedan finns det en stark politisk uppfattning om att vattenkraften är av avgörande betydelse för det svenska elsystemet och dess trygghet, vilken tydligt genomsyrar vattenkraftsreformen i sin helhet. Jag menar att denna starka politiska uppfattning måste ställas i relation till det viktiga miljöintresset av att bevara biologisk mångfald. Uppsatsen innehåller därav i viss mån rättspolitiska värderingar och argument, i form av en underliggande uppfattning om att bevarande av biologisk mångfald i sig är viktigt, och därför måste ges tillräckligt utrymme inom ramen för vattenkraftsreformen.<sup>33</sup> Det ska dock poängteras att värderingarna inte är tagna ur luften och inte heller enbart utgör mitt eget tyckande. Intresset av att bevara biologisk mångfald kommer till uttryck i olika miljöpolitiska mål samt regleringar såväl nationellt som internationellt. Jag har genom att studera det rättsliga skyddet för arter och området enligt art- och habitatdirektivet försökt sätta vattenkraftsreformen i ett annat sammanhang än just det energipolitiska, för att därigenom visa på att det också är nödvändigt att betrakta reformen utifrån andra vinklar.

Slutligen kan anföras att uppsatsen präglas av vad jag kallar löpande analys. Detta innebär att den fakta som presenteras ständigt problematiseras utifrån uppsatsens syfte. Eftersom vattenkraftsreformen består av ett brett spektrum av regler och riktlinjer har löpande analys ansetts vara mer ändamålsenligt och pedagogiskt än ett tillvägagångssätt där fakta samlas och presenteras först, för att sedan analyseras i sin helhet i ett efterföljande kapitel. Genom löpande analys har problematiken som de olika delarna av vattenkraftsreformen kan innebära i förhållande till bevarande av biologisk mångfald istället kunnat presenteras, utredas och analyseras i ett tydligt sammanhang. För att kunna besvara frågeställningarna och analysera vattenkraftsreformen ur ett biologisk mångfald-perspektiv har det emellertid varit nödvändigt att först presentera vad vattenkraft är och hur det påverkar biologisk mångfald samt ramverket för perspektivet, d.v.s. den rättsliga regleringen av art- och områdesskyddet. Kapitel 2 och 3 utgör således rena faktakapitel och avviker därmed från den löpande analysen som annars präglar såväl kapitel 4 som 5.

---

<sup>32</sup> Efter ytterligare kontakt 2020-12-17 kan uppmärksammas att HFD ännu inte meddelat beslut om prövningstillstånd.

<sup>33</sup> Jfr Sandgren (2018), s. 53.

#### 1.4. Avgränsningar och förtydliganden

Inom ramen för en miljörettslig text om vattenkraft diskuteras ofta ramvattendirektivet. Ramvattendirektivet uppställer för medlemsstaterna bindande miljömål om bland annat vattenkvalitet. Vattenkraften är i hög grad en källa till fysisk påverkan på vattenmiljö och vattenkvalitet och påverkar möjligheterna att leva upp till de mål ramvattendirektivet uppställer. Ramvattendirektivet och art- och habitatdirektivet överlappar i viss mån när det gäller just vattenkraft, eftersom vattenkvaliteten påverkar biologisk mångfald och vice versa. Mot bakgrund av ämnesval och syfte med uppsatsen behandlas problematiken mellan vattenkraft och ramvattendirektivet och de svenska regler som härrör härifrån emellertid inte i någon vidare mån inom ramen för denna uppsats.<sup>34</sup> Några av de mest centrala delarna av ramvattendirektivet utgör dock en stor och viktig del av vattenkraftsreformen, därav är det så gott som ofrånkomligt att delar av ramvattendirektivet berörs ytligt.

Biologisk mångfald skyddas inte enbart genom art- och habitatdirektivet på EU-rättslig nivå. Ämnesvalet gör emellertid att det faller sig naturligt att utgå från just nämnda direktiv, eftersom den biologiska mångfalden som skyddas i art- och habitatdirektivet är den som främst påverkas av vattenkraft. Övriga EU-rättsakter lämnas därhän. I detta sammanhang kan specifikt noteras att fågeldirektivet, som tillsammans med art- och habitatdirektivet spelar en central roll i bevarandet av arter och livsmiljöer och utgör en del av det svenska artskyddet och skyddet för Natura 2000-områden, inte behandlas i uppsatsen. Anledningen till denna avgränsning är tvåfaldig. För det första har direktiven samma syfte och liknande struktur, skillnaden ligger huvudsakligen i att fågeldirektivet hanterar skyddet för fåglar, medan art- och habitatdirektivet även reglerar andra djurarter, samt växter och livsmiljöer. För det andra är det framför allt akvatiska livsmiljöer och arter som direkt påverkas av vattenkraften, även om landbaserade livsmiljöer som skyddas också kan ha betydelse för fågelarter.

I uppsatsen diskuteras i viss mån miljöbedömning och miljökonsekvensbeskrivning (MKB) inom ramen för omprövning av vattenkraft. Reglerna om miljöbedömning och MKB härrör från två EU-direktiv; SMB-direktivet<sup>35</sup> och MKB-direktivet<sup>36</sup>. Det kan möjligen ifrågasättas och utredas om det sätt som reglerna om miljöbedömning och MKB tar plats i omprövningsprocessen är förenligt med direktiven. Emellertid ligger en sådan utredning utanför uppsatsens syfte och dessa frågor behandlas därmed inte.

---

<sup>34</sup> För en analys av förhållandet mellan vattenkraftsreformen och ramvattendirektivet hänvisas till Söderasp, Johanna, *Law in Integrated and Adaptive Governance of Freshwaters – A Study of the Swedish Implementation of the EU Water Framework Directive*, Luleå University of Technology, Luleå, 2018, särskilt avsnitt 3.3.2.3.

<sup>35</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/42/EG av den 27 juni 2001 om bedömning av vissa planers och programs miljöpåverkan.

<sup>36</sup> Europaparlamentet och rådets direktiv 2011/92/EU av den 13 december 2011 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt.

Antaganden har gjorts gällande den svenska implementeringen av art- och habitatdirektivet. En utredning av de specifika art- och områdesskyddsreglerna i Sverige och förenligheten med direktivet ligger inte inom ramen för uppsatsens syfte. Utgångspunkten har därför varit att det svenska art- och områdesskyddet som härrör från direktivet är implementerat på rätt sätt och, på ett regulatoriskt plan, ger ett sådant skydd som direktivet kräver.

## 1.5. Begrepp och terminologi

Som utgångspunkt definieras de begrepp och termer som används i uppsatsen löpande och i sin kontext. Några specifika begrepp behandlas emellertid här. Vissa av dessa är sådana som kan ha flera olika betydelser, varför det behöver tydliggöras vad som avses med begreppet inom ramen för uppsatsen. Andra begrepp är samlingsbegrepp som är ägnade att underlätta framställningen. Dessa återkommer i flera sammanhang i uppsatsen, men är för dess syfte inte nödvändiga att fördjupa sig i ytterligare.

### *Biologisk mångfald*

Med biologisk mångfald avses ”*variationsrikedomen bland levande organismer av alla ursprung, inklusive från bland annat landbaserade, marina och andra akvatiska ekosystem och de ekologiska komplex i vilka dessa organismer ingår; detta innefattar mångfald inom arter, mellan arter och av ekosystem.*”<sup>37</sup> Inom ramen för denna uppsats avses emellertid främst den biologiska mångfald som skyddas genom art- och habitatdirektivet.

### *Förnybar energi*

Energi som kommer från energikällor som kontinuerligt förnyas på naturlig väg och inte kommer ta slut inom en överskådlig framtid, såsom vattenkraft, vindkraft och solenergi. Förnybar energi definieras i förnybarhetsdirektivet som; ”*energi från förnybara, icke-fossila energikällor, nämligen vindenergi, solenergi [...], vattenkraft, biomassa, deponigas, gas från avloppsreningsverk samt biogas.*”<sup>38</sup>

### *Art- och områdesskydd*

Med art- och områdesskydd avses inom ramen för uppsatsen det specifika artskyddet enligt art- och habitatdirektivet och artskyddsförordningen samt Natura 2000 enligt art- och habitatdirektivet och miljöbalken. Begreppet används som ett samlingsbegrepp, som mot bakgrund av uppsatsens syfte ska tydliggöra vad vattenkraftsreformen har att tillgodose i förhållande till biologisk mångfald.

---

<sup>37</sup> Se artikel 2, 1992 års konvention om biologisk mångfald, SÖ 1993:77.

<sup>38</sup> Artikel 2.1 förnybarhetsdirektivet.

### *Områdesskydd*

Med områdesskydd avses inom ramen för denna uppsats områdesskydd i form av Natura 2000-områden. Övriga områdesskydd, såsom exempelvis naturreservat, nationalpark och biotopskyddsområde omfattas inte av begreppet.

### *Den nationella planen*

Med uttrycket ”den nationella planen” avses kapitel 2 samt bilagorna 2–4 i förslaget till nationell plan för omprövning av vattenkraft framtagen av HaV, Energimyndigheten och SVK, eftersom det är dessa delar som regeringen har antagit som den nationella planen enligt 11 kap. 28 § MB. Om uttrycket ”planförslaget” används åsyftas förslaget i sin helhet.

### *Vattenkraftsreformen*

Begreppet vattenkraftsreformen används för den omställning till moderna miljövillkor som svensk vattenkraft står inför och utgör ett samlingsbegrepp för de regler i miljöbalken, förordningar och övergångsbestämmelser som omger omprövning av vattenkraft, samt den nationella planen för moderna miljövillkor.

### *Vattenkraftsanläggning*

Begreppet vattenkraftsanläggning, eller vattenkraftverk, används som ett samlingsbegrepp för kraftverk, reglerdammar och andra typer av tillhörande dammar som på olika sätt används för elproduktion. För att uppnå syftet med uppsatsen finns ingen anledning till differentiering i denna del.

### *Reglerbidrag/Reglerförmåga*

Reglerbidrag, reglerförmåga, relativt reglerbidrag, effektbidrag och installerad effekt är begrepp som på olika sätt beskriver ett vattenkraftverks bidrag till elproduktion och det svenska elsystemet. För gemene jurist kan dessa begrepp uppfattas som ganska främmande. Mot bakgrund av att uppsatsen är juridisk och inte syftar till att redogöra för hur vattenkraft fungerar rent tekniskt finns ingen anledning att fördjupa sig i vad varje enskilt begrepp specifikt innebär. Istället används begreppen reglerbidrag och reglerförmåga för att beskriva vattenkraftens särställning i förhållande till andra förnybara energikällor, d.v.s. förmågan att reglera och anpassa produktionen efter vilket energibehov samhället har vid olika tidpunkter.

## **1.6. Disposition**

I kapitel 2 ges en översiktlig beskrivning av vattenkraften, dess roll för det svenska elsystemet samt vilka konsekvenser vattenkraft innebär för biologisk mångfald i och vid våra vattendrag. Kapitel 3 behandlar de för uppsatsen centrala delarna av art- och habitatdirektivet samt de nationella reglerna för art- och områdesskydd. Kapitel 4 utgör det rättsliga ramverket för biologisk mångfald-perspektivet som uppsatsen bygger på och som utgör grunden till analysen

av vattenkraftsreformen. I kapitel 4 behandlas de, utifrån ett biologisk mångfald-perspektiv, centrala reglerna som aktualiseras vid omprövning av vattenkraft och som på ett eller annat sätt har betydelse för art- och områdesskyddets tillgodoseende. Kapitlet är ägnat att analysera hur art- och områdesskyddet ska tillgodoses i omprövningsförfarandet samt identifiera riskfaktorer för detsamma. I kapitel 5 behandlas den av regeringen beslutade nationella planen för moderna miljövillkor. Här redogörs för art- och områdesskyddets ställning i planen samt planens huvudsakliga komponenter, som sätts i en art- och områdesskyddsrettslig kontext och analyseras utifrån de krav som art- och habitatdirektivet uppställer. Slutligen, i kapitel 6, redogörs för uppsatsens slutsatser samt en avslutande reflektion.



## 2. Den svenska vattenkraften

För att läsaren ska få en förståelse för problematiken kring vattenkraften och den biologiska mångfalden finns anledning att först ge en kortfattad inblick i hur produktion av vattenkraftsel fungerar, varför den är viktig för elsystemet och utvecklingen mot 100 procent förnybar energi samt dess påverkan på biologisk mångfald. Kapitlet är inte ägnat att ge någon heltäckande bild, utan ska tjäna som ett hjälpmedel för kommande framställning.

### 2.1. Vattenkraftens betydelse för det svenska elsystemet

Vattenkraften utgör det enskilt största förnybara elproduktionsslaget i Sverige och bidrar med cirka 45 procent av Sveriges totala elproduktion. Därav beskrivs vattenkraften ofta som såväl miljövänlig som viktig för det svenska elsystemet. Emellertid är det inte nödvändigtvis bidraget till den totala elproduktionen som gör att vattenkraften sticker ut. Den kanske enskilt viktigaste faktorn, som andra förnybara produktionsslag saknar, är reglerbidraget.<sup>39</sup> För att balansen i elsystemet ska kunna upprätthållas måste elproduktion och elanvändning i princip ske samtidigt. Eftersom både tillförseln och användningen av el ständigt varierar finns ett behov av elproduktion som kan planeras.<sup>40</sup> I ett elsystem som saknar tillräckliga mängder reglerbara resurser blir konsekvenserna istället tydliga för samhället, till exempel genom att elpriserna tidvis blir extremt höga, att fossilbaserad elproduktion behöver utnyttjas oftare eller att elanvändningen måste anpassas.<sup>41</sup> Till skillnad från andra förnybara energikällor, såsom vindkraft och solenergi som är beroende av vind och solljus för att producera el, kan vattenkraften bidra till att balansera produktionen. Med hjälp av reglerdammar i anslutning till kraftverken kan vattnet lagras under tiden vattenflödet är som högst och elkonsumention som lägst, för att sedan släppas på när förhållandena är omvända.<sup>42</sup> Vattenkraftens reglerförmåga spelar en så betydelsefull roll i det svenska elsystemet och på grund av avsaknaden av realistiska alternativ bör reglerförmågan värnas, menar Energimyndigheten, SVK och HaV.<sup>43</sup>

I rapporten ”Vattenkraftens reglerbidrag och värde för elsystemet” kategoriseras landets samtliga vattenkraftverk i tre klasser utifrån verkens reglerbidrag och därmed betydelse för elsystemet. I klass ett återfinns de cirka 255 kraftverk med högst bidrag till reglerkraften. Energimyndigheten, SVK och HaV menar att dessa anläggningar har så pass stor samhällsnytta att en reduktion av reglerförmågan bör undvikas.<sup>44</sup> I klass två ingår cirka 78 kraftverk, för

---

<sup>39</sup> För en utförlig genomgång av vattenkraftens reglerbidrag och reglerförmåga hänvisas till *Vattenkraftens reglerbidrag och värde för elsystemet*, Rapport ER 2016:11, Energimyndigheten, Svenska kraftnät och Havs- och vattenmyndigheten, publicerad 2016-11-28 [Cit. Energimyndigheten (2016)].

<sup>40</sup> Energimyndigheten (2016), s. 9.

<sup>41</sup> *Ibid.*, s. 10–11.

<sup>42</sup> *Vattenkraftens påverkan på akvatiska ekosystem – en litteratursammanställning*, Rapport 2013:10, Havs- och vattenmyndigheten, publicerad 2013-09-04 [Havs- och vattenmyndigheten (2013)], s. 15.

<sup>43</sup> Energimyndigheten (2016), s. 11.

<sup>44</sup> *Ibid.*, s. 4.

vilka det råder viss presumtion för att åtgärder som försämrar reglerförmågan bör undvikas. Det är dock inte helt klarlagt att samhällsnyttan varje kraftverk bidrar med inte kan förenas med miljönyttiga åtgärder, därav kan det vara nödvändigt att undersöka närmare. Slutligen återfinns i klass tre resterande cirka 1700 anläggningar med så litet reglerbidrag att det inte bör ligga till grund för mindre stränga miljökrav.<sup>45</sup>

Kategoriseringen visar att det är en klar minoritet av landets kraftverk som faktiskt bidrar med den för energisystemet betydelsefulla reglerförmågan. I klass tre torde det främst röra sig om småskaliga vattenkraftverk som utvinner energi från det naturliga vattenflödet, så kallade strömkraftverk. Dessa kraftverk saknar eller har mycket liten reglerförmåga och bidrar inte heller särskilt mycket till Sveriges totala elproduktion.<sup>46</sup> Det ska emellertid inte tolkas så att anläggningarna i den tredje klassen inte kan vara samhällsviktiga i andra hänseenden, till exempel genom förmåga att försörja lokala elnät vid stora strömavbrott.<sup>47</sup>

## 2.2. Vattenkraftens påverkan på biologisk mångfald

Trots att vattenkraften bidrar till en stor andel förnybar energi och innehar en central ställning på den svenska elproduktionsmarknaden är den inte oproblematisk ur miljösynpunkt. Vattenkraftverk, dammar och vattenreglering har visat sig vara en några de största fysiska påverkanskällorna på den akvatiska miljön.<sup>48</sup> Det kanske mest uppenbara problemet är att kraftverk och tillhörande dammar skapar barriärer som innebär att djur och organismer hindras från att röra sig såväl uppströms som nedströms.<sup>49</sup> Detta kan i sin tur påverka vilka arter som kommer finnas kvar i ett vattendrag, eller populationernas storlek. Dessutom finns risk att till exempel fisk och ål dödas av kraftverkets turbiner.<sup>50</sup> I många fall anläggs numera fiskvägar eller faunapassager för att åtgärda de vandringshinder som anläggningarna innebär. Många av dessa fungerar dock inte tillräckligt bra och nedströmsvandringens risker kvarstår eftersom fisken ofta ändå följer strömmen in i kraftverkets turbiner där den skadas och dör.<sup>51</sup> HaV menar emellertid att anledningen till att många fiskvägar fungerar dåligt beror på bristande uppföljning, tillsyn och kontroll. Det finns goda möjligheter att anlägga väl fungerande passager, även förbi stora kraftverk med höga dammar.<sup>52</sup> Vidare får vandringshinder inte enbart negativa

---

<sup>45</sup> Energimyndigheten (2016), s. 4.

<sup>46</sup> SOU 2013:69, *Ny tid ny prövning – förslag till ändrade vattenrättsliga regler*, Delbetänkande av Vattenverksamhetsutredningen, 2013, s. 80.

<sup>47</sup> Lindblom, Erik och Holmgren, Kristina, *Den småskaliga vattenkraftens miljöpåverkan och samhällsnytta* IVL-rapport nr B 2258, Svenska miljöinstitutet, 2016, s. 5–6.

<sup>48</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2013), s. 7.

<sup>49</sup> *Ibid.*, s. 21.

<sup>50</sup> *Ibid.*, s. 23.

<sup>51</sup> *Sötvattenanknutna Natura 2000-värdens känslighet för hydromorfologisk påverkan*, Rapport 2017:15, Havs- och vattenmyndigheten, publicerad 2017-07-04 [Cit. Havs- och vattenmyndigheten (2017)], s. 13.

<sup>52</sup> *Anordningar för upp- och nedströmspassage av fisk vid vattenanläggningar – Underlag till vägledning om lämpliga försiktighetsmått och bästa möjliga teknik för vattenkraft*, Rapport 2013:14, Havs- och vattenmyndigheten, publicerad 2013-10-25, s. 6 och 10.

konsekvenser för de arter som rent faktiskt förflyttar sig utan även för exempelvis den starkt hotade flodpärlmusslan som är beroende av laxfiskar för att föröka sig.<sup>53</sup>

Utöver de fysiska barriärerna som uppstår vid vattenkraftsanläggningar finns även många andra påverkansfaktorer, såsom till exempel torrläggning, förändringar i vattentemperatur och vattenkvalitet.<sup>54</sup> Dessa faktorer påverkar även naturtyper och arter som lever på land intill vattendragen.<sup>55</sup> Vattenkraftsanläggningar påverkar inte heller enbart vissa specifika arter och naturtyper, utan innebär även konsekvenser för den samlade biologiska mångfalden och ekosystemen i och vid svenska vattendrag.<sup>56</sup> Driften av kraftverken och den för elproduktionen viktiga regleringen av vattnet medför att flödesmönster och vattennivåer förändras, vilket i sin tur påverkar hela akvatiska ekosystem.<sup>57</sup> Vattenkraftsanläggningar har heller inte enbart lokal påverkan. Hela vattensystemet påverkas som en följd av förändrad hydrologi och bristande konnektivitet och effekterna är ofta kumulativa. Det innebär att det inte går att uteslutande mäta de lokala effekterna på till exempel fisk och bottendjur vid enskilda dammar och kraftverk. Miljökonsekvenserna måste också bedömas utifrån anläggningens effekter såväl upp- som nedströms i systemet som helhet.<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2017), s. 13.

<sup>54</sup> *Ibid.*, s. 14.

<sup>55</sup> *Ibid.*, s. 48–49.

<sup>56</sup> *Biologisk mångfald i rinnande vatten och vattenkraft – En uppföljning*, Rapport från riksdagen 2011/12:RFR1, Riksdagstryckeriet, Stockholm, 2011, s. 7.

<sup>57</sup> Havs- och vattenmyndigheten (2013), s. 21–22.

<sup>58</sup> *Ibid.*, s. 24.

### 3. Den rättsliga regleringen av skydd för arter och livsmiljöer

Kapitel 2 har översiktligt redogjort för konflikten mellan vattenkraft och biologisk mångfald. Detta kapitel syftar till att ge läsaren en förståelse för de för uppsatsen centrala delarna av art- och habitatdirektivet och ska fungera som ett slags ramverk till den problematik som uppstår när vattenkraftsreformen och regleringen av skydd för biologisk mångfald möts. Utöver art- och habitatdirektivet behandlas även den svenska regleringen av art- och områdesskyddet översiktligt. Detta eftersom, även om den nationella rätten ska tolkas direktivskonformt, det är de svenska reglerna domstolarna i huvudsak utgår från inom ramen för de kommande omprövningsprocesserna.

#### 3.1. Art- och habitatdirektivet

##### 3.1.1. Direktivets bakgrund, syfte och rättsliga ställning

Vikten av att skydda livsmiljöer och arter har sedan länge varit erkänd såväl internationellt som på EU-nivå. Det finns ett stort antal internationella konventioner med målsättningen att skydda naturvärden, däribland Bernkonventionen<sup>59</sup> och konventionen om biologisk mångfald<sup>60</sup>. På EU-nivå var fågeldirektivet, som infördes år 1979, ett av de första direktiven som antogs på miljöområdet.<sup>61</sup> Inte förrän 13 år senare antogs art- och habitatdirektivet, som sedan dess har varit en grundpelare i EU:s naturskyddspolitik.<sup>62</sup> Bakgrunden till direktivets införande var uppmärksammandet av ett ökat antal starkt hotade vilda arter och en fortsatt försämring av livsmiljöer inom medlemsstaterna. Dessa arter och livsmiljöer utgör en del av EU:s naturliga arv och på grund av hotens gränsöverskridande natur ansågs det nödvändigt att vidta åtgärder på EU-nivå för att kunna bevara såväl arter som livsmiljöer.<sup>63</sup> Direktivets huvudsakliga syfte är att främja bibehållandet av den biologiska mångfalden inom unionen genom bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter.<sup>64</sup> Alla åtgärder som vidtas i enlighet med direktivet ska därför syfta till att bibehålla eller återställa en gynnsam bevarandestatus hos livsmiljöer och arter.<sup>65</sup> Begreppet gynnsam bevarandestatus är således centralt i förhållande till vilka skyldigheter som åläggs medlemsstaterna genom direktivet, och har definierats i artikel 1(e) för livsmiljöer och 1(i) för arter.<sup>66</sup>

---

<sup>59</sup> 1979 års konvention om europeiska vilda djur och växter samt deras naturliga miljö, SÖ 1983:30.

<sup>60</sup> 1992 års konvention om biologisk mångfald, SÖ 1993:77.

<sup>61</sup> Michanek, Gabriel och Zetterberg, Charlotta, *Den svenska miljörätten*, Upplaga 4.1, Iustus förlag, Uppsala, 2017 [Cit. Michanek och Zetterberg (2017)], s. 214.

<sup>62</sup> Langlet, David och Mahmoudi, Said, *EU environmental law and policy*, Oxford University Press, Oxford, 2016, [Cit. Langlet och Mahmoudi (2016)] s. 354.

<sup>63</sup> Preambeln para 4 art- och habitatdirektivet.

<sup>64</sup> Preambeln para 3 och artikel 2.1 art- och habitatdirektivet.

<sup>65</sup> Artikel 2.2 art- och habitatdirektivet.

<sup>66</sup> Se vidare avsnitt 3.1.2 och 3.1.3.

Art- och habitatdirektivet är i egenskap av EU-rättsligt direktiv bindande för Sverige som medlemsstat i förhållande till resultatet som ska uppnås, men lämnar åt varje medlemsstat att bestämma tillvägagångssätt för genomförandet.<sup>67</sup> Detta innebär att Sverige ska verka för att uppnå direktivets mål och syfte, d.v.s. att bevara biologisk mångfald. Värt att notera i detta sammanhang är att direktivet är antaget med stöd av artikel 192 FEUF och utgör således ett minimidirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna inte är hindrade att införa strängare skyddsregler än direktivet kräver.<sup>68</sup>

### 3.1.2. Natura 2000

Art- och habitatdirektivets skydd för den biologiska mångfalden utgörs av två olika typer av skyddsmekanismer; dels i form av utpekade geografiska områden och dels utpekade specifika skyddsvärda arter, d.v.s. ett områdesskydd och ett artskydd.<sup>69</sup> Områdesskyddet tillvaratas genom upprättandet av det europeiska ekologiska nätverket Natura 2000, som ska se till att gynnsam bevarandestatus hos de berörda livsmiljöerna och arterna i deras naturliga utbredningsområde upprätthålls.<sup>70</sup> Vad som avses med bevarandestatus hos livsmiljöer framgår av artikel 1(e).

*”En livsmiljös bevarandestatus: summan av de faktorer som påverkar en livsmiljö och dess typiska arter och som på lång sikt kan påverka dess naturliga utbredning, struktur och funktion samt de typiska arternas överlevnad på lång sikt inom det territorium som anges i artikel 2.”*

För att bevarandestatusen ska anses gynnsam krävs att livsmiljöns naturliga utbredningsområde och de ytor den täcker är stabila eller ökande, att det finns en särskild struktur och särskilda funktioner som är nödvändiga för ett långsiktigt bibehållande samt att bevarandestatusen hos livsmiljöns typiska arter är gynnsam i enlighet med definitionen i artikel 1(i).

Natura 2000-nätverket ska enligt artikel 3 i direktivet innehålla områden med de livsmiljötyper och habitat för arter som framgår av bilaga 1 och 2, vilkas bevarande kräver att särskilda bevarandeområden utses.<sup>71</sup> Det är således inte uteslutande livsmiljöer som skyddas genom Natura 2000, utan även ett stort antal arter vars gynnsamma bevarandestatus kräver att särskilda områden pekats ut. Förteckningen i bilaga 1 och 2 innebär formellt att skyddskraven inträder, det åligger emellertid varje medlemsstat att identifiera områden som är viktiga för bevarandet av arter och livsmiljöer och utse dessa till särskilda bevarandeområden.<sup>72</sup> Den mest centrala bestämmelsen för områdesskyddet är artikel 6. För utsedda bevarandeområden ska

---

<sup>67</sup> Se artikel 288, Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF).

<sup>68</sup> Se artikel 193 FEUF; Langlet och Mahmoudi (2016), s. 102.

<sup>69</sup> Se art- och habitatdirektivet, artikel 3–10 gällande områdesskyddet samt artikel 12–16 gällande artskyddet.

<sup>70</sup> Artikel 3 art- och habitatdirektivet.

<sup>71</sup> Utöver regleringen i art- och habitatdirektivet omfattar Natura 2000-nätverket även de skyddsområden som utsetts i enlighet med fågeldirektivet, se artikel 3.1 2 st. art- och habitatdirektivet.

<sup>72</sup> Se artikel 1.1 och 3.2 art- och habitatdirektivet.

medlemsstaten vidta nödvändiga positiva åtgärder för bevarande, men också förhindra försämring av områdets livsmiljöer och habitat för arter samt störningar av arter om det kan få betydande konsekvenser för direktivets mål.<sup>73</sup> Artikel 6.2 stadgar att medlemsstaterna ska vidta förebyggande åtgärder. Det är således inte godtagbart att vänta tills försämringar inträffar innan åtgärder vidtas.<sup>74</sup> Skyldigheten att förhindra försämring är vidsträckt och gäller även för pågående markanvändning samt för planer och projekt som godkänts tidigare, som senare visar sig kunna ge upphov till försämringar eller störningar i Natura 2000-området.<sup>75</sup> En sådan bedömning av pågående markanvändning eller pågående projekt måste då genomföras i enlighet med kraven i artikel 6.3.<sup>76</sup> Att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra, i enlighet med artikel 6.2, innebär att *”den rättsliga ordningen måste vara specifik, sammanhängande och fullständig och kunna garantera en hållbar förvaltning och ett effektivt skydd av de berörda områdena”*.<sup>77</sup> Med försämring avses all typ av försämring som påverkar en skyddad livsmiljö eller ett habitat. Alla faktorer som påverkar miljön i livsmiljöerna eller habitatet måste beaktas och om denna påverkan leder till att bevarandestatusen blir sämre än den var tidigare, kan försämring anses ha ägt rum.<sup>78</sup>

I artikel 6.3 stadgas att planer och projekt som inte direkt har samband med skötsel eller förvaltning av ett Natura 2000-område inte får godkännas förrän det är klarlagt att området inte kommer att ta skada. Planen eller projektet måste således på lämpligt sätt bedömas utifrån konsekvenserna för direktivets mål innan det tillåts.<sup>79</sup> I linje med försiktighetsprincipen inträder skyldigheterna enligt artikel 6.3 så fort det finns en sannolikhet eller risk att planen eller projektet kan påverka de arter eller livsmiljöer som skyddas.<sup>80</sup> EU-domstolen har uttalat att en sådan risk ska anses föreligga när det *”på grundval av objektiva kriterier inte kan uteslutas”* att planen eller projektet har en betydande påverkan på området.<sup>81</sup> Om en verksamhet inte underkastas en Natura 2000-prövning när det finns risk för betydande påverkan skulle det således strida mot art- och habitatdirektivet. Vad som avses med uttrycket *”planer och projekt”* definieras inte i direktivet, men ska enligt Kommissionen tolkas extensivt.<sup>82</sup> Begreppet plan omfattar enligt Kommissionen uppenbarligen olika typer av planer för markanvändning, men även sektorsplaner såsom planer för avfallshantering och vattenförvaltning kan omfattas.<sup>83</sup> Stöd

---

<sup>73</sup> Artikel 6.1 och 6.2 art- och habitatdirektivet.

<sup>74</sup> *Förvaltning av Natura 2000-områden – bestämmelserna i artikel 6 i habitatdirektivet (92/43/EEG)*, Kommissionens tillkännagivande C(2018) 7621 final, Europeiska kommissionen, 2019 [Cit. *Förvaltning av Natura 2000-områden*, Europeiska kommissionen (2019)], s. 25.

<sup>75</sup> *Ibid.*; se även domstolens dom (tredje avdelningen) den 14 januari 2016, *Grüne Liga Sachsen eV m.fl. mot Freistaat Sachsen*, mål C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 [Cit. *Grüne Liga Sachsen mot Freistaat Sachsen*, mål C-399/14].

<sup>76</sup> *Grüne Liga Sachsen mot Freistaat Sachsen*, mål C-399/14, punkterna 41, 43 och 54.

<sup>77</sup> *Se förvaltning av Natura 2000-områden*, Europeiska kommissionen (2019), s. 27 och där hänvisade rättsfall.

<sup>78</sup> *Ibid.*, s. 29.

<sup>79</sup> Artikel 6.3 art- och habitatdirektivet.

<sup>80</sup> *Förvaltning av Natura 2000-områden*, Europeiska kommissionen (2019), s. 39.

<sup>81</sup> Domstolens dom (stora avdelningen) den 7 september 2004, *Waddenvereniging och Vogelbeschermingsvereniging*, mål C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482, punkt 44.

<sup>82</sup> *Förvaltning av Natura 2000-områden*, Europeiska kommissionen (2019), s. 35–36.

<sup>83</sup> *Förvaltning av Natura 2000-områden*, Europeiska kommissionen (2019), s. 37.

för en extensiv tolkningen av projekt kan hämtas från MKB-direktivet som i artikel 1.2 definierar projekt som

”— utförande av byggnads- eller anläggningsarbeten eller andra installationer eller arbeten,

— andra ingrepp i den naturliga omgivningen och i landskapet, inklusive mineralutvinning.”

Definitionen är vid och torde inkludera alla verksamheter och åtgärder som har betydande påverkan på miljön.<sup>84</sup> Artikel 6.2 och 6.3 är centrala för områdesskyddet och de krav som alla EU:s medlemsländer har att följa. Till artikel 6.3 finns emellertid ett undantag för de fall alternativa lösningar saknas och planen eller projektet ”*måste genomföras av tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse*”.<sup>85</sup> Bestämmelsen får dock endast tillämpas efter att konsekvenserna av en plan eller ett projekt har analyserats i enlighet med artikel 6.3.<sup>86</sup> Vidare måste, i ett sådant undantagsfall, kompensationsåtgärder vidtas.<sup>87</sup> EU-domstolen har klargjort att ett intresse som kan motivera genomförande av ett projekt i den mening som avses i artikel 6.4 ska vara både ”*allmänt och väsentligt, vilket innebär att detta intresse är av sådan betydelse att det ska vägas mot syftet att bevara livsmiljöer samt vilda djur och växter.*”<sup>88</sup> Kommissionen har uttalat att tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse torde avse situationer där en plan eller ett projekt är absolut nödvändiga för åtgärder eller politik som ska skydda grundläggande värden för medborgarnas hälsa, säkerhet eller miljö, eller för politik som är av grundläggande betydelse för staten och samhället.<sup>89</sup> Det ankommer på berörda myndigheter att väga planens eller projektets tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse mot bevarandemålen i direktivet. Tillåtelse får endast lämnas om tvingande orsaker väger tyngre än dess inverkan på bevarandemålen.<sup>90</sup>

### 3.1.3. Artskyddet

Den andra delen av art- och habitatdirektivets skydd för biologisk mångfald är det strikta artskyddet. Artskyddet innebär huvudsakligen att medlemsstaterna ska vidta åtgärder för att skydda arterna och deras naturliga utbredningsområden samt se till att en gynnsam bevarandestatus upprätthålls eller återställs. En arts bevarandestatus definieras i artikel 1(i).

---

<sup>84</sup> Se Prop. 2000/01:111, *Skyddet för vissa djur- och växtarter och deras livsmiljöer* [Cit. Prop. 2000/01:111] s. 41.

<sup>85</sup> Artikel 6.4 art- och habitatdirektivet.

<sup>86</sup> Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 20 september 2007, *Europeiska kommissionen mot Italienska republiken*, mål C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532, punkt 83.

<sup>87</sup> Artikel 6.4 art- och habitatdirektivet.

<sup>88</sup> Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 16 februari 2012, *Marie-Noëlle Solvay m.fl. mot Région wallonne*, mål C-182/10, ECLI:EU:C:2012:82, punkt 75.

<sup>89</sup> *Förvaltning av Natura 2000-områden*, Europeiska kommissionen (2019), s. 57.

<sup>90</sup> *Ibid.*

*”En arts bevarandestatus: summan av de faktorer som påverkar den berörda arten och som på lång sikt kan påverka den naturliga utbredningen och mängden hos dess populationer inom det territorium som anges i artikel 2.”*

För att bevarandestatusen hos arten ska anses vara gynnsam krävs att artens populationsutveckling på lång sikt visar sig förbli en livskraftig del av sin livsmiljö, att artens naturliga utbredningsområde inte minskar eller kommer att minska inom en överskådlig framtid samt att det finns, och sannolikt kommer fortsätta finnas en tillräcklig livsmiljö för att artens populationer ska bibehållas på lång sikt.<sup>91</sup>

Skyddssystemet som medlemsstaterna har att införa enligt direktivet ska innehålla förbud mot ett antal olika handlingar som innebär en risk för att arterna elimineras eller att deras utbredningsområden förstörs. Primärt rör det sig om olika avsiktliga handlingar, såsom till exempel att avsiktligt döda eller störa djurarter, eller att på olika sätt avlägsna växter eller förstöra deras naturliga utbredningsområden.<sup>92</sup> Vad som avses med begreppet avsiktligt utvecklas inte i direktivet. EU-domstolen har emellertid uttalat att det krävs en vilja att fånga eller döda ett exemplar av en skyddad art, eller åtminstone att risken för en sådan fångst eller sådant dödande har godtagits av personen eller verksamhetsutövaren.<sup>93</sup> Domstolen tycks tolka uttrycket avsiktligt som ett medvetet accepterande av följderna. Kommissionen har i sin vägledning till det strikta artskyddet lagt fram ett förslag på definition av avsiktliga handlingar och menar att begreppet inte bara omfattar handlingar med ett direkt uppsåt att döda eller skada en skyddad art. Det omfattar även handlingar som utförs av någon som inte har direkt avsikt men som är tillräckligt informerad och medveten om de sannolika följderna, och trots detta genomför handlingen.<sup>94</sup>

I bilaga 4 till direktivet listas de djur- och växtarter av unionsintresse som kräver noggrant skydd och som därför omfattas av förbudsbestämmelserna i direktivets artikel 12 och 13. Kommissionen har framhållit att, för en fullständig och effektiv tillämpning av bestämmelsen, det inte enbart krävs att ett samstämmigt juridiskt ramverk upprättas. Konkreta åtgärder måste vidtas för att genomdriva tillämpningen av bestämmelserna för att skydda de arter som tas upp i bilaga 4.<sup>95</sup> Det vill säga att trots att ordalydelsen i artikel 12 och 13 enbart stadgar att medlemsstaterna ska *införa* ett strikt skyddssystem, innebär bestämmelserna även att skyddssystemet måste *tillämpas* så att det förhindrar de aktiviteter som anges. Denna

---

<sup>91</sup> Artikel 1(i) art- och habitatdirektivet.

<sup>92</sup> Se artikel 12 och 13 art- och habitatdirektivet.

<sup>93</sup> Domstolens dom (andra avdelningen) av den 18 maj 2006, *Kommissionen mot Spanien*, mål C-221/04, ECLI:EU:C:2006:329, para 71.

<sup>94</sup> *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/ECC*, European Commission, final version, february 2007 [Cit. *Guidance document on the strict protection of animal species*, European Commission (2007)] s. 36–37.

<sup>95</sup> *Ibid.*, s. 26.



uppfattning bekräftas även av EU-domstolen i målet *Caretta Caretta*.<sup>96</sup> Det strikta artskyddet innefattar således två olika aspekter. Dels skyldigheten att se till att det finns ett regelverk som skyddar de hotade arterna, dels ett mer konkret och faktiskt ansvar att se till att skyddet efterlevs.

I artikel 16 finns undantagsregler som anger i vilka fall det finns utrymme för avvikelser från förbuden. Undantag är endast tillåtet under förutsättning att det inte finns någon annan lämplig lösning samt att undantag inte försvårar upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus. Vidare är det bara tillåtet med avvikelser av ett antal specifika anledningar, exempelvis för att skydda vilda djur och växter eller allmän hälsa och säkerhet, eller av andra tvingande orsaker som har ett allt överskuggande allmänintresse, inbegripet orsaker av social eller ekonomisk karaktär och betydelsefulla positiva konsekvenser för miljön.<sup>97</sup> Kommissionen framhåller att det av ordalydelsen framgår att det uteslutande är allmänna intressen som får vägas mot bevarandemålen i direktivet.<sup>98</sup> Vidare uttrycks att ett allmänt intresse normalt bara kan vara allt överskuggande om det är långsiktigt. Kortsiktiga fördelar torde inte vara tillräckligt för att överskugga det långsiktiga intresset av bevarande av arter.<sup>99</sup> EU-domstolen har slagit fast att villkoren i artikel 16 ska tolkas restriktivt, samt att undantag inte får beviljas i strid med direktivets anda och syfte.<sup>100</sup>

## 3.2. Art- och områdesskyddet på nationell nivå

### 3.2.1. Natura 2000

Den svenska implementeringen av Natura 2000 återfinns i huvudsak i 7 kap. 27–29 b §§ MB samt områdesskyddsförordningen<sup>101</sup>. I Sverige har länsstyrelserna fått uppdraget att utreda och föreslå nya Natura 2000-områden. Därefter lämnas förslaget över till Naturvårdsverket som granskar urvalet innan det överlämnas till regeringen. Regeringen fattar slutligen beslut om att föreslå det berörda området som Natura 2000-område för Kommissionen.<sup>102</sup> Den svenska skyddslagstiftningen börjar gälla för det föreslagna området direkt när regeringen beslutat att föreslå området för Kommissionen.<sup>103</sup> Av miljöbalkens bestämmelser framgår regeringens skyldighet att förklara de områden som enligt art- och habitatdirektivet är av unionsintresse som Natura 2000-områden samt ett krav på löpande förteckning över dessa. Vidare anges att Natura 2000-områden ska prioriteras i det fortsatta skyddsarbetet.<sup>104</sup> Syftet med skyddsarbetet ska vara

---

<sup>96</sup> Domstolens dom (sjätte avdelningen) av den 30 januari 2002, *Kommissionen mot Grekland*, mål C-103/00, ECLI:EU:C:2002:60.

<sup>97</sup> Artikel 16.1 art- och habitatdirektivet.

<sup>98</sup> *Guidance document on the strict protection of animal species*, European Commission (2007), s. 55–56.

<sup>99</sup> *Ibid.*, s. 56.

<sup>100</sup> Domstolens dom (andra avdelningen) av den 20 oktober 2005, *Kommissionen mot Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland*, Mål C-6/04, ECLI:EU:C:2005:626, punkt 111–113.

<sup>101</sup> Förordning (1998:1252) om områdesskydd enligt miljöbalken m.m.

<sup>102</sup> *Vad är Natura 2000*, Naturvårdsverket, <https://www.naturvardsverket.se/Var-natur/Skyddad-natur/Natura-2000/> hämtad 2020-10-15.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> 7 kap. 27 § 1 och 3 st. jämte 7 kap. 28 § MB.

att upprätthålla eller återställa en gynnsam bevarandestatus för de berörda arterna och livsmiljöerna.<sup>105</sup> En viktig del i arbetet är att upprätta bevarandeplaner för varje enskilt område, vilka ska tjäna som hjälpmedel i Natura 2000-tillståndsprövningar.<sup>106</sup> För verksamheter och åtgärder som på ett betydande sätt kan påverka miljön i ett Natura 2000-områden krävs ett särskilt tillstånd. Tillstånd får endast lämnas om verksamhetens bedrivande inte medför skada på de livsmiljöer eller utsätter skyddade arter för störningar som på ett betydande sätt kan försvåra arternas bevarande.<sup>107</sup> Detta gäller för verksamheter och åtgärder såväl *inom* som *utanför* Natura 2000-området.<sup>108</sup>

Under vissa förutsättningar och om regeringen har lämnat sin tillåtelse kan tillstånd lämnas trots kraven i 7 kap. 28 b § MB.<sup>109</sup> Det gäller situationer då alternativa lösningar saknas och verksamheten eller åtgärden måste genomföras av tvingande orsaker av väsentligt allmänintresse. I situationer där prioriterade arter och livsmiljötyper som anges i art- och habitatdirektivet aktualiseras, skärps dessutom prövningen enligt 7 kap. 29 § MB ytterligare.<sup>110</sup> I linje med art- och habitatdirektivets artikel 6.4 krävs, om undantag beviljas, att kompensationsåtgärder vidtas så att syftet med områdesskyddet ändå kan tillgodoses.<sup>111</sup> Genom att exploatering kräver ett särskilt Natura 2000-tillstånd och att sådant tillstånd endast får lämnas under vissa förutsättningar har Natura 2000-områdena givits starkt skydd i den svenska regleringen. Utpekade Natura 2000-områden utgör dessutom riksintressen enligt 4 kap. MB, vilket innebär att de *ska* skyddas mot exploatering och andra ingrepp.<sup>112</sup> Av praxis framgår även att bedömningen av en verksamhets påverkan på skyddade arter och livsmiljöer i ett Natura 2000-område ska göras tillsammans med andra pågående eller planerade projekt.<sup>113</sup> Denna uppfattning ligger i linje med Kommissionens vägledning till artikel 6 i art- och habitatdirektivet, som stadgar att flera mindre konsekvenser som inte var för sig är betydande, tillsammans kan innebära betydande påverkan och måste därför bedömas utifrån den samlade effekten.<sup>114</sup>

### 3.2.2. Artskyddet

Genom bestämmelser i 8 kap. MB har regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer medgivits utrymme att meddela föreskrifter för att skydda särskilt skyddsvärda arter. Detta har gjorts genom artskyddsförordningen (2007:845). På samma sätt som i art- och

---

<sup>105</sup> Prop. 2000/01:111, s. 34.

<sup>106</sup> *Förutsättningar för prövningar och tillsyn i Natura 2000-områden*, Naturvårdsverket, Handbok 2017:1, utgåva 1, 2017, s. 31.

<sup>107</sup> 7 kap. 28 a–b §§ MB.

<sup>108</sup> Prop. 2000/01:111, s. 40 och 43.

<sup>109</sup> 7 kap. 29 § MB.

<sup>110</sup> Michanek och Zetterberg (2017), s. 240.

<sup>111</sup> 7 kap. 29 § 1 st. 3 p. MB.

<sup>112</sup> Se 4 kap. 1 och 8 §§ MB.

<sup>113</sup> Se MÖD 2014:46.

<sup>114</sup> *Förvaltning av Natura 2000-områden*, Europeiska kommissionen (2019), s. 41–42.

habitatdirektivet skyddas arterna genom förbud mot olika typer av handlingar, i huvudsak avsiktliga, såsom att döda, avlägsna eller störa arterna.<sup>115</sup> När det rör sig om exempelvis vattenkraftsanläggningar eller andra typer av verksamheter finns troligtvis ingen direkt avsikt att döda eller skada arter. MÖD har uttalat att när en verksamhet har ett uppenbart annat syfte än att döda arter krävs en risk för påverkan på den skyddade artens bevarandestatus i området för att förbuden i artskyddsförordningen ska utlösas. För att kravet på avsiktlighet ska vara uppfyllt krävs också, i likhet med vad EU-domstolen och Kommissionen uttalat, att verksamhetsutövaren känner till risken och ändå godtar den.<sup>116</sup>

I förordningens bilaga 1 återfinns de arter som skyddas genom fridlysning enligt kraven i art- och habitatdirektivet samt fågeldirektivet, medan de arter som Naturvårdsverket och länsstyrelserna tidigare fridlyst framgår av bilaga 2.<sup>117</sup> Att en art är fridlyst innebär inget annat än att de olika förbuden träder in och är tillämpliga. Graden av respektive arts skydd, d.v.s. vilka förbud som inträder för vilken art kan utlösas av 4–6 §§ för djurarter och 7–9 §§ för växtarter. Från förbudsbestämmelserna finns dock vissa undantag samt en möjlighet att erhålla dispens. Dispens får endast lämnas om det inte finns någon annan lämplig lösning och inte försvårar upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus hos artens bestånd i dess naturliga utbredningsområde.<sup>118</sup> För de arter som listas i bilaga 1 och således skyddas utifrån kraven i art- och habitatdirektivet krävs även att dispens är nödvändig för att till exempel skydda arter eller deras livsmiljöer, allmän hälsa och säkerhet eller av annat tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> Se t.ex. 4 § artskyddsförordningen.

<sup>116</sup> Se MÖD 2016:1.

<sup>117</sup> Bengtsson, Bertil, Artskyddsförordning (2007:845), Karnov inledande kommentar, JUNO, hämtad 2020-10-16.

<sup>118</sup> 14 § 1–2 p. och 15 § artskyddsförordningen.

<sup>119</sup> 14 § 3 p. artskyddsförordningen.

## 4. Omprövning av vattenkraft ur ett biologisk mångfald-perspektiv

Kapitel 2 och 3 har redogjort för den bakomliggande konfliktsituationen samt reglerna som omger art- och områdesskyddet både i direktivet och på nationell nivå, d.v.s. regleringen som sätter ramen för vad vattenkraften har att anpassas efter i förhållande till art- och områdesskyddet. Det har synliggjorts att förnybar elproduktion i form av vattenkraft kan medföra risker i förhållande till art- och habitatdirektivets huvudsakliga syfte.

Genom propositionen ”Vattenmiljö och vattenkraft”<sup>120</sup> infördes den 1 januari 2019 ny lagstiftning om bland annat omprövning av vattenkraft. Syftet med de nya reglerna och hela vattenkraftsreformen är att förse svensk vattenkraft med moderna miljövillkor, d.v.s. att faktiskt miljöanpassa vattenkraften efter vad miljöbalken i stort och art- och områdesskyddet kräver. Trots detta finns en risk att vattenkraftsreformen medför konsekvenser för hur art- och områdesskyddet tillgodoses och tillämpas i processerna. Detta kapitel är ägnat att behandla den första delen av vattenkraftsreformen, d.v.s. den rättsliga regleringen, och art- och områdesskyddet. I kapitlet analyseras på vilket sätt art- och områdesskyddet kan tillgodoses i omprövningsprocesserna. De viktigaste reglerna som styr och påverkar omprövningarna redogörs för och problematiseras utifrån art- och områdesskyddet och de krav som härrör från art- och habitatdirektivet. Kapitlet ägnar även att synliggöra risker som kan påverka art- och områdesskyddet och bevarandet av biologisk mångfald.

### 4.1. Något om tillståndens rättskraft

Innan genomgång och problematisering av reglerna som omger omprövning av vattenkraft och hur art- och områdesskyddet ska hanteras finns anledning att kort uppmärksamma frågan om vattenkraftsanläggningarnas tillstånd och rättskraft. Lagen (1998:811) om införande av miljöbalken (MP) fick i samband med de nya reglerna för vattenkraften en ny övergångsbestämmelse i 5 a §. Bestämmelsen stadgar att verksamheter som bedrivs enligt urminnes hävd, ett privilegiebrev eller annan särskild rättighet att förfoga över vatten enligt 1918 års vattenlag, ska anses bedrivas med stöd av motsvarande bestämmelser i miljöbalken. I 5 § MP finns sedan tidigare en bestämmelse som anger att beslut som meddelats enligt äldre rätt ska fortsätta gälla efter miljöbalkens ikraftträdande och anses meddelade med stöd av motsvarande bestämmelser i balken. Tillsammans medför 5 och 5 a §§ MP att äldre vattenkraftsanläggningar i princip anses inneha rättskraftiga tillstånd enligt 24 kap. 1 § MB. Rättigheter enligt 5 a § MP har rättskraft i de frågor som får anses ha prövats genom att den särskilda rättigheten tillkom, och kan även bli föremål för omprövning på samma sätt som andra tillstånd enligt miljöbalken.<sup>121</sup> Däremot framhålls i propositionen att effekten av 5 a § i många fall kan bli begränsad eftersom det troligtvis aldrig har gjorts någon miljömässig bedömning

---

<sup>120</sup> Prop. 2017/18:243.

<sup>121</sup> Ibid., s. 235.

eller avvägning, som annars är fokus i en miljöprövning.<sup>122</sup> Det kan inte alltid utan svårighet avgöras huruvida en vattenkraftsanläggning omfattas av 5-5 a §§ samt i så fall vad själva tillståndet omfattar. Dessutom går det inte att utesluta att vissa verksamheter inte, varken med stöd av någon särskild rättighet eller tillstånd enligt äldre lagstiftning, anses ha ett rättskraftigt tillstånd.<sup>123</sup> Dessa verksamheter kommer istället att nyprövas, d.v.s. genomgå en fullständig tillståndsprövning, vilket innefattar krav på miljöbedömning och MKB enligt 6 kap. MB.<sup>124</sup> De flesta regler som analyseras och problematiseras i kommande framställning träffar även de verksamheter som ska tillståndsprövas. Däremot är huvudregeln att verksamheterna ska just omprövas och därav riktas fokus särskilt mot de verksamheter som anses ha tillstånd med stöd av äldre lag eller särskild rättighet.

#### 4.2. En särskild bestämmelse för omprövning av vattenkraft

I 24 kap. 10 § MB infördes en särskild bestämmelse för omprövning av vattenkraft för moderna miljövillkor. Enligt bestämmelsen ska tillståndsmyndigheten upphäva, ändra och besluta nya bestämmelser och villkor i den utsträckning som behövs med hänsyn till skyddet för människors hälsa och miljön. Till skillnad från andra prövningar enligt 24 kap. MB initieras omprövningen efter ansökan av verksamhetsutövaren.<sup>125</sup> Omprövningsprocessen utgår således från verksamhetsutövarens yrkanden. Om dessa emellertid inte är tillräckliga enligt domstolens bedömning ska den leda processen så att det framkommer tillräckligt underlag för att kunna bestämma lämpliga moderna miljövillkor.<sup>126</sup> Som huvudregel får villkor och bestämmelser som innebär att verksamheten avsevärt försvåras inte bestämmas, inbegripet situationen att verksamheten inte längre kan bedrivas.<sup>127</sup> Denna huvudregel gäller emellertid inte om villkor och bestämmelser som innebär avsevärt försvårande behövs för att följa en miljökvalitetsnorm eller någon annan EU-rättslig bestämmelse.<sup>128</sup> Av propositionen framgår vidare att sådana krav bara ska ställas om möjligheterna att ändra relevanta miljökvalitetsnormer har uttömts.<sup>129</sup> Här tydliggörs således att, även om bestämmelsen stadgar en möjlighet att bestämma villkor som innebär avsevärt försvårande, detta ska göras med stor försiktighet och som allra sista utväg. Ett exempel på ”*annan EU-rättslig bestämmelse*” kan vara krav eller försiktighetsmått som behövs för att leva upp till förpliktelser till följd av Sveriges genomförande av art- och habitatdirektivet.<sup>130</sup> Detta innebär således att villkor som innebär att driften av verksamheten

---

<sup>122</sup> Prop. 2017/18:243 s. 236.

<sup>123</sup> *Vägledning om samverkan inför prövning enligt den nationella planen*, Havs- och vattenmyndigheten, Remiss 2020-08-28, dnr 2247–2020, tillgänglig online via <https://www.havochvatten.se/download/18.3b63ec651740ce15990baefb/1599127187981/remiss-2247-2020-vagledning-samverkan-provning-nationella-planen.pdf>. [Cit. *Vägledning om samverkan*, HaV (2020)], s. 14.

<sup>124</sup> Se vidare avsnitt 4.3.

<sup>125</sup> Prop. 2017/18:243, s. 221; Jfr även 24 kap. 12 § MB.

<sup>126</sup> Prop. 2017/18:243, s. 114.

<sup>127</sup> *Ibid.*, s. 221.

<sup>128</sup> 24 kap. 10 § 2 st. MB.

<sup>129</sup> Prop. 2017/18:243, s. 114–115.

<sup>130</sup> *Ibid.*, s. 221.

avsevärt försvåras kan bestämmas, om en vattenkraftsanläggning som omprövas medför att gynnsam bevarandestatus hos en art eller livsmiljö försämras. Om sådana villkor inte är tillräckliga kan tillståndet komma att återkallas. Bestämmelsen i 24 kap. 10 § MB är således i högsta grad central. Den utgör grunden till omprövning av vattenkraft för moderna miljövillkor, samt medger att villkor och försiktighetsåtgärder som krävs för att uppfylla skyldigheterna enligt art- och habitatdirektivet får bestämmas trots att verksamheten avsevärt försvåras eller inte längre kan bedrivas. Någon sådan möjlighet finns inte vid omprövningar enligt 24 kap. 5 § MB.<sup>131</sup> Bestämmelsen är emellertid öppen och lämnar stort utrymme för skönsmissiga bedömningar. Vad effekten av denna möjlighet blir återstår således att se.

### 4.3. Avsaknad av krav på specifik miljöbedömning

I tillståndsprovningar av vattenverksamheter krävs som regel en specifik miljöbedömning och att MKB upprättas för att verksamheten ska kunna erhålla tillstånd.<sup>132</sup> Av 6 kap. 20 § 2 st. MB framgår emellertid att det inte finns något sådant krav för de vattenkraftsanläggningar som ska omprövas för moderna miljövillkor enligt 24 kap. 10 § MB. Bakgrunden till denna regel är att provningen, på samma sätt som för andra ansökningar om omprövning enligt 24 kap. MB, inte ska kompliceras i onödan.<sup>133</sup> Däremot påverkas inte de krav på utredning som prövningsmyndigheten ska ställa enligt 22 kap. 2 a § MB. Verksamhetsutövaren är skyldig att tillhandahålla den utredning om verksamheten och övriga förhållanden som behövs.<sup>134</sup> Det går enligt min mening att ifrågasätta ändamålsenligheten i att inte ställa krav på miljöbedömning och MKB i de kommande omprövningarna av vattenkraften, särskilt med motiveringen att sådant krav inte uppställs i andra omprövningsprocesser. Förutom att omprövningar inte ska kompliceras i onödan är en ytterligare anledning till att det inte uppställs krav på miljöbedömning vid omprövning och återkallelse av tillstånd enligt 24 kap. MB att sådant krav riskerar att minska myndigheternas intresse av att driva omprövningsärenden.<sup>135</sup> Ett icke-krav på miljöbedömning vid omprövning av vattenkraften enligt 24 kap. 10 § MB kan inte motiveras på samma sätt, eftersom provningen ska initieras av verksamhetsutövaren. Därmed innebär ett krav på miljöbedömning ingen risk i förhållande till myndigheternas intresse av att driva en omprövningsprocess. Vattenkraftsanläggningarna som ska omprövas är så pass gamla att de antingen omfattas av äldre rättigheter och inte har genomgått någon miljömässig bedömning, eller innehar tillstånd enligt äldre lagstiftning och således inte har prövats enligt miljöbalkens regler. Det går därför även att ifrågasätta om det verkligen rör sig om en omprövning och inte en nyprövning i många fall.

---

<sup>131</sup> Se 24 kap. 9 § MB.

<sup>132</sup> Se 6 kap. 20–37 §§ MB.

<sup>133</sup> Wik, Malin, Miljöbalken (1998:808) 6 kap. 20 § 2 st., Karnov lagkommentar, JUNO, hämtad 2020-10-20.

<sup>134</sup> Prop. 2017/18:243, s. 120.

<sup>135</sup> Wik, Malin, Miljöbalken (1998:808) 6 kap. 20 § 2 st., Karnov lagkommentar, JUNO, hämtad 2020-10-20.

Oavsett hur prövningen karaktäriseras kan konsekvenserna av att inte uppställa krav på specifik miljöbedömning när en vattenkraftsanläggning ska omprövas eller prövas för första gången bli långtgående. Flera remissinstanser som yttrade sig inför införandet av de nya reglerna avstyrkte förslaget om att MKB inte skulle krävas i omprövningsprocesserna, och ansåg avsaknad av sådant krav som problematiskt och omotiverat.<sup>136</sup> Länsstyrelsen i Uppsala framhöll att samråd och MKB krävs för att få ett fullgott underlag till prövningen.<sup>137</sup> Mark- och miljödomstolen vid Umeå tingsrätt menade att avsaknad av krav på miljöbedömning och MKB kommer medföra stora kompletteringsbehov och leda till tidsutdräkt.<sup>138</sup> Även Länsstyrelsen i Halland ansåg att fördelarna med samråd och MKB överstiger nackdelarna, och påpekade även att omprövningarna i många fall liknar en ren tillståndsprövning.<sup>139</sup>

Mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt har uttalat att utebliven miljöbedömning kan få två potentiella konsekvenser. Antingen resulterar det i sämre förutsättningar för att tillvarata allmänna intressen i processen och risk för bristfälligt underlag, alternativt i dålig processekonomi eftersom det blir en tung uppgift för domstolen och verksamhetsutövaren att säkerställa ett fullgott underlag.<sup>140</sup> Bestämmelsen i 22 kap. 2 a § MB innebär ett krav på att underlaget ska vara tillräckligt för att domstolen ska kunna göra en bedömning enligt de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB.<sup>141</sup> Mot bakgrund av att motivet till att inte uppställa krav på MKB är att underlätta prövningen och således att underlaget inte ska behöva bli lika omfattande, bör konsekvensen följaktligen också bli att det underlag som krävs enligt 22 kap. 2 a § inte medför en fullt lika heltäckande bild som blir fallet vid en fullständig miljöbedömning och MKB. Det kan då ifrågasättas om den konsekvensbedömning som måste genomföras innan ett projekt tillåts enligt artikel 6.3 art- och habitatdirektivet kommer ske på ett sätt som är förenligt med direktivet.

I en tillståndsprövningsprocess är det inom ramen för den specifika miljöbedömningen och MKB:n som art- och områdesskyddet har sin givna plats. Syftet med en miljöbedömning är enligt 6 kap. 1 § MB att integrera miljöaspekter i planering och beslutsfattande så att en hållbar utveckling främjas. Genom krav på samråd ges myndigheter och andra möjlighet att yttra sig. En utebliven miljöbedömning innebär således uteblivet samråd, vilket kan få konsekvensen att inspelen från motstående intressen inte kommer in lika tidigt i processen, eller inte alls. I en MKB redovisas bland annat de konsekvenser verksamheten har, eller riskerar att få, på Natura 2000 och skyddade arter samt vilka eventuella åtgärder som ska vidtas för att minska påverkan i största möjliga mån.<sup>142</sup> En fullgod MKB utgör dessutom en processförutsättning i

---

<sup>136</sup> Se prop. 2017/18:243, s. 119–120.

<sup>137</sup> Remissyttrande 2017-09-26, 530-4327-2017, Länsstyrelsen i Uppsalas län, s. 7.

<sup>138</sup> Remissyttrande 2017-09-27, dnr 2017/42, Umeå tingsrätt, s. 3.

<sup>139</sup> Remissyttrande 2017-09-28, 500-4877-17, Länsstyrelsen i Hallands län, s. 5.

<sup>140</sup> Remissyttrande 2017-09-29, dnr TVB 2017/197, Vänersborgs tingsrätt, s. 13.

<sup>141</sup> Prop. 2001/02:65, *Ändrad ordning för utdömande av vite enligt miljöbalken m.m.*, s. 35.

<sup>142</sup> Se 6 kap. 35 § MB.

tillståndsprövningar,<sup>143</sup> vilket ytterligare betonar vikten av noggranna miljömässiga överväganden inför ett planerat projekt, inbegripet en noggrann undersökning och konsekvensbedömning av de arter, habitat och livsmiljöer som aktualiseras i området.

Vad gäller Natura 2000 uppställs ett särskilt krav på specifik miljöbedömning för det fall en Natura 2000-tillståndsprövning ska genomföras, vilket öppnar upp för att de Natura 2000-områden som berörs ändå kan få ett fullgott skydd i denna del.<sup>144</sup> Vad gäller artskyddsreglerna och eventuell artskyddsdispens finns däremot inget särskilt krav på specifik miljöbedömning. För artskyddets del kommer således ingen fullständig miljöbedömning genomföras inom ramen för omprövningsprocesserna. I detta skede går det emellertid inte att dra några konkreta slutsatser om att bristande krav på miljöbedömning och MKB direkt innebär bristande skydd för arter och Natura 2000. Det åligger verksamhetsutövaren och domstolen att se till att skyddet tillgodoses i enlighet med vad art- och habitatdirektivet kräver. Däremot finns risk att art- och områdesskyddet inte får en lika given plats i en process som inte föregås av miljöbedömning och MKB, eftersom samråd med myndigheter och andra inte krävs, och kraven på underlaget enligt 22 kap. 2 a § MB inte är lika omfattande som hade varit fallet om MKB skulle upprättas.

Genom praxis har, i förhållande till tillståndsprövningar, tydliggjorts hur och när art- och områdesskydd integreras i processen och vikten av en fullständig konsekvensbedömning.<sup>145</sup> Hur underlaget och utredningen ska se ut i förhållande till skyddade arter och områden när miljöbedömning och MKB inte krävs vid omprövning har inte klarlagts. Det råder således osäkerhet kring hur art- och områdesskyddet ska integreras och tillgodoses inom ramen för de kommande omprövningsprocesserna, något som emellertid troligtvis tydliggörs med tiden. Här kan nämnas att det givetvis är möjligt att vissa verksamhetsutövare själva tar ett så stort ansvar, för att genomföra en noggrann och fullgod konsekvensbedömning av sin verksamhets påverkan på skyddade arter och Natura 2000-områden, att något större problem inte uppstår i förhållande till art- och områdesskyddet. Slutsatsen som kan dras i detta skede är att bristande krav på miljöbedömning och MKB innebär en riskfaktor för art- och områdesskyddets tillgodoseende inom ramen för de kommande omprövningarna.

#### **4.4. Myndigheternas begränsade möjlighet att utöva tillsyn och initiera prövning**

I propositionen uppmärksammades att verksamhetsutövarens skyldigheter enligt 11 kap. 27 § 1 st. MB, d.v.s. att se till att verksamheten förses med moderna miljövillkor, inte skulle uppfyllas vid införandet av reglerna.<sup>146</sup> Därav infördes även en regel som stadgar att en vattenkraftsanläggning får fortsätta bedrivas i väntan på sin tur att omprövas för moderna miljövillkor, om förutsättningarna i 11 kap. 27 § MB är uppfyllda. I bestämmelsens andra

---

<sup>143</sup> Se 22 kap. 1 och 2 §§ MB; Se även NJA 2008 s. 748 och NJA 2009 s. 321.

<sup>144</sup> Se nedan avsnitt 4.5.

<sup>145</sup> Se t.ex. MÖD 2002:78, MÖD 2013:13 och MÖD 2012:56.

<sup>146</sup> Prop. 2017/18:243, s. 84.



stycke stadgas att en verksamhet får bedrivas till dess en prövning är klar om (1) verksamhetsutövaren har ansökt om tillstånd eller omprövning eller (2) om verksamheten omfattas av den nationella planen och har ansökt om prövning enligt denna. I 41 § vattenverksamhetsförordningen finns ytterligare kriterier för när en verksamhet som omfattas av planen får fortsätta bedrivas trots att tillstånd saknas enligt 11 kap. MB. Ett av dessa krav är att verksamheter utan tillstånd måste omfattas av äldre rättigheter. MÖD har emellertid uttalat att bestämmelsen inskränker verksamhetsutövarens rätt att fortsätta sin verksamhet med stöd av 11 kap. 27 § MB, och att det inte är möjligt att genom förordning inskränka eller förbjuda en verksamhet som är tillåten enligt lag. MÖD har därför tydliggjort att bestämmelsen inte ska ges den innebörden att den begränsar rätten att fortsätta bedriva verksamhet och att denna rätt gäller oavsett om verksamheten kan anses ha tillstånd enligt miljöbalken. Det är således tillräckligt att verksamheten uppfyller kriterierna i 11 kap. 27 § MB.<sup>147</sup>

En verksamhet som uppfyller kriterierna, och som därmed får fortsätta bedrivas, ska som utgångspunkt inte utsättas för tillsyn och åtgärder innan omprövningen inleds. I propositionen framhålls att tillsynsmyndigheten endast i undantagsfall, om behovet av miljöskydd inte tål vänta på en omprövning för moderna miljövillkor, kan förelägga om försiktighetsmått eller initiera omprövning eller återkallelse enligt andra bestämmelser.<sup>148</sup> I 24 kap. 11 § 3 st. MB infördes således en ny regel som begränsar myndigheternas möjlighet att ansöka om omprövning och återkallelse. Bestämmelsen stadgar att omprövning eller återkallelse får ske under två förutsättningar. För det första krävs att omständigheterna är så allvarliga att det inte går att vänta på prövning enligt den nationella planen. För det andra krävs att myndigheten har undersökt och kommit fram till att olägenheten inte går att avhjälpa genom föreläggande om försiktighetsmått eller förbud. Exempel på sådana situationer kan vara att underhållet av en anläggning allvarligt försumrats och att det därav finns en risk för allvarlig skada, eller om genomförande av EU-rättsliga förpliktelser innebär att en prövning inte kan avvaktas.<sup>149</sup> Denna möjlighet att initiera omprövning eller återkallelse ska emellertid enligt propositionen användas mycket restriktivt, och inte så att den nationella planens syfte med sammanhängande omprövningar förfelas.<sup>150</sup>

MÖD har i ett fall avslagit en omprövning av en vattenkraftsanläggning, vilken initierades innan januari 2019, som numera omfattas av de nya reglerna och den nationella planen.<sup>151</sup> Motiveringen var att det skulle vara till nackdel för verksamhetsutövaren att genomföra en omprövning av vissa villkor i avvaktan på den fullständiga prövningen för moderna miljövillkor som kommer ske inom en relativt snar framtid. Nyttan av de yrkade åtgärderna ansågs vara oklar i ett längre perspektiv och stod därmed inte i rimlig proportion till kostnaderna för

---

<sup>147</sup> Se Mark- och miljööverdomstolens dom den 13 november 2019 i mål nr M 747–19.

<sup>148</sup> Prop. 2017/18:243, s. 85.

<sup>149</sup> Wik, Malin, Miljöbalken (1998:808) 24 kap. 11 § 3 st., Karnov lagkommentar, JUNO, hämtad 2020-10-27.

<sup>150</sup> Prop. 2017/18:243, s. 85.

<sup>151</sup> Se Mark- och miljööverdomstolens dom den 28 augusti 2020 i mål nr M 4821–18.

bolaget.<sup>152</sup> Uttalandet från MÖD kan, i linje med regeringens uttalanden, tolkas så att verksamhetsutövarens rätt att bedriva verksamheten vidare i väntan på omprövning inte gärna ska inskränkas. Särskilt med beaktande av att omprövningen faktiskt initierades före de nya reglerna trätt i kraft.

Det tillfälliga undantaget från tillståndsplikt är enligt propositionen nödvändigt för den nationella planens funktion, d.v.s. för att det ska vara möjligt att genomföra vattenkraftsreformen med en nationell helhetssyn och på ett samordnat sätt.<sup>153</sup> Samtidigt finns risk att bestämmelsen medför att nödvändiga åtgärder för att bevara biologisk mångfald inte vidtas när så fordras. Även om det lämnats visst utrymme för tillsynsmyndigheter att ingripa i väntan på omprövning enligt den nationella planen, har det inte varit lagstiftarens avsikt att öppna upp möjligheten helt och hållet så att den nationella planens funktion undermineras. Tvärtom ska undantagsmöjligheten användas mycket restriktivt. Vad som avses med att möjligheten att förelägga om försiktighetsmått eller initiera omprövning inte ska användas så att planens syfte förfelas har inte vidare utvecklats. Det torde emellertid vara tillräckligt med något eller några enstaka fall av vidtagna åtgärder mot en vattenkraftsanläggning som ingår i den nationella planen för att syftet med denna ska anses urholkat.

Hela den nationella planen bygger på en nationell helhetssyn. Det är därav viktigt att prövningarna, avseende avvägningar mellan miljövärden och verksamheternas betydelse för en nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel, genomsyras av en sådan nationell helhetssyn.<sup>154</sup> Propositionen framhåller att verksamheter som påverkar en och samma vattenförekomst, vattendrag eller avrinningsområde behöver prövas i ett sammanhang så att planens helhetssyn får genomslag och verksamheterna är enligt den nationella planen indelade i prövningsgrupper baserat på huvudavrinningsområden och miljö- och reglermässiga samband.<sup>155</sup> En viktig framgångsfaktor för ett väl fungerande förfarande är enligt HaV, Energimyndigheten och SVK att en samlad bedömning av området kan genomföras. Denna starka uppfattning som uttrycks av såväl regeringen som myndigheterna som arbetar inför och med omprövningarna talar för att det inte bör krävas särskilt många förtidsingripanden för att syftet med planen ska anses förfelas. Därav finns en stor risk att den begränsade möjligheten att vidta åtgärder inte kommer utnyttjas när så behövs för att upprätthålla eller återställa gynnsam bevarandestatus hos en art eller en livsmiljö som skyddas genom reglerna om art- och områdesskydd.

Trots att det redan innan de nya reglerna och den nationella planen infördes har funnits relativt goda lagstadgade förutsättningar att ompröva tillstånd har endast ett begränsat antal

---

<sup>152</sup> Jfr 2 kap. 7 § MB.

<sup>153</sup> Prop. 2017/18:243, s. 85.

<sup>154</sup> Ibid., s. 89.

<sup>155</sup> Ibid., s. 93; *Förslag till nationell plan för omprövning av vattenkraft*, Havs- och vattenmyndigheten, Energimyndigheten och Affärsverket Svenska kraftnät, tillgänglig online via <https://www.havochovatten.se/download/18.1bd43926172bdc4d64881cc1/1593175482312/bilaga-2-nationell-plan-moderna-miljovillkor.pdf> [Cit. *Förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK], s. 8.

omprövningar initierats.<sup>156</sup> Numera finns en uttrycklig regel som ger verksamhetsutövaren tillåtelse att fortsätta bedriva verksamheten enligt det tillstånd och de villkor den har. Således finns en överhängande risk att den nu ytterst begränsade möjligheten till omprövning av de vattenkraftsanläggningar som ingår i den nationella planen medför att några sådana prövningar inte initieras överhuvudtaget. Även om så görs, finns en ytterligare risk att prövningsmyndigheterna avslår ansökan mot bakgrund av MÖD:s ställningstagande i mål M 4821–18. Kraven i artikel 6.1 och 6.2 i art- och habitatdirektivet, d.v.s. skyldigheten att vidta nödvändiga åtgärder för bevarande respektive lämpliga åtgärder för att förhindra försämring av livsmiljöer och habitat samt störning av arter, riskerar att inte uppfyllas om myndigheterna inte utövar tillsyn och initierar omprövning när bevarandestatusen för ett Natura 2000-område kan försämrats eller inte upprätthålls. Den rättsliga ordningen måste vara specifik, sammanhängande och fullständig samt kunna garantera en hållbar förvaltning och ett effektivt skydd av de berörda områdena.<sup>157</sup> Det kan ifrågasättas om det tillfälliga undantaget från tillståndsplikt och den begränsade möjligheten att ingripa i förtid innebär ett sådant garanterande av effektivt skydd av Natura 2000-områden. Vad gäller artskyddet har såväl EU-domstolen som Kommissionen framhållit att skyddssystemet som medlemsländerna är skyldiga att införa också måste tillämpas så att det förhindrar de förbjudna aktiviteterna som anges i artikel 12. Konkreta åtgärder måste vidtas för att genomdriva tillämpningen av skyddsbestämmelserna.<sup>158</sup> Om myndigheterna förhåller sig passiva i väntan på omprövning enligt den nationella planen vidtas följaktligen inga åtgärder för att förhindra eventuella pågående förbjudna aktiviteter. Myndigheternas passivitet skulle således innebära risk för att art- och habitatdirektivets krav inte tillgodoses.

#### 4.5. Natura 2000-tillståndsprövning i omprövningsprocessen

Av remissvaren till den nationella planen framgår att det råder oenighet kring lagstiftningen kopplad till Natura 2000 och hur den ska hanteras i samband med omprövningarna. Vissa verksamhetsutövare och branschorganisationer har menat att kraftverken inte omfattas av Natura 2000-tillstånd. Miljöorganisationer och en del myndigheter har framhållit motsatsen, det vill säga att det ska ske en Natura 2000-prövning i samband med omprövningarna för att gynnsam bevarandestatus ska kunna uppnås och att det inte finns något hinder mot en sådan prövning i dagens lagstiftning.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> SOU 2014:35, *I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler*, Slutbetänkande av Vattenverksamhetsutredningen, 2014, s. 266.

<sup>157</sup> Se avsnitt 3.1.2.

<sup>158</sup> Se avsnitt 3.1.3.

<sup>159</sup> *Remissammanställning med redovisning av samråd*, Havs- och vattenmyndigheten, Energimyndigheten och Affärsverket svenska kraftnät, tillgänglig online via <https://www.havochvatten.se/download/18.61dc5dd916d7dc382892a7b6/1569913795391/ru-nap-remissammanstallning-med-redovisning-av-samrad.pdf> [Cit. *Remissammanställning med redovisning av samråd*, HaV, Energimyndigheten och SVK], s. 33.

#### 4.5.1. Aktualiseras tillståndsprövning?

Av övergångsbestämmelserna till miljöbalkens regler om Natura 2000-områden framgår att Natura 2000-tillstånd, d.v.s. tillstånd enligt 7 kap. 28 a § MB, inte krävs för verksamheter som påbörjats före 1 juli 2001.<sup>160</sup> Vid denna tidpunkt ansågs således befintliga vattenkraftsanläggningar vara förenliga med de EU-rättsliga kraven om Natura 2000.<sup>161</sup> Detta innebär att de vattenkraftsanläggningar som ska omprövas inom ramen för vattenkraftsreformen som utgångspunkt inte behöver genomgå Natura 2000-tillståndsprövning enligt svensk rätt. MÖD har emellertid slagit fast att det kan bli aktuellt med en Natura 2000-tillståndsprövning om det är fråga om ändring av en verksamhet, trots att verksamheten påbörjats före 2001.<sup>162</sup> Någon motsvarande praxis finns dock inte vad gäller omprövning av befintlig vattenkraftsanläggning. MÖD:s uttalande vad gäller ändringstillstånd torde inte kunna sträckas så långt att det anses gälla även omprövningar, eftersom det rör sig om två skilda typer av prövningar.

Frågan huruvida Natura 2000-tillståndsprövning kan aktualiseras inom ramen för omprövningsprocesserna enligt den nationella planen eller om övergångsbestämmelsen ska gälla är av stor betydelse för skyddet av Natura 2000. Bestämmelsen om särskilt Natura 2000-tillstånd i 7 kap. 28 a § MB är ägnad att genomföra artikel 6.3 i art- och habitatdirektivet och ska tolkas direktivskonformt mot bakgrund av direktivets syfte och mål – att bevara biologisk mångfald. Det är således genom en tillståndsprövning enligt 7 kap. 28 a § MB som kraven enligt artikel 6.3 i direktivet tillgodoses, d.v.s. kraven på att genomföra konsekvensbedömning och att nationella myndigheter måste försäkra sig om att Natura 2000-området inte kommer ta skada innan en plan eller ett projekt godkänns. Det förefaller tveksamt att Kommissionen eller EU-domstolen skulle acceptera att en vattenkraftsanläggning som är föremål för omprövning, och som på ett betydande sätt kan påverka ett Natura 2000-område, tillåts utan konsekvensbedömning och försäkran om att området inte tar skada i enlighet med artikel 6.3 i direktivet. EU-domstolen har dessutom klargjort att medlemsstaterna är skyldiga att pröva verksamheter som pågick redan innan Natura 2000-området utsågs, om de skadar eller stör de skyddade arterna eller livsmiljöerna på ett otillåtet sätt.<sup>163</sup> Ett projekt som kan påverka det berörda området på ett betydande sätt och som inte underkastats någon bedömning i enlighet med artikel 6.3, kan enligt EU-domstolen fortsätta genomföras *”endast om sannolikheten eller risken för en försämring av livsmiljöerna eller störningar av arterna som kan ha betydande konsekvenser för målen med detta direktiv kan uteslutas.”*<sup>164</sup> I ljuset av direktivets syfte och EU-domstolens praxis bör det således ställas krav på Natura 2000-tillståndsprövning för de

---

<sup>160</sup> Se övergångsbestämmelse, lag (2001:437) om ändring i miljöbalken.

<sup>161</sup> Prop. 2000/01:111 s. 49–50.

<sup>162</sup> Se Mark- och miljööverdomstolens dom den 28 augusti 2018 i mål nr M 10355–17 [Cit. MÖD M 10355–17].

<sup>163</sup> Se domstolens dom (andra avdelningen) den 14 januari 2010, *Stadt Papenburg mot Bundesrepublikan Tyskland*, mål C-226/08, ECLI:EU:C:2010:10; *Grüne Liga Sachsen mot Freistaat Sachsen*, mål C-399/14.

<sup>164</sup> *Grüne Liga Sachsen mot Freistaat Sachsen*, mål C-399/14, punkt 43.

vattenkraftsanläggningar som ligger inom eller i anslutning till ett Natura 2000-område och kan riskera att påverka de arter och livsmiljöer som skyddas. Eftersom prövningarna ännu inte påbörjats går det i detta skede inte att avgöra hur domstolarna kommer resonera i denna fråga. Jag menar dock att, för att tillgodose kraven från art- och habitatdirektivet och inte riskera en tillämpning i strid med direktivet, den svenska övergångsbestämmelsen bör få ge vika för art- och områdesskyddet i de fall det finns anledning att anta att verksamheten som omprövas kan medföra att gynnsam bevarandestatus inte uppnås. Mot bakgrund av MÖD:s bedömning av ändringstillstånd för en verksamhet som påbörjats innan 2001 och det starka skyddet för Natura 2000 i praxis är det inte omöjligt att domstolen gör samma bedömning vid omprövning av vattenkraft för moderna miljövillkor. Det skulle då innebära att Natura 2000-tillståndsprövning aktualiseras inom ramen för omprövningarna, vilket skulle medföra att områdesskyddet får ta plats i prövningen på ett tydligare sätt. För det fall en Natura 2000-tillståndsprövning inte aktualiseras, finns istället risk att områdesskyddet inte behandlas i den utsträckning som krävs för ett fullgott skydd.

I detta sammanhang kan noteras att en Natura 2000-tillståndsprövning innefattar ett krav på specifik miljöbedömning och MKB.<sup>165</sup> Det innebär således att, trots att det enligt 6 kap. 20 § 2 st. MB inte ställs krav på miljöbedömning vid omprövning av vattenkraft, en miljöbedömning ändå ska genomföras om den berörda verksamheten aktualiserar en Natura 2000-tillståndsprövning.<sup>166</sup> Den specifika miljöbedömningen i Natura 2000-tillståndsprövningar skiljer sig endast marginellt från en specifik miljöbedömning av hela verksamheten. En skillnad är att en MKB som upprättas inte nödvändigtvis behöver innehålla något annat än de uppgifter som behövs för Natura 2000-prövningen.<sup>167</sup> Krav på Natura 2000-tillståndsprövning inom ramen för de omprövningsprocesser där verksamheten riskerar att påverka ett Natura 2000-område skulle således innebära att även risker på grund av avsaknad av krav på specifik miljöbedömning elimineras i förhållande till områdesskyddet. Natura 2000 får då samma starka skyddsställning som det vanligtvis får inom ramen för en tillståndsprövning enligt miljöbalken.

#### 4.5.2. *Undantaget väsentligt allmänintresse*

Förutsatt att Natura 2000-tillståndsprövning aktualiseras måste även undantagsmöjligheten i 7 kap. 29 § MB och artikel 6.4 art- och habitatdirektivet uppmärksammas. I 7 kap. 29 § MB anges att tillstånd får lämnas trots att verksamheten kan skada livsmiljöer eller störa arter som skyddas om det saknas alternativa lösningar och verksamheten måste genomföras av tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse. I artikel 6.4 i direktivet stadgas att ett projekt får tillåtas om det måste genomföras av tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse, inbegripet

---

<sup>165</sup> Se 6 kap. 20 § 1 st. MB.

<sup>166</sup> Se 6 kap. 20 § 1 st. MB; Michanek och Zetterberg (2017), s. 236.

<sup>167</sup> *Miljöbedömning vid Natura 2000-tillståndsprövning*, Naturvårdsverket, <https://www.naturvardsverket.se/Stod-i-miljoarbetet/Vagledning/Miljobedomningar/Specifik-miljobedomning/Natura2000-och-specifik-miljobedomning/> hämtad 2020-11-06.

orsaker av social eller ekonomisk karaktär. Förnybar elproduktion i form av vattenkraft, med stor betydelse för det svenska elsystemet och den möjlighet att reglera elproduktion som vattenkraft medför, torde möjligen kunna anses vara ett sådant väsentligt allmänintresse. Kommissionen har i yttranden bedömt bland annat utbyggnad av en flygplats, fortsatt verksamhet vid en kolgruva och utbyggnad av den svenska Botniabanan som tvingande skäl av väsentligt allmänintresse.<sup>168</sup>

Ett intressant fall är Kolgruvan Prosper Haniel i Tyskland. Gruvan ansågs av tyska myndigheter bidra till att uppnå de allmänna målen för den långsiktiga energipolitiken på federal och regional nivå. Vidare skulle fortsatt gruvverksamhet särskilt bidra till en trygg energiförsörjning och till att bibehålla den europeiska gruv- och kolteknikens ledande ställning.<sup>169</sup> Kommissionen framhöll bland annat att gruvan bidrog till cirka 10 procent av tysk kolproduktion och cirka 1 procent av den totala tyska elproduktionen, och att den därför i väldigt liten utsträckning bidrog till en trygg energiförsörjning. Trots detta ansågs undantaget tillämpligt. Kommissionen accepterade myndigheternas rädsla av att en nedläggning av gruvan skulle leda till stora sociala och ekonomiska konsekvenser på lokal och regional nivå.<sup>170</sup> Ärendet är av exceptionell karaktär och yttrandet ska enligt Kommissionen inte på något sätt vara prejudicerande. Det bör därmed inte tillmätas allt för stor betydelse. Däremot kan yttrandet tolkas så att elproduktion och trygg elförsörjning kan utgöra ett väsentligt allmänintresse, åtminstone om anläggningen i fråga är viktig för elsystemet. Det bör dessutom framhållas att kol, till skillnad från vattenkraft, inte är en förnybar energikälla. Av den anledningen och mot bakgrund av Kommissionens något generösa yttrande i Prosper Haniel är det inte omöjligt att elproduktion från vattenkraft kan betraktas som ett väsentligt allmänintresse.<sup>171</sup>

Förutsatt att det inte finns alternativa lösningar är det möjligt att verksamheter tillåts trots att det skadar eller riskerar skada Natura 2000-områden. Enligt 7 kap. 29 § 2 st. MB får emellertid tillstånd i sådana situationer endast lämnas efter regeringens tillåtelse. Mot bakgrund av regeringens inställning till vattenkraften som avgörande för det svenska elsystemet, som visar sig i såväl energiöverenskommelsen, propositionen och beslutet att anta den nationella planen, är det inte orimligt att anta att regeringen är benägna att lämna sin tillåtelse när så fordras. Åtminstone när det gäller de kraftverk som har störst betydelse för elsystemet och reglerförmågan. Förutsatt att undantagsmöjligheten utnyttjas på ett sätt som är förenlig med art- och habitatdirektivet innebär ett sådant förfarande i ett enskilt fall inget problem i förhållande till de krav som följer av direktivet som sådant. Mot bakgrund av det stora antal omprövningar som ska genomföras går det emellertid inte att se förbi det faktum att, om tillämpning av

---

<sup>168</sup> C(2009)3218, Opinion of the Commission 05/05/2009, *Lübeck Airport*; Opinion of the Commission of 24/04/2003, *Prosper Haniel*; K(2003)1309 slutlig, Kommissionens yttrande av den 24/04/2003, *Bothnia*. Samtliga yttranden tillgängliga via [https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/opinion\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/opinion_en.htm), hämtad 2020-11-25.

<sup>169</sup> Opinion of the Commission of 24/04/2003, *Prosper Haniel*, avsnitt VI.

<sup>170</sup> *Ibid.*, avsnitt VII.

<sup>171</sup> Angående bedömningen av väsentligt allmänintresse, jfr även avsnitt 4.6.2.

undantaget sätts i system och i ett större sammanhang, det finns risk att syftet med art- och habitatdirektivet förfelas i det stora hela.

#### 4.6. Artskydd i omprövningsprocessen

Som framgår av avsnitt 3.2.2. finns under vissa förutsättningar möjlighet att bevilja dispens från förbuden i artskyddsförordningen, om det inte går att tillgodose artskyddet genom villkor och försiktighetsåtgärder som medför att verksamheten kan erhålla tillstånd utan att det strider mot bestämmelserna i artskyddsförordningen och art- och habitatdirektivet. Till skillnad från Natura 2000-reglerna finns för artskyddet ingen särskild bestämmelse som stadgar att dispens inte måste sökas för verksamheter som påbörjats före en viss tidpunkt. Det torde således inte finnas några hinder mot att tillämpa artskyddsbestämmelserna vid omprövning av vattenkraft på precis samma sätt som de tillämpas i övriga miljöbalksprövningar. MÖD har tydliggjort att artskyddsförordningen bör ses som en precisering av vad som följer av de allmänna hänsynsreglerna när det gäller skydd av arter.<sup>172</sup> En del i prövningen blir då att bedöma hur de skyddade arterna påverkas av verksamheten. Genom en prövning av artskyddet som en precisering av hänsynsreglerna kan försiktighetsmått och villkor bestämmas som leder till att dispensprövning aldrig behöver aktualiseras. Är sådana åtgärder inte tillräckliga måste förutsättningarna för dispens vara uppfyllda, förutsatt att verksamheten i fråga aktualiserar någon av förbudsbestämmelserna i artskyddsförordningen.

##### 4.6.1. Avsiktsrekvisitet

Avgörande för om förbuden i artskyddsförordningen aktualiseras torde, i likhet med vad som ofta är fallet vid tillståndsprövningar, bli bedömningen av begreppet *avsiktligen*.<sup>173</sup> Problemet som uppstår i förhållande till begreppet vad gäller de vattenkraftsanläggningar som ska omprövas är att verksamheterna redan är uppförda. Utifrån hur EU-domstolen och MÖD har tolkat avsiktsrekvisitet framgår att, när syftet uppenbart är något annat än att döda eller störa skyddade arter, det krävs en typ av medvetet risktagande. Det vill säga att verksamhetsutövaren är tillräckligt informerad och medveten om risken och trots detta genomför handlingen.<sup>174</sup> Hur detta medvetna risktagande ska bedömas när en verksamhet redan är i drift och ska omprövas för moderna miljövillkor är inte klarlagt. Det torde enligt min bedömning finnas två potentiella utfall i denna fråga. Antingen utgörs det medvetna risktagandet, när skyddsåtgärder och försiktighetsmått inte är tillräckliga, av att ansökan lämnas in trots att verksamhetsutövaren är medveten om de sannolika följderna.<sup>175</sup> Alternativt anses inget medvetet risktagande föreligga

---

<sup>172</sup> MÖD 2013:13.

<sup>173</sup> Jfr t.ex. MÖD 2014:47 och MÖD 2015:3.

<sup>174</sup> Se avsnitt 3.1.3.

<sup>175</sup> Jfr MÖD 2016:1 där domstolen uttalade att, för att kravet på avsiktlighet ska vara uppfyllt, verksamhetsutövaren ansöker om tillstånd trots vetskapen om att verksamheten riskerar att påverka skyddade arters bevarandestatus negativt.

mot bakgrund av att alla verksamheter som omfattas av den nationella planen är skyldiga att ansöka om omprövning samt har funnits på platsen sedan länge tillbaka, varför det inte handlar om att i egentlig mening genomföra en avsiktlig handling. Det tidigare skulle innebära att samtliga anläggningar som riskerar att påverka en skyddad arts bevarandestatus ska underkastas dispensprövning om det inte är tillräckligt med försiktighetsmått och andra åtgärder, medan det senare istället skulle innebära att dispensprövning aldrig aktualiseras eftersom förbuden aldrig aktualiseras om avsikt inte föreligger.<sup>176</sup> För att kraven enligt artikel 12 ska tillgodoses måste skyddssystemet som upprättats också tillämpas så att det förhindrar de aktiviteter som anges i nämnda artikel. Här kan emellertid påpekas att avsiktsrekvisitet är en del av artikel 12 och en bedömning av huruvida en verksamhetsutövare har haft för avsikt att döda eller störa en art, som resulterar i att avsikt saknas, torde således inte stå i strid med bestämmelsen som sådan. Det kan dock ifrågasättas om en för snäv tolkning av begreppet avsiktligt skulle vara förenligt med direktivets syfte och mål. Eftersom syftet med direktivet och med skyddsbestämmelserna i artikel 12 är att bevara biologisk mångfald och återställa eller upprätthålla en gynnsam bevarandestatus hos de arter som skyddas, torde en tolkning av avsiktsrekvisitet som resulterar i att förbudsbestämmelserna aldrig aktualiseras inom ramen för omprövningarna stå i direkt strid med direktivets syfte, mål och funktion. I 2 kap. 2 § MB finns dessutom ett kunskapskrav, som ställer höga krav på att verksamhetsutövare skaffar sig den kunskap som behövs för verksamheten som bedrivs och dess påverkan på miljön.<sup>177</sup> Kravet innefattar även en skyldighet att ständigt och löpande hålla sig informerad om verksamhetens påverkan på miljön.<sup>178</sup> Det kan därför ifrågasättas om en verksamhetsutövare, mot bakgrund av kunskapskravet, verkligen kan anses vara omedveten om sin verksamhets risker i förhållande till skyddade arter. Avsiktsrekvisitet bör därav enligt min mening tolkas så, att en ansökan om omprövning när verksamhetsutövaren är medveten om de sannolika konsekvenserna av sin verksamhet innebär ett medvetet risktagande som är tillräckligt för att förbudsbestämmelserna ska aktualiseras.

Det bör emellertid framhållas att det inte är säkert att avsiktsrekvisitet bedöms på samma sätt vid omprövning av befintlig vattenkraftsanläggning som det har bedömts av EU-domstolen och MÖD vid tillståndsprövningar. Som framgått av avsnitt 4.3 menar jag emellertid att omprövningarna i många fall kommer likna en fullständig tillståndsprövning, varför det torde vara möjligt att bedömningen av avsiktsrekvisitet sker på samma sätt. Skillnaden är dock att vattenkraftsanläggningarna redan är uppförda, vilket kan komplicera bedömningen i viss mån. Utifrån EU-domstolens och MÖD:s tolkning av avsiktsrekvisitet är det dock enligt min mening uppenbart att domstolarna inte velat tolka begreppet för snävt. Även om bedömningen inte nödvändigtvis kommer ske på exakt samma sätt i de kommande omprövningarna, bör

---

<sup>176</sup> Här ska noteras att det finns förbudsbestämmelser som inte uppställer krav på avsiktlighet. Det gäller främst förstöring av parningsplatser och rastplatser, se t.ex. artikel 12.1 (d) art- och habitatdirektivet och 4 § 1 st. 4 p. artskyddsförordningen.

<sup>177</sup> Michanek och Zetterberg (2017), s. 112.

<sup>178</sup> Kruse, Joakim, Miljöbalken (1998:808) 2 kap. 2 §, Karnov lagkommentar, JUNO, hämtad 2020-12-03.



domstolarna således vara försiktiga med att inskränka avsiktsrekvisitets räckvidd. Särskilt eftersom det annars riskerar att underminera art- och habitatdirektivets syfte.

#### 4.6.2. *Undantaget allt överskuggande allmänintresse*

En ytterligare osäkerhet är hur kriterierna för undantag i artikel 16 i direktivet och dispens i 14 § artskyddsförordningen ska bedömas. På liknande sätt som för Natura 2000-områden får undantag respektive dispens endast ges om det inte finns någon annan lämplig lösning och om det behövs för exempelvis tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse. Dessutom får undantaget eller dispensen inte försvåra upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus hos artens bestånd i dess naturliga utbredningsområde.<sup>179</sup> Avgörande när det gäller vattenkraft torde bli huruvida den specifika anläggningens elproduktion och reglerförmåga betraktas som ett allt överskuggande allmänintresse. I artskyddsförordningen finns, till skillnad från Natura 2000-reglerna, inget krav på att regeringen ska lämna tillåtelse för att dispens ska få lämnas. Allt beror således på domstolarnas bedömning.

I MÖD 2015:3 var det fråga om dispens enligt artskyddsförordningen för att uppföra en skid- och turistanläggning. Anläggningen skulle medföra cirka 300 nya arbetstillfällen och en fortsatt utveckling av turism med långsiktiga ekonomiska fördelar för kommunen. MÖD uttalade, efter hänvisning till Kommissionens vägledning om artskydd, att begreppet allt överskuggande allmänintresse ska ges en restriktiv tolkning och att kravet på det överskuggande allmänintresset måste sättas högt. Domstolen ansåg att projektet inte var av sådan påtaglig vikt att tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse kunde föreligga och meddelade således inte dispens. I målet hänvisas till ett antal yttranden som Kommissionen givit medlemsstaterna angående väsentligt allmänintresse enligt artikel 6.4 art- och habitatdirektivet, som enligt Kommissionen även kan användas som vägledning vid bedömning av allt överskuggande allmänintresse enligt artskyddets undantag.<sup>180</sup> Det tyder således på att såväl MÖD som Kommissionen menar att väsentligt allmänintresse enligt artikel 6.4 och allt överskuggande allmänintresse enligt artikel 16 kan bedömas på liknande sätt.

Mot bakgrund av den starka positionen vattenkraftsel har inom svensk elproduktion och det faktum att det dessutom rör sig om en förnybar energikälla skulle vattenkraft, trots en restriktiv tolkning av undantaget, möjligen kunna anses vara ett allt överskuggande allmänintresse.<sup>181</sup> Varje anläggning får emellertid bedömas i varje enskilt fall. Det är högst möjligt att bedömningen mynnar ut i olika slutsatser beroende på kraftverkets storlek och betydelse för systemet, eftersom det enbart är allmänna intressen som kan vägas mot art- och habitatdirektivets bevarandeintresse.<sup>182</sup> Om en vattenkraftsanläggning inte i någon vidare mån

---

<sup>179</sup> Se 14 § 2 p. artskyddsförordningen och artikel 16.1 art- och habitatdirektivet.

<sup>180</sup> Se *guidance document on the strict protection of animal species*, European Commission (2007), s. 55.

<sup>181</sup> Jfr ovan avsnitt 4.5.2.

<sup>182</sup> Se avsnitt 3.1.3.

bidrar till den totala elproduktionen och uppnåendet av 100 procent förnybar energi år 2040 enligt energiöverenskommelsen kan det ifrågasättas om det kan bedömas som ett allt överskuggande allmänintresse. Mindre kraftverk med mindre betydelse nationellt kan dock ha stor betydelse på ett lokalt plan och för den lokala elförsörjningen. Om detta är tillräckligt för att betraktas som ett allmänintresse, som dessutom överskuggar bevarandebetydelsen i art- och habitatdirektivet återstår att se. Min bedömning är emellertid att direktivet medger relativt goda förutsättningar för att betrakta vattenkraftsanläggningar med stor betydelse för det svenska elsystemet som ett allt överskuggande allmänintresse, medan det är mer osäkert för de mindre kraftverken. På samma sätt som vid undantag i Natura 2000-tillståndsprövning behöver en tillämpning av dispensmöjligheten inte nödvändigtvis stå i strid med direktivet, men kan ändå få betydande konsekvenser för den biologiska mångfalden sett ur ett större perspektiv.<sup>183</sup>

#### **4.7. Regeringens och myndigheternas inställning och påverkan på domstolarnas tillämpning**

I detta avsnitt vill jag uppmärksamma läsaren på att art- och områdesskyddets tillgodoseende inom ramen för omprövningsprocesserna och vilka risker reformen kan innebära för art- och områdesskyddet kan påverkas av andra faktorer än den rättsliga regleringen. I propositionen till vattenkraftsreformen har regeringen framhållit att ramvattendirektivets möjligheter till undantag och lägre ställda krav ska utnyttjas fullt ut.<sup>184</sup> Vidare uttalas att regeringen har för avsikt att ”ålägga de berörda myndigheterna att fullt utnyttja det utrymme som EU-rätten ger”.<sup>185</sup> Detta är i min mening ett tydligt ställningstagande som i princip innebär ett krav på att berörda myndigheter ska se till att inte onödigt höga miljökrav tillförs vattenkraftsanläggningarna.<sup>186</sup> Även om uttalandet inte direkt gäller undantag enligt art- och habitatdirektivet torde det också betyda att även dessa undantagsmöjligheter ska utnyttjas i största möjliga mån, eftersom effekten av att utnyttja ramvattendirektivets undantagsmöjligheter annars inte skulle bli lika stor. Denna uppfattning bekräftas i viss mån i regeringens beslut att anta den nationella planen, där det framhålls att de möjligheter att ställa mindre långtgående krav som följer av EU-rätten till förmån för samhällsnyttiga verksamheter ska utnyttjas fullt ut vid till exempel klassning av vattenförekomster samt enligt andra föreskrifter.<sup>187</sup> Detta torde således innefatta möjligheten att meddela artskyddsdispens och Natura 2000-tillstånd trots att verksamheten påverkar arten eller området. Jag menar således att det finns en på förhand bestämd uppfattning hos regeringen, om att vattenkraftsreformen inte får resultera i att det ställs högre miljökrav än vad som utgör den lägsta nivån av skyddsåtgärder

---

<sup>183</sup> Jfr avsnitt 4.5.2.

<sup>184</sup> Prop. 2017/18:243, s. 148.

<sup>185</sup> Ibid., s. 156.

<sup>186</sup> Jfr *nationell plan för moderna miljövillkor*, Regeringsbeslut 18, Miljödepartementet (2020), där det framhålls att brister och otydlighet i underlaget när beslut om ändrade miljö kvalitetsnormer fattas ”riskerar att leda till att normerna sätts fel och att de krav som slutligen riktas mot verksamhetsutövaren blir högre än vad som rätteligen följer av de EU-rättsliga åtagandena.”, s. 4.

<sup>187</sup> Ibid., s. 3.

enligt EU-rättsliga bestämmelser. Även HaV, Energimyndigheten och SVK har gjort liknande uttalanden om att de för energisystemet viktigaste kraftverken inte ska utsättas för krav som riskerar att negativt påverka reglerförmågan.<sup>188</sup> Domstolarna i Sverige ska vara sakliga och opartiska och bör därmed inte påverkas av värderingar och politiska uppfattningar.<sup>189</sup> Inte heller får domstolarnas tillämpning styras av myndigheter eller riksdagen.<sup>190</sup> Jag menar dock att det inte går att tro att människan kan vara en helt fristående aktör utan att i någon mån påverkas av yttre faktorer och politiska värderingar. Den juridiska tillämpningen kan inte vara helt objektiv. Regeringens och myndigheternas ställningstaganden är tydliga. Dessutom utgör regeringens uttalanden i propositionen ett förarbete, vilket är en vedertagen rättskälla som domstolarna ska ta hänsyn till i tillämpningen. Uttalandena riskerar således att prägla domstolarnas tillämpning av, och inställning till, exempelvis vad som utgör väsentligt respektive allt överskuggande allmänintresse. Med en slags politisk uppbackning och uppmaning torde det finnas en större risk för att bedömningen mynnar ut i att vattenkraftsanläggningarna kan betraktas som ett sådant allmänintresse. Detta medför att Natura 2000-tillstånd och artskyddsdispens kan lämnas trots att verksamheten påverkar området på ett betydande sätt respektive försvårar upprätthållandet av gynnsam bevarandestatus hos en arts bestånd.<sup>191</sup> Vidare kan det även påverka hur och när tillsynsmyndigheterna väljer att utnyttja sina möjligheter att bestämma om försiktighetsmått eller initiera omprövning, vilket riskerar att få konsekvenser för art- och områdesskyddets tillgodoseende.

#### **4.8. Sammanfattning och reflektioner**

I förevarande kapitel har frågan om hur art- och områdesskyddet kan tillgodoses inom ramen för omprövningsprocesserna besvarats. Potentiella risker i förhållande till biologisk mångfald som en följd av regleringen har identifierats och redogjorts för. Resultatet av analysen kan sammanfattas enligt följande.

En viktig bestämmelse för tillgodoseendet av art- och områdesskyddet inom ramen för omprövningsprocesserna är 24 kap. 10 § 2 st. MB, som möjliggör villkor och bestämmelser som avsevärt försvårar för verksamheten om det behövs för att uppfylla kraven i art- och habitatdirektivet. Någon sådan möjlighet har inte givits inom ramen för övriga omprövningar enligt miljöbalken. Bestämmelsen är således, ur ett biologisk mångfald-perspektiv, positiv och central för domstolarnas möjligheter att ställa krav i förhållande till art- och områdesskyddet. Däremot har regeringen varit tydliga med att krav som innebär avsevärt försvårande bara ska ställas om det inte finns någon annan lösning. Bestämmelsen är därtill öppen och lämnar stort utrymme för domstolarna att bedöma huruvida det inte finns någon annan lämplig lösning för

---

<sup>188</sup> Se avsnitt 2.1.

<sup>189</sup> Se 1 kap. 9 § Regeringsformen (1974:152).

<sup>190</sup> 11 kap. 3 § Regeringsformen.

<sup>191</sup> Jfr 7 kap. 28–29 §§ MB och 14 § artskyddsförordningen.

att tillgodose art- och habitatdirektivet än att bestämma om villkor som innebär avsevärt försvårande. Därav är det svårt att på förhand avgöra vilket genomslag bestämmelsen kommer att få. Vidare krävs för omprövning av vattenkraft ingen specifik miljöbedömning och MKB enligt 6 kap. 20 § 2 st. MB, vilket i jämförelse med andra omprövningar inte innebär någon särskiljning. Emellertid kanske omprövning av vattenkraften istället bör betraktas som en nyprövning och genomgå en fullständig process, inklusive miljöbedömning och MKB, eftersom majoriteten av anläggningarna aldrig tidigare prövats eller åtminstone inte prövats i förhållande till miljöbalken. Bestämmelsen i 22 kap. 2 a § MB ställer dock krav på att utredningen är tillräcklig för att domstolen ska kunna genomföra avvägningar enligt de allmänna hänsynsreglerna. Konsekvenserna av att inte uppställa krav på miljöbedömning och MKB kan i detta skede inte med säkerhet bedömas, särskilt inte i förhållande till hur det påverkar art- och områdesskyddet och genomförandet av art- och habitatdirektivet. Däremot finns risk att inspel av allmänna intressen inte kommer in lika tidigt i processen, eller inte alls, samt att beslutsunderlaget inte blir lika fullständigt. Detta kan i sin tur innebära en risk för att skyddade arter och områden förbises eller inte beaktas i tillräcklig mån.

Det tillfälliga undantaget från tillståndsplikt innebär att verksamheterna som omfattas av den nationella planen som huvudregel ska få fortsätta bedriva sina verksamheter i väntan på omprövning, utan att utsättas för förelägganden, omprövning eller återkallelse. Visst utrymme har lämnats åt myndigheterna att vidta åtgärder om behovet av miljöskydd inte tål vänta på omprövning för moderna miljövillkor, exempelvis om det behövs för genomförandet av EU-rättsliga förpliktelser. Denna möjlighet är dock begränsad och får inte användas så att syftet med den nationella planen förfelas. MÖD:s bedömning i mål M 4821–18 talar dessutom för att, även om myndigheterna skulle initiera en process, det är långt ifrån självklart att det leder till några slutliga åtgärder. Det finns således enligt min mening en uppenbar risk att de verksamheter som omfattas av den nationella planen kommer att få fortsätta bedrivas utan ingripanden, även när det egentligen krävs enligt de åtaganden som följer av art- och habitatdirektivet.

Såsom den svenska regleringen ser ut idag är det inte helt klart om Natura 2000-tillståndsprövning aktualiseras inom ramen för omprövning av en befintlig vattenkraftsanläggning. Övergångsbestämmelsen innebär att alla vattenkraftsanläggningar som ska omprövas enligt den nationella planen som utgångspunkt inte behöver Natura 2000-tillstånd. Det saknas även svensk praxis som tydliggör hur Natura 2000 ska hanteras inom ramen för omprövning av befintlig vattenkraftsverksamhet. EU-domstolens praxis slår emellertid fast en skyldighet att pröva verksamheter som påbörjats före ett område utpekats som Natura 2000-område om de kan medföra negativa konsekvenser för skyddade arter eller livsmiljöer inom området. MÖD har dessutom fastställt att Natura 2000-tillståndsprövning kan aktualiseras inom ramen för *ändring* av befintlig verksamhet trots övergångsbestämmelsens lydelse. Trots att slutsatser inte kan dras så långt att målet kan anses gälla även för omprövning av befintlig

verksamhet öppnar det upp för möjligheten att åsidosätta övergångsbestämmelsen för att uppfylla kraven från art- och habitatdirektivet. Vidare får svenska regler och tillämpningen av dessa inte äventyra uppnåendet av art- och habitatdirektivets mål. Om krav inte ställs på Natura 2000-tillståndsprövning av en vattenkraftsanläggning som riskerar att negativt påverka skyddade arter, habitat eller livsmiljöer inom ett Natura 2000-område skulle det kunna stå i direkt strid med art- och habitatdirektivet. För artskyddets del föreligger inte samma osäkerhet kring huruvida bedömning av förbudsbestämmelserna och dispensprövning aktualiseras. Istället är bedömningen av avsiktsrekvisitet av högsta betydelse för om arter skyddas på ett fullgott sätt. Vidare finns vissa frågetecken och oklarheter kring de undantagsmöjligheter som finns enligt art- och habitatdirektivet, som har införts i 7 kap. MB respektive 14 § artskyddsförordningen, och hur dessa kommer tolkas och bedömas av domstolarna. Tolkningen av undantagen och huruvida vattenkraft betraktas som ett väsentligt respektive allt överskuggande allmänintresse har stor betydelse för vilket skydd biologisk mångfald får inom ramen för vattenkraftsreformen, även om det inte nödvändigtvis resulterar i en tolkning i strid med art- och habitatdirektivet. Dessutom riskerar tillämpningen att präglas av den på förhand bestämda uppfattningen om att särskilt viktiga vattenkraftsanläggningar inte ska utsättas för höga miljökrav och att undantagsmöjligheter ska utnyttjas fullt ut, vilket kan innebära att skyddet för biologisk mångfald hamnar i klart underläge.

Slutligen kan anföras att reglerna som omger omprövning av vattenkraft och vilken ställning art- och områdesskyddet ges i processerna i många delar är otydliga och öppna, vilket skapar osäkerhet kring hur skyddet kommer tillgodoses i praktiken. Även om varje enskild riskfaktor inte nödvändigtvis får så stora konsekvenser i varje enskilt fall finns, mot bakgrund av det stora antalet prövningar som ska genomföras och de många oklarheter som reglerna innebär, en risk att vattenkraftsreformen får stora konsekvenser för den biologiska mångfalden. De faktiska konsekvenserna av regleringen kommer emellertid inte visa sig förrän ett antal verksamheter har varit uppe till prövning. Domstolarnas tillämpning av bestämmelserna och avvägning mellan olika intressen kommer bli avgörande för hur art- och områdesskyddet tillgodoses i processerna och hur vattenkraftsreformen påverkar bevarandet av biologisk mångfald.

## 5. En nationell plan för moderna miljövillkor?

Kapitel 4 har behandlat den rättsliga regleringen som omger omprövning av vattenkraft och art- och områdesskydd. I detta kapitel riktas fokus mot den andra delen av vattenkraftsreformen – den nationella planen. Kapitlet är ägnat att redogöra för särdragen i den nationella planen, problematisera dess innehåll i förhållande till biologisk mångfald samt att synliggöra de risker planen kan medföra för art- och områdesskyddet.

### 5.1. Den nationella planens bakgrund, syfte och rättsliga ställning

Den nya lagstiftningen som infördes i januari 2019 hade tre sammankopplade utgångspunkter; (1) att tydliggöra det svenska genomförandet av ramvattendirektivet, (2) att genomföra energiöverenskommelsens vattenkraftsrelaterade delar samt att (3) genomföra ändringar med anledning av riksdagens tillkännagivande om förutsättningar för småskalig vattenkraft.<sup>192</sup> I 11 kap. 6 § MB infördes en särskild definition av vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel, och samtliga tillståndspliktiga verksamheter som faller in under definitionen ska enligt 11 kap. 27 § föras med moderna miljövillkor på verksamhetsutövarens initiativ. De vattenkraftsanläggningar som omfattas av planen är alla verksamheter som är avsedda för produktion av el eller som när verksamheten påbörjades var avsedd för elproduktion.<sup>193</sup> Ytterligare förutsättningar är att verksamheten har påbörjats före utgången av 2018 och inte har tillståndsprövats eller omprövats sedan miljöbalken trädde i kraft 1998.<sup>194</sup>

Moderna miljövillkor innebär enligt 11 kap. 27 § MB att verksamheten ska ha tillstånd med villkor som bestämts enligt miljöbalken och som inte är äldre än fyrtio år. Eftersom den övervägande majoriteten av Sveriges vattenkraftsanläggningar saknar tillstånd som utfärdats enligt miljöbalken uppskattade regeringen antalet mål hos mark- och miljödomstolarna till drygt 7 400 stycken.<sup>195</sup> Därav tydliggjordes även att alla prövningar inte kunde ske omedelbart och samtidigt, utan att de måste genomföras systematiskt och med en nationell helhetssyn.<sup>196</sup> I 11 kap. 28 § MB föreskrivs att regeringen ska besluta om en nationell plan för omprövningarna som avses i 27 §, vilket regeringen också gjorde den 25 juni 2020. Den nationella planen ska ange en *”nationell helhetssyn”* och leda till *”största möjliga nytta för vattenmiljön och för nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel”*.<sup>197</sup> Den nationella helhetssynen omfattar en rad olika aspekter, bland annat att det ska finnas prövningsgrupper och en tidsplan för att möjliggöra en effektiv omprövning, en beskrivning om var i landet det finns konfliktrisk mellan bevarandemål i Natura 2000-områden och vattenreglering till förmån för effektiv tillgång till

---

<sup>192</sup> Prop. 2017/18:243, s. 74.

<sup>193</sup> 11 kap. 6 § MB.

<sup>194</sup> 36 § vattenverksamhetsförordningen.

<sup>195</sup> Prop. 2017/18:243, s. 85.

<sup>196</sup> Ibid., s. 89.

<sup>197</sup> 11 kap. 28 § MB.

vattenkraftsel samt en genomgång av var de ur reglersynpunkt viktigaste kraftverken finns och förutsättningarna för att öka och effektivisera reglerförmåga.<sup>198</sup> Syftet med planen är således att alla landets vattenkraftsanläggningar ska tillföras moderna miljövillkor med en nationell helhetssyn och största möjliga nytta för vattenmiljön och nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel.<sup>199</sup>

I propositionen framhålls att den nationella planen inte har någon bindande funktion inför prövningsmyndigheten och att den inte kan eller ska ersätta den individuella prövningen.<sup>200</sup> Planen ska fungera som ett verktyg och vara vägledande inför myndigheternas arbete med prövningarna och gör därför inte anspråk på att närmare behandla allmänna eller enskilda intressen. Inte heller behandlar planen vilka konkreta krav och försiktighetsmått som ska ställas i de enskilda prövningarna, eftersom sådana frågor avgörs av domstolarna.<sup>201</sup> Planen riktar sig således helt och hållet till de myndigheter som är inblandade i arbetet inför och under prövningarna. Det är därmed myndigheternas uppgift att se till att planens alla viktiga delar och den nationella helhetssynen får genomslag i processen, så att domstolen kan ta ställning till vilka åtgärder och förbättringar som bör vidtas så att miljöbalkens mål om hållbar utveckling tillgodoses på bästa sätt.<sup>202</sup> I propositionen framhålls emellertid även att planen inte får resultera i ställningstaganden som är oförenliga med Sveriges EU-rättsliga åtaganden och måste vara förenliga med ramvattendirektivet.<sup>203</sup>

## 5.2. Art- och områdesskyddets ställning i planen

Av ordalydelsen i 11 kap. 28 § MB, som stadgar att en nationell plan ska beslutas av regeringen, kan två huvudsakliga intressen utläsas; dels intresset av att uppnå ramvattendirektivets krav på vattenmiljön och dels det klimatpolitiska intresset av att utnyttja vattenkraften som förnybar energikälla.<sup>204</sup> Bestämmelsen tillsammans med de, i tidigare avsnitt nämnda, tre bakomliggande syftena med den nya lagstiftningen synliggör att det främst är ramvattendirektivet som ska efterlevas när det kommer till EU-rättsliga åtaganden. Eftersom Sverige har fått kritik från Kommissionen för genomförandet av ramvattendirektivet, och denna kritik är en av anledningarna till att arbetet med nya regler om vattenverksamhet påbörjades, är det emellertid inte särskilt förvånande att ramvattendirektivet är i fokus inom ramen för vattenkraftsreformen.<sup>205</sup> I detta sammanhang kan noteras att Naturvårdsverket i remissvar till propositionen föreslog att ordalydelsen i 11 kap. 28 § MB skulle ändras från ”största möjliga

---

<sup>198</sup> *Förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 8.

<sup>199</sup> *Ibid.*, s. 8.

<sup>200</sup> Prop. 2017/18:243, s. 93–94.

<sup>201</sup> *Förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 8.

<sup>202</sup> Prop. 2017/18:243, s. 94.

<sup>203</sup> *Ibid.*

<sup>204</sup> Michanek och Zetterberg (2019), s. 10.

<sup>205</sup> Prop. 2017/18:243, s. 60.

nytta för vattenmiljö” till ”största möjliga miljönytta”.<sup>206</sup> Naturvårdsverket menade att en sådan formulering tydligare skulle leda till ett bättre helhetsgrepp om EU-rätten samt att andra aspekter än just vattenmiljö tydligt ska inkluderas i planens avvägningar.<sup>207</sup> Någon sådan ändring genomfördes emellertid inte. Förhållandet mellan de nya reglerna om vattenkraft och annan EU-rättslig lagstiftning än ramvattendirektivet nämns enbart av regeringen under ett enda avsnitt i propositionen, då i form av att den nationella planen måste uppmärksamma konfliktrisen mellan bevarandemål i Natura 2000-områden och vattenreglering till förmån för elproduktion.<sup>208</sup> Av den nationella planen framgår dock att den ska se till att både Natura 2000- och artskyddsbestämmelserna kan efterlevas.<sup>209</sup> Av Sveriges utpekade Natura 2000-områden med akvatiska miljöer är det 27 områden som idag innehåller totalt 40 vattenkraftverk.<sup>210</sup> Dessutom bedöms cirka 60 Natura 2000-områden kunna påverkas negativt av vattenkraftsreglering eller kraftverk som ligger i direkt anslutning till områdets gränser.<sup>211</sup> Totalt rör det sig om cirka 150 kraftverk som riskerar att ha negativ effekt på bevarandestatusen och naturtyperna inom intilliggande Natura 2000-områden.<sup>212</sup> Av de arter som är fridlysta och återfinns i bilaga 1 i artskyddsförordningen, d.v.s. sådana arter som innehar skydd till följd av art- och habitatdirektivet, bedöms tio arter påverkas negativt av vattenreglering eller vandringshinder. Vidare finns ytterligare elva växtarter i bilaga 2, d.v.s. sådana som är fridlysta ur ett svenskt perspektiv, som bedöms kunna påverkas negativt av vattenkraft.<sup>213</sup>

Eftersom vattenregleringens effekter på de fysiska habitaterna ofta är långsamma är det i många Natura 2000-områden oklart om miljötillståndet för naturtyper och typiska arter är stabilt eller under försämring.<sup>214</sup> Det kan heller inte alltid utan svårighet utläsas vilka naturtyper som påverkas av vattenkraften i länsstyrelsernas bevarandeplaner, särskilt inte om det inte rör sig om akvatiska naturtyper. Av den anledningen menar HaV, Energimyndigheten och SVK att det finns ett behov av att genomföra en översyn och uppdatering av befintliga bevarandeplaner inför kommande omprövningar.<sup>215</sup> Uttalandet kan, mot bakgrund av den nationella planens syfte och fokus på effektiv tillgång till vattenkraftsel, möjligtvis tolkas på två olika sätt. Antingen som att myndigheterna menar att det behövs en översyn av bevarandeplaner för att se till att berörda Natura 2000-områden beaktas och behandlas på ett fullgott sätt, eller som en uppmaning till länsstyrelserna att om möjligt modifiera och anpassa bevarandeplanerna så att nationell tillgång till effektiv vattenkraftsel kan främjas. I den nationella planen framhålls att det, vid konflikt mellan behovet av balanskraft och behovet av att uppnå gynnsam

---

<sup>206</sup>Remissyttrande 2017-10-09, NV-05092-17, Naturvårdsverket, s. 10.

<sup>207</sup> Ibid., s. 11.

<sup>208</sup> Se prop. 2017/18:243 s. 92.

<sup>209</sup> Förslag till nationell plan, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 8.

<sup>210</sup> Ibid., s. 15.

<sup>211</sup> Ibid., s. 16.

<sup>212</sup> Ibid.

<sup>213</sup> Ibid., s. 37.

<sup>214</sup> Ibid., s. 16.

<sup>215</sup> Ibid., s. 17.



bevarandestatus, är avgörande vad bevarandeplanen för Natura 2000-området anger.<sup>216</sup> Naturskyddsföreningen har kritiserat detta uttalande och framhållit att, i de fall tydliga bevarandeplaner saknas, försiktighetsprincipen gäller.<sup>217</sup> Tydliga bevarandeplaner som exakt beskriver hur enskilda Natura 2000-områden bidrar till att uppnå eller bibehålla gynnsam bevarandestatus på biogeografisk nivå, som myndigheterna hävdar, är ingen förutsättning för omprövning enligt den nationella planen. Även om bevarandeplanerna utgör ett viktigt stöd i Natura 2000-tillståndsprövningar menar jag, i linje med Naturskyddsföreningens uttalande, att försiktighetsprincipen måste beaktas när det uppstår konflikt mellan Natura 2000 och behovet av reglerförmåga, och det saknas tydliga bevarandeplaner.

Det kan konstateras att planen uppmärksammar att det finns en kollisionrisk mellan Natura 2000-områden och vattenkraftverk som har stor nationell betydelse för effektiv tillgång till vattenkraftsel inom ramen för de omprövningsprocesser som väntar, samt uppmanar länsstyrelserna att se över de bevarandeplaner som berörs. Mot bakgrund av att planen syftar till att främja nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel med största möjliga nytta för vattenmiljön, att vattenkraftens reglerförmåga uttrycks vara helt avgörande för Sveriges elförsörjning samt att riktvärdet och planeringsmålet på 1,5 terawattimmar (TWh) i princip ska möjliggöra mindre stränga miljöåtgärder, tydliggörs att art- och områdesskyddet har givits en underordnad ställning.<sup>218</sup> Problematiken kring vattenkraft och Natura 2000 lyfts i flera olika sammanhang i den nationella planen, men då endast i form av ett *hinder* mot att exempelvis prioritera kraftverk med mest reglerbidrag eller att förklara en förekomst som kraftigt modifierad för att kunna ställa lägre miljökrav. Det specifika artskyddet behandlas översiktligt i ett eget delkapitel i planförslaget, där det endast beskrivs att vissa skyddade arter riskerar att påverkas negativt av vattenkraft.<sup>219</sup> Art- och områdesskyddet och vikten av bevarande av biologisk mångfald förefaller således inte ha fått någon självständig tyngd i planen, utan ses snarare som ett problem som måste lösas för att uppnå det viktigare intresset av effektiv tillgång till vattenkraftsel. Här kan också noteras att Natura 2000, enligt 7 kap. 27 § 3 st. MB och 16 § områdesskyddsförordningen, ska prioriteras i alla berörda statliga myndigheters och kommuners skyddsarbete.

Flera verksamhetsutövare och branschorganisationer har ansett att intressekonflikten mellan Natura 2000 och vattenkraft är större än vad som framgår av den nationella planen. Såväl regeringen som HaV, Energimyndigheten och SVK betonar dock att den nationella planen inte syftar till att göra fullständiga bedömningar i specifika frågor, utan att det är upp till domstolen att göra avvägningar i den enskilda prövningen. Det är mark- och miljödomstolarna som beslutar om miljöåtgärder vid enskilda kraftverk och planen kan inte hantera vilka konkreta

---

<sup>216</sup> Förslag till nationell plan, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 14.

<sup>217</sup> Remissyttrande 2019-06-27, dnr 323, Naturskyddsföreningen, s. 6.

<sup>218</sup> Se nedan avsnitt 5.3.2 och 5.3.3 angående reglerförmåga och riktvärdet 1,5 TWh.

<sup>219</sup> Se förslag till nationell plan, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 36–37.

krav på åtgärder som behöver ställas exempelvis på grund av Natura 2000-lagstiftningen.<sup>220</sup> Det finns således ingenting som direkt hävdar att den nationella planen ska ange någon fullständig bild av konflikten mellan art- och områdesskyddet och vattenkraften. Däremot kan den begränsade ställning som art- och områdesskyddet givits innebära en risk för att myndigheterna som har att utgå från planen i sitt arbete och i prövningarna riktar stort fokus mot effektiv tillgång till vattenkraftsel och inte tillgodoser art- och områdesskyddet i tillräcklig mån.

### **5.3. Planens huvudsakliga komponenter – indirekta effekter för biologisk mångfald?**

Som framgår av föregående avsnitt är den nationella planen sparsam med att lyfta biologisk mångfald och art- och habitatdirektivet, trots att vattenkraft på många sätt påverkar biologisk mångfald negativt. Den vägledning planen ger, d.v.s. planens huvudsakliga komponenter, berör främst den nationella helhetssynen och vattenkraftens viktiga position i det svenska elsystemet. I detta kapitel ska därför planens vägledning och dess potentiella risker för art- och områdesskyddet analyseras.

#### *5.3.1. Prövningsgrupper och tidsplan*

För att en nationell helhetssyn ska få genomslag krävs att prövningarna samordnas. Den nationella planen anger därför både prövningsgrupper och en tidsplan. Indelningen i prövningsgrupper är baserad på geografiska områden samt de kraftverk och dammar som anmält sig till planen.<sup>221</sup> De geografiskt avgränsade områdena utgörs huvudsakligen av huvudavrinningsområden, men har i vissa fall behövts justeras till följd av till exempel gränserna för domstolarna eller miljö- och reglermässiga samband.<sup>222</sup> För varje prövningsgrupp finns en särskild tidpunkt för när verksamhetsutövarna inom gruppen ska ha lämnat in sin ansökan om omprövning till domstol. Tidsplanen utgår från att omprövningarna ska genomföras under en 20-årsperiod och ska ge förutsättningar för att i god tid förbereda inför prövningarna.

I arbetet med att ta fram tidsplanen för omprövningarna har myndigheterna tagit hänsyn till vissa naturvärden, för att områden med höga naturvärden ska kunna omprövas tidigt. Sådana naturvärden har bland annat utgjorts av skyddade arter som påverkas negativt av vattenkraft såsom ål, lax och flodpärlmussla, samt Natura 2000-områden.<sup>223</sup> Myndigheterna har således genomfört en typ av förhandsbedömning av var höga naturvärden finns och vilka områden som bör prioriteras. Även om det inte framgår uttryckligen kan den bestämda tidsplanen, genom att

---

<sup>220</sup> *Remissammanställning med redovisning av samråd*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 31.

<sup>221</sup> *Förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 8.

<sup>222</sup> *Ibid.*, s. 9.

<sup>223</sup> *Ibid.*, s. 11.

tidigt prioritera områden med höga naturvärden, möjligen anses utgöra ett försök till att bland annat tillgodose kraven på bevarande av biologisk mångfald enligt art- och habitatdirektivet. Naturskyddsföreningen var kritisk till förslaget till tidsplan och menade att vissa områden i anslutning till Natura 2000 inte hade prioriterats i tillräcklig mån. Exempelvis finns Natura 2000-områden i Dalälvens och Indalsälvens delavrinningsområden som inte skulle omprövas förrän under slutet av 2030-talet.<sup>224</sup> HaV, Energimyndigheten och SVK tog till sig synpunkten och genomförde justeringar innan det slutliga förslaget överlämnades till regeringen.<sup>225</sup> Emellertid anger den nu bestämda tidsplanen att för exempelvis provningsgrupperna Åreälven och Hårkan, vilka båda påverkar Natura 2000-områden, ska ansökan lämnas in först år 2032 respektive 2034.<sup>226</sup> Det innebär att, även om myndigheterna beaktat naturvärden i framtagningen av tidsplan, det kommer dröja lång tid innan verksamheterna prövas och åtgärder kan införas för att skydda berörda arter, habitat och livsmiljöer. Anledningen till varför myndigheterna inte i högre utsträckning har prioriterat och tidigarelagt prövningar som berör Natura 2000-områden framgår inte uttryckligen. Eftersom indelningen i provningsgrupper har baserats på huvudavrinningsområden och domstolsgränser torde det emellertid främst bero på frågor om resurser, effektivitet och den nationella helhetssynen. Myndigheterna har även framhållit att en samlad bedömning av huvudavrinningsområden utgör en viktig framgångsfaktor för ett väl fungerande förfarande,<sup>227</sup> vilket kan ha varit en ytterligare faktor i att olika provningsgrupper inte uteslutande har prioriterats mot bakgrund av naturvärden.

Tidsplanen har fått kritik för att direkt stå i strid med ramvattendirektivet, eftersom direktivet inte i dagsläget medger längre tid än till år 2027 och omprövningarna enligt planen kommer pågå betydligt längre än så.<sup>228</sup> När det gäller art- och habitatdirektivet finns inget sådant direkt slutdatum, varför tidsplanen för omprövningarna utifrån ett sådant perspektiv inte i sig är problematisk. Nationella myndigheter har emellertid ett ansvar att vidta åtgärder för bevarande, för att förhindra försämring och störning, samt för att se till att regelverket som upprättas för det strikta artskyddet rent konkret tillämpas så att förbjudna aktiviteter förhindras. Tidsplanen kan, särskilt i kombination med det tillfälliga undantaget från tillståndsplikt som medför att vattenkraftsanläggningarna helst inte ska utsättas för andra typer av processer i väntan på omprövning enligt planen, innebära att kraven på åtgärder för att återställa eller upprätthålla gynnsam bevarandestatus som härrör från art- och habitatdirektivet inte tillgodoses. Bevarandestatusen hos arter och livsmiljöer riskerar att försämrats eller förbli dåliga under många år framåt, som en följd av att många verksamheter enligt tidsplanen inte kommer

---

<sup>224</sup> Remissyttrande 2019-06-27, dnr 323, Naturskyddsföreningen, s. 3–4.

<sup>225</sup> *Remissammanställning med redovisning av samråd*, HaV, Energimyndigheten och SVK s. 32.

<sup>226</sup> Se bilaga till vattenverksamhetsförordningen; *Remissmaterial, Bilaga 4 – Sammanställning av Natura 2000-områden som påverkas av vattenkraften*, Havs- och vattenmyndigheten, tillgänglig online via <https://www.havochvatten.se/download/18.2cfe83af16aa3da574f2b2ae/1557755104021/mkb-missiv-bilaga-4-sammanstallning-av-n2000-som-berors-av-vattenkraften.pdf> publicerad 2019-05-06.

<sup>227</sup> *Remissammanställning med redovisning av samråd*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 32.

<sup>228</sup> Se t.ex. Prop. 2017/18:243, s. 117 och Remissyttrande 2019-06-27, dnr 323, Naturskyddsföreningen, s. 2.

omprövas förrän om många år och under tiden får fortsätta bedriva verksamheten så gott som ostört.

### 5.3.2. Reglerförmåga och ökad effekt

Enligt den nationella planen har vattenkraftens reglerförmåga en avgörande ställning inom svensk elförsörjning samt för möjligheten att uppnå målet om 100 procent förnybar elproduktion år 2040.<sup>229</sup> Sveriges vattenkraftsanläggningar ska omprövas för att förses med moderna miljövillkor. Sådana miljövillkor eller miljöåtgärder påverkar reglerförmågan i olika hög grad och de kraftverk som bidrar med mest reglerförmåga ska enligt den nationella planen påverkas i minsta möjliga mån.<sup>230</sup> Vid omprövning av de vattenkraftsanläggningar som bidrar mest till balanseringen av elsystemet, d.v.s. de som i Energimyndighetens rapport ingår i klass ett,<sup>231</sup> bör risken för reducering av reglerförmåga och reglerförmågans samhällsnytta beaktas särskilt.<sup>232</sup> Energimyndighetens reglerbidragsrapport ska enligt planen vara ett kompletterande stöd vid vattenmyndigheternas bedömning av om åtgärder för att uppnå god ekologisk status leder till betydande negativ påverkan på vattenkraften vid förklarande av kraftigt modifierade vatten och vid beslut om undantag. Rapporten kan också användas som vägledning i prövningarna vid bedömning av om tillräcklig hänsyn har tagits till reglerförmåga vid de kraftverk som bedöms ha högst bidrag till balanseringen av elsystemet.<sup>233</sup> Den nationella planen framhåller således att kraftverken med störst betydelse för reglerförmåga ska särbehandlas och, så långt det bara går, inte tillföras miljöåtgärder som påverkar reglerbidraget negativt. Miljökrav som är en följd av art- och habitatdirektivet uppmärksammas emellertid i detta sammanhang som sådana krav som kan medföra att åtgärder med påverkan på reglerbidraget ändå måste vidtas.<sup>234</sup> Detta uttalande ger intrycket av att den samhällsviktiga reglerförmågan får ge vika för art- och områdesskyddet, om vattenkraftsanläggningen i fråga innebär risk för att gynnsam bevarandestatus av en art eller ett område inte kan upprätthållas eller återställas. Flera livsmiljöer och arter som skyddas genom Natura 2000 och det specifika artskyddet kan påverkas negativt av vattenreglering.<sup>235</sup> Det är oklart hur olika typer av åtgärder för att nå gynnsam bevarandestatus för dessa arter och livsmiljöer påverkar reglerförmågan. Mot bakgrund av att planen genomsyras av reglerförmågans viktiga position inom det svenska elsystemet och att de kraftverk som har högst bidrag till balansering av elsystemet i minsta möjliga mån ska utsättas för åtgärder som påverkar reglerbidraget negativt, är risken att resultatet i en sådan avvägning blir att de för reglerförmågan viktigaste anläggningarna inte kommer utsättas för de villkor och åtgärder som krävs, om det medför negativa konsekvenser för vattenreglering.

---

<sup>229</sup> *Förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 10.

<sup>230</sup> *Ibid.*, s. 18.

<sup>231</sup> Se avsnitt 2.1.

<sup>232</sup> *Förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 18.

<sup>233</sup> *Ibid.*

<sup>234</sup> *Ibid.*

<sup>235</sup> *Ibid.*, s. 34–35.

Den nationella planen ska även främja att behovet av ökad effekt främst tillgodoses i befintliga kraftverk enligt 27 § 2 punkten vattenverksamhetsförordningen. Vidare anges i första punkten i bestämmelsen att största möjliga reglerförmåga ska främjas, vilket innebär att även reglerförmågan om möjligt ska öka, oberoende av effektökningar.<sup>236</sup> En sådan ökning av reglerförmågan kan uppnås genom att gränsen för tillåten reglering i befintliga villkor ändras eller tas bort. Eftersom ökning av effekt eller reglerförmåga vanligtvis inte rymms inom ramen för en omprövning krävs en tillståndsprövning i de fall verksamhetsutövaren avser att genomföra sådan ökning. Verksamhetsutövaren får då ansöka om tillstånd, lämpligen vid samma tidpunkt som ansökan om omprövning ska ske enligt planen.<sup>237</sup> Detta medför således att dessa utökningar tillståndsprövas, tillika föregås av miljöbedömning och MKB enligt 6 kap. MB. I enlighet med MÖD:s bedömning i mål M 10355–17 aktualiseras då även Natura 2000-tillståndsprövning om ett Natura 2000-område riskerar att påverkas.<sup>238</sup> Genom att effektökning och ökning av reglerförmåga aktualiserar miljöbedömning och Natura 2000-tillståndsprövning finns utrymme för en fullständig bedömning av utökningens och verksamhetens påverkan på Natura 2000-områden och arter. MÖD har tydliggjort att en ändring av en verksamhet också måste bedömas tillsammans med den redan pågående verksamheten.<sup>239</sup> Annars finns risk för successiva ändringar som var och en inte når upp till kravet på Natura 2000-tillstånd och ett sådant förfarande kan enligt MÖD inte anses stämma överens med art- och habitatdirektivets syfte.<sup>240</sup> Detta innebär således att de verksamheter som ansöker om tillstånd för utökning av effekt eller reglerförmåga ska bedömas i sin helhet samt att den MKB som krävs måste innehålla underlag som gör det möjligt för domstolen att bedöma hela verksamhetens påverkan. En ansökan om tillstånd för utökning kan således möjligen leda till starkare skydd, eftersom fler och tydligare skyddsregler aktualiseras vid tillståndsprövning. Samtidigt finns också en risk att det resulterar i större påverkan på skyddade arter och områden i det fall utökningen tillåts utan en fullgod konsekvensbedömning och eventuella försiktighetsåtgärder och villkor när sådana krävs.

### 5.3.3. 1,5 terawattimmar som riktvärde och planeringsmål

HaV och Energimyndigheten har i en rapport<sup>241</sup> om strategi för åtgärder i vattenkraften angett ett begränsande planeringsmål för deras respektive arbete. Planeringsmålet innebär att det ska eftersträvas att inte mer än 1,5 TWh vattenkraftsproduktion per år, eller 2,3 procent av den totala årsproduktionen, tas i anspråk för att genomföra miljöförbättrande åtgärder. Regeringen har därefter bekräftat att ett produktionsbortfall om 1,5 TWh inte bedöms ha någon väsentlig

---

<sup>236</sup> Förslag till nationell plan, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 20.

<sup>237</sup> Ibid.

<sup>238</sup> Se avsnitt 4.5.1.

<sup>239</sup> Se MÖD M 10355–17.

<sup>240</sup> Ibid., s. 8.

<sup>241</sup> Förslag till nationell strategi för åtgärder i vattenkraften – Avvägning mellan energimål och miljökvalitetsmålet Levande sjöar och vattendrag, Rapport 2014:14, Havs- och vattenmyndigheten och Energimyndigheten, publicerad 2014-07-04.

påverkan på möjligheten att nå målet om 100 procent förnybar energi till år 2040.<sup>242</sup> Utöver att riktvärdet utgör ett planeringsmål anges att samma riktvärde ska utgöra gränsen för vad som på nationell nivå kan anses vara betydande negativ påverkan på kraftproduktion enligt 4 kap. 3 § vattenförvaltningsförordningen (2004:660).<sup>243</sup> Detta innebär således att riktvärdet ska tillämpas när vattenmyndigheterna ska förklara en vattenförekomst som kraftigt modifierad.<sup>244</sup> Följden av att en vattenförekomst förklaras som kraftigt modifierad är att det räcker att förekomsten uppnår god ekologisk potential istället för god ekologisk status.<sup>245</sup> Den nationella planen har i sin tur fördelat riktvärdet 1,5 TWh per huvudavrinningsområde med störst vikt för reglerkraften, så kallade HARO-värden.<sup>246</sup> Detta innebär att för varje huvudavrinningsområde anges en viss procent av områdets totala produktion som området kan förlora utan att det anses som betydande negativ påverkan på vattenkraften. Detta för att riktvärdet om en maxförlust på 1,5 TWh eller 2,3 procent av landets totala elproduktion ska hållas. För till exempel huvudavrinningsområdet Luleälven anges en produktionsförlust om 1,1 procent, medan det i området Norrström anges 18 procent.<sup>247</sup> Det är således dessa värden som enligt planen ska vara vägledande i vattenmyndigheternas bedömning av vad som kan anses utgöra betydande negativ påverkan på kraftproduktion.

Vidare anges att HARO-värdena ska vara vägledande även vid bedömning av om det finns skäl att meddela undantag, d.v.s. mindre stränga krav från god ekologisk status eller potential.<sup>248</sup> HARO-värdena utgör därmed ingen direkt gräns för vilka miljövillkor som kan föreskrivas med stöd av miljöbalken i de enskilda prövningarna, utan är vägledande i bedömningen av vilka krav som ska ställas på vattenförekomstens ekologiska status eller potential. Det kan understrykas att planeringsmålet och riktvärdet utgår från total vattenkraftsproduktion, och inte vattenkraftens reglerförmåga och reglerbidrag, som i övrigt har givits en stark position i den nationella planen. Detta är något som vissa remissinstanser ställt sig kritiska mot, trots att HaV, Energimyndigheten och SVK har beaktat reglerbidraget vid bedömningen av att gränsen för betydande negativ påverkan ligger på just 1,5 TWh samt fördelat HARO-värdena på de huvudavrinningsområden som är viktigast för reglerkraften.<sup>249</sup> Naturskyddsföreningen har framhållit att resonemanget kring vad som kan anses vara betydande påverkan på energisystemet inte är övertygande. Föreningen menar att det ur ett energisystemperspektiv är tillgång till reglerkraft som är avgörande och att total årsproduktionsförlust inte säger något om hur reglerbidraget påverkas.<sup>250</sup> Även Energiföretagen Sverige har kritiserat riktvärdet av samma anledning.<sup>251</sup>

---

<sup>242</sup> Prop. 2017/18:243 s. 183.

<sup>243</sup> *Förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 13.

<sup>244</sup> Jfr artikel 4.3 ramvattendirektivet och 4 kap. 3 § vattenförvaltningsförordningen.

<sup>245</sup> Se 4 kap. 4 och 4 a §§ vattenförvaltningsförordningen.

<sup>246</sup> *Förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 13 och 15.

<sup>247</sup> *Ibid.*, s. 15.

<sup>248</sup> *Ibid.*, s. 14.

<sup>249</sup> *Ibid.*, s. 13; se även bilaga 4 i samma dokument.

<sup>250</sup> Remissyttrande 2019-06-27, dnr 323, Naturskyddsföreningen, s. 4.

<sup>251</sup> Remissyttrande 2019-06-26, dnr 99-2019, Energiföretagen Sverige, s. 2.

Av planen framgår att vattenmyndigheterna inte kan förklara en vattenförekomst som kraftigt modifierad om det hindrar eller äventyrar kvalitetskrav enligt annan EU-lagstiftning, såsom till exempel Natura 2000-lagstiftningen. Detta innebär således att, om det får till följd att gynnsam bevarandestatus inte kan nås, en vattenförekomst inte får förklaras som kraftigt modifierad trots att övriga förutsättningar är uppfyllda.<sup>252</sup> I detta sammanhang förefaller elproduktionen få lämna företräde åt kraven från art- och habitatdirektivet. Det är emellertid inte enbart vid bedömning och förklaring av kraftigt modifierade vatten och undantag enligt ramvattendirektivet som riktvärdet får betydelse. 1,5 TWh ska även utgöra en slags gräns, om än ingen bindande sådan, för vad svensk vattenkraft kan förlora i produktionsmängd till följd av miljöförbättrande åtgärder. Berörda myndigheter ska i sitt arbete sträva mot att gränsen inte överskrids och således finns en överhängande risk att art- och områdesskyddet ändå sätts på spel och får ge vika till förmån för elproduktionen.

I planen framhålls att en målsättning inför den nationella planen var att analysera åtgärdsbehovet för att nå gynnsam bevarandestatus för Natura 2000. Detta var enligt HaV, Energimyndigheten och SVK emellertid inte möjligt mot bakgrund av att bevarandeplanerna ofta är otydliga. Därmed går det inte med säkerhet att säga om de åtgärder som Natura 2000-lagstiftningen kräver ryms inom planeringsmålet om 1,5 TWh.<sup>253</sup> Följden av att åtgärder som Natura 2000-lagstiftningen kräver inte skulle rymmas inom riktvärdet på 1,5 TWh blir att vidtagande av sådana åtgärder potentiellt leder till att riktvärdet överskrids. Åtgärder riskerar därmed att försummas om riktvärdet ges fullt genomslag. Älvräddarna har i en ansökan om rättsprövning av regeringens beslut att anta planen påpekat att de cirka 190 kraftverk som ligger inom eller i anslutning till Natura 2000-områden ingår i planeringsmålet och det nationella riktvärdet. Mot bakgrund av att den nationella planen anger en osäkerhet kring huruvida Natura 2000-åtgärder ryms inom planeringsmålet menar Älvräddarna att beslutet att anta planen riskerar medföra att Sverige inte kan uppfylla sina skyldigheter enligt art- och habitatdirektivet.<sup>254</sup>

Svenskt näringsliv har i sin tur i remissyttrande till planen, med hänvisning till Vattenmyndigheternas rapport ”Miljökvalitetsnormer för kraftigt modifierade vattenförekomster – vattenkraft”<sup>255</sup>, konstaterat att målet om 1,5 terawattimmar och Vattenmyndigheternas bedömning av produktionsförlust till följd av åtgärder för att uppnå god ekologisk status eller god ekologisk potential inte går ihop. Vidare anförs att, för de vattenkraftsanläggningar som berör Natura 2000-områden, produktionsförlusten uppskattas till 1,5 TWh per år och att den procentuella påverkan på reglerförmågan uppgår till 9,5 procent. Om dessa verksamheter dessutom ska tillföras miljöåtgärder som behövs för bevarande av

---

<sup>252</sup> Förslag till nationell plan, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 14.

<sup>253</sup> Ibid., s. 18.

<sup>254</sup> Ansökan om rättsprövning av regeringsbeslut, Älvräddarnas Samorganisation, HFD 5377–20, 2020-09-17.

<sup>255</sup> Miljökvalitetsnormer för kraftigt modifierade vattenförekomster – vattenkraft, Rapport 2019.01, Vattenmyndigheterna, 2019.

Natura 2000-områden riskerar det att leda till ett totalt produktionsbortfall på 9,9 TWh per år.<sup>256</sup> Svenskt näringsliv är således av uppfattningen att produktionsbortfallet från vattenkraften kommer att kraftigt överstiga 1,5 TWh per år.<sup>257</sup> Detta kan tolkas så att Svenskt Näringsliv, till skillnad från Älvräddarna, utgår från att åtgärder till fördel för Natura 2000 kommer bestämmas och ges företräde framför elproduktion och reglerförmåga. Svenskt näringsliv är en organisation som företräder företagsamhet, medan Älvräddarna i sin tur är en intresseorganisation som verkar för att rädda vattendragen och miljöanpassa vattenkraften. Organisationernas respektive uppfattningar kring riktvärdet är således inte helt oväntade. Jag menar dock att den centrala position och tyngd riktvärdet givits inom ramen för den nationella planen talar för att det finns risk för att åtgärder negligeras om de medför betydande negativ påverkan på kraftproduktionen och att riktvärdet överskrids.<sup>258</sup>

Energiföretagen Sverige har i en hemställan till regeringen framhållit att det är ologiskt att gränsen för vad som är betydande påverkan på energisystemet påverkas av om miljöanpassningarna görs med stöd av den lagstiftning som härrör från ramvattendirektivet eller från art- och habitatdirektivet.<sup>259</sup> Påverkan på energisystemet är densamma oavsett vilka lagar villkoren i tillståndet prövas mot. Det myndigheterna skriver i den nationella planen innebär i praktiken att följden kan bli betydande påverkan på energisystemet. Energiföretagen menar att det måste förtydligas att såväl vattenkraftens produktion som dess effekt och reglerförmåga är allmänintressen av större vikt enligt ramvattendirektivet och vattenförvaltningsförordningen, samt väsentliga allmänintressen enligt art- och habitatdirektivet och miljöbalken.<sup>260</sup> Det följer av vattenkraftens betydelse för möjligheterna att åstadkomma ett hållbart energisystem. Riktvärdet om 1,5 TWh ska gälla som gräns för betydande negativ påverkan på allmänintresset vattenkraftsproduktion oavsett vilka lagar villkoren i tillståndet prövas mot, menar Energiföretagen. Någon förklaring till varför riktvärdet ska vara vägledande vid undantag enligt ramvattendirektivet och 4 kap. 11–12 §§ vattenförvaltningsförordningen, men inte vid undantag enligt art- och habitatdirektivet och de svenska regler som härrör därifrån har inte givits.

Regeringen har i beslutet att anta den nationella planen framhållit att myndigheterna som ansvarar enligt 24–31 §§ vattenverksamhetsförordningen ska vidta de åtgärder som behövs för att prövningarnas sammantagna negativa inverkan på en nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel ska hållas till ett minimum och att största möjliga hänsyn tas till riktvärdet om 1,5 terawattimmar.<sup>261</sup> Uttalandet är tydligt och betonar ytterligare att myndigheterna ska verka för att elproduktion från vattenkraft inte ska äventyras. Regeringen menar således att riktvärdet

---

<sup>256</sup> Remissyttrande 2019-06-28, dnr 97/2019, Svenskt Näringsliv, s. 2.

<sup>257</sup> Ibid.

<sup>258</sup> Jfr *förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 13.

<sup>259</sup> *Hemställan avseende beslut om nationell plan för omprovning av vattenkraft*, Energiföretagen, 2019-11-08, tillgänglig online via <https://www.energiforetagen.se/globalassets/dokument/vattenkraft/hemstallan-avseende-beslut-om-nationell-plan-for-omprovning-av-vattenkraft.pdf>, s. 3.

<sup>260</sup> Ibid., s. 3.

<sup>261</sup> *Nationell plan för moderna miljövillkor*, Regeringsbeslut 18, Miljödepartementet (2020).



ska skydda elproduktionen från allt för stora miljöanpassningar. Vidare har regeringen framhållit att riktvärdet om en produktionsförlust på maximalt 1,5 terawattimmar inkluderar vattenkraftsanläggningar som påverkar ett Natura 2000-område.<sup>262</sup> Dessutom har den uttalat att de möjligheter att ställa mindre långtgående krav som följer av EU-rätten till förmån för samhällsnyttiga verksamheter ska utnyttjas fullt ut vid till exempel klassning av vattenförekomster samt enligt andra föreskrifter.<sup>263</sup> Detta torde således innefatta möjligheten att meddela artskyddsdispens samt Natura 2000-tillstånd trots att verksamheten påverkar arten eller området, och utgör en uppmaning till domstolarna att bedöma vattenkraften som väsentligt eller överskuggande allmänintresse.

Av allt att döma vållar riktvärdet stora problem och skapar osäkerhet inför prövningarna. Det är tydligt att såväl regeringen som HaV, Energimyndigheten och SVK menar att riktvärdet inte bör överskridas och följaktligen att möjligheten att meddela mindre stränga krav genom undantag eller dispens som är tillåtligt enligt art- och habitatdirektivet ska utnyttjas fullt ut. Ett sådant förhållningssätt behöver inte nödvändigtvis strida mot bestämmelserna i direktivet, förutsatt att grundliga och fullgoda bedömningar görs så att tillämpningen av undantagen inte blir godtycklig. Däremot finns en risk att förbättrande åtgärder för arter och områden inte vidtas, vilket innebär att den, i många fall, redan ogynnsamma bevarandestatusen kvarblir eller i värsta fall försämras ytterligare. Det kan då också ifrågasättas om kraven i artikel 6.2 som gäller generellt, d.v.s. oberoende av artikel 6.3 och 6.4, som stadgar skyldigheten att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra försämring och störningar om det kan ha betydande konsekvenser för målen med direktivet, tillgodoses. Detsamma gäller för det strikta artskyddet, som ställer krav på konkreta åtgärder för att se till att skyddssystemet tillämpas på ett ändamålsenligt sätt. Det största problemet med riktvärdet i förhållande till Natura 2000 och artskydd torde vara att elproduktionen redan på förhand har prioriterats framför art- och områdesskyddet. Denna uppfattning riskerar att i hög grad prägla såväl myndigheternas arbete inför processerna, som de kommande omprövningarna.

#### *5.3.4. Regional samverkan – ett substitut till specifik miljöbedömning?*

För att den nationella helhetssynen enligt planen ska få genomslag i prövningsunderlagen och de enskilda prövningarna krävs att prövningarna föregås av en regional samverkansprocess.<sup>264</sup> Här bör inledningsvis noteras att den regionala samverkansprocessen inte beskrivs i den antagna nationella planen, utan diskuteras i ett annat kapitel i planförslaget. Behovet av regionala samverkansprocesser och att omprövningarna ska föregås av sådana processer har dock uppmärksamats i ett antal avsnitt i den antagna planen.<sup>265</sup> Vidare har, med ikraftträdande 1 september 2020 och som en följd av den beslutade planen, nya bestämmelser införts i

---

<sup>262</sup> *Nationell plan för moderna miljövillkor*, Regeringsbeslut 18, Miljödepartementet (2020), s. 5.

<sup>263</sup> *Ibid.*, s. 3.

<sup>264</sup> *Förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 51.

<sup>265</sup> Se *förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 10, 12, 17 och 20.

vattenverksamhetsförordningen som stadgar skyldigheten att samverka inför prövningarna.<sup>266</sup> Därav menar jag att den regionala samverkansprocessen kan betraktas som en av komponenterna i den nationella planen, även om vägledningen kring processen inte direkt framgår av planen som sådan.

Enligt 42 a och b §§ vattenverksamhetsförordningen ska länsstyrelsen samverka med verksamhetsutövare, berörda kommuner, myndigheter och intresseorganisationer. Detta för att säkerställa en effektiv prövning i domstol och tillgodose krav på en ansökans innehåll enligt 22 kap. 1 § 4 punkten MB, d.v.s. förslag till skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått som behövs för att bedöma de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB. Samverkan ska ske inom huvudavrinningsområdet och ska ge möjlighet till förståelse för hur olika åtgärder inom ett visst avrinningsområde påverkar varandra samt en överblick av de miljö- och reglermässiga sambanden i området.<sup>267</sup> Om huvudavrinningsområdet består av flera prövningsgrupper kommer det att krävas en samordning mellan prövningsgrupperna.<sup>268</sup> HaV betonar i ett vägledningsdokument om samverkan inför prövning enligt den nationella planen att samverkansprocessen inte utgör en samrådsprocess inom ramen för en miljöbedömning enligt 6 kap. MB.<sup>269</sup> Mot bakgrund av att miljöbedömning och MKB enligt 6 kap. MB inte krävs inför omprövningarna, är det positivt om det finns en bra plan för samverkansprocesserna. I och med att prövningarna ska föregås av regionala samverkansprocesser ges relativt goda möjligheter att se till att underlaget i prövningen blir tillfredsställande och art- och områdesskyddet kan beaktas inom ramen för en sådan process. Vad resultatet av dessa samverkansprocesser blir i förhållande till art- och habitatdirektivets krav återstår dock att se. I grund och botten har myndigheterna fortfarande att värna om den samhällsviktiga elproduktionen, reglerförmågan och effektiv tillgång till vattenkraftsel. Mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt har ifrågasatt den nationella planens funktion som vägledande för myndigheterna och menar att de myndigheter som för talan eller yttrar sig i enskilda prövningar måste vara helt fria att företräda det allmänna intresse som de är satta att bevaka, oaktat vad som står i planerna och oaktat vad en annan myndighet uttrycker.<sup>270</sup> Jag menar, i linje med domstolens uppfattning, att myndigheternas skyldighet att följa planens vägledning riskerar att även prägla samverkansprocessen. Dessutom är det fortfarande osäkert hur exempelvis riktvärdet, reglerförmågan och Natura 2000-tillstånd ska hanteras i processerna, vilket innebär att en samverkan mellan verksamhetsutövare, länsstyrelser, myndigheter, kommuner och intresseorganisationer inte nödvändigtvis kommer leda till klarhet i dessa frågor eller ett starkare skydd för arter och Natura 2000-områden.

---

<sup>266</sup> Förordning (2020:664) om ändring i förordningen (1998:1388) om vattenverksamheter; 43 § vattenverksamhetsförordningen; *Nationell plan för moderna miljövillkor*, Regeringsbeslut 18, Miljödepartementet (2020), s 4.

<sup>267</sup> *Förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK, s. 51.

<sup>268</sup> *Ibid.*, s. 52.

<sup>269</sup> *Vägledning om samverkan*, HaV (2020), s. 14.

<sup>270</sup> Remissyttrande 2017-09-29, dnr TVB 2017/197, Vänersborgs tingsrätt, s. 11.

#### 5.4. Planens rättsverkan

Den nationella planen är som tidigare nämnt inte bindande för prövningsmyndigheterna, utan utgör vägledning till de myndigheter som på olika sätt är eller kommer vara inblandade i vattenkraftsreformen.<sup>271</sup> Däremot har prövningsgrupper, tidsplan och kravet på regional samverkan införts i vattenverksamhetsförordningen, vilket innebär att dessa delar av den nationella planen har bindande verkan och ska följas.<sup>272</sup> Övriga delar, såsom riktvärdet och reglerförmågans prioritet samt förhållandet mellan vattenkraft och Natura 2000 och artskydd utgör just vägledning. De risker och oklarheter med vattenkraftsreformen som identifierats i förhållande till art- och habitatdirektivets krav torde emellertid inte förändras av att vissa delar av planen är införda i förordning och andra inte. Däremot finns, även om svenska lagar och förordningar inte får tillämpas i strid med EU-rättsliga åtaganden, större utrymme för avvikelser från planen till förmån för art- och områdesskyddet i de delar den inte är bindande.

Jag menar dock att den nationella planen och dess vägledning kan få en effekt som i princip motsvarar bindande verkan, åtminstone för de myndigheter den riktar sig till. Planen fokuserar så tydligt på vattenkraftens viktiga roll i energisystemet, dess reglerförmåga och att det krävs en ökning i effekt och reglerförmåga i befintliga kraftverk i framtiden, medan art- och områdesskyddet inte givits något betydande utrymme. Planens vägledande funktion och vad den ska främja stadgas dessutom i 25–27 §§ vattenverksamhetsförordningen. Det är tydligt att avsikten är att vägledningen ska följas i största möjliga mån, även om den i rättslig bemärkelse inte är något annat än just vägledning. Planens rättsverkan har redan visat sig genom att myndigheterna har påbörjat anpassningar av bevarandeplaner för Natura 2000-områden och arbete med statusklassificering av vattenförekomster. Dessutom, som visat sig i mål M 4821–18, kan planens socio-ekonomiska prioriteringar, den nationella helhetssynen och den tidsplan som upprättats beaktas av domstolarna och således få betydelse för möjligheten att vidta åtgärder innan verksamheterna ska omprövas enligt plan.

Älvräddarna har ansökt om rättsprövning av regeringens beslut att anta planen och menar bland annat att planen omöjliggör tillämpning av nationella bestämmelser i enlighet med intentionerna i art- och habitatdirektivet.<sup>273</sup> Beslutet att anta planen torde emellertid i sig inte stå i strid med direktivet, men i linje med Älvräddarnas uppfattning kan det få en sådan rättsverkan som innebär att direktivets krav inte tillgodoses. Om så blir fallet går dock inte att avgöra förrän vattenkraftsreformen satts i rullning. Här ska noteras att HFD ännu inte har fattat beslut om eventuellt prövningstillstånd.

---

<sup>271</sup> Se avsnitt 4.2.

<sup>272</sup> Se bilaga till vattenverksamhetsförordningen samt 42 a–b §§ samma förordning.

<sup>273</sup> Se ansökan om rättsprövning av regeringsbeslut, Älvräddarnas Samorganisation, HFD 5377–20, 2020-09-17, s. 2.

## 5.5. Sammanfattning och reflektioner

I förevarande kapitel har den tredje och fjärde frågeställningen besvarats. Den nationella planen har analyserats och problematiserats utifrån art- och habitatdirektivets krav för bevarande av biologisk mångfald. Hur den nationella planens vägledning kan påverka art- och områdesskyddet och de risker den innebär har identifierats och redogjorts för. Resultatet av analysen kan sammanfattas enligt följande.

Även om den nationella planen uppmärksammar kollisionrisken mellan Natura 2000-områden och vattenkraftverk med stor betydelse för effektiv tillgång till vattenkraftsel och lyfter det specifika artskyddet, har art- och områdesskyddet inte givits någon egen tyngd i planen. Det betraktas snarare som ett hinder mot uppnåendet av det än viktigare intresset av effektiv tillgång till vattenkraftsel och reglerförmåga. Tidsplanen innebär att vissa verksamheter som påverkar Natura 2000-områden inte kommer prövas förrän om många, många år. Vad gäller det strikta artskyddet tydliggörs inte i planen eller dess bilagor vilka verksamheter som i störst utsträckning påverkar skyddade arter och inte heller hur prioriteringen har gjorts i den upprättade tidsplanen. Verksamheter som enligt tidsplanen ska prövas sent, och som dessutom har rätt att fortsätta bedriva verksamheten i oförändrat tillstånd, kan så gott som ostört påverka livsmiljöer och störa eller döda skyddade arter i flera år innan den underkastas en fullständig bedömning enligt miljöbalken. Detta kan medföra att kraven på åtgärder för att bevara biologisk mångfald i art- och habitatdirektivet inte uppfylls. Kravet på regional samverkan kan förhoppningsvis minimera risken som följer av att miljöbedömning och MKB inte krävs. Samverkan möjliggör en integrering av frågor om art- och områdesskydd och att allmänna intressen kan ta plats och beaktas innan ansökan om omprövning lämnas in av verksamhetsutövaren. Planens skarpa vägledning, som myndigheterna har att utgå från, och de osäkerheter som bland annat riktvärdet innebär, kan emellertid prägla samverkansprocesserna vilket i sin tur kan leda till att Natura 2000 och arter inte ges tillräckligt utrymme.

Redan på förhand har det uttalats att de för reglerförmågan viktigaste kraftverken inte ska utsättas för högt ställda miljökrav. Tillsammans med riktvärdet och planeringsmålet om en maximal produktionsförlust om 1,5 TWh finns risk att de ur energisynpunkt viktigaste anläggningarna inte kommer utsättas för de villkor och åtgärder som krävs, om det riskerar medföra negativa konsekvenser för vattenkraftens produktion. För de verksamheter som har för avsikt att utöka reglerförmåga eller effekt ska en tillståndsprövning ske, vilket innebär att miljöbedömning och Natura 2000-tillståndsprövning ska genomföras, förutsatt att ett Natura 2000-område kan påverkas av verksamheten i fråga. Även inför och under dessa prövningar kan emellertid riktvärdet få betydelse och det är därför inte säkert att en tillståndsprövning leder till starkare skydd. Regeringen har tydliggjort att största möjliga hänsyn ska tas till riktvärdet och att myndigheterna ska vidta de åtgärder som behövs för att prövningarnas totala negativa inverkan på nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel ska hållas till ett minimum.

Sammantaget kan den nationella planen och dess vägledande funktion påverka hur art- och områdesskyddet tillgodoses inom ramen för vattenkraftsreformen. Detta särskilt mot bakgrund av dess tydliga fokus på att vattenkraftens elproduktion och reglerförmåga inte får gå förlorad. Trots att planen inte är bindande för myndigheter och domstolar är det tydligt att avsikten är att vägledningen ska följas i största möjliga utsträckning. I ett scenario där planens vägledning får fullt genomslag finns således en överhängande risk att den biologiska mångfalden redan på förhand står som klar förlorare i förhållande till produktion av förnybar energi genom vattenkraft.

## 6. Slutsatser och avslutande reflektion

Uppsatsen har syftat till att analysera vattenkraftsreformen ur ett biologisk mångfald-perspektiv och därmed utreda hur art- och områdesskydd kan tillgodoses inom ramen för reformen samt identifiera vilka risker den medför för skyddade arter och livsmiljöer. Som ofta är fallet när nya regler antas visar sig förändringen och den faktiska innebörden av en rättsregel först när domstolarna har tillämpat den i konkreta situationer. Det kan därför understrykas att uppsatsen inte gjort anspråk på att fastställa vad resultatet av det praktiska genomförandet av omprövningarna kommer bli i förhållande till art- och områdesskydd. Istället har uppsatsen identifierat risker och oklarheter som berörda verksamhetsutövare, myndigheter och domstolar bör vara uppmärksamma på och ta i beaktande, för att art- och områdesskyddet inte ska förbises.

Art- och områdesskyddet kan tillgodoses genom att omprövning av vattenkraft har särreglerats i förhållande till andra omprövningar på så sätt att det är möjligt att besluta om åtgärder som medför att verksamheten avsevärt försvåras om det behövs för att uppfylla kraven i art- och habitatdirektivet. Skyddet kan också tillgodoses genom att reglerna om Natura 2000-tillståndsprövning aktualiseras och att avsiktsrekvisitet i artskyddsförordningen tolkas och tillämpas på ett sätt som är förenligt med art- och habitatdirektivet. Däremot medför oklarheterna kring dessa regler också en risk för att Natura 2000-tillstånd och artskyddsdispensprövning inte aktualiseras inom ramen för omprövningsprocesserna. Av stor betydelse torde även bli hur undantagsmöjligheterna i 7 kap. 29 § MB och 14 § artskyddsförordningen tillämpas och följaktligen huruvida förnybar elproduktion från vattenkraft och dess reglerförmåga anses vara ett väsentligt respektive allt överskuggande allmänintresse. Det är viktigt att dessa regler tillämpas på ett sätt som är förenligt med art- och habitatdirektivet. Även om så görs kvarstår emellertid risken, om undantagsmöjligheterna utnyttjas fullt ut, att förbättrande åtgärder inte vidtas och att vattenkraften fortsätter påverka den biologiska mångfalden i samma utsträckning som den redan gör. Detta särskilt mot bakgrund av att regeringen varit tydliga med att undantagsmöjligheter bör utnyttjas fullt ut så att inte onödigt höga miljökrav tillförs verksamheterna, eftersom nationell effektiv tillgång till vattenkraftsel ska främjas. Vidare medför det tillfälliga undantaget från tillståndsplikt en inskränkning av myndigheternas möjligheter att bedriva tillsyn, besluta om försiktighetsmått och inleda ett omprövnings- eller återkallelseförfarande gentemot de verksamheter som omfattas av den nationella planen. Även om utrymme lämnats för åtgärder i det fall det är nödvändigt för att tillgodose art- och habitatdirektivets krav, finns stor risk att denna möjlighet inte används i den utsträckning som krävs. Särskilt mot bakgrund av att den nationella planens syfte med sammanhängande omprövningar inte får förfelas. Slutligen är det osäkert hur och när i processen art- och områdesskyddet får ta plats eftersom det inte uppställs krav på miljöbedömning och upprättande av MKB, vilket riskerar att resultera i bristfälligt underlag och sämre skydd.

Den övergripande problematiken med den nationella planen ur ett biologisk mångfaldsperspektiv, är att planens vägledning i viss utsträckning innebär en slags politisk pådrivning genom att myndigheterna uppmanas att prioritera och arbeta utifrån vad planen anger. Redan på förhand har det tydliggjorts att de viktigaste kraftverken ur energisynpunkt inte ska utsättas för allt för betungande åtgärder. Eftersom Natura 2000 och artskydd har fått en så pass begränsad och otydlig ställning i den nationella planen finns risk att det också hamnar i underläge och förbises på många olika plan, exempelvis vid statusklassificering av vattenförekomster eller inom ramen för samverkansprocessen. Även planeringsmålet och riktvärdet kan innebära en stor risk för att åtgärder till förmån för art- och områdesskyddet inte vidtas. Myndigheterna har en skyldighet enligt svenska regler och enligt de krav som ställs i art- och habitatdirektivet att vidta nödvändiga åtgärder och att se till att arter och utpekade områden får det skydd som krävs enligt direktivet. Genom den nationella planen har istället fokus så gott som uteslutande riktats mot att se till att elproduktion av vattenkraft främjas, vilket gäller även för de myndigheter som annars har att tillvarata andra miljöintressen, såsom exempelvis Naturvårdsverket. Den nationella planen kan således påverka hur art- och områdesskyddet tillgodoses inom ramen för vattenkraftsreformen och riskerar att i viss mån föregripa domstolsprövningar och myndigheternas handläggning av ärenden enligt miljöbalken.

Vattenkraftsreformens funktion är att förse svensk vattenkraft med moderna miljövillkor, samtidigt som behovet av effektiv tillgång till vattenkraftsel främjas. Vattenkraften har funnits i Sverige sedan en lång tid tillbaka och har i huvudsak inte anpassats efter de krav som följer av miljöbalken. Behovet av en miljöanpassning har således funnits länge och i grunden borde vattenkraftsreformen vara ett steg i rätt riktning för att andra viktiga miljömässiga intressen än förnybar energi, såsom biologisk mångfald, ska få större utrymme. Ändå innebär reformen en stor risk för att de miljökrav som prövningarna mynnar ut i inte egentligen medför någon större förändring för den biologiska mångfalden i och vid våra vattendrag. Art- och områdesskyddet har inte givits någon tydlig plats, varken i regleringen eller i den nationella planen. Frågan är därför om vattenkraftsreformen kommer få så stora, ur ett biologisk mångfaldsperspektiv önskvärda, effekter som den vid första anblick ger sken av. Reformen präglas av öppna bedömningsregler med stort utrymme för skönsmässiga avvägningar, en stark politisk uppfattning om att vattenkraften är av avgörande betydelse för det svenska elsystemet samt en tydlig vägledning till myndigheterna att vattenkraften måste värnas och prioriteras. Trots att det inte i detta skede går att förutse vad resultatet av reformen blir torde konsekvenserna av varje enskild regel eller varje enskild komponent av den nationella planen inte behöva vara särskilt stora för att vattenkraftsreformen i stort ska få negativa effekter för bevarandet av biologisk mångfald. Domstolarnas svåra uppgift blir att, utifrån miljöbalkens regler och i ljuset av art- och habitatdirektivets krav, genomföra avvägningen mellan två viktiga klimat- och miljöintressen som inte alltid går att förena.

## Käll- och litteraturförteckning

### Offentligt tryck

#### Författningar

Regeringsformen (1974:152)

Miljöbalk (1998:808)

Lag (1998:811) om införande av miljöbalken

Lag (2001:437) om ändring i miljöbalken

#### Förordningar

Förordning (1998:1252) om områdesskydd enligt miljöbalken m.m

Förordning (1998:1388) om vattenverksamheter

Vattenförvaltningsförordning (2004:660)

Artskyddsförordning (2007:845)

Förordning (2011:619) med instruktion för Havs- och vattenmyndigheten

Förordning (2020:664) om ändring i förordningen (1998:1388) om vattenverksamheter

#### Propositioner

Prop. 2000/01:111, *Skyddet för vissa djur- och växtarter och deras livsmiljöer* [Cit. Prop. 2000/01:111]

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

Prop. 2017/18:243, *Vattenmiljö och vattenkraft* [Cit. Prop. 2017/18:243]

#### Statens offentliga utredningar

SOU 2013:69, *Ny tid ny prövning – förslag till ändrade vattenrättsliga regler*, Delbetänkande av Vattenverksamhetsutredningen, 2013

SOU 2014:35, *I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler*, Slutbetänkande av Vattenverksamhetsutredningen, 2014

### EU:s rättsakter och publikationer

#### Fördrag

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

#### Direktiv

Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter



Europaparlamentet och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/42/EG av den 27 juni 2001 om bedömning av vissa planers och programs miljöpåverkan

Europaparlamentet och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar

Europaparlamentet och rådets direktiv 2011/92/EU av den 13 december 2011 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt

Europaparlamentet och rådets direktiv (EU) 2018/2001 av den 11 december 2018 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor (omarbetning)

#### Kommissionens vägledning

*Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats Directive 92/43/ECC*, European Commission, final version, february 2007 [Cit. *Guidance document on the strict protection of animal species*, European Commission (2007)].

*Förvaltning av Natura 2000-områden – bestämmelserna i artikel 6 i habitatdirektivet (92/43/EEG)*, Kommissionens tillkännagivande C(2018) 7621 final, Europeiska kommissionen, 2019 [Cit. *Förvaltning av Natura 2000-områden*, Europeiska kommissionen (2019)].

#### Kommissionens yttranden

Opinion of the Commission of 24/04/2003, *Prosper Haniel*.

K(2003)1309 slutlig, Kommissionens yttrande av den 24/04/2003, *Bothnia*.

C(2009)3218, Opinion of the Commission 05/05/2009, *Lübeck Airport*.

Samtliga yttranden tillgängliga via

[https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/opinion\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/opinion_en.htm), hämtad 2020-11-25.

#### **Internationella konventioner**

1979 års konvention om europeiska vilda djur och växter samt deras naturliga miljö, SÖ 1983:30.

1992 års konvention om biologisk mångfald, SÖ 1993:77

## Rapporter och publikationer

*Anordningar för upp- och nedströmspassage av fisk vid vattenanläggningar – Underlag till vägledning om lämpliga försiktighetsmått och bästa möjliga teknik för vattenkraft*, Rapport 2013:14, Havs- och vattenmyndigheten, publicerad 2013-10-25.

*Biologisk mångfald i rinnande vatten och vattenkraft – En uppföljning*, Rapport från riksdagen 2011/12:RFR1, Riksdagstryckeriet, Stockholm, 2011.

*Förslag till nationell plan för omprövning av vattenkraft*, Havs- och vattenmyndigheten, Energimyndigheten och Affärsverket Svenska kraftnät, tillgänglig online via <https://www.havochvatten.se/download/18.1bd43926172bdc4d64881cc1/1593175482312/bilaga-2-nationell-plan-moderna-miljovillkor.pdf> [Cit. *Förslag till nationell plan*, HaV, Energimyndigheten och SVK].

*Förslag till nationell strategi för åtgärder i vattenkraften – Avvägning mellan energimål och miljökvalitetsmålet Levande sjöar och vattendrag*, Rapport 2014:14, Havs- och vattenmyndigheten och Energimyndigheten, publicerad 2014-07-04.

*Förutsättningar för provningar och tillsyn i Natura 2000-områden*, Naturvårdsverket, Handbok 2017:1, utgåva 1, 2017.

Lindblom, Erik och Holmgren, Kristina, *Den småskaliga vattenkraftens miljöpåverkan och samhällsnytta* IVL-rapport nr B 2258, Svenska miljöinstitutet, 2016.

*Miljö kvalitetsnormer för kraftigt modifierade vattenförekomster – vattenkraft*, Rapport 2019.01, Vattenmyndigheterna, 2019.

*Nationell plan för moderna miljövillkor*, Regeringsbeslut 18, 2020-06-25, dnr M2019/01769/Nm m.fl., Miljödepartementet, tillgänglig online via <https://www.havochvatten.se/download/18.1bd43926172bdc4d64881cc0/1593414466212/regeringsbeslut-nationell-plan-moderna-miljovillkor.pdf>. [Cit. *Nationell plan för moderna miljövillkor*, Regeringsbeslut 18, Miljödepartementet (2020)].

*Remissammanställning med redovisning av samråd*, Havs- och vattenmyndigheten, Energimyndigheten och Affärsverket svenska kraftnät, tillgänglig online via <https://www.havochvatten.se/download/18.61dc5dd916d7dc382892a7b6/1569913795391/ru->

[nap-remissammanställning-med-redovisning-av-samrad.pdf](#) [Cit. *Remissammanställning med redovisning av samråd*, HaV, Energimyndigheten och SVK].

*Sötvattenanknutna Natura 2000-värdens känslighet för hydromorfologisk påverkan*, Rapport 2017:15, Havs- och vattenmyndigheten, publicerad 2017-07-04 [Cit. Havs- och vattenmyndigheten (2017)].

*Vattenkraftens påverkan på akvatiska ekosystem – en litteratursammanställning*, Rapport 2013:10, Havs- och vattenmyndigheten, publicerad 2013-09-04 [Cit. Havs- och vattenmyndigheten (2013)].

*Vattenkraftens reglerbidrag och värde för elsystemet*, Rapport ER 2016:11, Energimyndigheten, Svenska kraftnät och Havs- och vattenmyndigheten, publicerad 2016-11-28 [Cit. Energimyndigheten (2016)].

### **Remissyttranden**

Remissyttrande 2017-09-26, 530-4327-2017, Länsstyrelsen i Uppsalas län.

Remissyttrande 2017-09-27, dnr 2017/42, Umeå tingsrätt.

Remissyttrande 2017-09-28, 500-4877-17, Länsstyrelsen i Hallands län.

Remissyttrande 2017-09-29, dnr TVB 2017/197, Vänersborgs tingsrätt.

Remissyttrande 2017-10-09, NV-05092-17, Naturvårdsverket.

Remissyttrande 2019-06-27, dnr 323, Naturskyddsföreningen.

Remissyttrande 2019-06-26, dnr 99–2019, Energiföretagen Sverige.

Remissyttrande 2019-06-28, dnr 97/2019, Svenskt Näringsliv.

### **Litteratur**

Bengtsson, Bertil, Artskyddsförordning (2007:845), Karnov inledande kommentar, JUNO, hämtad 2020-10-16.

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 1–10.

Kleinman, Jan, ”*Rättsdogmatisk metod*”, i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Upplaga 2.1, Studentlitteratur AB, Lund, 2018.

Kruse, Joakim, Miljöbalken (1998:808) 2 kap. 2 §, Karnov lagkommentar, JUNO, hämtad 2020-12-03.

Langlet, David och Mahmoudi, Said, *EU environmental law and policy*, Oxford University Press, Oxford, 2016 [Cit. Langlet och Mahmoudi (2016)].

Michanek, Gabriel och Zetterberg Charlotta, *Den svenska miljörätten*, Upplaga 4.2, Iustus förlag, Uppsala, 2017 [Cit. Michanek och Zetterberg (2017)].

Michanek, Gabriel och Zetterberg, Charlotta, *Supplement till Den svenska miljörätten, fjärde upplagan (2017)*, 2019 [Cit. Michanek och Zetterberg (2019)].

Reichel, Jane, ”EU-rättslig metod”, i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Upplaga 2.1, Studentlitteratur AB, Lund, 2018.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Upplaga 4.1, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018 [Cit. Sandgren (2018)].

Söderasp, Johanna, *Law in Integrated and Adaptive Governance of Freshwaters – A Study of the Swedish Implementation of the EU Water Framework Directive*, Luleå University of Technology, Luleå, 2018.

Wik, Malin, Miljöbalken (1998:808) 6 kap. 20 § 2 st., Karnov lagkommentar, JUNO, hämtad 2020-10-20.

Wik, Malin, Miljöbalken (1998:808) 24 kap. 11 § 3 st., Karnov lagkommentar, JUNO, hämtad 2020-10-27.

## **Elektroniska källor**

### Webbsidor

*Agenda 2030 och de globala målen för hållbar utveckling*, FN-förbundet, <https://fn.se/vigor/vi-utbildar-och-informerar/fn-info/vad-gor-fn/fns-arbete-for-utveckling-och-fattigdomsbekampning/agenda2030-och-de-globala-malen/> hämtad 2020-10-08.

*Delmål 15.5 och mål 7*, UNDP i Sverige, <https://www.globalamalen.se/om-globala-malen/> hämtad 2020-10-08.

*Miljöbedömning vid Natura 2000-tillståndsprövning*, Naturvårdsverket, <https://www.naturvardsverket.se/Stod-i-miljoarbetet/Vagledning/Miljobedomningar/Specifik-miljobedomning/Natura2000-och-specifik-miljobedomning/> hämtad 2020-11-06.

*Sveriges miljömål*, Naturvårdsverket <http://www.sverigesmiljomal.se/miljomalen/> hämtad 2020-10-08.

Vad är Natura 2000, Naturvårdsverket, <https://www.naturvardsverket.se/Var-natur/Skyddad-natur/Natura-2000/> hämtad 2020-10-15.

## Övrigt

*Hemställan avseende beslut om nationell plan för omprövning av vattenkraft*, Energiföretagen, 2019-11-08, tillgänglig online via <https://www.energiforetagen.se/globalassets/dokument/vattenkraft/hemstallan-avseende-beslut-om-nationell-plan-for-omprovning-av-vattenkraft.pdf>.

*Ramöverenskommelse mellan Socialdemokraterna, Moderaterna, Miljöpartiet de gröna, Centerpartiet och Kristdemokraterna*, 2016-06-10, tillgänglig online via <https://www.regeringen.se/49cc5b/contentassets/b88f0d28eb0e48e39eb4411de2aabe76/energi-overenskommelse-20160610.pdf>.

*Remissmaterial, Bilaga 4 – Sammanställning av Natura 2000-områden som påverkas av vattenkraften*, Havs- och vattenmyndigheten, tillgänglig online via <https://www.havochvatten.se/download/18.2cfe83af16aa3da574f2b2ae/1557755104021/mkb-missiv-bilaga-4-sammanstallning-av-n2000-som-berors-av-vattenkraften.pdf> publicerad 2019-05-06.

*Vägledning om samverkan inför prövning enligt den nationella planen*, Havs- och vattenmyndigheten, Remiss 2020-08-28, dnr 2247–2020, tillgänglig online via <https://www.havochvatten.se/download/18.3b63ec651740ce15990baefb/1599127187981/remiss-2247-2020-vagledning-samverkan-provning-nationella-planen.pdf> [Cit. *Vägledning om samverkan*, HaV (2020)].

## **Övriga källor**

Ansökan om rättsprövning av regeringsbeslut, Älvräddarnas Samorganisation, HFD 5377–20, 2020-09-17.

## **Avgörandeförteckning**

### EU-domstolen

Domstolens dom (sjätte avdelningen) av den 30 januari 2002, *Kommissionen mot Grekland*, mål C-103/00, ECLI:EU:C:2002:60

Domstolens dom (stora avdelningen) den 7 september 2004, *Waddenvereniging och Vogelbeschermingsvereniging*, mål C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482

Domstolens dom (andra avdelningen) den 20 oktober 2005, *Europeiska kommissionen mot Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland*, Mål C-6/04, ECLI:EU:C:2005:626

Domstolens dom (andra avdelningen) av den 18 maj 2006, *Kommissionen mot Spanien*, mål C-221/04, ECLI:EU:C:2006:329

Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 20 september 2007, *Europeiska kommissionen mot Italienska republiken*, mål C-304/05, ECLI:EU:C:2007:532

Domstolens dom (andra avdelningen) den 14 januari 2010, *Stadt Papenburg mot Bundesrepubliken Tyskland*, mål C-226/08, ECLI:EU:C:2010:10

Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 16 februari 2012, *Marie-Noëlle Solvay m.fl. mot Région wallonne*, mål C-182/10, ECLI:EU:C:2012:82

Domstolens dom (tredje avdelningen) av den 14 januari 2016, *Grüne Liga Sachsen eV m.fl. mot Freistaat Sachsen*, mål C 399/14, ECLI:EU:C:2016:10

### Högsta domstolen

NJA 2008 s. 748

NJA 2009 s. 321

### Mark- och miljööverdomstolen

MÖD 2002:78

MÖD 2012:56

MÖD 2013:13

MÖD 2014:46

MÖD 2014:47

MÖD 2015:3

MÖD 2016:1

Mark- och miljööverdomstolens dom den 28 augusti 2018 i mål nr M 10355–17

Mark- och miljööverdomstolens dom den 13 november 2019 i mål nr M 747–19

Mark- och miljööverdomstolens dom den 28 augusti 2020 i mål nr M 4821–18