

Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2014:2

www.nordiskmiljoratt.se

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2014:2

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Gabriel Michanek

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

Innehåll/Content

Gabriel Michanek: **Introduction ... 5**

Hendrik Schoukens: **Access to Justice in Environmental Matters on the EU Level after the Judgements of the General Court of 14 June 2012: Between Hope and Denial? ... 7**

Lasse Baaner: **Klimatilpasning – Udledning af regnvand fra veje og befæstede arealer ... 43**

Christina Olsen Lundh: **Miljö kvalitetskrav eller miljö kvalitetsnormer? Reflektioner med anledning av en rapport om Sveriges implementering av ramvattendirektivet ... 61**

Rolf Strömberg: **Urminnes hävd och vattenrätten – några synpunkter ... 95**

Jan Darpo: **Tradition och förnyelse på vattenrättens område. Om mötet mellan gamla tillståndsregimer och moderna miljökrav ... 101**

Introduction

Gabriel Michanek, editor

The eleventh issue of Nordic Environmental Law Journal starts with the article *Access to Justice in Environmental Matters on the EU Level after the Judgements of the General Court of 14 June 2012: Between Hope and Denial?* Hendrik Schoukens discusses public interest litigation before EU courts. Access to justice in environmental matters was generally strengthened through the Aarhus Convention, ratified by EU in 2005. Article 9(3) of the convention stipulates public access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities. The EU Regulation No. 1367/2006 aimed specifically to implement this article. Nevertheless, public litigation is so far virtually impossible in EU Courts, also in environmental matters. This is basically due to the so called “Plaumann test”, established by the CJEU in case 25/62. Although a more progressive stance was taken by the General Court in its rulings of 14 June 2012, Schoukens recommends that both reconsideration of the Plaumann doctrine and revision of Regulation No. 1367/2006 are necessary for the EU to comply with its obligations under the third pillar of the Aarhus Convention.

The article *Klimatilpasning – Udledning af regnvand fra veje og befæstede arealer* [Climate adaptation – The Discharge of Stormwater from Roads and Paved Areas] is written by Lasse Baaner. The focus is on stormwater run-offs from roofs and roads containing hazardous substances for which environmental quality standards have been established. According to article 10 of the Water Framework Directive, conditions in a permit must be based on the best available technology. If environmental objectives and environmental quality standards are not being met, stricter conditions must be applied. Baaner argues that these rules are inadequately implemented in Danish legislation. There is a need to clarify the legal basis for permits to discharge run-off from roofs, roads and squares – especially in light of the new local strategies for climate change adaptation, which aim to allow run-offs being discharged without passing any waste water treatment facility.

The third article is named *Miljö kvalitetskrav eller miljö kvalitetsnormer? Reflektioner med anledning av en rapport om Sveriges implementering av ramvattendirektivet* [Environmental Quality Requirements or Environmental Quality Standards? Reflections with occasion of a report on Sweden's implementation of the Water Framework Directive]

flections on a report on Sweden's implementation of the Water Framework Directive]. Christina Olsen Lundh analyses and criticises a report written by Ulf Bjällås and Magnus Fröberg in March 2013. The report questions if the EU water directives are implemented in Sweden in a legally correct manner and if the implementation can be regarded as functional. An essential part of Olsen Lundh's criticism concerns the methodological approach in the report.

The fourth article is a continuation of a Swedish debate in this Journal. The controversial question is if immemorial prescription [*urminnes hävd*] related to a water area should be equated with a water permit issued according to the Environmental Code. The debate was initiated in an article by Ingela Lindqvist in no. 2013:1, to which Cristina Olsen Lundh responded in no. 2013:2. In *Urminnes hävd och vattenrätten – några synpunkter* [Immemorial Prescription and Water Law – Some Observations] – Rolf Strömberg analyses in particular the preparatory works of the Environmental Code. He concludes that, despite unclear provisions, the legal effect of immemorial prescription is the same as from a permit issued according to the Environmental Code.

The fifth and last article by Jan Darpö is not directly part of but linked to the abovementioned debate: *Tradition och förnyelse på vattenrättens område. Om mötet mellan gamla tillståndsregimer och moderna miljökrav* [Tradition and Reform in Water Law. On the encounter between old permit regimes and modern environmental requirements]. The article focuses on hydro power works and relates to an ongoing legislative work to reform Swedish water law. Darpö discusses how and when new environmental demands can be addressed to ongoing activities under conditions that meet the requirements from European law and the operators' legitimate expectations. He also analyses the possibilities for permit holders to obtain financial compensation in these situations.

Access to Justice in Environmental Matters on the EU Level after the Judgements of the General Court of 14 June 2012: Between Hope and Denial?

Hendrik Schoukens*

*Progress is impossible without change, and those who
cannot change their minds cannot change anything
(George Bernard Shaw)*

Abstract

It is a well-known fact of life that public interest litigation before the EU courts is rendered virtually impossible due to the strict application of the *Plaumann*-doctrine. However, in the wake of the ratification of the Aarhus Convention by the EU in 2005, it was hoped that the implementation of Article 9(3) of the Aarhus Convention would usher in an era of wider access to justice in environmental matters. This expectation has been belied. It soon emerged that, even with the adoption of Regulation No. 1367/2006, which specifically aimed to implement Article 9(3) of the Aarhus Convention for EU institutions by enabling environmental NGOs to file a request for internal review of EU decisions in relation to the environment, nothing has changed on the ground. In fact, it turned out the internal review procedure was applied so restrictively that almost none of the requests that were filed by the environmental NGOs during the past years were treated on their merits. Recently, the rigid application of the admissibility requirements laid down by Regulation No. 1367/2006 was debunked by the General Court in its recent rulings of 14 June 2012. Whilst ostensibly progressive, it will be argued in this paper that, even if the rulings of the General

Court of 14 June 2012 are upheld by the CJEU on appeal, they will only bring limited changes in the non-compliance by the EU as to its obligations under the third pillar of the Aarhus Convention. It will be maintained that, in the end, the reconsideration of the *Plaumann*-doctrine, alongside a thorough revision of Regulation No. 1367/2006, is the only sensible solution for this perennial flaw in the EU legal system.

I. Introduction

In spite of the recent growth of environmental protection statutory provisions, the environmental degradation continues. By collecting and disseminating information to the wider public about the state of the environment, environmental NGOs (ENGOS) are playing a seminal part in the raising of the environmental awareness in society¹. In the past decades, ENGOS have succeeded in fostering the political debate about important issues, such as acid rain, climate change and deforestation. Concepts such as sustainable development, natural resource conservation and the restoration of ecosystems have been put on the agenda of policy makers, largely thanks to

* Ph.D. Researcher, Faculty of Law, Ghent University, Belgium, hendrik.schoukens@ugent.be. The text is updated as of 15 May 2014.

¹ See, amongst others: A Agarwal, 'Role of NGOs in the Protection of Environment' (2008) *Journal of Environmental Research and Development*, pp. 933–938.

the relentless efforts of ENGOs. In a world characterized by the retreat of the state from a number of public functions and regulatory activities, the watchdog activities of ENGOs in safeguarding the public interest become all the more important for ensuring an adequate environmental performance, not only by national authorities but also multinational companies.

Notwithstanding the obvious benefits that accompany the rise of ENGOs in society, they still face important barriers when bringing environmental claims before courts. The political interests that are tied to the decision making process urge authorities to impair the possibilities for access to justice in environmental cases. Often the actions of ENGOs are being viewed as important impediments for further economic development. The enhanced eagerness of many ENGOs to go to court in order to enforce their viewpoints is increasingly being tagged a serious impediment for the business and economic progress. From the courts' side, it is moreover feared that lenient standing rules for ENGOs will lead to an exponential growth of litigation. And thus ENGOs are often confronted with rigid standing requirements whenever go to court with environmental claims. In a certain way, these strict admissibility requirements can be seen the procedural compound of the leading discourse amongst many business people, who become increasingly fearful of the impact of ENGOs on their profits.

Since 1998, the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention)² has played an increasingly important role in the strive for a better

access to justice for ENGOs. As is widely known, the Aarhus Convention aims to enhance public participation in environmental governance and lift the existing barriers for ENGOs and citizens to effectively challenge decisions that possibly contravene environmental law. It is grounded on the assumption that a wider involvement of individuals and ENGOs in environmental matters, if supplemented by effective access to justice, can lead to significant improvements in environmental protection. Accordingly, the Aarhus Convention, which was adopted under the auspices of the United Nations Economic Commissions for Europe (UNECE), calls for the recognition of a number of procedural rights for individuals and ENGOs with regard to the environment. To that end, the quintessential third pillar of the Aarhus Convention, laid down by Article 9, aims at empowering ENGOs and citizens to assist in the enforcement of environmental law. Especially Article 9(3) of the Aarhus Convention, that provides for a general right to challenge acts and omissions by private parties and public persons allegedly infringing national environmental law, has recently come to the forefront as a seminal provision in the strive for a wider access to justice in environmental cases for ENGOs.

By ratifying the Aarhus Convention in 2005³, along with its Member States, the EU committed itself to guaranteeing sufficient access to justice in environmental matters, both within the EU Member States and on the EU level. However, it is a well-known fact of life that public interest litigation is seriously compromised by the strict standing requirements maintained in the settled case-law of the EU Courts. Until today, no single ENGO has ever succeeded in gaining

² Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, done at Aarhus, Denmark, 25 July 1998 ('the Aarhus Convention'). The Aarhus Convention entered into force on 1 October 2001.

³ Council Decision 2005/370/EC of 17 February 2005 on the conclusion on behalf of the European Community, of the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, [2005] OJ L124/1.

access to the Court of Justice of the European Union (CJEU) or the former Court of First Instance (CFI) – which has been renamed General Court since the entry into force of the Lisbon Treaty – in order to obtain judicial review of a contested measure adopted by a European institution. Traditionally, such actions are hindered by the prevailing CJEU interpretation of what is of “individual concern”, one of the two conditions that need to be fulfilled pursuant to Art. 263 (4) of the TFEU for private entities in order to be able to challenge in an admissible manner an act originating from an EU institution⁴. The strict stance of the EU Courts has turned the implementation of the third pillar of the Aarhus Convention in a very troublesome endeavour.

In order to ensure compliance with the EU’s obligations under the Aarhus Convention, the European Parliament and Council enacted Regulation (EC) No 1367/2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention to Community institutions and bodies, which aims to implement the third pillar of the Aarhus Convention for EU institutions⁵. The Aarhus Regulation sought to transpose the obligations enshrined in Art. 9 (3) of the Aarhus Convention into Union law by enabling ENGOs meeting certain criteria to request an internal review under environmental law of acts adopted, or omissions, by EU institutions and bodies. Subsequently, ENGOs can institute proceedings before the CJEU. By some authors, the Aarhus Regulation was welcomed

as a significant step forwards in the pursuit of a better access to justice in environmental matters on the EU level⁶. Over time, it was hoped that the Aarhus Regulation might open new doors for ENGOs on the EU level and hence allow them to weigh more on the outcome of the decision making process in environmental matters. However, most legal scholars believed that, taking into account the limited material scope of the Aarhus Regulation, the latter would make little difference in enhancing access to justice in environmental matters on the EU level⁷. The latter were proven right by the reluctant application of the internal review procedures by the EU institutions and bodies in the recent years. Yet in two eagerly awaited judgments the General Court – more in particular in *Stichting Natuur en Milieu* (case T-396/09)⁸ and *Vereniging Milieudefensie* (case T-338/08)⁹ – the General Court somewhat surprisingly rejected the strict application of the Aarhus Regulation by the European Commission so far, invalidating two Commission decisions in this regard.

At first sight, these two rulings appear to be ground-breaking for the strive for a more wide access to justice in environmental cases on the EU level. Both decisions seemingly depict an

⁴ Case 25/62, Plaumann [1963] ECR 95 at 107.

⁵ Regulation (EC) No 1367/2006 of the European Parliament and the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies, [2006] OJ L 264/13 (‘Aarhus Regulation’). See extensively on the Aarhus Regulation: K Lenaerts, J A Gutiérrez-Fons, ‘The General System of EU Environmental Law Enforcement’ (2011) *Yearbook of European Law* 30 (1), pp. 21–24.

⁶ See, amongst others: T Crossen, V Niessen, ‘NGO standing in the European court of justice – does the Aarhus Regulation open the door?’ (2007) *RECIEL* 16 (3), pp. 332–340.

⁷ P Wennerås, *The Enforcement of EC Environmental Law* (Oxford Studies in European Law: 2007), at p. 234; J Jans, ‘Did Baron von Munchausen ever Visit Aarhus. Some Critical Remarks on the Proposal for a Regulation on the Application of the Provisions of the Aarhus Convention to EC Institutions and Bodies’ in R Macrory (ed.), *Reflections on 30 Years on EU Environmental Law: A High Level of Protection* (Europa Law Publishing: 2005), at p. 480 and 484.

⁸ Case T-396/09, *Stichting Natuur en Milieu* [2012] ECR I-0000 (Appeal Cases before the Court of Justice C-404/12 P, C-405/12 P).

⁹ Case T-338/08, *Vereniging Milieudefensie* [2012] ECR I-0000 (Appeal Cases before the Court of Justice C-401/12 P, C-402/12 P and C-403/12).

increased openness towards the wide access to justice in environmental matters which is put forward by the Aarhus Convention. However, in this paper it will be substantiated that, even if the judgments of the General Court are upheld by the CJEU on appeal, they will only bring limited changes in the non-compliance by the EU as to its obligations under the third pillar of the Aarhus Convention. At the same time, it will be established that, taking into consideration the partial findings and recommendations issued by the Aarhus Compliance Committee (ACCC) in 2011 on access to justice before the EU Courts, a more fundamental shift in jurisprudence is needed in order to bring about a genuine improvement as regards legal standing in environmental cases.

Apart from the introduction, this paper is comprised of five parts. In the second section a brief account will be given of the redress possibilities in Union law before the entry into force of the Aarhus Regulation. After having explored the content of the Aarhus Regulation in the third section, as far as the implementation of the third pillar of the Aarhus Convention is concerned, the paper will zoom in on the two rulings of the General Court of 14 June 2012. In the fifth section of this paper it will be submitted why the rulings of the General Court, even if reasserted on appeal, do not significantly improve the standing criteria for ENGOs before the EU Courts. In fact, it will be asserted that the rulings are, in the end, providing a fig leaf for maintaining limited access to justice for ENGOs before the EU Courts. In the final section it will be established that also the modifications on standing requirements before the EU Courts, as introduced by the Lisbon Treaty, fall short of bringing about the much desired sea change in access to justice for ENGOs.

II. Access to Justice *before* the Aarhus Regulation: The Road to Nowhere?

II.1. Art. 9(3) of the Aarhus Convention

Before delving into the recent case-law developments of the EU Courts as to legal standing in environmental cases, we need to briefly recall the main requirements set about by the so-called “third pillar” of the Aarhus Convention. This succinct analysis will serve as main touchstone in our subsequent analysis of the recent jurisprudence of the EU Courts.

a. the basics

The Aarhus Convention is widely hailed as one of the most innovative environmental treaties of the past decades, and rightly so. Whereas most environmental agreements include material obligations that Parties have to each other, the Aarhus Convention also imposes obligations on Parties and public authorities towards the public as far as access to information, public participation and access to justice are concerned. This is grounded on the assumption that sustainable development can only be achieved through the involvement of all stakeholders. It is therefore often being referred to as a “*proceduralisation of the environmental regulation*”, as it focuses more on setting and listing procedures than establishing standards and specific outcomes¹⁰.

As is widely known, the Aarhus convention more specifically encompasses three pillars: access to information, public participation and access to justice¹¹. Arguably, the final and most

¹⁰ G Aarti, ‘Transparency under scrutiny: Information disclosure in Global Environmental Governance’ (2008) *Global Environmental Politics* 8 (2), p. 2.

¹¹ See more extensively: United Nations Economic Commission for Europe, *The Aarhus Convention: An Implementation Guide* (2nd Edition, New York and Geneva: 2014), (‘Aarhus Implementation guide’), available at: <http://www.unece.org/environmental-policy/treaties/public-participation/publications/public-participation/2013/aarhus-convention-implementation-guide->

contentious right is the right of access to justice, as enshrined in Art. 9 of the Aarhus Convention. The latter article, which includes the provisions on access to justice, adopts a threefold approach. It aims to provide access in three distinct contexts: review procedures with respect to information requirements (first pillar)¹²; review procedures with respect to specific (project-type) decisions which are subject to public participation requirements (second pillar)¹³, and challenges to breaches of environmental law in general¹⁴. Interestingly, Art. 9 (3) of the Aarhus Convention is not merely aiming at enforcing the environmental rights that have been accorded to the public by virtue of the first two pillars of the Aarhus Convention. It creates a further class of cases where citizens can appeal to administrative or judicial bodies. By some, Art. 9(3) is referred to as a separate right to file a public interest law suit¹⁵. Art. 9(4) prescribes the minimum qualitative standards that must be met in all such procedures, as well as the type of remedies that must be provided. Under Art. 9(5) Parties are obliged to ensure that information is provided to the public on access to administrative and judicial procedures and appropriate assistance mechanisms to remove or reduce financial and other barriers to access to justice.

b. the specific requirements of Art. 9 (3)

Pursuant to Art. 9 (3) of the Aarhus Convention, in situations where Art. 9 (1) and Art. 9 (2) do not apply, Parties to the Convention have to ensure

that “members of the public have access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions by private parties and public authorities which contravene provisions of its national law relating to the environment”. Admittedly, in comparison with Art. 9 (1) and Art. 9 (2) of the Aarhus Convention, the wording of Art. 9 (3) remains rather vague. It also seems to allow greater flexibility than Art. 9 (2) of the Aarhus Convention. This should not come as a surprise, not only taking into account the above-mentioned drafting process, but also given the wide array of acts and omissions to which Art. 9 (3) of the Aarhus Convention applies¹⁶.

The latter was strikingly illustrated by the Aarhus Compliance Committee’s (ACCC) findings on communication ACCC/C/2005 (Belgium)¹⁷ and communication ACCC/C/2011/58 (Bulgaria)¹⁸. This being the case, many countries still expected the actual added value of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention to be very limited¹⁹.

Regarding the object of the possible administrative or judicial review, Art. 9 (3) of the Aarhus Convention does not, at first glance, give many clues either. Hence, the scope of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention is very broad, entailing that any act or omission by private parties and/or public authorities that contravenes environmental law must be challengeable. Either way, read in conjunction with Art. 2 (2) d of the Aarhus

[second-edition-text-only-version.html](#) (accessed 15 May 2014).

¹² Art. 9 (1) Aarhus Convention.

¹³ Art. 9 (2) Aarhus Convention.

¹⁴ Art. 9 (3) Aarhus Convention.

¹⁵ See in a similar vein: T P Vidovic, ‘Access to Justice (steps to Procedural Harmonization on grounds of the Aarhus Convention)’ in V Sancin and M K Dine (eds.), *International Environmental Law: Contemporary Concerns and Challenges in 2014* (GV Založba: 2014), p. 190, fn 8.

¹⁶ J Ebbesson, ‘Impact of the Aarhus Convention and European Union Law’ in M Pallemarts (ed.), *The Aarhus Convention at Ten. Interactions and Tensions between Conventional International Law and EU Environmental Law*, (Europa Law Publishing: 2011), p. 269.

¹⁷ Communication ACCC/C/2005/11 (Belgium), ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2 (28 July).

¹⁸ Communication ACCC/C/2011/58 (Bulgaria), ECE/MP.PP/C.1/2012/14, par. 83.

¹⁹ See more extensively: A Wetzel, ‘The Influence of International Institutions on Access to Justice in Environmental Matters in the EU and its Member States’ in O Costa, K E Jørgensen (eds.) *The Influence of International Institutions on the EU: When Multilateralism Hits Brussels* (Palgrave Macmillan: 2012), p. 85.

Convention, a first clear delimitation becomes apparent. Pursuant to Art. 2 (2) d of the Aarhus Convention bodies or institutions acting in their legislative or judicial capacity or not included in the definition of public authorities. This exemption will also prove relevant in EU-context, as will be portrayed later on in this paper.

As regards the nature of the review procedures that need to be provided by the Parties to the Aarhus Convention, Art. 9 (3) of the Aarhus Convention, once more, remains open to question. It merely sets out that the public should have access to administrative or judicial proceedings. Nonetheless, in comparison with Art. 9 (2) of the Aarhus Convention, the wording of Art. 9 (3) remains rather ambiguous. Whereas Art. 9 (2) of the Aarhus Convention obliges Convention parties to ensure access to a review procedure before a court of law or some other form of independent and impartial body, Art. 9 (3) of the Aarhus Convention does not contain any specific requirements in this respect.

Still, taking into account the additional qualitative standards of Art. 9 (4) of the Aarhus Convention, it surely can be contended that also the procedures provided by Convention parties in the context of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention, whether administrative or judicial, must be “adequate and effective”²⁰. Again, this feature will turn out crucial for the further assessment of the recent EU efforts in this regard.

Art. 9 (3) of the Aarhus Convention obliges Convention parties to provide for access to the aforementioned review procedures for “members of the public” where they meet the criteria, if any, laid down in national law. The wording of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention appears to be quite broad in comparison to Art. 9 (2) of the Aarhus Convention. Art. 9 (3) does not refer to “members of the public concerned” but to “members of the pub-

lic”. Given the broad definition of “the public”²¹, it can be upheld that it effectively covers any natural or legal persons, including, amongst others, environmental organisations. On the other hand, the referral to “the criteria, if any, laid down in national law” seems to allow a great deal of flexibility to the Convention parties in delimiting the scope of the review procedures. Indeed, already from the outset it was clear that the Convention parties are not obliged to establish a system of popular action (*actio popularis*) in their national laws with the effect that anyone can challenge any decision, act or omission relating to the environment. Nonetheless, in its earlier findings the ACCC underscored that Convention parties cannot use the clause “where they meet the criteria, if any, laid down in national law” as an excuse for introducing or maintaining so strict criteria that they effectively bar all or almost all environmental organisations from challenging acts or omissions that contravene national law relating to the environment²².

II.2. Three different ways to say “no”

Already before the entry into force of the Aarhus Convention the EU Courts had been confronted with pleas for a more lenient application of the admissibility requirements in environmental cases. The below section will briefly tackle the most seminal rulings of the EU Courts in this regard. It will be revealed that many of the arguments that were invoked in these proceedings still pop up in the ongoing debate and thus remain relevant for the assessment of the current day situation as regards access to justice in environmental cases.

²¹ See Art. 2 (4) of the Aarhus Convention: “one or more natural or legal persons, and, in accordance with national legislation or practice, their associations, organisations or groups”.

²² ACCC Belgium (see above n 17), par. 35. See more recently: Communication ACCC/C/2006/18 (Denmark), ECE/MP.PP/2008/5/Add.4, paras. 31, 35 and 41; ACCC Bulgaria (see above n 18), par. 65.

²⁰ Aarhus Implementation Guide (see above n 11), p. 200.

a. Greenpeace: no different treatment for environmental cases!

Prior to 1 December 2009, *ex Art.* 230 (4) of the TEC (now Art. 263(4) of the TFEU) provided that “(a)ny natural or legal person may (...) institute proceedings against a decision addressed to that person or against a decision which, although in the form of a regulation or a decision addressed to another person, is of direct and individual concern to the former”. As is widely known, the strict interpretation by the EU Courts of the criterion of “individual concern”, is representing an effective restriction on public interest litigation, especially so in environmental cases where diffuse interest are at stake.

The obvious starting point for any analysis of the treatment of legal actions instigated by ENGOs before the EU Courts are the rulings in *Greenpeace*, which date 1995²³ and 1998²⁴ respectively. In the latter case, *Greenpeace International*, some local ENGOs and residents of Gran Canaria more specifically sought the annulment of a decision adopted by the European Commission to provide financial assistance from the European Regional Development Fund (ERDF) for the construction of two power stations on the Canary Islands, without requiring an environmental impact assessment as was provided by EU environmental law²⁵. In order to substantiate the admissibility of their lawsuit, the plaintiffs invited the CFI to adopt a more liberal approach, recognising that their *locus standi* depended not only on a purely economic interest but on their

interest in the protection of the environment²⁶. However, most importantly, the CFI refused to reconsider its well-established *Plaumann*-approach, which puts forward that in order to initiate an admissible action against a measure of general application, the individual plaintiff must be singled out by it from the public at large in environmental cases. More in particular, it held that the *Plaumann* case-law remains good law regardless “the nature, economic or otherwise, of those of the applicants’ interests which are affected”²⁷. The CFI concluded unambiguously that “the applicants thus cannot be affected by the contested decision other than in the same manner as any other local resident, fisherman, farmer or tourist who is, or might be in the future, in the same situation”²⁸. The action of the ENGOs suffered a similar fate.

The same line of reasoning was upheld by the ECJ on appeal. No additional lip service was paid to the seminal role of ENGOs in the strive for more environmental protection and sustainable development in modern day society. The ENGOs were left as a “prophet in the wilderness” and were sent home by the EU Courts. When faced with the supplementary argument of the appellants that rejecting the actions would create a legal vacuum, which might not be filled by the possibility of bringing procedures before the national courts, as it was not possible to challenge the decision of the European Commission before the national courts, the ECJ maintained that the necessary remedies were still available in the national courts, based on *ex Art.* 234 of the TEC concerning preliminary rulings²⁹. The same reasoning was later on also applied by the CFI in *Danielson*³⁰.

²³ Case T-585/93, Stichting Greenpeace Council [1995] ECR II-2205

²⁴ Case C-321/95P, Stichting Greenpeace Council [1998] ECR I-1651.

²⁵ Council Regulation (EEC) No 2052/88 of 24 June 1988 on the tasks of the Structural Funds and their effectiveness and on coordination of their activities between themselves and with the operation of the European Investment Bank and the other existing financial instruments, [1998] OJ L 185/9.

²⁶ Greenpeace (see above n 23), par. 32.

²⁷ Ibid, par. 38

²⁸ Ibid, par. 55.

²⁹ Ibid, par. 32.

³⁰ Case T-21/95 R, Marie-Thérèse Danielsson [1995], ECR II-3051, par. 77.

Not surprisingly, the outcome in *Greenpeace* was met with some fierce criticism in the legal literature as it exposed the blatant lack of sufficient access to justice on the EU level³¹. The strict rationale applied by the EU Courts rendered it virtually impossible for individuals and ENGOS to successfully challenge the legality of EU decisions. The latter will not be able fulfil the strictly applied *Plaumann*-test in environmental cases, as, most of the time, environmental harm cannot be singled out to the extent that it is exclusively related to only one person.

At the time, Jans submitted that the ECJ seemed to assume that the decision of the European Commission is merely a kind of “*preparatory decision*”, to which no specific legal effects were attached³². Other authors argued that the opposite is true, as, what was at issue in the Spanish case, was the lawfulness of the Commission decision and not, as the CJEU seemed to suggest, the decision of the Spanish authority granting the authorisation³³. Likewise, the literature questioned whether the so-called standard of a “*complete*” system of judicial remedies, as was highlighted by the ECJ in *Les Verts*³⁴, is lived up to in this case.

Taking the long way round via the national courts might again confront the applicant with different rules of standing which might, in turn, bar cases from getting through to the ECJ. This being the case, the ruling in *Greenpeace* clearly indicated that, in the ECJ’s view, the denial of standing for ENGOS under the annulment procedure does not result into a lack of effective judicial remedy.

b. a failed revolt: it’s up to the national courts and the Member States!

As such, the deplorable situation for ENGOS and individual applicants before the EU Courts remained unchanged since *Greenpeace*. It is tempting to say that the rulings in *Greenpeace* mark both the starting point and the end point of the quest for environmental justice before the EU Courts so far. Since then, the EU Courts consistently dismissed pleas for a more progressive reading of the admissibility requirements enshrined in the treaties. The underlying reason therefore was the fear for a massive influx of direct actions by ENGOS, taking into account the high number of legal persons that have as their object the protection and conservation of the environment. And thus, the quasi-constitutional of the jurisprudential definition of “*individual concern*” prevailed over the pledges for a more open approach for ENGOS and concerned individuals.

Admittedly, in *Jégo-Quéré*, the CFI famously reversed the so-called *Plaumann*-test when interpreting Art. 230 (4) to that extent that “*there (was) no compelling reason to read into the notion of individual concern a requirement that an individual applicant seeking to challenge a general measure (had to be) differentiated from all others affected by it in the same way as an addressee*”³⁵. From environmental point of view, it remains somehow ironic to note

³¹ See amongst others: N Gérard, ‘Access to the European Court of Justice: A Lost Opportunity’ (1998) *Journal of Environmental Law* 10 (2), pp. 331–346; A Albors-Llorens, ‘Locus Standi of Private Parties in Environmental Cases’ (1999) *Cambridge Law Journal* 58(1), pp. 1–48; D L Torrens, ‘Locus Standi of Environmental Associations under EC Law – Greenpeace – A Missed Opportunity for the CJEU’ (1999) *RECIEL* 8(3), 336–346; J Jans, *European Environmental Law* (2nd edn, Europa Law Publishing: 2000), p. 217. See for a more recent critical assessment: C Poncelet, ‘Access to Justice in Environmental Matters – Does the European Union Comply with its Obligations?’ (2012) *Journal of Environmental Law* 24(2), pp. 287–309.

³² J Jans (see above n 31), p. 219.

³³ A Ward, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*, (Oxford University Press: 2000), pp. 154–156.

³⁴ Case 294/83, Parti écologiste ‘Les Verts’ [1986] ECR 1339, par. 23.

³⁵ Case T-177/01 *Jégo Quéré* [2002] ECR I-5137, par. 49

that the CFI seized this particular case, in which the legality of an EC measure aimed at the recovery of the stock of hake in the waters of the south of Ireland was contested, as testing case.

That said, the CFI held that one could not expect from *Jégo-Quéré* to initiate a national procedure and contesting the validity of the Regulation by violating its rules and then questioning their illegality in subsequent judicial proceedings brought against him³⁶. It reasoned that such a premise would violate the effective judicial protection, enshrined in Art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union³⁷.

The revolt of the CFI was only short lifted. As is widely known, the ECJ effectively struck down the uprising by the CFI and Advocate-General Jacobs with its decision in *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)* in 2002³⁸. Subsequently, it also overturned the CFI on appeal in the *Jégo-Quéré*-case³⁹, thereby firmly closing the sudden window of opportunity. The ECJ effectively shifted the responsibility to the Member States and the national courts. In the end, it was up to the Member States to grant individuals effective judicial protection. Next to interpreting national procedural rules in a way that enables individuals and NGOs to challenge the legality of national implementing measures, there was only one option left to overcome the ECJ's strict admissibility-test and that would be by amending the Treaties on this point.

Although the strict view of the ECJ has been met with mixed feelings by many commenta-

tors⁴⁰, the CFI quickly fell into old habits, once again reasserting its strict view on the admissibility of direct actions by private individuals. The so-called *European Environmental Bureau (EEB)* cases exemplified that access in environmental matters was still as remote in 2005 as it was in the nineties⁴¹. In these cases the CFI also refuted an alternative line of argumentation, based on the procedural rights granted to NGOs throughout the decision-making process, which was believed to ease up the standing requirements to some extent⁴². Ultimately the CFI took all hope away by noting that, at the time being, the Community legislation did not bestow procedural rights on the NGOs which could alter their *locus standi*⁴³.

c. post Aarhus: more of the same!

Bearing in the mind the entry into force of the Aarhus Convention for the EU in May 2005, it was hoped that the ECJ (later on, the CJEU) and the CFI (later on, the General Court) would be prompted to alter their strict view on access to justice in environmental matters.

But again, all too overly optimistic views were quickly denounced by the outcome of the *WWF-UK*-case. Here, the annulment was sought of Council Regulation of 21 December 2006 fixing for 2007 quotas and total allowable catches for cod (TACs) applicable in community waters⁴⁴

³⁶ *Jégo Quéré* (see above n 35), par. 45. See more extensively: K Lenaerts and T Corhaut, 'Judicial Review as a Paper to the Development of European Constitutionalism' (2003) *Yearbook of European Law* 22 (1), pp. 1–43.

³⁷ *Ibid*, par. 41 and 42.

³⁸ Case C-50/00 P *Unión de Pequeños Agricultores* [2002] ECR I-6677.

³⁹ Case C-263/02 P *Commission v Jégo Quéré* [2004] ECR I-3425.

⁴⁰ See amongst others: B Vesterdorf, 'The Community Court System Ten Years from Now And Beyond: Challenges And Possibilities' (2003) 28 *E.L. Rev.* 28(3), pp. 303–323.

⁴¹ Cases T-94/04 *EEB* [2005] ECR II-4419; Joined Cases T-236 and T-241 *EEB* [2005] ECR II-4945.

⁴² See amongst others Joined Cases T-38/99 to T-50/99 *Sociedade Agrícola dos Arinhos* [2001] ECR II-585, par. 48; Case T-47/00 *Rica Foods* [2002] ECR II-113, par. 55; Case T-13/99 *Pfizer Animal Health* [2002] ECR II-3305, par. 81–106.

⁴³ *EEB* (see above n 41), par. 62.

⁴⁴ Council Regulation No 41/2006 of 21 December 2006 fixing for 2007 fishing opportunities and associated conditions for certain fish stocks and groups of fish stocks, applicable in Community waters and, for Community

before the CFI. The CFI held that *WWF UK*, being merely a member of the North Sea RAC, could not, by relying on its procedural guarantees, claim that it was distinguished individually in this respect⁴⁵. Also a final plea based on the irreparable environmental damage caused by the disputed TACs and to right to effective judicial remedies, was rejected⁴⁶. In essence, these views were also upheld by the ECJ on appeal⁴⁷.

This case-law is to be read in conjunction with the decision of the CFI in *Região autónoma dos Açores* where the CFI, admittedly, in an *obiter dictum*, pointed out that, in any event, Art. 9 (3) of the Aarhus Convention referred to the criteria laid down in the national law, and in EU law such criteria were set by *ex Art. 230, (4) of the TEC* and the related jurisprudence⁴⁸. Equally, the CFI, in line with the earlier case-law which was outlined above, set aside the argument that no effective legal remedy would be available if the action were to be declared inadmissible⁴⁹.

II.3. A first warning issued by the ACCC

a. partial findings ...

Needless to say, it was to be expected that sooner or later an environmental NGO would submit this troublesome situation to the ACCC⁵⁰. This eventually happened on 1 December 2008, when *ClientEarth*, supported by a number of entities

and a private individual, submitted a communication to the Committee alleging a failure by the European Union to comply with its obligations under Art. 9 of the Aarhus Convention. The ACCC decided to defer further consideration of the communication until the CJEU had decided in *Stichting Milieu en Natuur*, one of the two cases that finally gave rise to the judgments of the General Court of 14 June 2012. Accordingly, at its 32nd meeting, 11–14 April 2011, the ACCC adopted only partial findings in this case, delaying certain issues awaiting the future decisions of the EU Courts in cases where application had been made of the Aarhus Regulation⁵¹.

b...which nevertheless severely criticises the strict standing requirements on the EU level

In its partial findings and recommendations of April 2011 the ACCC openly refrained from assessing in detail each and every possible form of challengeable decision-making by EU-institutions or each decision rendered by an EU Court⁵². Still, the ACCC easily concluded that a consistent application of the *Plaumann*-test would result in no member of the public ever being able to challenge a decision or a regulation in environmental cases before the CJEU. Such an outcome could hardly be deemed reconcilable with Art. 9 (3) of the Aarhus Convention⁵³. No big surprises here.

However, whilst the ACCC held that the general traits of the case-law of the EU Courts clearly run counter to the requirements of Art. 9 (3) and (4) of the Aarhus Convention, it apparently did not want to issue an outright, unconditional non-compliance statement⁵⁴. Ultimately, the ACCC held that “*if the jurisprudence of the EU*

vessels, in waters where catch limitations are required, [2007] OJ L 15/1.

⁴⁵ Case T-91/07, *WWF-UK Ltd* [2008], ECR II-00081, par. 81–82.

⁴⁶ *Ibid*, par. 86–88.

⁴⁷ Case C-355/08, *WWF-UK Ltd* [2009] ECR I-00073.

⁴⁸ Case T-37/04, *Região autónoma dos Açores*, [2008] ECR II-00103, par. 93. The view of the CFI was also upheld by the ECJ in appeal: Case C-444/08 P, *Região autónoma dos Açores* [2009] ECR I-00200.

⁴⁹ *Ibid*, par. 92.

⁵⁰ Pursuant to Art. 15 of the Aarhus Convention, the parties to the Aarhus Convention have established the ACCC in October 2012 to review compliance by the parties with their obligations under the Convention. See more extensively: J Ebbesson (see above n 16), 250–251.

⁵¹ Communication ACCC/C/2008/32 (Part I) (European Union), par. 10.

⁵² *Ibid*, par. 63.

⁵³ *Ibid*, par. 87.

⁵⁴ *Ibid*, par. 93.

Courts, as evidenced by the cases examined, were to continue, unless fully compensated for by adequate administrative review procedures, the Party concerned would fail to comply with article 9, paragraphs 3 and 4, of the Convention”.

Notwithstanding its strict wording on the existing case-law of the EU Courts in respect of access to justice in environmental matters, the ACCC therefore did not issue clear-cut recommendations towards the EU. In the end, it was held “that a new direction of the jurisprudence of the EU Courts should be established in order to ensure compliance with the Convention”⁵⁵. To that end, all relevant EU institutions are recommended to “take the steps to overcome the shortcomings reflected in the jurisprudence of the EU Courts in providing the public concerned with access to justice in environmental matters”⁵⁶.

III. Access to Justice after the Aarhus Regulation: The Road to Nowhere (Bis)?

By all means, it had become clear that the EU, in order to in order to fulfil its obligations under the third pillar of the Aarhus Convention, had to establish new rules in respect of the EU institutions. The aforementioned case-law on *locus standi* in environmental cases had painfully illustrated the need for supplementary legal tools in this respect. Those new rules were laid down by the Aarhus Regulation, that grants public rights and imposes obligations on Community institutions and bodies regarding access to environmental information (title I), public participation concerning plan and programmes relating to the environment (title II) and access to review procedures (title III).

The Aarhus Regulation itself is implemented by means of two Commission Decisions 2008/50/

EC⁵⁷ and 2008/40/EC, Euratom⁵⁸. Interestingly enough, the Aarhus Regulation, apart from expanding the scope of Regulation No 1049/2001⁵⁹ in order to implement the provisions enshrined in Art. 9 (1) of the Aarhus Convention⁶⁰, only focuses on the implementation of the requirements on access to justice included in Art. 9 (3) of the Aarhus Convention.

Although the solution provided for by the Aarhus Regulation to the application of the strict *Plaumann* case-law is, at first sight, fairly straightforward, it was the result of a long and hard decision-making process, including reconciliation⁶¹. By granting ENGOs the right to seek for an internal review of EU administrative acts, the issue of standing could be solved without having to revise the strict *Plaumann*-doctrine. It was presumed that the ENGOs could easily challenge the reply given by the EU institution to which a request has been made, as it would be only addressed to the applicant. Or, to put in

⁵⁷ Commission Decision 2008/50/EC of 13 December 2007 laying down detailed rules for the application of Regulation (EC) No 1367/2006 of the European Parliament and the Council on the Aarhus Convention as regards requests for the internal review of administrative acts [2008] OJ L 13/24.

⁵⁸ Commission Decision 2008/401/EC, Euratom of 30 April 2008 amending its Rules of Procedure as regards detailed rules for the application of Regulation (EC) No 1367 of the European Parliament and the Council on the application of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community Institutions and Bodies [2008] OJ L 140/22.

⁵⁹ Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, [2001] OJ L145/43.

⁶⁰ See more in detail: K Lenaerts and J A Gutiérrez-Fons (see above n 5), p. 22; T Crossen, V Niessen (see above n 6), p. 332.

⁶¹ See more extensively: M Pallemmaerts, *Compliance by the European Community with its obligation on access to justice as a party to the Aarhus Convention*, (Institute for European Environmental Policy: 2009), available at http://www.ieePeu/assets/422/aarhus_report.pdf (accessed 15 May 2014), p. 26.

⁵⁵ Ibid, par. 97.

⁵⁶ Ibid, par. 98.

the words of the European Commission's Proposal⁶², "*this preliminary procedure was introduced in order not to interfere with the right to access to justice under Article 230 EC Treaty, under which a person may institute proceedings with the Court of Justice against decisions of which it is individually and directly concerned*"⁶³. As a reform of the TEC in order to allow for a more generous *locus standi* for ENGOs was to be ruled out from the very beginning, the only option left was the creation of a preliminary administrative review procedure which would then, indirectly, but sufficient to grant the ENGOs in question access to justice (Art. 12 of the Aarhus Regulation).

III.1. New admissibility hurdles

In order to get access to the internal review procedure under the Aarhus Regulation some substantive and, to a lesser extent, procedural, hurdles need to be taken. First and foremost, the administrative review procedure is only accessible for ENGOs which meet certain requirements, laid down in Article 11 of the Aarhus Regulation. Natural persons have been left out of the personal scope of the international review procedure, which seems at odds with Art. 9(3) of the Aarhus Convention.

Yet a more fundamental constraint is created by Art. 10(1) of the Aarhus Regulation, which stipulates that "*Any non-governmental organisation which meets the criteria set out in Article 11 is entitled to make a request for an internal review to the Community institution or body that has adopted an administrative act under environmental law or, in case of an alleged omission, should have adopted such*

an act". Accordingly, the substantive scope of the internal review procedure is limited to "*an administrative act adopted under environmental law, or an alleged administrative omission [to adopt such an act]*". However, the term "*administrative act*" was, as such, nowhere to be mentioned in the TFEU, nor in the former TEC. By referral to Art. 2(1) litra g of the Aarhus Regulation it is further defined as "*any measure of individual scope under environmental law, taken by a Community institution or body, and having a legally binding and external effect*", restricting the scope of the internal review procedures in a significant manner.

Most worrisome was the limitation of administrative acts to acts of *individual scope*⁶⁴. By inserting the word "*individual*", many environmental measures, which are deemed to be of a general nature, such as implementing measures adopted by the European Commission, seemed to fall outside the scope of the internal review procedure. Many commentators, such as Jans and Wennerås, feared that a strict interpretation of this notion, might effectively undo the internal review procedure of much of its added value as to access to justice in environmental matters⁶⁵.

III.2. The return of *Plaumann* via the back door?

And this is exactly what happened. In the few cases in which, up until today, a request for internal review of an environmental measure of an EU institution has been submitted, the relevant EU institution chose to reject it being admissible⁶⁶.

⁶² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council of the application of the provisions of the Århus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters to EC Institutions and Bodies, COM (2003) 622 final ('Commission Proposal').

⁶³ Ibid, 13.

⁶⁴ Common Position (EC) No 31/2005 adopted by the Council on 18 July 2005, [2005] OJ C 264E/18

⁶⁵ P Wennerås (see above n 7), p. 234; J Jans (see above n 7), p. 480.

⁶⁶ Reply of the Commission services to Justice & Environment of 26 May 2008, published on the Commission's website at: http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/title_iv/Reply%20to%20J_E.pdf (accessed 15 May 2014) and Reply of the Commission services to Justice & Environment of 6 July 2010, published on the Commission's

Some requests were declared inadmissible for straightforward reasons, such as the lack of “legally binding and external effects”⁶⁷. Yet more significant was the fact that many of the requests that were received by the European Commission were rejected since they did not amount to a “measure of individual scope” as laid down by the Aarhus Regulation.

Accordingly, a request by PAN and Greenpeace internal review of Commission Implementing Regulation (EU) No 1143/2011 approving the substance *prochloraz*, in accordance with Regulation (EC) No 1107/2009, was declared inadmissible as the concerned provision are “applicable to all operators manufacturing or placing on the market plant protection products containing *prochloraz*”. In that regard, the Commission held that the contested decision had to be regarded as an act of general application addressed to all operators⁶⁸. Earlier on, the European Commission had reached a similar outcome when addressing several requests for internal review of a decision amending Directive 91/414/EEC to include several hazardous substances⁶⁹. Also outside of the scope of the EU rules on the listing of hazardous substances, the European institutions, adopted a

narrowly interpretation of the notion of “measure of individual scope”. The rejection of the European Council of a request filed by WWF-UK seeking to review a CFP regulation establishing TACs for certain fish stocks is perhaps the most notable example thereof. Hence, the internal review procedure, at least when applied very rigidly, does not seem to be able to fill the gap that was left by the above-mentioned strict jurisprudence of the EU Courts.

IV. The First Test-Cases: Is the Aarhus Convention Here to Stay?

Let us now turn to the first acid test for the strict interpretation adopted by the European Commission in its above-studied administrative practice in relation to the notion of “measure of individual scope”. Recently, two ENGOs challenged the strict interpretation of the notion of “measure of individual scope”, as enshrined in Art. 10 (1) of the Aarhus Regulation, before the General Court. By doing so, the ENGOs effectively put the strict interpretation of the notion “administrative act” under judicial review⁷⁰. It was the first time the EU Courts were offered the opportunity to assess the legal soundness of the new instruments enacted in order to implement the third pillar of the Aarhus Convention on the EU level. And, rather surprisingly given the earlier case-law on access to justice in environmental cases, the ENGOs seem to have driven their point home.

IV.1. Factual background

The importance of having put in place a complete and effective system of judicial protection, also in the specific context of EU environmental law, becomes all the more apparent when we take a look at the factual background of both

website at http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/requests/9_reply%20.pdf (accessed 15 May 2014). For a more thorough overview, see: J Jans, G Harryvan, ‘Internal Review of EU Environmental Measures. It’s True: Baron Van Munchausen Doesn’t Exist! Some Remarks on the Application of the So-Called Aarhus Regulation’ (2011) *Review of European and Administrative Law Review* 3 (2), pp. 53–65

⁶⁷ See for instance: Reply of the Commission services to EPS of 6 August 2008 published on the Commission’s website at: http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/title_iv/Reply%20to%20EPS.pdf (accessed 15 May 2014).

⁶⁸ Reply of the Commission services to Pan Europe and Greenpeace of 9 March 2012, published on the Commission’s website at: http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/requests/11_reply.pdf (accessed 15 May 2014).

⁶⁹ E.g. Reply of the Commission services to Stichting Natuur en Milieu of 21 April 2009, published on the Commission’s website: http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/snm_reply.pdf (accessed 15 May 2014).

⁷⁰ Currently, there are also two similar proceedings pending before the General Court (cases T-232/11 and T-192/11).

cases. They exemplify the need for additional legal review procedures which are available both to the ENGOs and the public concerned in the context of decisions enacted by EU institutions.

The first case revolved around health safety issues. In the *Stichting Milieu en Natuur* case, two Dutch ENGOs requested an internal review of Regulation No 149/2008⁷¹ amending Regulation (EC) No 396/2005 of the European Parliament and the Council by setting maximum residue levels for listed products. The ENGOs were of the opinion that the European Commission, when adopting these maximum residue levels for pesticides, did not duly take into consideration the “*high level of consumer protection*” enshrined in Regulation No 396/2005⁷², which formed the legal basis of the adoption of the contested regulation. The European Commission declined from reviewing the contested decision on the merits, as it held that the contested regulation did not amount to an administrative act meeting the criteria of Art. 2 (1) (g) of the Aarhus Regulation⁷³.

The second case related to air quality issues in the Netherlands. Two Dutch ENGOs had launched a request for internal review against a Commission Decision⁷⁴, made on the basis of a derogation clause enshrined in the Air Quality

Framework Directive⁷⁵, by which the Netherlands were allowed to postpone compliance with air quality limit values for nitrogen oxides and altogether exempted from compliance with limit values for particulate matters in certain zones in the Netherlands. The ENGOs, however, maintained, that the conditions to apply the derogatory clause in this particular case were not fulfilled. Yet again the European Commission upheld that the decision at issue could not be qualified as a “measure of individual scope” within the meaning of the Aarhus Regulation⁷⁶.

IV.2. The outcome

The two cases before the General Court revolved around two specific lines of argumentation put forward by the ENGOs against the decisions of the European Commission declaring their requests for internal review inadmissible. In their first plea, the ENGOs claimed that the European Commission, in finding that the challenged acts could not be considered an act of individual scope, wrongly held that their requests for internal review of these acts were inadmissible. By their second plea the ENGOs contended that, if indeed it would turn out that the strict interpretation upheld by the European Commission is in line with the provisions of the Aarhus Regulation, Art. 10 (1) would contravene Art. 9 (3) of the Aarhus Convention.

By considering these arguments the General Court would finally have the opportunity to shed view on the two conflicting interpretations that, in the absence of any case-law of the

⁷¹ Commission Regulation (EC) No 149/2008 of 29 January 2008 amending Regulation (EC) No 396/2005 of the European Parliament and the Council by establishing Annexes II, III and IV setting maximum residues levels for products covered by Annex I thereto, [2008] OJ L 58/1.

⁷² Regulation (EC) No 396/2005 of the European Parliament and the Council of 23 February 2005 on maximum residue levels of pesticides in or on food and feed of plant and animal origin and amending Council Directive 91/414/EEC, [2005] OJ L 70/1.

⁷³ Reply of the Commission services of 1 July 2008 to *Stichting Natuur en Milieu en Pesticide Action Network*, available on the Commission’s website at: http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/title_iv/Reply%20to%20SNMpdf and http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/title_iv/Reply%20to%20PAN.pdf (accessed 15 May 2014).

⁷⁴ Decision C(2009) 2560 final (not published in the OJ).

⁷⁵ Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe, [2008] OJ L 152/1.

⁷⁶ Reply of the Commission services of 28 July 2009 to *Vereniging Milieudefensie en Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, available on the Commission’s website at: http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/requests/8_reply.pdf (accessed 15 May 2014).

EU Courts in this respect, had been upheld in the legal literature.

On the one hand, there were commentators, such as Jans, who were quite sceptical about the added value of the Aarhus Regulation and maintained that Art. 2 (1) of the Aarhus Regulation excludes administrative “*measures of general application*”⁷⁷. On the other hand, authors like Wennerås advocated a more liberal reading of the aforementioned provisions⁷⁸.

From the very beginning it was clear that the first claim of the ENGOs had little chance of success, bearing in mind the specific wordings of the Aarhus regulation. It was therefore not at all surprising that the General Court finally held that the European Commission, by rejecting both requests for internal review as inadmissible, had, as such, not acted in violation of Art. 10 (1) of the Aarhus Regulation. In that respect, the General Court affirmed that the European Commission, when assessing whether the contested measures constituted a measure of individual scope for the purposes of Art. 2 (1) (g) of the Aarhus Regulation, could effectively rely on the established case-law under *ex* 230 (4) of the TEC in relation to action for annulment⁷⁹. Accordingly, in order to determine the scope of a measure, the EU Institutions should not look merely at the official name of the measure but should first take account of its purpose and its content⁸⁰. In the same vein, the General Court ruled that for a measure to be regarded as being of general application it needs to apply to objectively determined situation and to entail legal effects for categories of persons envis-

aged generally and in the abstract⁸¹. Accepting the Commission’s argument, the General Court held in both cases that the contested measures, of which the internal review had been sought, did indeed qualify as a measure of general nature. Likewise, it was found that the requests as such did not meet the requirements laid down by the Aarhus Regulation⁸².

In both cases, the ENGOs alternatively submitted that, in case the General Court would indeed hold that the requests did not meet the strict criteria enshrined in the Aarhus Regulation, it nevertheless should find that, by limiting the concept of “*acts*” in Art. 9 (3) of the Aarhus Convention to “*administrative acts*”, which, in their turn should be defined as “*measures of individual scope*”, Art. 10 (1) of the Aarhus Regulation would violate the Aarhus Convention. Hence, the ENGOs more in particular raised a plea of illegality against the mentioned provisions of the Aarhus Regulation⁸³. Generally, EU Courts agree to review the legality of measures of secondary legislation in light of provisions of international agreements, even in the absence of direct effect, when the latter aim to implement a particular obligation under an international agreement or, alternatively, where the measure makes an explicit *renvoi* to particular provisions of that agreement⁸⁴. In the present case, the General Court quickly came to the conclusion that the conditions to apply this reasoning were fulfilled as it could not be doubted that that regulation indeed intended to implement the EU’s obligations under the Aarhus Convention⁸⁵.

⁷⁷ J Jans (see above n 7), p. 480; T Crossen and V Niessen (see above n 6), p. 336.

⁷⁸ P Wennerås (see above n 7), p. 235.

⁷⁹ Stichting Natuur en Milieu (see above n 8), par. 29; Vereniging Milieudefensie (see above n 9), par. 26.

⁸⁰ See e.g. Case C-307/81 *Alusuisse* [1982] ECR 3463, par. 8.

⁸¹ Stichting Natuur en Milieu (see above n 8), par. 30; Vereniging Milieudefensie (see above n 9), par. 27.

⁸² Stichting Natuur en Milieu (see above n 8), par. 42.

⁸³ Stichting Natuur en Milieu (see above n 8), par. 52; Vereniging Milieudefensie (see above n 9), par. 52.

⁸⁴ Case C-69/89, *Nakajima* [1991] ECR I-2069, par. 31.

⁸⁵ Stichting Natuur en Milieu (see above n 8), par. 57–58.

As to the limitation of the concept of “acts” to “administrative acts” in the sense of Art. 2 (1) (g) of the Aarhus Regulation, the General Court found this to be incompatible with Art. 9 (3) of the Aarhus Convention.

Although the term “acts” in itself is not defined by the Aarhus Convention, the General Court considered the limited scope of the internal review procedure to be in contradiction with the objectives thereof. Whilst recognising that under Art. 9 (3) of the Aarhus Convention, the Parties to that Convention retain a certain measure of discretion with regard to the definition of the persons who have a right of recourse to administrative or judicial procedure and as to the nature of the procedure (whether administrative or judicial), the General Court rightly notes that the Aarhus Convention does not offer the same discretion as regards the definition of “acts” which are open to challenge⁸⁶.

IV.3. The aftermath

In the above-mentioned decisions, the General Court availed itself of the opportunity to point out the flaws and deficiencies of the Aarhus Regulation as regards access to justice. And thus, at first glance, both judgments must be considered an important step forwards in the pursuit of a better implementation of the obligations concerning access to justice enshrined in the Aarhus Convention on the EU level⁸⁷. Likewise, the rulings stand out as the first ever decisions where a referral to the Aarhus Convention was accepted as a means to enhance access to justice in environmental matters on the EU level. However, the

EU institutions were clearly not convinced by the General Court’s more progressive approach towards the Aarhus Convention in the EU-context. The European Commission, closely followed by the Council and the European Parliament, launched an appeal against the two judgments of the General Court. Accordingly, it will be the CJEU which will have a final say on the matter⁸⁸. Below, it will be examined to what extent the objections of the European Commission, the Council and the European Parliament, could possibly lead to a reversal of the judgments by the CJEU on appeal and, subsequently, what would be the implications thereof for access to justice in environmental cases.

a. on the lack of direct effect of Art. 9(3) of the Aarhus Convention (and how to circumvent it)

One of the fiercest critiques issued by the European Commission, the Council and the European Parliament against the judgments of the General Court is related to the fact that the latter

⁸⁶ Stichting Natuur en Milieu (see above n 8), par. 77; Vereniging Milieudefensie (see above n 9), par. 66.

⁸⁷ See also in this regard: C Sisler, E de Götzen, ‘Access to Justice in Environmental Matters: What is New on the Implementation of the Aarhus Convention in the European Union’ in V Sancin and M K Dine (eds.), *International Environmental Law: Contemporary Concerns and Challenges in 2014* (GV Založba: 2014), pp. 207–208.

⁸⁸ See: Appeal brought on 24 August 2012 by the European Parliament against the judgment of the General Court (Seventh Chamber) delivered on 14 June 2012 in Case T-396/09 Vereniging Milieudefensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging v Commission, [2013] OJ C 9/26; Appeal brought on 27 August 2012 by the European Commission against the judgment of the General Court (Seventh Chamber) delivered on 14 June 2012 in Case T-396/09 Vereniging Milieudefensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging v Commission, [2013] OJ 9/26; Appeal brought on 27 August 2012 by the Council of the European Union against the judgment of the General Court (Seventh Chamber) delivered on 14 June 2012 in Case T-396/09 Vereniging Milieudefensie, Stichting Stop Luchtverontreiniging v Commission, [2013] OJ 9/25; Appeal brought on 27 August 2012 by the European Commission against the judgment of the General Court (Seventh Chamber) delivered on 14 June 2012 in Case T-338/08 Stichting Natuur en Milieu, Pesticide Action Network Europe v Commission, [2013] OJ C 9/28; Appeal brought on 3 September 2012 by the Council of Europe against the judgment of the General Court (Seventh Chamber) delivered on 14 June 2012 in Case T-338/08 Stichting Natuur en Milieu, Pesticide Action Network Europe v Commission, [2013] OJ C 9/27.

did consider Art. 9 (3) of the Aarhus Convention to be appropriate to serve as ground for review of Art. 10 of the Aarhus Regulation. It is upheld that the finding of the General Court is based on a fundamentally erroneous interpretation of the settled case-law on the possibility for individuals to rely on the provisions of an international agreement with the aim of challenging the validity of a Union act. Both institutions insist that no legal review of the Aarhus Regulation could have been carried out in the first place. In order to fully grasp the ins and outs of the objections of the European Commission, the Council and the European Parliament in this respect, the basic principles governing the effects of international conventions and agreements within Union law need to be reiterated first.

Art. 216 (2) of the TFEU, which stipulates that agreements concluded by the EU are binding on the institutions of the Union and its Member States. Yet the binding effect as, formulated in the latter provision, is not sufficient to ensure review of the legality or validity of EU acts. Pursuant to the established case-law of the CJEU, a provision of an international agreement needs to have “direct effect”, in order to serve as a touchstone for the legality of secondary EU legislation⁸⁹. Admittedly, the EU Courts had showed some modest openness towards acknowledging the direct effect of not only bilateral agreements with non-member countries aimed at developing a particular kind of general relationship with such countries⁹⁰, but also of environmental multilateral agreements⁹¹. However, in its notable case-law on GATT or WTO law the ECJ/CJEU

and, later also the CFI, consistently refused to review the legality of Community measures in light of GATT or WTO provisions as the structure and the nature of these agreements as a whole, excluded that they would be relied upon before EU (or national) Courts in order to review the legality of EU acts⁹².

Given the above-mentioned case-law, the crucial question was first whether Art. 9 (3) of the Aarhus Convention could be relied upon by the ENGOs in order to set aside Art. 10(1) of the Aarhus Regulation. As such, the General Court did not have to carry out this analysis itself as the CJEU had already dealt with that particular issue in *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, which is better known as the *Slovak Brown Bear*-case⁹³. In that landmark ruling on access to justice in environmental matters at the national level, the CJEU had to assess whether ENGOs could rely on Art. 9 (3) of the Aarhus Convention in order to set aside stricter national rules on access to justice in environmental matters, and this in the context of legal proceedings where substantial rules of EU environmental law were at stake.

This proved to be a rather troublesome issue. Whilst the CJEU could not neglect that the EU legislature had failed to adopt a directive implementing Art. 9(3) of the Aarhus Convention, it did conclude that it had the necessary jurisdiction to interpret Art. 9 (3) of the Aarhus Convention⁹⁴. Still, the Grand Chamber denied direct effect to Art. 9(3) of the Aarhus Conven-

⁸⁹ Case C-308/06, *Intertanko* [2008] ECR I-04057, par. 45.

⁹⁰ See amongst others: Case C-17/81 *Pabst & Richarz* [1982] ECR 1331, par. 25–27 (on the (former) Association agreement with Greece). For an exhaustive overview, see: P Eeckhout, *EU External Relations Law* (Oxford EU Law Library: 2011), pp. 333–343.

⁹¹ Case C-213/03 *Syndicat professionnel coordination des pêcheurs de l'étang de Berre* [2004] ECR I-7357.

⁹² Joined cases C-21 to 24/72 *International Fruit Company* [1972] ECR 1219.

⁹³ Case C-240/09 *Lesoochranárske zoskupenie VLK* [2011] ECR I-01255. See more on this: M Eliantonio, ‘Case note on case C-240/09 *Lesoochranárske zoskupenie* and case C-115/09 *Trianel Kohlekraftwerk*’ (2012) *CML Rev.* 49, pp. 767–791; J. Jans, ‘Who is the Referee? Access to Justice in a Globalised Legal Order: A Case Analysis of CJEU Judgment C-240/09 *Lesoochranárske Zoskupenie* of 8 March 2011’ (2011) *Review of European Administrative Law* 4 (1), pp. 85–97.

⁹⁴ *Ibid.*, par. 32–36.

tion since, in its view, it did contain any clear and precise obligation capable of directly regulating the legal position of individuals⁹⁵. However, the CJEU went on and noted that Art. 9 (3) of the Aarhus Convention, although drafted in broad terms, still aimed to ensure effective environmental protection⁹⁶. The Court concluded that: “if the effective protection of EU environmental law is not to be undermined, it is inconceivable that Article 9(3) of the Aarhus Convention be interpreted in such a way as to make it in practice impossible or excessively difficult to exercise rights conferred by EU law”⁹⁷, thereby implicitly reaffirming the duty of consistent interpretation that rests upon the national courts in this respect⁹⁸. Although some authors questioned the judgement, out of fear that the CJEU might have “stepped into the legislature’s shoes”⁹⁹, others have endorsed the judgment as a bold step towards more effective judicial protection in environmental matters within the ambit of EU environmental law¹⁰⁰.

And thus it remains ironic to note that *Lesoochranské zoskupenie VLK*, which is widely hailed as a breakthrough in terms of implementing Art. 9(3) of the Aarhus Convention (at least at Member States’ level), was heavily relied upon by, amongst others, the European Commission in its decisions to launch an appeal against the judgments of the General Court of 14 June 2012.

From the foregoing analysis it can be inferred that the selective reading by the European Commission and others of the decision of the CJEU in *Lesoochranské zoskupenie VLK*, simply confining it to an expression of the lack of direct effect of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention, lacks persuasiveness. This in itself already hints that the General Court’s approach, which downplayed the lack of direct effect of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention and eventually went on to examine the legality of Art. 10 in light thereof, does appear to be the right one.

Yet, in order to do so, the General Court had to apply the afore-mentioned *Nakajima*-exception, which allows the Court to still review the validity of the Regulation in light of a provision of an international agreement, despite of its apparent lack of direct effect. In its decisions to appeal the judgments of the General Court, the European Commission, however, fiercely advocated against the use of the *Nakajima*-exception in the case at hand. It submitted that the use thereof, outside the context of the WTO/GATT context, should remain exceptional. Additionally, it was held that, in any event, the *Nakajima*-exception cannot be applied in this case as the content of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention remains extremely vague¹⁰¹.

Pursuant to the *Nakajima* case-law, the EU Courts are able to review the legality of a regulation, where it is intended to implement an obligation on the EU institution under the an international treaty, under the terms of that treaty, even when the latter does not fulfil the aforementioned criteria¹⁰². Commentators like Eeckhout rightly point out that this case-law may well reflect some type of compromise reached within the court, striking a balance between a lack of di-

⁹⁵ Ibid, par. 45.

⁹⁶ Ibid, par. 46.

⁹⁷ Ibid, par. 49

⁹⁸ The CJEU has equally confirmed the application of the principle of consistent interpretation in the context of international agreements. See Case C-61/94 Commission v Germany [1996] ECR I-3989, par. 10.

⁹⁹ J. Jans (see above n 93).

¹⁰⁰ See most recently: J-F Brakeland, ‘Access to justice in environmental matters – developments at EU level’ (published in the *Gyoseiho-kenkyu*, 2014, No 5), available at <http://greenaccess.law.osaka-u.ac.jp/wp-content/uploads/2014/05/arten-brakelandup.pdf> (accessed 15 May 2014).

¹⁰¹ Appeal decisions (see above n 88).

¹⁰² *Nakajima* (see above n 84).

rect effect and respect for the EU's international commitments¹⁰³.

In its judgments of 14 June 2012, the General Court quickly came to the conclusion that the conditions to apply the aforementioned exception are fulfilled. Indeed, here, as was the case in *Nakajima*, the applicants were questioning indirectly, in accordance with Art. 277 of the TFEU, the validity of a provision of a regulation in light of an international convention. More in particular, applicants put forward the illegality of a provision of the Aarhus Regulation in light of the Aarhus Convention in order to obtain an annulment of two decisions of the European Commission which are based on the mentioned regulation¹⁰⁴. Evidently, it could not be doubted that that Aarhus Regulation indeed intended to implement the EU's obligations under the Aarhus Convention¹⁰⁵. Additionally, demanding the provision to be precise in the sense of the case-law on direct effect, as the Commission contended in its submissions on appeal, would effectively run counter to the very essence of the case-law on the principle of implementation, *i.e.* providing an exception for the General Court to review a Union act in light of international rules, despite the lack of direct effect thereof. Indeed, the mere fact that a provision is devoid of having a direct effect, does not imply its non-existence¹⁰⁶. Moreover, as mentioned above, the CJEU in *Lesoochranské zoskupenie VLK* eventually denoted that Art. 9 (3) of the Aarhus Convention, at least, deemed to be sufficiently precise in order to serve as an inter-

pretation guideline for the national courts in order to ensure the effective protection of the rights conferred by EU environmental law (the so-called "indirect effect"). In addition, the CJEU showed less reluctance to allow ENGOs to rely upon the last two sentences of paragraph 3 of Art. 10(a) of Directive 85/337/EEC in order to set aside the German "*Schutznorm-theory*", under which complainants have only standing to invoke legal provisions that are designed to protect their specific interests¹⁰⁷. Would it, in light of the above, not be illogical to use Art. 9 (3) of the Aarhus Convention as a means to force the national courts to rethink their traditional approach towards legal standing in environmental cases whilst considering it irrelevant for access to justice on the EU level?

Somehow, the General Court was probably aware of the possible criticism that might arise from its application of the *Nakajima* case-law outside the framework of the WTO/GATT context. In order to proactively refute remarks arguing for a limited application of the *Nakajima*-exception only to the context of GATT/WTO law, it referred to the notable *Racke* case¹⁰⁸. In *Racke* the ECJ examined the validity of a regulation in light of customary international law¹⁰⁹. Although the specific articulation between *Racke* and *Nakajima* remains contested in legal literature¹¹⁰, there appears to be no good reason why the principle of implementation should remain confined to secondary EU legislation implementing WTO agreements and legislation implementing environmental agreements equally devoid of having direct effect¹¹¹.

¹⁰³ P. Eeckhout (see above n 90), p. 361.

¹⁰⁴ Stichting Natuur en Milieu (see above n 8), par. 57; Vereniging Milieudefensie (see above n 9), par. 57.

¹⁰⁵ Stichting Natuur en Milieu (see above n 8), par. 58; Vereniging Milieudefensie (see above n 9), par. 58.

¹⁰⁶ A. Berthier, 'A first success in the long run for better access to justice in the EU: The scope of the administrative review procedure provided under Regulation 1367/2006 invalidated by the General Court' (2012) *ELNI Review* (2), p. 96.

¹⁰⁷ Case C-115/09, Case Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV [2011] ECR I-03673, par. 57 and 58.

¹⁰⁸ Case C-162/96 *Racke* [1998] ECR I-3665.

¹⁰⁹ *Ibid.*, par. 47.

¹¹⁰ P. Eeckhout (see above n 90), p. 394.

¹¹¹ A. Berthier (see above n 106), p. 96.

b. On the substance: the broad interpretation of Art. 9(3) of the Aarhus Convention and its wider implications

In the above part it has been portended that the General Court had good reasons to use Art. 9(3) of the Aarhus Convention as touchstone for Art. 10 of the Aarhus Regulation. Concerning the substance, the General Court was confronted with questions relating to the specific limitations of the scope of application of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention. Ultimately, the General Court found that Art. 9 (3) of the Aarhus Convention, read in conjunction with the objectives and purpose of it, would be violated if an internal review were to be limited to measures of individual scope¹¹². Accordingly, the General Court seemed to share the criticism of most commentators pointing at the poor implementation of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention by the internal review procedure, which is included in the Aarhus Regulation¹¹³.

However, in its submissions on appeal, the European Commission is maintaining that the General Court erred in finding that the Parties to the Aarhus Convention enjoy limited discretion in identifying the acts which are to be subject to an administrative review pursuant to Art. 9 (3) of the Aarhus Convention¹¹⁴. As noted above, Art. 9 (3) of the Aarhus Convention in itself does not contain a clear delimitation of its scope.

Nevertheless, as established in section 2 of this paper, the provision potentially covers a wide range of administrative and judicial proceedings. In the meantime, the ACCC has presented us with some more guidance in this regard. For instance, in its findings and recommendations on the limited access to the Belgian Council of State by environmental organisations

in Belgium, the ACCC denoted that Art. 9 (3) of the Aarhus Convention also covers “*executive acts of a general nature*” under regional spatial planning law¹¹⁵.

Evidently, the ACCC was also required to consider the same issue in its partial findings and recommendations on the access to justice in environmental matters in the EU, issued in April 2011. Although, as already highlighted above, the ACCC refrained from conducting a specific examination of the decisions by the EU institutions in the relevant Court decisions which were presented to it, it still did not rule out that some of these acts are covered by Art. 9 (3) of the Aarhus Convention. According to the ACCC “*this is the case if an act or omission by an EU institution or body can be (i) attributed to it in its capacity as a public authority, and (ii) linked to provisions of EU law relating to the environment*”¹¹⁶. The ACCC denoted that, for instance, the decision which was at stake in *Greenpeace* before the CFI and, subsequently the ECJ, *i.e.* to provide financial assistance from the European Regional Development Fund for the construction of two power stations, might serve as a good example of an act that would fall under Art. 9 (3) of the Aarhus Convention¹¹⁷. Hence, the ACCC was able to conclude that at least some acts and omissions by EU institutions are covered by Art. 9 (3) of the Aarhus Convention¹¹⁸.

By and large, it can be concluded that the approach chosen by the General Court seems to be in line with the point of view of the ACCC on this matter. Yet the court did not go that far to explicitly refer to the findings and recommendations of the ACCC as to the interpretation of the Aarhus Convention itself. Nevertheless, in its judgment in *Stichting Natuur en Milieu*, the General Court

¹¹² Stichting Natuur en Milieu (see above n 8), par. 76; Vereniging Milieudefensie (see above n 9), par. 65.

¹¹³ See amongst others P Wennerås (see above n 7), pp. 235–236.

¹¹⁴ Appeal Decisions (see above n 88), par. 6–8.

¹¹⁵ ACCC Belgium (see above n 17), par. 31.

¹¹⁶ ACCC European Union (see above n 51), par. 72.

¹¹⁷ Ibid, par. 73.

¹¹⁸ Ibid, par. 74.

did explicitly refer to the Aarhus Implementation Guide when it had to contemplate the question whether or not the European Commission in that specific case had acted in its legislative capacity. In that respect, the General Court noted that, although that Guide has no legal force, there is no reason why it should not use it as basis for interpreting the Aarhus Convention¹¹⁹.

Possibly, the CJEU, in its decisions on appeal, could seize the opportunity to explicitly refer to the earlier findings and recommendations of the ACCC in respect of the scope of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention. However, if it chose to do so, the CJEU would evidently have to take into account the aforementioned critical appraisal by the same ACCC, issued in 2011, of its own strict case-law on the admissibility criteria for ENGOs and individuals in environmental cases. It remains doubtful whether the CJEU would be prepared to take such a bold step. In its recent Opinion in *Edwards*, Advocate General Kokott, made an explicit reference to the assessment performed by the ACCC on the issue of prohibitive costs for legal proceedings in the UK¹²⁰. Although the CJEU has not made an explicit link so far, some commentators note that the findings of the ACCC will serve as part of the context in which the CJEU assesses possible breaches by Member States of their obligations under the Aarhus Convention and EU environmental law¹²¹. Be that as it may, a referral to the findings and recommendations of the ACCC would force the CJEU to clarify its view on the legal effect of decisions issued by tribunals established by international agreements. Up until now, this question has been mainly treated by the EU Courts in the context of the EU's WTO membership. In that respect, the EU Courts have generally rejected the self-stand-

ing effect of decisions of the WTO dispute settlement body, stressing the never-ending scope for negotiations in the WTO¹²².

At the same time, it is noteworthy that the General Court explicitly referred to the interpretation rules which are enshrined in Art. 31 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law on Treaties and Art. 31 of the Vienna Convention of 21 March 1986 on the Law of Treaties between States and International Organisations in this respect¹²³. In light of the objectives and purpose of the Aarhus Convention an internal review procedure which covers only measures of individual scope would be very limited considering that acts adopted in the field of the environment are indeed mostly of a general nature¹²⁴. This reasoning makes perfect sense, especially in light of the afore-mentioned administrative practice of the internal review procedure by the EU institutions so far.

Generally speaking, the General Court explicitly asserts the view that all acts which can be qualified as general acts must fall under the scope of review procedures pursuant to Art. 9 (3) of the Aarhus Convention. However, there is one notable exception. Pursuant to the Aarhus Convention, public institutions acting in a legislative capacity are exempted. Thus legislative acts should, as such, not be challengeable in accordance with the provisions enshrined in Art. 9 (3) of the Aarhus Convention¹²⁵.

¹²² See for instance: Case C-377/02 *Van Parys* [2005] ECR I-1465, par. 52–61. For a further analysis of this case-law, see: P Eeckhout (see above n 90), pp. 365–374.

¹²³ *Stichting Natuur en Milieu* (see above n 8) par. 72; *Vereniging Milieudefensie* (see above n 9), par. 61.

¹²⁴ *Stichting Natuur en Milieu* (see above n 8) par. 76; *Vereniging Milieudefensie* (see above n 9), par. 65.

¹²⁵ This topic also popped up, albeit in a slightly different context, in the recent case-law of the CJEU, where the Court needed to clarify to what extent Member States can circumvent the Aarhus requirements by adopting legislative acts that “ratify” a pre-existing administrative decisions. See: Joined cases C-128/09 to C-131/09, C-134/09

¹¹⁹ *Stichting Natuur en Milieu* (see above n 9), par. 68.

¹²⁰ Opinion A-G Kokott in Case C-260/11 *Edwards* [2013] ECR I-0000.

¹²¹ J-F Brakeland (see above n 100), p. 14.

As rightly pointed out by the General Court, the fact that acts adopted by institutions or bodies acting in their legislative or judicial capacity, does not necessarily imply that the term “acts” as used in Art. 9 (3) of the Aarhus Convention can be limited to acts of an individual scope as measures of general application are not necessarily measures taken by a public authority acting in a judicial or legislative capacity¹²⁶. As already hinted by commentators like Wennerås¹²⁷ and Pallemmaerts¹²⁸, the interpretation of this exemption was expected to give rise to some thorny interpretation issues, even more so on the EU level than on the national level. This was especially so since the TEC did not make a clear distinction between legislation and other forms of action, which on the national level can be qualified as being of an executive or regulatory nature¹²⁹.

The entry into force of I-33 and I-34 of the draft Treaty Establishing a Constitution for Europe would have provided a formal distinction between legislative and non-legislative acts¹³⁰. However, this formal distinction was not, as such, withheld in the Lisbon Treaty. Still, the TFEU is offering some more clues as to the distinction between both categories of measures. Art. 289 (3) of the TFEU now stipulates that legal acts adopted by legislative procedure shall constitute legisla-

tive acts, thereby codifying the earlier case-law of the ECJ in this respect¹³¹. On the other hand, the Lisbon Treaty introduces a new category of non-legislative acts of a general nature, the “*delegated acts*”. Pursuant to Art. 290 of the TFEU the legislator delegates the power to adopt acts amending non-essential elements of a legislative act to the Commission. As for the exemption for legislative acts more specifically, reference must be made to *Stichting Milieu*, where the General Court was confronted with this very issue as the European Commission maintained that the contested Regulation had been adopted in its legislative capacity. According to the European Commission, the obligations under Art. 9 (3) of the Aarhus Convention are not to be taken into account as it only covers acts of public authorities when they are not acting in their legislative capacity.

The General Court, however, quickly dismissed the argument of the European Commission as it was apparent from the provisions on the basis of which said Regulation 149/2008 was adopted that the European Commission acted in the exercise of its implementing powers¹³².

Another, more fundamental objection which is raised against the judgments of 14 June 2012 relates to the fact that, in its view, the limited scope of the review procedure could be justified if one were to take into account other remedies available before national courts. As can be inferred from the case-law which has been succinctly treated above, such is a classic counter-argument in order to maintain the Court’s stare decisis as regards legal standing. Notwithstanding the growing criticism, the ECJ (and later on, the CJEU) had always maintained that the ECT had established a complete system of remedies to ensure the review of the legality of the Commu-

and C-135/09, Boxus [2011] ECR I-09711; Case C-182/10, Solvay [2012] ECR I-0000.

¹²⁶ *Stichting Natuur en Milieu* (see above n 8), par. 78; *Vereniging Milieudefensie* (see above n 9), par. 67.

¹²⁷ P Wennerås (see above n 7), p. 235.

¹²⁸ M Pallemmaerts, ‘Access to Environmental Justice on the EU level. Has the ‘Aarhus Regulation’ Improved the Situation’ in M Pallemmaerts (ed.), *The Aarhus Convention at Ten: Interactions and Tensions between Conventional International Law and EU Environmental Law* (Europa Law Publishing: 2011), p. 281.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ According to Art. I-34 of the draft Treaty Establishing a Constitution for Europe non-legislative measures are essentially delegated regulations (Art. I-35) and implementing acts (Art. I-36), adopted by the Council of Ministers or the Commission.

¹³¹ See, amongst others: Case C-25/70, Köster [1970] ECR 1170.

¹³² *Stichting Natuur en Milieu* (see above n 8), par. 62–69

nity acts¹³³. In the view of the European Commission, the administrative review procedure did not need to cover all categories of acts, as meant by Art. 9 (3) of the Aarhus Convention¹³⁴. And thus the European Commission seemed to have found the Achilles' heel of the General Court's reasoning.

However, the criticism of the European Commission in this respect has, to a large extent, been explicitly considered by the General Court in its judgment in *Vereniging Milieudefensie*, where a similar argument was raised by the Council of the European Union. Here, the Court explicitly underlined that not all measures of general application adopted by the European institutions in the field of the environment have been transposed into national law by means of a measure which may be challenged before a national court¹³⁵.

Furthermore, as regards the measure at stake, the General Court held that the Council failed to show how the applicants could bring an action before a national court challenging the measure of general application in respect of which they asked the European Commission to conduct an internal review¹³⁶. For the time being, the reasoning of the General Court seems sound since, in any event, the contested act in *Vereniging Milieudefensie* did not seem to require implementing measures which could be challenged before national courts. Interestingly, the reasoning of the General Court also bears a strong resemblance to the partial findings of the ACCC. Whereas the ACCC recognised the system of judicial review in the national courts of the EU Member States and the request for a preliminary ruling as a significant element for ensuring consistent and proper implementation of

EU law in the Member States, it stressed that “it cannot be a basis for generally denying members of the public access to the EU Courts to challenge decisions, acts and omissions by EU institutions and bodies”¹³⁷.

V. Maintaining the Status Quo?

Having explored the exact content of the judgments of the General Court of 14 June 2012, it appears that the General Court has finally come to grips with the requirements for access to justice in environmental matters, set out by Art. 9 (3) of the Aarhus Convention. That said, it remains uncertain whether the Court's viewpoints will ensure *full* compliance with Art. 9 (3) and 9 (4) of the Aarhus Convention. Indeed, the General Court has only annulled the Commission's decisions about the inadmissibility of the requests made under the Aarhus Regulation. And thus no substantial review has yet taken place of the decisions of which the internal review had been sought. Equally so, the judgments as such do not bring about any changes in the case-law of the EU court or any clarifications on the ENGOS' right of standing to challenge EU institutions' decisions. In the below section it will be submitted that many additional critiques are prone to blur the seemingly progressive stance of the General Court in its ruling of 14 June 2012.

V.1. *Plaumann* (again and again...)

The primary aim of the Aarhus Regulation was to cure the blockage to public interest litigation before the EU Courts that was essentially caused by the application of the strict *Plaumann* case-law by the EU Courts, even so in environmental cases, as exemplified by the analysis above. Art. 12 of the Regulation rather vaguely stipulates that “the non-governmental organisation which made the request for internal review pursuant to Article 10 may institute proceedings before the Court of Justice in ac-

¹³³ UPA (see above n 38), par. 40.

¹³⁴ Appeal Decisions (see above n 88).

¹³⁵ *Vereniging Milieudefensie* (see above n 9), par. 75.

¹³⁶ *Vereniging Milieudefensie* (see above n 9), par. 76.

¹³⁷ ACCC European Union (see above n 51), par. 90.

cordance with the relevant provisions of the Treaty". Currently, most pressing concern relates to the implications of the internal review procedure on the standing of ENGOs before the EU Courts. The drafting history of the Aarhus Regulation indicated that, despite the clear ambitions included in the Commission's proposal (offering access to the EU Courts via an administrative detour), it was far from certain whether this would, in practice, be the outcome of the Aarhus Regulation¹³⁸. Basically, the supporters of the more progressive approach contended that the inclusion of Art. 12 would be pointless, unless the words "*in accordance with relevant provisions of the Treaty*" would give more rights than the Treaty itself to date. According to this interpretation, these words shall therefore be interpreted in such a way that all other issues – with the exception of standing – which would be based on the Aarhus Regulation itself – are regulated by the ECT/TFEU¹³⁹.

On the surface, this optimism seems to be warranted given the first appraisal of the Aarhus Regulation in *Região autónoma dos Açores*. In that case, which has already briefly been touched upon above, the applicant explicitly relied on the Aarhus Convention and the Aarhus Regulation, in order to further substantiate the admissibility of his claim. Interestingly, the CFI, after having recalled the flexibility that Article 9(3) of the Aarhus Convention allows for, nevertheless seemed to concede that the admissibility criteria laid down in *ex Art.* 230 (4) of the TEC are very strict. As a sort of justification for its strict approach towards *locus standi*, the CFI indicated that the Community legislature had adopted, in order to

facilitate access to the Community judicature in environmental matters, the Aarhus Regulation. More in particular, the CFI indicated that Title IV of that regulation "*lays down a procedure on completion of certain non-governmental organisations may bring an action for annulment before the Community judicature under Article 230 EC*"¹⁴⁰.

Seemingly, the CFI held that the Aarhus Regulation might ease up the access to justice for ENGOs. However, at the end of the day, the internal review procedure could not be applied in the latter case, amongst others because the Aarhus Regulation was not in force at the relevant time. It therefore remained tricky to deduce general conclusions as to the access to the EU Courts for ENGOs upon completion of the internal review procedure from this "*obiter dictum*".

Some commentators were of the opinion that the outcome of the proceedings in *Vereniging Milieudefensie en Stichting Natuur en Milieu* would not provide for more clues on the claimants' standing to bring an action for annulment against the underlying decision, of which the internal review had been sought¹⁴¹. Yet, although the proceedings in both cases were directly aimed at seeking the annulment of the "*written reply*" declaring their request for internal review inadmissible, and, hence, not on Art. 12 of the Aarhus Regulation, the General Court nevertheless had to pronounce itself on the consequences of a possible subsequent judicial review. In a last attempt to counter the progressive interpretation given to Art. 9 (3) of the Aarhus Convention, the Council had maintained at the hearing that limiting "*administrative acts*" to measures of individual scope would still be justified in light of the conditions laid down in *ex Art.* 230 (4) of the TEC.

¹³⁸ J Jans (see above n 7), p. 483.

¹³⁹ See for instance: Justice and Environment, 'The Aarhus Regulation and the future of standing of NGOs/public concerned before ECJ in environmental cases', available at: http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/aarhus-access-to-justice-study-2008.pdf (accessed 15 May 2014).

¹⁴⁰ *Região autónoma dos Açores* (see above n 48), par. 93.

¹⁴¹ See for instance M Pallemmaerts (see above n 128), p. 308.

In refuting this argument, the General Court denoted that “*whatever the scope of the measure covered by an initial review as provided for in Article 10 of Regulation No 1367/2006, the conditions for admissibility laid down in Article 230 EC must always be satisfied if an action is brought before the Courts of the European Union*”¹⁴². The General Court went on stating that “*the conditions laid down in Article 230 EC – and, in particular, the condition that the contested act must be of direct and individual concern to the applicant – apply also to measure of individual scope which are not addressed to the applicant. A measure of individual scope will not necessarily be of direct and individual concern to a non-governmental organisation which meets the conditions laid down in Article 11 of Regulation 1367/2006*”¹⁴³. Hence, paradoxically, by rejecting the argumentation raised by the Council in order to avoid an all-too-wide interpretation of the notion “*administrative act*”, the General Court effectively struck down the hope that was sparked by the earlier decision of the CFI in *Região autónoma dos Açores*. In other words, by stressing that the strict admissibility requirements included in Art. 263 (4) of the TFEU still have to be complied with, the judgments of 14 June 2012 again exemplify the reluctance of the EU Courts to grant a wider access to justice in environmental cases. Although the strict view seems to be, at first sight, at odds with the earlier judgment of the CFI in *Região autónoma dos Açores*, it is as such in line with the other prominent case-law on this topic, which already has been treated earlier on.

Indeed, the CFI already held in the *EEB* cases that “*the principles governing the hierarchy of norms (...) preclude secondary legislation from conferring standing on individuals who do not meet the requirements of the fourth paragraph of Article 230*

EC. A fortiori the same holds true for the statement of reasons of a proposal for secondary legislation”¹⁴⁴. The CFI even added to this that, “*even if the applicants were acknowledged as qualified entities for the purposes of the Aarhus Regulation Proposal, it is clear that they have not put forwards any reason why that status would lead to the conclusion that they are individually concerned by the contested act*”¹⁴⁵. Later on, in *WWF-UK*, the CFI again reiterated that whatever entitlement ENGOs might derive from the Aarhus Regulation, it is granted in its capacity as a member of the public, implying that this cannot differentiate an ENGO from any other persons of the public, within the meaning of Art. 263 (4) of the TFEU¹⁴⁶.

Accordingly, the General Court merely reasserted its earlier view on the matter and, at the same time, pinpointed that, in any event, the optimistic views which sparked in the wake of its contradictory but benevolent statement in *Região autónoma dos Açores* were premature and misplaced. As a consequence, the “*progressive picture*” that was painted above needs to be adjusted. The judgments of the General Court of 14 June 2012 most probably demonstrate that in future environmental cases, where substantial arguments are raised in legal proceedings directed against the underlying decision, the EU Courts might simply reassert the strict interpretation of individual concern, as applied in *Plaumann* and the above-mentioned case-law¹⁴⁷.

V.2. Justice delayed is justice denied?

Besides the limited standing requirements, which must be respected in subsequent legal proceedings, it remains unsettled whether an action for annulment brought against a reply rejecting an ENGO's request for internal review could pos-

¹⁴² Stichting Natuur en Milieu (see above n 8) par. 80; Vereniging Milieudefensie (see above n 9) par. 72.

¹⁴³ Stichting Natuur en Milieu (see above n 8) par. 81; Vereniging Milieudefensie (see above n 9) par. 73.

¹⁴⁴ EEB (above n 41), par. 67.

¹⁴⁵ Ibid, par. 69.

¹⁴⁶ WWF-UK (see above n 48), par. 82.

¹⁴⁷ A Berthier (above n 106), p. 93.

sibly lead to a full review of the substantive and procedural legality of the underlying measures. The judgments of 14 June 2012 do not offer us clear guidance since only the written reply was targeted there. However, a closer look at the exact wording which was used in the judgments of 14 June 2012, indicates that the General Court merely wanted to point out that, irrespective of the limitations placed on the notion of “*administrative acts*” within the context of the Aarhus Regulation, a subsequent or even simultaneous action brought before the EU Courts must always respect the strict admissibility requirements. Evidently, future case-law might provide us with more clues in this respect.

At the same time, even subsequent judicial proceedings in the context of which only the written replies as such are challenged might give rise to certain additional complications in relation to the underlying act. As noted by Wennerås, a possible finding by an EU court that a written reply is vitiated by an error of law, inevitably reflects back on the legality of the original decision¹⁴⁸. As a result, it is not excluded that, in light of the operative part of the judgment, taken together with the specific grounds which led to it, the EU institution might have to reconsider its original decision and, if appropriate, amend or withdraw it altogether¹⁴⁹.

In order to illustrate this, the decision of which the internal review had been sought in *Vereniging Milieudefensie* can be used as a brief case study. The underlying act in that case was, as stated above, an exemption granted to the Netherlands from complying with the air quality standards for particulate matter under Directive 2008/50/EC. Let us now assume, for the sake of the argument, that the ENGO in question had

effectively been given a written reply by the European Commission on the merits, reasserting that, as stated in the original exemption decision, the conditions for granting such an exemption were fulfilled. In the context of Directive 2008/50/EC this entails, amongst others, that the air quality plan, presented by the Netherlands, has to effectively ensure that conformity with the limit values will be reached before the new deadline. If then, later on, this written reply were to be quashed by the General Court because it is of the opinion that the statement of reasons is vitiated by an error of law, this would undoubtedly also have an impact on the original act.

Imagine, for instance, a judgment whereby the General Court would have denoted that the air quality plan presented insufficient guaranties to ensure that the limit values will be attained in due time. In that scenario, the European Commission would, at least in practice, be forced to reconsider its original decision as it was based on the same ground that was declared to be vitiated by an error of law by the General Court in its decision on the written reply.

Some commentators suggested the ENGOs to, additionally, try seeking the suspension of the original act pursuant to *ex* Art. 242 of the TEC (now Art. 278 of the TFEU). While it was agreed that the original decision *prima facie* fell outside the scope of that provision, it was also contended that earlier case-law already exemplified that EU Courts allowed for interim suspension of an act which was not the subject matter of review, but the consequence of the act challenged. Alternatively, plaintiffs could seek an interim injunction against the EU institution, since the wording thereof is not limited to the suspension of the contested act, but would also allow for any necessary interim measures pursuant to *ex* Art. 243 of the TEC (now Art. 279 of the TFEU)¹⁵⁰.

¹⁴⁸ P Wennerås (see above n 7), p. 243. See, in a similar vein: C Sisler, E de Götzen, (see above n 87), p. 208.

¹⁴⁹ P Wennerås (see above n 7), p. 243.

¹⁵⁰ Ibid, p. 245.

Two Dutch ENGOS effectively took on the challenge in *Vereniging Milieudefensie* and lodged an application for interim relief, requesting in essence that the President of the General Court suspend operation of the contested review decision pending a decision in the main proceedings or pending adoption by the Commission of a new decision regarding the request for internal review. This request was, not unexpectedly, rejected by the President as it is established case-law that an application for suspension of operation cannot, in principle, be envisaged against a negative administrative decision, since the grant of suspension could not have the effect of changing the applicant's position¹⁵¹.

At the same time, the Dutch ENGOS also requested the President to impose interim measures in order to ensure that the Netherlands would comply with the limit values enshrined in Directive 2008/50/EC, entailing that no infrastructure projects could be carried out in the meantime which could not have been granted a permission without reference to the contested exemption. In the same order of 17 December 2009, the President of the General Court dismissed this action for interim relief as inadmissible, because the requested interim measures clearly go further than the object of the main action, which was only confined to the question of the validity of the written reply. More in particular, the President went on noting that it would go beyond the scope of his jurisdiction to impose such interim measures, as it would amount to an injunction to draw precise inferences from the annulment decision, and such an order would exceed the Court's powers in the main action¹⁵². Hence, imposing interim measures would effectively lead to prejudging of the consequences of the chal-

lenged decision on the merits¹⁵³. Equally so, in the judgment of 14 June 2012 the General Court rejected the applicant's claim to order the Commission to examine the merits of the request for internal review within a fixed period to be determined by the Court itself¹⁵⁴.

Be that as it may, in the former decision the President did not necessarily exclude that the withdrawal or suspension of the underlying act (the exemption) could be part of the consequences attached to a possible annulment of the internal review decision on the merits. However, the point remained moot as the action itself was essentially aimed at the annulment of the written reply on procedural grounds¹⁵⁵. This, in itself, represents a blatant illustration of the absence of adequate and effective administrative or judicial review procedures on the EU level. At the end of the day, it is striking to note that after more than five years of judicial proceedings, still no final ruling on the legality issues in regard to the derogation at stake has been achieved.

Accordingly, the proceedings in *Vereniging Milieudefensie* exemplify the important time delays linked with the application of the internal review procedure. This would run counter to the requirement enshrined in Art. 9 (4) of the Aarhus Convention, according to which it must be ensured that the available procedures are, in any event, fair, equitable, *timely* and not prohibitively expensive. Indeed, some of the delays which had been granted to the Netherlands in order to comply with the air quality standards, included in Directive 2008/50/EC, have already expired in the meantime¹⁵⁶, entailing that at least a substan-

¹⁵¹ Case T-396/09 R *Vereniging Milieudefensie* [2009] ECR II-246, par. 40.

¹⁵² *Ibid.*, par. 41.

¹⁵³ See also Case T-396/03 R *Arizona Chemical* [2004] ECR II-205, par. 67.

¹⁵⁴ *Vereniging Milieudefensie* (see above n 9), par. 18.

¹⁵⁵ See also on this topic: C Sisler, E de Götzen, (see above n 87), p. 208.

¹⁵⁶ This is, amongst others, the case for the postponement of the deadline attaining the annual limit value for nitrogen dioxide in zone 9 in the Netherlands, which will

tial part of the action of the two Dutch ENGOS, initiated in 2009, has lost its purpose. Arguably such outcome runs counter to the Aarhus Convention since it illustrates the lack of an effective and adequate judicial review in environmental cases on the EU level.

Henceforth, there seems to be no access to injunctive relief before the EU Courts in order to prevent or remedy possible injuries attached to allegedly unlawful EU decisions.

Such outcome is all the more striking since the CJEU itself recently underlined the importance of the right for the public concerned to ask the national court or competent independent and impartial body to order interim measures, pending a definitive decision on the lawfulness of a permit in light of EU environmental law, in order to guarantee the effectiveness of the judicial review¹⁵⁷. Also in the Aarhus Implementation Guide referral is being made to several findings of the ACCC in which the importance of preliminary injunctive relief has been reasserted¹⁵⁸. Additionally, in communication ACCC/C/2008/24 (Spain) the ACCC held that courts have to ensure that citizens can obtain injunctive relief at an early stage of the judicial proceedings¹⁵⁹.

V.3. The absence of an impartial and independent administrative review option

Apart from the standing issues and the lack of timely review, it has become apparent that it is still not settled to what extent proceedings seeking only the annulment of written replies on the merits might effectively force the EU institutions to reconsider the original act of which the inter-

nal review has been sought. Likewise, another more fundamental issue pops up which, until recently, has not been frequently touched upon in the available legal literature on this topic. Admittedly, in its findings and recommendations of April 2011, the ACCC indicated that adequate administrative review procedures on the EU level might, to a certain extent, be able to compensate for the strict case-law of the EU Courts on the standing requirements for ENGOS and individuals in environmental cases¹⁶⁰. Hence, the ACCC seems to accept that the internal review procedure, included in the Aarhus Regulation, might be capable of meeting the standards of Art. 9 (3) and (4) of the Aarhus Convention.

To a certain extent this opinion, at least implicitly, seems to have underpinned the reasoning of the General Court in its judgments of 14 June 2012, as it clearly urges for a wider scope of the internal review procedure.

Generally speaking, such a view seems to be in line with the wording of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention. Whereas Art. 9 (2) of the Aarhus Convention obliges Convention parties to ensure access to a review procedure before a court of law or some other form of independent and impartial body, Art. 9 (3) of the Aarhus Convention indeed does not contain any specific requirements in this respect. It merely stipulates that members of the public must have access to administrative *or* judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities contravening environmental law provisions. Accordingly, it could be put forward that, whenever the scope of the internal review procedure is widened, allowing also acts of a general nature to be encompassed, compliance with Art. 9 (3) of the Aarhus Convention will be achieved. However, such a line of reasoning is not faultless. Taking into account the additional

expire by 31 December 2012. The exemptions from the obligations to apply limit values for particulate matter have already expired by 10 June 2011.

¹⁵⁷ Križan and others [2013] ECR I-0000, par. 109.

¹⁵⁸ Aarhus Implementation Guide (see above n 11), p. 200–201.

¹⁵⁹ Communication ACCC/C/2008/24 (Spain), ECE/MP.PP/C.1/2009/8/Add.1, paras. 104–105.

¹⁶⁰ ACCC European Union (see above n 51), par. 94.

qualitative standards of Art. 9 (4) of the Aarhus Convention also the procedures provided by Convention parties in the context of Art. 9 (3) of the Aarhus Convention, whether administrative or judicial, must be “adequate and effective”. This, amongst others, entails that the final ruling of the decision-making body must be impartial and free from prejudice, favouritism or self-interest¹⁶¹. As Ebbesson rightly pointed out, the requirements of fair and equitable procedures will be key considerations when administrative procedures are to be examined in light of the Aarhus Convention standards¹⁶².

Henceforth the internal review mechanism, even if it would encompass also acts of a general nature, can hardly be qualified as “adequate and effective”. It merely allows ENGOs to request the EU bodies and institutions which have adopted the contested acts to reconsider them. As such, the internal review procedure in itself does not seem to be able to ensure compliance with the requirements included in Art. 9 (3) and (4) of the Aarhus Convention. In contrast to other administrative review procedures, such as the review by the *European Ombudsman*¹⁶³, an internal review does not seem to offer a review which is impartial, adequate and fair. Obviously, EU institutions and bodies will not be eager to frequently review their own acts. To a certain extent, this is also illustrated by the above-mentioned administrative practice of the internal review to date.

Client Earth, in its earlier submissions on the draft findings of the ACCC, also pointed out that, according to the European Commission’s rules of procedure, it is “the member of the Commission responsible for the application of the provisions on the basis of which the administrative act concerned was adopted” that decides whether or not the act

of which a review is sought is in breach of environmental law¹⁶⁴. In addition, it maintained that the internal review procedure as such does not provide any injunctive relief either, as exemplified by the analysis presented above. Moreover, a reference to the possibility of lodging complaints against “maladministrations” of institutions with the European Ombudsman, seems incapable of offering the necessary relief, in light of Art. 9 (4) of the Aarhus Convention, as its decisions are even not binding on EU institutions¹⁶⁵.

As a consequence, it is clear that broadening the scope of the internal review procedure will not suffice to achieve the commitments of the EU under the Aarhus Convention. As there is, until now, a clear lack of adequate administrative remedies on the EU level available to the members of the public, it becomes all the more important to broaden the access to the EU Courts. Since Art. 9 (3) of the Aarhus Convention does not, as such, require the existence of a judicial review procedure, the establishment of an administrative review body in itself might already be sufficient to ensure compliance. In that regard, it might be desirable to also take into consideration the option of establishing an effective, full-fledged administrative review procedure, which safeguards the necessary impartiality and independence requirements in this regards.

VI. The Treaty of Lisbon: Any Additional Help for ENGOs?

In order to complete the assessment of the added value of the Aarhus Regulation, one also needs to take into consideration the latest modifications introduced by the Lisbon Treaty as regards

¹⁶¹ Implementation Guide (see above n 11), pp. 201–202.

¹⁶² J Ebbesson (see above n 16), p. 264.

¹⁶³ See extensively M Pallemmaerts (see above n 61), pp. 16–20.

¹⁶⁴ Client Earth, ‘Comments on the Draft Findings’, 11 April 2011, par. 4 and 5, available at: http://www.unecce.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-32/DRF/frClientEarth_comments_draft_findings032011.pdf (accessed 15 May 2014).

¹⁶⁵ Ibid, par. 8.

judicial protection. In this respect, not only the amendments made to the provisions in the Treaty as to direct actions for annulment are to be considered, but also the strengthening of the individual legal protection in the fields covered by Union law before national courts. It must be checked whether both modifications might not be helpful in mitigating or overcoming the above-mentioned shortcomings.

VI.1. The added judicial protection in relation to “regulatory acts”

As widely known, the TFEU did not limit itself to merely copying the framework of remedies set out by the TEC, but also revised the *locus standi* requirements for private applicants in the context of annulment procedures.

Hence, as of 2009, the provision on direct actions for annulment by natural or legal persons, which is now present in Art. 263 (4) of the TFEU, now allows: “Any natural or legal person (...) (to) institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures”. By excluding the *Plaumann*-test in the hypothesis of a regulatory act not entailing implementing measures, the Lisbon Treaty clearly sought to remedy the lack of judicial review in situations such as those outlined in *Jégo-Quéré*. Due to the lack of a clear definition of the notion of “regulatory act” in the Lisbon Treaty, the exact meaning remained until recently the subject of a lively debate amongst scholars, ever since it was included in the draft Treaty Establishing a Constitution for Europe¹⁶⁶.

Regrettably, also the new version of Art. 263 (4) of the TFEU does not lay down any explicit provisions which would guarantee access to ju-

dicial review in environmental matters in accordance with Art. 9 (3) of the Aarhus Convention. Moreover, most commentators, such as Jans, contended that, regardless of the correct interpretation of the term “regulatory act”, it would not add much to the field of environmental law, since the overwhelming majority of EU acts require implementing measures¹⁶⁷. Jans even explicitly referred to the decision of the European Commission which was at stake in *Greenpeace*, stating that, in any event, this decision could not be qualified as a “regulatory act”¹⁶⁸. Other commentators assumed that the widening up of the admissibility conditions by the Lisbon Treaty could have a positive impact on the access to the EU Courts by the public in the environmental sector¹⁶⁹.

In the meantime, both the General Court and the CJEU clarified the matter. In *Inuit Tapiriit Kanatami* the General Court, after having carried out a literal, historical and teleological interpretation of the latter provision¹⁷⁰, held that “regulatory acts” must be understood as covering all acts of general application apart from legislative acts¹⁷¹. In October 2013 this view was confirmed by the CJEU¹⁷².

In *Microban*, however, the General Court accepted that a decision which was adopted by the Commission in the exercise of its implementing powers, could be qualified as a “regulatory act”¹⁷³. Notwithstanding the low expectations of some commentators, the recent case-law on Art. 263 (4) of the TFEU seems capable of lessening the

¹⁶⁶ See: for instance: R Barents, ‘The Court of Justice after the Treaty of Lisbon’ (2010) *CMLRev* 47 (3), pp. 709–729.

¹⁶⁷ J Jans (see above n 7), p. 485.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ See amongst others: J-F Brakeland (see above n 100), p. 3.

¹⁷⁰ Case T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami* [2011] ECR II-75.

¹⁷¹ Ibid, par. 56.

¹⁷² Case C 583/11 P *Inuit Tapiriit Kanatami* [2013] ECR I-0000, par. 60.

¹⁷³ Case T-262/10, *Microban International Ltd* [2011] ECR II-07697, par. 22.

burden of admissibility for annulment actions, to a certain extent.

Because the notion of “*regulatory act*” also clearly included delegated and implementing acts, pursuant to Art. 290 and Art. 291 of the TFEU, as long as they are acts of a general application, it is not inconceivable to hold that also decisions pertaining to the listing of substances, as were at stake in *EEB*, could also benefit from the relaxed standards included in Art. 263 (4) of the TFEU. However, on the other hand, it remains uncontested that regulations adopted by the Parliament and the Council acting together through legislative procedures, still fall outside of the scope of the more lenient standards on access to justice. Yet, as already mentioned above, such findings do not stand at odds with the Aarhus Convention since the latter exempts legislative acts from the requirements on administrative and judicial review, as included in its Art. 9 (3).

On the downside, it must be noted that, in the aforementioned ruling, the Court adopted, on both occasions, a very strict interpretation of the notion of “*direct concern*”¹⁷⁴. As also concluded by Advocate-General Kokott in her opinion on appeal in *Inuit Tapiriit Kanatami*¹⁷⁵, the requirement of direct concern is not fulfilled in cases where there is only a factual effect, whereas, in previous case-law, actions for annulment had been admitted where the effects of those acts on the respective applicant are not legal, but merely factual, for example because they are directly affected in their capacity as market participants in competition with other market participants. Accordingly, there appears to be a clear tendency in the General Court’s recent case-law to hold that having its economic situation affected by a decision is not enough to be directly concerned by a

regulatory act and to have legal standing before the EU Courts¹⁷⁶.

As a result, it still remains to be seen to what extent the environmental impact of, for instance, the use of products containing hazardous substances, could be qualified as having “*direct concern*” for private individuals or ENGOs. While the new wording of Art. 263 (4) of the TFEU might have given rise to a wider access to the EU Courts in some environmental cases by excluding the requirements to be individually concerned by a regulatory act, the requirement of being “*directly concerned*”, especially in the field of environmental policy decisions, is to be interpreted so strictly that access to the EU Courts for ENGOs and individuals would still be illusory. It is thus not unthinkable that, in environmental cases, the battle for a wider access to the EU Courts in the coming years will, to a certain extent, have to refocus on the exact interpretation that needs to be given to the requirement of “*direct concern*”.

VI.2. Enhanced legal protection before national courts as panacea for all ills?

It must be borne in mind that the authors of the Lisbon Treaty achieved the aim of strengthening individual legal protection not only by extending the direct legal remedies available to natural and legal persons under the third variant of the fourth paragraph of Article 263 TFEU, but also, with the second subparagraph of Article 19 (1) of the TEU, intended to strengthen individual legal protection in the fields covered by Union law before national courts. Pursuant to the latter provision “*Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law*”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ See also: A Berthier (above n 106), p. 94.

¹⁷⁵ Opinion A-G Kokott in *Inuit Tapiriit Kanatami* (see above n 170), par. 71.

¹⁷⁶ *Inuit Tapiriit Kanatami* (see above n 170), par.75.

¹⁷⁷ See also in this regard: Case C-432/05 *Unibet* [2007] ECR I-2271, par. 65.

Interestingly, also in the field of environmental EU law, a tendency to broaden the access to justice before national courts can be detected in the recent case-law. The last years, the CJEU has revealed itself as a big proponent of wide access to justice for ENGOs in environmental cases at national level, thereby significantly curtailing the procedural autonomy of the Member States. As a matter of fact, the CJEU does not seem to shy away from urging national courts to reconsider their traditional approach towards standing for ENGOs in environmental cases, as, amongst others, portrayed by the ruling in the above portrayed *Slovak Brown Bear*-case. All in all, the CJEU seems to adopt a rather generous attitude towards standing for ENGOs and individuals in environmental cases before national courts.

Also the Court's ruling in *Janecek* could be tagged as an early example of the increased willingness of the ECJ to broaden access to national courts of the public in environmental cases¹⁷⁸. The more recent decision in *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland* serves as another striking example thereof. Here, the CJEU strictly scrutinized national procedural rules in light of the requirements enshrined in Art. 9 of the Aarhus Convention, as implemented in Union law. The CJEU had to assess to what extent the so-called "*Schutznormtheorie*", under which individuals and ENGOs have only standing to invoked legal proceedings that are designed to protect their specific interest is reconcilable with the EU provisions on access to justice. Under such an approach, public interest litigation is being made virtually impossible since lawsuits initiated by ENGOs and aimed at the protection of the general interest of the environment fall outside of the scope of a "*schutznorm*". Finally, the CJEU held that both EU environmental law and the Aarhus Convention preclude the use of a "*schutznorm*"

which does not permit ENGOs to rely before the courts, in an action contesting a decision authorising projects which fall within the scope of Union law, on the infringement of a rule flowing from EU environment law and intended to protect the environment¹⁷⁹.

Possibly even more compelling in this respect are the decisions of the CJEU in *Boxus*¹⁸⁰ and *Solvay*¹⁸¹, in which it was underlined that the Aarhus Convention, read in conjunction with EU environmental law, requires that any national court, if no other legal actions are available under the applicable national procedural law, should be enabled to review whether a legislative act, exempting a project from a prior environmental impact assessment, has complied with the applicable conditions laid down by EU environmental directives¹⁸². In more recent case-law, the CJEU also underlined the need of protection of the previously formed legal status of complex multistage processes¹⁸³ and adherence to decisions of the higher court¹⁸⁴. Likewise, the Court also clarified the term of "not prohibitively expensive costs" in two recent cases, which deal with the costs of access to justice which have traditionally been very high in the United Kingdom's various jurisdictions¹⁸⁵.

Surely, the above-mentioned rulings must be welcomed as a good example of how the CJEU took into consideration Art. 9 (3) of the Aarhus Convention when interpreting national procedural rules, thereby ensuring effective judicial protecting at national level, even in the (blatant) absence of a general EU Directive on this mat-

¹⁷⁸ Case C-237/07, Dieter Janecek [2008] ECR I-06221.

¹⁷⁹ Trianel (see above n 107), par. 46.

¹⁸⁰ Boxus (see above n 125).

¹⁸¹ Solvay (see above n 125).

¹⁸² Boxus (see above n 125), par. 54; Solvay (see above n 125), par. 50.

¹⁸³ Case C-72/12, Altrip [2013] ECR I-0000.

¹⁸⁴ Križan (see above n 157).

¹⁸⁵ Case C-530/11, Commission v UK [2014] ECR I-0000; Case C-260/11, Edwards [2013] ECR I-0000.

ter¹⁸⁶. However, whilst the drafted proposal for an EU Directive was set aside in 2003, the proactive jurisprudence of the CJEU and different study findings¹⁸⁷ urged the Commission to restart the process towards a legally binding instrument in order to implement Art. 9(3) of the Aarhus Convention¹⁸⁸. The 2013 study carried out by Darpö concluded that there clearly exists a clear need for a new directive, in order to harmonize the national efforts in implementing Art. 9(3) and (4) of the Aarhus Convention. The latter study concluded that the status of implementation of the latter provisions in the Member States can be tagged as “diverging, random and inconsistent”, underpinning the need for a harmonizing directive¹⁸⁹.

Taking stock of recent case-law developments, the CJEU can certainly not be accused of unwillingness to take into account Article 9 of the Aarhus Convention in respect of the review of well-established rules of national procedural law, such as the German “*schutznorm*”. In fact, the CJEU clearly did not shy away from calling into question a core principal of a national legal system in light of the third pillar of the Aarhus Convention. As a result, it is now uncontested that Art. 9 of the Aarhus Convention may trump national procedural rules.

Moreover, in general, it is true that the coherence of the judicial system of the European Union does not rest solely on the EU Courts, but rather on the interlocking system of jurisdiction

of the EU Courts and the national courts, exemplifying the principle of upholding the “*rule of law*” in the Union legal order. Yet, while the national courts might indeed, in line with the rulings of the ECJ in *Les Verts*, play a crucial role in filling gaps in the system of judicial protection, they will probably not be able to provide a sustainable solution to fill the judicial protection gaps on the EU level, where still a lot of barriers remain which prevent ENGOs and individuals from having access to justice in conformity with the requirements set out in Art. 9 (3) of the Aarhus Convention. In that respect, referral can be made to the issues that had been already spotted by Advocate-General Jacobs in his Opinion in *Unión de Pequeños Agricultores*¹⁹⁰. There it was noted that the preliminary ruling is not available as a matter of right (since it is up to the national courts to refer a question to the CJEU). On top of that, it remains useful to recall that, in *Vereniging Milieudefensie*, the General Court already rejected a recourse to national proceedings as justification for the limited scope of the internal review procedure, as no national measure appeared to be available to question before the national courts. A similar conclusion could also be reached in the context of, for instance, fisheries measures adopted within the framework of fisheries conservation policy, which still largely remains an exclusive competence of the EU. In such instances, that are simply no national measures which could be contested before national courts.

The ACCC reached a similar conclusion in its findings and recommendations of April 2011, whereby it pointed, amongst others, to the fact that it is, in any event, up to the national court to bring such cases to the CJEU¹⁹¹. Hence, there remains a great deal of uncertainty whether the

¹⁸⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on access to justice in environmental matters, COM[2003] 624 final, 24 October 2003.

¹⁸⁷ See most interestingly Jan Darpö, *Effective Justice?*, Synthesis report of the study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in the Member States of the European Union (2013) available at http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm.

¹⁸⁸ See more on this topic: T P Vidovic (see above n 15); p. 199; J-F Brakeland (see above n 100), pp. 17–23.

¹⁸⁹ J Darpö (see above n 187), p. 25.

¹⁹⁰ A-G Jacobs Opinion in *UPA* (see above n 38), paras. 42–44.

¹⁹¹ ACCC European Union (see above n 51), par. 89.

case at hand will finally end up before the EU Courts. In other words, enhanced legal protection before national courts, whilst as such desirable, cannot serve as a panacea for all ills in this context.

At the end of the day, the possibility of challenging decisions of the European decisions would depend entirely on the legal protection afforded by the national courts. Moreover, another compelling reason why national courts might refrain from referring questions to the CJEU in environmental cases is the significant time during (mostly several years) which the national proceedings would have to be suspended, coupled with very strict conditions for interim relief, at least as far as legal challenges to EU acts¹⁹². The large amounts of delays and costs that are involved in such proceedings make them disadvantageous in many instances¹⁹³. In sum, whilst the continuous development of the case-law widening the access to justice in environmental cases before national courts must certainly be hailed as a positive evolution, it may not be used as scapegoat for denying modifications to the existing case-law on access to EU courts for ENGOs and the wider public, especially so in environmental cases. Given the recent findings in the aforementioned studies, where it was concluded that access to justice in environmental matters still leaves a lot to be desired at the national level, merely relying on the national courts may not be sufficient in light of the Aarhus Convention¹⁹⁴. In the absence of a new directive on access to justice in environmental matters before national courts, it can be assumed that in many instances, even whenever national implementing measures are available, national litigation will not serve as a usefull and realistic fall-back option.

In light of the foregoing decisions of the General Court and the ACCC, it will be very interesting to see how the CJEU will tackle this issue. If it were to follow the view of the General Court in *Vereniging Milieudefensie*, this could possibly serve as a catalyst for a future reverse of established case-law on standing requirements in environmental cases, as, in that hypothesis, it would lose its one of its settled lines of argumentation to ground the limited access on the EU level for ENGOs.

In fact, it might be hoped that the CJEU, not only in the cases on appeal, but also in other, future proceedings, might seize the opportunity to display the same openness towards the Aarhus Convention as regards access to justice on the EU level as it did in recent years in respect of national admissibility requirements for ENGOs. The recent Aarhus-friendly case-law in the context of national procedural rules might in fact serve as an additional incentive to do away with the traditional *Plaumann*-doctrine instead of justification for the persisting rigid attitude on standing criteria on the EU level. For, to a certain extent, it would be highly inconsistent for the EU Courts to require the national courts to interpret well-vested national procedural rules in light of the Aarhus Convention, whilst giving a deaf ear to the latter convention in the context of direct actions against EU measures. Whilst enhanced protection before national courts is certainly capable of filling in some gaps, it will certainly not be able to guarantee in itself a full-fledged and effective system of judicial protection in the context of EU decisions.

VII. Conclusion and Outlook

Wrapping up, it can be seen from the above conducted analysis that the pursuit of a better access to justice in environmental cases on the EU level is far from over. On the surface, the recent judgments handed down by the General

¹⁹² P Wennerås (see above n 7), p. 213.

¹⁹³ See also: M Elia Antonio (see above n 93), p. 789.

¹⁹⁴ J Darpö (see above n 187), p. 9.

Court in June 2012 should indeed be welcomed as a first, important step in the struggle for an enhanced level of legal protection in environmental cases. The General Court undoubtedly showed a greater openness towards the requirements enshrined in Art. 9 (3) of the Aarhus Convention, even confronted with the lack of a direct effect thereof. By ruling out the rigid application of the Aarhus Regulation with referral to Article 9 (3) of the Aarhus Convention, the General Court apparently moved away from its traditional strict approach towards public interest litigation.

And to a certain extent, it is tempting to conclude that the General Court has moved away from its earlier “conservative” approach towards access to justice in environmental cases on the EU level. Taken together with the recent case-law developments as regards access to justice on the national level, the EU Courts seem ready to revisit their *stare decisis* as to judicial review in environmental matters. In that light, one could portend that the EU Courts finally took stock of the growing international awareness concerning government accountability, transparency and responsiveness, which are all, in a certain way, closely related to a better access to justice in environmental matters. ENGOs possess a level of technical expertise and thus play a vital role in the much needed struggle for more environmental protection in modern day society. Since on the EU level major decisions as to the environment and public health are being taken, a satisfactory degree of judicial review must be provided here too. This appears to be a matter of simple common sense. Also EU decisions in the field of the Common Fisheries Policy to administrative decisions on the authorisation of chemicals, pesticides, biocides and GMOs must be subject to judicial review, just as is the case at national level.

And thus, there remains ample reason to urge for a more wider access to justice in env-

ronmental cases on the EU level. Whilst the EU likes to portray itself as a progressive player in the field of environmental protection and sustainable development, the lack of effective judicial protection in environmental matters severely puts into question the latter image.

Admittedly, the rulings of the General Court of June 2012 might include the gems of hope that many ENGOs are eagerly awaiting for a long time. Yet, at the same time, the rulings also contain some disturbing warnings for future public interest litigation. In fact, their legacy might be less favourable for ENGOs in the long run. Accordingly, the recent decisions seem to highlight that the critiques on the adequacy of the Aarhus Regulation were well-deserved. If the CJEU were to confirm this view on appeal then a mere stalemate would be reached as regards judicial protection in environmental cases on the EU level. Moreover, given the fact that, as outlined above, the internal review procedure in itself does not seem to fulfil the basic requirements of Art. 9 (3) and (4) of the Aarhus Convention on several accounts, the ACCC might be, in its final findings, less reluctant to issue some more outright findings and recommendations as regards the (obvious) non-compliance by the EU with its obligations under the Aarhus Convention.

It is a misconception to believe that the battle for a better access to the EU Courts will have ended with the lawsuits that have been dealt with in this paper. Quite the contrary is true. Taking into account the appeals by the European Commission, the Council and the European Parliament, it is abundantly clear that even the limited progress that has been reached in the judgments of 14 June 2012 is not even certain to last.

At the end of the day, it is rather ironic to note that, whilst the CJEU is recently spawning “*progressive*” case-law, which urges national courts to re-think their traditional rigid approach towards public interest litigation in the context of

EU environmental law, it refuses to do the same as regards direct actions against EU measures. Instead of shifting responsibility to the Member States, which can take the (rather unlikely) initiative to initiate an intergovernmental conference to consider an amendment to Art. 263 of the TFEU or the national courts, the EU Courts themselves should reconsider their well-vested approach towards the notion of “*direct and individual concern*”. As was pointed out by the ACCC, the relevant provisions of the TFEU are drafted in such a way that they can be interpreted by the EU Courts in line with the standards enshrined in the Aarhus Convention. While, for the time be-

ing, this might seem uncharted territory for the EU Courts, given the quasi-constitutional status of the *Plaumann*-doctrine, it appears to be the only sensible solution for this perennial inconsistency in the long run. The EU Courts have run out of excuses not to transcend their traditional approach to legal standing in environmental cases. Alternatively, the EU risks of becoming the laughing stock of international environmental policy. For, how serious can one take the environmental commitments of the EU, if it appears to be unable to provide an adequate level of effective judicial protection in environmental matters before its own courts?

Klimatilpasning – Udledning af regnvand fra veje og befæstede arealer

Af Lasse Baaner*

Resume: Regnvand fra tage og veje indeholder miljøfarlige stoffer, for hvilke der er fastsat miljøkvalitetskrav på europæisk niveau. Tilladelser til udledning af den slags vand som en del af de nye klimatilpasningsstrategier skal derfor efter vandrammedirektivet bygge på anvendelsen af den kombinerede metode. Det indebærer, at vilkårene skal baseres på den bedst tilgængelige teknologi, og hvis det ikke er nok til at sikre, at miljømål og miljøkvalitetskrav overholdes, skal der fastsættes strengere vilkår i tilladelsen – efter omstændighederne i form af emissionsvilkår. Reglerne er utilstrækkeligt implementeret i den danske lovgivning, og der er behov for at tydeliggøre retsgrundlaget for tilladelser til udledning af vand fra tage, veje og pladser – navnlig set i lyset af kommunernes nye strategier for klimatilpasning, som sigter på at dette vand håndteres og udledes separat.

Abstract: Rainwater run-off from roofs and roads contain hazardous substances for which environmental quality standards have been established. Discharging this water must therefore only be permitted by use of the combined approach as prescribed in article 10 of the Water Framework Directive. This means that the conditions in the permit must be based on the best available technology, and if that is not enough to ensure that environmental objectives and environmental quality standards in the receiving body of water are being met, stricter conditions must be established. These rules are inadequately implemented in Danish legislation, and there is a need to clarify the legal basis for permits to dis-

charge runoff from roofs, roads and squares – especially in light of the new local strategies for climate change adaptation, which aims to run-off being discharged without passing any waste water treatment facility.

1 Indledning

Den 9. maj 2008 gav Stevns Kommune tilladelse til udledning af vand fra tage og veje i et boligområde på 14,7 ha. til Køge Bugt.¹ Tilladelsen var en ekspeditionssag, for området skulle separat-kloakeres, så regnvandet ikke løb i den samme kloak som husspildevandet til Strøby Ladeplads Renseanlæg. Dette ville reducere kapacitetsproblemerne på renseanlægget, forhindre de stærkt forurenende overløb af urensset spildevand til bugten og klimasikre området ved at reducere risikoen for oversvømmelse af områdets kældre.² På årsbasis ville der imidlertid blive udledt 22.000 m³ vand med et ukendt indhold af forurenende stoffer – måske PAH-ere, DHEP, DBP, LAS og andre forkortelser, som de færreste miljøjurister kender, komplicerede kemiske forbindelser som nonylphenol og 17β-østradiol men også miljørettens gamle kendinge som bly, cadmium, kobber og krom.

Tilladelsen er bare en ud af mange – rigtig mange. De seneste somres oversvømmelser

* Adjunkt, cand. jur., ph.d., Institut for Fødevarer- og Resourceøkonomi, Københavns Universitet.

¹ Stevns Kommune, Journalnr. 08/1165.

² Stevns Kommune, Spildevandsplan Strøby Egede 940.12, Spildevandsplan 2012–2020, http://stevns.ramplan.dk/planer/spildevandsplan/plan/kloakoplande/stroeby_egede.aspx.

af større byområder i forbindelse med kraftig regn har under overskriften "Klimatilpasning" sat håndteringen af regnvand på dagsordenen. Politikkerne og spildevandsselskaberne ønsker vandet fra tage, veje og befæstede arealer adskilt fra det øvrige spildevand og udledt eller nedsivet separat.³ Vandet er imidlertid forurenset med en lang række problematiske stoffer, som ikke bliver fjernet fra vandet, når det udledes separat. Det er derfor vanskeligt at kombinere de nye ambitioner om klimatilpasning med hensynet til miljøet.⁴

Denne artikel analyserer de EU-retlige rammer for udledning af regnvand fra tage, veje og befæstede arealer. Den har fokus på de miljøfremmede stoffer, analyserer reguleringen, som den kommer til udtryk i direktiver og praksis og den redegør for den danske implementering. Artiklen er udarbejdet som en del af innovationsprojektet *Regn med kvalitet* under forskningsprojektet *Vand i byer*.

2 Udgangspunktet: Den kombinerede metode

Vandressourcerne beskyttes som udgangspunkt af vandrammedirektivet⁵. Efter vandrammedirektivets artikel 10 skal reguleringen af forureningen af overfladevand, som er omfattet af EU-retlige regler, gives på baggrund af det, der kaldes den kombinerede metode eller den kombinerede fremgangsmåde.

Kravet om anvendelsen af den kombinerede metode gælder alle udledninger, der er omfattet af EU-retlige krav. Det er regnvandsudledninger

som hovedregel, idet de normalt indeholder en lang række af vandrammedirektivets prioriterede og miljøfremmede stoffer, som der er fastsat miljøkvalitetskrav for. Det drejer sig bl.a. om polycykliske aromatiske hydrocarboner, som normalt kaldes PAH'er, samt metaller og metalforbindelser fra tage og trafik og biocider fra algemidler brugt på tage og befæstede arealer.⁶ De prioriterede stoffer er listet på vandrammedirektivets bilag X og har EU-fastsatte miljøkvalitetskrav, mens de miljøfremmede stoffer, som der skal overvejes nationale miljøkvalitetskrav for, er listet på direktivets bilag VII. Den kombinerede metode er dermed udgangspunktet for reguleringen – ikke bare for spildevand fra virksomheder, rensnings- og industrianlæg, men også for udledning af regnvand fra veje, pladser, tage og andre befæstede arealer.

Den kombinerede metode kombinerer en regulering baseret på emissionsnormer og anvendelsen af den bedst tilgængelige teknologi (BAT) med en regulering på baggrund af miljømål og miljøkvalitetskrav for vandområderne. Fremgangsmåden er beskrevet i artikel 10.

Den kombinerede fremgangsmåde ved punktkilder og diffuse kilder

1. Medlemsstaterne sikrer, at alle de i stk. 2 omhandlede udledninger til overfladevand kontrolleres efter den kombinerede fremgangsmåde i denne artikel.

2. Medlemsstaterne sikrer indførelse og/eller gennemførelse af:

- a) en emissionskontrol baseret på den bedste tilgængelige teknologi, eller
- b) de relevante emissionsgrænseværdier, eller

³ Miljøministeriet Naturstyrelsen, Klimatilpasningsplaner og klimalokalplaner, 2013, s. 42.

⁴ Jf. også Jes Vollertsen et al., Våde bassiner til rensning af separat regnvand. Baggrundsrapport, 2012.

⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/60/EF af 23. oktober 2000 om fastlæggelse af en ramme for Fællesskabets vandpolitiske foranstaltninger. EF-Tidende nr. L 327 af 22/12/2000 s. 0001–0073.

⁶ Søren Gabriel og Jes Vollertsen, Anbefalinger til udledning og nedsivning af regnvand, 2012; Vollertsen et al., Våde bassiner til rensning af separat regnvand. Baggrundsrapport.

c) i tilfælde af diffuse virkninger, en kontrol der, hvor det er relevant, omfatter den bedste miljøpraksis som fastsat i:

- Rådets direktiv 96/61/EF af 24. september 1996 om integreret forebyggelse og bekæmpelse af forurening
- Rådets direktiv 91/271/EØF af 21. maj 1991 om rensning af byspildevand
- Rådets direktiv 91/676/EØF af 12. december 1991 om beskyttelse af vand mod forurening forårsaget af nitrater, der stammer fra landbruget
- de direktiver, der vedtages i henhold til artikel 16 i dette direktiv
- de direktiver, der er opført i bilag IX
- anden relevant fællesskabslovgivning senest 12 år efter datoen for dette direktivs ikrafttræden, medmindre andet er foreskrevet i den pågældende retsakt.

3. Hvis et kvalitetsmål eller et kvalitetskrav, uanset om de er fastsat i henhold til dette direktiv, i de direktiver, der er opført i bilag IX, eller i henhold til anden fællesskabslovgivning, kræver overholdelse af strengere betingelser end dem, som følger af anvendelsen af stk. 2, fastsættes der i overensstemmelse hermed strengere emissionskontrol.

For det første skal der enten stilles krav der svarer til, hvad der er opnåeligt ved anvendelse af den bedst tilgængelige teknologi – ved diffus forurening den bedste miljøpraksis – eller det skal sikres, at de relevante emissionsgrænseværdier i fællesskabslovgivningen overholdes. Dernæst skal det vurderes, om miljø- og kvalitetsmål for vandforekomsten eller det område, der modtager forureningen, kan overholdes. Hvis ikke den bedst tilgængelige teknologi eller den bedste miljøpraksis er nok til at sikre dette, så skal der fastsættes strengere emissionsvilkår i tilladelsen eller de generelle regler der regulerer aktiviteten.

Det er ikke klart ud fra bestemmelsens for-

mulering, hvorvidt reguleringen kun skal bygge på anvendelsen af den bedst tilgængelige teknologi, hvor det er direkte foreskrevet i direktiverne nævnt i artikel 10, stk. 2 eller anden relevant fællesskabslovgivning, eller om reguleringen altid skal bygge på den bedst tilgængelige teknologi, når en udledning ellers er omfattet af regler i fællesskabslovgivningen. Det sidste må formodentligt være det rigtige, hvis artikel 10 skal have et selvstændigt indhold. Hvis den kombinerede metode i artikel 10 kun bestod i at iagttage den regulering, der kommer til udtryk i anden fællesskabslovgivning vedrørende BAT, miljømål, kvalitetskrav m.v., så har artikel 10 ikke nogen selvstændig funktion. Hvis artikel 10 derimod fortolkes, så den indeholder et krav om, at emissionskontrollen ved udledninger altid skal baseres på BAT, overholde de vedtagne emissionsgrænseværdier og være tilstrækkelige til, at miljømål og miljøkvalitetskrav i recipienten kan opfyldes, så supplerer artikel 10 den eksisterende fællesskabslovgivning ved at anvise en trinvis fremgangsmåde for regulering af udledninger.

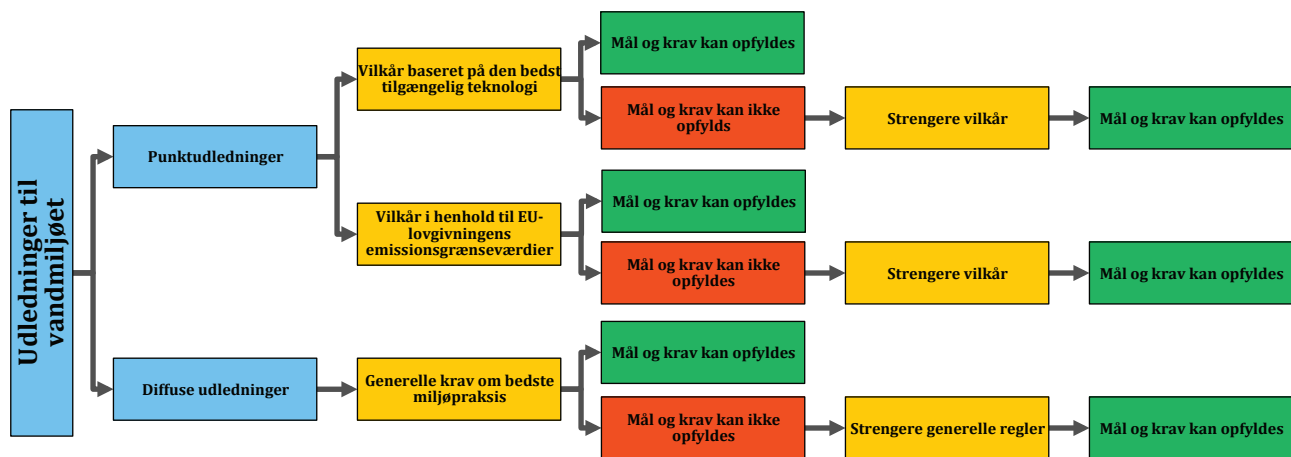
Fremgangsmåden er søgt illustreret med figur 1.

Denne fortolkning har nogen støtte i bestemmelsens forhistorie. I forslaget til direktivet blev bestemmelsen om den en kombinerede fremgangsmåde omtalt som en bestemmelse, der blot bekræftede og formaliserede eksisterende lovgivning,⁷ hvorimod den i det senere ændringsforslag blev flyttet fra direktivets definitioner til direktivets artikler, fordi bestemmelsen efter kommissionens vurdering pålagde medlemsstaterne en substantiel handlepligt.⁸

Vandrammedirektivets krav i artikel 10 om anvendelsen af den kombinerede metode har tæt

⁷ Forslag til Rådets direktiv om rammerne for Fællesskabets vandpolitiske foranstaltninger KOM(97)49, s. 13.

⁸ Ændret forslag til Europaparlamentets og Rådets direktiv om rammerne for Fællesskabets vandpolitiske foranstaltninger KOM(1999)271, s. 4.



Figur 1: Den kombinerede fremgangsmåde

sammenhæng med direktivets artikel 11 stk. 3, litra g og h. Efter litra g skal medlemsstaternes retssystemer indrettes, så punktkilder, der kan være årsag til forurening, underkastes et krav om tilladelse eller reguleres gennem generelle forbud.⁹ For diffuse kilder stiller litra h krav om, at retssystemet skal indeholde regler, der enten forebygger eller kontrollerer tilførslen af forurenende stoffer. Det er disse regler i medlemsstaternes retssystemer, der skal muliggøre anvendelsen af den kombinerede metode.

I Danmark er kravet om afvendelsen af den kombinerede metode kun udtrykkeligt implementeret, når det gælder udledninger omfattet af bekendtgørelse nr. 1022/2010 om miljøkvalitetskrav. Efter § 13 i denne bekendtgørelse er det ikke tilladt at give en udledningstilladelse, der ikke stiller vilkår om anvendelsen af den bedst tilgængelige teknologi, og der skal stilles yderligere krav om at reducere stofudledningen, hvis anvendelsen af den bedste teknologi ikke er nok til, at et miljøkvalitetskrav i vandforekomsten overholdes.

Bekendtgørelsens § 1 undtager imidlertid udledning af vand fra almindeligt belastede

separate regnvandsudledninger – dvs. netop de mange udledninger, der nu etableres som en del af klimatilpasningsprojekter. For de udledninger er implementeringen af den kombinerede metode mere uklar. Her må kravet om anvendelsen af metoden indfortolkes i miljøbeskyttelseslovens § 3, hvorefter der ved lovens administration skal lægges vægt på, hvad der er opnåeligt ved anvendelse af den bedste tilgængelige teknik, sammenholdt med den bindende retsvirkning af de krav og mål, det modtagne vandområde er omfattet af.

Men er den kombinerede metode implementeret tilstrækkeligt, når det kommer til regnvandsudledninger, og hvilke EU-retlige "krav og mål" skal man skal vurdere regnvandsudledningerne op imod?

3 Punktudledning vs. diffus udledning

Det er afgørende at skelne mellem punktudledninger og diffuse udledninger – det man også kan kalde punktkildeforurening og diffus forurening. Reguleringen af punktudledninger skal nemlig altid bygge på anvendelsen af den bedst tilgængelige teknik eller EU-lovgivningens emissionsgrænseværdier, hvorimod reguleringen af diffuse udledninger kun skal bygge på mere generelle regler om anvendelsen af den bedste miljøpraksis.

⁹ Jf. også C-381/07 – Association nationale pour la protection des eaux and rivières og Krämer L, Comment on Case C-381/07 (2009) 6 J. Eur. Environ. Plan. Law, s. 130.

Begrebet punktkildeforurening er knyttet til begrebet udledning og må på baggrund af dommene *Van Roij* (C-231/97) og *Nederhoff* (C-232/97) forstås som enhver direkte eller indirekte forurening, hvor det er muligt at identificere en ansvarlig.¹⁰ Det svarer altså til begrebet forurening ved udledning.¹¹

C232/97, præmis 37

Det følger heraf, at begrebet »udledning« i artikel 1, stk. 2, litra d), i direktiv 76/464 skal forstås således, at det omfatter enhver handling, der kan tilskrives en person, og hvorved et af de farlige stoffer, der er opført på liste I eller II i bilaget til direktivet, direkte eller indirekte tilføres vand, som direktivet finder anvendelse på.

Miljøministeriet i Danmark anser imidlertid ikke udledninger af vand fra tage og befæstede arealer til søer og vandløb som punktkildeforureninger.¹² Her læser man EU-dommene således, at det er kilden til forureningen, der er afgørende for, om der er tale om en udledning eller ej. Punktvis udledning af spildevand, der udelukkende er forurennet med stoffer fra diffuse kilder, er efter ministeriets opfattelse ikke en udledning, idet kilden til forureningen af spildevandet er diffus. Ministeriet anser derfor heller ikke punktvis udledninger af spildevand fra almindeligt belastede befæstede arealer for punktkilder. De anses som diffus forurening, der ikke er underlagt EU-rettens krav om tilladelse. Tilsvarende anses udledning via renseanlæg af stoffer anvendt i

husholdninger som diffus forurening, idet der ikke kan identificeres en enkelt ansvarlig for indholdet af disse stoffer.¹³

Hovedspørgsmålet i C232/97 var, om udslip af stoffer til luften, der fortættes på jorden og på tage og derefter kommer frem til overfladevand via en regnvandsledning, skulle betragtes som en udledning i direktivets forstand. Domstolen slog fast, at det skulle betragtes som en udledning, hvis udslippet af stoffer kunne tilskrives en person. Det er formodentlig baggrunden for det danske miljøministeries opfattelse, hvorefter det er stedet for udslippet af stofferne, der er afgørende for, om der er tale om en udledning i direktivets forstand, og ikke stedet hvor udledningen sker til vandet. Ved udledning af almindeligt belastet overfladevand fra befæstede arealer vil der nemlig modsat situationen i C232/97 være tale om udslip af stoffer fra flere forskellige og spredte kilder.

Men miljøministeriets opfattelse må være forkert. Den punktvis udledning af diffust forurennet spildevand kan kontrolleres helt på linje med anden punktvis forurening og bliver det da også i Danmark i medfør af miljøbeskyttelseslovens § 28. Netop muligheden for kontrol og indførelse af tilladelseskrav er baggrunden for at skelne mellem punktvis og diffus forurening, og uanset at forureningen af spildevandet som sådan er diffus, og der ikke kan identificeres en ansvarlig for den, så kan der identificeres en ansvarlig for udledningen af spildevandet. Domstolen nævner da netop også i C-232/97, præmis 38, at ansøgning og meddelelse af tilladelse nødvendigvis må forudsætte, at der kan identificeres en ansvarlig for den pågældende udledning.

¹⁰ Se også Peter Pagh, EU's institutionelle ramme og betydning, i Miljøretten 1, red. Ellen Margrethe Basse, 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, s. 228.

¹¹ Det er først, når vandrammedirektivets forpligtelser er fuldt implementeret i medlemsstaternes lovgivninger, at det er muligt at basere reguleringen på generelle forbud eller pligter frem for individuelle tilladelser, jf. C-232/97 og Mark J. Brumwell, Meaning of 'Discharge', Environmental Law Review 35, no. 2, 2002, s. 35–39.

¹² Se. F.eks. Miljøministeriet Naturstyrelsen, Miljøfarlige forurenende stoffer i vandplanerne, 2011, s. 9.

¹³ Se. F.eks. Miljøministeriet Naturstyrelsen, Forslag til vandplan. Hovedvandopland 1.13 Odense Fjord. Offentlig høring juni 2013, s. 161.

C-232/97, præmis 38

Rigtigheden af denne fortolkning støttes af den ordning, der blev indført ved direktiv 76/464, hvis artikel 3 og artikel 7, stk. 2, fastsætter bestemmelser om, at enhver udledning af stoffer, der er opført på liste I eller II i bilaget til direktivet, i vand omfattet af dettes artikel 1 forudsætter, at der er opnået en tilladelse, som skal sikre, at der sker en overholdelse af fællesskabsgrænseværdierne, og fastsætte de nationale emissionsnormer. En ansøgning herom og i givet fald en meddelelse af en tilladelse må nødvendigvis forudsætte, at udledningen kan tilskrives en person.

Kontrolleret punktvis udledning af opsamlet diffust forurenat spildevand på baggrund af en tilladelse efter miljøbeskyttelsesloven vil altså være en punktkildeforurening i EU-retten forstand – uanset at det er diffuse kilder, der er årsagen til forureningen af spildevandet.

I modsætning til punktvis udledning, så skal diffuse udledninger efter den kombinerede metode kun reguleres ved generelle regler om anvendelsen af den bedste miljøpraksis og ikke ved anvendelse af EU-lovgivningens emissionskrav eller ved krav om den bedst tilgængelige teknik. Den danske opfattelse er derfor formodentlig medvirkende til, at der ikke i fornødent omfang stilles krav om anvendelsen af den bedst tilgængelige teknik ved udledninger af regnvand fra tage, veje og befæstede arealer.

4 Den bedst tilgængelige teknologi

Vandrammedirektivets artikel 10 sætter regulering efter emissionskrav op som et alternativ til anvendelsen af den bedst tilgængelige teknologi. For regnvandsudledninger er der imidlertid ingen relevante emissionskrav. Hermed følger det, at reguleringen skal bygge på anvendelsen af den bedst tilgængelige teknologi. Dette gælder, hvad enten reguleringen sker ved konkrete tilladelser eller via generelle regler.

§ 13 i den danske bekendtgørelse 1022/2010 om miljøkvalitetskrav pålægger miljømyndighederne at stille krav om anvendelsen af den bedst tilgængelige teknik, når der gives udledningstilladelser, men dette krav gælder efter bekendtgørelsens § 1 ikke for regnvandsudledninger. For udledning af regnvand fra almindeligt belastede områder er anvendelsen den bedst tilgængelige teknologi altså ikke udtrykkeligt lovfæstet, men kan dog støttes på det generelt formulerede princip i miljøbeskyttelseslovens § 3, hvorefter der ved lovens administration skal lægges vægt på, hvad der er opnåeligt ved anvendelsen af den bedst tilgængelige teknik.

De danske 1. generations vandplaner lægger en supplerende regulering ned over spildevandsområdet,¹⁴ men også her er kravet om anvendelsen af den bedst tilgængelige teknik nedtonet. Ifølge vandplanens retningslinje 7 bør der blot som udgangspunkt etableres et first-flush bassin, der kan opsamle de første 5 mm. regn, og vedrørende tekniske forhold henvises til en mere end 20 år gammel udgivelse af Miljøstyrelsen.¹⁵ Retningslinjerne er i øvrigt formuleret i bløde vendinger ved anvendelsen af ordene ”bør” og ”som udgangspunkt”, og giver dermed myndighederne god mulighed for at fravige retningslinjerne, såfremt der argumenteres konkret herfor.

Afgørelsen fra Stevns Kommune blev påklaget til Natur- og Miljøklagenævnet af flere, bl.a. de lokale fiskere med bundgarn i Køge Bugt. Det var imidlertid usikkert, hvilken påvirkning udledningen ville have, og et mindretal i nævnet fandt, at kravet om den bedst tilgængelige teknik var ubegrundet al den stund, at den samlede

¹⁴ Se om vandplanerne Lasse Baaner, Programmes of Measures Under the Water Framework Directive – A Comparative Case Study, Nordisk Miljörättslig Tidsskrift / Nordic Environmental Law Journal, 2011, nr. 1, s. 31–51.

¹⁵ Miljøministeriet Naturstyrelsen, Forslag Til Vandplan. Hovedvandopland 1.13 Odense Fjord. Offentlig Høring Juni 2013, s. 55.

mængde forurenende stoffer var så lille, at det ikke kunne påvirke bugten. Mindretallet ville altså ikke anvende den kombinerede metode på udledningen. Det accepterede flertallet ikke, og afgørelsen fra Stevns blev hjemvist med henblik på vurdering af den bedst tilgængelige teknik.

I nævnets praksis vedrørende regnvandsudledninger stilles der imidlertid ikke store krav til myndighedernes redegørelse for anvendelsen af den bedst tilgængelige teknologi. I en sag fra januar 2012 om udledning af vejvand fra Frederikssundmotorvejen udtalte nævnet, at Vejdirektoratets og Vejregelrådets vejregel om afvandingskonstruktioner¹⁶ er udtryk for den bedst tilgængelige teknologi, og det ved vilkår skal fastsættes, at bassinet udføres i overensstemmelse hermed.¹⁷ Vejreglen behandler dog slet ikke miljøspørgsmål og er derfor næppe et godt grundlag for fastsættelse af den bedst tilgængelige teknologi i relation til forurenende stoffer.

I marts 2012 udtalte nævnet i sagen fra Stevns, at der ikke findes egentlige vejledninger om udformningen af regnvandsbassiner, men at våde regnvandsbassiner med et total vådvolumen på 180–250 m³ pr. reduceret ha oplandsareal efter den nyeste forskning er et udtryk for den bedst tilgængelige teknik.¹⁸ Kommunen skulle altså foretage en vurdering indenfor dette spænd.

¹⁶ Vejregelrådet og Vejdirektoratet, Vejregel. Afvandingskonstruktioner, 2009.

¹⁷ Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 25. januar 2012 i sagen om udledning af vand fra Frederikssundsmotorvejens bassin F til Smørumnedreafløbet, NMK-10-00424. Se også NMK-10-00425.

¹⁸ Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 9. marts 2012 i sag om udledningstilladelse til udledning af overfladevand til Køge Bugt, NMK-10-00107. Gentaget i sagen om tilladelse til udledning af vejvand fra 3 forsinkelsesbassiner fra vejforbindelsen E20 til Esbjerg Havn, Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 27. september 2012, NMK-10-00204.

Natur- og Miljøklagenævnet, sag NMK-10-00107

Våde regnvandsbassiner er i dag en af de mest velafprøvede teknologier til rensning af separat regnvand. Det samlede bassinvolumen opdeles i et permanent ("vådt") volumen og et magasin-volumen ("tørt" volumen, der kun aktiveres under afstrømningshændelser). Det våde/permanente volumen er afgørende for bassinets renseevne, og et "tørt" regnvandsbassin uden permanent vandspejl vil ikke kunne rense tilsvarende godt.

Der foreligger ikke egentlige vejledninger om etablering af regnvandsbassiner, men ifølge den nyeste forskning om våde regnvandsbassiner i Danmark kan en ønsket renseeffekt opnås med et total vådvolumen på 180–250 m³ pr. reduceret ha oplandsareal. Større bassinvolumener end dette vil ikke give anledning til forøget rensning, men det må antages, at mindre bassinvolumener vil give anledning til en reduceret rensning.

Nævnet fastsættelse af den bedst tilgængelige teknik når det gælder rensning af vejvand for forurenende stoffer, bygger på en ret grov generalisering. Den "nyeste forskning", der henvises til, er en senere udgivet rapport udarbejdet i et samarbejde mellem Aalborg Universitet, Danmarks Tekniske Universitet, Teknologisk Institut og Orbicon A/S.¹⁹ Læser man rapporten, vil man se, at der er tale om en stærk forenkling, når nævnet anfører, at større bassinvolumener end 250 m³ pr. hektar befæstet areal, der afvandes, ikke vil give en forøget rensning af spildevandet. De mange forskellige stoffer i spildevandet reagerer nemlig forskelligt på opholdet i bassinet.

¹⁹ Vollertsen et al., Våde bassiner til rensning af separat regnvand. Baggrundsrapport.

5 Miljømål og kvalitetskrav

Hvis et kvalitetsmål eller et kvalitetskrav kræver en mindre belastning, end anvendelsen af den bedst tilgængelige teknologi resulterer i, skal der som illustreret ved figur 1 fastsættes en strengere emissionskontrol. Det er altså nødvendigt, at miljømyndigheden vurderer de enkelte ansøgninger om udledningstilladelse op imod de mål og krav der gælder for det vandområde og den natur, der skal modtage udledningen.

Den danske version af direktivet bruger formuleringen "kvalitetsmål og kvalitetskrav" og ikke miljøkvalitetsmål og miljøkvalitetskrav svarende til definitionerne i artikel 1, nr. 34 og 35. Det gælder tilsvarende for den engelske og tyske version. Forskellen kan formodentlig ikke tillægges nogen betydning. Ordene miljømål, miljøkvalitetsmål, kvalitetsnormer, -krav, og -standarter bruges ikke konsekvent og ensartet i de tre sprogversioner af direktivet, og det er rimeligt at antage, at "kvalitetsmål og kvalitetskrav" omfatter hele den vifte af miljømål, målsætninger og miljøkvalitetskrav, vi kender fra EU's vandrelaterede miljødirektiver. Ved udledning af regnvand til søer, vandløb og kystvande, drejer det sig – alt afhængig af den konkrete lokalisering – om:

- Vandrammedirektivets miljømål, tilknyttede kvalitetslementer og miljøkvalitetskrav
- Miljøkvalitetskravene for skaldyrvande, fiskevand og badevande, samt
- Miljømålene for Natura 2000-områder

5.1 Vandrammedirektivets miljømål

Det er opfattelsen i Danmark, at tilladelser m.v. til udledning af spildevand ligesom andre tilladelser skal vurderes i forhold til, om de hindrer opfyldelsen af de miljømål, der er fastsat for konkrete vandforekomster og beskyttede områder.²⁰ Det går igen i forarbejderne til miljømålslovens § 3,

hvor det tydeligt er angivet, at det ved meddelelse af f.eks. en udledningstilladelse skal sikres, at udledningen ikke er uforenelig med opnåelse af de fastsatte miljømål i henhold til miljømålslovens og vandrammedirektivets regler eller i øvrigt er i strid med retningslinjerne i indsatsprogrammet.²¹ Det er imidlertid et åbent spørgsmål hvor høj grad af sikkerhed, der skal være, for at dette er tilfældet. Ministeriet bruger formuleringer som "det bør sandsynliggøres" at udledningen ikke hindrer opfyldelsen af miljømålet.²²

I sagen fra Stevns, som blev hjemvist, brugte Natur- og Miljøklagenævnet formuleringen "at det ikke kan afvises, at en udledning af overfladevand fra det planlagte beboelsesområde [...] vil kunne påvirke vandkvaliteten i det berørte område".²³ I en anden sag fra 2013 om udledning af vejvand til Havelse Å ophævede nævnet en række monitoringsvilkår, hvor den beregnede udledning havde en koncentration af forurenende stoffer, der lå under vandløbets nuværende koncentration og det krævede kvalitetsmål.²⁴ Her kunne det afvises, at udledningen vil påvirke vandkvaliteten negativt. Der er dog ikke nødvendigvis tale om en egentlig praksis på området.

Miljømålene for vand gælder kun for udpegede vandforekomster og udledning af vand fra veje og befæstede arealer sker ofte til mindre vandløb, der ikke er udpeget som vandforekomster. For søer er der i Danmark en særegen situation. De danske vandplaner i de forelig-

²¹ Forslag til lov om miljømål m.v. for vandforekomster og internationale naturbeskyttelsesområder (miljømålsloven). 2003/1 LSF 15, bemærkningerne til § 3, stk. 2.

²² By- og Landskabsstyrelsen, Notat: Om KL og By- og Landskabsstyrelsens fælles fortællelse af vandplanernes retningslinjer og redegørelse relateret til indsatsen overfor miljøfarlige forurenende stoffer, 2008, bilag 1.

²³ Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 9. marts 2012 i sag om udledningstilladelse til udledning af overfladevand til Køge Bugt, NMK-10-00107.

²⁴ Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse af 5. april 2013 i sag om udledning af overfladevand fra [adresse1], Bas-sin A. NMK-10-00250. Se også NMK-10-251.

²⁰ Se f.eks. Peter Pagh, "Efter vandplanerne er ophævet som ugyldige," Tidsskrift for Miljø nr. 1, 2012, s. 2–15.

gende udkast fastsætter, at også søer, der ikke er udpegede som vandforekomster, skal opnå miljømålet god tilstand.²⁵ Efter retningslinjens ordlyd gælder det alle søer – uanset størrelse. Retningslinjen, der udtrykkeligt nævner spildevand og regnbetingede udledninger, betyder det bemærkelsesværdige, at miljømyndighederne ved udledningstilladelser, hvor slutrecipienten er en sø, er forpligtet til at vurdere udledningen i forhold til miljømålet god status i 2015 – uanset at søen ikke som sådan har et fastsat miljømål efter vandrammedirektivets og miljømålslovens bestemmelser.

For at opnå en god overfladevandtilstand skal der både være en god økologisk tilstand klassificeret i henhold til reglerne fastsat i direktivets bilag V, og en god kemisk tilstand, hvor koncentrationen af bestemte stoffer ikke overstiger de miljøkvalitetskrav, der er fastsat i EU-lovgivningen eller i henhold hertil.

Vandrammedirektivets miljømål er komplicerede. Hvis den kombinerede metode skal iagttages, så kræver det en vurdering af de konkrete forhold i vandområdet og en forholdsvis detaljeret forståelse for direktivets miljømål. En tilladelse til udledning skal nemlig vurderes op imod dens potentielle påvirkning af alle de kvalitetselementer og kvalitetskrav, der samlet set er med til at bestemme vandforekomstens økologiske og kemiske tilstand. Det er relativt kompliceret regulering med et naturfagligt afsæt, og implementeringen af reglerne i Danmark er derfor både vanskelig at forstå og overskue.

5.2 Miljømålenes kvalitetselementer

Direktivets bilag V opstiller kriterier for både god tilstand og høj tilstand. De er inddelt i biologiske, hydromorfologiske og fysisk-kemiske de-

lelementer. De biologiske kvalitetselementer angår dyr og planter, de hydromorfologiske kvalitetselementer angår bund- og strømningsforhold m.v., mens de fysisk-kemiske delementer angår forhold som vandets pH-værdi, temperatur og indhold af konkrete stoffer. Det fysisk-kemiske kvalitetselement spiller en sekundær rolle, idet det primært fungerer som støtteelement, når der ikke er klar evidens for opfyldelse af miljømålet bedømt på de biologiske kvalitetselementer.²⁶

Kvalitetselementerne er beskrevet i de danske vandplaner,²⁷ men det er bekendtgørelse nr. 1433/2009 om miljømål, der implementerer reglerne. Vurderingen af kvalitetselementerne i Danmark er under udvikling. For vandløb bruges foreløbig kun benetisk invertebratfauna (bløddyr) som vurderingsgrundlag ved hjælp af Dansk Vandløbsfauna Index, jf. bekendtgørelsens bilag 5. For søer bruges foreløbig kun fytoplankton (alger) som vurderingsgrundlag ved måling af indholdet af klorofyl a, mens der for kystvande primært bruges dybdegrænsen for ålegræs. Påvirkningen af de øvrige kvalitetselementer må vurderes direkte på baggrund af beskrivelserne i bilag 2 A-F. I bilag 7 til vandplanerne er desuden angivet en række støtteparametre til vurdering af kvalitetselementerne for overfladevand.²⁸ De vil også kunne anvendes konkret i vurdering af en udlednings påvirkning af en vandforekomsts miljømål.

I forbindelse med udledning af tag- og overfladevand er det den hydrauliske påvirkning, udledningen af miljøfremmede stoffer og påvirk-

²⁵ Miljøministeriet Naturstyrelsen, Forslag til vandplan. Hovedvandopland 1.13 Odense Fjord. Offentlig høring juni 2013, s. 59.

²⁶ Se også CIS Working Group 2A, Guidance Document No. 13. Overall Approach to the Classification of Ecological Status and Ecological Potential, Office for Official Publications of the European Communities, 2003, s. 13 ff.

²⁷ Miljøministeriet Naturstyrelsen, Forslag til vandplan. Hovedvandopland 1.13 Odense Fjord. Offentlig høring juni 2013, afsnit 2.3.

²⁸ Miljøministeriet Naturstyrelsen, Forslag til vandplan. Hovedvandopland 1.13 Odense Fjord. Offentlig høring juni 2013, Bilag 7.

ning af næringsstofindhold og iltbalance, der kan være et miljømæssigt problem. Derfor er det i udgangspunktet først og fremmest påvirkningen af det fysisk-kemiske kvalitetselement, der skal vurderes i forbindelse med udledningstilladelser til tag- og overfladevand.

Definitionen af de fysisk-kemiske kvalitetselementer er implementeret i bilag 1 til bekendtgørelse 1433/2009 om miljømål. Høj tilstand kræver, at niveauet af kemiske stoffer i vandet svarer til baggrundsniveauet eller uberørte forhold, mens god tilstand blot kræver, at temperatur, iltbalance, pH, alkalinitet, sigtedybde, salinitet og indholdet af næringsstoffer ikke når niveauer, der forhindrer, at der opnås de specificerede værdier for de biologiske kvalitetselementer og dermed forhindrer opfyldelsen af det økologiske delelement af miljømålet. Miljømålet god tilstand er det almindelige miljømål i Danmark, og referencen til biologiske kvalitetselementer i vurderingen af de fysisk-kemiske kvalitetselementer betyder, at vurderingen af om en regnvandsudledning påvirker den gode økologiske tilstand reelt bliver en vurdering af, om udledningen påvirker de biologiske kvalitetselementer.

Direktivet opererer også med et fysisk-kemisk kvalitetselement, der kaldes specifikke forurenende stoffer. Her angiver bilag V, at koncentrationerne ved god tilstand ikke må overstige de miljøkvalitetskrav, der er fastsat af medlemsstaterne. Proceduren for medlemsstaternes fastsættelse af disse kemiske miljøkvalitetskrav er beskrevet i direktivets bilag V, punkt 1.2.6. og implementeret i den danske lovgivning med bilag 4 til bekendtgørelse nr. 1022/2010 om miljøkvalitetskrav.

De stoffer, som medlemsstaterne skal fastsætte kvalitetskrav for, er stofferne nævnt i punkt 1–9 listet på direktivets bilag VIII. Der er tale om en vejledende liste, og flere af stofferne er relevante i forbindelse med vand fra befæstede arealer.

Listen over stoffer er implementeret som bilag 1, del A til bekendtgørelse 1022/2010 om miljøkvalitetskrav, og ifølge bekendtgørelsens § 9 er det Naturstyrelsen, der på miljømyndighedens initiativ vurderer, om der er behov for at fastsætte miljøkvalitetskrav for stofferne. Naturstyrelsen underretter herefter de miljømyndigheder, som kan blive berørt heraf, jf. bekendtgørelsens § 9, stk. 4, ligesom miljøkvalitetskravet offentliggøres og optages i vandplanen for vanddistriktet.

I behandlingen af sager om udledning af tag- og vejvand, hvor disse stoffer udledes i koncentrationer, der ikke er uden betydning for vandmiljøet, skal de danske miljømyndigheder altså forelægge sagen for Naturstyrelsen med henblik på fastsættelse af nationale kvalitetskrav.

5.3 Vandrammedirektivets miljøkvalitetskrav

Miljøkvalitetskrav er beskrevet i vandrammedirektivets artikel 2, nr. 35 og grundvandsdirektivets artikel 2, nr. 1, som den koncentration af et bestemt forurenende stof eller en gruppe af forurenende stoffer i vand, sediment eller biota (dyr og planter), som ikke bør overskrides af hensyn til beskyttelsen af menneskers sundhed og miljøet. Definitionen er gentaget i § 2 i den danske bekendtgørelse nr. 1022/2010 om miljøkvalitetskrav. Et miljøkvalitetskrav er altså et krav, der er lettere kvantificerbart end et miljømål.

Det kemiske element i vandrammedirektivets miljømål er beskrevet ved en række miljøkvalitetskrav. Efter definitionen af kemisk tilstand i direktivets artikel 1, nr. 24, så skal en udledning bedømmes på, om den bevirker at koncentrationerne i vandforekomsten overstiger de krav, der 1) er fastsat i henhold til vandrammedirektivets bilag IX, og 2) er fastsat i medfør af direktivets art 16, stk. 7.

Artikel 16, stk. 7 fastlægger, at Kommissionen forelægger et forslag til kvalitetskrav for koncentrationerne af de prioriterede stoffer i overfladevand, sedimenter eller biota. Det er

også gjort med direktiv 2008/105 om miljøkvalitetskrav indenfor vandpolitikken,²⁹ der har udfyldt vandrammedirektivets bilag X med prioriterede stoffer og prioriterede farlige stoffer. Med vedtagelsen af direktiv 2013/39³⁰ er vandrammedirektivets bilag X suppleret med 12 nye stoffer således at det nu i alt indeholder 45 stoffer.³¹ Direktiv 2008/105 og 2013/39 fastlægger nu alle miljøkvalitetskrav i henhold til vandrammedirektivet, når det gælder overfladevand. Vandrammedirektivets bilag IX, som er nævnt i artikel 1, nr. 24, henviser ganske vist til de »grænseværdier« og »kvalitetsmål«, der er fastlagt i en række andre direktiver: Direktiv 82/176 om udledninger af kviksølv, direktiv 83/513 om udledninger af cadmium, kviksølvdirektivet 84/156, direktiv 84/491 om udledninger af hexachlorcyklohexan og direktiv 86/280 om udledninger af farlige stoffer til fællesskabets vandmiljø, der siden er blevet ajourført med direktiv 2006/11³². Kvalitetsmålene i disse direktiver blev dog ophævet i 2008 med direktiv 2008/105.

Miljøkvalitetskravene skal som udgangspunkt overholdes i hele vandforekomsten, men medlemsstaterne kan efter artikel 4 i direktiv 2008/105 udpege blandingszoner omkring udledningspunkter, hvor et eller flere af miljøkvalitetskrav kan tillades overskredet, hvis det ikke

påvirker det øvrige overfladevandområdes opfyldelse af miljøkvalitetskrav eller miljømål. Blandingszonerne skal, hvis de udpeges, beskrives i vandplanerne efter vandrammedirektivet.

Miljøkvalitetskravene er i Danmark implementeret ved bekendtgørelse 1022/2010 om miljøkvalitetskrav, der dog som nævnt ikke finder anvendelse på almindelige udledninger af forurenende vand fra veje, pladser m.v. De direktivmæssige miljøkvalitetskrav skal imidlertid iagttages i forbindelse med *alle* udledninger til overfladevand, jf. også direktivets artikel 11, stk. 3, litra g, og bekendtgørelsens afgrænsning kan således højest ses som en forhåndsformodning om, at udledninger af regnvand fra almindeligt belastede arealer almindeligvis er uproblematisk i forhold overholdelsen af miljøkvalitetskrav.

Det er dog højst usikkert, om man kan operere med en sådan forhåndsformodning. En rapport udarbejdet af konsulentfirmaet COWI for det danske miljøministerium fastslår nemlig, at en del danske vandløb i sommerperioden sandsynligvis vil have problemer med overholdelse af miljøkvalitetskravene for enkelte stoffer, primært nonylphenol, netop på grund af udledning af separeret regnvand fra veje og andre befæstede arealer.³³

Det, at bekendtgørelsen om miljøkvalitetskrav ikke gælder for regnvandsudledninger, betyder imidlertid heller ikke, at miljøkvalitetskravene ikke skal iagttages ved regnvandsudledninger. Her er den bagved liggende retlige konstruktion dog lidt kompliceret. Miljøkvalitetskrav i bekendtgørelse 1022/2010 er gjort til en del af bekendtgørelse 1433/2009 om fastsættelse af miljømål, jf. dennes § 6. Miljømålene for konkrete vandforekomster er fastsat i vandplanerne på baggrund af bekendtgørelse 1433/2009

²⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/105/EF af 16. december 2008 om miljøkvalitetskrav inden for vandpolitikken, om ændring og senere ophævelse af Rådets direktiv 82/176/EØF, 83/513/EØF, 84/156/EØF, 84/491/EØF og 86/280/EØF og om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/60/EF.

³⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/39/EU af 12. august 2013 om ændring af direktiv 2000/60/EF og 2008/105/EF for så vidt angår prioriterede stoffer inden for vandpolitikken.

³¹ Se for detaljer i reguleringen Kern K, New Standards for the Chemical Quality of Water in Europe under the New Directive 2013/39/EU, 2014, 11 J. Eur. Environ. Plan. Law 31, 2014.

³² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/11/EF af 15. februar 2006 om forurening, der er forårsaget af udledning af visse farlige stoffer i Fællesskabets vandmiljø.

³³ Kjølholt J, Vigsø D, Arnbjerg K, Hansen E, Ringgaard KW og Rasmussen PE, Possible Control of EU Priority Substances in Danish Waters Technical and Economic Consequences Examined by Three Scenarios, 2007, s. 16.

og vandplanerne er bindende for myndighedernes afgørelser, jf. miljømålslovens § 3. På den vis er miljøkvalitetskravene i bekendtgørelse 1022/2010 indirekte bindende for meddelelse af udledningstilladelser efter miljøbeskyttelsesloven – også når det angår udledning af vand fra tage, veje og pladser, men man kan ikke fortænke miljømyndighederne i at overse forbindelsen mellem udledningstilladelser til regnvand og de EU-retlige miljøkvalitetskrav. Forbindelsen mellem de to bekendtgørelser og vandplanens bindende virkning betyder dog, at miljøkvalitetskravene i bekendtgørelse 1022/2010 også skal iagttages i forbindelse med tilladelser til udledning af regnafstrømning. I en udtalelse fra Naturstyrelsen i forbindelse med en klage over en udledningstilladelse til udledning af overfladevand til Køge Bugt, synes det da også at være ministeriets opfattelse.³⁴

Vandrammedirektivet rummer nogle uklarheder vedrørende forurening med miljøfremmede stoffer. Efter direktivets artikel 4, stk. 1, litra a(iv) skal medlemsstaterne iværksætte de nødvendige foranstaltninger med henblik på en *progressiv reduktion* af forurening med *prioriterede stoffer* samt *standsning eller udfasning* af emissioner, udledninger og tab af *prioriterede farlige stoffer*. Artikel 4, stk. 1, litra a(iv) suppleres imidlertid med direktivets artikel 11, stk. 3, litra i, der har en strengere formulering. Efter 11, stk. 3, litra i skal medlemsstaternes retssystemer indrettes med henblik på at *eliminere* forurening af overfladevand med stoffer på listen over *prioriterede stoffer* og *progressivt reducere* forurening med *andre stoffer*, som ellers vil forhindre medlemsstaterne i at nå miljømålene.

Spørgsmålet er for det første, om der er forskel på de to forpligtelser, og for det andet, om

bestemmelserne indebærer forpligtelser ud over det at overholde miljøkvalitetskravene for stofferne og dermed opnå miljømålet god tilstand.

Der er formodentligt ikke forskel på forpligtelsen efter de to bestemmelser. Vandrammedirektivet er på flere punkter ikke helt konsistent i sine formuleringer, og umiddelbart virker det ikke fornuftigt, at formuleringen af artikel 11, stk. 3, litra i skærper den centrale miljømålsbestemmelse i direktivets artikel 4.

Hvad angår det andet spørgsmål, så er miljøministeriet i Danmark af den opfattelse, at vandrammedirektivets mål om eliminering af forurening med prioriterede stoffer, jf. direktivets artikel 4, stk. 1, litra a(iv), pr. definition er nået, når blot miljøkvalitetskravene for stofferne er overholdt.³⁵ Det er dog tvivlsomt, om den opfattelse er rigtig. Miljøkvalitetskravene er knyttet til begrebet "god tilstand" og ikke til begrebet forurening. Forurening er i direktivet s artikel 1, nr. 33, defineret som direkte eller indirekte udledning af stoffer, der kan skade miljøet, og så længe udledningen af prioriterede stoffer udgør en forurening, må udledningen være i strid med vandrammedirektivets artikel 4, stk. 1, a(iv) og 11, stk. 3, litra i.

5.4 Skaldyrvande

Skaldyrvanddirektivet³⁶ indeholder også en række kvalitetskrav. De gælder for de skaldyrvandsområder, som medlemsstaterne har udpeget. Kvalitetskravene er listet i direktivets bilag I og omfatter f.eks. mineraloliebaserede kulbrinter, organiske halogenforbindelser og metaller. Disse stoffer er almindelige i regnafstrømning fra veje.³⁷ For flere af stofferne er der både en vej-

³⁴ Natur- og Miljøklagenævnets afgørelse i sag om udledningstilladelse til udledning af overfladevand til Køge Bugt, NMK-10-00107.

³⁵ Miljøministeriet, Bilag 1 – Punktkilder. Retningslinjer for udarbejdelse af indsatsprogrammer – Version 5.0, s. 6.

³⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/113/EF af 12. december 2006 om kvalitetskrav til skaldyrvande.

³⁷ Vollertsen et al., Våde bassiner til rensning af separat regnvand. Baggrundsrapport.

ledende og en bindende værdi, ligesom der for flere af stoffernes vedkommende er mulighed for at anvende kvalitetskravet enten på vandfasen eller på skaldyrkødet. Medlemsstaterne må efter artikel 3, stk. 1 og 2 ikke i deres nationale lovgivninger fastsætte værdier, som er mindre strenge end de bindende værdier og skal bestræbe sig på også at overholde de vejledende værdier.

Medlemsstaterne er efter direktivets artikel 5 forpligtet til at udarbejde programmer med henblik på at mindske forureningen, og sikre at de udpegede vandområder inden for en frist på seks år efter udpegningen er i overensstemmelse med de kvalitetskrav, som medlemsstaterne har fastsat. Både Irland³⁸, Italien³⁹, Spanien⁴⁰ og Tyskland⁴¹ er blevet dømt ved EU-Domstolen for ikke at have fastsat specifikke programmer til nedbringelse af forureningen af skaldyrvand. Irland og Italien er endvidere i de samme sager blevet dømt for ikke at have fastsat bindende grænseværdier for organiske halogenforbindelser og en række af de metaller, der er nævnt på direktivets bilag I.

Vandrammedirektivet har efter artikel 16 ophævet skaldyrvanddirektivet og vandplanerne har erstattet skaldyrvanddirektivets programmer. Der skal dog stadig udpeges skaldyrvand som beskyttede områder, jf. vandrammedirektivets artikel 6, ligesom kravene til beskyttelsen af områderne, ikke må slækkes i forhold til skaldyrvanddirektivets bestemmelser, jf. vandrammedirektivets artikel 4, stk. 1c, artikel 4 stk. 9 samt præambel betragtning 51. Skaldyrvanddirektivets kvalitetskrav vil derfor stadig være relevante også efter 2013.

I Danmark er kvalitetskravene til skaldyrvand implementeret ved bekendtgørelse 38/2011 om skaldyrvand. Bekendtgørelsen begrænser sig dog kun til at fastsætte kvalitetskrav

for visse organiske halogenforbindelser og ikke organiske halogenforbindelser generelt. Desuden fastsætter bekendtgørelsen ikke værdier for indholdet af saxitoksin, der produceres af algeplankton, akkumuleres i muslinger og snegle gennem fødekæden og er årsag til skaldyrsforgiftning hos mennesker. I det omfang en udledning af spildevand kan påvirke et område udpeget som skaldyrvand, må miljømyndighederne vurdere udledningen op mod skaldyrvandbekendtgørelsens kvalitetskrav og principielt også i forhold til direktivets bestemmelser vedrørende organiske halogenforbindelser og saxitoksin.

5.5 Fiskevande

Fiskevandsdirektivet⁴² indeholder en række miljøkvalitetskrav til de ferskvandsområder, der er udpeget af medlemsstaterne som fiskevande efter direktivets artikel 4. Kvalitetskravene for fiskevandene skal fastsættes af medlemsstaterne inden for rammerne af direktivets artikel 3 og bilag I. Bilag 1 rummer både vejledende værdier og faste grænser for kvalitetskravene. Værdierne er forskellige for lakse- og karpefiskevande. Der skal fastsættes kvalitetskrav for forhold som temperatur, opløst ilt, pH-værdi samt indholdet af opløst stoffer, iltforbrugende stoffer, fosfor, nitritter, fenolforbindelser, mineraloliebaserede kulbrinter, ammoniak, ammonium, klor, zink og kobber. I direktivets artikel 6 og i bemærkningerne til tabel 1 er der givet instruktioner for, hvordan kvalitetskravene anvendes, og hvordan værdien af dem fastsættes i konkrete fiskevande.

Vandrammedirektivets har også ophævet fiskevanddirektivet. Der vil dog efter ordlyden af vandrammedirektivets artikel 6 stadig skulle udpeges fiskevande som beskyttede områder, ligesom kravene til beskyttelsen af vandmiljøet ikke

³⁸ C-148/05 – Kommissionen mod Irland.

³⁹ C-225/96 – Kommissionen mod Italien.

⁴⁰ C-26/04 – Kommissionen mod Spanien.

⁴¹ C-298/95 – Kommissionen mod Tyskland.

⁴² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/44/EF af 6. september 2006 om kvaliteten af ferskvand, der kræver beskyttelse eller forbedring for at være egnet til, at fisk kan leve deri.

må slækkes, jf. vandrammedirektivets artikel 4, stk. 1c, artikel 4 stk. 9 og præambel betragtning 51. Derfor vil fiskevandsdirektivets miljøkvalitetskrav også være relevant efter 2013.

I Danmark er der ikke udpeget fiskevandsområder i forbindelse med vandplanernes udarbejdelse, men alle vandløbsvandforekomster i Danmark kan formentlig anses som fiskevande i direktivets forstand, da Naturstyrelsen har taget udgangspunktet i amternes udpegning af fiskevande ved fastlæggelsen af vandløbsvandforekomster efter vandrammedirektivet.⁴³ Kvalitetskravene til fiskevande er da også gengivet i vandplanerne som "Vejledende kravværdier for vandløbsvand" og angiveligt anvendt som støttparametre til vurderingen af økologiske kvalitetslementer for vandløbsvandforekomster.⁴⁴

Amternes gamle fiskevandsmålsætninger bruges også i praksis. I sagen om udledning af vejvand til Havelse Å vurderede Natur- og Miljøklagenævnet alene udledningen op imod vandløbets fiskevandsmålsætning og ikke i forhold til vandrammedirektivets miljømål.⁴⁵ Det kan være forståeligt alt den stund at den formelle danske implementering af de nye miljømål og vedtagelsen af vandområdeplaner har budt på store forsinkelser.⁴⁶

5.6 Badevande

Badevandsdirektivet⁴⁷ indeholder også kvalitetskrav til vand. Artikel 4 pålægger medlemsstaterne at opstille datasæt for badevandskvaliteten på

grundlag af overvågning af de parametre, der er listet i direktivets bilag I. Det drejer sig kun om enterokokker og *E. coli*. Både enterokokker og *E. coli* er indikatorbakterier, der findes i tarmkanalen hos dyr og mennesker, og er et tegn på fækal forurening, og bakterierne er ikke usædvanlige i regnafstrømning fra gader, pladser og veje.⁴⁸ I direktivets bilag II er der givet instruktioner for, hvordan målingerne bruges til at klassificere kvaliteten af badevandet. Badevande kan være både havområder og ferske vande, og miljøkvalitetskravene er forskellige for de to kategorier. I tillæg til artikel 4 fastsætter artikel 9, at også alger og forurening med affald skal indgå i vurderingen af badevandskvaliteten. Artikel 5 pålægger medlemsstaterne at sørge for, at alt badevand ved udgangen af badesæsonen 2015 mindst er »tilfredsstillende«, og træffe rimelige foranstaltninger med henblik på at øge antallet af badevande, der klassificeres som »udmærket« eller »godt«.

I Danmark er badevande defineret i § 1 i bekendtgørelse 939/2012 som ferskvand og havvand kommunalbestyrelsen forventer i almindelighed anvendes til badning, og hvor badning ikke er frarådet eller forbudt. Badevande er ikke konkret afgrænset i vandplanerne, som krævet i vandrammedirektivets artikel 7. I vandplanerne henvises blot til de kommunale hjemmesider. I mangel af en konkret udpegning må miljømyndighederne bruge bekendtgørelsens definition direkte ved afgørelse af, om en udledning kan påvirke et badevand.

Badevande indgår både i kommunernes og Natur- og Miljøklagenævnets behandling af sager om udledning af overfladevand. I sagen fra Stevns skete udledningen kun 50 meter fra en badestrand. Her henholdt Natur- og Miljøkla-

⁴³ Miljøministeriet Naturstyrelsen, Karakteriseringen af vandløb og indsatsprogrammet på vandløbsområdet. Arbejdsrapport fra Miljøministeriets arbejdsgruppe om vandløb, Miljøministeriet, 2011, s. 3.

⁴⁴ Miljøministeriet Naturstyrelsen, Forslag til vandplan. Hovedvandopland 1.13 Odense Fjord. Offentlig høring juni 2013, Bilag 7.

⁴⁵ NMK-10-00250. Se også NMK-10-251.

⁴⁶ Pagh, Efter vandplanerne er ophævet som ugyldige.

⁴⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/7/EF af 15. februar 2006 om forvaltning af badevandskvalitet og om ophævelse af direktiv 76/160/EØF.

⁴⁸ Vollertsen et al., Våde bassiner til rensning af separat regnvand. Baggrundsrapport, s. 32.

genævnet sig imidlertid til kommunens helt overordnede vurdering af, at badevandskvaliteten ikke ville blive forringet og krævede ikke en nærmere vurdering af udledningens konkrete påvirkning af kvalitetskravene.

5.7 Natura 2000-områder

Natura 2000-områder er omfattet af habitatdirektivets⁴⁹ beskyttelse. Direktivets miljømål er efter artikel 3 at sikre en gunstig bevaringsstatus for de naturtyper og de arter, som habitatområderne er udpeget til beskyttelse af. Formuleringen af artikel 3 lægger op til, at vurderingen af bevaringsstatus sker indenfor hele artens eller naturtypens naturlige udbredelsesområde, men efter Domstolens praksis skal vurderingen ske på områdeniveau.⁵⁰ I direktivets artikel 1 litra e og i er der givet en nærmere beskrivelse af, hvordan gunstig bevaringsstatus vurderes.

Habitatdirektivet har på baggrund af en lang række sager både nationalt og ved EU-domstolen efterhånden etableret sig som en velkendt størrelse i dansk ret. Direktivets artikel 6, stk. 3 er bl.a. implementeret med habitatbekendtgørelsens (bekendtgørelse 408/2007) krav om forudgående vurdering af en række tilladelser, herunder udledningstilladelser i medfør af miljøbeskyttelsesloven. Beskyttelsen af områderne påses da også af Natur- og Miljøklagenævnet i sagerne om udledning af regnvand.⁵¹

Vandrammedirektivets artikel 6 kræver, at de Natura 2000-områder, hvor opretholdelse eller forbedring af vandets tilstand er vigtig for udpegningsgrundlaget, identificeres og gengives

i vandområdeplanen. De danske 1. generation vandplaner i de foreliggende forslag indeholder dog ikke den direktivmæssige identificering af de vandafhængige Natura 2000-områder. Miljømyndighederne er i stedet henvist til opslag på Naturstyrelsens hjemmeside når udpegningsgrundlaget for de enkelte områder skal identificeres og må på den baggrund vurdere en udlednings eventuelle påvirkning af området.

6 Fastsættelsen af strengere krav

De mål og krav, som skal iagttages ved anvendelsen af den kombinerede metode, er altså vandrammedirektivets miljømål med tilknyttede kvalitetselementer og miljøkvalitetskrav, kvalitetskravene for skaldyrvande, fiskevand og badevande, samt den gunstige bevaringsstatus for de arter og naturtyper Natura 2000-områderne skal beskytte. Hvis ikke anvendelsen af den bedst tilgængelige teknologi ved udledning af regnafstrømning er nok til at sikre, at de overholdes, så skal der efter den kombinerede metode fastsættes en strengere emissionskontrol i tilladelserne. Selv om regnvandsudledninger er undtaget reglerne i bekendtgørelse 1022/2010, der implementerer den kombinerede metode, skal der altså stilles vilkår til udledninger af tag- og overfladevand, som sikrer at miljømål og kvalitetskrav overholdes.

I sagen fra Stevns indgik en udtalelse fra Naturstyrelsen, hvor styrelsen anfører:

"At udledninger af forurenende stoffer fra almindeligt belastede separate regnvandssystemer ikke er omfattet af bekendtgørelsen [1022/2010] er derimod ikke ensbetydende med, at udledningerne ikke skal reguleres. Uanset udledningens karakter skal miljøkvalitetskrav kunne opfyldes i det vandområde, der udledes til. Reguleringen vil som nævnt blot ikke skulle ske ved udlederkrav med koncentrationer fastsat baseret på opfyldelse af miljøkvalitetskrav, men kan f.eks. ske

⁴⁹ Rådets direktiv 92/43/EØF af 21. maj 1992 om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter.

⁵⁰ Se f.eks. med henvisning til den omfattende praksis European Commission, Managing Natura 2000 Sites: The Provisions of Article 6 of the Habitats Directive 92/43/EEC, Office for Official Publications of the European Communities, 2000.

⁵¹ Se f.eks. NMK-10-00204.

ved funktionskrav til udformningen af afløb fra regnvandssystemer baseret på bedste tilgængelige teknik og anvendelse af bedste miljømæssige praksis med henblik på at nedbringe udledningen af suspenderet og organisk stof og den hydrauliske belastning af vandområdet mest muligt.”

Den sidste del af styrelsens udtalelse kan give indtryk af, at der ikke kan fastsættes emissionsvilkår i tilladelser, der ikke er omfattet af bekendtgørelsens regler. Det kan der naturligvis sagtens, og der skal også stilles sådanne vilkår, hvis de er nødvendige for at sikre overholdelsen af relevante miljøkvalitetskrav. Noget andet er, at den slags krav til regnvand fra veje og trafikerede arealer i praksis er overordentlig vanskelige at arbejde med. Indholdet af forurenende stoffer svinger nemlig voldsomt fra de første dråber falder og ”first flush” løber igennem regnvandsledningerne, til veje og pladser senere er vasket rene.

7 Sammenfatning

Artiklens konklusion er, at tilladelser til udledning af tag- og overfladevand fra gader, veje og andre befæstede arealer skal meddeles ved anvendelsen af den kombinerede metode – til trods for at det ikke er udtrykkeligt lovfæstet i Danmark. Det betyder, at der altid skal stilles vilkår baseret på anvendelsen af den bedst tilgængelige teknologi. Når det gælder fastlæggelsen af, hvad der er den bedst tilgængelige teknologi, stiller nævnspraksis i Danmark imidlertid ikke høje krav.

Miljømyndighederne skal også vurdere, om anvendelsen af den bedst tilgængelige teknologi er nok til at sikre, at miljømål og kvalitetskrav overholdes. Dette krav er for regnvandsudledningers vedkommende heller ikke lovfæstet, ligesom der ikke er nogen samlet oversigt over, hvilke krav der er tale om. De relevante miljømål, kvalitetselementer og kvalitetskrav kan imidlertid sammenfattes således:

Område	Mål og krav
Ved påvirkning af vandforekomster med miljømål	Bekendtgørelse 1022/2010 om miljøkvalitetskrav: - Miljøkvalitetskrav fastsat i bilag 2 og 3. - Miljøkvalitetskrav fastsat for konkrete vandområder i medfør af bekendtgørelsens § 9, stk. 4. - Miljøkvalitetskrav, der vurderes nødvendige i medfør af § 9, stk. 1. Bekendtgørelse 1433/2009 om miljømål: - Påvirkning af kvalitetselementer jf. bilag 2 A-F og bilag 5. Vandplanens bilag 7 - Påvirkning af støtteparametre for vandløb.
Ved påvirkning af Natura-2000 områder	Bekendtgørelse 408/2007 om internationale naturbeskyttelsesområder Påvirkning af udpegningsgrundlag, jf. Naturstyrelsens hjemmeside og den relevante Natura 2000-plan.
Ved påvirkning af skaldyrsvande	Bekendtgørelsen nr. 38/2011 om kvalitetskrav til skaldyrsvande Påvirkning af kvalitetskrav jf. bilag 1 og 2
Ved påvirkning af badevande	Bekendtgørelse nr. 939/2012 om badevand og badeområder Påvirkning af badevandsparametre jf. bilag 1

Tabel 1: Miljømål med tilknyttede kvalitetselementer og miljøkvalitetskrav

Reglerne er utilstrækkeligt implementeret i den danske lovgivning. Det fremgår ganske vist af bekendtgørelsen om miljøkvalitetskrav (1022/2010), at miljømyndigheden skal stille vilkår der sikrer overholdelsen af miljøkvalitetskravene i bekendtgørelsen, vandplanen eller som er fastsat ved en konkret beslutning efter bekendtgørelsens § 9, men bekendtgørelsen finder ikke anvendelse på almindeligt belastede separate regnvandsudledninger.

Hvis et kvalitetsmål eller et kvalitetskrav, uanset om de er fastsat i henhold til vandrammedirektivet eller anden fællesskabslovgivning, kræver overholdelse af strengere betingelser end dem, som følger af anvendelsen af den bedst tilgængelige teknik, så skal der efter den kombinerede metode fastsættes en strengere emissionskontrol.

Kravet om fastsættelse af strengere emissionskontrol, hvis miljømål efter miljømålsloven

ikke kan overholdes, ligger implicit i miljømålslovens § 3, der giver retsvirkning til 1. generation-vandplanernes miljømål. Forbindelsen mellem miljømålslovens § 3 og miljøkvalitetskravene i medfør af bekendtgørelse 1022/2010 er imidlertid ikke særlig tydelig. Det samme gælder påvirkningen af kvalitetselementerne i bekendtgørelse 1433/2009 om miljømål og de i vandplanen anførte støtteparametre for vandløb, der implementerer fiskevandsdirektivernes miljøkvalitetskrav. Kravet om iagttagelse af skaldyrdirektivets og badevanddirektivets krav og mål er slet ikke formelt implementeret.

Samlet set er der behov for at tydeliggøre retsgrundlaget for tilladelser til udledning af vand fra tage, veje og pladser – navnlig set i lyset af kommunernes nye strategier for klimatilpasning, som sigter på at dette vand i langt større omfang håndteres og udledes separat.

Miljökvalitetskrav eller miljökvalitetsnormer? Reflektioner med anledning av en rapport om Sveriges implementering av ramvattendirektivet

Christina Olsen Lundh*

On behalf of the Swedish Committee on Environmental Objectives (Miljömålsberedningen), Magnus Fröberg and Ulf Bjällås have conducted a study mainly on the EU Water Framework Directive (WFD) and the Marine Strategy Framework Directive (MSFD). The results of the investigation were presented in a report dated the 29th of March 2013. The purpose of their work was to clarify whether the WFD's environmental objectives of good status in the aquatic environment in the Union are implemented in Swedish law in a "legally correct" way. A further purpose was to investigate and analyse whether the directive's environmental objectives might be considered implemented in a "functional" way.

An essential part of the authors' report is based on their conclusion that the obligations imposed by the WFD on the member states' are so called *obligations of best effort*, and not *obligations of result*. In the context of their work this becomes highly important since, according to the authors, the demands placed upon the member states are greater when *obligations of result* are at hand. And even more important as the authors let this conclusion form the basis for their further analysis of the WFDs implementation requirements.

The WFD was adopted in 2000 and its implementation in the member states is in many respects

a complex process; mainly due to the difficulties interpreting its fourth article (which the authors points out) and its many alternative interpretations. This complexity urges the necessity to make use of and discuss previous legal research (which is both voluminous and well-known). However, despite the authors' ambition to take a comprehensive approach, they fail when it comes to address and discuss available doctrine, official reports and studies. The authors' analysis is also conducted without any explicit or discernible method, and their own perspective is not outlined; whether it is the perspective of the legislator, the authorities, the environment, the operators or the courts remains unclear. And whether legislation is deemed "functional" or not depends on the chosen perspective. These methodological shortcomings, combined with the initial conclusion on *obligations of best effort* have clearly affected the authors' subsequent conclusions in the report. Probably this is the reason to why important implementation issues, such as e.g. the deterioration ban, have been ignored in the authors' analysis. Nor is there any critical examination of the extent to which existing Swedish legislation might be an obstacle to the implementation of the WFD.

Miljökvalitetsnormer. Miljö, kvalitet och normer. I ett ord. Normer som hanterar miljöns kvalitet. Inte traditionella normer som hanterar människors beteende och relationer utan normer som hanterar miljökvaliteten. Enligt förarbetena till de bestämmelser som hanterar miljökvalitets-

* Juris doktor i miljö rätt, lektor i EU-rätt vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan, Göteborgs universitet, post doc vid Centrum för Europaforskning vid Göteborgs Universitet (CERGU).

normer i miljöbalken är begreppet 'miljökvalitetsnorm' synonymt med just "bestämmelse om miljökvalitet".¹ När miljökvalitetsnormer syftar till att skydda miljön (de kan också syfta till att skydda människors hälsa) ska deras utgångspunkt verkligen också vara recipienten, miljön, reaktören, och inte människan, aktören.²

Advokaten Magnus Fröberg och f.d. hovrättslagmannen Ulf Bjällås (nedan refererade till som Fröberg/Bjällås) har på uppdrag av Miljömålsberedningen genomfört en utredning om EU-direktiv som rör vatten, företrädesvis ramdirektivet för vatten och havsmiljödirektivet, som presenterats i en rapport daterad den 29 mars 2013 (nedan refererad till som "Rapporten").³ Huvudsyftet med *Rapporten* anges vara att dels belysa huruvida genomförandet i svensk lagstiftning av ramdirektivets miljömål för ekologisk status är "juridiskt korrekt", dels utreda och analysera om ramdirektivets målbestämmelser kan anses vara genomförda på ett "funktionellt" sätt i svensk lagstiftning. Fröberg/Bjällås drar i Rapporten slutsatser som bland annat rör direktivets innehåll och krav på medlemsstaterna, Sveriges implementering av direktivet, själva sättandet av miljökvalitetsnormer samt hur rättstillämpande myndigheter bör tillämpa dessa normer.

¹ Prop. 2003/04:2 s. 22. I samband med den förändring av lydelsen i 5 kap. 2 § miljöbalken, som gjordes i mitten av 2000-talet, föreslog miljöbalkskommittén att termen 'miljökvalitetsnorm' skulle reserveras för bindande gränsvärden, detta eftersom ordet miljökvalitetsnorm, enligt kommittén kommit att få en vedertagen betydelse i svensk rätt, nämligen ett bindande gränsvärde. Regeringen menade emellertid att en sådan begränsning varken skulle innebära en kodifiering av ett inarbetat begrepp eller bidra till ökad tydlighet; särskilt inte mot bakgrund av att olika direktiv definierar 'miljökvalitetsnorm' på olika sätt.

² Miljön påverkas direkt av naturens egna lagar och reagerar i enlighet med dessa medan människan har en förmåga att tänka och planera; att *agera*. Se ett antal arbeten av Staffan Westerlund, t.ex. Westerlund (2009), s. 29.

³ Fröberg och Bjällås (2013). Såväl Fröberg som Bjällås är verksamma vid advokatfirman Fröberg-Lundholm.

Den här artikeln syftar till att diskutera Rapporten med avseende på angreppssätt och analysmetod, några av de slutsatser som dras samt analysmetodens betydelse för slutsatserna. De slutsatser som har valts ut för diskussion är de som enligt min uppfattning är mest grundläggande med avseende på direktivets implementering. Detta genom följdkonsekvenserna vad gäller just implementeringen. Därtill kommer att det enligt min mening finns goda argument för att dra andra slutsatser än de som Fröberg/Bjällås har dragit.

I denna artikel förklaras inledningsvis, mycket kortfattat, miljöbalkens konstruktion med miljökvalitetsnormer (avsnitt 1) varefter följer en översiktlig genomgång av Rapportens perspektiv, metodfrågor och övergripande slutsatser (avsnitt 2). Därefter analyseras några av slutsatserna som valts ut enligt ovan (avsnitt 3 och 4), följt av några avslutande reflektioner (avsnitt 5).

1. Allmänt om miljöbalkens miljökvalitetsnormer

Enligt miljöbalken får regeringen meddela föreskrifter om kvaliteten på mark, vatten, luft eller miljön i övrigt. Detta får göras för vissa geografiska områden eller för hela landet.⁴ Det är också möjligt att utfärda miljökvalitetsnormer för vissa typer av områden.⁵ Regeringen får överlåta till en myndighet att meddela miljökvalitetsnormer som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen.⁶ Av propositionen framgår att i de fall EG-direktiv medför att en miljökvalitetsnorm måste föreskrivas, så får regeringen, i de fall de värden som ska föreskrivas nationellt, helt överensstämmer med dem i rättsakten från EU, överlåta till en myndighet att meddela normen som

⁴ 5 kap. 1s § miljöbalken.

⁵ Prop. 1997/98:45, s. 252.

⁶ 5 kap. 1 § 2 st. miljöbalken.

innehåller dessa värden.⁷ Detta innebär att även om unionsakten är av minimikaraktär (vilket ur ett EU-rättsligt perspektiv innebär att medlemsstaterna får anta strängare regler så länge de ligger i linje med direktivets åtgärder och inte strider mot EU-rätten i övrigt) så får, enligt svensk nationell rätt, inte myndigheten besluta om strängare värden; rätten att besluta om strängare värden har förbehållits regeringen.⁸ Miljöbalken saknar reglering om *hur* förslag på miljökvalitetsnormer ska ges. En del direktiv (t.ex. ramvattendirektivet⁹ och havsmiljödirektivet¹⁰) anger emellertid vissa kriterier och förfaranden som i svensk rätt återfinns i förordningar.¹¹ Oavsett ursprung, svenskt eller EU-rättsligt, anger miljöbalken att miljökvalitetsnormer ska *följas*.¹²

Att normerna ska följas innebär att de har rättsliga konsekvenser. Dels för de kommuner och myndigheter som ska ansvara för att miljökvalitetsnormerna följs¹³, dels för de aktörer (t.ex. verksamhetsutövare) som påverkas i och med

kommuners och myndigheters beslut i samband med tillsyn och tillståndsgivning genom vilka de, tar sitt ansvar. I ett antal mål i Mark- och miljööverdomstolen har parternas argument med all önskvärd tydlighet visat att miljökvalitetsnormernas rättsliga innebörd tolkas på olika sätt beroende på vilket intresse som företräds.¹⁴ Det handlar om allt från vilket underlag för prövning som måste tas fram till vilka krav på åtgärder som sedermera kan ställas på verksamheter som är med och påverkar miljökvalitetsnormerna i ett område och, inte minst, vad dessa åtgärder får kosta. Ramvattendirektivet, som trädde ikraft redan år 2000, innehåller många miljökvalitetskrav, många av dem tämligen långtgående. Till följd av kraven i direktivet har ett antal miljökvalitetsnormer införts i svensk rätt, normer som ligger till grund för att ställa just krav på verksamhetsutövare. Miljökvalitetsnormernas utformning och tillämpning kan få stor ekonomisk betydelse för den enskilde men medför också ett rättsligt skydd av miljön; åtminstone det rättsliga skydd Sverige som medlemsland i EU är förpliktigad att ge som en följd av befintliga direktiv. Hur miljöskydd och enskilda intressen ska vägas mot varandra blir en viktig följdkonsekvens av den implementeringsstrategi som väljs.

2. Allmänt om Rapporten

Ett syfte med Rapporten anges vara att belysa huruvida genomförandet i svensk lagstiftning av ramdirektivets miljömål för ekologisk status var "juridiskt korrekt". Med "korrekt" menas i Rapporten att samtliga skyldigheter enligt direktivet också följer av svensk lagstiftning. Sammanfattningsvis handlar Rapporten i denna del om att utvärdera och bedöma huruvida EU-direktivens skyldigheter är "juridiskt korrekt" genomförda

⁷ Prop. 1997/98:45, s. 250.

⁸ Bengtsson et al. (2013), kommentaren till 5 kap. 1 §.

⁹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område (Ramvattendirektivet, Water Framework Directive, WFD).

¹⁰ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/56/EG av den 17 juni 2008 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på havsmiljöpolitikens område (Ramdirektiv om en marin strategi).

¹¹ Se t.ex. 2 kap. 4 § vattenförvaltningsförordningen som anger att "Innan vattenmyndigheten fattar beslut om kvalitetskrav, förvaltningsplaner och åtgärdsprogram eller i övrigt handlägger frågor enligt denna förordning av större betydelse skall myndigheten samråda med de myndigheter, kommuner, organisationer, verksamhetsutövare och enskilda som berörs av beslutet."

¹² Prop. 2009/10:184 s. 37. Tidigare användes uttrycket "uppfylla", vilket enligt Miljöbalkskommittén är ett missvisande uttryck. Eftersom miljökvalitetsnormer även kan innebära att en lägstanivå hålls eller konstrueras på annat sätt, menade kommittén att uttryckssättet "att klara" en miljökvalitetsnorm var tydligare. I propositionen konstaterades dock att miljökvalitetsnormer, liksom andra normer, ska följas.

¹³ 5 kap. 3 § miljöbalken (1998:808).

¹⁴ Se t.ex. MÖD 2012:19, MÖD 2010:53 och Mål M 10242-12.

i svensk lagstiftning.¹⁵ Ordvalet antyder att det skulle finnas ett givet, rätt och riktigt (korrekt!), svar på vad direktiven föreskriver och att Rapporten syftar till att finna detta "korrekta" svar. I Rapporten görs sedermera en poäng av att "det är få direktiv som uppvisar så många tolkningsproblem som ramdirektivet gör".¹⁶ Att en rättsakt uppfattas vara av svårtolkad natur borde innebära att samtliga de rättsliga argument som talar för olika tolkningar beaktas och belyses – särskilt när ambitionen är att finna en "korrekt" tolkning vilket implicerar objektivitet. Rapporten är emellertid mycket snäv i detta avseende. Detta kommer till uttryck bland annat genom perspektivet ur vilket frågorna hanteras och genom metodvalet. Såväl perspektivval som metodval är av stor betydelse för slutsatserna.

2.1. Perspektiv och metod

Det intryck som Rapporten ger av att inta ett visst perspektiv kommer sig framför allt av att substantiella hänvisningar till befintlig rättsvetenskaplig forskning saknas. Argument som talar för andra slutsatser än de som framförs i Rapporten redovisas i många fall utan precisering och utan någon egentlig miljörättslig argumentation. Jag kan heller inte utläsa från vem eller vilka de, ur Rapportens perspektiv, avvikande uppfattningarna härrör. Som exempel kan nämnas:

"... det har utifrån detta från vissa håll hävdats att (...) Vi delar inte den uppfattningen."¹⁷

"Det har då framförts att (...) Detta är enligt vår uppfattning inte riktigt."¹⁸

Vem har hävdats eller framfört något? Varför anser författarna att det framförda inte är riktigt? Ramvattendirektivet antogs år 2000, det vill säga för drygt 13 år sedan, och det trädde i kraft samma år. Såväl rättsvetenskapen som flera offentliga utredningar har ägnat åtskilliga hyllmeter¹⁹ åt ramvattendirektivet och de rättsliga instrument och begrepp som i sammanhanget kan eller bör analyseras (miljömål, miljö kvalitetskrav, miljö kvalitetsnormer och åtgärdsprogram). I Rapporten finns förvisso en utförlig lista över de offentliga utredningar som har behandlat frågor om hur bestämmelserna i ramdirektivet ska införlivas eller har införlivats i svensk rätt, men Fröberg/Bjällås diskuterar och bemöter inte innehållet i dessa utredningar i nämnvärd utsträckning.²⁰

Fröberg/Bjällås avser också att i Rapporten hantera myndigheters och domstolars faktiska tillämpning av bestämmelserna.²¹ Fokus anges ligga "på normgivningen och frågan om normgivningens tillämpning i praxis eller när en bristfällig eller felaktig tillämpning kan förutses som en följd av hur direktiven har genomförts i Sverige".²² Frågan är vad som avses med "bristfällig" eller "felaktig". Avses det att tillämpningen kan bli felaktig relativt EU-rätten, relativt svensk grundlag, relativt ett visst intresse, rela-

¹⁹ Några exempel (det finns många fler) på rättsvetenskapliga arbeten, utredningar och andra relevanta artiklar som hanterar ramvattendirektivet eller aktuella rättsliga instrument är följande (listas i bokstavsordning efter författaren): Björkman (2009); Boeve och van den Broek (2012); Dalhammar (2008) och (2009); Darpö (2010); Dohmen (2011); Ekelund-Entson och Gipperth (2010); Gipperth, L.(1999) och (2002); Jans, J.H. och Vedder, H.H.D. (2011); Krämer, L (2011); SOU 2005:113 samt Uitenboogaart, Y., van Kempen, J.J.H., Wiering M. A. och van Rijswijk, H.F.M.W. (2009).

²⁰ Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 17. Även propositioner, skrivelser, promemorior, allmänna och handböcker listas här och på följande sidor.

²¹ Fröberg/Bjällås hänvisar till en rättsfallssammanställning av Länsstyrelsen i Västra Götaland, Domar och beslut som behandlar miljö kvalitetsnormer för vatten, sammanställning daterad 5 juli 2012.

²² Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 14.

¹⁵ Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 10.

¹⁶ Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 15.

¹⁷ Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 29.

¹⁸ Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 30.

tivt den tillämpade lagstiftningen eller relativt grundläggande principer? Innebär det att Sverige inte implementerat allt som behövs eller att Sverige "överimplementerat"? Jag kan inte ur *Rapporten* utläsa vad som menas med "felaktig".

Som ett ytterligare syfte med *Rapporten* anger Fröberg/Bjällås att de ska utreda och analysera huruvida ramvattendirektivets målbestämmelser kan anses vara genomförda på "ett funktionellt sätt".²³ Med funktionellt menas, enligt Fröberg/Bjällås, att bestämmelserna som genomför ramdirektivet gör det på ett sätt som är ändamålsenligt och lämpligt samt att denna bedömning innefattar flera aspekter; det handlar om huruvida de svenska bestämmelserna tillåter avvägningar mot andra samhälls- och miljömål samt huruvida Sveriges genomförande av direktivets mål kan anses praktiskt och effektivt.²⁴ Frågan är vad som i *Rapporten* menas med "ändamålsenligt och lämpligt" respektive "praktiskt och effektivt"; detta eftersom det saknas en förklaring av relativt *vad, vilka intressen, vilka mål* etc. som analysen av ändamålsenligheten, lämpligheten, praktikaliteten och effektiviteten görs.

Genom att i *Rapporten* ställa frågan huruvida de svenska bestämmelserna, genom vilket direktivet införlivats i nationell rätt, tillåter avvägningar mot andra samhälls- och miljömål har ett antagande gjorts av att en sådan avvägning bör vara möjlig enligt direktivet; dock utan att ange var i direktivet detta föreskrivs eller i vilken utsträckning en sådan avvägning i så fall ska ske. En annan tolkning av frågeställningen är att svensk rätt ska anses böra tillåta en sådan avvägning men att det inte föreskrivs i direktivet. Om det senare är vad som avses i *Rapporten* så borde det ha angivits, följt av en analys av huruvida en sådan avvägning skulle vara förenlig med EU-rätten och först därefter om Sveriges implemen-

tering medger en sådan. Den dolda premissen, vilken den nu är, lyfts emellertid inte fram.

Min tolkning är att referensramen för samtliga ovanstående analyser är ett underförstått perspektiv. Till saken hör att *Rapporten* i vissa delar är påfallande lik den "Vägledning"²⁵ som tidigare författats av Magnus Fröberg och som uttryckligen är skriven ur ett verksamhetsutövarperspektiv och som anges kunna "tjäna som motiv till de vägledningar som tas fram från annat håll"²⁶ med ambitionen att ge verksamhetsutövare (...) argument för att få till stånd en rimlig tillämpning utifrån ett verksamhetsutövarperspektiv.²⁷ Huruvida det är detta perspektiv som kommer till uttryck i *Rapporten* framgår inte explicit men om så är fallet hade det varit lämpligt att låta läsaren få veta det; liksom det hade varit lämpligt att få veta huruvida ett annat perspektiv valts. Oavsett vilket perspektiv som intagits hade det behövt redovisas i *Rapporten* (såsom gjordes i *Vägledningen*), särskilt mot bakgrund av *Rapportens* syfte; att utvärdera huruvida Sveriges implementering är "korrekt".

Ambitionen anges också vara att belysa funktionaliteten utifrån ett myndighetsperspektiv, utifrån domstolsperspektiv, utifrån miljösynpunkt och utifrån konkurrenssynpunkt m.m. Därtill ska analysen inbegripa huruvida genomförandet av målen är transparent och rättssäkert.²⁸ *Hur* den "funktionella analysen" ska genomföras, metodologiskt, anges emellertid inte. Mot bakgrund av att det i grunden handlar om ett EU-direktiv

²⁵ Fröberg (2011).

²⁶ Fröberg, *a.a.*, s. 5. Motiviken anges behövas eftersom "det från många håll lämnas nu anvisningar för hur regelverket ska tolkas (i form av vägledningar från olika myndigheter m.m.). Inte i något fall är dock anvisningarna skrivna utifrån ett verksamhetsutövarperspektiv eller av någon som företräder verksamhetsutövarna." (s. 4).

²⁷ Fröberg, *a.a.*, s. 5.

²⁸ Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 15. Med 'rättssäkerhet' menar Fröberg/Bjällås, enligt *Rapporten*, att målen är tydliga, att innebörden är klar, att det vid tillämpningen går att förutse kraven, och att lika fall behandlas lika.

²³ Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 15.

²⁴ Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 10.

går tanken till den funktionella metod som EU-domstolen förespråkar²⁹, men spår av den metoden går inte att se i den efterföljande analysen. I analysen är det heller inte möjligt att följa någon annan systematisk metod med stöd av vilken de olika angivna perspektiven analyseras.

I Rapporten anges att det inte görs några anspråk på fullständighet.³⁰ Min spontana reaktion är ändå att ifrågasätta varför en rapport som syftar till att analysera huruvida ramvattendirektivets målbestämmelser kan anses vara genomförda på ett funktionellt sätt (oavsett vad uttrycket relaterar till) inte ägnar mer uppmärksamhet åt centrala genomförandefrågor. Analyser som i princip saknas handlar t.ex. om Sveriges implementering av försämringsförbudet, myndigheters ansvar för att miljö kvalitetskrav följs, regleringen av ramvattendirektivets åtgärdsprogram samt andra frågor som hänger

samman med i vad mån befintlig svensk rätt försvårar direktivets genomförande (med avseende på direktivets miljömål) och möjligheten till (kravet på) direktivskonform lagtolkning i de fall det rättsliga införlivandet brister samt vilket utrymme svensk lagstiftning medger för detta. Avsaknaden av analys av nämnda frågor är emellertid en följd av det angreppssätt som valts i Rapporten samt, inte minst, av de initiala slutsatser som dras beträffande krav på direktivets genomförande.

2.2. Rapportens slutsatser

Rapporten har utmynnat i ett antal slutsatser. Dessa handlar dels om de krav som direktiven ställer på medlemsstaterna, dels om den svenska implementeringen av direktiven. I en del slutsatser instämmer jag med författarna, i andra håller jag med om slutsatsen men inte om grunderna eller argumenten för den och i ytterligare andra slutsatser är jag oenig.³¹ Jag kommer nedan att

²⁹ I mål 6/60 *Humblet* uttalade domstolen att: "Domstolen kan emellertid inte nöja sig med den bokstavliga tolkningen, och den anser det nödvändigt att kontrollera om denna tolkning bekräftas av andra kriterier, särskilt beträffande de höga fördragsslutande parternas gemensamma vilja och lagens syfte." Den uppfattning som uttrycks av EU-domstolen är att det inte är tillräckligt med en ren textanalys, en rent lingvistisk tolkning, utan att det måste till något mer. Vid en funktionell tolkning utgår man från att bestämmelserna är avsedda att fylla en nyttig och effektiv funktion inom ramen för det *gemenskapsrättsliga* (alltså inte det nationella) systemet (Bernitz 2006, s. 66). Det innebär att normen sätts in i det system som, enligt EU-domstolens uppfattning, bildar EU och EU-rätten. Med andra ord finns en föreställning om att ett system existerar och att tolkningen av en norm måste anpassas till detta; normen måste ges den nödvändiga effekt som följer av det system som normen existerar i. Se även Bengoetxea (1993).

³⁰ Gjord avgränsning lyder (Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 16) [understrykning i original]:

"Det är bara i de delar som de ovan angivna direktivbestämmelserna berör miljömålen eller möjligheterna att göra avvägningar som de kommer att behandlas i denna Rapport.

(...)

Denna Rapport syftar inte till att ge någon överblick av ramdirektivets struktur eller innehåll, eller dess fullständiga genomförande i svensk rätt."

³¹ Som exempel på slutsats där jag instämmer med Fröberg/Bjällås kan nämnas att miljömålen bör operationaliseras inom ramen för ett åtgärdsprogram, d.v.s. brytas ned till konkreta krav för olika verksamheter och att det är detta som direktiven kräver (Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 8). Emellertid är jag inte säker på att jag håller med vid en närmare granskning av vad slutsatsen verkar innebära. Operationaliseringen menar de bör gå ut på att omvandla miljömål/miljö kvalitetsnormer för ekologisk status till konkreta åtgärder för att dessa ska kunna tillämpas på en enskild verksamhet, något som skulle kunna göras inom ramen för ett åtgärdsprogram, men svårigen inom ramen för en tillståndsprövning eller vid tillsyn av en enskild verksamhet. De menar vidare att åtgärdsprogrammets funktion i detta avseende klargörs i prop. 2009/10:184 men att detta borde utvecklas tydligare i lagstiftningen samt att det i åtgärdsprogrammen också, till skillnad från vad som gäller vid provning av en enskild verksamhet, finns möjligheter att göra politiska ställningstaganden, beakta andra politiska mål och se till att grundläggande rättsprinciper iaktas (Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 39). Åtgärdsprogrammets betydelse i detta avseende hanterades i SOU 2005:113 där utredaren kom fram till en liknande slutsats, nämligen att åtgärdsprogram bör vara direkt bindande för enskilda samt myndigheter och kommuner och innehålla sådana föreskrifter om försiktighetsmått, precisa åtgärder och utsläpps-

diskutera vissa av Rapportens analyser/slutsatser för att exemplifiera den kritik jag riktat mot Rapporten, ovan, med avseende på perspektiv och metod. De områden jag valt ut för diskussion

minskningar som behövs för att miljökvalitetsnormen ska kunna uppfyllas och bibehållas (SOU 2005:113, s. 135 ff). Fröberg/Bjällås hänvisar till utredningen i samband med ett konstaterande av att det i förarbetena diskuteras utförligt i vad mån åtgärdsprogrammen enligt ramdirektivet ska vara bindande för myndigheter och de enskilda som omfattas av dem (Fröberg och Bjällås, *a.a.*, noterna 37 och 142). Åtgärdsprogramutredningens slutsatser nämns eller kommenteras emellertid i princip inte alls. Antagligen är det heller inte bindande föreskrifter mot enskilda som Fröberg/Bjällås ser som lösningen eftersom de i samband med att de diskuterar huruvida åtgärdsprogrammen ska vara möjliga att överpröva kommer till slutsatsen att "[e]ftersom miljömålen om ekologisk status enligt vår uppfattning inte ska ha någon direkt koppling till prövningen enligt 2 kapitlet miljöbalken kan det föra väl långt att hävda att det vid beslutande om dessa mål skulle krävas möjlighet till överprövning av beslut om miljömål. Även av detta skäl finns det dock behov av att tydliggöra att miljömålen för ekologisk status inte ska tillämpas i enskilda ärenden." Här saknar jag en närmare förklaring av vad de egentligen menar med "operationalisering" och vad det skulle innebära att ställa konkreta krav för olika verksamheter när det samtidigt inte finns ett behov av överprövning eftersom miljömålen inte ska tillämpas i enskilda ärenden. Intressant i sammanhanget är att det i prop. 2009/10:184 konstaterades att traditionell miljöreglering innebär handlingsregler som riktas direkt mot miljöstörande källor medan miljökvalitetsnormer utgår från resultatet för miljön, dock utan att i sig ange några handlingsregler. Härfter konstateras att de två synsätten ska tillämpas parallellt och är tänkta att komplettera varandra. Den lösning som presenterades i SOU 2005:113 menade regeringen skulle leda till en sammanblandning av synsätten och därmed också en otydligare roll- och ansvarsfördelning; systemet skulle riskera att uppfattas som otydligt och problematiskt att tillämpa (Prop. 2009/10:184, s. 36). Regeringen följde därmed istället Miljöbalkskommitténs (i vilken Bjällås var ordförande) förslag (SOU 2005:059) i vilket man avvisade åtgärdsprogram som var bindande för enskilda. För att förstå vad Fröberg/Bjällås verkligen menar med sin slutsats, att miljömålen bör brytas ned till konkreta krav för olika verksamheter, hade det behövts en närmare redovisning av hur de ser på operationaliseringsprocessen och härvid förhålla sig till bl.a. Gipperth (1999) [detta arbete nämns förvisso], Westerlund (2003) s. 34 ff. och 57 f. samt (2009) 2 § och Michanek (2003), s. 21 ff. och s. 98 f. samt hur dessa arbeten förhåller sig till de två nämnda utredningarna.

är enligt min mening grundläggande eftersom de har konsekvenser för vilka implementeringskrav som kan anses följa av direktivet och följaktligen för vilka ytterligare frågeställningar som kan anses relevanta. Slutsatserna jag avser att diskutera gäller medlemsstaternas skyldighet att uppnå en god miljöstatus enligt ramvattendirektivets artikel 4 samt begreppet 'miljökvalitetsnorm'. Dessa frågor anser jag vara grundläggande eftersom slutsatserna som dras får stora konsekvenser för vilka implementeringskrav som kan anses följa av direktivet och därmed för vilka ytterligare frågeställningar som kan anses relevanta.

För att det ska vara möjligt att utläsa vad som i ramvattendirektivet avses med 'god miljöstatus' och 'miljökvalitetsnormer' är det nödvändigt att först analysera vilka skyldigheter för medlemsstaterna som följer av direktivet. Därför först några korta ord om tolkning av EU-rätt.³² Ur domstolens praxis kan särskilt tre tolkningsmetoder urskiljas;³³ *lingvistisk tolkning*, det vill säga texttrogen tolkning utifrån bestämmelsens ordalydelse, *systematisk tolkning*, det vill säga tolkning mot bakgrund av logiken i bestämmelsens utformning, bestämmelsens systematiska placering i rättsakten och de använda begreppen

³² Det är förvisso nödvändigt för varje medlemsstat att tolka vilka krav som ställs i varje direktiv för att kunna implementera det, men det är samtidigt viktigt att ha i åtanke att det är EU-domstolen som har exklusiv kompetens att tolka gemenskapsrätten; den har, jämte första instansrätten, uppgiften att säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördraget (artiklarna 267 och 274 FEUF). EU-domstolen har exklusivt ansvar att ge auktoritativa tolkningar av EU-rätten medan nationella domstolar har monopol på att slita tvister. För en utförlig redogörelse av ansvarsfördelningen mellan nationella domstolar och EU-domstolen (se t.ex. Chalmers et al. 2011, s. 143 ff. Se även mål 26/62, *Van Gend en Loos*). När det handlar om att tolka direktiv är det därför lämpligt att använda en tolkningsmetod som kan förankras i den EU-rättsliga traditionen.

³³ För en utförligare redogörelse av EU-domstolens tolkningsmetoder se t.ex. Bengoetxea, *a.a.*; Due (1999); Bernitz, *a.a.* och Hedemann-Robinson (2007).

samt *funktionell* eller *teleologisk tolkning*.³⁴ Det senare innebär att tolkningen görs mot bakgrund av bestämmelsens grundläggande syften, funktion eller effekter inom det gemenskapsrättsliga regelverket. Första steget är lingvistisk tolkning men om det finns viktiga nyansskillnader mellan de olika språkversionerna måste den bokstavliga tolkningen kompletteras med andra tolkningsmetoder.³⁵ Därtill kommer att gemenskapsrätten ska tolkas autonomt i förhållande till medlemsstaternas nationella rättsordningar.³⁶ Innebörden av det är, att även om ett visst begrepp används i ett direktiv på svenska så är det inte säkert att det har samma innebörd som motsvarande svenska begrepp i svensk nationell rätt. EU-domstolen betraktar EU-rätten som ett sammanhängande normsystem där nyttillkomna texter förutsätts bygga på det redan etablerade regelverket och passa in i detta.³⁷

3. Medlemsstaternas förpliktelser

Rapportens inledande analys av direktivet inriktar sig på hur "bindande" direktivet är. Detta görs genom att analysera huruvida direktivets stadgande om att medlemsstaterna ska uppnå en god ekologisk status (ett mål som innefattas i begreppet god ytvattenstatus) innebär en

s.k. ansträngningsförpliktelse eller resultatförpliktelse. I Rapporten kommer Fröberg/Bjällås fram till att ramvattendirektivet innebär en s.k. ansträngningsförpliktelse som förpliktigar medlemsstaterna att anta och genomföra sådana åtgärdsprogram som utifrån objektiva grunder är tillräckliga för att nå de mål som medlemsstaten har satt upp för vattenförekomsterna.³⁸ Eftersom slutsatsen i denna fråga ligger till grund för hela den fortsatta analysen av medlemsländernas förpliktelser är det viktigt att belysa såväl analysmetod som slutsatser i denna del.

3.1. Analysmetoden som ger 'result' eller 'effort'

I Rapporten analyseras Artikel 4 utifrån huruvida medlemsstaterna har en skyldighet att uppnå miljömålen för ekologisk status (benämns som resultatförpliktelse) eller om medlemsstaten endast har en skyldighet att anta åtgärdsprogram som på objektiva grunder säkerställer att miljömålet för god ekologisk status uppfylls inom den angivna tidsfristen (benämns som ansträngningsförpliktelse). Referensen till analysmetoden "resultat eller ansträngning" anges enligt följande:

"Se konferens på Handelshögskolan på Göteborgs universitet den 13 april 2011 'Legal Issues in relation to the Implementation of the Water Framework Directive'. Se vidare på havsmiljöinstitutets hemsida <http://www.havsmiljoinstitutet.se/seminarier/vattendirektivet/>"

³⁴ Se not 29.

³⁵ Se mål T-374/04 *Tyskland mot Kommissionen*, punkterna 96, 97 och 100 samt förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Francovich och Bonifaci*.

³⁶ I målet *CILFIT* framhöll domstolen att de olika språkversionerna alla är lika autentiska och att tolkningen av en gemenskapsrättslig bestämmelse innefattar en jämförelse mellan språkversionerna men också att gemenskapsrätten använder en egen terminologi och att juridiska begrepp inte nödvändigtvis har samma betydelse inom gemenskapsrätten som i en nationell rättsordning (Mål 283/81 *CILFIT* punkterna 18 och 19). Om utvecklingen av konceptet (att gemenskapsrätten är autonom) i rättspraxis m.m., se Barents, R. (2004), s. 240 ff.

³⁷ Något som lett till att jurister från medlemsstater med *common law*-system kritiserat domstolen för att inte i tillräcklig utsträckning rätta sig efter texten som den ska tolka (Due, a.a., s. 76).

³⁸ Ett alternativ som Fröberg/Bjällås för fram är att det är en ansträngningsförpliktelse fram till år 2027 eftersom medlemsstaterna själva bestämmer om de ytterligare ska skjuta på målen eller inte fram till dess och kan hänvisa till teknisk orimlighet eller att det anses ekonomiskt oskäligt. De menar då att miljömålen först efter år 2027 får funktionen av resultatförpliktelse eftersom medlemsstaternas möjligheter att skjuta på målen då begränsats väsentligt.

Vid ett besök på hemsidan kan det konstateras att följande anges om ämnet ifråga:

”Jasper van Kempen, doktorand från Juridiska fakulteten i Utrecht, visade på skillnader mellan direktivets krav på resultat (obligation of result) och krav på att göra sitt bästa (obligation of best result). Han menade att stora delar av direktivets artikel 4 utgjordes av en skyldighet att åstadkomma ett visst miljöresultat.”

Referensen hänvisar alltså till en beskrivning på en hemsida från en konferens och inte till den artikel av van Kempen som finns publicerad.³⁹ I artikeln har emellertid van Kempen utvecklat en analysmetod för att avgöra huruvida det handlar om *best effort* eller *result*; en analysmetod som Fröberg/Bjällås varken nämner eller använder i Rapporten.⁴⁰ Medan van Kempen tar sin ut-

gångspunkt i EU-domstolens praxis och de tolkningsprinciper som kan utläsas härur saknar jag i Rapporten en EU-rättslig argumentation. Förvisso anger Fröberg/Bjällås vilka argument de lutar sig mot, men argumentationen relaterar inte till hur EU-domstolen har förhållit sig i liknande frågor.

van Kempen drar i sin artikel slutsatser om ett antal av ramvattendirektivets förpliktelser. Bland annat att såväl målet om god kemisk status som målet om god ekologisk status faktiskt handlar om *result*.⁴¹

“There are no hints that the obligation should be one of best efforts. Therefore, it can be concluded that this obligation is indeed one of results.”⁴²

Därtill framgår det tydligt av van Kempens artikel att det i sammanhanget inte handlar om krav på implementering utan om myntets andra sida; bristande genomförande. Det van Kempen använder till stöd för sin analys är en teori som sorterar in direktiv efter vad som godtas som *ursäkter* för bristande implementering. Av van

³⁹ van Kempen (2012). Han menar att skillnaden mellan de båda typerna av krav ligger i vilka ursäkter en medlemsstat med framgång kan presentera i en stämning inför EU-domstolen, om den inte skulle nå direktivsbestämmelsens mål. Om det är en *result*-skyldighet så måste medlemsstaterna göra allt som är möjligt för att nå resultatet, om det är en *best effort*-skyldighet så måste medlemsstaterna vidta alla rimliga åtgärder. van Kempen påpekar att domstolen i sin tolkning av direktiven första hand utgår från ordalydelsen och därefter gör en systematisk tolkning. I denna systematiska tolkning menar van Kempen att det avgörande är närvaron av vissa element i eller i närheten av bestämmelsen som ska tolkas.

⁴⁰ Baserat på en analys av domstolens tolkningar i ett antal mål, utvecklar van Kempen en kvalificeringsmetod enligt vilken man, åtminstone grovt, ska kunna särskilja huruvida en viss skyldighet i ett direktiv (van Kempen understryker att det inte är möjligt att klassificera ett direktiv som helhet) är en *best effort*-skyldighet eller en *result*-skyldighet. Kvalificeringsmetoden består av ett antal steg:

1. Identifiera skyldigheten som ska kvalificeras.
2. Bestäm målet som skyldigheten syftar till att uppnå.
3. Avgör huruvida detta mål är formulerat klart och tydligt på ett sätt som indikerar att detaljerade och precisa resultat måste nås.

A. Om så är fallet så är det ett tecken på att det är ett resultat som avses.

B. Om så inte är fallet så är det ett tecken på att det handlar om *best effort*.

4. Avgör om det finns ett visst datum innan vilket målet ska uppnås.

A. Om så inte är fallet så är det tecken på att det handlar om *best effort*.

B. Om så är fallet så talar det inte i någon riktning.

5. Avgör om skyldigheten följs av ett antal undantag vilka ursäktar att en medlemsstat inte når resultatet.

A. Om så är fallet är det ett tecken på att det handlar om resultat.

B. Om så inte är fallet så talar det inte i någon riktning.

6. På basis av ovanstående tecken, avgör om det handlar om resultat eller *best effort*.

⁴¹ van Kempen analyserar inte hela artikel 9 utan endast förpliktelserna att vidta åtgärder för att uppnå god kemisk status, god ekologisk status samt motverka varje eventuell betydande tendens till ökning av koncentrationen av alla föroreningar som orsakas av mänsklig verksamhet för att gradvis minska föroreningen av grundvattnet.

⁴² van Kempen, *a.a.*, s. 15 och 17.

Kempens artikel framgår också att betydelsen av *best effort* i teorins mening är att medlemsstaterna måste vidta *alla möjliga* åtgärder för att nå resultatet (det som utesluts är alltså omöjliga åtgärder). Medlemsstaterna måste göra allt som står i deras makt så länge det inte är oskäligt. I Rapporten antyds emellertid att *best effort* skulle vara en mindre långtgående förpliktelse [min kursivering];

”... frågan om medlemsstaterna har en skyldighet att uppnå miljömålen för ekologisk status (resultatförpliktelse) eller om medlemsstaten *endast* har en skyldighet att anta åtgärdsprogram som på objektiva grunder säkerställer att miljömålet för god ekologisk status uppfylls inom den angivna tidsfristen (ansträngningsförpliktelse).”⁴³

van Kempens slutsatser nämns inte.

Vidare konstaterar Fröberg/Bjällås att det inte finns någon närmare praxis från EU-domstolen avseende denna fråga.⁴⁴ Påståendet är sant såtillvida att domstolen inte uttalat sig om huruvida artikel 4, eller mer specifikt, ’god ekologisk status’, är en resultats- eller ansträngningsförpliktelse. Jag menar dock att det inte är troligt att det inom en relativt nära framtid kommer att göras ett uttalande som besvarar den frågan. Detta eftersom domstolen inte har anledning att svara direkt på denna fråga förrän en medlemsstat efter implementeringstidens utgång inte har nått det föreskrivna resultatet och kommissionen därför dragit landet inför domstolen. I ett fall då en medlemsstat inte uppnått miljömålet om god ekologisk status skulle domstolen antagligen inleda med att se till de specifika skyldigheter som åvilar medlemsstaterna enligt aktuell artikel i fördraget; detta i ljuset av deras tolkningsutrymme avseende förpliktelsen ifråga. I samman-

hanget skulle antagligen diskuteras huruvida de specifika skyldigheterna är tydliga och klara, huruvida de skapar rättigheter eller skyldigheter för enskilda eller inte, huruvida de införlivats rättsligt och slutligen, för det fall resultatet inte nåtts, skulle domstolen antagligen ta ställning till huruvida det bristande uppfyllandet på något sätt varit ursäktligt. Först i det sista ledet skulle det alltså kunna bli relevant för domstolen att i någon mån besvara aktuell fråga.

I Rapporten beskrivs bestämmelserna i artikel 4 som de sannolikt mest svårtolkade i direktivet.⁴⁵ Att en bestämmelse är svårtolkad innebär att grunden för den förespråkade tolkningen måste förklaras utförligt och i den mån anspråk görs på objektivitet måste tolkningen relatera till andra författare som tolkat samma bestämmelse. Det har skrivits mycket om just ramvattendirektivets artikel 4⁴⁶ men i Rapporten är hänvisningarna få. Analysen utgår från artikel 4.1 (som anger direktivets miljömål) läst tillsammans med artikel 11 (som handlar om åtgärdsprogram och vad dessa ska innehålla) vilka konstateras innebära att karaktären på miljömålet ’god ekologisk status’ beror av en bedömning utifrån ett antal kriterier baserade på antaganden om vad som är en god status. Det konstateras vidare att miljömålets exakta innehåll ges av denna bedömning. Detta, att miljömålets karaktär beror av en bedömning talar, enligt Fröberg/Bjällås, för att det handlar om en ansträngningsförpliktelse (*best effort*).⁴⁷

⁴⁵ Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 24.

⁴⁶ Se t.ex. Keessen et al., (2010), s. 197–221. Se även Dohmen *a.a.*, s. 197; Krämer *a.a.*; Ekelund-Entson och Gipperth *a.a.*; Jans och Vedder *a.a.* samt van Kempen *a.a.*

⁴⁷ Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 25 ff. Krämer kommer fram till en liknande slutsats även om han inte använder terminologin *best effort* respektive *result* utan diskuterar huruvida det handlar om mål eller målsättning. Krämer menar att det inte framgår uttryckligen av direktivet huruvida god ytvattenstatus är ett mål som medlemsstaterna måste uppnå eller om det ska vara en målsättning. Krämer bygger sin argumentation på att direktivet (art 4.1.a.ii) anger

⁴³ Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 24.

⁴⁴ Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 25.

Fröberg/Bjällås anger i sammanhanget att det främsta argumentet mot den egna tolkningen är de i direktivet angivna möjligheterna till undantag samt möjligheten att förlänga tidsfristen (artiklarna 4.6 och 4.7) eftersom dessa bestämmelser tillsammans kan sägas utgöra bevis för att miljömålen som huvudregel ska uppnås. Undantagen och möjligheten till förlängd tidsfrist har alltså, enligt Fröberg/Bjällås, använts som argument för att det handlar om en resultatförpliktelse.⁴⁸ Någon hänvisning till vem eller vilka som hävdar detta görs emellertid inte i Rapporten. Det kan i sammanhanget noteras att utgångspunkten i propositionen 2009/10:184 är just att direktivets mål är bindande; en utgångspunkt som grundar sig bland annat på just förekomsten av undantag.⁴⁹ Detta nämns inte i Rapporten. Därtill kommer att det av fördragets ordalydelse följer att det bindande elementet ifråga om direktiv handlar om *resultatet*.⁵⁰ Ett påstående om

att god ytvattenstatus ska vara nådd senast 2015 men artikel 4.4. medger att detta i vissa fall skjuts upp med 12 år (till 2027). Storbritannien och Nederländerna har, enligt Krämer, signalerat att det är för dyrt att nå god status redan år 2015 och använt sig av förlängningsmöjligheten till 2027. Dock, påpekar Krämer, anger inte direktivet vad som händer om man inte har nått en god status år 2027. Denna vaghet, menar han, minskar direktivets relevans (Krämer; *a.a.*, s. 256). Jag kan emellertid inte se något anmärkningsvärt i att direktivet inte anger vad som händer om 'god status' inte uppnåtts senast 2027. Om direktivets krav inte implementerats inom utsatts tid innebär det att medlemslandet troligen gjort sig skyldigt till bristande implementering – så är fallet även utan att det anges uttryckliga följder i direktivet.

⁴⁸ Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 25.

⁴⁹ Prop. 2009/10:184, s. 42.

⁵⁰ Enligt fördraget om Europeiska Unionens funktions-sätt (FEUF) är direktiv bindande med avseende på det *resultat* som ska uppnås även om form och tillvägagångssätt för genomförandet ska överlåtas åt de nationella myndigheterna att bestämma (FEUF, artikel 288 (3)). Direktiv kan därmed beskrivas som 'indirekt lagstiftning' som ska implementeras i medlemsstaternas nationella rättsordningar (Schütze (2012), s. 323). Vanligen formuleras skyldigheterna i direktiven som instruktioner till medlemsstaterna; staterna ska kanske förbjuda något, eller vidta åtgärder för att uppnå något. Se t.ex. Europa-

att ett direktiv syftar till något annat än att nå ett visst resultat bör därmed motiveras mycket utförligt, särskilt mot bakgrund av att EU-domstolen är mycket motvilligt inställd till att acceptera medlemsstaternas ursäkter för att inte följa sina unionsrättsliga förpliktelser.⁵¹

3.2. Att analysera viljan bakom en rättsakt från unionen

Fröberg/Bjällås lyfter i sammanhanget fram att det handlar om ett ramdirektiv och att det inte funnits någon avsikt att i detalj reglera respektive medlemsstats vattenförvaltning. Att direktivet benämns ramdirektiv menar jag saknar betydelse för detaljnivån i avsiktsfrågan; benämningen ramdirektiv syftar till att markera ett helhetsgrepp om vattenfrågorna.⁵²

När det gäller avsikten bakom ett direktiv har domstolen förvisso uttalat att det i tolkning-

parlamentets och rådets direktiv 2006/66/EG om batterier och ackumulatorer (artikel 4) som stadgar att medlemsstaterna [ska] förbjuda utsläppande på marknaden av alla batterier och ackumulatorer som innehåller mer än 0,0005 % kvicksilver per viktenhet, oavsett om de ingår i apparater eller inte.

⁵¹ Jans och Vedder, *a.a.*, s. 142.

⁵² Se t.ex. WFD, skälen (15–19, 23 och 25), där det bl.a. framgår att vattenförsörjningen är en tjänst i allmänhetens intresse och att det är nödvändigt att ytterligare integrera skyddet och den hållbara förvaltningen av vattenresurserna med andra av gemenskapens politikområden, exempelvis energi, transport, jordbruk, fiskeri, regional politik och turism, att gemenskapens vattenpolitik kräver en klar och tydlig, effektiv och enhetlig rättslig ram, att detta direktiv bör tillhandahålla en sådan ram och samordna och integrera och, på längre sikt, ytterligare utveckla de allmänna principerna och strukturerna för skydd och hållbar användning av vattenresurserna i gemenskapen i enlighet med subsidiaritetsprincipen samt att detta direktiv syftar till att bevara och förbättra vattenmiljön i gemenskapen. Vidare framgår det att gemensamma principer behövs för att samordna medlemsstaternas insatser för att förbättra skyddet av gemenskapens vattenresurser, att gemensamma definitioner av vattenstatusen vad gäller kvalitet och kvantitet bör fastställas, att miljömål bör ställas upp för att säkerställa att en god yt- och grundvattenstatus uppnås i hela gemenskapen och för att förhindra försämring av vattnets status på gemenskapsnivå.

en ibland måste till en subjektiv metod för att utröna *the common intention of the high contracting parties*, parternas vilja.⁵³ Ett sätt att göra detta är att vända sig till de förarbeten som finns,⁵⁴ göra en s.k. historisk tolkning eller att studera direktivens ingresser eller preambelar. Oftast innebär domstolens tolkning i detta avseende att den analyserar bestämmelsen i sin kontext och baserar sin argumentation på bestämmelsen så som dess syfte uttrycks i preambeln eller i den fördragsartikel som gett kompetensen att anta rättsakten ifråga.⁵⁵ Frågan är var och hur avsikten, att inte i detalj reglera respektive medlemsstats vattenförvaltning, kan utläsas. Såväl "var" (t.ex. i preambeln eller i själva fördragstexten) som "hur" en avsikt uttryckts har betydelse för vilken vikt som ska tillmätas avsikten vid tolkningen av direktivets bestämmelser, särskilt i relation till andra tolkningsdata. Jag kan inte utläsa ur Rapporten vad Fröberg/Bjällås lägger till grund för sin uttolkning av avsikten utöver det ovan nämnda; att ramvattendirektivet benämns just "ramdirektiv".

3.3. Direktivets mål är bindande för medlemsstaterna

Relevant i implementeringssituationen (det är där Sverige är nu; vi har ännu inte hamnat i en situation där bristande implementering måste förklaras) är att, utifrån ordalydelsen och direktivets syfte, analysera vilka förpliktelser som följer för medlemsstaterna. Utfallet av den analysen är inte binär (antingen/eller) utan det handlar snarare om vilket tolkningsutrymme en medlemsstat har. När ett direktiv anger vissa krav på miljökvalitet, måste dessa krav införlivas i nationell lagstiftning. De tydligaste kraven är kvantifierbara krav som anger vissa gränser och inte

lämnar något större utrymme för avvikelser.⁵⁶ En större flexibilitet medges för medlemsstaterna när gränsvärden inte anges direkt i direktivet utan det överläts till medlemsstaterna att sätta standarden.⁵⁷ Frågan är om den flexibiliteten gäller själva sättandet av normen (det rättsliga införlivandet) eller i vad mån en medlemsstat sedan när den i nationell rätt satta normen (det faktiska genomförandet). I mål C-365/97, *kommissionen mot Italien*, uttalade domstolen att även om en bestämmelse om att säkerställa ett visst resultat inte anger det konkreta innehållet i åtgärderna som ska vidtas, så binder den inte desto mindre medlemsstaten vid den målsättning som ska uppnås samtidigt som den ger medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning vid bestämningen av huruvida sådana åtgärder är nödvändiga eller inte.⁵⁸ Det som är relevant att identifiera är alltså *tolkningsutrymmet* i varje förpliktelse.

I mål C-32/05 uttalade domstolen sig om ramvattendirektivets artikel 4 läst tillsammans med artikel 2.⁵⁹ Domstolen konstaterade i målet att medlemsstaterna genom ramvattendirektivet åläggs detaljerade skyldigheter som ska genomföras inom de frister som angetts för att förebygga en försämring av status hos alla yt- och grundvattenförekomster; detta kan enligt domstolen bland annat utläsas ur artikel 2, jämförd med artikel 4.⁶⁰ Därutöver konstaterade domstolen att beträffande vatten som används för uttag av dricksvatten så finns ytterligare föreskrifter

⁵³ Se t.ex. Öberg (2000) s. 493.

⁵⁴ Om detta, se t.ex. Öberg (2000).

⁵⁵ Due, *a.a.*, s. 77.

⁵⁶ Boeve och van den Broek (2012), s. 75 f.

⁵⁷ Boeve och van den Broek, *a.a.* s. 75 f.

⁵⁸ Mål C-365/97, *Kommissionen mot Italien*, punkterna 66 och 67.

⁵⁹ Målet handlade om att kommissionen menade att Luxemburg underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt ramvattendirektivet genom att inte anta nödvändiga lagar och andra författningar för att uppfylla kraven i direktivet och i vart fall genom att inte underrätta kommissionen om dessa lagar och andra författningar.

⁶⁰ Mål C-32/05 *Kommissionen mot Luxemburg* punkten 63.

i direktivets artikel 7 samt att medlemsstaterna enligt artikel 7.2. beträffande dricksvattenförekomster med visst uttag ska se till att uppfylla målen i artikel 4 i enlighet med direktivets krav för ytvattenförekomster, inklusive de kvalitetsnormer som fastställs på gemenskapsnivå (d.v.s. det som vanligen kommit att benämnas miljökvalitetsnormer) och dessutom se till att det resulterande vattnet uppfyller kraven i dricksvattendirektivet.⁶¹ Domstolen menade att ramvattendirektivets artikel 7.2 därmed ålägger medlemsstaterna skyldigheter beträffande det resultat som ska uppnås (bland annat att medlemsstaternas vattenförekomster ska uppfylla de *specifika målen i artikel 4*) och att dessa skyldigheter hade formulerats klart och otvetydigt.⁶² Generaladvokaten Eleanor Sharpston gick även steget längre i sitt yttrande i målet då hon menade att medlemsstaterna i enlighet med artikel 2 i förening med artikel 4, åläggs precisa skyldigheter som ska uppfyllas inom en viss tidsfrist och som också kan skapa rättigheter för enskilda.⁶³ Målet handlade förvisso om implementering av ramvattendirektivets regler rörande dricksvattenkvalitet som huvudsakligen regleras genom dricksvattendirektivet. Det kan därmed hävdas att domstolens uttalanden i målet inte har bärrighet på direktivets ekologiska kvalitetskrav. Emellertid anger ramvattendirektivets artikel 7.2. (som refereras till i domen) att medlemsstaternas dricksvattenförekomster ska uppfylla målen i artikel 4 i enlighet med direktivets krav för ytvattenförekomster. Det torde innebära att även övriga krav i artikel 4 är relevanta (även om de ekologiska normerna inte nödvändigtvis har betydelse för vattenförekomstens användning som dricksvatten) för vattentäkten som vatten-

förekomst. Vidare refererar domstolen i målet C-43/10, med hänvisning till C-32/05, till miljömålen i artikel 4 som *vattenkvalitetsnormer* som ska vara uppfyllda vid ett visst datum.⁶⁴ Domstolen kopplar i samma mål samman förvaltningsplanen med en skyldighet för medlemsstater att vidta relevanta åtgärder för att nå miljömålen.⁶⁵ Även i C-43/10 var generaladvokaten tydlig med att miljömålen i ramvattendirektivets artikel 4 ska uppnås.⁶⁶

Mot bakgrund av att C-32/05 främst handlade om krav på dricksvattenförekomster är det alltså osäkert huruvida domstolens uttalanden om att de skyldigheter som följer av direktivet är klara och otvetydiga även omfattar de ekologiska målen i artikel 4. Dock finns det ett tämligen stort utrymme för diskussion kring detta och det är en diskussion som borde ha lyfts i Rapporten istället för att endast konstatera att det inte finns någon närmare praxis från EU-domstolen avseende frågan huruvida direktivets artikel 4 är bindande som ansträngningsförpliktelse eller resultatförpliktelse.⁶⁷ Målen enligt artikel 4 ska uppnås vid genomförande av de åtgärdsprogram som medlemsstaterna är skyldiga att anta enligt artikel 11. Det innebär att medlemsstaterna är begränsade i relation till FEUF:s artikel 288 (3) enligt vilken direktiv är bindande med avseende på det *resultat* som ska uppnås även om form och tillvägagångssätt för genomförandet ska överlåtas åt de nationella myndigheterna att bestämma. När det gäller målen i artikel 4 är medlemsstaterna inte helt fria att välja form och tillvägagångssätt; de ska göra det genom åtgärdsprogrammen.

Åtgärdsprogrammen skulle enligt ramvattendirektivets artikel 11 (7) inrättas senast den 22 december år 2009 och alla åtgärder skulle vara

⁶¹ Rådets direktiv 80/778/EEG av den 15 juli 1980 om kvaliteten på vatten avsett att användas som dricksvatten.

⁶² Mål C-32/05 *Kommissionen mot Luxemburg* punkten 75.

⁶³ Generaladvokaten Eleanor Sharpstons förslag till avgörande, föredraget den 18 maj 2006, punkten 75.

⁶⁴ C-43/10 *Kommissionen mot Grekland* punkten 46.

⁶⁵ C-43/10 *Kommissionen mot Grekland* punkten 52.

⁶⁶ Förslaget i mål C-43/10, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias m.fl.* punkten 59.

⁶⁷ Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 25

operationella senast den 22 december 2012.⁶⁸ Skyldigheten att föreslå åtgärder torde alltså uppkomma senast i och med att åtgärdsprogrammen inrättades 2009 och åtgärderna måste vara operationella senast den 22 december 2012.⁶⁹ Emellertid var medlemsstaterna, enligt fast rättspraxis, tvungna att även dessförinnan avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet.⁷⁰ Skyldigheten att avhålla sig från att vidta vissa åtgärder gäller för alla nationella myndigheter, och ska förstås så, att den avser alla åtgärder, allmänna eller specifika, som kan leda till ett sådant äventyrande.⁷¹ I praktiken betyder det att medlemsstaterna varit förbjudna att vidta åtgärder som kan innebära en försämring från det att direktivet trätt ikraft, oavsett när implementeringstiden t.ex. beträffande försämringsförbudet går ut.⁷² En sådan slutsats

överensstämmer väl med domstolens uttalande i målet C-43/10:

”Medlemsstaterna skulle således avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det resultat som föreskrivs i artikel 4 i direktiv 2000/60 även före den 22 december 2009, då fristen enligt artikel 13.6 i direktivet för att offentliggöra förvaltningsplaner för avrinningsdistrikt löpte ut.”⁷³

Uttalandet ger också stöd för att artikel 4 inte ska tolkas så snävt så att den endast innebär att medlemsstaterna är skyldiga att upprätta åtgärdspro-

åtgärder för att förebygga försämring infinnen sig därmed inte först år 2015 eller år 2021 eller år 2027 som hade varit fallet om försämringsförbudet varit osjälvständigt i relation till målet god status (se Artikel 4. 1.a) i), b) i)). Direktivets artikel 4 anger ingen specifik tidpunkt för det självständiga förbudet mer än att åtgärderna ska vidtas vid genomförandet av de åtgärdsprogram som anges i förvaltningsplanerna för avrinningsdistrikten. Åtgärdsprogrammen ska enligt artikel 11 (7) WFD inrättas senast den 22 december år 2009 och alla åtgärder ska vara operationella senast den 22 december 2012. (Se dock mål C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl.* där domstolen slog fast att artiklarna 13.6 och 24.1 i WFD ska tolkas så att de innebär att tidsgränsen för att offentliggöra förvaltningsplaner för avrinningsdistrikt fastställs till den 22 december 2009 och att fristen för att införliva direktivet, bland annat artiklarna 3–6, 9, 13 och 15, fastställs till den 22 december 2003 (p. 42–47)). Skyldigheten att föreslå åtgärder torde alltså uppkomma senast i och med att åtgärdsprogrammen inrättas 2009 och åtgärderna måste vara operationella senast den 22 december 2012. I sammanhanget kan nämnas att Krämer som alternativa datum för ikraftträdande föreslår år 2000 (direktivets ikraftträdande), år 2003 (datum för implementeringstidens utgång), år 2008 (övervakningen ska vara igång enligt artikel 8) och 2012 (operationella åtgärdsprogram enligt artikel 12), Krämer, a.a., s. 256. Därefter föreligger skyldigheten till prevention löpande i och med att punkten 8 i artikel 11 anger att åtgärdsprogrammen ska ses över och om nödvändigt uppdateras senast 2015 år och därefter vart sjätte år. Genom skyldigheten att avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar resultatet blir nämnd diskussion kring datum irrelevant; oavsett när försämringsförbudet ska vara ”aktivt” implementerat genom åtgärdsprogrammen så får resultatet inte allvarligt äventyras.

⁷³ Mål C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl.* p. 60.

⁶⁸ Se dock mål C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl.* där domstolen slog fast att artiklarna 13.6 och 24.1 WFD ska tolkas så att de innebär att tidsgränsen för att offentliggöra förvaltningsplaner för avrinningsdistrikt fastställs till den 22 december 2009 och att fristen för att införliva direktivet, bland annat artiklarna 3–6, 9, 13 och 15, fastställs till den 22 december 2003 (p. 42–47).

⁶⁹ I sammanhanget kan nämnas att Krämer, med utgångspunkt från att det handlar om ett försämringsförbud samt att direktivet inte heller anger vad som ska anses vara en försämring, som alternativa datum för ikraftträdande föreslår år 2000 (direktivets ikraftträdande), år 2003 (datum för implementeringstidens utgång), år 2008 (övervakningen ska vara igång enligt artikel 8) och 2012 (operationella åtgärdsprogram enligt artikel 12), Krämer, a.a., s. 256.

⁷⁰ Se t.ex. de förenade målen C-165/09 och C-167/09 punkten 75, mål C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie (Wallonska avfallsmålet)*, punkten 45; mål C-14/02, *ATRAL*, punkten 58, och de förenade målen C-261/07 och C-299/07, *VTB-VAB och Galatea*, punkten 38.

⁷¹ Se mål C-212/04, *Adeneler m.fl.*, punkten 122 samt där angiven rättspraxis samt de förenade målen C-165/09 och C-167/09 punkten 75. Se även, med avseende på ramvattendirektivet, mål C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl.* p. 57.

⁷² Det har diskuterats huruvida försämringsförbudet ska ses som ett självständigt krav eller inte (se t.ex. Ekelund Entson och Gippert, a.a. s. 32). Om det ses som ett självständigt krav infinnen sig frågan när det ska vara implementerat; skyldigheten att vidta alla nödvändiga

gram; medlemsstaterna ska avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar *resultatet*.

Det finns alltså uttalanden som tyder på att domstolen betraktar målen i artikel 4 som klara och tydliga; något som har betydelse för vilka implementeringskrav som ställs. Det angivna målet måste, till att börja med, implementeras rättsligt.⁷⁴ Domstolen har vid flera tillfällen uttalat att det är fast rättspraxis att:

- Bestämmelser i ett direktiv ska genomföras med *obestriddligt bindande verkan* samt på ett sådant tillräckligt tydligt, precist och klart sätt att kravet på rättssäkerhet uppfylls.⁷⁵
- Enbart administrativ praxis, som till sin art är sådan att den fritt kan ändras av myndigheten och som inte offentliggörs i tillräcklig utsträckning, kan inte anses som ett giltigt fullgörande av de skyldigheter som följer av fördraget.⁷⁶

⁷⁴ Mål C-83/97 *Kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland*. Domstolen konstaterade att det framgår av fast rättspraxis att vanlig administrativ praxis (som genom sin natur fritt kan ändras av förvaltningen och som inte kungörs på ett fullgott sätt) inte kan anses som ett giltigt fullgörande av den skyldighet som EG-fördraget ålägger de medlemsstater till vilka ett direktiv är riktat.

⁷⁵ Se t.ex. mål 29/84, *Kommissionen mot Tyskland* punkterna 22 och 23, mål C-339/87 *Kommissionen mot Nederländerna*, mål C-361/88 *Kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland* (T/A-luft) punkterna 15 och 24. Mål C-197/96, *Kommissionen mot Frankrike* punkten 15; mål C-217/97, *Kommissionen mot Tyskland*, punkterna 31 och 32, C-392/99 *Kommissionen mot Portugal*, punkten 80; C-233/00 *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 76, och Mål C-6/04, *Kommissionen mot Förenade kungariket*, p. 27 samt C-32/05, *Kommissionen mot Luxemburg*, punkten 34.

⁷⁶ Vad gäller den rättsliga implementeringen så ska bestämmelser i ett direktiv genomföras med *obestriddligt bindande verkan* samt på ett sådant tillräckligt tydligt, precist och klart sätt att kravet på rättssäkerhet uppfylls C-159/99 *Kommissionen mot Italien*, punkten 32 samt C-415/01 *Kommissionen mot Belgien* punkten 21. Se även C-32/05, *Kommissionen mot Luxemburg* då den konstaterade att det i fördraget anges att medlemsstaterna får välja den form och det tillvägagångssätt för genomförandet av direktiv som bäst säkerställer det resultat som de ska uppnå, att det förvisso inte alltid är nödvändigt att lagstifta för att införliva ett direktiv med nationell rätt och att ett formellt återgivande av ett direktivs föreskrifter i en uttrycklig

Dessutom är medlemsstaterna förpliktade att *faktiskt* uppnå resultat som formulerats *klart och otvetydigt*.

Om domstolen sedermera anser att förpliktelse-
na som följer av artikel 4 är klara och otvetydiga innebär det att det inte räcker med en rättslig implementering⁷⁷; själva *resultatet* måste verkligen

och specifik lagbestämmelse inte alltid är nödvändigt. Icke desto mindre förutsätts en *effektiv garanti* för att nationella myndigheter faktiskt tillämpar direktivet fullt ut samt, då bestämmelsen syftar till att skapa rättigheter för enskilda, att den rättsliga situation som följer är tillräckligt klar och precis. Därtill måste de personer som berörs ges möjlighet att få *full kännedom om sina rättigheter* och, i förekommande fall, ges möjlighet att göra dem gällande vid de nationella (punkten 34).

⁷⁷ C-159/99 *Kommissionen mot Italien*, punkten 32 samt C-415/01 *Kommissionen mot Belgien* punkten 21. Se även C-32/05, *Kommissionen mot Luxemburg* då den konstaterade att det i fördraget anges att medlemsstaterna får välja den form och det tillvägagångssätt för genomförandet av direktiv som bäst säkerställer det resultat som de ska uppnå, att det förvisso inte alltid är nödvändigt att lagstifta för att införliva ett direktiv med nationell rätt och att ett formellt återgivande av ett direktivs föreskrifter i en uttrycklig och specifik lagbestämmelse inte alltid är nödvändigt. Icke desto mindre förutsätts en *effektiv garanti* för att nationella myndigheter faktiskt tillämpar direktivet fullt ut samt, då bestämmelsen syftar till att skapa rättigheter för enskilda, att den rättsliga situation som följer är tillräckligt klar och precis. Därtill måste de personer som berörs ges möjlighet att få *full kännedom om sina rättigheter* och, i förekommande fall, ges möjlighet att göra dem gällande vid de nationella domstolarna (punkten 34). Vad formuleringen ”i förekommande fall” innebär kan diskuteras. Innebär det att det är tillräckligt att enskilda får kännedom om sina rättigheter – så att de kan åberopa dessa i nationella domstolar *där detta är möjligt* enligt nationell rätt eller föreligger en faktisk rätt att föra talan i nationell domstol? Den engelska språkversionen lyder *where appropriate* och den franska *le cas échéant*. Såväl den engelska som franska språkversionen ligger möjligen närmare ”om så är lämpligt” i betydelse än ”i förekommande fall” som den svenska språkversionen lyder. En tolkning är att uttrycket indikerar att i de fall då det är lämpligt så kan effektivitetsprincipen (som kortfattat innebär att när det saknas gemenskapsrättsliga bestämmelser på ett visst område så ankommer det på varje medlemsstat att i sin nationella rättsordning utse de behöriga domstolarna och fastställa rättegångsreglerna för sådan talan som är avsedd att säkerställa skyddet av de rättigheter som tillkommer enskilda genom gemen-

nås på så sätt att vattendragen faktiskt uppnår en god status.⁷⁸ Av domstolens fasta rättspraxis följer dessutom att ju snävare ett miljömål definierats desto mindre tolkningsutrymme har medlemsstaterna vad beträffar målets definition och därmed uppnående.⁷⁹

Ekelund Entson och Gipperth⁸⁰ har granskat bland annat hur Finland, Norge, Danmark och Sverige uppfattat direktivets "miljömål"; om det innebär att en faktisk vattenstatus ska vara uppnådd innan implementeringstiden gått ut eller om det handlar om att implementera de åtgärder som långsiktigt kan medverka till en god vattenstatus.⁸¹ Ekelund Entson och Gipperth konstaterade att målet kommer till uttryck i samtliga de skandinaviska ländernas nationella lagstiftningar genom att god status ska ha uppnåtts senast 2015(2021) även om formuleringen skiljer sig åt mellan länderna; samtliga de studerade länderna har valt att beakta målet om en god vattenstatus som direkt bindande för nationella myndigheter även om materiella rättsregler som ålägger det allmänna eller enskilda att beakta målet saknas.⁸² I propositionen 2009/10:184 konstaterade också den svenska regeringen att direktivets bestämmelser om icke-försämring och att nå målen är bindande för medlemsstaterna.⁸³

skapsrättens direkta effekt, varvid förutsätts att dessa regler inte gör utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt [se t.ex. mål C- 326/96, *Levez* p. 18]) komma att "övertrumfa" den processuella autonomin (som innebär att EU-rätten ska tillämpas i de 27 medlemsstaternas befintliga rättsordningar i enlighet med nationella regler). För en utförligare diskussion kring EU-rätten och den processuella autonomin på miljöområdet se t.ex. Darpö (2012), s. 3.

⁷⁸ Mål C-494/01.

⁷⁹ Se t.ex. C-60/01, *Kommissionen mot Frankrike*.

⁸⁰ Ekelund Entson och Gipperth, a.a.

⁸¹ Ekelund Entson och Gipperth, a.a., s. 16 f.

⁸² Ekelund Entson och Gipperth; a.a., s. 102. I samband med detta påpekar Fröberg/Bjällås att så länge medlemsstaterna ändå genomdriver målet behöver så behöver det inte vara ett egentligt problem.

⁸³ Prop. 2009/10:184, s. 41 f. Se också van Kempen, a.a.

Mycket talar således för att de mål som anges i ramvattendirektivets artikel 4 är bindande med avseende på det resultat som ska uppnås och dessa argument hade bort utredas närmare och bemötas av Fröberg/Bjällås i *Rapporten*.

3.4. Klassificering av miljöstatus och fastställande av miljömål

Fröberg/Bjällås övergår här efter till att analysera själva klassificeringen av vattenförekomsternas miljöstatus. Framför allt riktar de in sig på direktivets bestämmelser rörande hur medlemsstaterna ska gå till väga när de tillämpar direktivets normativa definitioner för karaktärisering och klassificering av ekologisk status hos en vattenförekomst och i förlängningen hur fastställandet av miljömål för ekologisk status ska gå till.

Fröberg/Bjällås menar att det räcker att medlemsstaterna *tillämpar* de normativa definitionerna i direktivets bilaga V vid karakteriseringen och när de sätter mål. Det skulle alltså, enligt dem, inte ens vara nödvändigt att införliva dessa direktivsbestämmelser i nationell lagstiftning. Det påpekas också i *Rapporten* att direktivets normativa definitioner (bilaga V) *kan* behöva fastställas i nationella regler som riktar sig till den vattenmyndighet som ansvarar för bedömningarna, men att behovet av regler inte är självklart.

Grunden för slutsatsen anges i *Rapporten* vara att Fröberg/Bjällås är av uppfattningen att det är på det sättet samt mål C-32/05, p. 35.⁸⁴ Det hänvisade rättsfallet stödjer endast indirekt författarnas uppfattning eftersom sagda punkt i domen ger uttryck just för att det, trots att det handlar om medlemsstaters skyldigheter gentemot Unionen och inte (i första hand) gentemot medborgarna, ändå kan behövas nationella regler för att implementera direktivet i aktuellt hänseende. Fröberg/Bjällås drar emellertid den

⁸⁴ Fröberg och Bjällås a.a., s. 27.

vidare slutsatsen att det inte finns någon skyldighet att utveckla några bedömningsgrunder i nationell lagstiftning på ett sådant sätt som skett genom Naturvårdsverkets föreskrifter 2008:1 (vilka upphörde att gälla vid utgången av oktober 2013 då de ersattes av Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter om klassificering och miljökvalitetsnormer avseende ytvatten (HVMFS 2013:19)). Istället, menar Fröberg/Bjällås, kan det vara aktuellt att i handböcker eller vägledningsdokument från centrala myndigheter utarbeta anvisningar om hur bedömningen kan och bör göras. Vidare menar de att frågan om klassificering och sättande av mål i Sverige i viss mån kommit att blandas ihop med skyldigheten att bedriva en *övervakning* av vattenstatus enligt artikel 8 i ramdirektivet och bilaga V p. 1.3 samt de skyldigheter som medlemsstaterna har att interkalibrera⁸⁵ sina övervakningsresultat.⁸⁶

Frågan är vad Fröberg/Bjällås grundar sin uppfattning på (utöver nämnd EU-dom som anges stödja uppfattningen). Den analys jag efterlyser handlar om att man först måste (genom att analysera EU-domstolens praxis eller ta del av de analyser som redan gjorts av denna) se till vilka typer av bestämmelser som domstolen menar att medlemsstaterna måste implementera.⁸⁷ Nästa fråga är hur de normativa definitionerna bör karaktäriseras; vilken typ av bestämmelse som de kan hänföras till. Först därefter blir det relevant att se till hur skyldigheten att rättsligt införliva bestämmelserna ter sig i det enskilda fallet.⁸⁸ Nedan görs en genomgång av direktivets

bestämmelser om dessa frågor i syfte att kasta ljus över vilken rättslig betydelse klassificeringen har och relationen till skyldigheten att övervaka vattenstatus.

3.4.1. Olika typer av bestämmelser

Inledningsvis måste det utredas vilken typ av direktivsbestämmelse det handlar om. Därför redovisar jag, nedan, några olika typer av bestämmelser samt vad som karaktäriserar dessa typer av bestämmelser.

Det kan till att börja med konstateras att vissa typer av direktivsbestämmelser inte riktar sig till medlemsstaterna (trots att direktiv generellt riktar sig till just medlemsstaterna) utan t.ex. till kommissionen.⁸⁹ Eftersom de inte är riktade till medlemsstaterna ska sådana bestämmelser heller inte implementeras av medlemsstaterna. Det finns ocks bestämmelser som handlar om relationen mellan medlemsstaterna och EU:s institutioner som t.ex. innebär att medlemsstaterna ska rapportera till eller informera kommissionen om olika saker. Sådana bestämmelser handlar inte om rättigheter eller skyldigheter för enskilda och behöver därför *i princip* inte överföras till nationell rätt.⁹⁰ Eftersom medlemsstaterna är skyldiga att säkerställa att gemenskapsrätten iakttas till fullo, kan emellertid kommissionen i det enskilda fallet visa att det för att iakttas en bestämmelse i ett direktiv ändå är nödvändigt att vidta särskilda införlivandeåtgärder i den nationella rättsordningen, även om bestämmelsen endast rör relationen mellan medlemsstaterna och kommissionen.⁹¹ Det senare uttalandet härrör från just

⁸⁵ Fastställa system med ekologiska kvalitetskvoter för att säkerställa att övervakningssystemen är jämförbara medlemsstaterna emellan.

⁸⁶ Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 27.

⁸⁷ En utförlig analys av EU-domstolens praxis i sagda hänseende; rörande olika typer av förpliktelser i direktiv på miljöområdet finns t.ex. i Jans och Vedder *a.a.*

⁸⁸ *Ter sig*, då det, som sagt, slutligen endast är domstolen som kan avgöra medlemsstaternas skyldigheter i det här avseendet.

⁸⁹ Se t.ex. direktiv 2006/44/EG om kvaliteten på sådant sötvatten som behöver skyddas eller förbättras för att upprätthålla fiskbestånden, artikel 15, som anger att *Kommissionen skall senast nio månader efter mottagandet av medlemsstaternas Rapporter offentliggöra en gemenskapsrapport om genomförandet av detta direktiv.*

⁹⁰ Jans och Vedder *a.a.*, s. 144.

⁹¹ Mål C-32/05 *kommissionen mot Luxembourg* punkten 35.

målet C-32/05 (det som Fröberg/Bjällås hänvisade till) men säger egentligen inte något mer än att varje skyldighet måste analyseras för sig och i ljuset av direktivets mål och syfte. Generellt gäller alltså att direktivsbestämmelser som endast rör relationen medlemsstat/institutionerna inte behöver införlivas i nationell lagstiftning men i det enskilda fallet kan det, i ljuset av direktivets mål och syfte, ändå vara nödvändigt att vidta införlivandeåtgärder. Det finns alltså anledning att närmare undersöka vilka skyldigheter som medlemsstaterna har med avseende på just de normativa definitionerna. Denna undersökning måste göras i ljuset av direktivets mål och syfte.

3.4.2. De normativa definitionerna och medlemsstaternas skyldigheter

Målet om en god vattenstatus gäller för i princip samtliga unionens vattenförekomster men innebörden skiljer sig beroende på vilken typ av vattenförekomst det är. Ytvattenförekomster ska t.ex. uppnå god ytvattenstatus och grundvattenförekomster en god grundvattenstatus medan det för kraftigt modifierade ytvattenförekomster handlar om att de ska nå upp till en god ekologisk potential.⁹² Nedan fokuserar jag, av utrymmesskäl, endast på ytvattenstatus eftersom det är här de normativa definitionerna är som mest aktuella.

En god ytvattenstatus innebär att både en *god ekologisk status* (klassificerad i enlighet med bilaga V⁹³) och en *god kemisk status* (den kemiska status som krävs för att uppfylla miljömålen för ytvatten enligt artikel 4.1 a,⁹⁴) ska uppnås. Därtill

kommer ett generellt försämringsförbud.⁹⁵ Medlemsstaterna måste alltså karaktärisera och klassificera sina ytvattenförekomster med avseende på såväl kemisk status som ekologisk status; dels för att kontrollera vilka som redan uppfyller kraven och vilka som inte gör det (där alltså åtgärder behövs), dels för att få en utgångspunkt beträffande försämringsförbudet. För kemisk status finns endast två klasser; 'god status' och 'uppnår ej god status'. För ekologisk status finns det fler klasser; 'hög', 'god', 'måttlig', 'otillfredsställande' och 'dålig' status. För att kunna klassificera vattenförekomsterna måste klassgränserna definieras. Beträffande kemisk status har de flesta klassgränser antagits som EU-gemensamma. I den svenska versionen av direktivet har klassgränserna emellertid benämnts som 'miljökvalitetsnormer' vilket kan förefalla förvillande.⁹⁶ Beträffande ekologisk status så är det medlemsstaterna som, i enlighet med de normativa definitionerna i bilaga V, ska utforma klassgränserna.

Så här långt handlar det endast om klassificering och det hade antagligen varit acceptabelt att, såsom Fröberg och Bjällås föreslår, genom-

⁹⁵ Trots möjligheten att förlänga tidsfristen beträffande att nå kvaliteten 'god miljöstatus' till 2015 så åligger det ändå medlemsstaterna att vidta *alla nödvändiga åtgärder* för att *förebygga en försämring*; försämringen ska förebyggas i alla ytvattenförekomster samt i grundvattnet (WFD, artikel 4. 1 a) i)). Om en försämring sker är detta ursäktligt endast om det varit verkligt omöjligt för ett medlemsland att förebygga den. Det är ett mycket högt ställt krav på genomförande.

⁹⁶ WFD, artikel 2.24: *God kemisk ytvattenstatus är den kemiska status som uppnås hos en ytvattenförekomst när koncentrationerna av förorenande ämnen inte överskrider de miljökvalitetsnormer som fastställs i WFDs bilaga IX, enligt artikel 16.7 (numer Direktiv 2008/105/EG) samt enligt annan relevant unionslagstiftning med unionsgemensamma miljökvalitetsnormer.* Naturvårdsverket har föreslagit att man istället för 'miljökvalitetsnorm' ska använda begreppet 'klassgräns' när dessa bestämmelser diskuteras. I sin rapport om den svenska implementeringen av direktiv 2008/105/EG använder Naturvårdsverket genomgående ordet 'klassgräns' när det handlar om klassificeringen (Naturvårdsverket [2009]).

⁹² WFD, artikel 4.

⁹³ WFD, artikel 2 (22).

⁹⁴ WFD, artikel 2 (24): det vill säga den kemiska status som uppnås hos en ytvattenförekomst i vilken koncentrationerna av förorenande ämnen inte överskrider de miljökvalitetsnormer som fastställs i bilaga IX och enligt artikel 16.7 och enligt annan relevant gemenskapslagstiftning, där miljökvalitetsnormer på gemenskapsnivå fastställs.

föra direktivets bestämmelser om hur denna ska gå till genom olika handböcker. En sådan slutsats förutsätter att klassificeringsreglerna endast handlat om klassificering och därmed endast rör relationen mellan medlemsstaterna och kommissionen. Så är emellertid inte fallet.

3.4.3. Klassgränsernas rättsliga relevans för miljökvalitetskraven i artikel 4

Genom direktivets artikel 4, får klassgränserna en direkt rättsligt relevans utöver relationen mellan medlemsstaterna och kommissionen. Detta eftersom den miljökvalitet som medlemsländerna är skyldiga att vidta åtgärder för att uppnå, är 'god'. En god status innebär att *såväl* kemisk som ekologisk status måste hamna över klassgränsen för 'god'. På så sätt får målet i artikel 4 sitt egentliga och normativa innehåll genom bilaga V, såvitt avser ekologisk status och genom de EU-gemensamma klassgränserna, såvitt avser kemisk status. Bilaga V ger på så sätt innehåll till artikel 4.⁹⁷ De biologiska och hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna är alltså av samma rättsliga relevans (med avseende på resultatet som ska uppnås) som de EU-gemensamma klassgränserna. Båda typerna har givits en explicit betydelse genom kravet på att anta och upprätthålla miljökvalitetsnormer som avser den ekologiska kvaliteten, vilket understryks av att ytvattenstatus bestäms av *såväl* vattenförekomstens ekologiska status som dess kemiska, beroende på vilkendera som är sämst.⁹⁸ Detta visar också betydelsen av miljökvalitetskrav för ekologisk status eftersom dessa är lika bestämmande som den kemiska i klassificeringen.

⁹⁷ För slutsatsen talar möjligen att domstolen i mål C-322/05 ansett att artikel 2 läst tillsammans med artikel 4 ger uttryck för ett specifikt resultat som ska uppnås (även om det målet, som nämnts ovan, hanterade frågor om dricksvattenkvalitet).

⁹⁸ WFD, artikel 2 (17).

Innebörden av 'ekologisk ytvattenstatus' anges i direktivets Bilaga V, 1.2. Under rubriken *Normativa definitioner för klassificeringen av ekologisk status* ges definitioner av vad som avses med hög, god och måttlig ekologisk status för olika ytvattenkategorier.⁹⁹ För att klassificera ekologisk status i de fyra naturliga kategorierna för ytvatten; flod¹⁰⁰, sjö¹⁰¹, vatten i övergångszon eller kustvatten används *kvalitetsfaktorer*. För var och en av kvalitetsfaktorerna finns underliggande faktorer som varierar för de fyra kategorierna (se not för respektive kvalitetsfaktor). Kvalitetsfaktorerna är *biologiska faktorer*, *hydromorfologiska faktorer* som stöd för de biologiska faktorerna samt *kemiska och fysikalisk-kemiska faktorer* som stöd för de biologiska faktorerna. Vid klassificeringen av *ekologisk status* för vattenförekomsten ska status anges som det lägsta av värdena för resultaten av den biologiska och fysikalisk-kemiska övervakningen avseende de relevanta kvalitetsfaktorerna.¹⁰² Det är alltså den sämsta underliggande kvalitetsfaktorn som blir styrande. Detta brukar benämnas *one out – all out*; om en kvalitetsfaktor inte når upp till god status i en specifik vattenförekomst så klassas hela vattenförekomsten som att den inte når upp till god status. Det som uttrycks är att en kedja inte är starkare än den svagaste länken; vilket kan ses som ett uttryck för försiktighet.¹⁰³ Medlemsstaterna ska sedan

⁹⁹ WFD, Bilaga V, 1.2.; *Normativa definitioner för klassificeringen av ekologisk status*. De olika ytvattenkategorierna är floder, sjöar, övergångszoner och kustvatten, Se Tabell 1.2.; *Allmän definition för floder, sjöar, vatten i övergångszon och kustvatten*.

¹⁰⁰ WFD, bilaga V, 1.1.1.

¹⁰¹ WFD, bilaga V, 1.1.2.

¹⁰² WFD, bilaga V, 1.4.2. i).

¹⁰³ Josefsson och Baaner (2011) poängterar emellertid att försiktighetsprincipen är tillämplig i själva riskhanteringen och inte ska blandas ihop med den försiktighet som vetenskapsmän bör iakta när de analyserar data. Jag anser det något oklart vad Josefsson och Baaner syftar på med sitt påpekande eftersom den vetenskapliga analysen av de enskilda kvalitetsfaktorerna redan är gjord när *one out – all out* eventuellt aktualiseras men anser nog att *one*

skapa en karta som genom färgkoder visar klassificeringen av ekologisk status för varje vattenförekomst.¹⁰⁴

För att kunna klassificera klassgränserna, så som de används i ramvattendirektivets artikel 4, som förpliktelser som endast angår relationen mellan medlemsstaterna och unionen måste bestämmelserna betraktas extremt snävt. En sådan snäv tolkning är inte förenlig med hur bestämmelser i direktiv ska tolkas, nämligen mot bakgrund av bestämmelsens grundläggande syften, funktion eller effekter inom såväl direktivet som det gemenskapsrättsliga regelverket. Direktivets syfte framgår av dess första artikel; att upprätta en ram för *skyddet av inlandsytvatten*¹⁰⁵, vatten i övergångszon¹⁰⁶, kustvatten¹⁰⁷ och grund-

out – all out äger relevans även om man inte anser den kunna grundas på försiktighetsprincipen; detta eftersom den snarare vilar på preventionsprincipen. Dock kan *one out – all out* få vissa icke önskvärda konsekvenser, särskilt i kombination med hur försämringsförbudet kommit att genomföras i Sverige. Till att börja med kan principen innebära vissa svårigheter vad gäller möjligheten att iakttä en försämring; om samtliga kvalitetsfaktorer för en vattenförekomst är "god", utom en som är "måttlig", så blir status för den vattenförekomsten "måttlig". Det innebär vidare att alla övriga kvalitetsfaktorer med status "god" kan försämrats till "måttlig" utan att vattenförekomstens status förändras; den förblir "måttlig". Ett annat, näraliggande problem, är att om det är klassgränser som gäller så skulle det inte finnas någon undre gräns för vattenkvaliteten om en vattenförekomst redan från början klassats i den lägsta statusklassen, se Gipperth och Ekelund Entson, *a.a.*, s. 32.

¹⁰⁴ WFD, bilaga V, 1.4.2. i).

¹⁰⁵ *Inlandsvatten*: allt stillastående eller strömmande vatten på markytan och allt grundvatten på landsidan av den baslinje från vilken territorialvattnets bredd mäts; *Ytvatten*: inlandsvatten utom grundvatten; vatten i övergångszon och kustvatten utom när det gäller kemisk status då det även ska inbegripa territorialvatten (WFD, artikel 2).

¹⁰⁶ *Vatten i övergångszon*: förekomst av ytvatten i närheten av flodutlopp som delvis är av salthaltig karaktär till följd av närheten till kustvatten men som på ett väsentligt sätt påverkas av sötvattenströmmar (WFD, artikel 2).

¹⁰⁷ *Kustvatten*: ytvatten som finns innanför den linje på vilken varje punkt befinner sig på ett avstånd av en sjömil från närmaste punkt på den baslinje från vilken bredden av territorialvattnet mäts och som, när det är lämpligt,

vatten¹⁰⁸. Detta ska inte bara *hindra ytterligare försämringar* utan även *skydda och förbättra* status hos akvatiska ekosystem samt de terrestra ekosystem och de våtmarker som är direkt beroende av akvatiska ekosystem. Därtill ska direktivet främja en hållbar vattenanvändning, eftersträva ökat skydd och förbättring av vattenmiljön¹⁰⁹, säkerställa en gradvis minskning av förorening av grundvattnet, förhindra ytterligare förorening samt bidra till att mildra effekterna av översvämning och torka.¹¹⁰ Det omdiskuterade klassificeringssystemet är alltså nödvändigt för att ge direktivets syfte och mål ett reellt innehåll; det är genom klassificeringssystemet som det avgörs vilken status en vattenförekomst anses ha; det är klassificeringssystemet som ligger till grund för de beslut om åtgärder som sedermera kommer att fattas och på så sätt kommer klassificeringen i slutänden att påverka enskilda. Utan klassificeringssystemet skulle det inte gå att fastställa ekologisk status och utan minst god ekologisk status går det inte att uppnå en god status.

Utöver kraven på att klassificera (och på att uppnå god status) föreligger, enligt direktivet, en skyldighet för medlemsstaterna att upprätta övervakningssystem. För att garantera jämförbarheten mellan medlemsstaternas övervakningsresultat anges ett förfarande för att beräkna värden för de biologiska kvalitetsfaktorer. Detta förfarande anges i avsnitt 1.4.1. i bilaga V. Medlemsstaterna ska alltså, utifrån direktivets

sträcker sig till den yttre gränsen för vatten i övergångszon (WFD, artikel 2).

¹⁰⁸ *Grundvatten*: allt vatten som finns under markytan i den mättade zonen och som står i direkt kontakt med marken eller underliggande jordlager (WFD, artikel 2).

¹⁰⁹ Bland annat genom särskilda åtgärder för en gradvis minskning av utsläpp och spill av prioriterade ämnen samt genom att utsläpp och spill av prioriterade farliga ämnen upphör eller stegvis elimineras.

¹¹⁰ WFD, artikel 1, a)-e).

beskrivningar, fastställa *värden* för de biologiska kvalitetsfaktorerna.¹¹¹

Resultaten av beräkningarna ska redovisas i form av 'ekologiska kvalitetskvoter'.¹¹² Dessa kvoter ska motsvara förhållandet mellan värdena för de biologiska parametrar som har iakttagits för en viss ytvattenförekomst (i täljaren) och värdena för samma parametrar under samma vattenförekomsts referensförhållanden (i nämnaren). Kvoten som faller ut ska uttryckas som ett numeriskt värde mellan 0 och 1, där 'hög ekologisk status' motsvaras av värden nära ett (1) och 'dålig ekologisk status' motsvaras av värden nära noll (0).¹¹³ Referensförhållandet (den opåverkade miljön) är alltså av stor betydelse för den ekologiska kvalitetskvoten. En 'hög status' innebär alltså ett av människan *i princip* opåverkat tillstånd (alltså inte tillstånd som är helt opåverkat). Det är emellertid viktigt att notera att det för att uppnå 'god status' *inte* krävs ett värde nära 1.¹¹⁴ Den opåverkade miljön är alltså ett referensförhållande – inte ett mål i sig.¹¹⁵ Tröskeln för 'god status' (direktivets krav) ligger betydligt lägre. Syftet med interkalibreringsförfarandet är att man ska kunna jämföra medlemsstaternas metoder för att bedöma ekologisk status och se huruvida medlemsstaterna har använt faktorer

på ett sätt som är förenligt med direktivets definitioner. Man har helt enkelt velat möjliggöra jämförelser mellan medlemsstaterna.¹¹⁶

3.4.4. Övervakning och kalibrering respektive klassificering och krav

Interkalibreringsförfarandet syftar till att säkerställa att medlemsstaternas övervakningssystem och klassificeringssystem är jämförbara. Själva övervakningssystemet och kalibreringen av detta påverkar, såvitt jag kan se mot bakgrund av diskussionen ovan, inte enskilda utan mycket tyder på att det är en sådan förpliktelse som åvilar medlemsstaterna endast gentemot kommissionen och övriga medlemsstater. Det är därför fullt möjligt (men inte säkert) att direktivets regler som hanterar detta förfarande inte behöver överföras till nationell rätt.

Klassificeringen däremot, handlar i förlängningen om att synliggöra direktivets krav och måste därför implementeras på ett obestridligt bindande sätt. Detta eftersom målen i direktivets artikel 4 är bindande för medlemsstaterna beträffande såväl god kemisk status som god ekologisk status och kan leda till såväl förpliktelser som rättigheter för enskilda. Vad gäller klassgränserna kan det också ifrågasättas om dagens föreskrifter är en tillräckligt "bindande" reglering eftersom föreskrifterna förvisso antas på myndighetsnivå men sedan fordrar ytterligare efterforskningar (t.ex. i VISS¹¹⁷) för att de ska fyllas med innehåll.¹¹⁸ I *TA luft målen* invände kommissionen

¹¹¹ Dessa värden framgår av tabellerna 1.2.1.–1.2.4 i direktivet.

¹¹² WFD, Bilaga V, 1.4.1.ii).

¹¹³ WFD, Bilaga V, 1.4.1.ii).

¹¹⁴ För en sammanfattning av de metoder som anges i vattendirektivet och dess stödjande dokument samt av hur metoderna används för att fastställa referensförhållanden och klassgränser för sjöar, vattendrag och kustvatten i Sverige, se Johnson et al., (2013).

¹¹⁵ Fröberg/Bjällås hänvisar till Josefsson och Baneer (*a.a.*) och menar referenssystemet är ett sätt att bortse från människan som en del av ekosystemet (Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 77). Jag håller inte med Bjällås/Fröberg om detta. Att variablerna för status knyts till något som varierar naturligt (det vill säga inbegriper människans aktiviteter även om referensramen, utgångspunkten, är hur det skulle ha sett ut utan människan) förefaller snarast ligga i linje med en adaptiv förvaltning.

¹¹⁶ Kommissionens beslut (2008/915/EG) av den 30 oktober 2008 om upprättande av de värden som fastställts för klassificeringarna i medlemsstaternas övervakningssystem som ett resultat av interkalibreringsförfarandet, i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG, skälen (5).

¹¹⁷ VISS är databasen VattenInformationSystem Sverige.

¹¹⁸ Domstolen har som sin fasta praxis uttalat att bestämmelser i ett direktiv ska genomföras med *obestridligt bindande verkan* samt på ett sådant tillräckligt tydligt, precist och klart sätt att bl.a. kravet på rättssäkerhet uppfylls. Vägledningsdokument (som Fröberg/Bjällås före-

mot att Tyskland använde just föreskrifter, om vilka den tyska rättsvetenskapen hade olika uppfattningar gällande bl.a. hur rättsligt bindande de var, för att genomföra miljökrav som följde av direktiv.¹¹⁹ Frågan är hur bindande miljökvalitetsnormerna för vatten är, eller kan anses vara, när de får sitt slutliga innehåll genom VISS.

Enligt Fröberg/Bjällås uppfattning så kan 'god ekologisk status' aldrig vara tillräckligt väl definierat för att medlemsstaterna ska ha en skyldighet att säkerställa att de enskilda parametrarna som anger 'god ekologisk status' är uppfyllda. Inte heller, menar de, kan 'god ekologisk status' vara tillräckligt väl definierat för att en försämring av enskilda parametrar ska kunna innebära att miljömålet inte har uppnåtts.¹²⁰ De motiverar sin uppfattning med att kunskapen om vilka åtgärder som måste vidtas aldrig kommer att vara tillräckligt exakt för att kunna säkerställa att ekologisk status blir så som den preciserats i en föreskrift.¹²¹

Jag kan inte ur Rapporten utläsa på vilka kunskaper eller erfarenheter som de utsagor som

redovisas som grund för den uppfattning som Fröberg/Bjällås anför grundar sig. Inte heller kan jag utläsa huruvida Fröberg/Bjällås verkligen menar att det endast är möjligt att reglera sådant som vi har fullständig kunskap om – eftersom krav på fullständig kunskap skulle omöjliggöra väldigt mycket reglering på väldigt många områden, inte minst inom miljöområdet. Det är heller inte rimligt att endast kunna reglera om det finns objektiva kvantifierade värden att förhålla sig till (för vilka det ändå kan uppstå diskussion kring olika mätteknikers tillförlitlighet). De flesta rättsregler laborerar med förhållanden som inte är mätbara och som fordrar just en bedömning. Det är t.ex. inte objektivt mätbart vad som är en "betydande olägenhet" i 2 kap. 9 § plan- och bygglagen (2010:900), PBL, men grannarna till en fastighet där någon vill bygga på ett sätt som skulle kunna upplevas som synnerligen störande skulle nog inte tycka det var en bra idé att ta bort bestämmelsen ifråga endast på den grunden att det är omöjligt att kvantifiera exakt vad som är en betydande olägenhet. Inställningen att vi på förhand måste säkerställa att de åtgärder som vidtas faktiskt måste leda till att normer faktiskt efterlevs skulle ha omöjliggjort i princip all miljölagstiftning vid tiden då en sådan började växa fram. I grunden är det just detta som adaptiv förvaltning tar sikte på och en sådan bör utgå från försiktighetsprincipen, tillämpad till förmån för naturmiljön.

4. Begreppet 'miljökvalitetsnorm'

I samband med diskussionen om hur långtgående krav direktivet ställer på medlemsstaterna ifråga om att använda vissa anvisade åtgärder för att nå det föreskrivna resultatet tar Fröberg/Bjällås upp de s.k. 'miljökvalitetsnormerna' (d.v.s. de ovan berörda klassgränserna för kemisk status). I Rapporten tar diskussionen sin utgångspunkt i direktivets artikel 10.3 som anger att om ett kvalitetsmål eller kvalitetsnorm

slagit) är inte tillräckligt (se t.ex. C-96/81 *Kommissionen mot Nederländerna*, punkten 13), inte heller administrativ praxis (Mål C-75/01 *Kommissionen mot Luxembourg*, punkten 28 i vilken ECJ även hänvisade till mål C-15 9/99, *Kommissionen mot Italien*, punkten 32 samt mål C-394/00, *Kommissionen mot Irland*, punkten 11).

¹¹⁹ Mål C-361/88 *Kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland*, punkten 16. Målet har fått sitt namn efter *Technische Anleitung Luft* (TA Luft) från 2002, som är ett omfattande tyskt regelverk på drygt 230 sidor som innehåller utsläppsvärden för att stort antal ämnen samt miljökvalitetsnormer för omgivningsluft med avseende på olika föroreningar. TA Luft ska användas vid all tillståndsgivning, vid ändring av tillstånd. Föreskrifterna kan också användas som grund för krav mot verksamheter utan tillstånd (Darpö (2010), s. 78 f). Intressant i sammanhanget är en anmärkning av Jan Darpö som, vid intervjuer, noterat att de tyska rättsvetarnas hållning till EU-domstolens slutsatser i målen stundtals var skeptisk; Darpö påpekar att en vanlig kommentar var att "TA Luft betraktas som bindande av alla, utom EU-domstolen" (Darpö a.a., not 276).

¹²⁰ Fröberg och Bjällås a.a., s. 27.

¹²¹ Ib.

(enligt ramvattendirektivet eller någon annan unionslagstiftning) ställer strängare krav än vad tillämpning av gränsvärden för utsläpp eller bästa tillgängliga teknik skulle resultera i, så ska strängare utsläppsregleringar fastställas.

Det bör, för förståelse av diskussionen, observeras att varken begreppet 'miljökvalitetsnorm' eller 'miljömål' används i direktivets artikel 10.3; istället hanterar den 'kvalitetsmål' och 'kvalitetsnormer'. För dessa begrepp ges ingen definition i ramvattendirektivet. Fröberg/Bjällås konstaterar härvid att det "från vissa håll" hävdats att 'kvalitetsmål' syftar på miljömålen i artikel 4, vilket skulle innebära att strängare utsläppsregleringar än bästa tillgängliga teknik kan krävas om det behövs för att uppnå miljömålet för god ekologisk status. Fröberg/Bjällås konstaterar vidare att de inte delar den uppfattningen.¹²²

Istället menar Fröberg/Bjällås att det framstår som *uppenbart* att begreppet kvalitetsmål inte avser begreppet miljömål enligt artikel 4 och att sådana miljömål därför inte heller ska betraktas som miljökvalitetsnormer enligt ramdirektivet.¹²³ Enligt författarna grundar sig deras uppfattning på att begreppet 'kvalitetsmål' bl.a. används i de direktiv som anges i bilaga IX.¹²⁴ Det framgår också uttryckligen av bilaga IX att kvalitetsmålen

i de angivna direktiven ska betraktas som miljökvalitetsnormer enligt ramdirektivet. Jag anser förvisso att Fröberg/Bjällås slutsats är *möjlig* att komma fram till men vill å det bestämdaste hävda att den inte är *uppenbar* då det finns ett antal argument som talar mot den. Nedan visar jag på en alternativ tolkning av artikel 10.3 varvid jag inledningsvis utgår från själva begreppet 'miljökvalitetsnorm' (som jag menar saknar betydelse i sammanhanget) och sedan övergår till att analysera ramvattendirektivets artikel 10.3. i ljuset av ramvattendirektivets syfte och systematik. Vilken av dessa tolkningar som är "korrekt" går inte att fastställa; det återstår att se hur EU-domstolen kommer att tolka direktivet i det avseendet.

4.1 Miljökvalitetsnormer i EU-rättslig kontext

Att ur begreppet 'miljökvalitetsnorm' enligt ramvattendirektivet härleda medlemsstaternas skyldighet att uppnå viss miljökvalitet är tämligen meningslöst. Direktivet ställer krav på viss miljökvalitet som medlemsstaterna är skyldiga att tillgodose. Om medlemsstaterna införlivar dessa krav genom miljökvalitetsmål, miljökvalitetsnormer, belastningsnormer, supereffektiva hänsynsregler eller på något annat sätt som motsvarar de krav som EU-rätten ställer på rättsligt införlivande av direktiv och de specifika kraven som ställs i ramvattendirektivet saknar i princip betydelse. Jag kan förvisso inte se något rimligt rättsligt alternativ till miljökvalitetsnormer när det gäller att implementera t.ex. de kemiska miljökvalitetskrav som ställs men det "räcker" i princip att hitta en metod där angivna gränsvärden återspeglas i medlemsstaternas rättsordningar och införlivas i dessa enligt de krav EU-rätten ställer på implementeringen. För att illustrera det ovan sagda finns anledning att säga några korta men generella ord om så kallade miljökvalitetsnormer inom EU-rätten.

Olika sekundärrättsliga akter (oftast direktiv) har olika beteckningar på de miljökvalitets-

¹²² Fröberg och Bjällås *a.a.*, s. 29.

¹²³ Ib.

¹²⁴ Bilaga IX handlar om gränsvärden för utsläpp. Dessa gränsvärden är alltså inte några miljökvalitetsnormer utan handlar om gränser för det som släpps ut. Artikel 2 WFD definierar gränsvärden för utsläpp som massa, uttryckt i vissa specifika parametrar, i koncentration eller i utsläppsnivå, som inte får överskridas under en eller flera tidsperioder. Normalt, anger artikel 2, ska gränsvärden för utsläpp gälla vid den punkt där utsläppen lämnar anläggningen, utan hänsyn till utspädning. Dock får, när det handlar om indirekta utsläpp till vatten, hänsyn tas till effekten av en reningsanläggning för avloppsvatten förutsatt att en likvärdig nivå garanteras för skydd av miljön som helhet. Härigenom inskränks alltså medlemsstaternas utrymme för att själva välja åtgärder. För de typer av utsläpp som anges i bilaga IX ska gränsvärden för utsläpp finnas och dessa gränsvärden måste anges i tillstånden till aktuella verksamheter.

krav (och ibland utsläppskrav) som ställs. Det kan t.ex. handla om 'gränsvärden', 'miljömål', 'målvärden', 'långsiktiga mål', 'miljökvalitetsnormer' och 'toleransmarginaler'. Eftersom direktiv ska införlivas rättsligt och implementeras måste medlemsstaterna identifiera direktivets krav, oavsett vad kraven kallas. Oavsett om direktivet benämner miljökvalitetskravet som 'miljömål', 'kritisk nivå' eller 'gränsvärde' så ska kravet vara rättsligt bindande förutsatt att direktivet är tillräckligt klart och tydligt. Själva begreppet 'miljökvalitetsnorm' förekommer endast i två direktiv; industriutsläppsdirektivet och ramvattendirektivet samt dettas dotterdirektiv. Nedan går jag igenom hur begreppet används i de båda direktiven. Vad som är en 'miljökvalitetsnorm' enligt industriutsläppsdirektivet har nämligen en principiell betydelse för tillämpningen av ramvattendirektivets artikel 10 samt övergångsregeln i ramvattendirektivets artikel 22.

4.1.1. Miljökvalitetsnormer i industriutsläppsdirektivet

Industriutsläppsdirektivet¹²⁵ fastställer bestämmelser om samordnade åtgärder för att förebyg-

ga och begränsa föroreningar som härrör från industriella verksamheter. Det innehåller också bestämmelser som syftar till att förebygga eller, när det visar sig vara omöjligt, minska utsläppen till luft, vatten och mark och förebygga uppkomst av avfall, så att en hög skyddsnivå kan uppnås för miljön som helhet.¹²⁶ De verksamheter som omfattas är verksamheter som ger upphov till sådana föroreningar som anges i direktivets kapitel II–VI.¹²⁷ Direktivet gäller inte forskningsverksamhet, utvecklingsverksamhet eller utprovning av nya produkter och processer.¹²⁸ I industriutsläppsdirektivet definieras 'miljökvalitetsnorm' som "ett antal krav som ska vara uppfyllda vid en viss tidpunkt för en given miljö eller en särskild del av denna miljö, enligt vad som anges i unionslagstiftningen".¹²⁹ Att det finns en miljökvalitetsnorm kan dessutom få en specifik rättslig konsekvens för de anläggningar som omfattas av industriutsläppsdirektivet. Av artikel 18 framgår det att "[o]m en miljökvalitetsnorm ställer högre krav än vad som kan uppnås genom användning av bästa tillgängliga teknik ska ytterligare åtgärder anges i tillståndet, utan att detta påverkar vidtagandet av andra åtgärder som kan behövas för att iakttä miljökvalitetsnormerna".¹³⁰

Artikel 18 återfinns i industriutsläppsdirektivets kapitel II, som i stor utsträckning motsvarar IPPC-direktivet, där bestämmelsen återfanns

¹²⁵ Den 7 januari 2014 ersattes ett antal direktiv av direktiv 2010/75/EU om industriutsläpp (Industriutsläppsdirektivet). Därmed upphävs Rådets direktiv 96/61/EG om samordnade åtgärder för att förebygga och begränsa föroreningar (IPPC-direktivet) samt fem sektorsdirektiv; tre direktiv om avfall från titandioxidindustrin (Rådets direktiv 1978/176/EEG om avfall från titandioxidindustrin, rådets direktiv 1982/883/EEG om kontroll och övervakning av miljöer som påverkas av avfall från titandioxidindustrin samt rådets direktiv 1992/112/EEG om åtgärder för harmonisering av programmen för att minska och slutligen eliminera förorening genom avfall från titandioxidindustrin), rådets direktiv 1999/13/EG om begränsning av utsläpp av flyktiga organiska föreningar förorsakade av användning av organiska lösningsmedel i vissa verksamheter och anläggningar samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/76/EG om förbränning av avfall. Senare, i januari 2016, ersätter industriutsläppsdirektivet även Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/80/EG om begränsning av utsläpp till luften av vissa föroreningar från stora förbränningsanläggningar.

¹²⁶ Direktiv 2010/75/EU, artikel 1.

¹²⁷ Direktiv 2010/75/EU, artikel 2.1.

¹²⁸ Direktiv 2010/75/EU, artikel 2.2.

¹²⁹ Direktiv 2010/75/EU om industriutsläpp, artikel 3.6. Detta i princip samma lydelse som definitionen i IPPC-direktivet: ett antal krav som skall vara uppfyllda vid en viss tidpunkt för en given miljö eller en särskild del av denna miljö, enligt vad som anges i gemenskapslagstiftningen (artikel 2.7).

¹³⁰ Också denna formulering är i princip identisk med IPPC-direktivet som i artikel 10 föreskrev att "[o]m en miljökvalitetsnorm ställer högre krav än vad som kan uppnås genom användning av bästa tillgängliga teknik skall ytterligare åtgärder särskilt föreskrivas i tillståndet, utan att detta påverkar vidtagandet av andra åtgärder som kan behövas för att iakttä miljökvalitetsnormerna."

i artikel 10. De anläggningar som omfattas av kapitel II är de verksamheter som anges i direktivets bilaga I¹³¹ och som, i tillämpliga fall, uppnår de tröskelvärden för kapacitet som anges i samma bilaga.¹³²

Medlemsstaterna ska se till att varje sådan anläggning drivs enligt vissa principer, bl.a. preventionsprincipen, att bästa tillgängliga teknik används, att ingen betydande förorening förorsakas, att generering av avfall förhindras och om det genereras; att avfallshierarkin beaktas och att energianvändningen är effektiv.¹³³ Vidare ställer direktivet krav på vad tillståndsansökningar ska innehålla.¹³⁴ Direktivet föreskriver sedan att medlemsstaterna ska säkerställa att tillståndet omfattar alla åtgärder som är nödvändiga för att uppfylla kraven i artiklarna 11 (de uppräknade principerna som ska tillgodoses) samt artikel 18.¹³⁵ Därefter anges åtgärder som ska vidtas för att uppfylla dessa krav. Bland minimiåtgärderna nämns *gränsvärden* för utsläpp, dels för vissa förorenande ämnen som anges i direktivets bilaga II, dels för andra förorenande ämnen som den berörda anläggningen kan antas släppa ut i betydande mängder, *lämpliga föreskrifter* som säkerställer skydd av mark och grundvatten samt åtgärder för kontroll och hantering av avfall som genereras vid anläggningen och *lämpliga krav för utsläppskontroll*.¹³⁶ Såväl artiklarna 14 som 15 anger vissa fall då en strängare respektive mindre sträng tillämpning av tillståndsvillkor respektive gränsvärden kan tillåtas; detta förutsatt att det inte påverkar tillämpningen av artikel 18.

Den slutsats som kan dras, om vad som föreskrivs om miljökvalitetsnormer enligt industriutsläppsdirektivet, är således att för de anläggningar som omfattas av direktivets bilaga I gäller att om det finns krav som ska vara uppfyllda vid en viss tidpunkt för en given miljö eller en särskild del av denna miljö, enligt vad som anges i unionslagstiftningen, och dessa ställer högre krav än vad som kan uppnås genom användning av bästa tillgängliga teknik så ska ytterligare åtgärder anges i tillståndet. Det nämns ingenting om vilket slag dessa krav ska vara av, endast att det är fråga om:

1. Krav
2. Som ska vara uppfyllda vid en viss tidpunkt
3. För en given miljö eller del av denna miljö
4. Enligt vad som anges i unionslagstiftningen.

Föreligger ovanstående är det fråga om en miljökvalitetsnorm i industriutsläppsdirektivets mening och strängare krav ska ställas om det behövs. Det måste emellertid handla om *den skyddade miljöns kvalitativa egenskaper*.¹³⁷

4.1.2. Miljökvalitetsnormer i ramvattendirektivet

Ramvattendirektivet är det andra direktivet som innehåller en definition av begreppet 'miljökvalitetsnorm'. Definitionen här är betydligt snävare än i industriutsläppsdirektivet. Enligt ramvattendirektivets svenska översättning är en miljökvalitetsnorm "koncentrationen av ett visst förorenande ämne eller en viss grupp av förorenande ämnen i vatten, sediment eller biota, som, för att skydda människors hälsa och miljön, inte bör överskridas".¹³⁸

¹³¹ Det handlar om industrier inom energisektorn, produktion och omvandling av metaller, mineralindustri, kemisk industri, avfallshantering och annan verksamhet som t.ex. framställning av pappersmassa, garvning av hudar och skinn, drift av slakterier mm.

¹³² Direktiv 2010/75/EU, artikel 10.

¹³³ Direktiv 2010/75/EU, artikel 11.

¹³⁴ Direktiv 2010/75/EU, artikel 12.

¹³⁵ Direktiv 2010/75/EU, artikel 14.

¹³⁶ Ib.

¹³⁷ Detta framgår tydligt av de förenade målen C-165/09–C-167/09, p. 61 och 62.

¹³⁸ WFD, artikel 2.35. I sammanhanget bör påpekas att språkversionerna skiljer sig åt; direktivets franska språkversion anger att "la concentration d'un polluant ou d'un groupe de polluants dans l'eau, les sédiments ou

Definitionen har framför allt betydelse för att bestämma vad som är en god kemisk ytvattenstatus. En god kemisk ytvattenstatus är när koncentrationerna av förorenande ämnen inte överskrider de miljökvalitetsnormer som fastställs enligt vissa angivna regler samt enligt annan relevant unionslagstiftning med unionsgemensamma miljökvalitetsnormer.¹³⁹ Sådana unionsgemensamma normer ska fastställas t.ex. enligt direktiv 2008/105/EG¹⁴⁰ (det s.k. Priodirektivet). En god kemisk status är emellertid inte tillräcklig för att direktivets miljökrav ska vara uppfyllda; för god ytvattenstatus krävs, enligt artikel 4, att ytvattenförekomsten har såväl god kemisk status som god ekologisk status. En miljökvalitetsnorm enligt ramvattendirektivet har alltså samma rättsliga betydelse som en av medlemsstaterna fastställd klassgräns för ekologisk status. I det här sammanhanget är de rättsliga betydelserna av klassgränserna två; de används i syfte att klassificera en vattenförekomsts status och de används som mått på när statusen är sådan att direktivets miljökvalitetskrav är uppfyllda. De båda syftena är näraliggande, stundtals överlappande, och jag förklarar dem nedan.

Klassgränserna, oaktat om de fastställts av

medlemsstaterna (som är fallet för ekologisk status) eller om de är EU-gemensamma (som är fallet när det gäller kemisk status) har initialt betydelse när det gäller att klassificera en vattenförekomsts miljöstatus. De har emellertid också rättslig relevans för miljökvalitetskraven i artikel 4 eftersom den miljökvalitet som medlemsländerna är skyldiga att vidta åtgärder för att uppnå, är 'god' och en sådan innebär att *såväl* kemisk som ekologisk status måste hamna över klassgränsen för 'god' (se ovan).

Ramvattendirektivet ställer alltså ett övergripande miljökvalitetskrav som även gäller för de enskilda vattenförekomsterna. Dessa ska ha en god vattenkvalitet. Vad som är en god vattenkvalitet definieras av klassgränsen mellan 'god vattenkvalitet' och klassen därunder (t.ex. 'måttlig' för ekologisk status). Således är det klassgränsen för 'god' som är intressant och som utgör gränsen för det acceptabla när det gäller att klara direktivets krav. Klassgränserna har i vissa avseenden sin grund i andra direktiv; ramvattendirektivet anger t.ex. att god kemisk status innebär att vattenet maximalt innehåller vissa ämnen av en viss koncentration som anges i andra direktiv. När klassgränserna hämtas från andra direktiv kan de avse såväl gränsvärdesnormer som ska följas som kvalitetsmål som ska eftersträvas genom vissa åtgärder (t.ex. utsläppsgränsvärden). Hur kvaliteten eller föroreningsnivån definierats eller hur det anges att den ska uppnås i det hänvisade direktivet saknar betydelse för klassgränserna. Ramvattendirektivet anger endast att den miljökvalitet som anges i det direktiv som det hänvisas till ska användas som klassgräns för viss miljökvalitet.

Det kan emellertid ifrågasättas huruvida det alls har någon betydelse ur ramvattendirektivets perspektiv om innebörden är "får inte" eller "bör inte" i det hänvisade direktivet. Detta eftersom det hänvisade direktivets 'miljökvalitetsnormer' har relevans när det gäller att bestämma klass-

le biote qui *ne doit pas* être dépassée" [min kursivering] och den tyska att "die Konzentration eines bestimmten Schadstoffs oder einer bestimmten Schadstoffgruppe, die in Wasser, Sedimenten oder Biota aus Gründen des Gesundheits- und Umweltschutzes *nicht überschritten werden darf*" [min kursivering]. En bokstavstolkning av den svenska översättningen bör alltså, redan på språklig grund, inte tillmätas en avgörande betydelse (Se även Gipperth (2002), s. 482, som kommer till samma slutsats, baserad på en tolkning i ljuset av WFD, artikel 22. 4 i kombination med industriutsläppsdirektivet (då IPPC-direktivet)).

¹³⁹ WFD, artikel 2.24.

¹⁴⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/105/EG om miljökvalitetsnormer inom vattenpolitikens område och ändring och senare upphävande av rådets direktiv 82/176/EEG, 83/513/EEG, 84/156/EEG, 84/491/EEG och 86/280/EEG, samt om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG.

gränsen för god kemisk ytvattenstatus.¹⁴¹ Direktivets 'miljökvalitetsnorm' har alltså inte samma funktion som en miljökvalitetsnorm enligt IPPC/industriutsläppsdirektivet (som måste ha funktionen av en gränsvärdesnorm vilken förmår höja ambitionen för bästa möjliga teknik) utan som initialt är ett mätverktyg för att bestämma en vattenförekomsts kemiska status; huruvida denna är god eller inte:

God kemisk ytvattenstatus är den kemiska status som uppnås hos en ytvattenförekomst när koncentrationerna av förorenande ämnen inte överskrider de miljökvalitetsnormer som fastställs i ramvattendirektivets bilaga IX, enligt artikel 16.7 (numer Direktiv 2008/105/EG) samt enligt annan relevant unionslagstiftning med unionsgemensamma miljökvalitetsnormer.¹⁴²

I ramvattendirektivets mening är alltså 'miljökvalitetsnormer' "koncentrationer i vatten eller i sediment eller i biota" som fastställts antingen på EU-nivå eller på nationell nivå och som inte bör överskridas. "Som inte bör överskridas" syftar då snarare på hur dessa värden hanteras i de akter de hämtas ifrån och har en "bredare" formulering för att kunna omfatta de olika varianterna i de hänvisade direktiven. Det stämmer väl med hur konstruktionen ser ut beträffande de vattendirektiv som det hänvisas till och som innehåller såväl utsläppsgränsvärden (d.v.s. "oäkta" miljökvalitetsnormer") och kvalitetsmål. Kvalitetsmålen utgör heller inte verkliga reaktörsorienterade gränsvärden ("äkta" miljökvalitetsnormer) men väl nivåer som inte bör överskridas och om de gör det så får det direkta effekter för vilka utsläppsgränsvärden som sätts.

Av detta följer också att värdena som anges i de hänvisade direktiven *i sig* inte är utformade som rena miljökvalitetskrav (de är ju inte fullständig reaktörsorienterade) utan de verkliga

miljökvalitetskraven följer av ramvattendirektivets artikel 4 som anger att 'god miljöstatus' ska uppnås. Och för att veta var klassgränsen går mellan 'god kemisk status' och 'uppnår ej god kemisk status' används det som i direktivet benämns 'miljökvalitetsnormer'. Naturvårdsverket har föreslagit att man istället för 'miljökvalitetsnorm' skulle använda just begreppet 'klassgräns' för att undvika missförstånd och sammanblandning med det svenska begreppet 'miljökvalitetsnorm'.¹⁴³

4.2. Ett kombinerat angreppssätt

Artikel 10 anger att medlemsstaterna ska se till att utsläpp till ytvatten¹⁴⁴ regleras i enlighet med ett *kombinerat tillvägagångssätt*.¹⁴⁵ För att göra detta ska medlemsstaterna säkerställa upprättande eller genomförande av utsläppsregleringar som grundas på bästa tillgängliga teknik *eller* relevanta gränsvärden för utsläpp *eller*, i fall av diffusa konsekvenser, regleringarna enligt.¹⁴⁶

- rådets direktiv 96/61/EG av den 24 september 1996 om samordnade åtgärder för att förebygga och begränsa föroreningar,
- rådets direktiv 91/271/EEG av den 21 maj 1991 om rening av avloppsvatten för tätbebyggelse,
- rådets direktiv 91/676/EEG av den 12 december 1991 om skydd mot att vatten förorenas av nitrater från jordbruket,
- de direktiv som har antagits i enlighet med artikel 16 i detta direktiv, de direktiv som förtecknas i bilaga IX,
- all annan relevant gemenskapslagstiftning,¹⁴⁷

¹⁴³ Naturvårdsverket (2009) s. 10 f.

¹⁴⁴ Alla utsläpp som regleras i WFD artikel 10.2.

¹⁴⁵ WFD, artikel 10.1. Om innebörden av ett kombinerat tillvägagångssätt i t.ex. Gipperth (2002), s. 470 f. samt Westerlund (1987) s. 56.

¹⁴⁶ När det är lämpligt ska även bästa miljöpraxis inkluderas.

¹⁴⁷ WFD, artikel 10.2.

¹⁴¹ WFD, artikel 2.24.

¹⁴² WFD, artikel 2.24.

Om ett kvalitetsmål eller en kvalitetsnorm, oavsett om det/den har upprättats i enlighet med detta direktiv, i enlighet med de direktiv som förtecknas i bilaga IX eller i enlighet med någon annan gemenskapslagstiftning, uppställer strängare villkor än de som skulle bli resultatet vid tillämpning av punkt 2, ska strängare utsläppsregleringar fastställas.¹⁴⁸

De åtgärder som behövs för att genomföra ett kombinerat tillvägagångssätt skulle vara implementerade senast år 2012.¹⁴⁹ Direktivet anvisar alltså medlemsstaterna att använda sig av gränsvärden för utsläpp och utsläppsregleringar som grundar sig på bästa möjliga teknik (samt de angivna direktiven, däribland IPPC-direktivet vars tillämpningsområde numer täcks av industriutsläppsdirektivet). Det framgår också tydligt att om ett kvalitetsmål eller en kvalitetsnorm enligt ramvattendirektivet eller enligt annan unionslagstiftning ställer strängare krav så ska strängare utsläppsregleringar fastställas. Frågan är *vilken typ av utsläpp* som omfattas av det strängare kravet samt *vilka kvalitetsmål och kvalitetsnormer* som innebär att kraven ska skärpas.

4.2.1. Punktutsläpp och diffusa utsläpp

Vad gäller *typen av* utsläpp (punktutsläpp eller diffusa utsläpp) så skapar artikel 10 en tydlig länk mellan regleringen av aktiviteter och uppnåendet av miljömål. Det är samma typ av länk som finns i industriutsläppsdirektivets artikel 18 och som föreskriver strängare krav än BAT när miljö kvalitetskrav måste nås. Genom ramvattendirektivets artikel 16, som hänvisar till direktivets bilaga VIII¹⁵⁰ stärks länken till industriutsläppsdirektivet eftersom bilaga VIII speglar de ämnen som förtecknas i industriutsläpps-

direktivet som viktiga förorenande ämnen.¹⁵¹ Ramvattendirektivet begränsar emellertid inte kontrollen av dessa ämnen till de anläggnings typer som omfattas av industriutsläppsdirektivet. Ramvattendirektivets artikel 11.3 (g) fordrar nämligen, när det gäller *utsläpp från punktkällor som kan ge upphov till föroreningar*, att åtgärdsprogram ska inbegripa ett *krav på förhandsreglering*. Det kan till exempel vara ett förbud mot att förorenande ämnen släpps ut i vattnet, eller ett krav på förhandsprövning eller registrering som baseras på allmänna bindande regler, där utsläppsregleringar för de berörda förorenande ämnena fastställs (inbegripet regleringar i enlighet med artikel 10 och 16). Artikel 11.3 (l) anger att åtgärdsprogrammen ska inbegripa *alla åtgärder som krävs* för att hindra eller minska konsekvenserna av oavsiktliga föroreningsincidenter exempelvis på grund av översvämning, bl.a. genom system för att upptäcka eller varna för sådana händelser. Vidare ska åtgärdsprogrammen innehålla åtgärder för att *eliminera förorening av ytvatten genom de ämnen som specificeras* i den lista över prioriterade ämnen som beslutas enligt artikel 16.2 och för att progressivt minska förorening genom andra ämnen som annars skulle kunna hindra medlemsstaterna från att uppnå de mål för ytvattenförekomster som anges i artikel 4.¹⁵²

En slutsats som kan dras av ovanstående är att *industriutsläppsdirektivets princip* om att höja de ställda kraven till en nivå som ligger över 'bästa tillgängliga teknik' när en miljö kvalitetsnorm riskerar att inte följas *utvidgas* av ramvattendirektivet till att omfatta *alla anläggningar (utsläpp från punktkällor) som kan ge upphov till föroreningar*,

¹⁴⁸ WFD, artikel 10.3.

¹⁴⁹ WFD, artikel 10.2.

¹⁵⁰ Orienterande förteckning över huvudsakliga förorenande ämnen.

¹⁵¹ Industriutsläppsdirektivets bilaga III. Av industriutsläppsdirektivets artikel 9.1. framgår att ett verksamhetstillstånd ska omfatta utsläppsgränsvärden för förorenande ämnen, *i synnerhet de som anges i bilaga III*, som den berörda anläggningen kan antas släppa ut i betydande mängder.

¹⁵² WFD, artikel 11.3 (k).

alltså även sådana som är för små för att omfattas av industriutsläppsdirektivet.¹⁵³

Högre krav enligt artikel 10.3 ska ställas vid tillämpningen av artikel 10.2 och i fall av diffusa konsekvenser anvisar artikel 10.2 *regleringar (inklusive bästa miljöpraxis) enligt vissa direktiv*. Punkten 3 gäller vid all tillämpning av punkten 2 – således även beträffande diffusa källor i den mån de hanteras genom anvisade direktiv eller någon annan relevant EU-lagstiftning. Ett kombinerat angreppssätt ska alltså användas avseende såväl punktutsläpp (oavsett storlek) som diffusa utsläpp.

4.2.2. Miljömål och kvalitetsmål

Frågan är då *vilka mål* eller snarare, *vilka miljökvalitetskrav* i direktivet som omfattas av industriutsläppets utvidgade princip; gäller den utvidgade principen endast de krav som berörs av de förorenande ämnena (i princip målet om god kemisk status) eller omfattas fler krav? Det är på den här punkten som tolkningsalternativen verkligen skiljer sig åt. Direktivets artikel 10.3 utgör utgångspunkten för tolkningen i detta hänseende och den är formulerad enligt följande:

”Om ett kvalitetsmål eller en kvalitetsnorm, oavsett om det/den har upprättats i enlighet med detta direktiv, i enlighet med de direktiv som förtecknas i bilaga IX eller i enlighet med någon annan gemenskapslagstiftning, uppställer strängare villkor än de som skulle bli resultatet vid tillämpning av punkt 2, skall strängare utsläppsregleringar fastställas.”

De strängare utsläppsregleringarna ska alltså tillämpas i det fall *ett kvalitetsmål eller en kvalitetsnorm* (oavsett enligt vilken gemenskapslagstiftning det upprättats) uppställer strängare villkor

än tillämpningen av artikel 2 som anger att medlemsländerna ska använda:

- *gränsvärden för utsläpp* eller
- *utsläppsregleringar* som grundas på bästa tillgängliga teknik eller
- i fall av diffusa konsekvenser; *regleringar (inklusive bästa miljöpraxis) enligt vissa direktiv (bland annat de direktiv som förtecknas i bilaga IX) och all annan relevant unionslagstiftning*.

Det har redan konstaterats att ramvattendirektivet vidgar industriutsläppsdirektivets princip om att höja kraven över bästa tillgängliga teknik till att också omfatta utsläpp som inte omfattas av industriutsläppsdirektivet. För att principen ska tillämpas ska ett kvalitetsmål eller en kvalitetsnorm uppställa strängare villkor än vad man får vid tillämpning av utsläppsgränsvärden, bästa tillgängliga teknik eller regleringar enligt relevant unionslagstiftning. Ett sådant kvalitetsmål eller en sådan kvalitetsnorm kan vara upprättad i enlighet med ramvattendirektivet, de direktiv som förtecknas i bilaga IX eller i enlighet med någon annan gemenskapslagstiftning.

Fröberg/Bjällås för fram argumentet att ’kvalitetsmål’ *endast* skulle syfta på kvalitetsmålen i de direktiv som anges i bilaga IX (eftersom det är i dessa direktiv som det aktuella begreppet ’kvalitetsmål’ används).¹⁵⁴ Begreppen ’kvalitetsmål’ och ’kvalitetsnorm’ avser alltså, enligt Fröberg/Bjällås uppfattning, endast miljökvalitetsnormer för god *kemisk* status.¹⁵⁵ Det kombinerade tillvägagångssättet, menar Fröberg/Bjällås, gäller *inte* miljömålen för ekologisk status.¹⁵⁶

Denna uppfattning bygger Fröberg/Bjällås på sin tidigare slutsats att miljömålet ’god ekologisk status’ inte är en miljökvalitetsnorm enligt ramdirektivet (se ovan). Fröberg/Bjällås menar

¹⁵⁴ Se Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 29.

¹⁵⁵ Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 66.

¹⁵⁶ Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 62.

¹⁵³ Densamma tolkningen görs av Chave (2001), s.101 f.

att artikel 10.3 hänvisar till kvalitetsmål eller kvalitetsnormer enligt bl.a. de direktiv som anges i bilaga IX eftersom det är i dessa direktiv som det aktuella begreppet *kvalitetsmål* används och att detta understryks av att bilaga IX anger att kvalitetsmålen i de angivna direktiven ska betraktas som miljökvalitetsnormer enligt ramdirektivet. I ljuset av detta menar Fröberg/Bjällås att det är *uppenbart* att begreppet 'kvalitetsmål' inte avser begreppet miljömål enligt artikel 4 och att sådana miljömål inte heller ska betraktas som miljökvalitetsnormer enligt ramdirektivet. Detta tydliggörs, menar Fröberg/Bjällås, av artikel 2.35 som anger att miljökvalitetsnormer avser ämnen och inte ekologi.

Jag kan hålla med om att de klassgränser som i direktivet benämns 'miljökvalitetsnormer' syftar på de EU-gemensamma normerna och att de avser ämnen. Emellertid menar jag att 'kvalitetsmål' *även* avser de klassgränser som medlemsstaterna själva ska fastställa för de vattenförekomster där särskilt förorenande ämnen släpps ut i betydande mängd. Jag menar att det ligger i linje med systematiken; det är förekomsten av vissa ämnen i ytvatten som tidigare reglerats genom gränsvärden vilka betraktats som miljökvalitetsnormer i industriutsläppsdirektivets mening – det är rimligt att fortsätta på den inslagna vägen och låta regleringen även omfatta de gränsvärden som sätts av medlemsstaterna själva samt utvidga tillämpningsområdet att omfatta utsläpp som härrör från andra källor än de som omfattas av industriutsläppsdirektivet.

Fröberg/Bjällås diskuterar huruvida dessa, av medlemsstaterna fastställda klassgränser, ska medföra att det måste ställas strängare krav enligt artikel 10 och konstaterar att ordalydelsen i artikel 10 förvisso ger stöd för en sådan uppfattning men att ordalydelsen i artikel 2.35 anger att miljökvalitetsnormer inte *bör* överskridas. Författarna konkluderar slutligen att det skulle synas märkligt om dessa miljökvalitetsnormer skulle

ha en högre status än de mål som de ska bidra till att förverkliga. Jag tolkar det som att Fröberg/Bjällås menar följande. De ekologiska målen i artikel 4 är endast målsättningar och således inte bindande. Därför kan de klassgränser som medlemsstaterna själva fastställer (inom ramen för antagandet av ekologiska klassgränserna) för de vattenförekomster där särskilt förorenande ämnen släpps ut i betydande mängd inte kunna betecknas som miljökonsekvensnormer, som är bindande, och därmed omfattas av det kombinerade angreppssättet. Detta eftersom *redskapet* (klassgränsen) då skulle få en högre rättslig status (som miljökvalitetsnorm) än de ekologiska målen i artikel 4.¹⁵⁷

Fröberg/Bjällås tolkning bygger sålunda på direktivets begrepp och begreppsdefinitioner och inte på direktivets krav och systematik. Direktivets definition av begreppet 'miljökvalitetsnorm' anger inte direktivets kravnivå; kravnivån anges i direktivets artikel 4. Direktivet anger överhuvudtaget inte att några miljökvalitetsnormer ska införas; direktivet anger att medlemsländerna ska vidta åtgärder för att nå en god miljöstatus i sina vattenförekomster. Vad som är en god miljöstatus följer av artikel 4 och avser även ekologisk status (såväl ekologisk status som kemisk status måste vara god för att en god vattenstatus ska vara uppnådd).

De 'miljökvalitetsnormer' som anges i direktivet anger klassgränsen mellan 'god status' och 'uppnår ej god status' med avseende på kemisk status – den klassgränsen är alltså unionsgemensam – medan medlemsstaterna själva, i enlighet med direktivets kriterier, anger klassgränserna för ekologisk status. Klassgränsen mellan 'god' och 'uppnår ej god' respektive 'god' och 'måttlig' utgör den gräns som medlemsstaterna måste vidta åtgärder för att hålla sina vattenförekomster över om de ska leva upp till sina skyldigheter en-

¹⁵⁷ Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 30.

ligt direktivet. Gränsen måste skyddas rättsligt och den måste faktiskt efterlevas. Därför ligger ingen motsägelse i att direktivet fastställer vissa klassgränser men överlåter till medlemsstaterna att fastställa andra, bl.a. klassgränser för förorenande ämnen. Klassgränserna utgör sedan gränsen för kravnivån i artikel 4.

Fröberg/Bjällås slutsats leder till att det inte finns någon skyldighet att tillämpa artikel 10 på verksamheter som medför att miljömålen för *ekologisk* status inte uppnås.¹⁵⁸ Om den tolkningen anses vara den korrekta (men inte är det) kan det medföra att Sverige inte implementerar ramvattendirektivets krav på kombinerat tillvägagångssätt. En annan tolkning ger nämligen vid handen att artikel 10 ska tillämpas också ifråga om verksamheter som medför att miljömålen för *ekologisk* status inte uppnås.¹⁵⁹

Sista ledet i punkten 3 uttrycker klart att det inte spelar någon roll enligt vilken unionslagstiftning som kvalitetsmålen eller kvalitetsnormerna upprättats: de höjer kraven i alla fall (precis som är fallet enligt artikel 18 i industriutsläppsdirektivet). Ramvattendirektivet utvidgar industriutsläppsdirektivets princip om att höja de ställda kraven till en nivå som ligger över 'bästa tillgängliga teknik' när en miljökvalitetsnorm riskerar att överskridas. Alltså är det möjligt att tolka "kvalitetsmål och kvalitetsnormer", om inte till att överensstämja med, så till att i vart fall ligga nära den typ av normer som enligt industriutsläppsdirektivet förmår höja de

ställda kraven; nämligen "ett antal krav som ska vara uppfyllda vid en viss tidpunkt för en given miljö eller en särskild del av denna miljö, enligt vad som anges i unionslagstiftningen".¹⁶⁰ Formuleringen ger också intryck av att syfta till att omfatta så många olika typer av kvalitetsmål och kvalitetsnormer som möjligt eftersom det gäller kvalitetsnormer eller kvalitetsmål i enlighet med "annan gemenskapslagstiftning". Då skulle miljömålen i ramvattendirektivets artikel 4 med största sannolikhet också falla inom ramarna för punkten 3. Om den mycket restriktiva tolkning som Fröberg/Bjällås gjort vore avsedd hade p. 3 rimligen formulerats:

"Om en miljökvalitetsnorm enligt detta direktiv eller direktiv 2008/105/EG eller ett kvalitetsmål i enlighet med de direktiv som förtecknas i bilaga IX uppställer strängare villkor än de som skulle bli resultatet vid tillämpning av punkt 2, skall strängare utsläppsregleringar fastställas."

Så är den inte formulerad. Viktigt att poängtera i sammanhanget är emellertid att artikel 10 endast handlar om *utsläpp till ytvatten* och därmed endast kan leda till höjda utsläppskrav.

4.2.3. Övergångsbestämmelsen i artikel 22.4 och artikel 10.

Jag menar att ovanstående tolkning av artikel 10.3 stöds av övergångsbestämmelsen i ramvattendirektivets artikel 22.4 som anger att miljömålen i artikel 4 ska vara miljökvalitetsmål i industriutsläppsdirektivets mening. Det innebär i sin tur att oavsett huruvida man anser att miljömålen i artikel 4 är "kvalitetsmål enligt detta direktiv" så var de i varje fall (miljö-)kvalitetsnormer enligt industriutsläppsdirektivet (d.v.s. enligt annan unionslagstiftning) innan artikel 10 skulle vara genomförd (den 22 december 2012). Det är rim-

¹⁵⁸ Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 66.

¹⁵⁹ Det enda Fröberg/Bjällås nämner om alternativa tolkningar (Fröberg och Bjällås, *a.a.*, s. 29) är att:

"I artikel 10 används emellertid inte begreppet miljökvalitetsnormer, utan istället hänvisas till "kvalitetsmål" och "kvalitetsnormer". Det har utifrån detta från vissa håll hävdats att ramdirektivet skulle ge stöd för att också miljömålen i artikel 4 skulle kräva att strängare utsläppsregleringar fastställs om det behövs för att uppnå miljömålet för god ekologisk status, d.v.s. att miljömål skulle vara "kvalitetsmål" enligt direktivet. Vi delar inte den uppfattningen."

¹⁶⁰ Direktiv 2010/75/EU om industriutsläpp, artikel 3.6.

ligt i ljuset av att det är just en övergångsregel. Först omfattas, enligt övergångsregeln:

- miljömålen i artikel 4,
- de miljö kvalitetsnormer som fastställts i bilaga IX,
- de miljö kvalitetsnormer som fastställts enligt artikel 16.7,
- de miljö kvalitetsnormer som fastställt av medlemsstaterna enligt bilaga V.

Det som omfattas av övergångsregeln ska betraktas som miljö kvalitetsnormer i industriutsläppsdirektivets (enligt ramvattendirektivet IPPC-direktivet) mening. Det innebär att endast utsläpp från anläggningar som omfattas av IPPC-direktivet omfattas, men om utsläpp från sådana anläggningar påverkar något av ovanstående så får högre krav än bästa tillgängliga teknik ställas. Den 22 december 2012 skulle artikel 10 vara genomförd och det som nu gäller är industriutsläppsdirektivets princip om att en miljö kvalitetsnorm kan höja kraven, även beträffande utsläpp från mindre anläggningar och diffusa utsläpp. Övergångsregeln innebär alltså en stegvis upptrappning av kraven. Först krav på anläggningar som omfattas av IPPC-direktivet, sedan alla anläggningar samt diffusa utsläpp. Även de ekologiska målen (alltså de av medlemsstaterna fastställda värdena) samt försämringsförbudet måste alltså beaktas enligt artikel 10 och miljömålen i artikel 4 måste kunna genomdrivas på likartat sätt oavsett vilken verksamhet som orsakar utsläppen eller om utsläppen är diffusa.¹⁶¹ Viktigt att notera är att medan endast *utsläpp till ytvatten* regleras genom artikel 10 så saknades en sådan begränsning i övergångsregeln

Frågan om tolkningen av artikel 22.4 är i *Rapporten* ett tydligt exempel på hur Fröberg/Bjällås tidigt draga slutsats om att direktivet

”endast” omfattar s.k. ”ansträngningsförpliktelser” och inte ställer krav på resultat beträffande ekologisk status ligger till grund för deras övriga tolkningar.

Av not 43 i *Rapporten* framgår bl.a. följande:

”I artikel 22.4 finns en övergångsbestämmelse som är mycket otydlig och svårläst. Det görs en hänvisning till miljömålen i artikel 4 men går inte att utläsa om referensen till miljömålen endast avser att miljö kvalitetsnormer som fastställs i bilaga IX, artikel 16.7 och artikel 16.8 ska betraktas som miljö kvalitetsnormer, eller om denna bestämmelse ska ge miljömålen en generell självständig betydelse som miljö kvalitetsnormer vid tillämpningen av artikel 2.7 och artikel 10 i IPPC-direktivet (artikel 18 i nuvarande IED-direktiv). Då det uttryckligen är en övergångsbestämmelse vore det mycket märkligt om en sådan bestämmelse ska vara mer långtgående än ramdirektivet i övrigt. Vår tolkning är att bestämmelsen endast avser de miljö kvalitetsnormer som framgår av angivna bestämmelser.”

Om direktivets krav anses vara bindande med avseende på resultatet (som är utgångspunkten för direktiv) hade det märkliga som författarna noterar inte varit för handen. Inte heller om ramvattendirektivets ’miljö kvalitetsnormer’ hade betraktats som klassgränser.

5. Avslutning

Avsikten med *Rapporten* angavs vara att bringa klarhet i huruvida Sverige *korrekt* har implementerat aktuella direktiv. Denna avsikt, i kombination med författarnas poängterande av de tolkningssvårigheter som föreligger beträffande direktiven, gör att *Rapporten*, enligt min mening, skulle ha vunnit mycket på att förhålla sig till publicerad rättsvetenskaplig forskning samt redovisa, beakta och, i de fall den egna tolkningen ger

¹⁶¹ För liknande resonemang, se Gipperth (2002), s. 477 samt Ekelund Entson och Gipperth, *a.a.*, s. 24.

ett annat resultat, bemöta andra (befintliga och väl kända) tolkningsalternativ. Jag menar att ett följdproblem av denna underlåtelse har blivit att viktiga frågor med avseende på Sveriges implementering inte har behandlats i Rapporten.

Fröberg/Bjällås tolkning av hur bindande direktivförpliktelserna är menar jag är en ytterligare orsak till den knapphändiga behandlingen av viktiga genomförandefrågor. I och med att författarna tämligen tidigt i Rapporten konstaterar att det "endast" handlar om en *ansträngningsförpliktelse* blir annars mycket centrala, frågor inte så viktiga som de blivit om Fröberg/Bjällås hade ansett direktivets förpliktelser som bindande med avseende på *resultatet*.

Om Rapporten hade skrivits utifrån ett visst angivet perspektiv med ett visst intresse som utgångspunkt hade de objektiva bristerna inte varit lika påfallande. Om så har skett hade det behövt anges i Rapporten. Detta konstaterande leder vidare till att det möjligen finns behov av att lyfta en mer generell diskussion kring företeelsen att en parlamentarisk beredning anlitar experter som är kända företrädare för någon av de aktörsgrupper som har ett visst intresse av att ställda frågor besvaras på ett visst sätt. Resultatet beror förmodligen av uppdragets utformning och här är det således viktigt att uppdragsgivaren formulerar uppdraget beroende på uppdragstagare alternativt väljer uppdragstagare beroende på uppdrag. Såväl Fröberg som Bjällås är framstående experter när det handlar om tillämpningen av svensk miljö rätt inklusive tillämpningen av de svenska miljökvalitetsnormerna. Helt i linje med författarnas expertis hade därför varit om miljömålsberedningen t.ex. gett i uppdrag att redogöra för tillämpningen av miljökvalitetsnormer för vatten i svensk myndighets- och domstolspraxis eller, för det fall utredningen faktiskt är intresserad av verksamhetsutövarperspektivet, ge i uppdrag att skriva en rapport utifrån just detta; vilka problem och behov som kan identifieras i

samband med implementeringen av direktivet ur detta perspektiv. Frågan om utformningen av uppdrag och anlitan av uppdragstagare är särskilt relevant i en fråga som denna, där statliga myndigheter (t.ex. Naturvårdsverket) också finansierar forskning i de frågor man vill ha utredda och där ett stort antal forskningsrapporter, utredningar och artiklar som hanterar aktuella frågor redan existerar.

6. Referenser

Barents, R.; *The Autonomy of Community Law*, (Kluwer: 2004)

Bengoetxea, J; *The legal reasoning of the European Court of Justice* (Clarendon Press: 1993)

Bengtsson B., Bjällås U., Rubenson S. och Strömberg R.; *Miljöbalken en kommentar* (1 jan. 2013, Zeteeo)

Bernitz, U.; *Finna rätt* (Stockholm: 2006)

Björkman, U; *Åtgärdsprogramms styrande effekt med hänsyn till regeringsformen*. Rapport (Uppsala: 2009)

Boeve, M.N., och van den Broek, G.M.; "The Programmatic Approach; a Flexible and Complex Tool to Achieve Environmental Quality Standards", *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 3, November 2012

Chalmers D. et al.; *European Union Law*, (Cambridge University Press: 2011)

Chave, P.A.; *The EU Water Framework Directive an introduction*, (IWA Publishing: 2001)

Dalhammar, C.;

– *Miljömålen och miljöbalken* (IIIEE Reports: 2008)

– *Miljökvalitetsmålen i rättstillämpningen – vad tycker användarna?* (IIIEE Reports: 2009)

Darpö, J.;

– *Rätt tillstånd för miljön: Om tillståndet som miljö-rättsligt instrument, rättskraften och mötet med nya miljökrav*, (Rapport: 2010), [online] <http://jandar-po.se/Rapporter.asp>

– *EU-rätten och den processuella autonomi på miljöområdet – Om det svenska systemet med till-*

låtlighetsförklaringar och mötet med europarätten, (2012) NMT 2012:2

Dohmen C.; *Komparativ analys av genomförandet av EU:s ramdirektiv för vatten i Sverige, Nederländerna, Förenade kungariket och Frankrike* (Stockholm: 2011)

Due, O; "Understanding the reasoning of the Court of Justice" i *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler* (Baden-Baden: 1999)

Ekelund-Entson, M. och Gipperth, L.; *Mot samma mål? Implementeringen av EU:s Ramdirektiv för vatten i Skandinavien*, (Juridiska institutionens skriftserie: 2010)

Fröberg M. och Bjällås U.; *Är målen i EU-direktiven som rör vatten genomförda på ett juridiskt korrekt sätt i svensk rätt och kan genomförandet anses funktionellt?* Rapport av den 29 mars 2013

Fröberg, M.; *Vägledning Vad innebär miljökvalitetsnormer för vatten för verksamhetsutövare?* (Fröberg & Lundholm Advokatbyrå: 2011)

Gipperth, L.;
– *Miljökvalitetsnormer. En rättsvetenskaplig studie I regelteknik för operationalisering av miljömål*, (Uppsala universitet: 1999)

– *Ramdirektivet för vatten ett framsteg för skyddet av unionens vattenresurser?* i E.M. Basse, J. Ebbesson, G. Michanek (red) *Fågelperspektiv på rättsordningen*, *Vänbok till Staffan Westerlund* (Iustus Förlag: 2002)

Hedemann-Robinson, M.; *Enforcement of European Union Environmental Law* (Routledge: 2007)

Josefsson, H. och Baaner, L.; "The Water Framework Directive – A Directive for the Twenty-First Century?" i *Journal of Environmental Law* 23:3 (2011)

Jans, J.H. och Vedder, H.H.D.; *European Environmental Law*, (Groningen: 2011)

Johnson, R. K., Lindegarth, M. och Carstensen J.; *Establishing reference conditions and setting class boundaries*, WATERS Report no. 2013:2

Keessen et al., "European River Basin Districts: Are They Swimming in the Same Pool?" *Journal of Environmental law* 22:2 (2010), s. 197–221

Krämer, L.; *EU Environmental Law*, seventh edition, (Sweet & Maxwell:2011)

van Kempen, J.; "Countering the Obscurity of Obligations in European Environmental Law, Illustrated by an Analysis of Article 4 of the European Water Framework Directive" (2012) *Journal of Environmental Law and Practice*

Michanek, Gabriel; "Utvecklingen av miljörätten i Sverige" i Michanek, G. och Björkman, U (red); *Miljörätten i förändring – en antologi* Iustus, Uppsala (2003)

R. Schütze, R.; *European Constitutional Law* (Cambridge: 2012)

Uitenboogaart, Y., van Kempen, J.J.H. Wiering, M. A. och van Rijswijk, H.F.M.W.; *Dealing with Complexity and Policy Discretion – A comparison of the Implementation Process of the European Water Framework Directive in Five Member States* (Den Haag, Sdu Uitgevers: 2009)

Westerlund, S.;
– *Miljörättsliga grundfrågor* (Tapir:1987)

– *Miljörättsliga grundfrågor 2.0* (2003)

– *GML En generisk miljölag*, (IMIR:2009)

Öberg; *Några anteckningar om användningen av förarbeten inom gemenskapsrätten*, (2000) JT 2000-01 s. 493

Prop. 1997/98:45; *Miljöbalk*

Prop. 2003/04:2; *Förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön*

Prop. 2009/10:184; *Åtgärdsprogram och tillämpningen av miljökvalitetsnormer*

SOU 2005:059; *Miljöbalken; miljökvalitetsnormer, miljöorganisationerna i miljöprocessen och avgifter*

SOU 2005:113 *Åtgärdsprogram för miljökvalitetsnormer*

Naturvårdsverket; *Förslag till genomförande av direktiv 2008/105/EG om miljökvalitetsnormer inom vattenpolitikens område*, rapport 5973 (juni 2009)

Urminnes hävd och vattenrätten – några synpunkter

Rolf Strömberg

1. Det gläder en gammal vattenrättare att Eder värderade tidskrift på kort tid har publicerat två artiklar av yngre forskare rörande detta för mig intressanta rättsområde, först artikeln av Ingela Lindqvist (IL) i nr 2013:1 och sedan av Christina Olsen-Lundh (COL) i nr 2013:2. Båda artiklarna rör äldre rättigheters, främst urminnes hävd och privilegiebrev, ställning i vattenrättsliga sammanhang. Det är jag som i den av COL apostroferade Miljöbalkskommentaren, med utgångspunkt i min uppfattning om tidigare gällande rätt, har ställt frågan, om det vid tillkomsten av miljöbalken och den s.k. restvattenlagen var lagstiftarens avsikt att göra verksamheter som grundas på sådana rättigheter olagliga, och besvarat frågan nekande. COL har däremot i sin artikel, med en annan uppfattning i fråga om innehållet i gällande rätt åtminstone sedan 1880 års vattenrättsförordning, ansett sig kunna visa att frågan i stället bör besvaras jakande och utvecklar utförligt sin ståndpunkt. IL synes däremot ha samma uppfattning som jag. Eftersom en lagkommentar av angiven art med nödvändighet inte kan vara

så utförlig som ett vetenskapligt arbete, skall jag försöka att med denna artikel något utveckla min syn på den aktuella frågan. Jag vill visa att teoretiska tolkningsresonemang vid kontakt med verkligheten, i detta fall omständigheterna vid tillkomsten av miljöbalken och dess följdlagstiftning, kan behöva underkastas en, som min gamle lärare i Allmän rättslära, professor Ivar Agge, kallade "pragmatisk korrektion".

2. Låt mig först göra klart att jag delar IL:s och COL:s uppfattning att det är märkligt att man inom vattenrätten kan ha gett urminnes hävd, som i andra sammanhang betraktats som ett civilrättsligt institut, en offentlighetsrättslig status genom att i rättskraftshänseende jämställa det med ett vattenrättsligt tillstånd. Institutet rimmar illa med rättskraftsregeln i 24 kap. 1 § miljöbalken, som ger rättskraft endast åt vad som prövats i en dom eller ett beslut. Det finns ju inget som prövats i någon dom eller något beslut och omfattningen av hävdens innehåll kan därför bli föremål för utdragna processer.¹ Det är något lättare att förlika sig med att privilegiebrev ges rättskraft, eftersom de åtminstone bygger på beslut av Konungen/Drottningen eller statlig myndighet. Även förekomsten av privilegiebrev har dock varit föremål för utdragna processer. Vad

* Rolf Strömberg är f.d. generaldirektör med ett förflutet som bl.a. rättsakkunnig och rättschef i regeringskansliet med vatten- och miljö rätt som specialitet. Han var sekreterare i Vattenlagsutredningen, vars förslag låg till grund för 1983 års vattenlag, och deltog i propositionsarbetet inför denna, bl.a. som föredragande i Lagrådet. Han var expert i Miljöbalksutredningen och Miljöbalkskommittén. Han har skrivit en kommentar till 1983 års vattenlag och svarar för bl.a. de vattenrättsliga avsnitten i kommentaren till miljöbalken av Bengtsson-Bjällås-Rubenson-Strömberg (Norstedts Blå Bibliotek), av Christina Olsen-Lundh kallad Miljöbalkskommentaren.

¹ De flesta processer som refererats har dock varit inriktade på frågan om det föreligger urminnes hävd eller ej och inte på frågan om rättskraften mot tredje man och det allmänna hos hävderna. Domar eller beslut i sådana mål har naturligtvis bara rättskraft parterna emellan.

frågan nu gäller är om vattenlagstiftningen före miljöbalkens och restvattenlagens ikraftträdande gav urminnes hävd – och även privilegiebrev – offentligrättslig status, dvs rättskraft även mot tredje man och det allmänna.

3. Jag kommer i fortsättningen att huvudsakligen uppehålla mig vid institutet urminnes hävd. Eftersom jag som pensionär inte har resurser eller ork att forska särskilt långt tillbaka i tiden, får jag börja med min tolkning av hur man betraktade urminnes hävd vid tillkomsten av 1880 års vattenrättsförordning och dess övergångsbestämmelser. Som kommer att framgå, behöver man egentligen inte ens gå så långt tillbaka i tiden för att förstå hur man sett på förhållandet urminnes hävd – rättskraft vid den springande tidpunkten, nämligen inför ikraftträdandet av miljöbalken och restvattenlagen.

4. Som IL citerat i sin artikel stadgades i 25 § övergångsbestämmelserna till 1880 års vattenrättsförordning att genom förordningen inte gjordes någon rubbning i den rätt och frihet som var förunnad bergverk, kvarnar och fiskeverk och inte heller i annan rättighet att stänga av eller dämna vattendrag eller i övrigt förfoga över vattnet. Att urminnes hävd ingick bland dessa rättigheter framgår av det av IL citerade riksdagsuttalandet på sid. 46 och not 29 till denna.²

² Tolkningen av riksdagsuttalandet, som innehåller dubbla negationer, har lett till svårigheter för en del. Så har t.ex. Kammarkollegiet i sitt PM Frågor angående institutet urminnes hävd och dess betydelse i ljuset av miljöbalkens bestämmelser byggt en del av sin argumentation för att urminnes hävd inte borde anses vara innefattad bland ifrågavarande rättigheter på uttalandet. Vattenverksamhetsutredningen har i sitt betänkande SOU 2013:69 s. 190 f. redovisat Svenska språknämndens tolkning av uttalandet i nämndens utgåva av Språkriktighetsboken (2005), som innebär att den senare negationen endast utgör en förstärkning av den första, och inte har en självständig negerande betydelse, varför den senare negationen lika gärna kunde strykas.

5. Låt oss alltså enas om att urminnes hävd ingick ibland de rättigheter som avsågs med angivna övergångsbestämmelse till 1880 års vattenrättsförordning. Men hade den endast en civilrättslig innebörd och alltså, som COL hävdar, vara begränsad till en vattenrättslig rådighetsregel eller en offentligrättslig sådan, dvs rättsverkan även mot det allmänna och tredje man t.ex. ifråga om tillståndplikt och rätten att förfoga över vattnet till skada för motstående intressen? Sistnämnda ståndpunkt, som också IL synes inta, har varit den allmänt vedertagna. Men denna fråga saknar, som kommer att framgå av det följande, egentligen betydelse för svaret på den i inledningen till denna artikel ställda frågan om lagstiftarens mening. För svaret är det nämligen avgörande, hur frågan reglerats i efterföljande lagstiftning, dvs i 1918 resp. 1983 år vattenlagar.

6. I 1918 års vattenlag gjordes en klar uppdelning av civilrättsliga regler om rådighet i 1 kap. och offentligrättsliga regler i 2 kap. I 1 kap. 2 § andra stycket första meningen gjordes undantag från likadelningsregeln i paragrafens första stycke för den rätt till större lott i vattnet, som kunde grundas på dom, urminnes hävd eller annan särskild rättsgrund.

7. I 2 kap. i 1918 års vattenlag reglerades de offentligrättsliga frågorna, bl.a. den generella tvångsrätten att i vissa fall skada motstående intressen (3 §), särskild tvångsrätt (14 §), tillståndsplikt (20 §) och tillstånds rättskraft (22 §). I samma kapitel infördes i 41 § en bestämmelse som i sitt första led³, med vissa rent språkliga modifieringar, helt motsvarade 25 § i övergångsbestämmelserna till vattenrättsförordningen. Stadgandena

³ I paragrafens andra led togs in en egentligen onödig erinran om att rättsinnehavaren, liksom den som fått tillstånd, naturligtvis var skyldig att tåla skada, förlust eller intrång av nytillkommande, tillståndsgiven vattenverksamhet.

i kapitlet fick alltså inte rubba tidigare tillkomna rättigheter. Bland dessa rättigheter ingick privilegiebrev och urminnes hävd.

8. Jag anser det uppenbart att stadgandet i 2 kap. 41 § i 1918 års vattenlag inte är ett rådighetsstadgande. Rätten enligt det stadgandet att förfoga över vattnet innebar bl.a. att rättighetshavaren var befriad från tillståndsplikten enligt lagen, så länge han bevisligen höll sig inom de ramar som rättigheten ger.

9. Än klarare blev lagregleringen i 1983 års vattenlagstiftning och då i lagen (1983:292) om införande av vattenlagen (1983:291), VP. I 7 § VP togs in en motsvarighet till den civilrättsliga rådighetsregeln 1 kap. 2 § i 1918 års vattenlag om undantag från likadelningsregeln. Och – detta är en avgörande utgångspunkt för vår tvistefråga – i 15 § andra stycket VP intogs ett uttryckligt stadgande om att rättigheter enligt 2 kap. 41 § i 1918 års vattenlag skulle likställas med ett tillstånd enligt 1983 års vattenlag, alltså ha rättskraft och det skulle t.ex. inte behövas tillstånd enligt lagen för verksamheter som bedrevs med stöd av sådana rättigheter.

10. Detta var alltså rättslaget inför tillkomsten av miljöbalken och dess följdlagstiftning, och min fråga som jag ställt i Miljöbalkskommentaren om lagstiftarens mening, eller rättare om han uttryckt någon mening över huvud taget, rörande äldre rättigheters ställning i den nya lagstiftningen. Därom kan jag kanske ge vissa besked, ty jag var med.⁴

⁴ Eftersom artikeln avses bli införd i en nordisk tidskrift, har jag funnit det vara på sin plats att alludera på J.L. Runebergs Fänrik Ståls Sägner, som åtminstone under min skoltid var en obligatorisk, men också angenäm, läsning.

11. Nu vill jag också travestera ett uttalande av en i detta fall historisk person, nämligen Axel Oxenstierna, och svära i kyrkan och påstå: "Om ni visste, mina barn, med hur liten vishet de vattenrättsliga frågorna behandlades vid tillkomsten av miljöbalken och dess följdlagstiftning!" Efter som jag var expert i Miljöbalksutredningen hade jag insyn i balkarbetet. I mitt särskilda yttrande över utredningens huvudbetänkande kritiserade jag också hur bristfälligt utredningsarbetet bedrivits, särskilt – men inte bara – beträffande de vattenrättsliga frågorna. Lagrådet kom vid sin senare granskning av regeringsförslaget med samma kritik.⁵ På grund av den brådska som rådde – man måste ha en balk antagen av riksdagen före nästa riksdagsval – inriktades arbetet, såvitt avsåg de vattenrättsliga frågorna, på det i direktiven angivna uppdraget att försöka arbeta in 1983 års vattenlag i balken. När det stod klart även för utredningen att en total integration av de vattenrättsliga bestämmelserna i balken inte var möjlig, bestämde man sig för att i en restvattenlag ta in de överblivna bestämmelserna som inte kunde ingå i balken utan någon närmare analys om behovet av eller innehållet i dessa.⁶

12. Brådskan i miljöbalksarbetet medförde många slarvfel, stora och små, i utredningens förslag.⁷ Ett sådant var enligt min mening att

⁵ Se prop. 1997/98:45 Del 2 s. 447.

⁶ Jag vill inte lasta utredningens sekretariat för detta, eftersom brådskan medförde att den enda lösningen blev att utan närmare analys av de enskilda paragraferna sammanföra de regler som inte togs in i miljöbalken i en restvattenlag. Övergångsreglerna till denna diskuterades över huvud taget inte inför det särskilda betänkandet (SOU 1996:147) med förslag till övergångsbestämmelser.

⁷ Man kan över huvud taget ställa frågan om förarbetena till en balk, som ju anses ha högre dignitet än en vanlig lag, dock inte jämförbar med grundlag, skall behöva bedrivas med en sådan skyndsamhet som skedde. Dessutom kan anmärkas att Miljöbalksutredningen inte var en parlamentarisk sådan utan bestod av en ensamutredare, biträdd av åtta juristsekreterare samt ett fyrtio-tal sakkunniga och experter.

man i övergångsbestämmelserna inte föreslog någon motsvarighet till 15 § andra stycket VP om likställighet av vissa äldre rättigheter med tillstånd. Om avsikten var att införa en ny ordning, skulle frågan på grund av dess dignitet, som jag anförde i Miljöbalkskommentaren, absolut ha diskuterats i utredningen och också motiverats i betänkandet SOU 1996:147, vilket inte skedde. En trolig orsak till utelämnandet kan vara att en sådan övergångsbestämmelse skulle ha sin plats i 5 § lagen om införande av miljöbalken (MP), som handlades av en annan sekreterare än den som svarade för de vattenrättsliga frågorna.

13. Det verkar som om ingen av remissinstanserna observerade den uteblivna motsvarigheten till 15 § andrastycket VP och inte heller berördes frågan i lagrådsremissen eller prop. 1997/98:45 med förslag till miljöbalk, som också innehöll förslag till MP och som också arbetades fram i stor brådska.⁸ Detta trots att Lagrådet, som IL redovisat, påpekat att en föreslagen regel (28 § MP i lagrådsremissen) om att reglerna om återkallelse borde utgå, eftersom det uppenbarligen inte gick att återkalla ett tillstånd som inte fanns. Lagrådet lät dock förslagen till 34 och 40 §§ MP passera utan erinran. Resultatet blev alltså att någon motsvarighet till 15 § andra stycket VP inte togs in i 5 § MP.

14. Det är mot denna bakgrund som jag i Miljöbalkskommentaren har hävdad att utelämnandet i 5 § MP av en motsvarighet till 15 § andra stycket VP beror på en miss av lagstiftaren, som enligt vad jag tidigare redovisat måste ha berott på

brådskan i lagstiftningsarbetet, och att avsikten inte varit att ändra rättsläget, dvs det rättsläge som enligt min mening och vad jag redovisat rådde före miljöbalkens och restvattenlagens ikraftträdande. Det är därför jag har kritiserat Mark- och miljööverdomstolens tre avgöranden i MÖD 2012:26–28. Jag menar att de inte har något prejudikatvärde.⁹

15. Nå, invänder vän av ordning, varför bråka om denna fråga nu, när Vattenverksamhetsutredningen i sitt betänkande (SOU 2013:69) Ny tid – Ny prövning¹⁰, som i skrivande stund bereds inom regeringskansliet, har biträtt min uppfattning och föreslagit en motsvarighet i ett nytt andra stycke i 5 § MP till rättskraftsregeln i 15 § andra stycket VP, som enligt utredningen endast är ett förtydligande av vad som redan gäller.¹¹ Utredningen har också biträtt min uppfattning att urminnes hävd omfattas av rättskraftsregeln och har uttryckligen angivit detta i det föreslagna stadgandet.

16. Ett bekymmer är dock att den föreslagna rättskraftsregeln ingår i ett paket, som innebär att länsstyrelserna skall kunna förelägga om skyldighet att söka nytt tillstånd för alla enligt miljöbalken tillståndspliktiga vattenregleringar, vattenbortledningar och vattenöverledningar och anläggningar för sådana verksamheter för vilka vattenrättsliga tillstånd meddelats med stöd av 1880 års vattenrättsförordning samt 1918 eller 1983 års vattenlagar. Möjligheten att före-

⁸ Som tidigare påpekats, var Lagrådet kritiskt mot att miljöbalksarbetet bedrivits med så stor brådska. Lagrådet menade att arbetet med en lagstiftning som skall få status av en balk måste ha getts den tid som behövs för att uppnå ett lagverk av den fullständighet och genomarbetning som bör känneteckna en miljöbalk (se prop. 1997/98:45 Del 2 s. 450).

⁹ Det bör anmärkas att alla tre fallen handlar om privilegiebrev. Frågan om urminnes hävd var uppe i endast ett av fallen, men den kunde föras åt sidan, eftersom sådan hävd inte kunde styrkas.

¹⁰ IL uttrycker också i sin artikel en from förhoppning, att Vattenverksamhetsutredningen skall lösa frågan.

¹¹ Anmärkas bör att den särskilde utredaren i Vattenverksamhetsutredningen är samme person, som var ordförande i Mark- och miljööverdomstolen i det tre kritiserade avgörandena.

lägga om tillståndsplikt skall också gälla rättigheter enligt 2 kap. 41 § i 1918 års vattenlag samt lagligförklaringar.

17. Jag har svårt att tänka mig att så långtgående ändringar som utredningen föreslår kan genomföras. De kommer att medföra stora påfrestningar för den svenska rättsapparaten. Sverige är ett litet land där det redan i dag råder brist på och med största sannolikhet med förslaget kommer att råda en än större brist på vattenrättslig kompetens på alla kanter – domstolar (även inom specialiserade domstolar, såsom mark- och miljödomstolarna, Mark- och miljööverdomstolen och också HD), myndigheter, advokatbyråer, konsulter, läroanstalter osv. Den föreslagna prövningsordningen skulle innebära förlamande konsekvenser för prövningsmyndigheterna och alla andra som kommer att vara involverade i den nya prövningsordningen. De rättsliga, eko-

nomiska och energipolitiska konsekvenserna är inte heller tillräckligt belysta. Ett utbyggt omprövningssystem, som är mindre resurskrävande och som inte alls i samma utsträckning medför rättsliga komplikationer och påfrestningar, borde i stället övervägas.

18. Frågorna kommer säkert att behandlas vid beredningen av betänkandet i regeringskansliet. Beredningen kan dock leda till att förslagen på grund av sina svåröverskådliga konsekvenser inte kommer att genomföras – kanske inte alls eller endast till vissa delar. Innan några ändringar i lagstiftningen görs rörande den nu aktuella frågan om urminnes hävd och andra gamla rättigheter, vidhåller jag mina uttalanden i Miljöbalkskommentaren om innehållet i gällande rätt och anser att avgörandena MÖD 2012: 26–28 saknar prejudikatvärde.

Tradition och förnyelse på vattenrättens område

Om mötet mellan gamla tillståndsregimer och moderna miljökrav

Jan Darpo

How to apply modern environmental law standards to water operations with outdated permits has been widely, and also quite intensively, debated in Sweden recent years. This is the background to the article, where I first give a short introduction to the situation concerning hydro power, its environmental effects and the most important ideas that have been proposed to adjust these activities to modern environmental law. After that, I discuss two near-related issues which stand in the focus of the debate. The first concerns how and when new environmental demands can be addressed to ongoing activities under conditions that meet the requirements from European law and the operators' legitimate expectations. The second concerns the possibilities for the permit holders to obtain financial compensation in these situations. In the final section, I draw some general conclusions, which I hope will be further discussed.

1. Inledning

I Sverige har debatten kring vattenverksamheter och deras miljöpåverkan varit intensiv de senaste åren. Bakgrunden är givetvis den ökade uppmärksamheten på vattenfrågor genom arbetet med att implementera EU-rätten på området. Främst har det gällt ramvattendirektivet (2000/60, RVD),¹ men till viss del har diskussionen även rört ålförordningen (1100/2007)² samt art- och

habitatdirektivet (92/43, AHD).³ Tonläget i den svenska debatten är högt, vilket väsentligen har att göra att här möter den moderna miljörätten invanda föreställningar inom den särskilda rättskultur som fortfarande präglar vattenrätten. Med denna artikel vill jag beskriva situationen med inriktning på vattenverksamheter med äldre tillstånd och redogöra för de initiativ till nytänkande som presenterats i några utredningar på området. Därefter diskuterar jag två frågor som har aktualiserats i sammanhanget; dels i vilken utsträckning man kan ställa nya miljökrav på gamla verksamheter, dels om ersättningsrätten och förändringskraven. Utgångspunkten i diskussionen är europarättslig i vid mening, dvs. vilken hänsyn som måste tas till verksamhetsutövarnas berättigade förväntningar i sådana situationer enligt EU-rätten och EKMR. Däremot går jag inte närmare in på om och när EU-rätten ställer krav på förändring av pågående vattenverksamheter. Utgångspunkten är istället att det är givet att nya miljökrav fortlöpande behöver ställas på befintliga verksamheter utifrån förändringar i miljön, ändrade samhällsvärderingar och vunna kunskaper om miljösituationen. Diskussionen gäller mötet mellan de moderna miljökraven och verksamhetsutövarnas intressen.

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

² Rådets förordning (EG) nr 1100/2007 av den 18 september 2007 om åtgärder för återhämtning av beståndet av europeisk ål.

³ Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter.

2. Vattenverksamheter och miljön

I Sverige finns idag knappast något större vatten som inte är påverkat av människan genom upp-dämning, kraftproduktion, sänkning-höjning eller annan reglering. Sedan lång tid har sådana åtgärder krävt tillstånd eller någon annan form av samhälleligt godkännande, vilket har motiverats av både allmänna intressen som fiske och båtfart och hänsyn till enskilda vars fastigheter har berörts av vattenverksamheten. Så kunde exempelvis den som ville bygga kvarn eller stånghammare vid åar och andra vattendrag under 1600- och 1700-talet erhålla rätten att bedriva näringen genom ett s.k. privilegiebrev. Rätten att påverka ett vatten kunde också uppkomma genom institutet "urminnes hävd", en rättstitel som vanns genom grannarnas långvariga passivitet. De första egentliga tillståndsregimerna för vattenverksamhet kom i slutet av 1800-talet genom 1879 års dikeslag⁴ och 1880 års vattenrättsförordning (VRF).⁵ Här gjordes för första gången en avvägning mellan allmänna och enskilda intressen och tvångsrätt kunde meddelas för den sökta vattenverksamheten. I takt med landets kraftiga industrialisering och behovet av vattenkraft för elförsörjningen blev VRF otillräcklig i början av 1900-talet och en tillståndsregim introducerades genom 1918 års vattenlag (1918:523, ÄVL). Lagen byggde på ett koncessionssystem med tillstånd som hade rättskraft gentemot såväl allmänna som enskilda intressen, och villkoren för verksamheten kunde inte omprövas annat än under stränga förutsättningar eller efter lång tid. ÄVL möjliggjorde en omfattande utbyggnad av vattenkraften i våra vattendrag. Efter ytterligare drygt 60 år hade så vindarna vänt och lagen ansågs vara alltför exploateringsinriktad och ersat-

tes av 1983 års vattenlag (1983:291, VL). Utgångspunkten för den lagen var att vattenverksamheterna skulle inpassas i samhällsplaneringen i stort och avvägningar göras mellan energipolitiken och sysselsättningen i förhållande till naturvården, kulturmiljövården och friluftslivet. Efter ytterligare 15 år inordnades de vattenrättsliga reglerna i miljöbalken (1998:808, MB) och gavs där eget kapitel. Idag återfinns bestämmelserna om vattenverksamhet i 11 kap. MB och den s.k. restvattenlagen (1998:812).

Trots att MB funnits i nära 15 år har dess påverkan på vattenkraften varit blygsam. Den absoluta majoriteten av de vattenrättsliga tillstånden är meddelade enligt äldre lagstiftning. Enligt de beräkningar som gjorts är det totala antalet tillstånd till vattenkraftverk och regleringsdammar 3727, varav 3266 är meddelade enligt ÄVL, 261 enligt VL och endast 73 enligt MB.⁶ Det finns även många verksamheter som fortfarande bedrivs utan tillstånd eller som bara omfattas av äldre domar, privaträttsliga avtal och privilegiebrev. Här är läget mera oklart, men enligt Vattenverksamhetsutredningen rör det sig om knappt 3 800 st. 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 rättsområdet genomgående är präglad av oklarheter om vad som gäller, vilket i sig medför problem för tillsynsmyndigheterna på området. Det har också under senare år uppmärksammats att många vattenverksamheter orsakar miljöproblem.⁷ Vanligt är att dessa verksamheten bedrivs med 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 vandrings-

⁴ Lag om dikning och annan afledning af vatten af 20 juni 1879.

⁵ Kongl. Maj:t:s nådiga förordning av den 30 december 1880 om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund.

⁶ SOU 2014:35 s. 270.

⁷ För en översiktlig beskrivning, se SOU 2013:69, avsnitt 4.4 Vattenkraftens effekter på vattenmiljön.

hinder eller reglering som skadar vattendragets kantzoner.

I många situationer blir det därför aktuellt att ställa nya miljökrav på vattenverksamheterna. I miljöbalken finns t.o.m. en skyldighet för tillsynsmyndigheterna att se till att alla verksamheter bedrivs i enlighet med de allmänna hänsynsreglerna och att tillstånden har aktuella villkor. Om så inte är fallet, ska man meddela de förelägganden som behövs, alternativt inleda omprövning av villkoren i tillstånden.⁸ Regelmässigt möts myndigheten då med invändningen att verksamheten har tillstånd och att man måste betala ersättning för alla intrång i rätten att tillgodogöra sig vattnet. Av 24:1 MB följer nämligen att tillstånd enligt MB har rättskraft i så måtto att de "gäller mot alla, såvitt avser frågor som prövats i domen eller beslutet". Rättskraften gäller emellertid inte bara för tillstånd enligt MB, utan även för dess föregångare i VL, ÄVL, VRF och eventuellt ännu tidigare.⁹ Det här betyder att när miljömyndigheterna vill ställa nya krav på dessa verksamheter måste man ansöka om att tillståndet ska upphävas med stöd av 24:3 eller begära omprövning av villkoren enligt 24:5 MB. I den senare bestämmelsen anges att villkoren kan omprövas efter viss tid efter det att tillståndet bestämdes eller i förtid under kvalificerade förutsättningar. För vattenverksamheter är tiden satt till mellan 10, 30 eller 55 år beroende på vilken

lagstiftning som gällde när tillståndet meddelades. I praktiken innebär det att tiden i de flesta fall har löpt ut.

I dessa situationer är det alltså i och för sig fritt fram för miljömyndigheterna att begära omprövning. Därför kan det verka förvånande att omprövning förekommit så sparsamt när det gäller vattenverksamheter. Mellan 1990 och 2010 har endast 90 omprövningar begärts av vattenkraftverk och regleringsdammar med äldre tillstånd. Av de ovan angivna 3 654 verksamheterna med äldre tillstånd är enbart 78 omprövade mot MBs regler.¹⁰ Orsakerna kan givetvis vara allmän resursbrist, kompetens eller t.o.m. bristande vilja hos miljömyndigheterna, men det räcker inte som förklaring. Den viktigaste orsaken är istället systematiska problem i den rättsliga konstruktionen. Omprövningsinstitutet är komplicerat och dyrt att använda inom vattenrätten och det saknas incitament för verksamhetsutövarna att delta. I praktiken får de omprövningssökande myndigheterna bära ett omfattande utredningsansvar för verksamhetens påverkan och behovet av skyddsåtgärder.¹¹ Till det kommer att myndigheten måste betala ersättning till tillståndshavaren för den produktionsvärdesminskning som sker genom förlusten av vatten eller fallhöjd, dock med avdrag för en s.k. toleranströskel. För vattenkraftverk är avdraget högst en femtedel och lägst en tjugondel av produktionsvärdet.¹²

⁸ 26:1–2 MB.

⁹ Enligt 5 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken gäller rättskraften även för tillstånd enligt VL och äldre lag. Om 34 § samma lag innebär att detsamma gäller för urminnes hävd och privilegiebrev är omdiskuterat (se Lindqvist, I: Privilegiebrev och urminnes hävd – Vilken ställning har de enligt miljöbalken? Nordisk miljörettslig tidskrift (NMT) 2013:1, s. 43, Olsen Lundh, C: Tvenne gånger tvenne ruttna gårdesgårdar – Om urminnes hävd och vattenkraft. NMT 2013:2, s. 85 och i detta nummer av NMT: Strömberg, R: Urminnes hävd och vattenrätten – några synpunkter). Att denna diskussion fortfarande pågår illustrerar väl mest att rättsområdet karakteriseras av otidighet om vad som gäller.

¹⁰ SOU 2014:35 s. 270.

¹¹ Som belysande exempel kan tas omprövningen av kraftverket i Duveström i Alsterån. Kammarkollegiet var sökande och begärde 2003 att det skulle byggas en faunapassage (fiskvandringssväg). Miljödomstolen i Växjö godtog ansökan, men efter överklagande från bolaget avslog MÖD begäran med hänvisning att den var för alltför opreciserad (MÖD 2006:25). Kammarkollegiet fick alltså ansöka än en gång, men fick den här gången avslag av miljödomstolen med ungefär samma argument som i MÖD. Efter överklagande godtog emellertid MÖD ansökan, elva år efter att den initierades (MÖD 2014-02-12; M 1423-13).

¹² 31:20 och 31:22 MB.

Den här rättsliga konstruktionen gör att omprövningarna styrs mot sådana åtgärder som ligger under toleranströskeln. Dessutom är omprövningsmöjligheten enligt 24:5 MB försedd med en viktig begränsning som innebär att de nya kraven inte får vara så ingripande att verksamheten inte längre kan bedrivas eller att den avsevärt försvåras. Slutligen bygger systemet på att omprövning sker av anläggningarna utefter ett vattendrag ett och ett, vilket försvårar att göra en samlad bedömning av vilka krav som behövs, t.ex. när det gäller vandringshinder för fisk och ål. Man kan heller inte bortse från att det inom vattenrätten råder en egen rättskultur, vilken bl.a. har gjort att domstolarna accepterar att tillstånd medges för omfattande ändringar av verksamheterna utan att en samlad prövning görs. Det har i vissa fall inneburit att trots att det ekonomiska utrymmet har ökat avsevärt för verksamheterna genom det nya tillståndet för ändringen, har myndigheterna varit hänvisade till att inleda en särskilt process om omprövning av de gamla villkoren och betala ersättning för kraven.

3. Utredningar och förslag

Problemen med att modernisera villkoren för vattenverksamheterna och utmaningarna att anpassa tillståndssystemet till EU-rätten har av givna skäl diskuterats ingående under senare år. Flera utredningar har tillsatts och en rad förslag har presenterats. De viktigaste är Utredningen om ersättning vid rådhetsinskränkningar och Vattenverksamhetsutredningen som båda tillsattes 2012.

Den förstnämnda utredningen kom med betänkandet Ersättning vid rådhetsinskränkningar (SOU 2013:59) i augusti förra året. Utredningsuppdraget var att se om det finns behov av en lagreglering som ger rätt till ersättning i situationer som täcks av 2:15 3 st. regeringsformen (1972:152, RF), dvs. vid sådana rådhetsinskränkningar som sker av hälsoskydds-

miljöskydds- eller säkerhetsskäl. Sedan 2011 års ändring av RF gäller ju att ersättning endast kan utgå i dessa situationer om det är särskilt reglerat. Utredningen ansåg att det i stort råder kongruens inom miljörätten på så vis att bevaranderegleringen bygger på att ersättning betalas om inskränkningarna gäller lagenlig markanvändning och går utöver en viss nivå, medan lagstiftningen om miljöskydd inte ger rätt till ersättning. Typiska exempel på den förra är naturreservat och biotopskydd, medan utsläppsreglering och kemikalierestriktioner är exempel på den senare. Utredningen pekade emellertid också på att gränsdragningen kan vara svår att göra och gav flera exempel, däribland skyddsområden kring vattentäkter (vattenskyddsområden) och regleringen av jakt och fiske. Man menade vidare att om det skulle uppstå situationer där den enskilda drabbades på ett orimligt sätt av miljöskyddsrestriktioner bör myndigheterna med tillämpning av proportionalitetsprincipen välja andra medel som är mindre ingripande. I sista hand bör frågan om ersättning vid sådana ingripanden överlämnas till rättstillämpningen och utredningen gav därför inte något förslag om en allmän regel om detta. En sådan ansågs också vara mindre lämplig, då den kan strida mot grundläggande miljöprinciper och mot förbudet mot olagligt statsstöd inom EU-rätten. En direkt kollision med statstödsreglerna trodde man emellertid inte kunde inträffa särskilt ofta, då de flesta EU-rättsliga normer är uttryckta i direktiv. Utredningen identifierade dock vissa situationer där reglering kan övervägas för att motverka att myndigheterna illojalt väljer ersättningsfria instrument när möjlighet ges, när man istället borde betala för kraven. När det sedan gällde omprövning av gällande tillstånd menade man att regleringen i stort överensstämde med de grundläggande principerna om rättssäkerhet och ersättning. Det gällde emellertid inte ersättningsrätten vid omprövning av vattenverksam-

heter. Nya villkor för dessa genom omprövning kan visserligen liknas vid naturvårdsinstrument, men också med ingripanden mot miljöfarliga verksamheter. Vattenverksamheternas miljöpåverkan kan också vara påtaglig och de allmänna motintressena väger tungt. Sammantaget menade därför utredningen att ersättningsrätten i dessa situationer är en avvikelse från de allmänna principerna och att den bör tas bort, ett besked som man bollade vidare till Vattenverksamhetsutredningen.

Den utredningen kom med ett delbetänkande 2013 med titeln *Ny tid ny prövning – förslag till ändrade vattenrättsliga regler* (SOU 2013:66). Här analyserades äldre tillstånd och rättigheter och deras rättskraft enligt 24:1 MB. Utredningen ansåg att urminnes hävd och privilegiebrev ska jämföras med tillstånd enligt MB. Samtidigt föreslog man att de vattenkraftsverksamheter som bedrivs med stöd av sådana äldre rättigheter eller med stöd av tillstånd enligt VRF, ÄVL och VL ska bli föremål för ny tillståndsprövning enligt MB. Avsikten med nyprövningen är att de moderna hänsynsreglerna och EU-rättens krav i förhållande till vattenkvalitet och påverkan på djur och växtliv ska få genomslag. Då antalet vattenkraftsverksamheter emellertid är mycket stort ska nyprövningen genomföras genom att länsstyrelserna förelägger dem som är mest prioriterade att ansöka om MB-tillstånd i enlighet med en vägledning som ska utarbetas på nationell nivå. I delbetänkandet föreslog utredningen också att generella föreskrifter bör kunna meddelas för vattenverksamheter som bryter igenom ett tillstånds rättskraft enligt 24:1 MB, t.ex. om försiktighetsmått för kraftverk, dammar och vattenöverledningar. Vidare bör vissa typer av vattenverksamheter och anläggningar ha tillstånd som tidsbegränsas. Slutligen bör det införas ett krav på miljörapport för vattenverksamheter.

Vattenverksamhetsutredningens slutbetänkande I vått och torrt – förslag till ändrade vat-

tenrättsliga regler (SOU 2014:35) kom för ett par månader sedan. Här spinner man vidare på de förslag som gavs i delbetänkandet, dvs. nyprövning för vattenverksamheter med äldre tillstånd och omprövning för dem med tillstånd enligt MB. Tillståndsprövningen av vattenverksamheter bör så långt möjligt jämföras med den som gäller för miljöfarliga verksamheter enligt MB. Verksamheterna ska indelas i tillstånds- och anmälningspliktiga. Prövningen ska enbart avse den offentlighetsrättsliga delen av verksamhetens tillåtelse och civilrättsliga frågor om rådighet och ersättning får bedömas i annan ordning. Reglerna om rättegångskostnadsersättning likställs med andra prövningar enligt MB och inom förvaltningsrätten i stort, dvs. var och en får stå för sina egna utgifter. Den säregna ordningen att befintliga verksamheter utan tillstånd kan "lagligförklaras" upphävs som onödigt. När det gäller omprövning enligt 24 kap. MB rensas katalogen av bestämmelser och systemet likställs för olika verksamhetstyper. Regeln i 24:5 om att omprövningar inte får leda till att verksamheten inte längre kan bedrivas eller att den avsevärt försvåras ska emellertid kvarstå. Man angav här ett antal starka skäl emot regeln, men menade ändå att den hade en viss betydelse till skydd för tillståndshavaren och som signal att omprövning inte ska användas för att återkalla tillstånd. Dessutom är myndigheter och domstolar skyldiga att underlåta att tillämpa regeln när den kommer i konflikt med EU-rätten. Utredningen föreslog vidare att det klargörs att det är tillståndshavaren som ska stå för utredningsunderlaget vid omprövningar och att ersättningsrätten vid omprövning tas bort. Av hänsyn till verksamhetsutövaren ska emellertid ersättning kunna utgå under en femårig övergångsperiod. Av samma skäl föreslog utredningen att det också ska införas en ersättningsregel för de fall som en nyprövning enligt det tidigare betänkandet medför krav som gör att verksamheten inte längre kan bedrivas

eller avsevärt försvåras och det inte framstår som rimligt att den enskilda ska behöva tåla detta. Denna ersättningsrätt bör dock begränsas till tio år efter reglernas ikraftträdande.

4. Reaktioner på Vattenverksamhetsutredningens förslag

Näringslivets reaktioner på utredningens förslag har varit starka. Statsägda Vattenfall gick ut med en rapport där man hävdade att förslaget om nyprövning skulle medföra en förlust av 20 % av produktionen om samtliga vattenkraftverk skulle behöva leva upp till kraven på minskad korttidsreglering, fiskevandringar och ändrade säsongsfloeden.¹³

Svenska Kraftnät – ett statligt affärsverk med myndighetsansvar för elnätet – hävdade i en debattartikel tillsammans med elleverantörernas branschorganisation Svensk Energi att nyprövningsordningen riskerar att sätta vattenkraften som energikälla på spel. Förslaget kan nämligen medföra att många mindre vattenkraftverk tvingas stänga och då kan de inte fullgöra sin roll som viktig leverantör av reglerkraft i ett system som i ökande grad bygger på förnybar energi. Vidare är det inte rimligt att ansvaret för landets energipolitik ska överlämnas till tjänstemän på länsstyrelserna. I artikeln hävdas också att förslaget är helt unikt, eftersom det innebär att hela verksamhetens existens ifrågasätts och att det därmed också hotar rättssäkerheten.¹⁴

Advokatsamfundet är inne på samma spår när man i sitt remissyttrande menar att förslaget möjliggör långtgående ingrepp i enskildas rättigheter och det därför kan ifrågasättas om den är

förenlig med EKMR. Man reagerar på att berörda vattenverksamheter kan underkastas fullständig tillståndsprövning, trots att de vid införandet av miljöbalken innehade rättskraftiga tillstånd. Samfundet menade också att utredningens slutsatser om de europarättsliga möjligheterna att ställa krav på rådighetsinskränkningar baserades på ett otillräckligt underlag. Slutligen menar man att det nuvarande omprövningsinstitutet är tillräckligt om bara tillräckliga resurser finns hos myndigheterna.¹⁵

Ett sista exempel är från ett seminarium som nyligen anordnades av Svenskt Näringsliv. En av de största nyhetsportalerna för miljöfrågor kunde då rapportera:¹⁶

Det omdiskuterade regeringsförslaget att alla vattenverksamheter måste söka om sina miljötillstånd kan bryta mot internationell rätt. Enligt Rafael De los Reyes Aragon, doktor i juridik och knuten till advokatfirman Foyen, kan förslaget strida mot principerna om äganderätt och krocka med EU-mål om förnybara energikällor och direktiv om vattenverksamheter. "Till exempel är Sverige skyldigt att jobba för att nå målen om mer förnybara källor, även om det inte är specificerat i direktivet hur de ska nå målet. Betänkandet kan nog tolkas gå emot det målet", säger han till Svenskt Näringsliv som nyligen arrangerade ett seminarium på temat. Han pekar på att vattenverksamhetsutredningen som kommer att slutredovisas inom kort nu bör se över kravet.

"Som jag ser det finns det två vägar, antingen slopar man förslaget eller så inför man en mildare version. I dag finns det de-

¹³ Daniel Löfstedt på uppdrag av Svensk Energi på Second Opinion 2014-03-25, <http://www.second-opinion.se/energi/view/2829>.

¹⁴ Svensk Energi & Svenska Kraftnät i Dagens Samhälle 2014-02-06 (<http://www.dagensamhalle.se/debatt/nytt-miljoefoerslag-saetter-vattenkraften-pa-spel-7644#roster>).

¹⁵ Advokatsamfundets remissvar 2013-12-20 (R-2013/2087) till SOU 2013:69.

¹⁶ Miljörapporten Direkt den 3 juni 2014, under rubriken Krav på vattenverksamhet kan strida mot internationell rätt.

lar som kan bryta mot internationell rätt och som skulle kunna tas upp i europeisk domstol", säger Rafael De los Reyes Aragon."

5. Utgångspunkter för diskussionen

I det följande inleder jag en diskussion kring möjligheten att ställa moderna miljökrav på verksamheter med äldre tillstånd. Jag tar upp ett par grundläggande juridiska frågor om rättskraften i gamla tillstånd och europarättens betydelse i sammanhanget. Däremot överlämnar jag debatten kring effekterna på energihushållningen av en nyprövningsordning till andra, mer lämpade. Låt mig bara peka på att 94 % av landets vattenkraft produceras i de 200 största vattenkraftverken. Det är inte troligt att dessa kommer att prioriteras för nyprövning. Det är knappast kontroversiellt att påstå att det är de många och små anläggningarna som ligger i vattendrag med höga naturvärden som främst kommer i fråga. Deras betydelse för energihushållningen är begränsad, särskilt i jämförelse med den omfattande utbyggnaden av vindkraft som för närvarande sker i landet. Även deras roll som leverantörer av reglerkraft bör analyseras mera ingående, då ju många är strömkraftverk.¹⁷ Många av de små kraftverken har dessutom blivit lönsamma enbart med hjälp av systemet med elcertifikat, där inga motkrav på moderna tillstånd enligt MB har ställts.

Det är vidare anmärkningsvärt att de som motsätter sig en ordning med nyprövning med hänvisning till det befintliga systemet med omprövning av villkor inte förmår att tydligt redovisa hur det systemet ska förändras. En sådan reform måste nämligen vara radikal, med tanke på att det kommer att ta 800 år att gå igenom samtliga äldre tillstånd med nuvarande om-

prövningstakt. Även med de mest optimistiska beräkningarna tar det drygt 200 år.¹⁸ Jag tror att de flesta kan vara överens om att situationen är ohållbar inte bara från ett allmänt miljöperspektiv. Den kommer även i flera avseenden i konflikt med EU-rätten på området. Såväl RVD som AHD innehåller krav som gör att alla anläggningar som påverkar en vattenförekomst måste bedömas i ett sammanhang. I arbetet med att genomföra RVD utpekas – vid sidan av övergödning – de fysiska förändringar av vattenförekomsterna som ett av de största problemen för att uppnå god ekologisk status.¹⁹ En viktig orsak till dessa förändringar är förekomsten av vattenkraftanläggningar och regleringsdammar. Kunskaperna om dessa verksamheters påverkan måste förbättras och anläggningarna moderniseras, t.ex. genom nya regleringsregimer och fiskevandringar. Detta förutsätter om- eller nyprövning av tillstånden efter prioritering efter miljönyttan med åtgärderna. Detta får i sin tur bilda min utgångspunkt för den vidare diskussionen i artikeln. Den första frågan blir därför i vilken mån som EKMR utgör ett hinder för en sådan ordning.

6. Retroaktiv lagstiftning?

En invändning som rests mot den föreslagna ordningen med nyprövning av äldre tillstånd är att den skulle utgöra ett slags "retroaktiv lagstiftning". Det argumentet avvisades kort av Vattenverksamhetsutredningen med en hänvisning till vad HFD uttalade i det s.k. Barsebäcksmålet (*RÅ 1999 ref. 76*, se nedan).²⁰ Utredningen hade goda grunder för sin inställning. Det rå-

¹⁸ SOU 2014:35 s. 271.

¹⁹ Se t.ex. Åtgärdsprogram för Norra Östersjöns vattendistrikt 2009-2015 (dnr 537-10296-09); <http://www.vattenmyndigheterna.se/Sv/publikationer/norra-ostersjon/beslutsdokument/Pages/atgardsprogram-no-2009-2015.aspx>.

²⁰ SOU 2013:69 s. 168.

¹⁷ Strömkraftverk har inte någon egen magasinering av vatten och kan därför inte producera större effekt än vad som svarar mot den naturliga tillrinningen.

der visserligen en viss förbistring i den rättsliga begreppsapparaten och man kan kalla all slags lagstiftning eller administrativa åtgärder som ingriper i rådande egendomsförhållanden för "retroaktiva". Det skulle då gälla beslut om naturreservat på privat mark. En sådan definition av begreppet blir emellertid så vidsträckt att den blir meningslös. Uttrycket retroaktivitet bör istället reserveras för sådana administrativa åtgärder som är *tillbakaverkande* på så sätt att de kopplar rättsliga effekter (positiva eller negativa för den enskilde) till förhållanden som är *avslutade före lagens ikraftträdande*. Att för framtiden förbjuda eller begränsa en pågående verksamhet kan vara expropriation eller rådighetsinskränkning och ska bedömas efter de regler – nationella som europarättsliga – som gäller för sådana intrång. Men att kalla ett sådant ingrepp för "retroaktiv lagstiftning" tillför bara förvirring.²¹

Det bör också inledningsvis poängteras att varken EU-rätten eller EKMR sätter hinder i vägen för att reglera frågor som omfattas av rättskraftiga tillstånd genom ny lagstiftning. Det är också något som Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) tagit ställning för i åtminstone två klara fall. Det ena är *RÅ 1995 ref. 10* som gällde tillstånd för spel med automatspel. I målet hade kommunen återkallat tillståndet med hänvisning till de strängare förutsättningar som gällde *för meddelande av tillstånd* enligt ny lagstiftning. HFD underkände beslutet och menade att återkallande av äldre tillstånd endast kunde ske med stöd av *återkallelsegrunderna* som angavs i nya lydelsen av automatspellagen. Intressant är också att i ett senare lagstiftningsärende infördes en övergångsregel som innebar att äldre tillstånd som meddelats utan tidsbegränsning upphörde att gälla 15 månader efter att de nya reglerna trätt

i kraft. Lagrådet godtog regleringen utan kommentar.²²

Det andra rättsfallet är Barsebäcks-målet, *RÅ 1999 ref. 76*. Som är bekant för åtminstone de svenska läsarna, handlade det om regeringens beslut att stänga kärnkraftverket med stöd av den särskilda avvecklingslagen (1997:1320). Verksamhetsutövaren (BKAB) ansökte om rättsprövning och påstod att beslutet bröt mot en rad grundläggande rättsprinciper i internationell och nationell rätt. Bland annat stred det mot principen om gynnande förvaltningsbesluts oåterkallelighet och förbudet mot retroaktiv lagstiftning. När det gällde den första frågan konstaterade HFD bara att huvudregeln är försedd med en rad undantag och att den inte utgör något "hinder mot att det gynnande beslutet upphävs med stöd av senare tillkommen lagstiftning, förutsatt att denna lagstiftning inte är uppenbart oförenlig med RF eller i övrigt behäftad med någon grundläggande brist".²³ Uttalandet om gynnande förvaltningsbeslut giltighet i tiden är generellt och innebär ett tydligt ställningstagande för att ny lagstiftning kan bryta igenom givna tillstånd. En motsatt hållning i frågan om moderna synsätts möjligheter att få genomslag genom lagstiftning skulle dessutom leda till absurda resultat. Att min gamla dispens från 1960-talet att gräva ned latrin på tomten skulle vara "orubblig" går kanske att leva med, men hur blir det med ett tillstånd att sälja arsenik enligt 1876 års giftförordning, eller varför inte tillstånd enligt 1875 års prostitutionsreglemente att bedriva egen näring? Jag menar att vi här har att göra med en självklar rättsgrundsats. Det viktiga i sammanhanget är att när lagstiftning bryter igenom tillstånd måste de berörda berättigade förväntningar respekteras, varvid tidsaspekten är viktig, liksom i vissa

²¹ För en analys av retroaktivitetsbegreppet, se Darpö: Miljövårdskraven i tiden I och II. Förvaltningsrättslig tidskrift 2001 s. 3 resp. 85, se särskilt avsnittet Retroaktivitet och europarätt (s. 8 ff).

²² Prop. 2004/05:3 Vissa ändringar på spel- och lotteriområdet.

²³ *RÅ 1999 ref. 76* s. 19.

fall möjligheten till ersättning. Det här är också den grundsats som EUs miljö rätt utgår från. Ett exempel på detta finns i artikel 13.2.d i IPPC-direktivet som stipulerar att tillstånd ska bedömas på nytt och vid behov uppdateras om det framgår av "nya bestämmelser i nationell lagstiftning eller gemenskapslagstiftningen kräver det". Eller för att använda EU-domstolens formuleringar i C-72/12 *Altrip* [2012], para 22 (min kursiv):

It should be borne in mind that, in principle, a new rule of law applies from the entry into force of the act introducing it. While it does not apply to legal situations that have arisen and become definitive under the old law, it does apply to their future effects, and to new legal situations too (see, to that effect, Case C-428/08 *Monsanto Technology* [2010] ECR I-6765, paragraph 66). It is otherwise – subject to the principle of the non-retroactivity of legal acts – only if the new rule is accompanied by special provisions which specifically lay down its conditions of temporal application (Case C-266/09 *Stichting Natuur en Milieu and Others* [2010] ECR I-13119, paragraph 32).

7. Rättskraftiga tillstånd och egendoms-skyddet

En återkommande kritik av förslaget om nyprövning är att det strider mot skyddet av äganderätten i EKMR. Det är visserligen sant att den rättspraxis som utvecklats av Europadomstolen visar att tillstånd att bedriva en ekonomisk verksamhet omfattas av skyddet av egendom enligt artikel 1 i första tilläggsprotokollet (P1).²⁴ Enligt artikel P1-1 får ingen berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de

förutsättningar som anges i lag. Domstolen har bedömt flera fall då tillstånd har vägrats eller återkallats. Den förra situationen innehåller välkända rättsfall som *Jacobsson v Sweden* (ECtHR 1998-02-19) och *Håkansson and Stureson v Sweden* (ECtHR 1990-02-21). De faller emellertid något utanför ämnet för denna artikel, då de inte gäller frågan om ett givet tillstånds rättskraft. Det finns emellertid några avgöranden som gäller återkallande av tillstånd, varav två av de mest kända också är svenska, nämligen *Tre traktörer v Sweden* (ECtHR 1989-07-07) och *Fredin v Sweden* (ECtHR 1991-02-18). Det senare gällde ett miljörättsligt tillstånd, varför det kan vara på plats med en kort beskrivning.

Makarna Fredin ägde en fastighet där det bedrevs grustäkt sedan början av 1960-talet. Ett tillstånd utan begränsning i tiden hade meddelats för verksamheten 1963. 1973 gjordes ett tillägg i naturvårdslagen (1964:822) som gav myndigheterna möjlighet att utan ersättning återkalla äldre täktillstånd från och med tio år efter att lagen trädde i kraft, dvs. tidigast 1983. Fredins investerade stora belopp i verksamheten under 1970- och 1980-talet, bl.a. renoverade man en utlastningskaj. I början av 1980-talet inledde länsstyrelsen förhandlingar med makarna i avsikt att återkalla täktillståndet pga. av de höga naturvärdena i området. Beslut om återkallande togs 1984 och fastställdes ett år senare av regeringen. Fredins gick till Europadomstolen och hävdade att deras civila rättigheter var kränkta utan att de hade någon möjlighet till domstolsprövning samt att de hade gjort förluster på över 30 Mkr. När det gällde artikel P1-1 gick Europadomstolen alls inte på deras linje.²⁵ Man konstaterade visserligen att bestämmelsen var tillämplig eftersom det var en rådighetsinskränkning av deras

²⁴ Beskrivningen bygger på Darpö: Rätt tillstånd för miljö, slutrapport inom forskningsprogrammet ENFORCE 2010-11-15, se [www.jandarpö.se/Artiklar & Rapporter](http://www.jandarpö.se/Artiklar%20och%20Rapporter)

²⁵ Däremot fälldes Sverige för bristen på möjligheter till domstolsprövning. Kritiken i den delen var emellertid gammal och hade redan resulterat i den första rättsprövningslagen (1988:205).

egendom. Emellertid ansåg domstolen att artikel P1-1 ska förstås i sin helhet, dvs. att den värnar äganderätten, men också anger när skyddet kan genombrytas. En rimlig avvägning ska göras mellan de allmänna intressena och de enskilda. Vidare ska proportionalitet iakttas, samtidigt som konventionsparterna har ett vittgående skön när det gäller valet av metod för att främja de allmänna intressena.²⁶ Domstolen konstaterade i Fredin-fallet att återkallandet inte kunde anses vara oförutsebart, möjligheten hade ju introducerats för mer än ett decennium sedan. Inte heller hade Fredins några berättigade förväntningar på fortsatt drift. De investeringar som gjorts i verksamheten hade skett sju år efter den nya lagstiftningen och myndigheterna hade varit noga med att inte lämna några garantier för fortsatt drift. Sammanfattningsvis ansåg därför domstolen att återkallandet av täkttillståndet varken var olämpligt ("inappropriate") eller oproportionerligt.

Flertalet av Europadomstolens avgöranden om återkallade tillstånd i liknande situationer går i samma spår. Många gäller förhållandet mellan ny lagstiftning och givna tillstånd och här kan inte sägas att det skydd som konventionen erbjuder är särskilt långtgående. Om bara de nya förutsättningarna är motiverade av allmänna intressen och det ges tillräckligt med övergångstid för tillståndshavarna att anpassa sig, har Europadomstolen genomgående ansett att det inte har skett någon kränkning av artikel P1-1. Domstolen har också utan vidare accepterat att miljöskäl är ett sådant allmänt intresse som kan motivera ingrepp i tillstånd. Konventionsskyddet har också uteblivit om tillståndshavaren har tagit en medveten risk i sina investeringar.²⁷ Däremot har det blivit nedslag i de fall som förändringarna kommit oväntat eller alltför hastigt, liksom i andra fall då de inblandade haft berättigade förväntningar om att få fortsätta bedriva verksamhet.²⁸

De rättsfall som nämnts i redogörelsen ovan har några år på nacken. Europadomstolen har emellertid varit fortsatt konsekvent i sin praxis och rättsfallen är därför fortsatt giltiga, vilket inte minst framgår av domstolens egna hänvisningar i senare mål. Ett relativt färskt sådant exempel – som gällde nya föreskrifter för svinhållning i Nederländerna av hänsyn till vattenkvaliteten – är *Lohuis and others v The Netherlands* (ECtHR 2013-04-30). De klagande bönderna hade fått sin tilldelning av "pig entitlements" minskade med mellan 25 och 34 % på en ganska kort tid, varvid enbart de som hade blivit hårdast drabbade blivit tildömda ersättning i den nationella rättsprocessen. De klagade därför till Europadomstolen och menade att deras rättigheter enligt artikel P1-1 hade blivit kränkta. Domstolen var emellertid inte imponerad utan avvisade deras talan som "manifestly ill-founded", bl.a. med den vanliga skrivningen om avvägningen mellan de allmänna och enskilda intressena i dessa situationer:²⁹

According to well-established case-law, the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 is to be read in the light of the principle enunciated in its first sentence. Consequently, an interference must achieve a "fair balance" between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. The search for this balance is reflected in the structure of Article 1

²⁶ Domen para 51.

²⁷ *Pine Valley and others v Irland* (ECtHR 1991-11-29).

²⁸ *Rosenzweig v Polen* (ECtHR 2005-07-28), *Stretch v Storbritannien* (ECtHR 2003-06-24) och *Hellborg v Sweden* (ECtHR 2006-02-28). I det senare fallet hade Hellborg fått ett positivt förhandsbesked om att få bygga, men sedan vägrats bygglov. Förutom de mål som nämnts i texten ovan, är också *Kjartan Asmundsson v. Iceland* (ECtHR 2004-10-12) intressant.

²⁹ *Lohuis and others v. The Netherlands* (ECtHR 2013-04-30), para 56.

of Protocol No. 1 as a whole, and therefore also in the second paragraph thereof: there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued. In determining whether this requirement is met, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question (...). The requisite balance will not be achieved if the person concerned has had to bear an "individual and excessive burden" (...).

Avslutningsvis bör också observeras att EU-domstolen har anlagt ett motsvarande synsätt när den tagit ställning till invändningar om att miljökrav skulle utgöra ett otillåtet ingrepp i äganderätten. I sin rättspraxis betonar domstolen att äganderätten inte är absolut, utan måste bedömas utifrån sin funktion i samhället. Begränsningar är därför tillåtna om de är motiverade av ett allmänintresse – vilket miljöskydd regelmässigt anses vara – och att konsekvenserna för dem som drabbas inte blir orimliga.³⁰

8. Miljökrav och ersättningsrätt

I vissa situationer är möjligheten till ersättning en förutsättning för att en rådighetsinskränkning är förenlig med artikel 1-P1 EKMR, något som också påpekades av HFD i *Barsebäck*. I några av de rättsfall från Europadomstolen som jag har hänvisat till ovan har det funnits en sådan möjlighet. I andra har det istället poängterats att de som drabbas av en rådighetsinskränkning måste få tid på sig för anpassning, vilket *Fredin* är ett

tydligt exempel på. I det avslutande avsnittet diskuterar jag förhållandet mellan tidsfrister och ersättning. Då Europadomstolen emellertid även i denna del menar att staterna har en vid "margin of appreciation" för att bestämma villkoren för ersättning, börjar jag med att beskriva de svenska reglerna. Diskussionen förs i ljuset av den färska domen av HD om fiskerestriktionerna i Torne älv.

I den svenska regeringsformen (1974:152, RF) ges den grundläggande regeln om ersättning vid expropriation och rådighetsinskränkningar i 2 kap. 15 §. Sedan 2011 är lydelsen följande:

Vars och ens egendom är tryggad genom att ingen kan tvingas avstå sin egendom till det allmänna eller till någon enskild genom expropriation eller något annat sådant förfogande eller tåla att det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad utom när det krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen.

Den som genom expropriation eller något annat sådant förfogande tvingas avstå sin egendom ska vara tillförsäkrad full ersättning för förlusten. Ersättning ska också vara tillförsäkrad den för vilken det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller att skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten. Ersättningen ska bestämmas enligt grunder som anges i lag.

Vid inskränkningar i användningen av mark eller byggnad som sker av hälso-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl gäller dock vad som följer av lag i fråga om rätt till ersättning.

Enligt tredje stycket bestäms ersättning vid rådighetsinskränkningar som är motiverade av hälso- och miljöskydd i enlighet med lag. Ut-

³⁰ Se C-416/10, paras 113–114 med angivna rättsfall, även C-530/11 *European Commission v UK*, para 70.

gångspunkten är alltså att om ett ingripande på detta område görs i enlighet med en viss lagstiftning, så tar dess regler över. I sådana situationer gäller ersättningsrätten alltså bara när det är uttryckligen föreskrivet.³¹ I miljöbalken regleras dessa frågor uttömmande i 31 kap. MB och här framgår att tillståndshavare inte har rätt till ersättning vid omprövning av tillstånd i enlighet med 24 kap. MB. Som nämndes redan i avsnitt 2, gäller emellertid ett undantag för vattenverksamheter – i de fallen ersätts tillståndshavaren för den produktionsvärdesminskning som sker genom förlusten av vatten eller fallhöjd, om än med ett visst avdrag.

HDs avgörande om torneälvfiskarna gällde ersättningsregeln i dess lydelse före 2011.³² Den var då placerad i 2:18 RF som saknade texten i det tredje stycket. Bakgrunden till målet var de restriktioner som utfärdades för fiske efter lax och havsöring i Torne älv genom en förordning 1997. Förordningen var grundad på 1971 års gränsälvöverenskommelse mellan Finland och Sverige och var i stort sett identisk med den reglering som meddelade av Gränsälvskommissionen redan tio år tidigare. 1987 års förordning blev emellertid underkänd i domstolsprövning pga. formella fel i bemyndigandet från regeringen (se NJA 1996 s. 370).³³ Kärandena i målet hade fiske i området som binäring och yrkade ersättning för den skada som hade uppkommit. Staten motsatte sig, väsentligen med motivering att föreskrifterna var motiverade av hälso- och miljöskäl, vilket inte ger rätt till ersättning. Både

tingsrätten och MÖD ogillade talan. Den senare domstolen menade att kraven i och för sig kunde grundas direkt på 2:18 RF och att restriktionerna var sådana att de föll inom det ersättningsberättigande området. Skadan skulle emellertid bedömas genom en jämförelse med förhållandena strax före 1997 års föreskrifter, vilket gjorde att inskränkningarna ansågs ha påverkat fiskemöjligheterna så lite att skadan rymdes under toleranströskeln för "avsevärt försvårande". Den stora förändringen av fiskemöjligheterna har nämligen kommit genom 1987 års föreskrifter. Ersättningsanspråket ogillades därmed.

Högsta domstolen var mer förstående för kärandenas sak och fastställde att staten är ersättningsskyldig för den skada som uppkommit genom fiskeförbudet. I domen uppehåller man sig vid 1993 års förarbeten till 2:18 RF där utgångspunkten var att ersättning inte skulle utgå för rådighetsinskränkningar som motiveras av hälso- och miljöskäl. Det var också lagstiftarens inställning vid tillkomsten av miljöbalken 1998. Den här uppfattningen kritiserades emellertid i den juridiska litteraturen. Några författare menade istället att regeln var allmänt formulerad och därför kunde anses gälla även vid restriktioner av hälso- och miljöskäl, åtminstone för den lagstiftning som tillkommit efter 1993.³⁴ Det tillägg som gjordes 2010 var därför ett klagande att ersättningsrätten inte gäller i dessa situationer. I domen anmärker HD att 2:18 RF var formulerad som en princip som riksdagen ska respektera när den stiftar lagar som medför inskränkningar i markanvändningen, inte som en ersättningsregel för direkt tillämpning i domstol. Enligt domsto-

³¹ Prop. 2009/10:80, s. 170.

³² Högsta domstolen 2014-04-23 i mål nr T 5628-12.

³³ Ersättningsskyldigheten för staten för den skada som uppkom genom fiskeförbudet enligt 1987 års förordning fastställdes genom NJA 2000 s. 637, se även NJA 2001 s. 210 och NJA 2010 s. 8. Även den finska staten blev stämd av de drabbade fiskarna, en rättsprocess som slutade i det nedan nämnda rättsfallet från *Alatulkkila and others v. Finland* från Europadomstolen.

³⁴ Debatten fördes omkring 1995 och det var främst Bertil Bengtsson som förespråkade att 2:18 RF innebar en utökad ersättningsrätt på miljöskyddsområdet, en uppfattning som bl.a. Gabriel Michanek argumenterade emot, se Markägare med rätt att döda. Miljörättslig tidskrift 1995 s. 195.

len var det vidare tydligt dels att lagtexten inte återspeglar lagstiftningens syften, dels att ett antal förbehåll gäller. Det hindrar emellertid inte att ersättningsregeln ändå ger uttryck för en allmän rättsgrundsats. Därefter uttalar domstolen (domen, p. 19, min kursiv):

Som regel medför sådana ingripanden från det allmänna som är motiverade av hälso-skydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl inte någon rätt till ersättning. Ett gemensamt drag för den lagstiftning som ändå ger rätt till ersättning vid sådana rådighetsinskränkningar är tanken att ersättning ska utgå när ingreppet är nödvändigt för att uppnå det önskade resultatet men det vid en avvägning mellan, å ena sidan, arten av det allmänna intresse som ska skyddas och, å andra sidan, ingreppets effekter för den enskilde inte är rimligt att denne ensam ska bära kostnaderna. När den lagstiftning som möjliggör en rådighetsinskränkning inte kan anses ge någon ledning i ersättningsfrågan, ligger det nära till hands att motsvarande proportionalitetsbedömning i stället får göras i det enskilda fallet, med beaktande av att ersättning normalt inte utgår vid ingripanden som grundas på t.ex. miljöskyddsskäl. (Jfr här det skydd som gäller enligt Europakonventionen vid rådighetsinskränkningar och härtill hörande frågor (...)).

I sådana fall – dvs. när lagstiftningen inte ger ledning – kan därför ersättning utgå om hänsynen till den enskilda kräver det, t.ex. om restriktionerna beror på omständigheter utanför den drabbades kontroll och de slår särskilt hårt (20).

Därefter går domstolen över till bedömningen i fallet. Då varken 1971 års gränsöversömmelskommelse mellan Finland och Sverige, 1997 års förordning eller fiskelagen ger någon ledning för bedömningen, får frågan om ersättning avgöras utifrån den allmänna rättsgrundsatsen en-

ligt ovan (22). Sedan konstaterar HD att allmänt sett måste den enskilda räkna med att få tåla inskränkningar i fiskerätten som är motiverade av fiskevårdande föreskrifter. Vidare låg angelägna miljöskäl till grund för föreskrifterna i Torne älv. *Emellertid syftade föreskrifterna närmast till att bevara miljön, inte till att avvärja risker för denna.* Till detta kom att de klagandena hade bedrivit fiske i området under lång tid och att de hade inrättat sin ekonomi efter detta. *De hade heller ingen möjlighet att förutse begränsningar i fisket när de en gång hade förvärvat fastigheterna till vilka fiskerätten var knuten* (23). Dessutom medförde fiskerestriktionerna ett så väsentligt ingrepp i deras verksamheter att det måste anses råda ett klart missförhållande mellan det allmännas fördel och den belastning som dessa medförde för fastighetsägarna. Sammantaget menar därför HD att sådana inskränkningar rimligen inte kan göras utan ersättning (24), varför staten ska kompensera kändarna för fiskeförbudet t.o.m. 2010. När det gällde bedömningen av skadans storlek konstaterar domstolen bara att staten inte kan freda sig med att åberopa sin egen försummelse. Jag förstår uttalandet som att skadebedömningen ska göras mot de förhållanden som rådde före 1987 års olagliga föreskrifter.

Avgörandet väckte omedelbara reaktioner. Lantbrukarnas riksförbund menade att domen har stor principiell betydelse. Skogsägare och lantbrukare som i dag inte kompenseras för liknande begränsningar kan nu komma att få ersättning, t.ex. då föreskrifter för vattenskyddsområden tvingat dem att sluta använda bekämpningsmedel eller gödsel på sina marker. Andra bedömare var av givna skäl mera försiktiga.³⁵ Bertil Bengtsson har kommenterat domen med att den ingår i en serie av avgöranden som visar på en alltmer aktivistisk inställning i skadestandsfrå-

³⁵ <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=161&artikel=5847061>

gor från HDs sida.³⁶ Fiske-domen – tillsammans med en annan som gällde ersättning för förlust av medborgarskap, meddelad samma dag av samma sits – är emellertid första gången som domstolen dömer ut ersättning grundad direkt på RF.³⁷ Fiskeregleringen i Torne älv har visserligen genererat åtskillig rättspraxis om ersättning, men då har det gällt statens ansvar enligt 3 kap. skadeståndslagen (1972:207) för de olagliga föreskrifterna från 1987. Bengtsson ansåg emellertid att HDs avgörande har begränsad betydelse för tiden efter 2010, då det ju gjordes klart i RF att ersättning inte utgår för rådighetsinskränkningar av hälso- och miljöskäl.

Själv är jag inte lika övertygad. Utgångspunkten är visserligen att ersättning för hälso- och miljömotiverade rådighetsinskränkningar endast kan utgå i lagreglerade situationer. HD uttalar ju att den "allmänna rättsgrundsatsen" ska tillämpas i situationer då lagstiftningen inte ger vägledning. Ett inledande problem är emellertid att "miljöskyddsskäl" inte är en klar avgränsning, vilket också Bengtsson pekar på. HDs resonemang i den frågan är dessutom kryptiskt, då man skriver att fiskeföreskrifterna syftar till att "till bevara miljön, inte till att avvärja risker mot denna" Hur ska man förstå det i förhållande till rådighetsinskränkningar som syftar till att rädda den inhemska Östersjöloxen från kollaps? Skillnaden mellan bevarande och riskavvärjning är heller inte särskilt relevant för bedömningen av vad som utgör "miljöskyddsskäl". Även andra delar av HDs domskäl är svårförståeliga, t.ex. när det gäller de klagandes kännedom vid tidpunkten för förvärvet av fastigheterna. Är det inte beroende på när det skedde eller menar domstolen att okunskapen kan inverka på ersättningsrätten även om fastigheten är köpt på 1960-talet då inga

sådana restriktioner kunde förutses? Mest kritisk är jag emellertid till att domstolen rakt av påstår att fiskerestriktionerna medför ett så väsentligt ingrepp att ersättning ska utgå. Eftersom uttalandet gjordes som en del av tillämpningen av en allmän rättsgrundsats hade det varit klargörande med stöd för ett så radikalt ställningstagande, exempelvis från Europadomstolens praxis. HD erkänner visserligen betydelsen av den praxisen, men direkta referenser saknas och enbart indirekta källor används. Det är olyckligt, särskilt som just torneälvsfisket ju varit uppe till Europadomstolens bedömning. *Alatulkkila and others v Finland* (ECtHR 2005-07-28) gällde 1997 års föreskrifter på den finska sidan och här godtog Europadomstolen regleringen, trots att den inte medförde någon ersättning till dem som drabbades.³⁸ Det kan vara svårt att jämföra fallen, men Europadomstolen gör i målet också en noggrann proportionalitetsbedömning med angivande av olika åtgärder och alternativ. En sådan saknas i HDs resonemang, som i dessa delar framstår mera som fritt tyckande. En ytterligare sak som saknas i HDs domskäl är den omvärldsanalys som alltid bör göras vid formuleringen av en allmän rättsgrundsats på ett område som är impregnerat av EU-rätt. Fiskeföreskrifterna i Torne älv var en del i ett större sammanhang, där såväl 1971 års Gränsälvsöverenskommelse som den aktionsplan för Östersjöloxen som utfärdades av IBSFS ingick.³⁹ Numera förvaltas laxfisket genom EUs gemensamma fiskepolitik och en ny aktionsplan är föreslagen.⁴⁰ Det borde alltså vara

³⁸ Se även *Posti and Rahko v. Finland* (ECtHR 2002-09-24) som gällde fiske i Bottenviken.

³⁹ International Baltic Sea Fisheries Commission upphörde 1997, men dess aktionsplan för östersjöloxen gällde till 2006.

⁴⁰ Consultation paper to support the development of a Baltic salmon management plan. European Commission, Bryssel 2009-02-13 (MARE D(2009) 1460 (Annex); http://ec.europa.eu/dgs/maritimeaffairs_fisheries/consultations/baltic_salmon/consultation_document_en.pdf

³⁶ Bengtsson, B: Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten. *Svensk Juristtidning* (SvJT) 2014 s. 431.

³⁷ Högsta domstolen 2014-04-23 i mål nr T 5516-12.

en självklarhet i dessa sammanhang att bedöma de EU-rättsliga konsekvenserna av ett resonemang, t.ex. med avseende på reglerna om statsstöd. Sådana överväganden lyser emellertid med sin frånvaro i HDs domskäl.

9. Slutsatser om kraven och verksamheterna

De förslag som Vattenverksamhetsutredningen presenterar för att anpassa vattenkraftsanläggningar till moderna miljökrav går alltså ut på att länsstyrelserna ska förelägga de verksamheter som har gamla och otidsenliga villkor att ansöka om nytt tillstånd enligt MB. En prioritering efter miljöbehov ska göras i enlighet med en nationell och regional vägledning. Kravet på nyprövning kan omfatta verksamheter med tillstånd enligt VRF, ÄVL och VL, liksom äldre rättigheter. Vid nyprövning ska miljöbalkens allmänna hänsynsregler tillämpas fullt ut, inbegripet rimlighetsavvägningen enligt 2:7 MB. De verksamheter som har tillstånd enligt MB som behöver moderniseras eller anpassas till nya förhållanden ska däremot omprövas efter sedvanligt initiativ av myndigheterna. Vid omprövning ska tillståndshavaren stå för utredningsunderlaget. Ersättning ska inte längre utgå för produktionsförlusten, dock föreslås en övergångstid på fem år efter det att de nya reglerna träder i kraft. Om en nyprövning medför att en verksamhet inte längre kan bedrivas eller avsevärt försvåras och det inte är rimligt att tillståndshavaren ska behöva tåla detta kan ersättning utgå under en övergångstid på tio år efter reglernas ikraftträdande.

Det bör noteras att det också har rests invändningar mot den föreslagna ordningen från miljövårdsintressena. Man pekar på att det inte finns någon absolut sluttid för nyprövningen och att den långsamma domstolsprocessen kommer att göra att processen tar många år att genomföra. Sverige kommer därför inte att hinna anpassa sina vattenförekomster till RVDs krav på

god ekologisk status i tid.⁴¹ Det ligger det mycket i den kritiken, särskilt om vi ser till historien om det svenska genomförandet av EU-regler på miljöområdet. Hur det blir den här gången beror emellertid på den politiska viljan och vilka resurser som statsmakterna väljer att satsa. Att förslagen däremot skulle medföra så stora krav eller snabb omställning för vattenkraften att de kan strida mot EKMR menar jag emellertid är taget ur luften. Det finns som framgått ovan inget stöd för en sådan slutsats i Europadomstolens rättspraxis. Som framgått ovan, har både den domstolen och EU-domstolen istället betonat att begränsningar kan göras i egendomsrätten om de är motiverade av ett miljöskyddsskäl och att ingreppet inte medför en orimlig belastning för den enskilda. Här bör det betonas att de vattenverksamheter som nyprövas kommer att ställas inför de allmänna miljökrav som följer av MBs hänsynsregler och orimliga resultat kommer att kunna hanteras inom ramen för 2:7. Enligt den praxis som utvecklats på miljöområdet tar man normalt sett större hänsyn till befintliga verksamheter genom att de får längre tid på sig för att genomföra nya villkor. Det är emellertid karakteristiskt för det tonläge som råder i den svenska vattenrättsdebatten att man tar till påståenden om brott mot EKMR. I sammanhanget är det anmärkningsvärt att Advokatsamfundet – som ju ska representera något slags kvalificerad juridisk sakkunskap på rättighetsområdet – lånar ut sig till en sådan argumentation. Samfundet menar att utredningen drar alltför långt gångna slutsatser ur *Fredin-fallet*, men anger inga andra rättsfall som pekar i motsatt riktning. Det hade varit välkommet, särskilt Europadomstolen använder just det rättsfallet återkommande när frågan om rådighetsinskränkningar i givna till-

⁴¹ Se särskilt Joakim Kruses särskilda yttranden i de två betänkandena. Kruse är biträdande vattenvårdsdirektör för Vattenmyndigheten Bottenhavet.

stånd kommer på tal. Min slutsats av domstolens rättspraxis är att det är förenligt med artikel P1-1 EKMR att ställa moderna miljökrav på pågående verksamheter med tillstånd under förutsättning att det kan motiveras av tungt vägande allmänintressen – vilket miljöskäl regelmässigt anses vara – och tillståndshavarnas berättigade förväntningar respekteras. Det senare kan ske med tidsfrister eller – i kvalificerade fall – ersättning till dem som drabbas.

I detta sammanhang är det också intressant att diskutera regeln i 24:5 som säger att en omprövning inte får vara så ingripande att verksamheten inte längre kan bedrivas eller avsevärt försvåras. Begränsningen har diskuterats av flera utredningar och det kan nu sägas råda konsensus om att den inte går att tillämpa i EU-rättsliga sammanhang. Industriutsläppsutredningen – som hade i uppgift att föreslå regler för implementeringen av IED i Sverige – föreslog därför tillägget "om inte annat följer av EU-rätten".⁴² Vattenverksamhetsutredningen pekade på att begränsningen medför att miljörättsliga kravregler inte kan få genomslag vid omprövning och delade uppfattningen att den inte är förenlig med EU-rätten. Man ville emellertid ändå inte att den skulle avskaffas, eftersom den utgör ett visst skydd för den enskilda tillståndshavaren. Dessutom är de svenska domstolar ändå skyldiga att bortse från den om tillämpningen skulle strida mot EU-rättsliga krav. För egen menar jag att Industriutsläppsutredningens förslag är svårt att tillämpa, då det mesta inom rättsområdet är EU-rätt och det kommer att uppstå en mängd besvärsliga gränsdragningar mot den "renodlade" nationella rätten. Här som annars är det enklast att

ha en gemensam ordning för all slags miljö rätt. Jag anser vidare att Vattenverksamhetsutredningens förslag alls inte håller. Även om EU-rätten ger valfrihet till nationella lösningarna i medlemsstaterna, ställs ändå ett krav på transparent genomförande i enlighet med de kriterier som EU-domstolen upprepar gång på gång (min kursiv):⁴³

The transposition of a directive into domestic law does not necessarily require that its provisions be incorporated formally and verbatim in express, specific legislation; *a general legal context may*, depending on the context of the directive, *be adequate for the purpose*, provided that it does indeed *guarantee the full application of the directive in a sufficiently clear and precise manner* so that, where the directive is intended to create rights for individuals, *the persons concerned can ascertain the full extent of their rights* and, where appropriate, rely on them before the national courts.

Beroende på omständigheterna kan det alltså vara tillräckligt med en "rättslig ram" för de EU-rättsliga kraven, men den fulla implementeringen måste vara säkerställd och de berörda ska kunna se vad det är som gäller. Man kan diskutera hur vid den rättsliga ramen är, t.ex. när det gäller definitioner av unionsrättsliga begrepp. En helt annan sak är emellertid att ha en regel som direkt strider mot EU-rätten och mena att den ändå inte får tillämpas av myndigheter och domstolar. Det är givetvis inte en "rättslig ram" för bestämmelsen. I det här sammanhanget bör också påpekas att de "rättigheter" som EU-domstolen talar om ovan inte har något att göra med EKMRs motsvarande begrepp. Här avses istället de processuella möjligheterna att komma till tals för att försvara de intressen som skyddas

⁴² Utredningens slutbetänkande var SOU 2011:86 Bättre miljö – mindre utsläpp. Uppdraget var att genomföra Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/75/EU av den 24 november 2010 om industriutsläpp (samordnade åtgärder för att förebygga och begränsa föroreningar) i Sverige.

⁴³ C-59/89 *TA Luft II* [1991], para 18.

i EU-rätten. Och, som numera är klargjort i rättspraxis, inom miljörätten försvarar miljöorganisationerna per definition de allmänna intressena.⁴⁴ Den allmänhet som berörs av vattenverksamheterna – inklusive miljöorganisationerna – ska följaktligen kunna se vad det är som gäller vid omprövning, särskilt som de har rätt att överklaga både tillsynsmyndigheternas beslut om att inte inleda omprövning och själva omprövningsbeslutet.⁴⁵ Sammanfattningsvis menar jag därför att begränsningsregeln i 24:5 måste avskaffas. Den hänsyn till tillståndshavarna som utredningarna hänvisar till kan tas inom ramen för den allmänna skälighetsregeln i 2:7 MB.

10. Tidsfrist och/eller ersättning?

Jag menar alltså att den föreslagna ordningen med nyprövning/omprövning med tidsfrister lever upp till de grundläggande kraven på att de berörda verksamhetsutövarnas intressen måste beaktas, samtidigt som en anpassning till moderna miljökrav kan ske. Det bör emellertid också finnas en ersättningsrätt för särskilda situationer. Normalt bör dock ersättning inte kunna komma fråga för verksamheter som bedrivs med stöd av äldre rättigheter eller domar från tiden före 1918 års VL. Här är det tillräckligt med en tidsfrist för när kraven senast ska vara genomförda. Med tanke på att den svenska prövningsprocessen tar mycket lång tid bör fristen kunna sättas till fem år och ändå innebära att miljömyndigheterna börjar meddela förelägganden om nyprövning snart efter det att reglerna trätt i kraft.

När det sedan gäller ersättningsfrågan är det tillfredsställande att det har börjat tränga

ned en medvetenhet om det problematiska i att betala ersättning till verksamhetsutövare för att de ska leva upp till miljörättsliga och EU-rättsliga krav. Utredningen om ersättning vid rådighetsinskränkningar gick t.o.m. så långt att den ifrågasatte om inte den nya regeln i expropriationslagen som innebär att vi betalar 125 % ersättning vid rådighetsinskränkningar strider mot unionsrätten. När det sedan gällde statsstöd hänvisade man till kommissionens riktlinjer, där det bl.a. framgår att sådant får ges endast om åtgärderna leder till en miljöskyddsnivå som är högre än den som hade uppnåtts utan stödet och de positiva effekterna överväger de negativa effekterna i fråga om snedvridning av konkurrensen. Som exempel på tillåtet statsstöd nämns stöd till åtgärder som går längre än unionsnormerna, höjer nivån på miljöskyddet i avsaknad av sådana normer eller som är till för tidig anpassning till framtida normer.⁴⁶ Utredningens analys av mötet mellan unionsrätten och de svenska reglerna är emellertid inte särskilt djupgående och i slutändan avfärdar man problematiken med att det nog aldrig blir skarpt läge eftersom miljökraven oftast ställs genom direktiv.⁴⁷ Samma inställning presenteras av Vattenverksamhetsutredningen.⁴⁸ Utan att gå in på frågan närmare, tror jag det är att underskatta kraften i det unionsrättsliga förbudet mot olagligt statsstöd. Om vi systematiskt ersätter verksamhetsutövare vid ny- eller omprövning för genomförandet av kraven enligt RVD eller AHD, kommer givetvis kommissionen att reagera.⁴⁹ Frågan bör alltså analyseras mera ingående, men det får anstå till senare tillfälle.

⁴⁴ C-115/09 *Trianel* [2011], para 48, se Darpö, J: Rätten att klaga på miljöbeslut i EU-rättslig belysning. Del 1: Svensk rättspraxis om talerätten enligt miljöbalken i ljuset av nya avgöranden av EU-domstolen. Europarättslig Tidskrift 2013 s. 217.

⁴⁵ Se artikeln ovan om klagorätten med hänvisning till rättsfallen MÖD 2011:46, MÖD 2012:47 och MÖD 2012:48.

⁴⁶ SOU 2013:59 s. 71 f med hänvisningar till Gemenskapens riktlinjer (2008/C 82/01) för statligt stöd till miljöskydd.

⁴⁷ SOU 2013:59 s. 115.

⁴⁸ SOU 2013:69 s. 261.

⁴⁹ Såvitt jag känner till har redan en kommunikation om detta inletts under EU Pilot. Närmare detaljer om detta är emellertid svårt att få fram, då ju dessa numera regelmässigt hålls hemliga.

Även i andra avseenden är SOU 2013:59 mindre tydlig i diskussionen om när det kan bli aktuellt med ersättning för miljökrav. Jag kan hålla med om många av de slutsatser som dras, men har problem med de underliggande resonemangen. Utredningen har läst lagstiftningen och förarbetena och sedan diskuterat frågorna utifrån det materialet. Därmed har man missat att ersättningsreglerna ofta har historiska och – inte minst – politiska förklaringar. Exempel på det senare finns t.ex. när det gäller olikheter i reglerna om ersättning vid utbrott av smittsamma djursjukdomar. En bestämmelse som är omöjlig att förstå utan sin historiska bakgrund är ersättningen för inskränkningar av markanvändningen kring ett vattenskyddsområde. Dessa regler utvecklades för mer än 50 år sedan inom vattenrätten och ansågs ursprungligen vara en form av servitut till förmån för vattentäkten. Som bekant ersätter man den "tjänande" fastigheten i sådana sammanhang. Föreskrifterna i vattenskyddsområdena innehåller vanliga miljöskyddsåtgärder som förbud mot att lagra kemikalier, försiktig med besprutning och gödsling. Hade utredningen bara höjt blicken något, hade man insett det självklara – inte minst mot bakgrund av grundläggande miljörättsliga principer som försiktighetsprincipen och PPP som man annars hänvisar till – dvs. att för rådighetsinskränkningar som dessa ska samhället givetvis inte betala ersättning. Vidare förs resonemangen om tillstånd helt utan tidsfaktorn beaktas. Därmed missar man att det är stor skillnad mellan att ställa nya krav på en verksamhet efter tre eller fem år efter tillståndet meddelades, jämfört med att ställa dessa på en verksamhet som bedrivits med oförändrade villkor i 30 eller 50 år. Ganska ofta använder utredningen uttrycket "naturlig" som grund för sina bedömningar, vilket är svårt att förhålla sig till. Man påstår vidare att det inte är "rimligt" att den enskilda tillståndshavaren får bära kostnaden för att den allmänna opinio-

nen har svängt eller för att tillståndsmyndigheten har missbedömt en risk.⁵⁰ Det tycker jag är en fråga som är svår att ta ställning till utan att känna till andra aspekter, som exempelvis tidsfaktorn, vad slags verksamhet det är frågan om, investeringscyklarna inom branschen, osv. Man kan onekligen också anlägga ett motsatt synsätt, vilket illustreras av det tyska beslutet att avveckla kärnkraften efter Fukushima. Här menar regeringen att det bör ske utan ersättning till de inblandade företagen, trots att villkoren har ändrats sent och ganska dramatiskt.⁵¹ Grunden för den inställningen är en tanke om ett gemensamt ansvar som innebär att alla aktörer ska vara med och dela på bördorna när samhällsvärderingarna ändras. Nu har givetvis de inblandade företagen utmanat beslutet i Författningsdomstolen och vi vet inte hur det står sig. Den underliggande idén är emellertid förankrad i miljörättsdiskussionen i Tyskland och den är intressant att använda som jämförelse.⁵²

Mina invändningar gäller som sagt främst de underliggande resonemangen i utredningen. Däremot håller jag med i slutsatsen att ersättningsrätten vid omprövning av vattenverksamhet bör tas bort, liksom jag håller med Vattenverksamhetsutredningen om att ersättning bör kunna ges för nyprövning/omprövning av vissa situationer under en övergångsperiod. Låt mig ge några hållpunkter för en sådan lösning. Till att börja med bör förutsättningarna vara stränga och inte täcka situationer då tillståndshavaren fått tid på sig till anpassning till de grundläggande miljökraven, vilket också är Vattenverk-

⁵⁰ SOU 2013:59 s. 136.

⁵¹ Se Lindell, H: Ersättningsrättens gränser vid ingrepp i tillstånd till kärnteknisk verksamhet. Examensuppsats vt-14 vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet. <http://uu.diva-portal.org/smash/searchlist.jsf?searchId=1>

⁵² Se Winter, G: The Rise and Fall of Nuclear Energy Use in Germany: Processes, Explanations and the Role of Law. Journal of Environmental Law (JEL), January 24, 2013. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2209027>

samhetsutredningens inställning. Till skillnad från utredningen anser jag emellertid att ersättningsmöjligheten bör ges i administrativ ordning med sedvanliga möjligheter att överklaga till miljödomstol. Rätt utformad kan nämligen en sådan lösning erbjuda klara fördelar jämfört med ersättningstalan i domstol. En är att rättegångskostnadsreglerna i den sedvanliga processen kan vara synnerligen processdrivande. De bygger nämligen på att den som begär ersättning har rätt att få sina ombudskostnader täckta i första instans, i stort sett oavsett hur ogrundad talan är.⁵³ Erfarenheterna visar att det allmänna därmed försätts i en utpressningssituation. Med en administrativ ordning kan lagstiftaren också ta ett helhetsgrepp på frågan om reglerna är förenliga med EU-rätten. Har man istället en allmän regel som grund för ersättningsanspråken blir det domstolarna som från fall till fall ska göra den bedömningen, vilket inte främjar det systematiska angreppssätt som måste användas i dessa sammanhang. En administrativ ordning bör också kunna bygga på att ersättning utgår med skäliga belopp och därmed bör man kunna gå ifrån den kontroversiella 125 %-regeln. Det finns slutligen heller inget som hindrar att man i ett sådant ersättningssystem bygger in fonder och stödpaket för att underlätta anpassningen till miljökraven, givetvis under förutsättning att de är förenliga med unionsrätten.

11. Slutord

I artikeln har jag diskuterat några grundläggande frågor om mötet mellan gamla vattenrättsliga tillstånd och nya miljökrav. Ambitionen har varit att belysa två saker; dels att de allmänt formulerade farhågorna för att en ordning som bygger på nyprövning av otidsenliga tillstånd skulle strida

emot EKMR är grundlösa, dels att den vattenrättsliga diskussionen måste föras med ett tydligare EU-rättsligt perspektiv. Förhoppningen är att artikeln kan bidra till en mera sansad debatt. Det börjar nämligen bli hög tid att gå vidare till andra frågor kring vattenverksamheterna, där det finns ett angeläget behov av analys och konstruktiv diskussion. I artikeln flaggar jag för att mötet mellan EUs statsstödsregler och miljöbalkens ersättningsregler är en sådan. En annan kan vara att jämföra användningen av tidsbegränsade tillstånd i olika rättssystem, kanske i en nordisk komparation. Det nationella genomförandet av EUs s.k. ålförordning (1100/2007) är också intressant. Den har i Sverige implementerats genom en frivillig avsiktsförklaring från de inblandade vattenkraftsbolagen, vilket bör diskuteras mot bakgrund av det unionsrättsliga kravet på en tydlig rättslig ram. Många av frågorna rör RVD och flera av de farhågor som har uttalats om det svaga genomförandet av miljökvalitetsnormerna för vatten bör utredas och diskuteras vidare. Så sker visserligen redan idag inom forskningsprogrammet SPEQS med deltagare från flera universitet och discipliner.⁵⁴ Programmet är emellertid begränsat till vissa delområden, varför det fortsatta forskningsbehovet är stort och långsiktigt.

⁵³ Se MÖD 2003:75 för en illustrativ belysning av de låga krav som ställs på att käranden ska anses ha "tillräckliga skäl" att inleda rättegång och därigenom få sina kostnader ersatta av det allmänna.

⁵⁴ <http://www.speqs.se/forskning/>