



UPPSALA
UNIVERSITET

Uppsala Faculty of Law
Working Paper 2016:1

Så nära, och ändå så långt bort!

En svensk betraktelse av norsk vattenrätt och frågan
om tillstånds rättskraft

Jan Darpö



Abstract

This report is from a study on permits for hydro power in Norway, narrated from the perspective of a Swedish legal scholar. The main focus is on the possibilities to update and amend granted permits, in order to adapt them to new and developing conditions in the environment and changes in the values of society. The author concludes that even though the applicable regulation is quite similar to the Swedish Environmental Code, differences between the two legal systems have a major impact. One such difference is that the Norwegian system for decision-making and appeal lies, in its entirety, within the administration – at least in practical terms – whereas the Swedish system is court-based. Another is that whereas provisions on compensation play a decisive role in determining the possibilities to update permits according to the Swedish Environmental Code, no such rights exist in Norway despite similarities in circumstances. The report concludes with some recommendations on how to construe environmental law so as to allow for permits to be adaptable to changes in the environment and social values, while still respecting the permit holder's legitimate expectations to legal certainty.

Working paper 2016:1

Så nära, och ändå så långt bort! En svensk betraktelse av norsk vattenrätt och frågan om tillstånds rättskraft

Uppsala 2016-02-29

Jan Darpo
Professor i miljö rätt
Juridiska fakulteten
Box 512, 751 20 Uppsala
jan.darpo@jur.uu.se

Available at <http://uu.diva-portal.org>

Innehåll

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | Inledning | 3 |
| 2 | Vatten och vattenkraft i Norge | 4 |
| 3 | Allmänt om vattenkraftsverksamhet och tillstånd i Norge | 6 |
| | 3.1 Lagstiftningen om vattenverksamhet | 6 |
| | 3.2 Tillståndsplikten för vattenkraftsverksamheter | 8 |
| | 3.3 Tillstånd i tiden och omprövning | 12 |
| 4 | Omprövningar enligt VREGL | 15 |
| | 4.1 Allmänt om omprövningsarbetet | 15 |
| | 4.2 Omprövningar i praktiken 1: Vinstra | 19 |
| | 4.3 Omprövning i praktiken 2; Tesse | 22 |
| | 4.4 Omprövning i praktiken 3-5; Skjerkevatn, Selbusjøen och Årdalsvassdraget | 24 |
| | 4.5 Kommentarer om förvaltningspraxis vid omprövning enligt VREGL | 26 |
| 5 | Norge och EES-avtalet | 29 |
| | 5.1 Inledning | 29 |
| | 5.2 Överträdelseärendet mellan ESA och Norge | 31 |
| | 5.3 Allmänt om överträdelseärendet | 35 |
| | 5.4 Omprövningar enligt VREGL och VRL | 35 |
| | 5.5 Övriga rättsliga instrument för att möta kraven i RD | 37 |
| | 5.6 Sammanfattande bedömning | 39 |
| | 5.7 Inför framtiden | 40 |
| 6 | Jämförande slutsatser | 42 |
| | 6.1 Inledning | 42 |
| | 6.2 Möjligheterna till samordnad prövning | 42 |
| | 6.3 Omprövning och RDV | 44 |
| | Källförteckning | 47 |
| | Offentligt tryck m.m. | 47 |
| | Litteratur | 48 |
| | Domar och beslut | 49 |
| | Europadomstolen | 49 |
| | EFTA-domstolen | 49 |
| | EFTA Surveillance Authority (ESA) | 49 |
| | EU-domstolen | 50 |
| | Høyesterett i Norge | 50 |
| | Regeringsbeslut i revisionsaker | 50 |
| | Intervjuer | 51 |

1 Inledning

Avsikten med rapporten är att redogöra för tillståndssystemet för vattenkraft i Norge med fokus på omprövningsmöjligheterna. Den övergripande frågan är under vilka omständigheter som givna tillstånd kan ändras för att möta moderna miljökrav och nutida samhällsuppfattningar. Rapporten gäller alltså det som i den allmänna förvaltningsrätten i Sverige kallas ”tillstånds negativa rättskraft”. I miljöbalkstermer talar vi hellre om ”tillstånds giltighet och omprövning”. På norska blir det ”omgjøringsreglene i vassdragsretten”. Oavsett beteckningen så är min ambition att beskriva grunddragen i dessa regler, samt att i någon mån jämföra med det svenska miljöbalkssystemet och diskutera för- och nackdelar. Inriktningen i diskussionen är att lagstiftningen bör vara utformad så att tillstånden är adaptiva – anpassningsbara gentemot förändringar i omgivningen – samtidigt som de inblandades berättigade förväntningar respekteras.

2 Vatten och vattenkraft i Norge

Som allom bekant, finns det mycket berg och vatten i Norge. Därmed har man unika möjligheter att exploatera naturen för att bygga vattenkraft, vilket har skett i stor utsträckning. Med en genomsnittlig årsproduktion på omkring 130 TWh är landet Europas största och världens sjätte producent av energi från vattenkraft. Av den totala elproduktionen kommer över 99 % från vattenkraften. Motsvarande siffor för Sverige – som också är en stor producent av vattenkraft i en internationell jämförelse – är ca 65 TWh av totalt 140-150 TWh, vilket blir ca 45 % av elproduktionen. En annan skillnad är att Norge har bättre förutsättningar för vattenkraftverk med magasineringsteknik ("conventional hydro power"), dvs. att bygga upp stora dammar och konstgjorda sjöar i fjällområdena och sedan leda vattnet i tunnlar till kraftverken. I Sverige – som har flera stora älvar med stabilt vattenflöde – är det vanligare att utnyttja kraften direkt från vattendraget, utan eller med jämförelsevis mindre magasin uppströms ("run-off-the-river plants" eller elvekraftverk¹). I vårt land används givetvis även den konventionella tekniken, men förutsättningarna är betydligt bättre i Norge pga. landets topografi med höga fjäll och avrinning i havet. Båda teknikerna medför påtagligt negativa effekter på ekosystemen, men generellt sett är miljöproblemen större vid magasinering enligt den konventionella metoden.²

Den årliga vattenkraftsproduktionen i Norge har stort sett legat mellan 120 och 140 TWh sedan 1990. Under senare år har det skett en viss ökning genom tillkomsten av många mikro-, mini- och småkraftverk med en effekt på upp till 10 MW. Totalt finns det 1 476 vattenkraftverk i landet, varav de 305 största – med effekt över 10 MW – producerar 93 % av elenergin. Här liknar alltså förhållandena dem som råder i Sverige. En tydlig skillnad i jämförelsen gäller emellertid ägobilden. I Sverige är de privata aktörerna och stora kraftbolagen dominerande, medan vattenkraftsproduktion i Norge till 90 % bedrivs av en mångfald av offentliga aktörer.³ Kommunerna och fylkeskommunerna (landstingen) dominerar

¹ I den fortsatta texten använder jag mig av uttrycket "älvkraftverk", då jag uppfattar att vårt uttryck "strömkraftverk" utgörs av anläggningar helt utan dammar.

² Muntlig uppgift av Per Ove Eikeland, FNI.

³ OED Fakta 2015, s. 18ff, se även NVE & MD Rapport 49/2013, s. 13.

med ca 55 %, därefter kommer staten med 35 %.⁴ Motsvarande gäller ägobilden för elnätet, både lokalt och centralt. Tidigare kunde privata aktörer få koncession att bedriva vattenkraftsproduktion, med dessa var tidsbegränsade med villkor om återgång till det allmänna (hjemfall). Andelen är emellertid minskande, då det sedan 2008 enbart är offentliga aktörer eller bolag med högst 1/3 privat ägande som kan få sådana koncessioner.⁵ På det stora hela spelar kommunerna och fylkeskommunerna en betydande roll när det gäller vattenkraften, både som förspråkare för utbyggnader och som pådrivare för anpassning av villkoren i de befintliga kraftverken till lokala behov och miljökrav. Kommunernas dubbelhet inför vattenkraften har att göra med dels att de har direkt och indirekt ekonomiskt utbyte av verksamheterna, dels att turistnäringen – inte minst genom laxfisket – numera är en viktig inkomstkälla för det lokala näringslivet.⁶

⁴ Muntlig uppgift av Per Ove Eikeland, FNI.

⁵ Reformen kom efter ett avgörande av EFTA-domstolen (2007-06-26 i mål E-2/06 *EFTA Surveillance Authority (ESA) mot Norge*) som slog ned på den norska regleringen som diskriminerande. Domstolen uttalade att visserligen har varje medlemsstat rätt att själv bestämma över naturresurserna och att det är legitimt att upprätthålla en ordning där dessa ägs av det allmänna, men man kan inte ha olika villkor för vattenkraftskoncessioner för privata och offentliga aktörer.

⁶ Buan & Eikeland & Inderberg (2010), s. 33.

3 Allmänt om vattenkraftsverksamhet och tillstånd i Norge

3.1 Lagstiftningen om vattenverksamhet

Precis som i Sverige, är vattenverksamheter i Norge i stor utsträckning tillståndspliktiga. Regleringen är emellertid splittrad och inte enkel för utomstående att förstå. Förhållandet har historiska förklaringar och ligger i att lagstiftningen sedan första världskriget har syftat till att garantera att ägandet över vattenkraften inte övergår till utländska intressen. Utgångspunkten var och är alltså att det är det allmänna, dvs. det norska folket, som äger och råder över naturresursen.

Det är främst tre lagar som blir aktuella när man diskuterar tillståndsplikt och vattenkraft. Till att börja måste man ha tillstånd till förvärvet av fallrättigheter som överstiger 4 000 naturhästkrafter (2,9 MW), sk. ervervskonsesjon enligt industrikonsesjonsloven (IKL).⁷ Sådana tillstånd får endast meddelas kommuner, fylkeskommuner och statsföretag. Företagen och sällskapen måste ägas till minst 2/3 av det offentliga och vara organiserade så att det allmänna ägandet är reellt (§§1-2 IKL). Själva vattenkraftsverksamheten i form av magasinering, reglering och överföring är tillståndspliktig enligt 1917 års vassdragsreguleringsloven (VREGL).⁸ Lagen syftar till att ta tillvara allmänna och enskilda intressen genom tillståndsprövning av större verksamheter. För all annan vattenverksamhet – inbegripet älvkraftverk med en årlig produktion under 40 MW – gäller istället vannressursloven (VRL) från 2000.⁹ Före 1992 omfattade motsvarande tillståndsplikt enligt föregångaren till VRL alla älvkraftverk oavsett storlek, vilket gör att det finns stora anläggningar som är av typen ”run-off-the river plants” som inte har tillstånd enligt VREGL. De är dock som redan nämnts mindre vanliga i Norge. Tillstånden enligt VREGL och VRL betecknas ”tiltakskonsesjoner” och det är endast i sådana som det är möjligt att fastställa villkor till skydd för miljön.

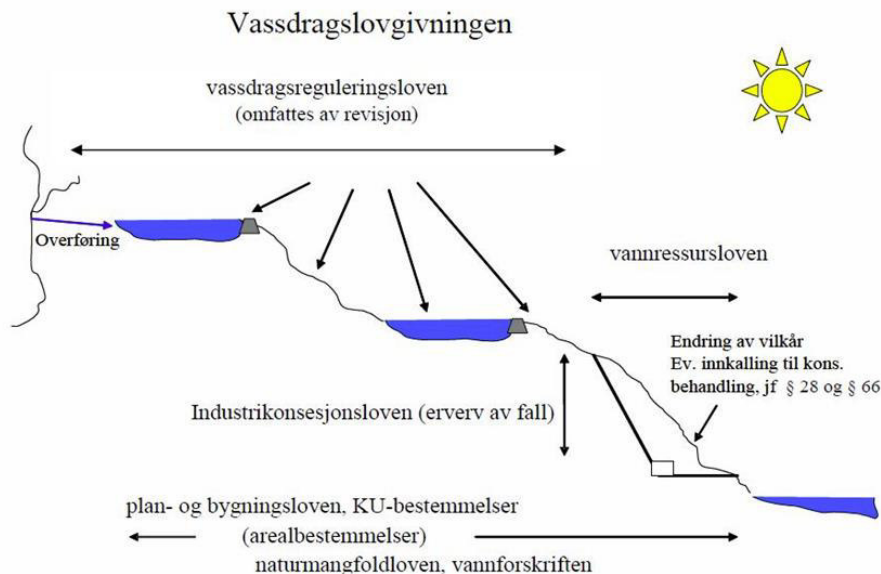
⁷ Lov av 14.12. 1917 nr. 16 om erverv av vattenfall mv.

⁸ Lov av 14.12. 1917 nr. 17 om vassdragsreguleringer.

⁹ Lov av 24.11.2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann.

En vattenkraftsverksamhet kan följaktligen omfattas av tre olika tillståndsregimer; för magasineringen och vattenregleringen till och från gäller VREGL, för förvärvet av fallrättigheterna gäller IKL och för kraftverken nedströms gäller VREGL eller VRL. Bestämmelser om MKB (konsekvensutredning, KU) finns i 5 kap. plan- och bygningsloven (2008-06-27-71, PBL). I förekommande fall blir även naturmangfoldloven (2009-06-19-100, NML), lakse- og innlandsloven (1992-05-15-47, Laksfl) och forurensningsloven (1981-03-13-6, ForurL) tillämpliga. Genom EES-avtalet har Norge förbundit sig följa EUs ramdirektiv för vatten (2008/42, RDV), vilket bl.a. har resulterat i en förordning om ramar för vattenförvaltningen, den s.k. vannforskriften (2006-12-15-1446, VFS). Man är även numera bundna av förnyelsedirektivet (2009/28) och ingår i en gemensam elmarknad med Sverige, bl.a. med ett sammankopplat elcertifikatsystem (2011-06-24-39, elsertifikatloven).

En schematisk bild över den norska regleringen av vattenkraft kan därför se ut så här:¹⁰



¹⁰ Figuren hämtad från OED 2012, s. 9.

Då rapporten är inriktad på möjligheterna att anpassa tillstånd för vattenkraftsverksamhet till ändrade miljökrav, kommer jag att utgå från bestämmelserna i VREGL. Den lagen reglerar som sagt magasineringen och vattenregleringen, vilket är mest intressant från miljösynpunkt. De nedströms liggande kraftverken är helt beroende av vattenregleringen och därmed tillstånden enligt VREGL, även om de själva omfattas av tillstånd enligt VRL. Förhållandet mellan VRL och VREGL är vidare så att den förra innehåller allmänna bestämmelser för all vattenverksamhet, medan den senare är en specialreglering för vattenreglering för kraftändamål (§1 VREGL och §28 VRL). Mot den bakgrunden behandlar jag VRL enbart med avseende på de bestämmelser som är relevanta för studien.

3.2 Tillståndsplikten för vattenkraftsverksamheter

Som hörs på namnet, gäller vassdragsreguleringsloven för reglering av vattendrag. Reglering definieras som anläggning eller åtgärd för att utjämna vattenföringen över hela säsongen, inbegripet överföring och pumpning till en högre nivå (§1 VREGL). Tillstånd krävs för sådan reglering som syftar till elproduktion och dessutom för älvkraftverk som har en medelårsproduktion som överskrider 40 MW (§2 VREGL, jfr med §19 VRL).

De materiella bestämmelserna liknar dem som gäller för vattenverksamheter enligt 11 kap. miljöbalken (1998:808, MB). Det finns en allmän hänsynsregel i §5 VRL som säger att vattenverksamheter ska planeras och utföras så att minsta möjliga skada och olägenhet uppstår för allmänna och enskilda intressen, dock under förutsättning att kraven inte blir oproportionerliga ("uforholdsmessig"). Den allmänt formulerade bestämmelsen kompletteras med en båt-nadsregel om samhällsekonomisk övervikt i §8 VREGL. Hänsyn ska också tas till andra skador och olägenheter för allmänna intressen. Även om §8 VREGL är vagt formulerad och därmed öppen för administrativt skön, begränsas den av olika planer och – inte minst – vannforeskriften (VFS).¹¹ Även bestämmelserna om artskydd och naturvård samt principerna för uthållig markanvändning i §§4-5 resp. §§8-12 NML har betydelse. Annars är det främst Samlet plan for vassdrag respektive Verneplaner for vassdrag som har

¹¹ Backer 2012, s. 299.

betydelse vid bedömningen av tillåtligheten i en reglering, dock i olika bemärkelser.¹²

Samlet plan for vassdrag är en rekommendation av regeringen som är antagen av Stortinget. Här anges en prioritering av vilka vattendrag där tillstånd till utbyggnad kan sökas här och nu. Prioriteringen är gjord efter en värdering av projektens samhällsekonomiska betydelse, jämfört med konflikter med motstående intressen. För projekt som inte är prioriterade kan ansökan om utbyggnad visserligen göras, men det är upp till förvaltningen att bedöma om tillståndet ska sakbehandlas eller avvisas rakt av (§22 VRL).¹³

Verneplaner for vassdrag syftar istället till att skydda utpekade vattendrag. Sedan de heta striderna om Mardøla 1970 och Alta 1981 är många vattendrag fredade från utbyggnad.¹⁴ Fyra Verneplaner for vassdrag har antagits av Stortinget mellan 1973 och 1993, med tillägg 2005 och 2009. Planerna är numera lagreglerade i 5 kap. (§§32-35) VRL, där det framgår att vattenkraftutbyggnad är förbjuden om det skadar de skyddsvärda intressena i de 388 objekt som omfattas.¹⁵ Sedan 2005 kan dock tillstånd för småkraftverk upp till 1 MW meddelas även i vattendrag som är skyddade i verneplaner. Slutligen har Stortinget pekat ut 52 nationella havsfjorvar och älvar för att skydda den naturliga laxen. Även dessa utpekanden fungerar som instruktioner för förvaltningen.¹⁶

Både VREGL och VRL innehåller en möjlighet för berörda att få ett förhandsbesked om det krävs tillstånd för en verksamhet. Enligt §4 VREGL kan den som har för avsikt att genomföra en vattenreglering begära hos den ansvariga myndigheten att avge en ”erklaring” om detta. Beskedet är bindande och överklagbart. Motsvarande möjlighet ges i §18 VRL. I den bestämmelsen bemyndigas myndigheten att avge förklaring om att en vattenverksamhet är tillståndspliktig, vilken *kan* ske ex officio och *ska* ske efter begäran av verksamhetsutövare eller andra som är berörda, inbegripet miljöorganisationer.

Tillstånd enligt VREGL kan förenas med villkor enligt §§11-12. Här finns en omfattande katalog med bestämmelser om koncessionsavgift och andelskraft till förmån för stat och kommun, bygde-

¹² Gyldendals (Backer) kommentar till §8 VREGL, not 20.

¹³ Løyland 2002, s. 80, Gyldendals (Backer) kommentar till §22 VRL, not 61.

¹⁴ Backer 2012, s. 301.

¹⁵ OED Fakta 2015, s. 10f.

¹⁶ Backer 2012, s. 302.

avgifter, näringsfonder, fiskeåtgärder, vägbyggnationer och andra företag till glädje för kommunen och fylket. De för miljön viktigaste bestämmelserna finns i olika punkter under §12 VREGL. Ett manövreringsreglemente ska fastställas, där det anges bl.a. driftvattenföringen och magasinrestriktioner. Bestämmelsen ger också utrymme för att kräva alla andra slags skyddsåtgärder och försiktighetsmått till förmån för miljön, oavsett om det gäller fisken, andra arter, olika livsmiljöer eller annat som påverkar vattenförekomstens miljöstatus. Bestämmelser om tillståndsprocessen ges i §§5-6. Enligt §6 VREGL kan tillståndsmyndigheten bestämma att verksamhetsutövaren ska täcka nödvändig teknisk och juridisk expert hjälp till motparterna. Regel tillämpas i både i tillståndsmål och vid omprövningar.¹⁷

Som nämnts ovan, kan det i ett vattendrag finnas vattenkraftsverksamheter som istället är reglerade enligt vannresursloven. Här återfinns den grundläggande tillståndsplikten i §8 VRL, som stadgar att en vattenverksamhet inte får utföras utan tillstånd om den kan medföra ”nevneverdige” skador på allmänna intressen. I §25 VRL ges en båtnadsregel som innebär att fördelarna måste överstiga skador och olägenheter på enskilda och allmänna intressen. Om verksamheten är av stadigvarande natur, ska också bedömningen vara långsiktig. Tillstånden ska förenas med villkor som syftar till att motverka skador och olägenheter för de motstående intressena enligt en lista i §26 VRL. Särskild uppmärksamhet ska ägnas åt skyddet mot skador på människor,¹⁸ egendom och miljö, inbegripet skyddet av arter och livsmiljöer vid och i vattendraget samt landskapsmässig anpassning. Tillståndsmyndigheten anses ha ett vidsträckt utrymme för att föreskriva villkor till skydd för olika slags intressen.¹⁹ Miljökvalitetsnormer för vatten kan bestämmas enligt §9 och regleringsregimen – bl.a. med gränser för minimivattenföringen – ska fastställas enligt kraven i §10, regler som numera förstärks av vannforskriften (VFS).²⁰ Krav på kantvegetation framgår av §11 VRL.

¹⁷ Gyldendals (Backer) kommentar till §6 VREGL, not 15.

¹⁸ Skredfaran och risken för översvämningar har alltid spelat en stor roll vid tillståndsgivningen av vattenverksamheter i Norge.

¹⁹ Gyldendals (Backer) kommentar till §8 VRL, not 25 och 69, Backer s. 297 och Bugge 2015 s. 298.

²⁰ Bugge 2015, s. 288.

Som den svenska läsaren har noterat, skiljer sig de materiella reglerna för tillstånd till vattenkraftsverksamhet enligt VREGL och VRL inte mycket från dem som gäller enligt 11 kap. MB på andra sidan kölen. Vad som är radikalt annorlunda är emellertid det sammanhang som reglerna fungerar i, vilket givetvis har betydelse för tillämpningen. Tillståndsgivningen sköts i Norge helt av förvaltningen på hög nivå. Tillståndsmyndighet för de flesta vattenkraftverk är regeringen eller Olje- og Energidepartementet (OED). Ansökan handläggs av en myndighet under OED, nämligen Norges Vassdrags- og Energidirektorat (NVE). Det är direktoratet som tar emot ansökan – i förekommande fall med en MKB²¹ – och begär kompletteringar. NVE kommunicerar också med andra myndigheter, kommuner och fylkeskommuner samt samråder med enskilda, allmänheten och dess organisationer. Bland dessa myndigheter märks givetvis Miljødirektoratet (MD), som lyder under Klima- og Miljødepartementet (KLD). När ärendet är berett av NVE, underställs det OED för beslut av regeringen (kongelig resolusjon). Om regeringen nekar tillstånd, kan sökanden – men bara hen – begära att frågan underställs Stortinget (§8 VREGL).²² NVE är också tillståndsmyndighet för vattenkraftverk med en effekt som understiger 10 MW. För mini- och mikrokraftverk, dvs. med en effekt < 1 MW är fylkeskommunerna tillståndsmyndighet sedan 2010. I de fall som NVE är tillståndsmyndighet överklagas besluten till OED. Klagorätten är vid och omfattar såväl parterna, den berörda allmänheten och miljöorganisationer. Regeringens beslut kan enbart angripas genom rättsprövning i allmän domstol, något som sker ytterst sällan.²³ På så vis skiljer sig alltså systemet från det svenska; där vår prövning nästan uteslutande sker i domstol, är den i Norge helt en fråga för förvaltningen. Vi kan utgå från att utrymmet för politiska bedömningar därmed är betydligt större genom det ”förvaltningsskön” som ryms i de materiella bestämmelserna.

²¹ MKB krävs för vattenkraftverk med en produktion överstigande 40 GW/år, annars gäller att ansökan ska utgå från en vanlig miljöutredning (Backer 2012, s. 297).

²² Gyldendals (Backer) kommentar till §8 VREGL, not 21. Stortingets samtycke krävs även för riktigt stora vattenkraftsprojekt, men dessa är som sagt numera är ovanliga.

²³ Se Tegner & Fauchald & Nilsson & Suvantola 2009, även *Rt. 1980 s. 569* om Norges Naturvernråds klagorätt i Alta-saken.

3.3 Tillstånd i tiden och omprövning

Tillstånden är idag som huvudregel obegränsade i tiden. Såväl VREGL som VRL ger möjlighet att meddela tidsbegränsade tillstånd (§10 VREGL resp. §26 VRL), men det utnyttjas sällan.²⁴ Som redan nämnts, tidsbegränsades tillstånden tidigare enligt VREGL när de gavs till privata huvudmän. Tillstånden sattes då oftast till 60 år med ersättningsfri återgång till det allmänna när tiden gick ut (hjemfall). Efter EFTA-domstolens avgörande 2008 och den efterföljande lagreformen kan enbart offentliga aktörer få tillstånd till vattenkraftsverksamhet enligt VREGL. Det finns emellertid kvar ett antal tidsbegränsade tillstånd och för dessa gäller den gamla ordningen, dvs. att de löper ut efter den givna tiden.

Ett tillstånd till vattenverksamhet räknas i Norge som ett ”enkelvedtak” (förvaltningsbeslut). Som gynnande beslut kan ett sådant inte ändras till nackdel för koncessionshavaren annat än under vissa förutsättningar som i mångt och mycket liknar dem i svensk förvaltningsrätt. Vi brukar ju ange tre eller kanske fyra situationer där det kan bli aktuellt, nämligen svek, hälsa och säkerhet, återkallandeförbehåll och eventuellt ändrade förhållanden.²⁵ Möjligen ger norsk förvaltningsrätt större utrymme för återkallande av tillstånd i den sistnämnda situationen,²⁶ och det är också vanligare med villkor om omprövning i tillstånden. Tillstånd som meddelats under de senaste 50 åren innehåller oftast ett villkor – post 12 – som säger att regeringen kan besluta om ändrade villkor utan ersättning om vattenverksamheter medför ”skadelige virkninger av omfang for allmenne intresser”.²⁷ Som redan nämnts, finns också tidsbegränsade tillstånd, där myndigheterna kan ställa helt nya krav vid en ansökan om fortsättning. Väsentligen är det emellertid fråga om – precis som hos oss – uttryckliga lagregler om omprövning (”omgjøring” eller ”allminnelig revisjon”). En annan likhet är att äldre tillstånd till vattenverksamhet som huvudregel anses meddelade med stöd av den lag som gäller idag (§26 VREGL resp. §66 VRL).

Omprövningsreglerna påminner alltså om dem som finns i 24 kap. MB, även om angreppssätten i VREGL och VRL skiljer sig åt.

²⁴ Løyland 2002, s. 112.

²⁵ Se Darpo, J: Rätt tillstånd för miljön. Om tillståndet som miljörettsligt instrument, rättskraften och mötet med nya miljökrav. Juridicum, Uppsala universitet 2010-11-15 (www.jandarpo.se / Artiklar & Rapporter), avsnitt 1.2.

²⁶ Enligt Stiansen & Haagensen (2002, s. 364) har ”förvaltningsrättsliga grunder” använts i ett fall, den s.k. i Arendals-saken 1978.

²⁷ Stiansen & Haagensen s. 364.

Redan 1959 bestämdes att tillstånd enligt VREGL som var obegränsade i tiden skulle kunna omprövas efter 50 år. Lagen reformerades sedan 1992 på så vis att för alla tillstånd gäller att villkoren kan bli föremål för allmän revision efter 30 år (§10 VREGL). Revisionstidpunkten för äldre tillstånd enligt VREGL infaller alltså 50 år efter att det meddelades eller i varje fall senast 30 år efter lagreformen 1992, dvs. mellan 2009 och 2022. Det finns i §10 VREGL också en möjlighet för tillståndshavaren att begära att villkor ändras om de är omoderna, omotiverade eller orimliga.

I VRL finns inte någon tidpunkt för allmän revision. Däremot kan villkoren i särskilda fall ("i særlige tilfelle") upphävas, ändras eller kompletteras genom "omgjøring" (§28 VRL). Sådana skäl kan vara att villkoren inte är effektiva eller felbedömda, ny kunskap har vunnits eller att förhållandena har ändrats.²⁸ Miljöskäl kan givetvis motivera omprövning, åtminstone om de har en viss tyngd. Regeln gäller för alla tillstånd som är meddelade med stöd av VRL eller dess föregångare. När det gäller verksamheter som inte var tillståndspliktiga när de påbörjades gäller att de kan fortsätta som förut. Dock kan vattenmyndigheten kräva att tillstånd ska sökas genom "innkalling" eller annars förbjuda verksamheten (§66 VRL).

Vid omprövning enligt VREGL och VRL kan alla villkor ändras, inbegripet manövreringsreglementet för vattenföringen. Det kan exempelvis gälla villkor om minimitappning, fysiska åtgärder, faunapassager och habitatförbättringar. Själva tillståndet – dvs. högsta och lägsta reglerade vattenstånd – kan dock inte förändras. En utgångspunkt är också att omprövningen inte får leda till alltför stor minskning av kraftproduktionen.²⁹ Som huvudregel får tillståndshavaren emellertid finna sig i att villkoren ändras utan möjlighet till ekonomisk ersättning.³⁰ Hen kan dock möjlighet att fransäga sig tillståndet med de ändrade villkoren inom tre månader (§10 p. 3 VREGL).

Det bör emellertid observeras att ingen av de tekniker för omprövning som används i VREGL och VRL – dvs. att revisionstid-

²⁸ Løyland (2002), s. 116.

²⁹ I VRL framgår det genom skrivningen i §28 om att "det skal tas hensyn til det tap som endringen vil påføre koncessionshavaren". För tillstånd enligt VREGL är det klart uttalat i 1992 års förarbeten till de nya omprövningsreglerna (Ot.prp. nr. 50 (1991-1992), s. 23). Som framgår av avsnitt 4, är hänsynen till kraftproduktionen något som OED betonar i alla omprövningssaker, se även Stiansen & Haagensen 2002, s. 387.

³⁰ Bugge i Grunnloven §97 (1999), s. 77.

punkten infallit eller efter omgjøring/innkallning av sarskild anledning – innebär någon automatisk revision av omoderna villkor. Någon företrädare för de allmänna intressena måste begära det, vilken kan vara vattenmyndigheten, men också kraftverkskommuner, fiskeföreningar, intresseorganisationer, miljöorganisationer eller t.o.m. enskilda. En sådan begäran görs hos NVE som tar ställning till om omprövning ska inledas. Därefter handläggs ärendet som en vanlig tillståndsansökan med beslut av regeringen. Regelverket ger stora möjligheter att handlägga omprövningar av flera vattenverksamheter gemensamt för att göra en samlad bedömning, även om tiderna för revision inte har gått ut. De nya villkoren börjar då inte att gälla förrän tiden gått ut för respektive tillstånd. I dessa situationer kan även villkor bestämmas om kortare revisions-tidpunkter för att möjliggöra fortsatt samordning av tillstånden i ett vattendrag (§10 p. 3 VREGL). Blir det fråga om att koordinera omprövningarna av tillstånd enligt VREGL med sådana med VRL, får istället möjligheten till omgjøring/innkallning utnyttjas.

4 Omprövningar enligt VREGL

4.1 Allmänt om omprövningsarbetet

Liksom i Sverige, finns i Norge en stor mängd vattenverksamheter som bedrivs med gamla och otidsenliga tillstånd. Särskilt villkoren för att skydda miljön och fisket bedöms vara otillräckliga, inte minst mot bakgrund av de krav som ställs genom ramdirektivet för vatten (RDV). Kraven på modernisering av tillstånden har också kraftigt stöd lokalt. En central roll i det sammanhanget spelas av Landssammanslutninga av Vasskraftkommunar (LVK). Som framgår av namnet, organiserar LVK värdkommunerna för att tillvarata deras intressen, bl.a. genom att kräva omprövning av tillstånden.³¹ Även miljöorganisationerna har varit drivande i några saker de senaste åren, åtminstone lokalt. Därmed har pressen ökat på de centrala myndigheterna att inleda omprövningar av gamla koncessioner enligt VREGL, även om utvecklingen än så länge är långsam. Under 2000-talet har emellertid ett antal vägledningsdokument tagits fram och några omprövningar har genomförts de senaste åren.

Den grundläggande vägledningen för myndigheternas omprövningsarbete ges i en ”retningslinje” om revision av tillstånd för vattenkraftverk som gavs ut av OED 2012.³² Den är kompletterad av en prioritering som NVE gjorde i samarbete med MD 2013.³³ Av dessa framgår att en omprövning inleds genom att någon framställer ett krav härom, vilket förutsätts ske genom de berörda kommunerna. Begäran har ofta formen av en skrivelse med en relativt omfattande dokumentation av vattendraget och dess vattenkraftverk, givna tillstånd och effekter på omgivning och miljö samt önskade krav om modernisering av villkoren. Om begäran inte är helt

³¹ Enligt hemsidan (www.lvk.no) organiserar LVK kommuner där det finns vattenkraftverk (”värdkommuner”). Organisationen ska tillvarata medlemmarnas intressen i frågor om vattenkraft. Samtidigt poängteras att man är partineutral och inte tar ställning för eller emot utbyggnad av vattenkraften.

³² Retningslinjer for revisjon av konsesjonsvilkår for vassdragsreguleringer. OED 25/5-12.

³³ Vannkraftkonsesjoner som kan revideres innan 2022 – Nasjonal gjennomgang og forslag til prioritering. NVE & MD Rapport 49/2013, Norges vassdrags- og Energidirektorat, september 2013.

ogrundad eller utsiktslös öppnar NVE ett omprövningsärende.³⁴ Därefter föreläggs tillståndshavaren att komma in med utredning i saken – ett ”revisionsdokument” – i enlighet med en lista som framgår av OEDs vägledning. Här kan vi alltså notera en skillnad jämfört med det svenska systemet genom att utredningsbördan vid en omprövning läggs på tillståndshavaren, åtminstone formellt.³⁵ När utredningen bedöms vara tillräcklig, skickas revisionsdokumentet ut på horing (remiss) till inblandade enskilda, organisationer, kommuner och myndigheter i minst tre månader. När sedan NVE anser att ärendet är färdigutrett görs en instilling (framställning) till OED för beslut i regeringen.

En annan norsk säregenhet ligger i användningen av s.k. standardvillkor. Moderna tillstånd enligt VREGL har ofta delegationsvillkor i olika frågor som ger den ansvariga myndigheten – det kan vara fylkesmannen (länsstyrelsen), NVE eller MD – befogenhet att föreskriva ytterligare åtgärder i vissa frågor, t.ex. naturförvaltning, fiske, friluftsliv, erosion och liknande. Den skrivning som används för naturförvaltning har regelmässigt följande lydelse:

I. Konesjonæren plikter etter nærmere bestemmelse av Miljødirektoratet (MD)

a. å sørge for at forholdene i X-vassdraget er slik at de stedeagne fiskestammene i størst mulig grad opprettholder naturlig reproduksjon og produksjon og at de naturlige livsbetingelsene for fisk og øvrige naturlig forekommende plante- og dyrepopulasjoner forringes minst mulig,

b. å kompensere for skader på den naturlige rekruttering av fiskestammene ved tiltak,

c. å sørge for at fiskens vandringsmuligheter i vassdraget opprettholdes og at overføringer utformes slik at tap av fisk reduseres,

d. å sørge for at fiskemulighetene i størst mulig grad opprettholdes.

II. Konesjonæren plikter etter nærmere bestemmelse av Miljødirektoratet (MD) å sørge for at forholdene for plante- og dyrelivet i området som direkte eller indirekte berøres av reguleringen forringes minst mulig og om nødvendig utføre kompenserende tiltak.

III. (...)

³⁴ Intervju med Carsten Jensen, NVE (27/11-15).

³⁵ OED 2012, s. 34 och 36.

IV. Konesjonæren plikter etter nærmere bestemmelse av Miljødirektoratet (MD) å bekoste naturvitenskapelige undersøkelser samt friluftslivsundersøkelser i de områdene som berøres av reguleringen. Dette kan være arkiveringsundersøkelser. Konesjonæren kan også tilpliktes å delta i fellesfinansiering av større undersøkelser som omfatter områdene som direkte eller indirekte berøres av reguleringen.

Med stöd av detta och liknande standardvillkor kan alltså krav ställas löpande på miljöförbättrande åtgärder som trösklar för vattenflödet, biotoprestaureringar, faunapassager, fiskeutsättning, miljöundersökningar och kompensationsåtgärder.³⁶ Standardvillkorstekniken anses därför vara viktig för att skydda miljön och en uttalad målsättning med omprövning är att introducera sådana i äldre tillstånd.³⁷ En klar begränsning ligger dock i att manövreringsreglementet – som alltså gäller flödesregimen och är det villkor som har störst betydelse för miljön – inte får ändras.

Genom att använda standardvillkorstekniken kan omprövningen ändå fokusera på ändringar i manövreringsreglementet och magasinrestriktioner i tillstånden. Därmed kan verksamhetens miljöpåverkan i stort bedömas, med undantag för högsta och lägsta dämningnivåer (HRV och LRV) som ju utgör en del av själva tillståndet. Inom ramen för omprövningen kan alla slags krav ställas, t.ex. med avseende på magasinutfyllning och -tappning, vattenföring och flödesregim, vattnets temperatur och kvalitet genom val av utsläpp från olika källor och punkter, undanröjande av vandringshinder och åtgärder i naturmiljön i och omkring vattendraget.³⁸

Vidare ger regelverket kring omprövning av tillstånden till vattenkraftverk enligt VREGL och VRL stora möjligheter till samordnad prövning av flera tillstånd i ett eller flera vattendrag. Till att börja med ligger det i NVEs makt att utforma revisionsobjekten så att en lämplig enhet uppnås utifrån en helhetssyn på miljöpåverkan. Det betonas i vägledningarna att en samordnad prövning bör ske när ”huvudkoncessionen” enligt VREGL går ut, varvid övriga verksamheter kan ges vilande villkor enligt den lagen eller nya villkor enligt VRL efter omgjøring/innkalling. Det poängteras också att den samordnade prövningen är särskilt viktig för att kunna genomföra de förvaltningsplaner som antagits för att implementera

³⁶ OED 2012, s. 18ff, 25f och 38, intervju med Stig Carsten Jensen, NVE (27/11-15).

³⁷ Intervju med Carsten Jensen, NVE (27/11-15).

³⁸ NVE 2013, s. 21.

RDV.³⁹ Revisionsobjekten bör utformas utifrån detta, vilket kan innebära att i område med flera regleringar och vattenöverföringar omfattar omprövningen flera vattendrag. Ett sådant exempel var Aura-revisjonen, där älvarna Aura/Eira och Litjedalselva lades samman till ett objekt, tillsammans med de berörda sidovattendragen.⁴⁰

Av 2013 års prioriteringsdokument från NVE/MD framgår att det finns 395 tillstånd enligt VREGL som kan revideras innan 2022, fördelade på 187 vattendrag. Av dessa vattendrag har 50 angetts som prioriterade i en första grupp (kategori 1.1) och ytterligare 53 i en andra (kategori 1.2). Övriga 84 är oprioriterade. Urvalet är gjort efter en värdering av betydelsen för fisken (lax, öring och röding), övriga naturvärden, landskapsanpassning och friluftsliv. Regleringsregimerna har bedömts med avseende på vattenföring, regleringshöjd, magasinreglering, vattenkvalitet och vandringshinder. Miljövärdering har därefter jämförts med förbättringspotentialen i revisionsobjektet, varefter en prioritering har skett.⁴¹ I genomgången har inte ingått de ganska många kraftverk som bedrivs med äldre tillstånd enligt VRL eller som saknar tillstånd. Dessa kan dock som nämnts åläggas att ansöka om tillstånd genom omgjøring/innkallning enligt §28 och §66 VRL om det behövs för en samlad prövning av ett revisionsobjekt. I de 187 vattendrag som omfattats av översynen finns idag inga miljökrav i 102 st., medan det finns krav på minimivattenföring i 59 st., driftvattenföring i 31 st. och magasinrestriktioner i 37 st.⁴² I de 50 vattendrag som har prioriterats i den högsta gruppen kommer krav ställas på minimivattenföring i 86% av fallen, magasinreglering i 57% och miljöanpassad driftföring i 37%.⁴³ Även översvämningsrisker och kommande effekter av klimatförändringen kommer att beaktas. Potentialen för upprustning och utveckling inom ramen för omprövningen ska också beaktas, vilken sammantaget bedöms vara 3,9 TWh/år. Det kan jämföras med den totala produktionen på 85-100 TWh/år för samtliga 395 vattenkraftverk som ingår i genomgången. När det gäller de verksamheter som inte angetts som prioriterade kommer de enbart att omfattas av krav på standardvillkor.

³⁹ OED 2012, s. 23, 36.

⁴⁰ NVE 2013, s. 26.

⁴¹ NVE 2013, s. 28ff.

⁴² NVE 2013, s. 19.

⁴³ NVE 2013, s. 11.

Revisionen bedöms inte komma att påverka de norska målen enligt förnyelsedirektivet, men kan enligt NVE medföra tidsmässiga och ekonomiska utmaningar.⁴⁴ Produktionstappet genom omprövningarna beräknas bli 1,8-2,8% av den genomsnittliga årsproduktionen från vattenkraften i landet, eller 2-4% av den del som utnyttjar magasinreglering.⁴⁵

4.2 Omprövningar i praktiken 1: Vinstra

Av NVEs hemsida framgår att det idag finns 44 omprövningsärenden anhängiggjorda och pågående hos myndigheten.⁴⁶ I hälften av fallen har begäran godtagits av myndigheten och handläggningen påbörjats. Det har emellertid inte blivit mer än fyra framställningar till OED sedan möjligheten att revidera villkor i VREGL-koncessioner gjordes allmängiltiga 1992 och lika många regeringsbeslut; *Vinstra* (2008), *Tesse* (2011), *Selbusjøen* (2014) och *Årdasvassdraget* (2015). Omprövningsreglerna tillämpades även på NVEs initiativ vid tillståndsprövningen av rivningen och återuppbyggnaden av ett antal dammar vid *Skjerkevatn* 2013.

Det första omprövningsärendet gällde alltså Vinstravassdraget i Opplands fylke i mellersta Norge.⁴⁷ Krav på omprövning framfördes redan i början och mitten av 1990-talet av flera av de berörda kommunerna och av intresseorganisationen Konesjonsutvalget for Vinstra. Revisionskraven gällde naturförvaltning, minimivattenföring, trösklar, åtgärder till förmån för fisken och fisket, landskapsanpassning, erosion och ekonomisk kompensation. Dessa åtgärder begärdes också under processens gång av fylkesmannen och Direktoratet for Naturforvaltning (DN, numera MD). NVE tog beslut att inleda revision 2000 av hela vattendraget, vilket innefattade sex magasinregleringar med två vattenkraftverk och två överledningar. Tillstånden var givna mellan 1928 och 1956 och samtliga hade gjorts tidsobegränsade genom regeringsbeslut 1995. Endast två av de sex tillstånden hade villkor om minimivattenföring. Tillstånds-

⁴⁴ Målet är att gå från 58% förnyelsebar energi år 2005 till 67,5% år 2020 (NVE 2013, s. 19). Den låga andelen förnyelsebar energi beror delvis på att energiförsörjningen ute i oljefälten till havs sker genom eldnad av restprodukter från petroleumproduktionen.

⁴⁵ NVE 2013, s. 2 och 81.

⁴⁶ [www.nve.no /Konesjonssaker og høringer/Vannkraft + revisjon av vilkår + under behandling](http://www.nve.no/Konesjonssaker_og_horinger/Vannkraft_+_revisjon_av_vilkar_+_under_behandling).

⁴⁷ OED Kongelig resolusjon 2008-12-10; Saksnr 01/2375 - Revisjon av konesjonsvilkår i Vinstravassdraget.

havare var Glommens og Laagens Brukseierforening (GLB), en regleringsforening med 16 medlemmar, främst kommunala och fylkeskommunala, men även en del privata.⁴⁸

Efter NVEs beslut om att inleda omprövning upprättade GLB ett revisionsdokument som skickas ut på remiss. Kritiken från kommunerna, fylkesmannen och DN var kraftig; det saknades utredning om kraftverken och deras miljöeffekter, ambitionen var låg och förslaget till revision alltför begränsad. GLB var oförstående och menade att motparterna hade missuppfattat vad en omprövning kan omfatta, att revisionsdokumentet var upprättat enligt NVEs riktlinjer och att utredningen var tillräcklig.

NVEs förslag till beslut av regeringen – instilling til OED – kom 2003.⁴⁹ Det grundades på revisionsdokumentet, de synpunkter som framkommit i remissen och den efterföljande utredningen med bl.a. syn vid Vinstra och sammanträde. I beslutet inleder NVE med några allmänna påpekanden. Man poängterar att själva regleringen – dvs. högsta och lägsta vattenstånd – ligger utanför prövningen och kan därför inte ifrågasättas. Avsikten med revision är främst att förnya miljökraven, men också att modernisera villkoren för anläggningarna rent allmänt. Vidare är revisionen ett viktigt instrument för att genomföra vattenförvaltningen enligt RDV. Sedan hänvisade NVE till 1992 års förarbeten till bestämmelserna och efterföljande uttalanden av Stortinget, där det framgår att processen inte får leda till alltför stora förluster i kraftproduktionen eller kostnader för tillståndshavaren. Hänsyn måste också tas till att den förlust av kraftproduktion som blir följden ska kompenseras genom utbyggnad av annan förnybar energi. Slutligen betonade NVE att alla miljökrav inte behövde tillmötesgå då ”reguleringen er blitt en tilvint situasjon i naturen”.⁵⁰

När det sedan gällde utredningen i ärendet, började NVE med att konstatera att revisionsdokumentet bara är en del av det material som ligger till grund för omprövningen. Dessutom utgår processen från att det är de berörda motintressena som måste påvisa olägenheterna för de allmänna intressena och att det inte kan ställas samma krav på tillståndshavarens utredning vid en omprövning

⁴⁸ GLB är en dominerande aktör i regionen. Organisationen har 21 magasin och fem överföringar i Glommavassdraget och med sammanlagt 50 kraftverk står man för nära 10 % av landets vattenkraftproduktion.

⁴⁹ Vinstra-beslutet s. 64-84.

⁵⁰ Vinstra-beslutet s. 64.

som i en regelrett koncessionsbehandling. Mot denna bakgrund menade NVE att revisionsdokumentet, remissen och synen utgjorde tillräckligt underlag för omprövningen.

Därefter övergick man till bedömningen av de nya villkoren för koncessionerna. Flera av de krav som framförts av motparterna – t.ex. med avseende på trösklar – avvisades som alltför dyrbara eller med alltför osäkra miljövinster. När det gällde manövreringsreglementet hade kommunerna begärt att vattennivåsänkningen skulle begränsas under sommaren och våren. NVE menade däremot att en sådan begränsning i praktiken skulle medföra att koncessionen inte kunde utnyttjas i sin helhet, varför kravet inte kunde tillmötesgå. Man godtog emellertid att tillstånden skulle förenas med post 12 om att manövreringsreglementet kan ändras av regeringen om det uppstår skador av någon betydelse för allmänna intressen. Kraven på minimivattenföring avvisades dock med hänvisning till produktionsförlusten, med undantag för en sträcka som bedömdes vara miljöprioriterad. Här föreslog NVE ett villkor om flexibel vattenföring under juli-september med en minimumnivå på mellan 1,0-3,0 m³/s, vilket beräknades skulle ge en produktionsförlust på 12 GWh/år. NVE menade vidare att flera av de problem som motparterna pekade på kunde lösas med hjälp av olika standardvillkor som skrevs in i tillstånden.

NVEs instilling till OED kom alltså 2003, varefter det gick ut på remiss. I departementsbehandlingen anslöt sig DN i allmänna ordalag till förslaget, samtidigt som man kritiserade NVE för att tillämpa omprövningsreglerna för snävt. Det gällde särskilt att villkor om minivattenföring inte hade ställts för alla älvsträckor, en kritik som fylkesmannen anslöt sig till. Möjligheterna att beakta upprustning och utveckling av vattenkraften hade heller inte tagits upp i prövningen.

När regeringen fattade beslut 2008 anslöt man emellertid trots kritiken i stort sett till NVEs förslag. Man inledde med följande skrivning:⁵¹

Av proposisjonen fremgår at revisjonsadgangen er ment å innebære en modernisering eller ajourføring av konsesjonsvilkårene. Revisjonen skal også gi anledning til å oppheve vilkår som har vist seg urimelige/unødvendige eller uhensiktsmessige. Revisjonen gir mulighet til å sette nye vilkår for å rette opp skader og ulemper for allmenne interesser som har oppstått som følge av reguleringene.

⁵¹ Vinstra-beslutet s. 128.

Under enhver omstendighet vil hensynet til konsesjonærenes økonomi og de samfunnsøkonomiske kostnader være sentrale momenter ved avveiningen av hvilke endringer som kan og bør foretas. Det må foretas en avveining mellom de fordeler et tiltak medfører og ulempene ved eventuell tapt kraftproduksjon. Utgangspunktet vil være at endringer ikke skal være vesentlige for konsesjonæren.

Därmed bekräftade regeringen samtlige villkor som NVE hade föreslagit, med undantag för en älvsträcka där ytterligare ett villkor om vintertida minimivattenföring fastställdes.

4.3 Omprövning i praktiken 2; Tesse

Den andra gången som 1992 års regler tillämpades var vid revisionen av Tesse-regleringen, också det i Opplands fylke.⁵² Det var inte fråga om en renodlad omprövning utan en blandad situation med dels nyprövning av tidsbegränsade koncessioner där tiden hade gått ut, dels revision av villkor i tidsobegränsade tillstånd. De tidsbegränsade tillstånden upphörde 1991, men regeringen hade året före tillåtit att verksamheterna kunde drivas vidare med de gamla villkoren. Revisionstidpunkten för de tidsobegränsade tillstånden inföll också 1991 och redan då framställde kraftverkskommunerna krav på nya villkor. Två år senare ansökte tillståndshavaren – även här GLB, nu som representant för nio ägare till 13 vattenkraftverk – om nya tillstånd för dem som hade gått ut och begärde att de skulle göras obegränsade i tiden.

NVE tog upp både nyprövningen och omprövningen i Tesse-regleringarna samtidigt. Sakbehandlingen tog tolv år och myndigheten instilling till OED kom 2003. Till att börja med avvisade NVE ett krav från kommunerna om att ta med en överföring från älven Veo i revisionen med hänvisning till att det tillståndet inte gick ut förrän 2010. Man ville heller inte bedöma möjligheterna till upprustning och utveckling av regleringen, då dessa åtgärder enligt tillståndshavaren låg 15 år framåt i tiden. Förslaget till OED var att tillmötesgå ansökan om att de tillstånd som hade gått ut skulle förnyas och göras tidsobegränsade. Standardvillkor föreslogs för naturförvaltning, fiske och erosion i samtliga tillstånd. Ett nytt villkor om en tröskel ansågs vara motiverat, liksom en begränsning av ti-

⁵² OED Kongelig resolusjon 2011-10-28; Saksnr 08/0292 - Ny reguleringskonsesjon for Tesse i Lom og Vågå kommuner, Oppland fylke.

den för högsta reglerade vattenstånd. Däremot gick NVE inte med på kommunernas krav om minimivattenföring, vilket motiverades med att produktionsförlusten skulle överstiga miljövårdsnyttan med en sådan åtgärd. Detta synsätt tillämpades även för de nya tillstånd som meddelades.

NVEs beslut skickades i vanlig ordning ut på høring och möttes av stark kritik från kommunerna. Man pekade på den orimliga tidsåtgången och menade att revisionen var för snävt avgränsad och ambitionen för låg. Veo-regleringen borde tas med då överföringen därifrån var en viktig orsak till problemen med erosion och försämrade föryngringsmöjligheter för fisken genom tillförsel av slamhaltigt vatten. Motparterna menade också att NVEs förslag inte tog hänsyn till den ökade användningen av korttidsreglering ("effektkøring"). Man pekade slutligen på att Stortinget hade uttalat att kravet på minimivattenföring var viktigt för genomförandet av RDV.

Regeringen, vars beslut kom åtta år senare (2011), accepterade emellertid NVEs förslag i stort sett oförändrat. Inledningsvis hänvisade man till de sedvanliga förarbetsuttalandena från 1992 och 2000 om att miljönyttan ska vägas mot produktionsförlusterna. Samtidigt påminde regeringen om den nya naturmangfaldloven som hade antagits 2009, vilken också skulle beaktas i ärendet. När det gällde avgränsningen av prövningen höll regeringen med om att tillstånden för Veo inte skulle tas med i revisionen. Skälen för detta angavs vara att det inte hade gjorts någon formell ansökan om detta och att revisionen av Tesse-regleringarna hade pågått under så lång tid. Ansökningarna om förnyade tillstånd accepterades, samtidigt som de nya koncessionerna gjordes tidsobegränsade. Här uttalade regeringen att sådana tillstånd numera är huvudregeln och att GLB mötte lagkraven om att till minst 2/3 vara ägd av allmänna huvudmän. Förslagen om standardvillkor, plan för att åtgärda erosionsskadorna och nytt manövreringsreglemente godtogs, vilket bedömdes skulle orsaka ett produktionsbortfall på nära 15 GWh/år. Den största miljövårdsnyttan ansågs kunna uppnås genom begränsningen av magasinreglering sommartid, varför det saknades särskilda skäl för att införa minimivattenföring i någon av vattensträckorna.

4.4 Omprövning i praktiken 3-5; Skjerkevatn, Selbusjøen och Årdalsvassdraget

De efterföljande tre omprövningarna har följt samma mönster, dvs. diskussioner om avgränsning och ambition vid omprövningen samt att NVEs förslag i stort sett accepterades av regeringen. Det första som kom efter *Tesse* var det blandade ärendet om *Skjerkevatn* (Vest-Agder) 2013.⁵³ Ärendet inleddes 2008 med att tillståndshavaren begärde rivning och återuppbyggnad av ett antal dammar av säkerhetsskäl. NVE ansåg i sitt beslut 2011 att frågan om rivning inte kunde bedömas isolerad, utan borde samordnas med en revision av hela det berörda Mandalsvassdraget. OED och regeringen höll med om detta, vilket innebar att fem olika koncessioner från 1928-53 kom att omprövas samtidigt. Regeringen började med att påpeka att Mandalsvassdraget var prioriterat i 2013 års vägledning genom sin stora betydelse för laxfiske och friluftsliv. De berörda intressena låg emellertid längre ned i älven och regleringen hade mindre betydelse för de föryngringsproblem som observerats där. Mandalsvassdraget är angivet som kraftigt modifierat i vattenförvaltningen och enligt §12 VFS – motsvarande artikel 4.7 i RDV – får nya projekt tillåtas endast om det kan motiveras av tungt vägande allmänna intressen, det inte finns alternativa lösningar och att allt görs för att begränsa den negativa miljöpåverkan. Regeringen angav säkerhetsskäl och betydande samhällsnytta när man menade att dessa förutsättningar var uppfyllda i ärendet. Tillstånd gavs därför för rivningen, samtidigt som villkoren i tillstånden reviderades. Därvid gjordes en viss begränsning i manövreringsreglementet för att minska de negativa konsekvenserna av korttidsreglering och på vissa sträckor fastställdes villkor om minimivattenföring.

Året efter kom beslutet om *Selbusjøen* i Sør-Trøndelag.⁵⁴ Här hade krav om revision av flera regleringstillstånd i området framförts redan 1998. NVE beslutade emellertid att enbart fyra vattenkraftverk i *Selbusjøen* och *Dragstjøen* skulle omfattas, vilket fastställdes av OED efter överklagande. Även krav om innkallning av andra vattenverksamheter enligt §66 VRL avvisades. NVEs instil-

⁵³ OED Kongelig resolusjon 2013-12-06; Saksnr 11/715 - Tillatelse til riving av dammer i Náváttn - Skjerkevatn og bygging av nye dammer - Økt reguleringi Skjerkevatn og revisjon av konsesjonsvilkår for regulering av Náváttn, Skjerkevatn og Ørevatn med manövreringsreglement.

⁵⁴ OED Kongelig resolusjon 2014-03-07; Saksnr 09/2364 - Revisjon av konsesjonsvilkår for regulering av Selbusjøen m.m.

ling till OED kom 2003 och här angav man att vägledning skulle hämtas från regeringens beslut om *Vinstra* och *Tesse*. I ett kompletterande yttrande angavs också att vägledningarna från 2012 och 2013 skulle beaktas och att *Selbusjøen* var angiven som prioriterad i högsta kategori, dvs. med stor miljöpotential till liten kostnad och kraftförlust. Även principerna om naturförvaltning och artskydd enligt §§8-12 resp. §§4-5 NML skulle respekteras vid beslutet. Den nedströms liggande Nidelva omfattas av förvaltningsplanen enligt VFS för Trøndelag, men där angavs inga konkreta krav som hade betydelse för revisionen. NVEs förslag innehöll standardvillkor, vissa trösklar och en viss minimivattenföring som resulterade i en mindre produktionsförlust. Regeringens beslut kom tio år senare och anslöt i stora delar till förslaget, med ett par undantag. Det viktigaste av dessa gällde skyddet av flodpärlmusslan (elvemuslingen). I den frågan hade NVE frångått skrivningen i vägledningen från 2013 och föreslog nu att arten skulle skyddas enbart med andra åtgärder än minimivattenföring. Både fylkesmannen och Miljødirektoratet begärde emellertid ett sådant villkor och frågan upptar en stor del av regeringens beslut. Regeringen konstaterade att Norge – med hälften av Europas bestånd av flodpärlmussla – har ett särskilt ansvar för arten och att den är akut hotad. Även om det redan pågick ett program för att skydda arten och effekterna av minimivattenföring var osäker, innebar försiktighetsprincipen att ett sådant skulle fastställas för en prövotid om tio år. Därefter ska tillståndshavaren redovisa resultaten och ett nytt beslut fattas av regeringen.

Det senaste omprövningsbeslutet kom i april förra året och gällde tillstånden vid *Årdalsvassdraget* i Rogaland.⁵⁵ Ett antal koncessioner som meddelats mellan 1948 och 1962 gällde här utan villkor om minimivattenföring och bl.a. kraftverkskommunerna begärde omprövning redan i mitten av 1990-talet. Beslut om att inleda revision togs av NVE 2001 och instillingen till OED kom 2003. I ett förnyat yttrande 2014 beklagade NVE tidsåtgången, vilket man menade bl.a. berodde på att de nya reglerna är komplicerade. Tidskäl angavs även för att inte tillmötesgå kommunernas krav om att inkludera koncessionerna efter 1948 i revisionen. Vidare angav NVE att Årdalsvassdraget är angivet som prioriterad i högsta klass, både i 2013 års vägledning och i vattenförvaltningen enligt VFS.

⁵⁵ OED Kongelig resolusjon 2015-04-17; Saksnr 08/2846 - Revisjon av konsesjonsvillkår for regulering av Årdalsvassdraget til Stolsåna i Hjelmeland og Forsand kommuner.

Mot bakgrund av att vattendraget är regionens bästa laxälv och att den idag har dålig vattenstatus föreslog NVE därför att villkor om minimivattenföring borde fastställas. Regeringens beslut kom alltså förra året, tolv år efter NVEs instilling till OED. I remissen stödde fylkesmannen och MD förslaget om minimivattenföring, vilket i princip också vann gehör hos regeringen. Inriktningen blev att undvika de värsta torrperioderna under sommaren i den viktigaste delsträckan, nämligen Storåna. Här hade en utsträckt sommarperiod föreslagits mellan maj och oktober, då vattenföringen skulle vara 3 eller 4 m³/s. Regeringen menade emellertid att det skulle bli för kostsamt i form av minskad produktion och bestämde en kortare period (15/5-14/10) med vattenföring 2 m³/s. Minimivattenföringen vintertid bestämdes till 1,5 m³/s. Produktionsförlusten för dessa åtgärder beräknades till 20-30 GWh/år. Därutöver fastställdes de sedvanliga standardvillkoren, liksom ett villkor om utredning om erosionsskador. Vissa delsträckor lämnades utanför omprövningen i avvaktan på att revisionstidpunkterna för 1961 och 1962 års koncessioner skulle infalla.

4.5 Kommentar om förvaltningspraxis vid omprövning enligt VREGL

Det är svårt att uttala sig om ambitionen i det norska arbetet med att ompröva tillstånd till vattenkraftverk, än mindre att jämföra med Sverige i motsvarande situationer. De fem revisionssaker som har genomförts har gällt förhållandevis stora regleringar, med kapacitet att producera mellan 0,2 och 1,2 TWh/år (Vinstrå: 1,2 TWh/år, Tesse: 0,2 TWh/år, Skjerkevatn: 0,9 TWh/år, Nidelva med Selbusjøen: 0,75 TWh/år, Årdalsvassdraget: 1,2 TWh/år).⁵⁶ De miljökrav som accepterats har beräknats resultera i produktionsförluster på mellan 12 och 30 GWh/år, dvs. 1-3 % av årsproduktionen, i något fall högre.⁵⁷ Samtliga de vattendrag som berörts av omprövningarna är klassificerade som kraftigt modifierade enligt artikel 4.3 RDV. I den norska debatten råder givetvis delade uppfattningar om detta är en acceptabel kostnad och om åtgärderna är tillräckliga för att möta miljökraven, inte minst från vattenförvalt-

⁵⁶ Siffrorna har varit svåra att kontrollera och får tas med en nypa salt.

⁵⁷ Detta kan jämföras med motsvarande siffror i tillstånd till vattenkraftsverksamhet enligt miljöbalken, där utrymmet för ersättningsfria ändringar oftast anges vara 5% av det möjliga produktionsvärdet.

ningens sida. Från tillståndshavarnas sida pekar man på höga kostnader och stor miljönytta, medan besvikelsen från vattenkraftskommunerna och miljöorganisationerna är tydlig, särskilt när det gäller besluten om *Vinstra* och *Tesse*. Det verkar också vara så att miljökraven vid revision inte motsvarar dem som ställs när nya tillstånd till vattenkraftsverksamhet meddelas enligt VREGL. Det märks redan i kravet på föregående utredning, som inte är lika omfattande som vid en tillståndsansökan. Vid omprövningar föreskrivs inte heller minimivattenföring i alla älvsträckor, bara där det finns särskilda hänsyn som talar för det. En klar begränsning ligger också i att själva tillståndet – dvs. rätten att bedriva vattenkraftsverksamheten inom vissa vattenstånd – inte kan ifrågasättas. Den begränsningen verkar också ha tolkats relativt strängt i den praxis som utvecklats i revisionssakerna, t.ex. med hänvisning till att vissa miljökrav ”i praktiken” innebär att tillståndshavaren inte fullt ut kan utnyttja koncessionen. Sammanfattningsvis tror jag därför att skillnaden med svenska omprövningar inte blir särskild stor, trots utgångspunkten att tillståndshavaren får tåla alla nya villkor utan någon rätt till ekonomisk ersättning. Den stora vikt som läggs vid förlusten av produktionskapacitet och kostnader för tillståndshavaren i avvägningen mot miljöhänsyn sätter nog gräns för omprövningsmöjligheterna i minst samma utsträckning som de svenska ersättningsreglerna.

Takten i det norska omprövningsarbetet inte är imponerande. Handläggningstiderna både i NVE som OED kan vara extremt långa – ofta 10-12 år – och ursäkterna därför inte särskilt övertygande. Att en central myndighet anger som skäl att reglerna är svåra att tillämpa möter knappast kraven på vad vi skulle betrakta som ”god förvaltning”. I flera fall har man dessutom inte gått med på att utöka revisionssaken till att omfatta angränsande koncessioner med hänvisning till tidsfaktorn, samtidigt som man legat på ärendet flera år och revisionstidpunkterna passerat. I *Tesse*-revisionen avvisade regeringen förslaget om att inkludera älven *Veo*, trots att den regleringen hade avgörande betydelse för miljöfrågorna i ärendet. Här framstår argumentet att det inte fanns någon formell ansökan om omprövning och att det skulle krävas omfattande utredning som anmärkningsvärt. Kravet var ju gammalt i den pågående revisionssaken och regeringen betonade i samma ärende att utredningen vid omprövning inte behöver vara särskilt utförlig. I *Årdal*-saken hamnade regeringen också i en märklig situ-

ation, då man avvisade kravet om att ta med regleringstillstånd vars revisionstidpunkt sades inte hade inträffat vid tidpunkten för beslutet. Dessa tidpunkter inföll emellertid 2011 och 2012 och regeringen fattade sitt beslut först tre år därefter. Att motparterna reagerar skarpt på NVEs och regeringens inställning i den här frågan är inte svårt att förstå. Det ger också intryck av att det saknas politisk vilja – och det verkar inte ha ändrats genom åren eller med färgerna på regeringspartierna – att modernisera miljökraven i tillstånden för vattenkraftproduktion i Norge. Omsorgen om vattenkraftproduktionen verkar alltjämt vara ledstjärnan för dagen. Det är emellertid möjligt att en viss omsvängning är på gång, inte minst pga. av implementeringen av RDV.⁵⁸

⁵⁸ Intervju med Carsten Jensen, NVE (27/11-15).

5 Norge och EES-avtalet

5.1 Inledning

Norge och de övriga EFTA-länderna Island och Lichtenstein är förbundna med EU-rätten genom EES-avtalet. Den roll som EU-kommissionen och EU-domstolen spelar inom Unionen utövas i EFTA av EFTA Surveillance Authority (ESA) och EFTA-domstolen. ESA har motsvarande kompetens att driva överträdelseärenden mot Norge, Island och Lichtenstein som kommissionen har mot de 28 medlemsstaterna i Unionen. En vanlig uppfattning är emellertid att ESAs verksamhet i arbetet att genomdriva EU-rätten är mera teknisk än politisk, jämfört med hur det går till när kommissionen beslutar i sådana frågor.⁵⁹ Det kan vara hur det vill med den saken, men en stor fördel är att kommunikationerna mellan ESA och EFTA-länderna är öppna för insyn och därmed en viktig källa till förståelse av EU-rätten. Som allom bekant försvaras hemlighetsmakeriet i dessa frågor till det yttersta av EUs samtliga institutioner.⁶⁰

Den ursprungliga tanken i EES-avtalet var att det skulle upprättas en gemensam domstol för EFTA och EU. Efter att EU-domstolen uttalade att en sådan ordning skulle strida mot Unionsfördragen blev emellertid EFTA tvunget att bilda en egen domstol.⁶¹ Den har i princip samma kompetens som EU-domstolen, men är organiserad i en instans och utan generaladvokater. Men det finns också viktiga skillnader i systemen. För det första är de nationella slutinstanserna inte skyldiga att begära förhandsavgörande av EFTA-domstolen. För det andra är domstolens avgöranden i

⁵⁹ Stemsrud s. 54. Ett exempel på EU-kommissionens mera politiskt anpassade inställning i överträdelseärenden ges i det pågående ärendet mot Sverige om vargjakt. Trots att vi öppet har gått emot Bryssels uppfattning i frågan och beslutat om licensjakt i ett läge där både en formell underrättelse och ett motiverat yttrande har meddelats och trots att hårda förhandlingar med hot om inhibition pågått under flera år, har kommissionens kollegium valt att inte stämma Sverige inför EU-domstolen.

⁶⁰ Se t.ex. C-514/11 P Lige para Protecção da Natureza mot kommissionen och C 605/11 P Finland mot kommissionen, de s.k. *LPN-målen*. Skälet till att vi i Sverige känner till kommunikationerna mellan kommissionen och Sverige i överträdelseärenden på miljöområdet är att det svenska Miljö- och Energidepartementet anser att offentlighetsprincipen tar över.

⁶¹ Stemsrud, avsnitt 2.2.3.

sådana mål formellt sett enbart rådgivande.⁶² Om emellertid en nationell domstol går emot ett förhandsavgörande av EFTA-domstolen, kan ESA inleda ett överträdelseärende. Ett avgörande i en sådan sak är folkrättsligt bindande, alltså inte bara rådgivande. Den tredje skillnaden ligger dock i att EFTA-domstolen saknar möjlighet att döma medlemstaterna till böter för brott mot EU-rätten, motsvarande artikel 260 FEUF.⁶³ Däremot kan enskilda aktörer få skadestånd av staten för brott mot EU-rätten under ungefär samma förutsättningar som enligt *Francovich* (C-6/90).⁶⁴ Utsikten till framgång med en sådan talan är nog emellertid begränsad i ett läge där den nationella högsta domstolen har gjort en ”egen” tolkning av EU-rätten, då det är samma domstol som slutligen prövar frågan om skadestånd.⁶⁵

⁶² Norska Høyesterett har dock uttalat att ett förhandsavgörande från EFTA-domstolen ska tilläggas ”vesentlig vekt” (Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*). I EFTAs motsvarighet till *Laval-målet* (C-341/05), valde dock Høyesterett att uttryckligen gå emot EFTA-domstolen (Rt. 2013 s. 258 resp. E-2/11 *STX Norway offshore*), vilket har lett till ett överträdelseärende från ESA (se <http://www.eftasurv.int/press-publications/public-documents?ActionEvent=Search&casenr=74557>). För vidare läsning, se Stemsrud avsnitt 7.1.3.

⁶³ Ett exempel på vad senfärdighet kan kosta ges i ett mål mot Sverige som gällde artikel 5.1 i det gamla IPPC-direktivet (2008/1) med krav på bedömning och uppdatering av tillstånd till stora industrianläggningar, idag artikel 21 i IED (2010/75). Arbetet skulle vara slutfört i slutet av 2007. För att möta kravet införde regeringen 2004 den s.k. 2007-förordningen (2004:989), som gav en instruktion till länsstyrelserna att genomföra omprövningar av omoderna tillstånd. Vid remissbehandlingen var det flera remissinstanser – däribland Uppsala universitet – som menade att en allmän instruktion i en förordning var otillräcklig för att kunna genomföra de behövliga omprövningarna i tid. Internt var Miljödepartementet av samma åsikt, men kördes över av Näringsdepartementet (som inte ville belasta verksamhetsutövarna med ytterligare ”administrativa bördor”), Socialdepartementet (som inte ansåg det nödvändigt att reservera särskilda medel till länsstyrelserna för arbetet) och Justitiedepartementet (som inte ville ha några förändringar av gällande beslutsordning för prövning och tillsyn). Det gick som befarat och när kommissionen stämde Sverige inför EU-domstolen 2010 hade vi fortfarande 191 IPPC-anläggningar (av 1 034 st.) vars tillstånd inte var bedömda/omprövade. Mycket riktigt fälldes vi av EU-domstolen i mars 2012 (C-607/10). Omprövningsarbetet gick emellertid fortfarande trögt och i december 2013 stämde vi återigen av kommissionen, den här gången med ett yrkande om vite. När vitet dömdes ut ett år senare (C-243/13) återstod en anläggning och den kostade oss 2 miljoner € i engångsbelopp och 4,000 € löpande per dag fr.o.m. den 4/12-13. Nu blev det slutligen inte mer än 56,000 €, då det återstående nya tillståndet vann laga kraft i slutet av månaden. En intressant detalj i sammanhanget är att böterna togs från Miljödepartementets budget. Historien visar ändå att hotet om vite kan vara ett effektivt påtryckningsmedel.

⁶⁴ Stemsrud avsnitt 6.2.3 med hänvisning till bl.a. E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* och Rt. 2005 s. 1365 *Finanger II*.

⁶⁵ Man bör slutligen inte glömma skillnaden i storlek och målgenomströmning i de båda Luxemburg-baserade domstolarna; där EU-domstolen har 65 domare och 11 generaladvokater, fler än 20 000 anställda och dömer av omkring 1 500 mål årligen, är motsva-

5.2 Överträdelseärendet mellan ESA och Norge

RDV införlivades i EES-avtalet 2007 och trädde i kraft i maj 2009. Det senare datumet var alltså då Norges lagstiftning skulle ha varit anpassad till direktivet. I mars 2011 anmälde åtta intresseorganisationer – LVK, miljö- och friluftorganisationer, jägar- och fiskeorganisationer samt en förening för fiskerättshavare – Norge till ESA för brott mot RDV.⁶⁶ Man pekade på att 70 % av de norska vattendragen är reglerade för vattenkraft och att tillstånden är gamla och i stort behov av att moderniseras. Villkoren är inte anpassade efter de miljökrav som måste ställas idag, inte minst på grund av de korttidsregleringar som används på den marknadsbaserade elmarknaden. Föreningarna menade att Norges lagstiftning och förvaltningspraxis inte lever upp till de omprövningskrav som ställs i RDV. Tvärtom har regeringen och Stortinget utgått från att anpassningen till RDV ska ske i enlighet med existerande lagstiftning och givna tillstånd. Det innebär till att börja med att vattenplaneringen får anpassa sig till de prioriteringar och den takt som redan är bestämt för revisionsarbetet, bl.a. genom vägledningarna OED 2012 och NVE 2013. En sådan ordning menade föreningarna bryter mot kravet i RDV att alla verksamheter som påverkar vattenförekomster ska bedömas inför en ny planeringscykel och anpassas så att miljömålen kan uppnås. Vidare är de rättsliga instrument som idag erbjuds i VREGL och VRL helt otillräckliga. Föreningarna ansåg därför att Norge i praktiken har infört ett allmänt undantag för vattenkraften från de förändringskrav som ställs i direktivet.

Klagomålet väckte ESAs intresse och ett första brev gick till den norska regeringen i februari 2012. ESA ställde sig inledningsvis frågande inför ordningen för klassificering av de reglerade vattenförekomsterna som kraftigt modifierade. Man pekade på att en sådan bestämning enligt artikel 4.3 RDV enbart får ske under förutsättning att de förändringar som krävs för att uppnå god ekologisk status skulle få ”betydande negativ inverkan” på vattenanvändningen, i det här fallet kraftproduktion. Denna bedömning ska ses över

rande siffror för EFTA-domstolen tre domare, färre än 20 anställda och knappast fler än 15 mål per år.

⁶⁶ Case No: 69544; Complaint against Norway concerning compliance with the Water Framework Directive 2000/60 as regards regulated water courses. De flesta kommunikationer i överträdelseärendet är utlagda på ESAs hemsida (<http://www.eftasurv.int/press--publications/public-documents/>), resten finns på norska vattenportalen (www.vannportalen.no). Min redogörelse utgår från kommunikationerna 2011-03-10 till 2014-07-04.

inför varje planeringscykel. ESA undrade hur den norska ordningen enligt NVE 2013 – som ju utgår från att endast *vissa* regleringar ska omprövas efter en prioritering – ställde sig i förhållande till kravet i RDV att tillstånden i *alla* vattenförekomster ska bedömas och vid behov omprövas. Dessutom var man oroad över takten i det norska arbetet och nämnde särskilt *Vinstra* och *Tesse*. Därefter övergick ESA till frågor om de rättsliga instrumenten effektivitet i förhållande till RDV. Man pekade på målsättningen i artikel 4.1.a.iii RDV om att ”skydda och förbättra alla konstgjorda och kraftigt modifierade vattenförekomster i syfte att uppnå en god ekologisk potential”. Som ett verktyg i det arbetet måste åtgärdsprogram sättas upp som ska innehålla de ”grundläggande åtgärder” enligt artikel 11.3 som behövs för att uppnå målet. Bland dessa åtgärder nämns i artikel 11.5 att ”relevanta tillstånd och godkännanden granskas och ses över vid behov” (”as appropriate”). Det betyder enligt ESA att de nationella myndigheterna måste – efter en analys enligt artikel 5 av vattenförekomsten, miljökonsekvenserna av mänskliga aktiviteter och vattenanvändningens ekonomiska konsekvenser – ha en möjlighet att föreskriva sådana åtgärder som behövs för att uppnå miljömålet inom en planeringscykel. Kravet i artikel 11.5 är otvetydigt och har företrädare framför nationell lagstiftning som strider däremot. ESA frågade därför den norska regeringen om de rättsliga instrument som erbjuds i VREGL och VRL är tillräckligt anpassade för att möta dessa krav.

Regeringens svar kom i maj 2012. I klassificeringsfrågan angav man att den var gjord efter en bedömning av varje vattenförekomst för sig. Till ledning för detta arbete hade NVE 2013 använts på så vis att de regleringar som där var angivna som prioriterade ska genomgå revision enligt VREGL. I dessa vattendrag kan manövreringsreglementet ändras och krav på minimivattenföring införas utan att det medför ”betydande negativ inverkan” på kraftproduktionen. När man bedömer vad som utgör en sådan inverkan måste nämligen en avvägning göras mellan miljönyttan och den förlust som uppstår i kraftproduktionen. Härvid måste man särskilt beakta dels att Norge till mycket stor del är beroende av vattenkraften för sin elförsörjning, dels landets förpliktelser enligt förnyelsedirektivet. När det gällde de rättsliga instrumenten menade regeringen att de var tillräckliga för att kunna ställa förändringskrav på vattenverksamheterna inom ramen för planeringscyklarna. För det första gällde den allmänna regeln om revisionsmöjlighet efter 50/30 år för

alla tillstånd som meddelats efter 1959. För det andra innehåller de flesta tillstånd den allmänt formulerade post 12 om möjligheten till ändringar i manövreringsreglementet. I tillstånd som meddelats i modern tid finns dessutom ofta olika standardvillkor för naturförvaltning, fiske och erosion som löpande kan användas av miljömyndigheterna för att förbättra vattenstatusen. När det gäller verksamheter som inte har tillstånd enligt VREGL kan §28 och §66 VRL användas för att ställa de krav som behövs för att miljömålen ska kunna uppnås. Förutsättningen att använda sig av dessa bestämmelser vid ”särskild anledning” kan ges ny förståelse genom fördragsenlig tolkning och kan därmed utlösas av ett krav om åtgärder enligt artikel 11.5 RDV. I andra fall kan myndigheterna använda de allmänna omprövningsmöjligheterna enligt §35 FL och förvaltningsrättsliga grundprinciperna för att åtgärda viktiga miljöproblem. På så vis erbjuder den norska lagstiftning ett komplett paket av rättsliga instrument som täcker de behov av anpassning av vattenverksamheterna till vad som krävs av direktivet. Visserligen kan högsta och lägsta regleringsnivå inte ändras vid revision enligt VREGL, men miljön är bäst betjänt av ändringar av manövreringsreglementet och krav på minimivattenföring. Och även om enbart prioriterade vattendrag ska genomgå regelrätt revision, kommer tillräckliga krav att kunna ställas med stöd av övriga rättsliga instrument. Slutligen är tidsaspekten heller inte något problem. *Vinstra* och *Tesse* var först ut i omprövningsarbetet och är inte typiska. De norska myndigheterna har tillräckliga kunskaper och resurser för att kunna genomföra översynen av vattenregleringarna så att miljömålen enligt RDV kommer att nås till 2021 eller 2027.

Argumenten upprepas i de efterföljande kommunikationerna från parterna, även om viss glidning kan skönjas från regeringens sida. ESA poängterade att målen som anges i artikel 4 ska nås inom 15 från det att RDV införlivades i EES-avtalet. Tiden för att uppnå målen får skjutas upp till nästa planeringscykel enbart under de förutsättningar som anges i artikel 4.4 och efter att en analys enligt artikel 5 har utförts. Om behovet av omprövning bara kommer att gälla de prioriterade vattenregleringarna kommer analysen av de andra göras utifrån gårdagens kunskapsläge. Flera av de rättsliga instrument som regeringen hänvisar till är närmast teoretiska. Dessutom är lagstiftningen fragmenterad och brister i den klarhet som krävs av EU-rätten. I den delen hänvisade ESA till C-32/05 som gällde RDVs implementering i Luxemburg, där EU-domstolen be-

tonade att vissa bestämmelser i är så precisa att de måste anges i uttrycklig lagstiftning, vilket bl.a. gäller artikel 11.5. Så har inte skett i Norge och därmed är bestämmelsens effektiva implementering inte säkerställd. Regeringen å sin sida menade nu att uttalandena om prioriteringarna i NVE 2013 enbart gällde för den första planeringscykel 2009-2015, som var frivillig för Norges del. I fortsättningen ska vattenplaneringen inte utgå från gällande tillstånd, utan en samhällsekonomisk analys ska göras för alla vattenförekomster. Åtgärdsprogrammen ska fastställas under förutsättningen att krav på minimivattenföring ska kunna finnas även i icke-prioriterade vattendrag. Regeringen menar också att även om lagstiftningen är komplex, är den tydlig för dem som är inblandade i vattenärenden. Från föreningarna slutligen påpekades att omgjøring/innkallning enligt VRL inte har utnyttjats i någon nämnvärd utsträckning och egentligen aldrig för att samordna dessa prövningar med revisioner. Som exempel gavs koncessionerna för älven Veo som OED inte ville ta med i Tesse-regleringen, trots att revisionen av dessa stod för dörren.⁶⁷ Inte heller post 12 eller omprövningsmöjligheterna enligt §35 FL har använts. De senare bestämmelserna aktualiserades vid den kraftiga torkan under 2006 av flera kommuner som ville att OED skulle besluta om ändringar av vattenregleringen, vilket emellertid avvisades. Exemplet visar att bestämmelserna är tänkta att användas enbart i exceptionella situationer, t.ex. av tunga säkerhetsskäl. När det gäller förhållandet mellan OEDs och NVEs vägledning och vattenplaneringen är det enligt föreningarna tydligt att regeringen har dubbla budskap. Å ena sidan säger man nu att planeringen ska göras helt fristående från prioriteringarna, å den andra påpekar NVE till vattenregionerna att det motsatta gäller. Det här visar att hittillsvarande praxis kommer att fortsätta att tillämpas, dvs. att endast de vattenregleringar som är prioriterade i NVE 2013 kommer att få villkor om minimivattenföring och då enbart i de fall som det finns särskilda skäl. Att lagstiftningen är komplex, otillräcklig och oförutsebar menar föreningarna är uppenbart.

⁶⁷ Den inleddes 2012 och NVEs instilling gick till OED i december förra året: Krav om revisjon av konsesjonsvilkår for overføring av Veo til Tessevassdraget, Oppland -NVEs innstilling (2015-12-17; dnr 201202206-25), se <https://www.nve.no/konsesjonssaker/konsesjonssak?id=6664&type=V-1>.

5.3 Allmänt om överträdelseärendet

Som jag har uppfattat kontroversen mellan ESA och Norge, omfattar den fem frågor. För det första om klassificeringen av de reglerade vattenförekomsterna som kraftigt modifierade. För det andra om skyddet av och målsättningen för dessa vattenförekomster lever upp till kraven i RDV. Vidare gäller den om de rättsliga instrumenten i VREGL och VRL är tillräckliga för att kunna ställa förändringskrav på tillståndsgiven vattenverksamhet inför varje planeringscykel. Närliggande är frågan om lagstiftningen utgör en effektiv implementering av kraven i det avseendet i RDV, eller om den är för komplicerad, fragmentiserad och otillgänglig för dem som berörs. Den sista frågan gäller resurserna för genomgången av vattenregleringarna och tidsaspekten i förhållande till RDV. ESA menar alltså att dessa brister i den norska vattenrätten och vattenadministrationen sammantaget bryter mot artiklarna 4 och 11 RDV.

Frågan om resurser är det omöjligt för en utomstående betraktare att ha en åsikt om. Det verkar dock vara en given utgångspunkt för samtliga parter att farten måste öka i omprövningsarbetet. Något liknande kan sägas om klassificeringsfrågan. Utgångspunkten ”på backen” är emellertid att Norge varit frikostig med att klassificera reglerade vattendrag som kraftigt modifierade.⁶⁸ En sådan bestämning får enligt artikel 4.3 alltså göras enbart under förutsättning att de förändringar i vattenförekomsten hydromorfologiska egenskaper som är nödvändiga för att uppnå en god ekologisk status skulle få en betydande negativ inverkan på bl.a. kraftproduktionen. Om så är fallet för samtliga de vatten som Norge har bedömt vara kraftigt modifierade kan jag givetvis inte uttala mig om, men ESA ställer sig frågande.

5.4 Omprövningar enligt VREGL och VRL

När det gäller de mera juridiska frågorna i överträdelseärendet är det också svårt att uttala sig bestämt, men låt mig i alla fall lämna några synpunkter från allmänt EU-rättsligt perspektiv. I den delen är diskussionen främst inriktad på målsättningen för kraftigt modifierade vattendrag, nämligen att uppnå god ekologisk potential i tid

⁶⁸ Intervju med Pernille Lund Hoel & Jo Halvard Halleraker, Miljødirektoratet (12/1-16), även Wang Andersen s. 363.

(artikel 4.1.a.iii, jämfört med artikel 4.4). Den teknik som används i RDV är att vattenmyndigheterna inför varje planeringscykel ska se över vilka förändringar som måste göras för att förbättra vattenstatusen, med undantag för sådana åtgärder som är oproportionerligt kostsamma eller som måste genomföras stegvis av naturliga orsaker eller tekniska skäl. De åtgärdsprogram som ska upprättas enligt artikel 11 ska beakta den analys över vattenförekomsterna och påverkande verksamheter som ska utföras enligt artikel 5 och ange de åtgärder som behövs för att nå miljömålet god ekologisk potential. Om det är osannolikt att målen nås i tid, ska bl.a. orsaken till detta undersökas och de tillstånd som gäller för påverkande verksamheter granskas och ses över. Man bör också observera att även om medlemsstaterna har möjlighet enligt artikel 4.5 att ange mindre stränga miljömål för de kraftigt modifierade vattenförekomsterna än vad som framgår av artikel 4.1.a.iii, bör också bedömningen av vad som är ”omöjligt eller oproportionerligt dyrt” göras mot bakgrund av kraven i artikel 4.5.b och c och under förutsättning att ytterligare åtgärder enligt artikel 11.5 vidtas.⁶⁹

Åtgärder som ESA anger som lämpliga för att förbättra vattenstatusen är krav på minimivattenflöde, ändringar i manövreringsreglementen för magasinerna, åtgärder för att förbättra vattentemperatur och vattenkvalitet, förbättringar av den biologiska statusen i och omkring vattendragen, faunapassager och förstärkning av fiskpopulationer samt åtgärder för att motverka erosion. Flera av dessa kan genomföras genom att miljömyndigheterna använder sig av standardvillkoren i tillstånden. Det är emellertid bara hälften av alla tillstånd som har standardvillkor för naturförvaltning och om Norge tänker använda sig av revisionsinstrumentet för att introducera dem i systemet räcker tiden inte till.⁷⁰ De exempel som jag har sett på beslut som grundas på dessa delegationsvillkor har också varit relativt försiktiga.⁷¹ Det har rört sig om förelägganden om

⁶⁹ Det sistnämnda påpekades av kollegan Henrik Josefsson vid Juridicum, Uppsala universitet (intervju 20/1-16). För den som är intresserad av vidare fördjupning om direktivet, se hans avhandling: *Good Ecological Status, Advancing the Ecology of Law*, Uppsala Universitet, Uppsala 2015.

⁷⁰ OED Meld. St. 14 (2015-2016). *Melding til Stortinget: Natur for livet – Norsk plan for naturmangfold (2015-12-18)*, s. 95f.

⁷¹ Beslut av Direktoratet for Naturforvaltning 04.04.2013 (dnr 2013/1489). *Statsregulering av Skjomenvassdragene – fiskebiologiske pålegg for Skjoma 2013-2017* och Miljødirektoratet 20.11.2015 (dnr 2014/13929). *Fålegg om fiskebiologiske undersøkelser i Åbjøravassdraget 2016-2020*.

räkning av fisk för att kontrollera sjukdomar och vandringstäthet, undersökningar av vandringshinder och effekten av minimivattenförlust samt habitatkartläggningar vid behov. Därmed inte sagt att standardvillkorstekniken inte kan användas i vidare omfattning – t.ex. för att kräva faunapassager – men så har alltså inte skett ännu. Här kan det emellertid observeras att det är MD som har instrumentet i sin hand och överklaganden går till KLD, inte till NVE. Möjligen kan denna beslutsordning tala för att mera generös tillämpning av standardvillkoren, men det återstår att se. Ett kvarstående problem med standardvillkorstekniken i förhållande till vattenplaneringen är att besluten inte får medföra vattenförluster av någon betydelse, varför det i många situationer ändå kommer att krävas revision av tillstånden.

Om de regelrätta omprövningarna enligt VREGL kan sägas att en stor fördel i det norska systemet är att den myndighet som hanterar den frågan kan bestämma revisionsobjektet efter vad som är lämpligt, bl.a. i förhållande till kraven i RDV. Problemen med revisionsprocessen är dock flera. För det första är den till sin natur omfattande och tar lång eller mycket lång tid. För det andra verkar det substantiella utfallet av villkorsförändringarna inte vara särskilt långtgående, vilket illustreras med att minimivattenförlust enbart får krävas om det finns särskilda skäl. Slutligen är det ju så att när väl nya villkor är meddelade kan de i princip inte omprövas förrän efter 30 år. Den här trögheten och bristande flexibiliteten i systemet är svår för att inte säga omöjlig att förena med RDVs krav på löpande utvärderingar och förbättringsåtgärder. Ett annat problem ligger i att högsta och lägsta nivå över huvud taget inte kan omprövas, vilket också kan vara problematiskt.

5.5 Övriga rättsliga instrument för att möta kraven i RDV

Den norska regeringen hävdar att post 12 om ändringar i manövreringsreglementet kan användas om det krävs i verksamheter där tiden för villkorsrevision inte har gått ut, liksom att §35 FL och allmänna förvaltningsrättsliga principer kan användas för att ändringar i själva tillståndet. Ett problem i den argumentationen är att dessa instrument dels är renodlade säkerhetsventiler, dels bara har använts enstaka gånger vid allvarliga händelser. Man kan givetvis hävda att instrumenten egentligen har ett betydligt bredare använd-

ningsområde, vilket kan utvidgas i rättstillämpningen.⁷² I ett läge när rättsuppfattningen är relativt stabil och då det har införts uttryckliga omprövningsbestämmelser i miljölagstiftningen, krävs nog emellertid att en sådan ny rättstillämpning åtminstone ges stöd i tydliga riktlinjer eller i rättspraxis. I ett land som Norge där domstolarna ytterst sällan får mål som dessa på sitt bord kan det förra fungera internt, men EU-rättsligt är det betydligt mera problematiskt. Mer om det nedan.

En liknande argumentation har ju förts om kriterierna för användningen av §28 och §66 VRL med avseende på verksamheter som inte har tillstånd enligt VREGL. I lagtexten och i förarbetena anges att de endast kan användas vid ”særlige tilfelle” och det har hittills varit sällan. Regeringens inställning är här att tolkningen av uttrycket måste ske i ljuset av Norges förpliktelser enligt RDV, vilket givetvis är korrekt.⁷³ En ändring av administrativ praxis i det avseendet lever emellertid knappast upp till det krav på tydlighet som krävs i EU-rätten. Visserligen är utgångspunkten i artikel 288 FEUF att det är helt öppet *hur* medlemsstaterna genomför den gemensamma lagstiftningen. Av fördragsbestämmelsen framgår ju bara att direktiv är bindande med avseende på resultatet och att det överlämnas till medlemsstaterna att bestämma formen och sättet för implementeringen. Skrivningen är emellertid gjord närmast obsolet genom EU-domstolens rättspraxis. Redan i de berömda TA Luft-målen (C-361/88, *TA Luft I* och C-59/89 *TA Luft II* (1991)) uttalade domstolen att det visserligen inte är nödvändigt att implementera direktiv genom uttrycklig nationell lagstiftning, utan det kan räcka med en rättslig ram (”general legal context”) för att garantera att bestämmelserna genomförs på ett tillräckligt klart och tydligt sätt. Kravet på effektiv implementering kan dock variera och det måste för de berörda klart framgå vad det är som gäller så att de kan försvara sina intressen. När det gäller en hälsoskyddsfråga som luftföroreningar är inte tillräckligt med enbart administrativa föreskrifter eller praxis. Därmed underkände EU-domstolen den tyska implementeringen av EUs luftkvalitetsnormer genom före-

⁷² Att §35 FL och allmänna förvaltningsrättsliga principer kan användas betydligt bredare med avseende på givna miljöbeslut är ju en tes som Backer hävdar i sin avhandling (Backer 1986, se särskilt kapitel 36 och 37). Den är emellertid skriven före VREGL-reformen 1992.

⁷³ Backer 2012, s. 300.

skriften TA Luft.⁷⁴ Det här uttalandet har upprepats otaliga gånger sedan dess, bl.a. i C-6/04 KOM ./.. UK (2005). Men det har också skett ytterligare skärpningar av genomförandekravet från EU-domstolens sida, vilket ESA pekar på i sin hänvisning till C-32/05 KOM ./.. LU (2006). Här betonade ju domstolen att vissa bestämmelser i RDV är så precisa att de måste anges i uttrycklig lagstiftning. Ett ytterligare steg togs i en dom mot Polen (C-192/11 KOM ./.. PL (2012), där EU-domstolen uttalar (para 48):⁷⁵

”...bör man komma ihåg att enbart administrativ praxis, som till sin natur fritt kan ändras av myndigheten och som inte offentliggörs i tillräcklig utsträckning, kan inte anses som ett giltigt fullgörande av de skyldigheter att införliva ett direktiv.”

Mot den hör bakgrunden tror jag att EFTA-domstolen – som brukar vara väldigt trogen den praxis som har utvecklats i EU-domstolen – menar att det inte räcker med att Norge nu förklarar att förvaltningen tänker börja använda sig av de aktuella bestämmelserna på ett nytt sätt i ljuset av kraven i RDV. Det krävs nog mer än så, troligen uttrycklig författningsstöd till stöd för en sådan tillämpning.

5.6 Sammanfattande bedömning

Mot bakgrund av den här analysen tror jag alltså att det är mycket tveksamt om det norska systemet lever upp till kraven i RDV.⁷⁶ Det krävs troligen att revisionsbestämmelserna i VREGL kompletteras med en möjlighet att fortlöpande göra anpassningar i tillstånden och villkoren för vattenregleringarna med avseende på såväl tiden för som omfattningen av revisionen. Även själva tillståndet bör kunna omprövas, vilket betyder att man inte kan göra halt inför ändringar i högsta resp. lägsta reglerade vattennivå. En allmän miljörettslig erfarenhet är f.ö. att det är svårt att skilja tillståndet från villkoren för en verksamhet, dessutom gör en sådan distinktion systemet oflexibelt. Jag tror som sagt också att det krävs en uttryck-

⁷⁴ Vilket på sin tid fick en ledande tysk rättsvetare att utbrista: ”TA Luft är bindande för alla, utom för EU-domstolen”.

⁷⁵ Domen finns tyvärr enbart på franska och polska. Översättningen är min egen, gjord med hjälp av franskspråkiga vänner.

⁷⁶ Vilket också är den slutsats som dras i både Lorange Backer 2012 (s. 300) och Wang Andersen 2013 (s. 355ff).

lig regel om detta för att möta EU-rättens krav på tydlighet, vilket ju är särskilt viktigt i ett system där rättspraxis spelar mindre roll. Det bör heller inte finnas några europarättsliga hinder mot att göra en sådan regel tillämplig även på givna tillstånd där tiden för villkorsrevision inte har gått ut. Förutsättningen bör emellertid vara att den förses med en genomförandetid i syfte att respektera de berörda verksamhetsutövarnas berättigade förväntningar.⁷⁷ Därutöver är det nog så att de övriga instrumenten i VRL bör klargöras och vidgas för möjliggöra samordnade prövningar av verksamheter som regleras av de olika regelverken. Slutligen tror jag att Norge – liksom Sverige – har anledning att se över systemet för beslutsfattande för att anpassa det till RDVs planeringscykler. Eller för att tala med EU-domstolen (min kursiv):⁷⁸

Det krävs således inte enligt unionsrätten att den befogenhet som de lokala och regionala myndigheterna har med avseende på fullgörande av de skyldigheter som följer av direktiv 92/43 kompletteras av en subsidiär befogenhet för staten. (...) *Unionsrätten kräver dock att de åtgärder som vidtas enligt det system som har införts i nationell rätt sammantaget är tillräckligt effektiva för att säkerställa en riktig tillämpning av reglerna i direktiv 92/43 (...)*

5.7 Inför framtiden

Det återstår att se om den norska regeringen är beredd att ta de steg som behövs för att möta kraven i RDV. Vid läsning av OEDs färskas anmälan till Stortinget om en plan för naturmångfald kan det emellertid vara svårt att känna optimism i den saken. Här upprepas mantrat om revision som det huvudsakliga receptet för att införa nya miljökrav, trots att processen är ”svårt tid- og ressurskrevende, og at det er betydelig antall” av gamla tillstånd som måste gås igenom. Regeringen tillägger att det som utgångspunkt endast är de 50 högst prioriterade regleringarna där krav på minimivattenföring och ändringar av manövreringsreglementet ska introduceras och allmänt sett ska försiktighet iakttas när det gäller krav som medför produktionstapp. Möjligen finns en öppning i en skrivning om att

⁷⁷ Se *Fredin v Sweden* i Europadomstolen (ECHR 1991-02-18; Case No 12033/86). Jag har skrivit om fallet dels i *Rätt tillstånd för miljön* (avsnitt 2.2), dels i *Tradition och förnyelse på vattenrättens område* (2014). Se också Vattenverksamhetsutredningen slutbetänkande SOU 2013:69 *Ny tid ny prövning*, avsnitt 8.6. Ett norskt motsvarande rättsfall är f.ö. Rt. 2008 s. 1747 *Hopen naturreservat*.

⁷⁸ C-301/12 *Cascina di Prini* (2014), para 43.

regeringen ska överväga hur standardvillkor och andra rättsliga medel kan användas på ett mera rationellt sätt för att nå miljömålen för 2016-2022, men det är än så länge skrivet i stjärnorna vad som kommer ut av det.⁷⁹ Då det är fråga om delegationsvillkor är det emellertid svårt att se några juridiska skäl för att man inte går fram föreskriftsvägen. Det är slutligen svårt att frigöra sig från känslan att de norska myndigheter gör som så många andra i den stora familjen inom Unionen, dvs. talar med kluven tunga. Å ena sidan säger man i kommunikationerna med ESA att prioriteringen i NVE 2013 inte gäller för planeringscykeln 2016-2021. Åtgärdsprogrammen ska fastställas utifrån förutsättningen att krav på minimivattenföring ska kunna finnas även i icke-prioriterade vattendrag. Å andra sidan är den nationella ”føringen” (vägledningen) från januari förra året till vattenregionerna inför planeringscykeln 2016-2012 alls inte så tydlig.⁸⁰ Dessutom gick NVE ut med ett dekret till vattenregionerna om att prioriteringsordningen gäller,⁸¹ vilken myndigheten sedan följde upp med invändningar mot de åtgärdsprogram som säger annat.⁸² Vi får alltså förstå om ESA förhåller sig skeptisk och avvaktar vad som kommer ut när planerna fastställs av regeringen senare under våren. Först då blir det nog bestämt om Norge stäms inför EFTA-domstolen i överträdelseärendet.

⁷⁹ OED Meld. St. 14 (2015-2016). Melding til Stortinget: Natur for livet – Norsk plan for naturmangfald (2015-12-18), s. 96. Även intervju med Carsten Jensen, NVE (27/11-15).

⁸⁰ Vannforvaltningsplaner i vassdrag med kraftproduksjon – nasjonale føringer. OED/KLD 24.1.2014 (dnr 12/3553).

⁸¹ Innspill til arbeidet med vannforvaltningsplaner og tiltaksprogram. NVE 19.3.2014 (dnr 200709992-78).

⁸² Se t.ex. Regional plan for vannforvaltning i vannregionen Vest-Viken 2016-2021. Vannregion Vest-Viken 2.november 2015, s. 22ff.

6 Jämförande slutsatser

6.1 Inledning

När jag började min studie om norsk vattenrätt skedde det med utgångspunkt från två missuppfattningar. Jag trodde nämligen att den vattenrättsliga tillståndsregimen i grannlandet dels byggde på tidsbegränsade tillstånd, dels var betydligt mer långtgående i kraven på anpassning av gamla tillstånd till moderna miljökrav. Den senare uppfattningen byggde på förförståelsen att ändringar i tillstånden som huvudregel inte utlöser någon rätt till ekonomisk ersättning till tillståndshavaren. Som har framgått av rapporten hade jag fel i båda avseendena; tillstånden är numera eviga och frånvaron av en ersättningsrätt gör ingen skillnad på det här området. Det hindrar inte att jag har lärt mig mycket av att studera norsk vattenrätt och på ett allmänt plan finns alltid lärdomar att göra genom att se sitt eget rättssystem ”Im fremden Spiegel”.⁸³ Jag avslutar därför med några komparativa slutsatser av den norska regleringen av vattenkraften och möjligheterna att ompröva givna tillstånd. Det är inte fråga om någon djupare diskussion om effektiviteten i reglerna och beslutsordningen, utan jag nöjer mig med att lyfta fram två frågor som är särskilt intressanta ur ett svenskt perspektiv. Den första gäller de vida möjligheterna till samordnad prövning i norska revisionssaker, den andra om vad vi kan lära av ESA-ärendet.

6.2 Möjligheterna till samordnad prövning

Till att börja med vill jag påstå att det på ett allmänt plan är svårt att dra några slutsatser kring den norska beslutsordningen på vattenrättens område, då den är väldigt olik vår process enligt miljöbalken. Skillnaden mellan ett system där miljöbesluten tas helt och hållet i förvaltningen och ett som är domstolsbaserat är helt enkelt för stora för att möjliggöra en giltig komparation. Det finns visserligen likheter med beslutsfattandet i Sverige på miljöområden där regeringen överprövar tillstånd som meddelas av sektorsmyndig-

⁸³ Se Darpö & Nilsson 2008.

heter, men det gäller främst infrastrukturanläggningar och utvinning av mineraler. Jag måste dock erkänna att jag har fått en liknande känsla vid studiet av norsk vattenrätt som jag får när jag närmar mig de rättsområden i Sverige där regeringen har sista ordet. Beslutsfattandet framstår som betydligt mera politiserat jämfört med den vanliga prövningen i miljödomstol och möjligheterna för de motstående intressena att göra sig hörda är klart mindre.⁸⁴ Jag vill också påstå att där saknas den balans som uppstår när rättstillämpningen avgörs av ett oberoende organ. Som framgått av studien, påverkas många rättsliga konstruktioner av att de hanteras helt inom förvaltningen i ett system där domstolarna sällan överprövar dess beslut. Exempelvis blir det ”juridiska värdet” av ett uttalande i en ”föreläggelse” från regeringen eller en ”retningslinje” från en nationell myndighet om förståelsen av en miljörättslig regel – som ju ofta innehåller avvägningar mellan olika samhällsintressen eller ett administrativt skön – väldigt annorlunda än i ett system där tillämpningen av samma regel överprövas i sin helhet av en domstol som fattar ett nytt beslut.

Även om alltså utgångspunkterna är olika, vill jag ändå lyfta fram en stor fördel med det administrativa beslutsfattandet i Norge. Revisionsmöjligheterna i VREGL och VRL ger stort utrymme för att ta ett samlat grepp på ett helt eller t.o.m. flera vattendrag. Möjligheten utnyttjades också tämligen vidsträckt i de fem revisionssakerna som är avslutade. Även om både NVE och regeringen avvisade flera krav på utvidgning av revisionssaken, var utgångspunkten ändå att samordna prövningen efter vad som är lämpligt ur ett helhetsperspektiv. Det finns också exempel på hur myndigheten i tillstånd enligt §8 VRL eller i beslut enligt §18 VRL om att ett visst projekt inte behöver tillstånd bestämmer att villkoren kan komma att ändras vid en förestående revision.⁸⁵ Som nämnts ovan, används också tekniken att villkor i olika tillstånd

⁸⁴ Buan & Eikeland & Inderberg (2010), s. 110.

⁸⁵ Ett exempel på ett tillstånd till vattenkraft enligt §8 VRL med en sådan skrivning är NVEs beslut om Vesle Kjela kraftverk i Telemark (NVE beslut 2014-02-11, NVE 201104306-23). Här ville kommunen att tillståndsprövningen skulle samordnas med den pågående revisionen av Tokke-Vinje-vassdraget. Kravet avvisades av NVE (och OED efter överklagande), som emellertid påminde att driften av kraftverket skulle bli beroende av de nya regleringsvillkoren för magasinerna i älven. Ett exempel på en motsvarande tillämpning i ett ärende enligt §18 VRL gällde upprustningen av Nedre Rossåga kraftverk, där NVE bestämde att projektet inte var tillståndspliktigt, samtidigt som man uttalade att tillräcklig hänsyn till bl.a. erosion kunde tillvaratas i den pågående revisionen av Rossågavassdraget. (NVE 2011-12-15; NVE 200700445-38).

bestäms i en samordnad prövning, men att de inte börjar gälla förrän fristen för villkorsrevision har löpt ut. I de här delarna skiljer sig det norska systemet klart från det svenska, där utgångspunkten istället är att varje kraftverk i ett vattendrag måste prövas för sig. Något som underlättar den norska samordningen är också att ofta är det är regleringsföretagen som är tillståndshavare. Som jag har förstått det, är huvudregeln i Sverige att det är vattenkraftsägarna som sitter på tillstånden.⁸⁶ Regleringsföretagen – i den mån det finns ett sådant i ett vattendrag – är oftast bildade som frivilliga samfälligheter. Också det faktum att processen i sin helhet sköts inom en myndighet som har tillgång till alla slags rättsliga instrument är en klar fördel om man vill åstadkomma effektiva prövningar för att förnya miljökrav i gamla tillstånd. NVE är på så sätt en riktig ”one-stop shop” – eller ”allt i en lucka”, som man säger i Finland – vilket manar till efterföljd. Därmed är vi framme vid den slutsats som brukar dras i dessa sammanhang i den svenska diskussionen om miljöprocessen, nämligen att tillstånd och andra miljöbeslut bör tas av en myndighet. Miljödombstolens roll bör vara att överpröva de administrativa besluten och i det avseendet har den svenska förvaltningsprocessen stora fördelar jämfört med systemet med rättsprövning som tillämpas i Norge. Men det är som sagt en fråga som får diskuteras i annat sammanhang.

6.3 Omprövning och RDV

Den andra lärdomen vi kan dra av det norska exemplet gäller systemet för omprövning och mötet med RDVs anpassningskrav. Till att börja med kan vi konstatera att det finns stora likheter när det gäller tillstånd till vattenreglering och kraftverk i våra länder. Även i Sverige är de flesta tillstånd gamla och i stort behov av anpassning till dagens miljöbehov och samhällsvärderingar.⁸⁷ Vidare finns många verksamheter som fortfarande bedrivs utan tillstånd

⁸⁶ Som vanligt i svensk vattenrätt råder oklarhet. Jag har hört påståenden om regleringsföretagen visst är tillståndshavare, medan det motsatta kom fram i intervjun med Daniel Lewandowski, Vattenregleringsföretagen (20/1-16). Enligt hemsidan (<http://www.vattenreglering.se/>) svarar Vattenregleringsföretagen för reglering av vattnet för kraftproduktion i Umeälven, Ångermanälven, Indalsälven, Ljungan, Ljusnan och Dalälven. I var och en av dessa älvar finns ett vattenregleringsföretag och verksamheten organiseras gemensamt på huvudkontoret i Östersund. Delägare i företagen är kraftproducenterna i de sex älvarna. I Luleälven ägs samtliga kraftverk av Vattenfall.

⁸⁷ Se Darpö 2014, avsnitt 2.

eller som bara omfattas av äldre domar, privaträttsliga avtal och privilegiebrev. Till problematiken hör också att en vattenverksamhet kan omfattas av ett antal tillstånd och domar från olika tidsepoker. Det är därför knappast någon överdrift att säga att det svenska vattenrättsområdet präglas av oklarheter om vad som gäller, vilket i sig medför problem för tillsynsmyndigheterna på området. Det är också så att många vattenverksamheter orsakar miljöproblem; minimitappning vid fel tidpunkter, fel sätt och på fel plats, korttidsreglering som medför stora skador eller nolltappning och torrlagda fåror, dammar och annat som fungerar som vandringshinder eller reglering som skadar vattendragets kantzoner. Det finns alltså ett omfattande omprövningsbehov, men arbetet går som i Norge, dvs. långsamt eller mycket långsamt. Det är svårt att jämföra siffror, men mellan 1990 och 2010 har endast 90 omprövningar begärts av vattenkraftverk och regleringsdammar med äldre tillstånd av totalt drygt 3 500 anläggningar. Orsakerna till senfärdigheten är flera, varav en del är desamma som i Norge. Rädsla för produktionsförluster och samhällskostnader, resursbrist hos myndigheterna, nedprioritering i förhållande till tillståndsprövningar av nya anläggningar, m.m. Till detta kommer att först på senare har rättsläget börjat klargöras genom rättspraxis i Mark- och miljööverdomstolen. Det finns också stora likheter i den traditionella rättsuppfattningen på detta område i våra länder på så vis att det har utvecklats en särskild "vattenrättslig diskurs" med ett eget sätt att se på miljölagstiftningen. Den traditionella synen bidrar tydligt till de spänningar som uppstår i mötet med EU-rätten, inte minst när det gäller förhållandet mellan tillståndsgiven vattenverksamhet och RDV.⁸⁸

Det är mot den här bakgrunden som Norges överträdelseärende med ESA blir intressant även för oss. Det finns nog ingen fråga där som inte direkt kan överföras till vår implementering av direktivet och dess anpassningskrav. Jag har uppfattat att klassificeringen i Sverige visserligen görs på annat sätt, men diskussionen i ESA-ärendet om målsättningen för kraftigt modifierade vattenförekomster är giltig. Även frågan om de rättsliga instrumenten är effektiva är i högsta grad relevant för miljöbalkssystemet. Det betyder att även reglerna om omprövning av tillstånd i 24 kap. MB måste diskuteras mot bakgrund av kraven i artikel 4 och 11 RDV. Det samma gäller för vad slags förelägganden som miljömyndigheterna

⁸⁸ Se Darpö & Ebbesson 2014.

kan meddela mot tillståndsgivna verksamheter eller sådana som bedrivs med oklara rättsgrunder. Också vi måste alltså fråga om miljöbalkens regler och prövningsordning möjliggör att inför varje planeringscykel ställa krav på verksamheterna i syfte att uppnå miljömålen. Diskussionen om detta verkar ha kommit längre hos oss än i Norge, men här som där har det inte hänt mycket på backen. Det känns onödigt att påpeka det, men EU-rätten väntar emellertid inte. Då det är fråga om ändringar i komplexa system som rör många tillstånd och verksamheter är en reform av reglerna bråds-kande. För oss – till skillnad från för Norge – kan det annars bli dyrt. Men notan hamnar förstås på Miljö- och Energidepartemen-tets budget, inte hos dem som strävar emot.

Källförteckning

I källförteckningen finns det material som legat till grund för studien. I slutet finns också en lista över de intervjuer som jag har genomfört, med datum och kontaktadress angivet. I fotnoterna använder jag mig av kortreferenser till sådan litteratur som finns i källförteckningen. Referensen består av författarnamnet och utgivningsåret. Samlingsverk är listade i källförteckningen med titeln och referenstekniken anpassad därefter. Det bör slutligen observeras att det ingår viss litteratur i fotnoterna som inte återfinns i källförteckningen. Det är då fråga om enstaka referenser som saknar allmänt intresse för studien.

Offentligt tryck m.m.

Fakta 2015 – Energi og Vannresurser i Norge, Olje- og energidepartement (OED) 2015

Proposition Ot.prp. nr. 50 (1991-1992) Om lov om endringer i vassdragsreguleringsloven mv.

Retningslinjer for revision av konsesjonsvilkår for vassdragsreguleringer. Det kongelige olje- og energidepartement (OED), Oslo 25/5-12

Vannkraftkonsesjoner som kan revideres innan 2022 – Nasjonal gjennomgang og forslag til prioritering. NVE & MD Rapport 49/2013, Norges vassdrags- og Energidirektorat, september (NVE) 2013

Vannforvaltningsplaner i vassdrag med kraftproduksjon – nasjonale føringer. OED/KLD 24.1.2014 (dnr 12/3553)

Innspill til arbeidet med vannforvaltningsplaner og tiltaksprogram. NVE 19.3.2014 (dnr 200709992-78)

Regional plan for vannforvaltning i vannregionen Vest-Viken 2016-2021. Vannregion Vest-Viken 2.november 2015

Litteratur

- Backer, IL: *Naturvern og naturinngrep: Forvaltningsrettslige styringsmidler*. Universitetsforlaget, 1986
- Backer, IL: *Innføring i naturresurs- og miljørett*. Gyldendal, 5:e uppl. 2012
- Buan, IF & Eikeland, PO, Inderberg, TH: *Rammebetingelser for utbygging av fornybar energy i Norge, Sverige og Skottland. Sammenligning av faktorer som motiverer og modererer investeringer*. FNI Rapport 6/2010/Fridtjof Nansens Institutt, Februar 2010
- Bugge, H.C: *Grunnloven § 97: En oversikt over teori og nyere rettspraksis*. Jussens Venner 1999, Universitetsforlaget
- Bugge, H.C: *Erstatning for rådgibetsinnskrenkninger: Står vi ved et "paradigmeskifte"?* Lov og Rett 2009, Universitetsforlaget
- Bugge, HC: *Lærebok i miljøforvaltningsrett*. Universitetsforlaget, 4:e uppl. 2015
- Darpö, J: *Rätt tillstånd för miljön – Om miljörettsliga tillstånd och deras rättsliga effekter*. Rapport inom forskningsprogrammet Enforcing European Environmental Law (Enforce), 2010-07-12. Publicerad på www.jandarpo.se / Artiklar & Rapporter
- Darpö, J: *Tradition och förnyelse på vattenrättens område. Om mötet mellan gamla tillståndsregimer och moderna miljökrav*. Nordisk Miljörettslig Tidskrift 2014:2, s. 101. Rapport inom forskningsprogrammet SPEQS.
- Darpö, J: *Bra med moderna krav på vattenkraften*. Debattartikel (med Jonas Ebbesson) i SvD Brännpunkt 6/10-14 (<http://www.svd.se/3983103>)
- Darpö, J & Nilsson, A: *On the Comparison of Environmental Law*. (with Annika Nilsson). From Miljøretlige emner. Festskrift till Ellen Margrethe Basse. JØF, 2008, s. 261
- Eckhoff, T & Smith, E: *Forvaltningsrett*. Universitetsforlaget, 10:e uppl. 2014
- Gyldendals Rettsdata: *Kommentar till VREGL* (Inge Lorange Backer), senast reviderad 2011-12-26
- Gyldendals Rettsdata: *Kommentar till VRL* (Inge Lorange Backer), senast reviderad 2012-06-18
- Josefsson, H: *Good Ecological Status. Advancing the Ecology of Law*. Akademisk avhandling, Uppsala universitet 2015.
- Løyland, B: *Forvaltning av vannresurserne. Vannresursloven*. Ur Vassdrags- og Energirett 2002, s. 64-137

Stemsrud, O: *EØS-rett i et nøtteskall*. Gyldendal Juridisk, 2015

Stiansen, O & Haagensen, K: *Vattenkraftutbygging*. Ur Vassdrags- og Energirett 2002, s. 260-432

Tegner Anker, H & Fauchald, OK & Nilsson, A & Suvantola, I: *The Role of Courts in Environmental Law – a Nordic Comparative Study*. Nordisk Miljörättslig tidskrift 2009, s. 9

Vassdrags- og Energirett. Falkanger, T & Haagensen (red). Universitetsforlaget 2002

Wang Andersen, I: *Litt om reguleringen av vannkraft i Norge*. Stencil, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo (UiO), 2011

Wang Andersen, I: *EUs rammedirektiv for vann – miljøkvalitetsnormer for vannmiljøet i møte med norsk rett*. Kart og plan 2013, s. 355-366

Wehre, J: *Nya tag mot gamla hinder. Omprövning av tillstånd enligt svensk och norsk rätt*. Uppsats (30 hp), Uppsala universitet vt 2014

Domar och beslut

Europadomstolen

Fredin v Sweden (ECHR 1991-02-18; Case No 12033/86)

Hamer v Belgium (ECHR 2008-02-27; Case No 21861/03)

EFTA-domstolen

Dom 2007-06-26 i mål nr E-2/06 EFTA Surveillance Authority (ESA) mot Norge

EFTA Surveillance Authority (ESA)

<http://www.eftasurv.int/press--publications/public-documents/>

Case No: 69544; Complaint against Norway concerning compliance with the Water Framework Directive 2000/60 as regards regulated water courses.

Många av dokumenten finns tillgängliga på ESAs hemsida, resten finns på norska vattenportalen;

<http://www.vannportalen.no/english/>

EU-domstolen

C-361/88, *TA Luft I* och C-59/89 *TA Luft II* (1991)

C-6/04 *KOM* ./ . UK (2005)

C-32/05 *KOM* ./ . LU (2006)

C-192/11 *KOM* ./ . PL (2012)

C-301/12 *Cascina di Prini* (2014)

Høyesterett i Norge

Observera att det inte finns någon databas för norska domar som är öppen för allmänheten. Avgöranden från domstolarna publiceras i pappersform i Norsk Retstidende (Rt) och på nätet enbart i abonnemangsversionerna av Lovdata (<https://lovdata.no/>) och den privata Gyldendal Rettsdata (<https://www.rechtsdata.no/>). Många avgöranden från år 2000 och framåt finns ändå att tillgå antingen på Høyesterets hemsida (<http://www.domstol.no/hoyesterett>) eller rent allmänt på nätet.

Rt. 2000 s. 1811 *Finanger I*

Rt. 2005 s. 1365 *Finanger II*

Rt. 2008 s. 1747 *Hopen naturreservat*

Regeringsbeslut i revisjonsaker

Samtliga beslut är tillgängliga på NVEs hemsida; www.nve.no

OED Kongelig resolusjon 2008-12-10; Saksnr 01/2375 - Revisjon av konsesjonsvilkår i Vinstravassdraget

OED Kongelig resolusjon 2011-10-28; Saksnr 08/0292 - Ny reguleringskonsesjon for Tesse i Lom og Vågå kommuner, Oppland fylke

OED Kongelig resolusjon 2013-12-06; Saksnr 11/715 - Tillatelse til riving av dammer i Nåvatn - Skjerkevatn og bygging av nye dammer - Økt reguleringi Skjerkevatn og revisjon av konsesjonsvilkår for regulering av Nåvatn, Skjerkevatn og Ørevatn med manøvreringsreglement

OED Kongelig resolusjon 2014-03-07; Saksnr 09/2364 - Revisjon av konsesjonsvilkår for regulering av Selbusjøen m.m.

OED Kongelig resolusjon 2015-04-17; Saksnr 08/2846 - Revisjon av konsesjonsvilkår for regulering av Årdalsvassdraget til Stolsåna i Hjelmeland og Forsand kommuner

Intervjuer

2015-11-25: *Per Ove Eikeland & Peter Johan Schei*, Fridtjof Nansens Institutt (FNI), Lysaker. Kontakt: per-ove.eikeland@fni.no

2015-11-26: *Ole Kristian Fauchald*, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo. Kontakt: o.k.fauchald@jus.uio.no

2015-11-27: *Carsten Stig Jensen*, Norges Vassdrags- og Energidirektorat (NVE). Kontakt: csj@nve.no

2016-01-12: *Pernille Lund Hoel & Jo Halvard Halleraker*, Miljødirektoratet. Kontakt: pernille.lund.hoel@miljodir.no; jo.halvard.halleraker@miljodir.no

2016-01-12: *Karianne Aamgaard Lundgaard*, LVK. Kontakt: kal@lundogco.no

2016-01-13: *Åsa Renman*, SABIMA. Kontakt: aasa.renman@sabima.no

2016-01-13: *Knut Kroepelien*, Energi Norge. Kontakt: kk@energinorge.no

2016-01-13: *Honorata Gajda & Per Flatberg*, Naturvernforbundet (Friends of the Earth Norway). Kontakt: hkg@naturvernforbundet.no; p.flatberg@gmail.com

2016-01-14: *Inge Lorange Backer*, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo. Kontakt: i.l.backer@jus.uio.no

2016-01-20: *Henrik Josefsson*, Juridicum, Uppsala universitet. Kontakt: Tel. 018/4712008, henrik.josefsson@jur.uu.se

2016-01-20: 20/1-16 *Daniel Lewandowski*, Vattenregleringsföretagen, Östersund. Kontakt: Tel. 063/150800, daniel.lewandowski@vattenreglering.se

