

Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2016:3

www.nordiskmiljoratt.se

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2016:3

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Gabriel Michanek

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

Content

Gabriel Michanek; **Introduction** ... 5

Hannes Veinla and Siim Vahtrus; **Substantive environmental right in Estonia
– Basis for citizens' enforcement** ... 7

Annika K. Nilsson; **Styrning av miljötillsynen – reformbehov och förslag
i ljuset av den förvaltningspolitiska utvecklingen** ... 23

Christina Olsen Lundh; **Norm är norm – om flytande normprövning och
implementeringen av ramdirektivet för vatten** ... 57

Introduction

Gabriel Michanek, editor

The seventeenth issue of Nordic Environmental Law Journal includes three articles. In *Substantive environmental right in Estonia – Basis for citizens' enforcement*, Hannes Veinla and Siim Vahtrus discuss the scope of the General Part of the Environmental Code in Estonia, providing for every person's right to an environment adequate to his or her health and scope of well-being, if they have a significant exposure to that environment.

The second article is authored by Annika K. Nilsson: *Styrning av miljötillsynen – reformbehov och förslag i ljuset av den förvaltningspolitiska utvecklingen*. The paper elaborates on the topic of state control over a decentralized administration, which is fundamental in Swedish environmental management. The article contains a critical analysis of a currently discussed suggestion for central regulation and control, in light of the general development and topical debate on state steering after New Public Management.

The third paper by Christina Olsen Lundh is titled *Norm is norm – om flytande normprövning och implementeringen av ramdirektivet för vatten*. It is a critical analyse of a Swedish case from the Land and Environmental Court of Appeal, concerning the question if a water operation would jeopardize the obtainment of good ecological water status according to the Water Framework Directive, specified in Swedish environmental quality standards. Olsen Lundh also discusses if it is possible to apply the exemptions in article 4.7 of the Water Framework Directive (2000/60/EC) in a Swedish permit assessment. The Swedish case and the reasoning in the article are closely connected to the CJEU rulings in the cases C-461/13 (*Weser*) and C-346/14 (*Schwarze Sulm*).

Substantive environmental right in Estonia – Basis for citizens' enforcement

Hannes Veinla* and Siim Vahtrus**

Abstract

Estonia has become one of the countries which have recognized environmental substantive right in a statutory law. Estonia's new General Part of Environmental Code Act provides for every person's right to an environment adequate to his or her health and well-being, if they have a significant exposure to that environment. This right should be considered as an additional, potentially highly important basis for ensuring compliance with environmental laws, both in member state and EU contexts. It now provides more individuals with the right to demand action from authorities and challenge decisions and omissions in courts. However, it does not essentially create an "actio popularis" standing: to assert this right, a range of conditions must be met. In addition to the presence of special relationship with affected environment, the scope of this right is further defined by the concept of "environment", the essence of health and in particular well-being needs and the criteria for non-adequacy of the environment. As the right is worded in a rather abstract way, its enforcement will depend on the dominant interpretation patterns in future legal practice.

1. Introduction

After the restoration of Estonian independence in 1991, a new legal system was established in all major sectors of environmental law in a very short period of time during the first half of 1990-s. In most cases, these new regulatory instruments were prepared hurriedly and without proper analysis. In 2004, Estonia became a member of EU. Regrettably, the transposition of EU law into the Estonian legal system was also done in a formalistic way and unsystematically, resulting in a considerable degree of disorder. This disorder was one of the main reasons for the subsequent reform of Estonian environmental law, labelled as the codification of environmental law, with the final aim of establishing the Environmental Code¹. This process was started in 2007, and has not been fully completed yet. On 16th of February 2011, the Parliament (*Riigikogu*) adopted the General Part of the Environmental Code Act² (hereinafter GPECA), which establishes the fundamental concepts and definitions in environmental law. In addition, GPECA provides the principles of environmental protection and the basic environmental obligations as well as fundamental provisions protecting environmental substantial and procedural rights. However, the immediate entry into force of GPECA was not possible. Entry into force occurred three years later,

* HannesVeinla is Associate Professor of Environmental Law of the University of Tartu (Estonia), hannes.veinla@ut.ee.

** Siim Vahtrus is a lawyer of Estonian Environmental Law Centre and Chairman of the European network of environmental law organizations Justice and Environment, siim@k6k.ee

¹ H. Veinla. *Basic structures of the draft general part of environmental code act*. Juridica International. 2010, Vol 1, pp. 128–137.

² Passed 16.02.2011, RT I, 28.02.2011, 1

in 2014. Considering the previous disorganised state of Estonian environmental law, GPECA is rather innovative development. It also contains many provisions, which will lead to a number of substantial changes in national environmental law and implementation of EU law. One of such provisions is Article 23 of GPECA which stipulates the substantive right to an environment adequate to a person's health and well-being.

Sections of the GPECA that are related to rights are phrased in a fairly abstract way and the implementation practice of the substantive environmental right is so far almost non-existent. This is what makes a dogmatic analysis of the right essential. This article examines the rationale behind the right, the legal definition of the right, its relationship with other basic structures of GPECA, brings up its sources and different models and analyses its main elements.

2. Prime rationale behind the right

The prime rationale behind the environmental substantive right is to involve citizens more effectively in the implementation and enforcement of environmental laws as well as reaching environmental policy goals, such as the high level of environmental protection. Such involvement is undoubtedly an important additional resource for achieving environmental compliance, which is still largely untapped.

Traditionally, procedural rights (especially participation in decision-making) were seen as the key mechanism for involving citizens in enforcement of environmental laws.³ Solely relying on procedural rights, however, may not be effective enough to ensure a high level of environmental protection in practice. Execution of procedural environmental rights might not be sufficient to

safeguard the achievement or retention of a level of environmental quality which actually corresponds to health and well-being needs⁴.

Procedural rights are traditionally divided in three pillars: access to information, participation in decision-making, and access to justice. This division and contents of the rights follow the template set in the "UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters" (hereafter, "the Aarhus Convention"). The purpose of procedural rights is to ensure the protection of the rights of persons by creating a uniform procedure, which allows participation in decision-making and judicial control. One of the key elements of procedural rights is the obligation of the administrative authority to grant a participant in a permit or planning procedure a possibility to provide his or her opinion and objections in a written, oral or any other suitable form. The right to participate, however, does not automatically guarantee a decision that a person expects. Procedural rights are meant to ensure fair treatment in the "due process" but do not directly affect the outcome of such a process.⁵

The substantive environmental right, on the other hand, relates to the content, the required level of environmental protection required. Enforcement patterns of the substantive environmental right are manifold. Citizens can use it to contribute to the government's enforcement efforts. Public authorities can rely upon the collaboration of citizens that together with the authority are demanding that other actors, e.g. industrial operators respect and/or achieve

³ D. Shelton. *Human Rights and the Environment. What Specific Environmental Rights have been Recognised*. Denver Journal of International Law and Policy. 2008, Vol 35:1, pp. 129–133.

⁴ D. Shelton. *Developing substantive environmental rights*. Journal of Human Rights and the Environment. 2010, Vol, No 1, pp. 89–120.

⁵ G. Winter. *Theoretical foundations of public participation and administrative decision –making*. Environmental Democracy and Law (ed. G. Bandy). (Europa Law Publishing, Groningen 2014)

a particular quality of environment. However, citizens can also require action from the government and spur the administration to actively work for a particular protection level, which in reality guarantees an adequate environmental quality for persons. It is therefore important that this right is accompanied by access to justice and effective remedies.

The characteristic feature of judicial control is the fact that court does not begin to exercise control on their own initiative but only on the basis of an action. It is natural that in different jurisdictions certain limits have been laid down with regard to bringing actions against the executive. Regarding possible models of the right of initiative in administrative court procedure – four action categories can be distinguished abstractly: actions for the protection of rights, actions based on interests, popular actions and association actions⁶. Under Estonian law, a person is entitled to request revision of administrative acts or omissions from the court only if his or her subjective rights have been violated by an administrative body. The main reason for the Estonia restrictive system lies in the historical roots of the Estonian legal system, which was always modelled along the lines of a German model, where the violation of subjective rights is interpreted in the context of the protective norm theory. Under this theory, the infringement of the provision of public law leads to the violation of a subjective right only in case the violated provision directly protects the person's legal interest. According to this model, the essence of subjective rights is the legal entitlement of a person to require certain behaviour from another person, the omission or tolerance of his or her interests. Since environmental impact often affects a large number of persons generally,

the application of protective norm theory is very problematic.

The Aarhus Convention strives to offer some solutions to such problems. The Convention defines obligations that parties have to perform before their citizens, rather than obligations between the parties. This feature makes the Aarhus Convention similar to human rights treaties. According to the convention, each Party should ensure, within the framework of its national law, access to a review procedure before a court of law or another independent and impartial body established by law. The Parties to the Convention still retain broad discretion regarding the implementation of their obligations under the Convention. In many cases the Convention leaves the choice of implementation means and methods to the Parties. Despite the fact that the particularities of access to justice shall be governed by Party's legislation, the convention still encourages wide assess. What is more, the Party should also establish appropriate assistance mechanisms to remove other barriers to access to justice. In defining appropriate means and methods of implementation Parties have to take into account the general objective of the Convention, which is to guarantee representatives of the public broad, simple and effective access to information, decision-making process, and justice in environmental matters. The Convention reflects the need to make certain rearrangements in the ruling doctrine of administrative law, which in the first place concerns the elements that are related to the openness of the society, public participation and a broader and easier access to justice. Substantive environmental right stipulated under Estonian law generally meets these basic principles and expands the possibilities for citizen's enforcement considerably⁷.

⁶ I. Pilving, *Right of action in Estonian administrative procedure*. Juridica International. Vol. IV, 1999, pp. 53–56.

⁷ On the influence of Aarhus Convention on Estonian law see. H. Veinla, K. Relve. *Influence of the Aarhus Con-*

Regarding standing requirements as a rule distinction can be made between a “right-based” and an “interest-based”. The latter mentioned countries have usually more liberal approach to standing.⁸ In principle Estonia belongs to the first group. The primary purpose of the procedure in administrative courts in Estonia is to protect the rights of individuals (including environmental rights) against unlawful actions performed in the course of the exercise of executive authority. This principle has remained unchanged, but the new substantive right expands citizens’ opportunities to defend the environment to a broader geographical area outside their property and also enables to contest situations where “merely” their well-being is affected. According to the Estonian Code of Administrative Court Procedure, the court has in fact a considerably wide competence once it has established the violation of an individual’s right. Citizens’ actions may seek different remedies. As an example, when granting an action, the court may, in the judgement annul the administrative act in part or in full, order that an administrative act be made or an administrative measure be taken, prohibit the making of an administrative act or the taking of an administrative measure or even award compensation for harm caused in a public law relationship.

To exemplify the way in which the new substantive environmental right expands access to justice for citizens, one could think of a case where a passionate recreational fisherman would be concerned about the environmental impacts

of a plan to build wind turbines and connecting power lines in a bay which he has been regularly using for fishing. Before the acknowledgement of the substantive right such a fisherman would have had the opportunity to voice his concerns during public consultation of permits needed to build the turbines and power lines. However, he would in all likelihood not have had legal standing to challenge the permits in a court of law, as he could not have shown any infringement of his rights, despite the clear effect they may have on his well-being. After the recognition of the new substantive right, however, he now has a chance to rely on that right to defend his legitimate interests also in administrative courts.

The substantive environmental right, in this context, is also relevant to ensuring the application of EU environmental directives. Such directives generally oblige member states to attain objectives of the directives.⁹ Certain articles of EU directives are capable of providing individuals with specific rights. The Court of Justice has repeatedly confirmed this doctrine.¹⁰ Violations of those rights have to be contestable in the national court. However, not all provisions of environmental directives are enforceable in accordance with this principle. As a matter of principle, a citizen should be able to force authorities to take reasonable measures to contribute to achievement of environmental directives objectives and fulfilling of specific requirements. However, the actual opportunities of citizens to claim remedies in case of breaches of environmental laws is dependent on the peculiarities of the Member State’s legal system. The substantive environmental right, as provided in Estonian law is accompanied by legal remedies and therefore considerably expands citizens’ ability to contrib-

vention on Access to justice in environmental matters in Estonia. European Environmental Law Review. 2005, Vol 14, No 12, pp. 327–330.

⁸ See Effective Justice? Synthesis report of the study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in Seventeen of the Member States of the European Union (ed. J. Darpö). 2012-11-11/Final. Pp. 12–15. Available: <http://ec.europa.eu/environment/aarhus/pdf/synthesis%20report%20on%20access%20to%20justice.pdf>

⁹ S. Perchal, *Directives in EC Law*, II edition, 4 (Oxford University Press 2004)

¹⁰ E. g. *Commission v. Germany* (C – 361/88): (1991) E.C.R. I-2567.

ute to better implementation of environmental requirements and objectives of EU origin. As a “rule of thumb”, an activity breaching EU rules on environment is probably liable to breach the substantive right of a person who has a special relationship with the environment affected by the breach.

3. EU initiatives related to environmental rights

An evolving trend towards recognising rights to effective remedies in environmental matters has been observed not only in the case law of European Court of Human Rights¹¹, but also in EU context. Important impetus to rights-based approach regarding implementation of EU environmental requirements was Aarhus Convention, which has been ratified by the EU and all its Member States. In broader political context this convention relates also to the more effective implementation of EU's harmonised legislation, which is essential for maintaining a high level of protection of environment and human health. In 2003, the Commission adopted a proposal for a horizontal, comprehensive Directive on access to justice in environmental matters¹². The idea behind the proposal was to grant access to justice for individuals concerned insofar as they maintain impairment of a right. The Court of Justice in its case-law, in particular in the *Janecek* and *Slovak Brown Bear* cases¹³, has taken some steps

forward confirming the right to access to legal protection at different levels.

Because of several reasons, the adoption of this horizontal directive has failed. Most of the Member States opposed the proposal, arguing it unjustifiably interferes with the systems of administration of justice in the Member States. Nevertheless, the recognition of the idea of providing more comprehensive and effective access to justice in environmental matters is widespread. This trend is at least partly based on EU law and international treaties that form part of the EU legal order. The EU has in fact adopted various legislative initiatives to ensure the implementation of the Aarhus Convention not merely at Member State level¹⁴ but also at the Union level.

4. Origins and role models of the right

The idea that healthy environment could be connected with personal rights in itself is nothing new. It has been emphasised that damage to the environment can impair and undermine all the human rights spoken of in the human rights instruments.¹⁵ At the same time, for a long period, it was considered a mere prerequisite to different personal rights (most notably, the right to life and the protection of health, as well as full enjoyment of property rights). A right to healthy envi-

¹¹ See e.g. J. van de Venis. *A Human Right to a Clean and Healthy Environment: Dream or Reality in Europe*. ELNI review. 2011, No 1. pp. 27–35.

¹² COM(2003) 624 final – 2003/246/COD. 2 OJ C 103E, 29.04.2004, p. 451–626.

¹³ Case C-237/07, “*Janecek*”, where the Court recognised a citizen's entitlement to challenge the inadequacy of an air quality management plan and Case C-240/09, *Slovak Bears*, where the Court ruled that Article 9(3) of Aarhus had no direct effect but that national courts must anyway promote access by NGOs.

¹⁴ E.g. Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC (OJ L 41, 14.2.2003, p. 26), Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC (OJ L 156, 25.6.2003, p. 17), Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage (OJ L 143, 30.4.2004, p. 56) etc.

¹⁵ See e.g. *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hung. v. Slov.), 1997 I.C.J. 92 (Sept. 27) (separate opinion of Judge Weeramantry).

ronment as a separate right has entered the legal thought in rather recent times. The first international document that hints at a possibility of such a right is the UN 1972 Stockholm Declaration. According to Principle 1 of this document “Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations”.

The next milestone in the history of a right to healthy environment on the international level was reached 20 years later, in the 1992 UN Rio Declaration. Although it emphasises the need to provide individuals with the so-called access rights (access to environmental information, public participation and access to justice), its Principle 1 also claims, “They [human beings] are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature”. Here too, the Declaration falls short of recognising the right to healthy environment *per se*.

Undoubtedly case law of the European Court of Human Rights has played prominent role regarding environmental rights. Referred case law reflects quite clearly the idea that environmental law and human rights law are mutually reinforcing. Though no right to environment has been directly included in the European Human Rights Convention the case law of the Court has shown the growing understanding about the close links between the protection of rights of individuals and the environment.¹⁶

For Estonia, the Aarhus Convention was probably the most important source of inspiration for establishing the right to healthy environment as a separate individual right. According to

the 7th point of the preamble as well as Article 1 of the Convention, the parties acknowledge the inherent right of individuals to live in an environment that corresponds to the needs of their health and well-being. Although the Convention does not explicitly require its members to provide such a right in their national legal order, the Parties do admit that such a right exists.

Unlike a number of constitutions elsewhere, the Estonian Constitution does not include a specific right to healthy environment. The Constitution however does provide that the protection of environment is everyone’s duty (Art 53)¹⁷.

Even before the right to healthy environment was clearly recognised in the Estonian legislation, there was substantial case-law on this issue. This firstly developed in lower tiers of the court system. The right to an environment with a certain quality as it has been established in the GPECA has been largely inspired by the case law of the Tallinn Circuit Court in the years 2007–2008. In at least two cases the court ruled that legal standing should also be granted to persons in cases where the person has regularly used a certain natural resource, he/she often spends time in the area impacted by some administrative decision, if they have a more intense relationship with the environment impacted or their well-being depends otherwise on environmental impacts related to the challenged decision. The court ruled that the environment this basis for legal standing is related to may be wider than a person’s property and may include, *inter alia*, public spaces surrounding their property.¹⁸

In 2010, however, the Supreme Court ruled that as of that time, a separate right to clean envi-

¹⁶ Manual of Human Rights and the Environment. Principles Emerging from the Case Law of the European Court of Human rights. (Council of Europe Publishing 2006), p. 8

¹⁷ K. Relve. *The subjective right to environment in the general part of environmental code act*. Juridica International. 2016, No 1, p. 34–36.

¹⁸ Case No 3-07-102, TlnRingKm 13.08.2007; Case No 3-06-1136, TlnRnKo 18.03.2008; Case No 3-06-188, TlnRnKo 26.06.2008.

ronment did not exist, even if an interest in living in a clean and healthy environment could be indirectly protected by relying on other rights, e.g. procedural rights, the right to health and property rights¹⁹. According to the court, a right to clean environment could not be directly derived from the constitutional provisions. Case-law of the Supreme Court was not fully coherent though, as at the same time, the Supreme Court did give legal standing in the field of environment already in cases where the person could demonstrate that the challenged decision had a significant influence on its interests.²⁰

5. Legal definition of the right and its links with the other basic structures of GPECA

5.1 Legal definition of the right in GPECA

Wording of the right is obviously modelled on the basis of Article 1 of the Aarhus Convention, which also provides that every person of present and future generations has the right to live in an environment adequate to his or her health and well-being. Under Estonian law, every person enjoys such right if they have a special relationship with the affected environment. The wording of the right takes into account the precautionary principle and a certain degree of uncertainty inherent to environmental impacts and stipulates that the “affected environment” in this context also includes the environment that is likely to be affected by some activity or omission. To assert this right, a whole range of additional conditions must be met. In addition to the presence of special relationship with the affected environment, the scope of the right is further narrowed by the concept of “environment”, the essence of health

and in particular well-being needs and criteria of non-adequacy of the environment. These aspects of the right will be dealt with more thoroughly below.

5.2 Links with other basic concepts and fundamental principles of GPECA

The substantive right to an environment adequate to a person's health and well-being has strong links with many other basic structures of GPECA. In particular, it is linked with some basic concepts and fundamental principles of Estonian environmental law – first of all the concepts of “environmental hazard” and “environmental risk” and hence with preventive and precautionary principles. Estonian law distinguishes between these two concepts and principles quite strictly.

The right to an environment adequate to a person's health and well-being is meant to protect persons not against all negative environmental impacts, but first and foremost against environmental hazards – such impacts which the Estonian law defines as at least highly probable and which would bring about negative consequences so serious that they should be avoided at all costs. An environmental risk differs from the concept of a hazard mostly by the fact that one or both characteristics (high probability and/or significant nuisance) of a hazard are absent. Unlike environmental hazards, environmental risks should be reduced by reasonable precautionary measures. Consequently, in case of environmental risks, reliance on the substantive environmental right is not completely ruled out, but still much less likely than in case of environmental hazards.

The concept of an environmental hazard thus contains of two key elements, which characterise the likelihood of the occurrence of a negative environmental effect and the significance of the effect. Under GPECA the occurrence of

¹⁹ Case No 3-3-1-101-09, RKHKm 18.06.2010 (p 13).

²⁰ Case No 3-3-1-86-06, RKHKo 28.02.2007; Case No 3-3-1-68-11, RKHKo 12.01.2012; Case No 3-3-1-87-11, RKHKm 19.03.2012.

a significant environmental nuisance must be prevented²¹. GPECA provides that, unless prescribed otherwise in the law, an occurrence of a significant environmental nuisance shall be presumed in the following cases:

- Upon exceeding the environmental quality limit;
- Upon causing a pollution i.e. significant unfavourable change in the quality of air, water or soil, caused by polluting;
- Upon causing environmental damage, i.e. a measurable adverse change in a natural resource or measurable impairment of a natural resource service which may occur directly or indirectly in the environment;
- Upon causing a significant environmental impact as defined by environmental impact assessment rules;
- Upon causing significant adverse effects to a Natura 2000 site.

In all aforementioned cases, a strong relationship between a significant environmental nuisance and a violation of the right to an adequate environment can be observed, except for the last item in the preceding list. Significant adverse effects to a Natura 2000 site in essence mean negative impacts to reaching or maintaining the favourable conservation status of protected habitats or species. Although human health and well-being are therefore not directly addressed by rules related to impacts on Natura 2000 sites, the needs of human beings regarding their health and well-

being may in many cases overlap with needs of protected species and habitats.

Differentiation between environmental hazards, which should be prevented and environmental risks that ought to be reduced is also relevant in the context of legal remedies. For enforcement purposes of the substantive right, Article 23(5) of GPECA enables an affected person to claim certain remedies. If environmental quality is inadequate, the exposed person can request an administrative authority to sustain the environment, i.e. to avoid the deterioration of environmental quality. An administrative authority may also be requested to take reasonable measures for ensuring the adequacy of the environment to health and well-being. In assessing the reasonableness of these potential measures, the benefits gained from the improvement of the environment and the burden imposed by the measures should be taken into consideration. This means in essence that when assessing the reasonableness of measures, the test of proportionality is decisively important. In case of environmental hazards, measures that should be taken by the authority may be far more burdensome than in case of risks.

5.3 Links with environmental fundamental obligations and permit procedures.

Articles 16–22 of GPECA provide the fundamental environmental obligations of an operator. First and foremost, these obligations impose a duty to apply the necessary measures for preventing environmental hazards and to take reasonable precautionary measures for reducing environmental risks. Fundamental obligations are particularly relevant in the context of issuing environmental permits. Fulfilling of these obligations is a prerequisite for the issuance of a permit and the basis for determining permit conditions. Failure to comply with these obligations can be the basis for amending the conditions of

²¹ An environmental hazard or a significant environmental nuisance must be tolerated in exceptional cases – if the relevant activity is necessary for securing a dominant interest, there is no reasonable alternative, and the necessary measures have been taken in order to reduce the environmental threat or the significant environmental nuisance

the permit or even its revocation. A permit issuer is authorised to exercise supervision over the legality of the activities authorized under the permit. As mentioned above, Article 23(5) of GPECA enables the affected person to request a permit authority to take reasonable measures for ensuring the adequacy of the environment. In case of such a request, if an authority identifies a failure to comply with the obligations of an operator, it can be the basis for amending the conditions of the permit or even its revocation to ensure the protection of the right to environment that complies with person's health and well-being needs.

6. Key elements of the substantive right

6.1 The concept of environment

The term "environment" is not clearly defined in most of the jurisdictions²² as well as in GPECA or any other national law in Estonia. The same applies to EU environmental law, where different Directives and Regulations have also refrained from defining what makes up the "environment". Taking into account the abstract nature of the term and its many uses, any attempt to provide a comprehensive legal definition would also be rather unrealistic. In practice this will still be an important question, however, as the object or the "value protected by" the right in question is the environment.

The word "environment" is sometimes used both in Estonian as well as English as a very wide term, covering not only the natural environment but also concepts such as social, cultural, economic "environments". It is clear from different provisions of GPECA as well as other national laws that a narrower concept is meant here. Indirectly, the term "environment" could be interpreted with the help of the concept

of "environmental information", which logically can also be interpreted as information on the "environment". In the definition of the environmental information, found both in GPECA as well as Access to Environmental Information Directive (both are in turn based on Aarhus Convention), a non-exhaustive list of elements of the environment is provided. This list includes air and atmosphere, water, soil, land, landscape and natural sites, biological diversity and its components etc. It is important to note that the Court of Justice has taken a broad view of what constitutes "environmental information". In case C-266/09 the Court of Justice, for example, found that environmental information includes information submitted for authorisation of a plant protection product.

Another hint as to what is meant by environment in the context of the substantial right is found in the term "environmental protection" "which as an activity defining the environmental NGOs is provided in Article 31 of GPECA. In this context, both the protection of the natural environment as well as the research and introduction of nature and natural heritage are included. As natural heritage is also included, then for example the coastal meadows, as semi-natural grasslands are included under the concept of the "environment".

"Environment" in the context of the substantive right should be interpreted as physical environment, primarily the natural environment. Natural environment in this sense should not be limited to only "pristine", "wild" natural environment but should also include the natural environment in built up areas (parks etc.). It would also be a mistake to limit it to the living organisms (plants, animals, birds). As the right is related to environmental quality standards, then water bodies, air, soil etc. must also be considered "environment" to which the substantive right relates. In some cases, when this forms a part of the natural heritage, also valuable land-

²² See, e.g., F. Fracchia. *The legal definition of environment: From rights to duties*. Bocconi Legal Studies Research Paper No. 06–09. 2005. – <http://dx.doi.org/10.2139/850448>.

scape and its elements (hills, forest cover etc.) can be included under this notion.

To open the content of the term “environment” the case law of the European Court of Human Rights may also be useful. The Court has demonstrated very anthropocentric approach of rights guaranteed by European Human Rights Convention. In order to define how person should be affected to become a victim in the sense of human rights different categories of environment could potentially distinguished. Some authors have pointed out that different categories of “environment” like forests, are more important for humans than others, like wetlands. Individuals have legitimate interest in certain types of environmental resourced, if this resource has objective (use) value for individual, such as a forest. The other resourced are more widely shared and thus cannot be protected by European Court of Human rights.²³ Such anthropocentrism can be at least partly explained by lack of the direct reference to environment in European Human Rights Convention²⁴

6.2 Special relationship with the environment

The key qualifier for the spatial scope of the right is the criteria of a special relationship. In practice, it means that not everyone is entitled to claim to have a right to any part of the Estonian territory – such an interpretation would in essence result in an “*actio popularis*”. Rather, individuals have the right to an environment that is adequate to their health and well-being on a limited territory. It is obvious that this limited territory must be wider than the areas owned by a person itself,

as this way, little added value would have been provided to pre-existing ownership rights.

Two of the most obvious cases of such a special relationship are provided in Article 23(2) of GPECA, namely a) if a person often stays in the environment or b) uses the affected natural resource. Therefore, a person leasing a house would be able to invoke this right in relation to its garden similarly to a person who spends a considerable amount of its working hours in a given area. The same applies to fishermen using a lake for their professional or private use as well as anyone using water from a ground water body.

What constitutes “staying often” and to what extent should a person use affected natural resource to have a right towards it will have to be further defined by the future case-law. However, it can be argued, that use of the resource does not have to be exclusive to give rise to holding the substantive right.

An even bigger need for precedents relates to all cases of “otherwise” special relationships referred to in Article 23(2) of GPECA. The guiding principle should be that the environment, the quality of which is causally linked to a person’s well-being, should be included. It will have to be determined in the future, how strong and long-lasting the impact of the quality of the environment on the person’s health and well-being must be in order for the right to exist. As an example, such a special relationship may exist towards a public water body in a case a person has acquired a plot of land for building a residential house nearby this water body and intends to use it in the future, but hasn’t actually started either construction or use of the water body.

6.3 Health and well-being

According to GPECA, everyone has a right to environment that is adequate to their health and well-being. The World Health Organization

²³ See C. Schall. *Public Interest Litigation Concerning Environmental Matters before Human Rights Courts: A Promising Future Concept?* Journal of Environmental Law (Oxford 2008). Vol 20, No 3, pp. 428–429

²⁴ A. Gouritine. *EU Environmental Law, International Environmental Law and Human Rights Law*. (Brill Nijhoff, Leiden, Boston 2016) p. 33

(WHO) defines health as the state of full physical, social and mental well-being. Therefore, it seems that the concept of “health” is narrower in GPECA, because it is distinguished from well-being. In practical terms, this does not result in a big difference, as both aspects are covered by the right in a similar manner, at least theoretically.

The distinction is mainly important due to the peculiarities of Estonian national legislation. The right to protection of health is already provided in the Constitution (Article 28(1)). According to the commentary to the Constitution, this right covers measures necessary to ensure a healthy and safe living environment, e.g. safe noise levels, protection from asbestos, food safety rules etc. Therefore, it can be deducted that in the national laws, “health” is rather perceived as a condition without physical injury. “Well-being” is a wider term, covering also annoyances and disturbances that may lower the quality of life without directly harming the physical health of the person. This may be the case with, for example, light pollution (flickering) created by wind farms when the sun is shining at a low angle or small number of intensive noise events (e.g. shots at a firing range) that do not cross the threshold considered to be liable for causing permanent damage to health. However, it is important to note that not every situation where the environment is not adequate for a person's health and well-being is considered to be a violation of the substantive right (see p 6.4 for details).

6.4 Infringement and violation of the substantive right

In the Estonian legal order, similarly to many continental legal systems, a distinction is made between infringements and violations of rights. A right may be infringed in a lawful way, i.e. in cases where there are overriding public interests or other rights. Violation of a right is an infringement that is considered unlawful, i.e. it is not jus-

tified by the need to protect other right-holders or public interests.

The aforementioned distinction also applies to the substantive environmental right. Any action or omission that reduces the adequacy of some part of environment for human health and well-being (e.g. raises the level of pollutants in a water body, increases noise levels) would be considered to be an infringement of the right of persons who have a special relationship with a given part of the environment. Not every such infringement would, however, be considered a violation of the right.

Article 23(4) of GPECA correspondingly provides key criteria to be taken into account when deciding whether an infringement of the substantial environmental right amounts to the violation of it: other person's rights, public interests and characteristics of the region. The first two considerations highlight the fact that some basic duty of tolerance applies to the exercise of this right. The third criterion makes it clear that also regional differences play a role in that respect. It is obvious that justified and legally protectable expectations towards the quality of the environment (i.e. noise, smell, air pollution) are different in sparsely populated rural areas as opposed to industrial areas or city centres. Therefore, a better quality of environment may be asked for in some areas than others.

According to Article 23(4) of GPECA, environment is presumed to be inadequate for health and well-being (and the right therefore violated) if an environmental quality limit value has been exceeded. According to Article 7(3) of GPECA, an environmental quality limit value means a limit value prescribed for a chemical, physical or biological characteristic of the environment, which must not be exceeded in order to protect human health and the environment. The relevant quality limit values are, as a rule, transposed from EU environmental directives and are to be specified

in the Special Part of Environmental Code (sectoral acts), which are, as said above, mostly still in the draft stage. In EU law, the primary aim of such values is exactly the protection of human health²⁵. This is why GPECA sets environmental quality limit values as one of the main thresholds for violation of the substantive right. In Estonian as well as in EU environmental law different types of environmental quality standards are in use. Some of these are not strictly legally binding and could be in certain circumstances legitimately exceeded. However, there are a number of quality standards the non-observance of which is illegal. Article 23 and 7(3) of GPECA refer to the latter category.

Breach of the above-mentioned quality standards, however, only creates a presumption of non-adequacy. This presumption may not hold true in different ways. Firstly, in some cases, an environment may not be adequate even if the environmental nuisance stays below the quality standards (e.g. a persistent noise pollution that is just below the limit value or on the contrary, intermittent loud noise that averaged over a longer period stays below limits). In other cases, the nuisance may be of the type for which no limit values have been set (e.g. smell, changes in landscape). Secondly, in some cases the environment quality standards may be exceeded without it resulting in the breach of the right. The latter case should of course, be more exceptional and such a situation may still lead to claims of breaches of other rights (e.g. property rights).

According to the principle of prevention, an environmental hazard (including exceeding of quality limit values) must be tolerated if the activity is required due to overriding public reasons, there is no reasonable alternative and required measures have been taken to reduce hazards and significant nuisances. For example, if a

central heating plant is found to cause breaches of air quality standards, but no alternative means are found to heat the homes in the area and all reasonable measures have been taken to reduce the air pollution, this must be tolerated. In such cases, right to environment that meets health and well-being needs would also not be considered to be violated.

7. New substantive right vs “traditional substantive rights”

The above analysis of the key elements of this new substantive right sets out a good basis for analysing the conceptual differences between this and the more traditional substantive rights. In the Estonian context, the main right that has been invoked in the past by individuals to protect themselves from unwanted nuisances, has been the right to property. Partly due to historical reasons (non-recognition of land ownership in the Soviet time and the following “reprivatisation” of real estate), this right has enjoyed a strong protection in the case law.

The use of right to property by individuals to protect one’s living environment and the wide interpretation and recognition of this right by the judiciary reached its apex just shortly before the entry into force of GPECA. In the case No 3-3-1-56-12²⁶ (*E. Maripuu vs Salme Municipality*), the Supreme Court of Estonia ruled that the planned construction of a drainage system may be considered an infringement of neighbours’ property rights due to the potential damage to plant species on her property. The Court based its reasoning on Article 54 of the General Part of the Civil Code Act, according to which vegetation permanently attached to an immovable (real estate) is its essential part and covered by property rights. The Court went on to declare that the neighbour therefore had the right to challenge the alleged

²⁵ See Case C-237/07, “Janecek”

²⁶ Case No 3-3-1-56-12, RKHKo 6.12.2012.

infringement of the rules on “appropriate assessment” (Art 6(3) of the Habitats Directive) in courts. The Supreme Court ruled in the land-owner’s favour, annulling the permit granted for construction of the drainage system. Read in the light of Supreme Court’s denial of existence of a constitutional right to healthy environment, it appears that before GPECA the Supreme Court considered environmental protection by individuals’ rights to be possible, but only as part of property rights. Reliance on property rights as individuals’ main recourse to protecting their living environment is not unique to Estonia, but rather a widespread phenomenon in legal systems, which has been repeatedly pointed out in legal literature²⁷.

Even despite this very broad interpretation of property rights by the Estonian Supreme Court, there is still one crucial aspect that sets the new right apart from property rights. The range of persons entitled to relying on or invoking the new right is far greater than the number of the holders of property rights. The right to environment of certain quality can also be relied on by the tenant of a property to fend off nuisances from sources nearby. The new substantive right does not require any legal ties between the environment and a holder of the right. Therefore, this right can also be invoked as regards public lands or, in more extreme cases, even publicly accessible private land. The new right is thus a much more effective tool in supporting public authorities’ efforts for environmental protection.

Another “traditional right” which has also been used as a means to protect one’s living environment in the past is the right to the protection of one’s health. This right has its basis in the Article 28 of the Constitution of Estonia. As the

commentary to the Constitution explains, this right is mirrored by the obligation of the state to take legislative measures to ensure a healthy and safe environment (e.g. requirements to water quality). Special attention needs to be paid to the effectiveness of state supervision²⁸. However, the new substantive right requires that the environment corresponds not only to the needs of a person’s health, but also their well-being. Limit values enacted by the government (mostly for the protection of health) are only indicative, as their exceedance merely creates the presumption that the right has been infringed. Therefore, the new right has a wider scope of application when compared with the right to the protection of health.

As a conclusion, the new substantive right may have some overlaps with the more traditional rights (right to property, protection of health). However, due to its much wider scope, it enables a whole new range of persons to claim that the nuisances infringe their rights. From the point of view of the enforcement of environmental law and policy, this can be seen as a positive development, providing potential additional resources to the task.

8. Practical applications of the new right

Finally, the question of situations where a person might invoke the new substantive right deserves attention. In principle, the right can be used in two situations. Firstly, as mentioned in section 5.3, the new right can be used in environmental permit procedures. The same holds true for procedures for drafting plans or programs that may affect the environment, e.g. spatial plans and other permits, such as building or use and occupancy permits. The second field of application is related to situations where the nuisances infringing the right occur after a permit has been

²⁷ See eg., B. van Dyke. *Proposal to introduce the right to a healthy environment into the European Convention regime*. Virginia Environmental Law Journal, 1994/2, p.330

²⁸ Ü. Madise et al, *Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne* (Juura, 2012), § 28, p 6.2.1.

issued or result from activities that do not require a permit at all. This is explicitly provided in the Art 23(5) of GPECA, according to which a person has the right to demand that public authorities take reasonable measures to ensure the required quality of environment.

If the authorities fail to act in accordance with the Art 23(5), this would give standing to the person who has demanded action from the authority. Clear links to Aarhus Convention can also be seen in this provision, as the Article 9(3) of the Convention requires access to justice to challenge both illegal acts as well as illegal omissions of public authorities.

In its case law the Supreme Court of Estonia has only quite recently (from 2010) recognised the right to challenge wrongful omissions related to state supervision. In the landmark case No 3-3-1-44-10, *OÜ Neckman Invest vs Technical Regulatory Authority*²⁹, the Court ruled that there is a possibility to challenge maladministration by state supervisory bodies. The court found that no person has a subjective right to the initiation of supervisory proceedings nor subjective right to require certain measures to be taken by the supervisory authority in case these are discretionary decisions. However, the persons whose legal rights are protected by the provisions on supervision, have the right to require that due attention is paid to these rights when the authority exercises its discretion.

Although this case law could have been relied on even without Art 23(5) of GPECA, its wording makes it explicit that a right to demand action by the authorities exists in environmental matters. In case of supervisory activities of public authorities, which are discretionary, the wording of Art 23(5) of GPECA also clarifies limits to that discretion. In case the environment does not correspond to the needs of health and well-being

of persons having a special relationship, the authority's discretion is limited to deciding which measures are reasonable to take, but not whether to take measures at all. Therefore, in this respect the new substantive right also broadens the horizon for the enforcement of environmental laws by citizens.

9. Conclusions

A general trend towards recognising the substantive environmental right has been observed globally. Estonian environmental law is one of such examples. For Estonia, the Aarhus Convention was the most important source of inspiration for establishing the right to an environment with a certain quality as an enforceable subjective right. Although the Convention does not require its parties to establish such a right in their national legal framework, according to the preamble and notably Article 1 of the Convention, the parties nevertheless admit its existence.

Estonia is among the countries, which have acknowledged the existence of a substantive environmental right in primary law. This right may play a prominent role not only on the national level but in the EU legal framework as well. The Court of Justice of EU has developed the doctrine according to which certain articles of EU environmental directives are capable of creating substantive rights to individuals. Violations of those rights have to be contestable in the national courts. A substantive environmental right amplifies such possibilities considerably and thereby potentially contributes to the more effective and uniform application of EU law in environmental matters.

The right to environment adequate to a person's health and well-being is meant to protect persons not against all negative environmental impacts, but primarily against significant environmental impacts (hazards) – such impacts that are at least highly probable and would bring

²⁹ Case No 3-3-1-44-10, RKHKo 13.10.2010.

about negative consequences so serious that they should be avoided.

There are several mechanisms for the implementation of the environmental substantive right. One of them is related to environmental permit systems and fundamental environmental obligations. An authority issuing the permit is required to exercise supervision over the legality of the activities authorised under the permit and to safeguard the substantive environmental rights of affected parties when considering the refusal to grant an environmental permit, the amending of its terms or revocation. However, a special provision also emphasises the right to demand “reasonable” action by authorities in cases where the activity causing nuisances does not require an environmental permit.

The scope of the substantive right is determined by some key aspects. The first of them is the scope of the term “environment”. Although this term has not been clearly defined in the legislation, it is apparent from the related provisions that it includes mainly physical, natural environment (including, for example, city parks). Persons have a subjective right also not to any part of the environment, but only to the parts they

have a special relationship with. This relationship can be based on use of an affected natural resource or staying in it often. Finally, it is important to note that as regards the substantive right, the standard for quality of environment is not related only to (physical) health, but it must also be adequate to a person's well-being.

Compared to more “traditional” rights such as property rights and the right to protection of health, the new right has a wider scope and may be used by a wider circle of persons. This means that, as an auxiliary mechanism for environmental law enforcement, the new right is more effective.

From a practical point of view, one of the most important questions that needs to be answered by future practice is in which cases would the infringement of this right amount to the (unlawful) violation of it. Although the exact answer to that question is yet unknown, the provisions make it clear that a certain “duty of tolerance” exists, i.e. not every infringement of the substantive right is unlawful. This duty of tolerance depends on a number of external factors, e.g. the rights of other persons, public interests and the characteristics of the region.

Styrning av miljötillsynen – reformbehov och förslag i ljuset av den förvaltningspolitiska utvecklingen

Annika K. Nilsson, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Abstract

The article investigates the topic of state control over a decentralized administration. The environmental regulation carried out by local and regional administrative bodies is fundamental in Swedish environmental management. At the same time it has continuously been subject of criticism and calls for stronger regulation and control from the central government and administration. This article contains a critical analysis of currently discussed suggestions for such central regulation and control, in light of the general development and topical debate on state steering after New Public Management. It is argued that the development of decentralized and goal steered administration suits regulation in environmental matters well, and that this parallels environmental management theories on socio-ecological resilience, ecosystem approach and sustainable development. Centralization and detail regulation of environmental management should therefore be avoided, and detailed regulation of how an environmental regulator should organize, prioritize and carry out their administrative duties is not appropriate. It is also argued that measures or models for stronger central steering and control over the administration must be relevant in view of the problems observed. They should moreover be appropriate in respect of constitutional functions and principles, and in light of the critique and experiences from the development of New Public Management. Thus, suggestions to regulate minimum standards for the organisation of regulatory bodies, such as number and competence of staff relevantly meets the quite well founded critique of variations in resources around the country. Other critique

against decentralized regulation is not very clear or specific, and often not supported by clear evidence. Therefore, suggestions to develop central review and assessment of the activities of the decentralized administration are topical. We need to know more about how the administration works. It is nevertheless crucial to develop the system in awareness of the validity problems involved and to avoid excessive administrative burdens. The system must be developed so as to entail effective and qualitative review, in a constructive and communicative learning process that involves and utilises environmental inspectors and other operative professions appropriately. In discussion of steering and control of substantially correct application of law, and like treatment, a suggestion for a new organisation for guidance for operative regulators is discussed. The suggested organisation for cooperation and collection of the competence in the decentralised administration meets the need for better guidance and entails appropriate utilization and participation of the relevant professions. However, state control functions of central guidance can be lost. There is therefore a need to discuss supplementary measures to fill the function of state control for proper administration and realisation of state policy and responsibilities.

Inledning – miljötillsyn och statlig styrning

Miljöförvaltningen är ständigt under översyn. Återkommande diskussioner om effektivitet och ändamålsenlighet i miljöförvaltningen tar sig uttryck i reformer av tillståndsprocesser, domstolsorganisation, sanktionssystem, sektorsöver-

skridande arbete med förvaltningsplaner och åtgärdsprogram. Också europarättsliga krav på förvaltningen driver på sådana reformer. I skrivande stund utreds och diskuteras reformering av miljötillsynen, bl.a. i en offentlig utredning om miljötillsyn (M2016:04). Utredningen har direktiv att se över miljötillsynens organisation och utförande, samt miljö sanktionssystemet, med målet att skapa enhetliga och effektiva system för miljötillsyn och sanktioner.¹ Samtidigt pågår ett strategiskt arbete inom Naturvårdsverkets miljöbalksprojekt där miljötillsynens organisation och arbetssätt undersöks.² Bakom utredningarna ligger återkommande skarp kritik mot miljötillsynen, med uttalanden som att tillsynen inte är effektiv, att den varierar i olika delar av landet eller att den helt enkelt inte håller måttet vad gäller objektivitet, kvalitet och kompetens.³ Centrala frågor för utredningarna är därför om det behövs ökad styrning av tillsynen för säkerställande av effektivitet och enhetlighet, och hur en sådan styrning i så fall borde utformas. Dessa frågor kommer också att behandlas i denna artikel, genom att närmare analysera

olika aktuella reformförslag utifrån karaktären av tillsynsuppdraget och dess miljöpolitiska syften. Fokus ligger på tillsynens organisation och genomförande, samt statlig styrning därav. Miljötillsynen diskuteras i artikeln utifrån den allvarliga kritik som framförts mot den. Kritiken är ofta ganska diffus, men genomgående handlar den om bristande enhetlighet i tillsynen i olika delar av landet, och den orättvisa och bristande rättssäkerhet det leder till. Ibland kritiseras också tillsynens effektivitet i ganska allmänna ordalag. Jag kommer att relatera frågan om effektiv tillsyn till mål- och resultateffektivitet, alltså att tillsynsmyndigheter utför sina förvaltningsuppgifter på sådant sätt att de når optimala resultat i form av lagefterlevnad men också miljöeffekter relaterade till miljömålen. I analysen söker jag belysa frågan om enhetlighet i tillsynen i relation till sådan effektivitet, för att komma närmare en beskrivning av tillsynens problem och styrningsbehov. På så sätt kan vi på ett mer underbyggt sätt föreslå ändamålsenlig styrning, och också få en mer nyanserad bild av miljötillsynen idag.

Ändamålsenlig styrning av miljötillsynen kan inte analyseras isolerat från den allmänna frågan om statlig styrning och tillsyn över förvaltningen, särskilt då denna samtidigt är föremål för omfattande diskussion och reformarbete. Parallellt med ovan nämnda utredningar har regeringen startat ett strategiskt arbete för reform av det svenska förvaltningssystemet, med fokus på frågor om statlig styrning.⁴ Bakgrunden till detta arbete är erfarenheter av senaste årens förvaltningsreformer med styrmodeller och kontrollsystem inspirerade av det privata näringslivet. Utvecklingen brukar knytas till en teoribildning kallad New Public Management (NPM). Regeringens projekt syftar till att åtgärda

¹ Dir. 2016:32, Enhetliga och effektiva system för miljötillsyn och sanktioner.

² Information om projektet återfinns på Naturvårdsverkets hemsida:

<http://www.naturvardsverket.se/Stod-i-miljoarbetet/Rattsinformation/Miljobalken/Naturvardsverkets-miljobalksprojekt/Tillsynen-ar-likvardig-effektiv-och-rattssaker-/>.

Se också Naturvårdsverkets inspel till Miljötillsynsutredningen 2016-10-21 i dokumentet Strategiskt viktiga åtgärder för att skapa en mer likvärdig, effektiv och rättsäker operativ tillsyn, ärendenr: NV-06360-16.

³ Se exempelvis OECD Environmental Performance Reviews, Sweden 2014, OECD Publishing, Paris 2014 (Miljödepartementets översättning av OECD:s rapport finns tillgänglig på: <http://www.regeringen.se/rapporter/2014/12/rapport-oecd-s-granskning-av-sveriges-miljopolitik-2014/>); SOU 2015:43 Vägledningen till ett effektivare miljöarbete s. 353; SOU 2004:100 Förslag om en tydligare och effektivare offentlig tillsyn s. 144; Ds 2000:67, Att granska sig själv, En ESO-rapport om den kommunala miljötillsynen s. 24 f., Effektiv miljötillsyn, Naturvårdsverket, Rapport 6558, maj 2013 s. 33.

⁴ Se Regeringsförklaringen 2014, Riksdagens protokoll 2014/15:6, fredagen den 3 oktober 2014, samt regeringens hemsida om reformen: <http://www.regeringen.se/regeringens-politik/tillitsreformen>.

problem som följt denna utveckling och att finna en balans mellan statlig styrning och kontroll å ena sidan, samt tilltro till en stark och kompetent profession å andra sidan. I diskussion av ökad styrning av miljötillsynen och utformningen därav, bör vi dra lärdom från erfarenheter av styrmodeller inom andra delar av förvaltningen och undersöka hur regeringens aktuella reformarbete kan ta sig till uttryck inom ramen för styrning av den operativa miljötillsynen. Därför analyseras aktuella förslag inom det området i ljuset av den relevanta förvaltningspolitiska utvecklingen.

Framställningen är disponerad enligt följande: För att kunna diskutera styrning av miljötillsynen behöver vi fundera över den statliga styrningens syfte och funktion. Vi behöver också undersöka erfarenheter och utvecklingen av statlig styrning inom förvaltningen i stort. I artikelns inledande del beskrivs därför några utgångspunkter för statlig styrning i svensk förvaltning, de senaste decenniernas utveckling av förvaltningen i enlighet med NPM, samt aktuella politiska initiativ för att möta den påföljande kritiken. Miljötillsynens organisation och styrning framställs därefter inom ramen för detta förvaltningsrättsliga och förvaltningspolitiska sammanhang. Med denna utgångspunkt kan framställningen sedan övergå till analys av olika aktuella förslag för en ökad och reformerad styrning och tillsyn över miljötillsynen. Analysen tar avstamp i en beskrivning av decentraliserad och målstyrd miljötillsyn som långsiktigt god och effektiv förvaltning, och söker utifrån denna utgångspunkt möta de problem som kan formuleras utifrån framförd kritik. Först och främst noteras att vi vet för lite om tillsynens brister och utmaningar. I anslutning till detta diskuteras förslag på ökad centralstyrd uppföljning och utvärdering av tillsynen. Därefter fokuseras på kritiken om bristande institutionella förutsättningar för tillsyn, samt förslag på ökad reglering av tillsyns-

myndigheternas organisation. Avslutningsvis diskuteras behoven av styrning för ökad enhetlighet i rättstillämpningen, samt föreliggande förslag om omorganisation av tillsynsvägledningen. Artikeln avslutas med sammanfattande slutsatser om tillsynens styrbehov i ljuset av den förvaltningspolitiska utvecklingen.

Statlig styrning inom den svenska förvaltningsmodellen

Grund för diskussion av styrning av miljötillsynen är den statliga styrningens syfte, funktion och konstitutionella förutsättningar i allmänhet. En utgångspunkt för förståelsen av statlig styrning finner vi i den svenska förvaltningsmodellen. Den svenska statsförvaltningen är grundad på parlamentarism, folksuveränitet och representativ demokrati, RF 1:1. Istället för maktindelning talar vi om funktionsfördelning, där tanken är att alla offentliga organ har rollen av att vara folkets funktionärer, inte överordnade innehavare av makt.⁵ Riksdagen är folkets främsta företrädare som stiftar lag, beslutar om skatter och bestämmer hur statens medel ska användas, RF 1:4. Regeringen är ansvarig inför riksdagen, RF 1:6. Detta är viktigt inom ramen för denna artikels ämne då det är folkviljan, genom den folkvalda församlingen, som är bestämmande, och förvaltningen som ska förverkliga den demokratiskt grundande politiken, lagstiftningen och internationella förpliktelser som svenska staten åtagit sig. Den statliga styrningens funktion är att säkerställa att så sker och att skatte-medlen används på rätt sätt enligt vad riksdagen beslutat.

⁵ Sterzel, F., "Rikets styrelse och förvaltning", i *Författning i utveckling. Tjugo studier kring Sveriges författning*, Stiftelsen rättsfonden nr 41, Iustus förlag, Uppsala 2009 s. 330; Lundell, B., Mattsson, T., Persson V., och Wenander, H., *Regeringsformen och förvaltningen – styrning och rättslig reglering*, Statsvetenskaplig tidskrift, 2012, 114(2), 290–299, s. 291.

Ett grundläggande karaktärsdrag för den svenska förvaltningsmodellen är dess system med självständiga förvaltningsmyndigheter och begränsad centralstyrning. Förvaltningen lyder under regeringen och det är regeringens uppgift att styra förvaltningen, RF 1:6 och 12:1, men i denna uppgift agerar regeringen mer som uppdragsgivare än som styrelse. Förvaltningen är frikopplad från regeringen, den ingår inte som en del av t.ex. miljödepartementet som i andra länder, där ansvarig minister formellt är högsta chef för förvaltningen och därigenom styr och leder arbetet. I den svenska förvaltningen får den ansvariga ministern inte bestämma hur myndigheterna ska agera i enskilda ärenden, se RF 12:2. Förbudet mot inblandning i enskilda ärenden äger också allmän tillämpning. Den innebär att ingen myndighet, och inte heller riksdag eller kommunala beslutande församlingar, får styra andra myndigheter genom att blanda sig i deras bedömningar eller ageranden i enskilda ärenden som rör myndighetsutövning eller tillämpning av lag. De får inte bestämma hur myndigheten ska besluta i det särskilda fallet. Det gäller även centrala statliga myndigheters inblandning i t.ex. en kommunal miljöförvaltnings, eller en länsstyrelses tillsynsärenden, samt kommunfullmäktiges inblandning i miljönämndens eller bemyndigad tjänstemans beslut.⁶ Förvaltningsmyndigheter som kommunala eller regionala tillsynsmyndigheter kan därför inte styras direkt i utförandet av deras operativa verksamhet. Varje myndighet har på så vis en självständig roll som folkets funktionär och som rättstillämpare.

En annan viktig faktor när det gäller statlig styrning är det kommunala självstyret, som be-

tyder att kommunerna självständigt ska få sköta lokala och regionala angelägenheter av allmänt intresse inom all sin verksamhet, se RF 14:2. Sådan självständighet diskuteras ofta i relation till miljötillsyn, eftersom mycket av denna ligger på kommunala miljönämnder. Det kommunala självstyret innebär att kommuner och landsting ska kunna bestämma hur de ska uppnå av riksdagen fastställda mål, med hänsyn till lokala och regionala förutsättningar. Staten ska alltså ge kommunerna utrymme för egna prioriteringar. Det kommunala självstyret framhålls i regeringsformen som grundläggande för det svenska statsskicket, RF 1:1, men den är inte obegränsad. Staten och kommunerna samverkar på många områden, t.ex. på miljöområdet för att uppnå gemensamma samhällseliga mål. Här aktualiseras ofta lokalpolitiska prioriteringar och vägval, men de måste balanseras mot nationella och globala intressen. Genom nationell lagstiftning begränsas utrymmet för lokalpolitiska överväganden. Riksdagen reglerar grunderna för kommunernas verksamhet och föreskriver deras befogenheter och förpliktelser i allmänna regler om kommunala befogenheter och arbetssätt i kommunallagen till ålägganden av mer preciserade förvaltningsuppgifter i speciallagstiftning som miljöbalken. Kommunerna ska naturligtvis lojalt utforma och genomföra sin verksamhet i enlighet med sådan lagstiftning.⁷ Staten styr även genom överenskommelser, handlingsplaner, specialdestinerade statsbidrag, samt genom statens uppföljning, tillsyn och utvärdering av kommunal förvaltningsverksamhet. Styrningen syftar inte minst till att realisera den politik som regering och riksdag beslutat om. Här gäller det dock att hitta en balans mellan statens styrning av kommunerna och kommunernas rätt att sköta lokala

⁶ Warnling-Nerep, W., Lagerqvist Veloz Roca, A. och Reichel, J., *Statsrättens grunder*, 4:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2015 s. 29 f., 87 ff., 118 f.; Wenander, H., Rättsliga ramar för styrning av förvaltningen i Danmark och Sverige, *Nordisk administrativt tidskrift* 1/2016, 93 årgång, 57–74, s. 59–61.

⁷ Bohlin, A., *Kommunalrättens grunder*, 6:e uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2011 s. 22 f., Warnling-Nerep, W. et.al., *Statsrättens grunder* s. 31 f.

och regionala angelägenheter. Inskränkningar i självstyret får inte gå utöver vad som anses nödvändigt med hänsyn till dess legitimerande skäl, RF 14:3. I utredningar och förvaltningspolitisk debatt har det dock förts fram ett behov av bättre styrning av den kommunala förvaltningen.⁸

Hur styr då staten? Regeringen styr genom föreskriftsmakten, finansmakten och utnämningssmakten. Den föreskriver instruktioner för olika myndigheter om vad deras offentliga uppdrag innebär och vad de har för olika uppgifter och roller, den styr också via den statliga budgeten, genom finansiering av verksamheten och instruktioner i regleringsbrev m.m. om prioriteringar i användningen av budgeterade medel. Regeringen beslutar också om utnämning av de högsta myndighetscheferna och kan på så sätt styra förvaltningens inriktning. Regeringens styrning genom föreskriftsmakten är central. Genom lagförslag och förordningar kan de dra upp den lagliga ramen och på så sätt begränsa utrymmet för förvaltningsmyndigheternas självständiga bedömningar och prioriteringar i rättstillämpningen. De kan också reglera förvaltningens organisation och kontrollsystem, samt närmare hur de ska gå tillväga när de utför sina förvaltningsuppgifter.⁹ För styrning av miljötillsynen diskuteras t.ex. reglering av nya uppföljnings- och granskningsprocesser, och generella krav på tillsynsmyndighetens bemanning och hur tillsynen mer specifikt ska utföras.¹⁰

I förlängning av regeringens styrning av förvaltningen finner vi den förvaltningsinterna

styrningen. Den tar sig framför allt uttryck i centrala myndigheters uppgifter att följa upp, vägleda och stödja förvaltningen. Vi kan se det i utformningen av styrdokument av olika slag, som föreskrifter, allmänna råd, vägledande beslut eller handböcker till stöd för rättstillämpningen på olika myndigheter. Tillsynen inom förvaltningen verkar också som en grundläggande styrningsfunktion. Den innebär allmänt kontroll av Lagefterlevnad och tillvaratagande av de legitima intressen som därigenom skyddas. Tillsyn kan riktas mot myndigheter eller mot enskilda,¹¹ och den kan vara en del av den statliga styrningen. Sådan tillsyn innebär att en myndighet på högre statlig nivå har ett styrande, kontrollerande uppdrag från regeringen, i att de ska utöva tillsyn över förvaltningen på lägre nivå.¹² Tydligt uttryck för sådan kontroll är den granskning och kontroll som Inspektionen för vård och omsorg (IVO) eller Skolinspektionen utövar över inte minst kommunal verksamhet inom dessa områden. Tillsynen kan också ta sig uttryck i mer allmän årlig uppföljning och rapportering av myndigheternas arbete, som t.ex. Naturvårdsverkets uppföljning och utvärdering av miljötillsynen enligt miljötillsynsförordningen (2011:13)(MtF) 1:28.

Det kan också noteras att besluts överprövning i högre myndighet och domstol får en kom-

¹¹ Se t.ex. Regeringens skrivelse 2009/10:79 En tydlig, rättssäker och effektiv tillsyn s. 5.

¹² Det bör noteras att begreppet tillsyn används lite olika i olika sammanhang. I mer allmän förvaltningsrättslig kontext används tillsynsbegreppet ofta för att beteckna statlig kontroll och styrning av förvaltningen. Ibland omfattas bara den kontrollerande tillsynen, ibland också mer vägledande och uppföljande funktioner. Detta känner vi igen från diskussionen kring tillsynsbegreppet inom miljöbalkstillsynen. Inom miljöförvaltningsrätten används begreppet tillsyn dock främst som benämning för operativa tillsynsmyndigheters (ofta kommuners och länsstyrelser) styrning och kontroll av enskildas efterlevnad av miljölagstiftningen, men också statliga myndigheters tillsynsvägledning. Jfr Regeringens skrivelse 2009/10:79 s. 32.

⁸ Se t.ex. prop. 2009/10:175 Offentlig förvaltning för demokrati, delaktighet och tillväxt, samt SOU 2007:10 Hållbar samhällsorganisation med utvecklingskraft.

⁹ Bull, T. och Sterzel, F., *Regeringsformen – en kommentar*, SNS förlag, Stockholm 2010 s. 282; Wenander, H., *Rättsliga ramar för styrning av förvaltningen i Danmark och Sverige* s. 62.

¹⁰ Se längre fram i avsnitten om stärkt uppföljning och utvärdering, samt om bristande enhetlighet i tillsynens förutsättningar.

pletterande styrfunktion i den svenska förvaltningsmodellen. Överprövningen innebär ju kontroll av beslut i enskilda fall och tillämpning av lag, som inte är föremål för statlig styrning. Viktig för denna kontrollfunktion blir faktorer som vad överprövningsinstansen får pröva och vem som har talerätt, samt vad domstolen kan göra med besluten. I överprövningen av miljöförvaltningens beslut brukar gälla full prövning också i domstolarna, alltså av både laglighet och lämplighet. Prövningen blir här en sorts kontroll av att myndigheten tagit rätt beslut, inte bara att de förfarit på ett lagligt sätt. I den mån andra, högre myndigheter kan initiera eller delta i sådan överprövning, så kan denna indirekt få en betydelse för styrningen av förvaltningen. Här kan myndigheterna bidra till kontrollen av tillsynen och driva på praxisutvecklingen. I den mån också andra taleberättigade blandas in för att företräda inte bara sina egna privata intressen utan också allmänna intressen får vi en annan och intressant bild av kontrollen av förvaltningen. Denna typ av kontroll diskuteras dock inte närmare i denna framställning som fokuserar mer på generell styrning av tillsynens genomförande.

Sammanfattningsvis innebär vår förvaltningsmodell en självständig förvaltning. Den lyder under regeringen och styrs också av denna, men varken regeringen eller centrala statliga myndigheter får lägga sig i förvaltningens beslut i enskilda fall, eller i deras tillämpning av lag. Det gäller även kommunala myndigheter som därtill också har kommunalt självstyre. Statlig styrning utövas genom styrning i föreskrifter och genom den statliga budgeten, och genom statliga myndigheters granskning, kontroll och styrning av myndigheter på lägre nivå. Med avstamp i denna beskrivning av den svenska förvaltningens konstitutionella grundläggande förutsättningar och funktioner ska vi titta närmare på hur styrningen av vår förvaltning utvecklats under senaste decennierna. Längre fram ska

miljöförvaltningen sättas in i denna kontext, för att kunna jämföra och dra lärdom av allmänna erfarenheter och utveckling av förvaltningens styrning på andra områden.

Styrsignaler och styrmodeller – senaste årtiondena

De senaste decennierna har förvaltningens organisation och styrning utvecklats mycket, med fokus på decentralisering, mål- och resultatstyrning, med tillhörande uppföljning och granskning. Utvecklingen tog sin början på 70-talet då problemen med välfärdsstatens omfattande förvaltning och regelverk blev tydliga. Den offentliga sektorn ansågs ineffektiv och överbyråkratisk, stelbent och odemokratisk, oöverskådlig och detaljerat regelstyrd. Ju större den offentliga sektorn blev, desto mer svårstyrd blev den. Därför sökte regeringen skapa en medveten och sammanhållen förvaltningspolitik som präglades av delegering, målstyrning och regelförenkling. Man förde över förvaltningsuppgifter på lokala och regionala myndigheter och minskade statlig reglering, specialdestinerade statsanslag etc., och decentraliserade på så vis ansvaret för hur förvaltningspolitiska och rättsliga mål ska förverkligas i offentlig verksamhet.¹³ Tanken var att skapa förutsättningar för effektivare och mer

¹³ Ahlbäck Öberg, S. och Widmalm, S., *Att göra rätt – även när ingen ser på*, Statsvetenskaplig Tidskrift, 2016, 118(1), 1–17 s. 9 f.; Montin, S., *Från tilltrobaserad till misstrobaserad styrning. Relationen mellan stat och kommun och styrning av äldreomsorgen*, Nordisk administrativt tidsskrift nr 1/2015, 92 årgång, 59–75, s. 61 f.; Nordin, A., *Centralisering i en tid av decentralisering. Om den motsägelsefulla styrningen av skolan*, Utbildning & demokrati 2014, vol. 23, nr 2, s. 27–44; Esping, H., *Ramlagar i förvaltningspolitiken*, SNS förlag, Stockholm 1994 s. 65 ff. Se vidare SOU 1983:39 *Politisk styrning – administrativ självständighet* s. 64 ff. och prop. 1991/92:18, den s.k. Ansvarspropositionen, med signalering om tydligare ansvarsfördelning stat och kommun, och större frihet för kommunerna att organisera verksamheten själva. Se även beskrivningen av senaste decenniernas utveckling i regeringens kommittédirektiv Dir 2016:51, Tillit i styrningen.

ändamålsenlig verksamhet, men också bättre insyn och demokratiskt inflytande. Ett medel för sådan förvaltningspolitik är ramlagstiftning, som stakar ut de rättsliga ramarna och målen för det aktuella förvaltningsområdet. Ramlagstiftning har ansetts främja helhetssyn och integration, samt välfärdspolitiska behov av nytänkande och flexibilitet. Genom ramlagstiftningen läggs betydande ansvar för intresseavvägningar på förvaltningsmyndigheterna att göra i enskilda fall och enligt där aktuella förutsättningar, i stället för att lagstiftaren i förväg gör dessa bedömningar och detaljreglerar olika situationer. Viss styrning har byggts in i ramlagstiftningens målsättningsregler, som i olika grad styr verksamheten. Tidigt noterades dock att ramlagstiftning medför stora styrningsproblem.¹⁴

En följd av målstyrningen är ökade krav på aktiv uppföljning av den offentliga verksamhetens resultat och produktivitet. Under senare år har också den kontrollerande tillsynen över myndigheternas utförande av förvaltningsuppgifter ökat. Trenden har varit att organisera om förvaltningen så att särskilda granskande, kontrollerande myndigheter skiljts från den styrande vägledande myndighetsstrukturen. Särskilda inspektionsmyndigheter har inrättats, med befogenheter att inspektera och ingripa mot upptäckta brister med förelägganden och viten som tvångsmedel för att säkerställa förvaltningens fullgörande av deras förpliktelser. Denna institutionella struktur sägs anpassa organisationen till mål- och resultatstyrda förvaltningsmodellen och förtydliga ansvarsfördelningen mellan stat och kommun. På så vis ligger det fortfarande på den operativa myndigheten att självständigt utforma en kvalitativ verksamhet som bäst uppfyller målen, men staten får tydligare ansvar

och befogenheter att styra verksamheten.¹⁵ För att kunna följa upp och kontrollera resultat och måluppfyllnad har man konstruerat system där information samlas in, dokumenteras och rapporteras i verksamheten. Utvecklingen har expanderat enormt och idag talas om framväxten ett ”granskningssamhälle”, i form av en särskild granskningsapparat inom offentlig förvaltning, och även en granskningsprofession med s.k. controllers och utvärderingsavdelningar. Det har också inneburit ökade administrativa krav på förvaltningen, på lokala och regionala operativa myndigheter och på enskilda tjänstemän.¹⁶ Myndigheternas administrativa personal växer och att administration utgör en allt större andel av myndigheternas totala arbete.¹⁷

Den beskrivna utvecklingen tangerar en allmän utveckling av offentlig förvaltning och styrningen därav över stora delar av världen. Utvecklingen har inom forskningen beskrivits och diskuterats i en samlande vetenskaplig teorbildning som kallas New Public Management

¹⁵ Se t.ex. prop. 2007/08:50 Nya skolmyndigheter s. 31 ff. och prop. 2009/10:165 Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet s. 206 och 549 f., angående Skolinspektionens syften och roll i förvaltningssystemet; SOU 2007:28 s. 20 om tydligare statlig styrning av skolan, inte bara genom att stärka målen för verksamheten utan också att styra verksamhetens närmare innehåll; samt Montin, S., *Från tilltro baserad till misstro baserad styrning* s. 66 och prop. 2012/13:20 s. 80 och 94 ff. om inrättande av Inspektionen för vård och omsorg.

¹⁶ Power, M., *The Audit Society: Rituals of Verification*, Oxford University Press, Oxford 1999 och *The Audit Society – Second Thoughts*, Int. J. Audit. 4:111–119 (2000); Ahlbäck Öberg, S., *Framväxten av granskningssamhället – en fråga i författningspolitisk skugga*, Statsvetenskaplig tidskrift, 2010, 112(5), 501–514; Montin, S., *Från tilltro baserad till misstro baserad styrning* s. 70 f.; Ivarsson Westerberg, A. och Jacobsson, B., (red.), *Staten och granskningssamhället*, Samtidshistoriska frågor 26, Stockholm 2013. Se också SOU 2007:75 Att styra staten – regeringens styrning av sin förvaltning, bl.a. s. 119 ff. och s. 141 om rapporteringskrav, styrning och krav på resurser.

¹⁷ Regeringens skrivelse Utvecklingen inom den kommunala sektorn 2014, skr. 2014/15, särskilt s. 41 f.

¹⁴ Se t.ex. prop. 1986/87:99 s. 29 ff. och Sterzel, F., ”Ramlagar – nytt och gammalt”, i *Författning i utveckling. Tjugo studier kring Sveriges författning*, Rättsfonden nr. 41, Iustus förlag, Uppsala 2009 s. 226 ff.

(NPM)¹⁸. NPM karakteriseras av decentralisering, tydlig och auktoritativ styrning, fokus på verksamhetens utflöde eller resultat (jämför företags produktion eller vinst) istället för processen inom organisationen, stadgande av specifika kvantifierbara standards, med uppföljning av prestationer, fokus på att minska direkta kostnader och införande av konkurrens i offentlig sektor, samt högre fokus på styrtekniker från näringslivet t.ex. prestationsbedömningar och flexibla anställningsförfaranden.¹⁹ I grunden handlar NPM om tydligare och fastare styrning där offentliga resurser ska utnyttjas på ett effektivt och rationellt sätt. Inspirationen för styrmodellerna har tagits från det privata näringslivet och s.k. nyinstitutionell ekonomi baserat på liberala ekonomiska tankar om människans vilja att alltid eftersträva rationella val som grundantagande, samt system som bygger på en tanke om principal och agent-relation där man konstruerar incitamentsstrukturer eller kontrakt med vilka principalen styr agenten – som köpare och säljare. Grunden för NPM-utvecklingen finner vi i allvarlig och till stora delar befogad kritik av svårstyrda professionseliter som främjade egenintressen snarare än att se till helheten och målen. Vi finner också en viktig grund i behovet att effektivisera för att spara pengar i offentlig sektor. Utvecklingen drevs inte minst fram under 80-talets samhällseliga och politiska klimat, präglad av Thatcher- och Reaganregimerna.²⁰ Också i Sverige har dessa idéer varit styrande för utvecklingen av förvaltningen och dess styrningsmodeller.

Styr signaler och styrmodeller – kritik och utvecklingsförslag

Under senare år har det inom både forskningen och förvaltningspolitisk debatt framförts kritik mot NPM-inspirerade styrmodeller och framväxten av det så kallade granskningssamhället. Det framhålls att granskningen fallit fel ut. Kvalitetssäkringen av förvaltningen har blivit till en "kvantitetskontroll", det har lett till omfattande administrativa krav som inte leder till några kvalitativa förbättringar. Detta innebär ineffektiv användning av personalresurserna – både ekonomiskt och kompetensmässigt – och det signalerar misstro av myndigheterna och av professionen. Det talas om en deprofessionalisering.²¹ Inom forskarvärlden anføres att fixeringen vid "utflödeskontroll" baserad på NPM-teoriernas marknadstänkande skapar självförstärkande processer som är mindre ändamålsenliga eller närmast kontraproduktiva i offentlig verksamhet. Det är nämligen svårt att mäta kvaliteten av god offentlig förvaltning. Exempel på mätbara värden är genomströmningen av studenter på en högskoleutbildning, hur höga betyg eleverna på en skola har eller hur många patienter en läkare träffar. Men dessa värden säger inte något om hur bra utbildningen är eller hur god vård läkaren tillhandahåller. Det finns alltså ett grundläggande validitetsproblem i sådan granskning av offentlig verksamhet. Samtidigt har det, som ovan nämnts, påvisats att stora resurser läggs på uppföljning, rapportering och granskning och i samhällsdebatten kritiseras de allt tyngre administrativa bördorna på förvaltningsmyndigheter och tjänstemän, t.ex. på lärare och läkare. Därtill vittnas om att det blir en egen resurskrävande aktivitet på offentliga myndigheter att skapa framgångsrika bilder av verksamheten – en sorts marknads-

¹⁸ En närbesläktad begrepps- och teoribildning är New Public Administration.

¹⁹ Hood, C., *A public management for all seasons?*, Public Administration vol. 69 Spring 1991 (3–19) s. 4 f.; Ahlbäck Öberg, S. och Widmalm, S., *Att göra rätt – även när ingen ser på* s. 11 ff.

²⁰ Ahlbäck Öberg, S. och Widmalm, S., *Att göra rätt – även när ingen ser på* s. 9 ff.;

²¹ Ahlbäck Öberg, S., Bull, T., Hasselberg, Y. och Stenlås, N., *Professions under seige*, Statsvetenskaplig tidskrift, 2016, 118(1), 93–126, se s. 97–99.

föring.²² Följaktligen läggs stora resurser på ett granskningssystem som inte ger så bra svar på hur bra verksamheten är – resurser som enligt kritiken borde läggas på kärnverksamheten.

Förutom ökad administration har det också visat sig att mål och resultatstyrning som brutits ner på en alltför detaljerad nivå ökar risken för suboptimering och bristande helhetssyn. Styrningen har också minskat utrymmet för de som arbetar i verksamheten att baserat på yrkeskunande och erfarenhet, organisera arbetet på effektivaste och mest ändamålsenliga sätt för både verksamheten och medborgarna.²³ Vad värre är riskerar utflödeskontrollen att styra verksamheten i fel riktning genom prioritering av sådana aspekter av verksamheten som ger utslag i mätbara faktorer i stället för sådana som ger bäst måluppfyllelse. Som illustrerande exempel kan vi tänka att trafikpolisen väljer att placera sig vid en stor infartsväg till en storstad i rusningstrafik och utföra utandningsprov för att kontrollera att ingen kör under påverkan av alkohol. Platsvalet garanterar ett mycket stort antal utandningsprov som kan föras till rapportering av verksamheten. Ändå vet polisen av erfarenhet att den som kör bil efter att ha druckit alkohol i allmänhet inte väljer denna väg, utan småvägar. Det finns alltså mindre chans att lagföra "rattfyllerister", men i uppföljningen uppvisas siffror på effektiv och bra verksamhet. Detta torde betyda ett sämre och resursslösande arbete i relation till syftet och uppdraget, och det kan sänka myndighetens legitimitet då de använder metoder som inte är ändamålsenliga. Det innebär dåliga prioriteringar och ineffektivitet i användningen av det offentliga resurser, samt en styrning av verksamheten i fel riktning. Därför efterlyses på bred front alternativa styrmodeller och arbetssätt

för att hitta en bättre balans mellan styrning och tilltro till operativa myndigheter. Under senare år har regering och centrala myndigheter uppmärksammat behov av strategisk förvaltningspolitisk utveckling som bl.a. fokuserar på att prioritera och effektivisera kärnverksamheten och att stärka helhetsperspektivet i styrningen, samt skapa mer ändamålsenlig samverkan.²⁴

Det har också anförts att systemet med decentraliserade, mål- och resultatstyrda och granskade offentliga verksamheter faktiskt underminerar myndighetsprofessionernas yrkesroller och -etik. Systemen bygger visserligen på självständiga förvaltningsmyndigheter som väljer hur de mest effektivt utformar sin verksamhet, men styrmodellen och resultatuppföljningen innebär att man gått från att se myndigheterna som folkets funktionärer och neutrala redskap i genomförande av förvaltningspolitik, till en bild av myndigheter som en egen enhet med ett rationellt egenintresse som vägleder framför allt *myndighetens ledning* i utformning av den mest produktiva verksamheten – ungefär som ett företag. Och i detta hamnar myndighetens tjänstemän i opposition och de styrs av ledningens uppdrag om att redovisa maximala mätbara resultat snarare än att utföra ett kvalitativt arbete i genomförandet av förvaltningsuppgifter. Inom forskningen har man ifrågasatt NPM:s grundantaganden och därmed också diskuterat utveckling av och övergång till mer tillitsbaserade styrningsmodeller där man i större utsträckning litar till myndighetsprofessionernas eget kunande och värderingar som drivkraft för deras verksamhetsansvar.²⁵ Detta relaterar till s.k.

²² Se t.ex. Ahlbäck Öberg, S., *Framväxten av granskningssamhället – en fråga i författningspolitisk skugga* s. 508–510.

²³ Dir 2016:51 s. 9 f.

²⁴ Se Uppdrag till Statskontoret om statlig styrning av offentlig sektor, Regeringsbeslut 2016-02-04, Fi2016/00372/SFÖ (delvis) s. 5.

²⁵ Se t.ex. Ahlbäck, S. och Widmalm, S., *Att göra rätt – även när ingen ser på* s. 14 f.; Ahlbäck Öberg, S. och Bringselius, L., *Professionalism and performance in the wake of new managerialism*, *European Political Science Review* (2015), 7:4 s. 499–523.

professionsforskning,²⁶ där förvaltningsautonomin ses som en norm i tjänstemännens utförande av det dagliga professionella arbetet istället för myndighetens självständighet i förhållande till uppdragsgivaren. Inom professionsforskningen förs också fram att det framför allt är professionen, alltså tjänstemännen, som kan säkerställa goda resultat i form av förverkligande av förvaltningsuppgifterna.²⁷

Sveriges regering driver idag på sökandet efter balans i styrningen och en höjd tilltro till professionerna i offentlig förvaltning. Flera av politikerna har både före och efter valet debatterat med slagord som att låta "proffsen vara proffs"²⁸ och i regeringsförklaringen angavs att professionerna i offentlig sektor behöver stärkas och att nya styrmodeller som skapar större frihet för medarbetarna i offentlig sektor ska utvecklas.²⁹ Regeringen arbetar med en förvaltningspolitisk strategi som förespråkar "tillit i styrningen" och att lyfta professionerna.³⁰ Den s.k. tillsitsreformen ska enligt regeringen vara en prioriterad process för hela det offentliga Sverige. Detta handlar bl.a. om att åtgärda de negativa konsekvenserna av NPM-utvecklingen inom förvaltningen, inte minst i styrnings- och granskningssystemen. Regeringen vill minska administrativa bördor och

kostnader så att myndigheterna får mer tid till kärnverksamheten och att man tar bättre vara på medarbetarnas kunskaper och erfarenheter. Det handlar om att komma ifrån misstroendebaserad produktionskontroll och administration och att utveckla tjänstemannarollen och inre styrnings- och samverkansmodeller. Målet är inte att ta bort statlig styrning och kontroll, som är viktig för att kunna se till att förvaltningsmyndigheterna uppfyller sina offentliga uppdrag, att de genomför regeringens politik och använder skattemedlen så som riksdagen beslutat. Målet är i stället att åstadkomma en balans mellan styrning i form av inspektion och kontroll å ena sidan och en styrning i form av lärandeprocesser där man återför kunskaper och erfarenheter till verksamheter. I detta sammanhang förordas "lärande" tillsyn eller förvaltning, som bl.a. innebär att myndighetsstyrningen bidrar till att utveckla och effektivisera förvaltningens verksamhet för att bättre kunna möta nya utmaningar. Sådan lärande tillsyn innebär bl.a. att ta tillvara myndigheternas och deras medarbetares kunskaper och erfarenheter och skapa utrymme för nya idéer och verksamhetsutveckling i förvaltningen. På så vis ligger fokus på konstruktiv dialog och samverkan snarare än detaljstyrning och kontroll. Det pågår också ett arbete för att utveckla tillsynen så att resultaten och erfarenheterna återförs till de granskade verksamheterna för att dessa och andra ska kunna ha nytta av och lära sig av tillsynen.³¹

Regeringens tillsitsbaserade förvaltningspolitik fördes fram i budgetpropositionen för 2016,³² och Statskontoret har uppdragits att kartlägga, analysera och även i vissa delar lämna förslag om statlig styrning av förvaltningen i både stat

²⁶ På engelska "professional study" eller "study of professions". För exempel se tidskriften *Professions and Professionalism* (<https://journals.hioa.no/index.php/pp9>).

²⁷ Ahlbäck Öberg, S. och Bringselius, L., *Professionalism and organizational performance in the wake of new managerialism* s. 500 f. och Ahlbäck Öberg, S., et.al., *Professions under seige* s. 96 ff.

²⁸ Se bl.a. Gustav Fridolin, *Låt lärarna vara lärare och inte administratörer*, på DN Debatt: 2013-01-14 (<http://www.dn.se/debatt/lat-lararna-vara-larare-och-inte-administratorer/>) och Stefan Löfvén *Välfördens yrken måste få sin frihet och status åter*, på DN Debatt 2013-11-15 (<http://www.dn.se/debatt/valfordens-yrken-maste-fa-sin-frihet-och-status-ater/>).

²⁹ Regeringsförklaringen 2014, Riksdagens protokoll 2014/15:6, fredagen den 3 oktober 2014.

³⁰ Se regeringens hemsida om reformen: <http://www.regeringen.se/regeringens-politik/tillsitsreformen>.

³¹ Se t.ex. Dir. 2016:51 Tillit i styrningen, samt Vägen till en lärande och effektiv förvaltning. Utvecklingsområden och prioriteringar 2015–2016, Statskontoret 2015/45-5, 2015-06-12.

³² Prop. 2015/16:1.

och kommun. Statskontoret ska bl.a. utreda hur man kan minska förvaltningens administrativa bördor och frigöra tid till kärnverksamheten, t.ex. genom minskning, förenkling eller automatisering av myndigheternas olika rapporteringsuppgifter. De ska analysera och föreslå hur man kan utveckla ledarskap och ta vara på medarbetares kompetens och erfarenheter, samt kartlägga statens styrning av kommuner och landsting och analysera konsekvenserna därav, samt utreda hur regeringen sammanhållet kan utveckla styrningen.³³ Regeringen har också inrättat en Tillitsdelegation, som bl.a. ska genomföra projekt på nationell nivå, i landsting och kommuner, med syfte att långsiktigt skapa bättre förutsättningar för kommuner och landsting att vidareutveckla en rättssäker och effektiv förvaltning. Projekten ska bidra till en tydlig, verksamhetsanpassad och tillitbaserad styrning som kan leda till att offentligt finansierade välfärdstjänster är behovsanpassade, håller god och likvärdig kvalitet och är jämlika, jämställda och tillgängliga.³⁴

Av framställningen ovan framträder behov av förändrad förvaltningspolitik med bättre balans mellan styrning och kontroll å ena sidan och en självständig operativ verksamhet präglad av kunniga och professionella tjänstemän. Det räcker dock inte att bara undvika granskningssystem och statliga myndigheters kontroll, eftersom det ju ändå finns ett grundläggande behov av statlig styrning. Det är viktigt att dra lärdom från dessa erfarenheter i diskussionen om ökad statlig styrning av den förvaltningen. I det följande ska vi se hur förvaltningen organiseras och styrs på miljöområdet, särskilt miljötillsynen.

³³ Regeringsbeslut 2016-02-04, Fi 2016/00372/SFÖ (delvis), Uppdrag till statskontoret om styrning av offentlig sektor. I skrivande stund har Statskontoret avrapporterat ett deluppdrag om kartläggning av statens samlade styrning av kommunerna och analys av styrningens konsekvenser, se Statens styrning av kommunerna, Statskontoret 2016:24, 24 oktober 2016.

³⁴ Se Kommittédirektiven Dir. 2016:51 Tillit i styrningen.

Miljötillsynsförvaltningen – målstyrning och decentralisering

Miljötillsynsförvaltningen idag kan sägas vila på en organisationsmodell med decentraliserad och målstyrd förvaltning, där en stor andel av den operativa tillsynen vilar på kommuner och länsstyrelser.³⁵ Miljölagstiftningen utgör ramlagstiftning, med grund i hänsynsregler, miljökvalitetsnormer och andra målstyrande normer och principer som kräver tolkning, tillämpning och avvägningar i det enskilda fallet.³⁶ Ansvar för detta ligger på de operativa myndigheterna och tjänstemännen, liksom ansvaret för tillsynsmetodik och prioriteringar. Tillsynsmyndigheterna har inte bara tillsynsbefogenheter utan även förpliktelser, t.ex. anmälningsplikt vid misstanke om brott och att initiera omprövning av tillstånd vid behov. De har också en tillsynsplikt, som innebär att de ska utöva tillsyn både på eget initiativ och som svar på anmälningar från berörd allmänhet, se MB 26:1–2. Samtidigt innebär tillsynsverksamheten prioriteringar och professionella val, anpassade efter aktuella allmänna intressen i lokal eller regional kontext. Det går i praktiken inte att upptäcka och lagföra alla överträdelser eller utföra inspektioner hos alla potentiella tillsynsobjekt, och det är enligt miljöbalkens förarbeten inte heller ambitionen. Miljötillsynen ska därför anpassas efter tillsynsbehovet och fokusera på att styra och stödja verksamhetsutövares egen miljökontroll där så behövs. Det ligger alltså en typ

³⁵ Centrala myndigheter har enligt miljötillsynsförordningen vissa operativa tillsynsuppgifter, inte minst gällande EU-rättsligt grundat marknadskontrollerande tillsyn, t.ex. av primärleverantörs utsläppande på marknaden av kemiska varor, utsättning av GMO-modifierade grödor, samt producentansvar för olika typer av avfall. Styrning och uppföljning av denna sker i stor utsträckning i EU-rättsligt sammanhang. Denna styrning hamnar dock vid sidan av denna artikel som fokuserar på statlig styrning av den decentraliserade miljötillsynsförvaltningen.

³⁶ Se bl.a. prop. 1997/98:45 del 1 s. 160 f. och 168 ff.

av behovsstyrning och effektivitetstänk bakom utformning och prioriteringar av varje tillsyns-åtgärd och varje tillsynsmyndighets verksamhet. Denna bild är bekant men vi ska titta lite närmare på hur detta kommer sig, samt vilka de tänkta syftena och funktionerna med organisationen är.

Miljötillsynens organisation grundar sig till stor del i reformer i slutet av 1980-talet, med utformning av den s.k. miljövårdsfamiljen.³⁷ En viktig del av dessa reformer var decentralisering, framför allt av miljöskyddstillsynen där det fanns stora reformbehov. Genom tydligare fördelning av tillsynsansvaret ville man åstadkomma effektivisering och lokal förankring. Ett problem med dåvarande organisation var att många myndigheter var inblandade, och att ansvarsfördelningen var oklar och innebar en del dubbelarbete. Genom att lägga över tillsyn på kommunala miljöförvaltningar ville man reparera problemen och effektivisera tillsynen. Till grund för valet att lägga tillsynen lokalt låg ett allmänt intresse av decentralisering av förvaltningen, men också viljan att åstadkomma ett ökat miljömedvetande. I lagberedningen lyftes fram att miljöfrågorna hade stor betydelse för människor och behövde tas in i alla delar av samhällets planering men också i företags utformning av sin verksamhet, samt att enskilda måste få ökat inflytande över miljöfrågorna och politiska beslut som rör miljön. Därför lades miljötillsynen på lokal nivå och inom framför allt miljöskyddet förespråkas tillsyn baserad på egenkontroll och systemtillsyn.³⁸

Med miljöbalkens införande betonades och vidareutvecklades miljöpolitikens grundsatser om decentralisering och målstyrning och vid-

gade perspektivet till hela miljöbalksområdet. Regeringen sökte byta fokus från regelstyrning och "command-and-control" genom detaljreglering till mål- och resultatstyrning genom miljömål, hänsynsregler och miljökvalitetsnormer och med en kontroll som bjuder in – och tvingar – var och en att delta i förebyggande och konstruktivt miljöarbete. Länsstyrelserna och framför allt kommunerna lyftes än tydligare fram som viktiga aktörer, inte minst i rollen som tillsynsmyndigheter. Propositionen trycker på att tillsynen ska bedrivas mål- och resultatstyrande. Miljöbalksreformen vilar på grunden om hållbar utveckling, som förutsätter att hela samhället engageras i förvaltning av miljö och naturresurser. Det innebär också att tillsynen till stor del ska vila på var och ens ansvar för miljön, på verksamhetsutövarens egenkontroll och tillsynsmyndigheternas systemkontroll.³⁹

Det kan här till noteras att det under senare år skett en förskjutning i den s.k. miljöbalkskedjan där mer och mer av miljöförvaltningens uppgifter decentraliserats och anförtratts till tillsynsmyndigheterna. Detta har inte minst skett genom reformering av miljöbalkens tillståndssystem. Färre verksamheter kräver nu tillstånd och regleras därför främst genom tillsyn. Dessutom har myndighetsorganisationen för både tillståndsprövningar och tillsyn av tillståndsgiven verksamhet decentraliserats.⁴⁰ Tillsyns-

³⁹ Prop. 1997/98:45, del 1 s. 156, s. 158 f., s. 160–169 och s. 501–503.

⁴⁰ Ett exempel på denna utveckling är 2005 års reformering av förordningen om miljöfarlig verksamhet och hälsoskydd (1998:899). Reformen innebar att A-verksamheter, som tidigare prövats av miljödomstol i första instans, blev B-verksamheter som prövas av miljöprövningsdelegationer inom länsstyrelser, B-verksamheter blev C-verksamheter som enbart kräver föranmälan till kommunala nämnden, och flera C-verksamheter blev U-verksamheter som inte kräver någon förprövning eller anmälan enligt FMH. Dessutom har myndighetsorganisationen för tillståndsprövningar decentraliserats, genom att tillståndsprövningar i större utsträckning lagts på regionala och kommunala förvaltningsmyndigheter.

³⁷ SOU 1987:32 För en bättre miljö. Betänkande av utredningen om miljövårdens organisation. Se även prop. 1980/81:92 om ändring i miljöskyddslagen, där man möjliggjorde delegation av miljöskyddstillsyn till kommunerna.

³⁸ SOU 1987:32 För en bättre miljö s. 139–141 och s. 147 ff.

myndigheterna har därigenom också tagit över den viktiga uppgiften att operationalisera – eller översätta, konkretisera – miljörettens generellt och principiellt utformade mål, principer och allmänna hänsynsregler. Detta görs nu ofta genom tillsynsmyndigheternas vägledning och myndighetsutövning mot verksamhetsutövarna. Tillsynsmyndigheterna har därmed också större frihet i att själva bestämma hur tillsynen ska genomföras och utformas i relation till icke tillståndsgivna verksamheter. Tillsynsmyndigheterna är allt oftare kommunala nämnder som på så vis får en alltmer självständigt normerande och styrande roll i miljöbalkskedjan. En parallell utvecklingstendens utgörs av sanktionsväxling och renodling av sanktionssystemet där straffrättsliga påföljder för miljöbrott sparas för de allra allvarigaste överträdelserna.⁴¹ Andra överträdelser lagförs istället genom sanktionsavgifter eller tillsynsförelägganden och viten och har därmed lagts på tillsynsmyndigheternas ansvar. Även här får tillsynsmyndigheterna en alltmer central och självständig roll i miljöbalkskedjan.

Det innebär också att tillsynsansvaret för tillståndsgivna A-verksamheter som tidigare legat på länsstyrelsenivå nu förs över till kommunala tillsynsmyndigheter när de blir B-verksamheter. För bakgrund till reformerna, se Naturvårdsverkets rapport *Pröva eller inte pröva? Förslag till ändringar i förordningen (1998:899) om miljöfarlig verksamhet och hälsoskydd*, Rapport 5353, februari 2004. Idag regleras motsvarande tillståndssystem framför allt i miljöprövningsförordningen (2013:251). Vi kan se en liknande trend inom andra miljörättsliga sektorer, t.ex. undantag från tillståndsplikt för vissa vattenverksamheter, se MB 11:9a och prop. 2008/09:129 s. 69 ff., samt strandskyddet där kommunen beslutar om dispenser i enskilda fall och där det samtidigt också ges större möjligheter till avsteg från det allmänna strandskyddet i kommunernas fysiska planering, se MB kap 7:18–18h och prop. 2008/09:119 *Strandskyddet och utvecklingen av landsbygden* s. 46 f.

⁴¹ Se t.ex. SOU 2004:37 *Miljöbalkens sanktionssystem och allmänna hänsynsregler* s. 53 ff., samt prop. 2005/06:182 *Miljöbalkens sanktionssystem* mm. s. 33 ff. och s. 43 f.

Styrning av miljötillsynen idag

Av beskrivningen ovan är det tydligt att den operativa tillsynen är en helt central funktion av miljöförvaltningen. Denna funktion har decentraliserats kraftigt, och ligger idag till stor del på kommunala miljönämnder. Det har varit en medveten utveckling att anförtro en stor del av tillsynen till kommunerna. I förarbetena till miljöbalken sägs att statens roll i den löpande tillsynen bör vara att stödja de kommunala tillsynsmyndigheterna, eller att ingripa då de i något fall inte sköter sina tillsynsuppgifter. Regeringen betonar vikten av sådan statlig styrning och anför angelägenheten i centrala myndigheters fortsatta aktiva stödjande arbete och att de verkligen ser till att ingripa när kommunen inte fullgör sitt tillsynsansvar.⁴² Avsikten var alltså att den statliga styrningen av operativa tillsynsmyndigheter skulle vara aktivt närvarande och vägledande liksom kraftfullt kontrollerande för att garantera effektiv tillsyn. Vid närmare granskning av centrala miljömyndigheters förvaltningsuppgifter och befogenheter framträder dock en annan bild.

Styrningen av den operativa tillsynen är ganska begränsad. Vi kan exempelvis se att den av regeringen utfärdade miljötillsynsförordningen bara mycket kortfattat fördelar och beskriver de olika tillsynsmyndigheternas uppgifter. För tillsynens planering och genomförande föreskrivs en ordning där de operativa tillsynsmyndigheterna själva ska föra register över tillsynsobjekten som behöver återkommande tillsyn och att de regelbundet ska utreda tillsynsbehovet för det egna ansvarsområdet, MtF 1:6–7. Dessa dokument utgör underlag för den årliga tillsynsplan som myndigheten ska upprätta. I tillsynsplanen ska myndigheten beskriva hur de avväger fördelningen av resurser på olika ansvarsområden med redovisning av hur detta förhåller sig till tillsynsbehovet, 1:8 och 10. De ska också kom-

⁴² Prop. 1997/98:45, del 1 s. 498.

petensutveckla personalen. Närmare innehåll och användning av dessa dokument, eller krav gällande kompetens eller andra resurser regleras dock inte, och inte heller närmare hur tillsyns-åtgärder ska prioriteras eller utföras. När det gäller tillståndspliktiga eller tillståndsgivna verksamheter enligt miljöprövningsförordningen (2013:251) krävs dock individuella tillsynsprogram och en minsta besöksfrekvens (MtF 1:10a). Dessa krav har sin grund i EU-rättslig reglering enligt industriutsläppsdirektivet.⁴³ För tillsyn som kommuner övertagit från länsstyrelser stadgas krav på uppföljning och en möjlighet för länsstyrelsen att återta tillsynen. Här finns också en möjlighet för tillsynsvägledande myndighet att begära att en länsstyrelse återkallar tillsynen och annars låta regeringen besluta om saken (MtF 1:18–22). Det stadgas dock inga närmare krav på återtagande, och även om kommuner har övertagit mycket av länsstyrelsernas miljö-tillsyn så återkallas tillsyn generellt inte.

Förvaltningsuppgifterna för centrala statliga myndigheter som Naturvårdsverket eller Havs- och vattenmyndigheten är inte att "kontrollera" eller "ingripa" när kommunala tillsynsmyndigheter inte tillräckligt väl fullgör sitt tillsynsansvar. De har i allmänhet inte till uppgift att utöva någon kontrollerande tillsyn över regional och lokal förvaltning. Centrala miljömyndigheter har enligt miljötillsynsförordningen inte några kontrollbefogenheter gentemot de operativa myndigheterna – de kan inte styra eller ingripa i tillsynsverksamheten. Ett undantag är ovan nämnda möjlighet att begära att en länsstyrelse återkallar överlåtna tillsynsuppgifter. Naturvårdsverket ska, som tidigare nämnts, också rapportera en utvärdering av tillsynen till regeringen, och däri redovisa identifierade brister och beskrivning av

hur dessa kan åtgärdas, MtF 1:28. De ger på så vis regeringen underlag för deras styrning av tillsynen. I regleringsbrev får de centrala myndigheterna också uppdrag som innebär uppföljning och utvärdering av miljöförvaltningens arbete, och ibland uppdrag om att utarbeta förslag om åtgärder där man finner brister.⁴⁴ I myndighetsinstruktionerna för t.ex. Naturvårdsverket eller Havs- och vattenmyndigheten anges som dessa centrala myndigheters roll att vara "pådrivande, stödjande och samlande vid genomförandet av miljöpolitiken". De ska "verka för" att generationsmål och miljö kvalitetsmål nås, och inom miljö målssystemet vägleda, analysera och värdera, redovisa resultat och följa upp etappmål, osv. I instruktionerna och i miljö tillsynsförordningen anges att de inom sitt ansvarsområde ska ansvara för central tillsynsvägledning och samverka med länsstyrelserna för att åstadkomma effektivt tillsynsarbete, de ska bevaka allmänna miljö värdsintressen i mål och ärenden och delta i viktiga miljöprövningar.⁴⁵ Vi finner dock inte något uppdrag om granskning eller ingripanden mot operativa tillsynsmyndigheter. Den centrala styrande rollen ligger därmed i myndighetens vägledning av tillsynen som regleras närmare i MtF 3 kap. Denna innebär inte minst att myndigheterna styr de operativa myndigheternas verksamhet genom vägledande styrdokument som allmänna råd, handböcker osv. gällande allt från tillsyns metodik till tolkning och närmare preciseringar av olika normers innebörd. Exempelvis vägleder Naturvårdsverket genom allmänna råd och handboken Operativ tillsyn

⁴³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/75/EU av den 24 november 2010 om industriutsläpp (samordnade åtgärder för att förebygga och begränsa föroreningar).

⁴⁴ Se t.ex. Regleringsbrev för budgetåret 2016 avseende Naturvårdsverket, Regeringsbeslut 2015-12-16, M2015/04233/S, M2015/04303/S (delvis), M2015/00182/K1 m.fl.

⁴⁵ Se förordning (2012:989) med instruktion för Naturvårdsverket, samt förordning (2011:619) med instruktion för Havs- och vattenmyndigheten.

de operativa myndigheterna i planeringen och genomförandet av tillsynen. Här utvecklas bl.a. närmare hur myndigheterna bör förstå och genomföra den i miljötillsynsförordningen så allmänt beskrivna processen för behovsutredning och tillsynsplanering,⁴⁶ men också hur själva tillsynen bör genomföras. Tillsynsvägledning kan också ske genom mer direkta kontakter genom frågor från inspektörer i svåra fall, eller genom seminarier eller informationsträffar. Länsstyrelserna vägleder också de kommunala operativa myndigheterna och den centrala tillsynsvägledningen ska främst fokusera på att stödja länsstyrelsernas vägledning. På många områden har också centrala myndigheter delegerats föreskriftsrätt, vilket också är ett sätt att styra de operativa myndigheternas arbete.

Granskningssystemen för miljötillsynen är också ganska begränsade och allmänt hållna. I miljötillsynsförordningen stadgas att en operativ tillsynsmyndighet årligen ska följa upp och utvärdera sin tillsynsverksamhet, 1:12. De ska därtill lämna en del information till tillsynsvägläsnade myndigheter. För tillsynsuppgifter som överlåtits från en statlig myndighet till kommun föreskrivs att den överlåtande myndigheten ska regelbundet följa upp och utvärdera den aktuella tillsynen. Som tidigare nämnts ska också Naturvårdsverket redovisa till regeringen hur tillsynen kan utvecklas och förbättras, vilket får anses innebära en plikt att följa upp och utvärdera miljötillsynens utförande och söka förbättra denna. Det finns dock inte några klart uttalade parametrar för sådan utvärdering. På miljöförvaltningens område har inte etablerats system med kvantifierbara mätdata för utvärdering, som på andra förvaltningsområden.

⁴⁶ Naturvårdsverkets allmänna råd om tillsyn (NFS 2001:3) (se t.ex. § 7), samt Naturvårdsverkets Handbok 2001:4, Operativ tillsyn (se t.ex. kap. 1 Planering – en process).

I relation till frågan om utvärdering av miljötillsynen kan vi också lyfta blicken och betänka miljömålssystem, med formulering av auktoritativa miljöpolitiska mål som sedan bryts ner i delmål och indikatorer som knyts till mätbara miljödata. Målen följs årligen upp av de olika sektorsmyndigheterna och resultaten utvärderas för att skapa underlag för att föra tillbaka erfarenheterna i de miljöpolitiska och miljörättsliga ordningarna. Detta säger inget direkt om hur operativa myndigheterna utför sina tillsynsuppgifter, men det innebär en mer generell uppföljning och mätning av miljöpolitikens resultat i större sammanhang och i viss mån den sammanlagda miljöförvaltningens måleffektivitet. På så vis hjälper det till att identifiera brister i systemen och behov av vidare förvaltningsåtgärder.⁴⁷ På liknande sätt kan man se de stora regionala systemen för ekosystemförvaltning som vattenförvaltning under ramvattendirektivet,⁴⁸ eller systemen för en ekosystembaserad förvaltning av Östersjön under strategiska havsmiljödirektivet⁴⁹ och Baltic Sea Action Plan. Här utvärderas miljöpolitikens resultat och behov av vidare förvaltningsåtgärder. Tanken är att skapa adaptiva förvaltningssystem som anpassas till förutsättningarna och nya kunskaper och erfarenheter, och som tar sikte på kvalitativa miljömål.

De centrala miljömyndigheternas ovan beskrivna myndighetsroll och styrningsuppdrag kan jämföras med t.ex. Skolinspektionen eller

⁴⁷ Se prop. 1997/98:145 Svenska miljömål. Miljöpolitik för ett hållbart Sverige och 1998/99: MJU6, SOU 2015:43 Vägar till ett effektivare miljöarbete s. 102 ff., samt miljömålsportalen <http://www.miljomal.se> där arbetet kontinuerligt kommuniceras.

⁴⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område.

⁴⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/56/EG av den 17 juni 2008 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på havsmiljöpolitikens område, samt HELCOM, Baltic Sea Action Plan, antagen 2007 på HELCOM:s ministermöte i Krakow, Polen.

IVO.⁵⁰ Dessa särskilda statliga tillsynsmyndigheter har som huvuduppgift att svara för tillsyn inom sina verksamhetsområden rörande skola, vård och omsorg, inklusive att pröva klagomål och svara för viss tillståndsprövning. Tillsynen utövas framför allt gentemot kommunala huvudmän och tillsynens syfte är att se till att befolkningen får utbildning, vård och omsorg m.m. som är säker, trygg och har god kvalitet och bedrivs i enlighet med lagstiftningen. Dessa statliga tillsynsmyndigheter har också befogenheter att göra inspektionsbesök, att få tillgång till dokumentation och uppgifter, att förelägga kommunala skolor eller vårdgivare och besluta om viten med mera.⁵¹ Här har man alltså infört särskilda centrala myndigheter för granskning och kontroll av offentlig förvaltning. Det är en ganska specifik kontrollerande styrningsmodell, som ligger i tiden. Det bör dock noteras att Skolverket och Socialstyrelsen, från vilka man skiljt de granskande och ingripande uppgifterna för statlig tillsyn, har kvar de mer utpräglat stödjande och vägledande uppgifterna. Skolverket ska t.ex. utforma styrdokument som kursplaner, ämnesplaner och kunskapskrav för skolan, samt ansvara för nationella prov och slutprov. Även här finns dock vissa kontrollerande funktioner. Inom skolverket finns exempelvis en personalansvarsnämnd som bl.a. kan återkalla lärarlegitimationer.⁵² I jämförelsen framstår det som att miljöförvaltningen präglas av en relativt svag styrning från centrala statliga myndigheter, med en avsaknad av befogenheter för granskning eller ingripanden när lokala och regionala tillsynsmyndigheter inte utför sina förvaltningsuppdrag tillräckligt väl. Styrningen fokuserar framför allt

på vägledning av operativa myndigheter genom olika styrdokument och får på så sätt liknande uppgifter som Skolverket och Socialstyrelsen.

Behövs ökad styrning av miljötillsynen?

Med grund i föregående beskrivning och diskussion av den statliga styrningens förutsättningar och utveckling ska vi nu titta närmare på den aktuella diskussionen om ökad styrning av miljötillsynen. Det är inte idag aktuellt med inrättande av någon särskild inspektionsmyndighet inom miljöförvaltningen, utan förslagen om ökad styrning rör framför allt mer detaljerad reglering av förvaltningens verksamhet, samt ökade befogenheter för befintliga statliga myndigheter. I det följande ska sådana förslag för styrning av miljötillsynen analyseras. Analysen tar avstamp i frågan om hur tillsynen ändamålsenligt bör organiseras och genomföras, och var problemen och bristerna som kräver styrning finns. Några aktuella reformförslag kommer att analyseras i ljuset av den kritiska debatten om statlig styrning, NPM och "tillitsbaserad styrning", samt erfarenheter från andra delar av förvaltningen.

Beskrivningen ovan har visat att miljötillsynens förvaltningsorganisation är ett decentraliserat system med omfattande uppdrag och självständighet för operativa myndigheter där centrala myndigheter inte lägger sig så mycket i. Miljötillsynen, liksom miljöförvaltningen generellt, präglas av en svag statlig centralstyrning, som istället styr genom stöd och vägledning till operativa myndigheter.⁵³ Här har inte trenden med inspektionsmyndigheter, granskningssys-

⁵⁰ Se förordning (2011:556) med instruktion för Statens skolinspektion, samt förordning (2013:176) med instruktion för Inspektionen för vård och omsorg.

⁵¹ Se t.ex. Skollagen (2010:800) kap. 26.

⁵² Se förordning (2015:1047) om instruktion för Statens skolverk.

⁵³ Som jämförelse kan noteras att man på vård- och omsorgsområdet också föreskriver om statlig styrning med kunskap, för att styra genom att tillhandahålla samlade kunskaper som stöd till lokala verksamheterna i deras arbete. Förordning (2015) om statlig styrning med kunskap avseende hälso- och sjukvård och socialtjänst. Se också Statskontorets rapport 2016:13, Utvärdering av en mer samlad styrning med kunskap för hälso- och sjukvård och socialtjänst, där man lyfter fram behovet av ett

tem och mätning med kvantifierbara indikatorer riktigt slagit igenom ännu, trots att tillsynen decentraliserats kraftigt och karakteriseras av målstyrning. I viss mån kan miljömålssystemet och olika miljökvalitetsinriktade förvaltningssystem ses som en sorts resultatuppföljning av miljöpolitiken och miljöförvaltningen i stort. Den kan dock inte användas för att utvärdera och jämföra olika myndigheters verksamhet. I miljöförvaltningen finns också en inbyggd flexibilitet till lokala och regionala förutsättningar, som främjar diversitet. Allt detta kan sägas återspegla en tillitsbaserad styrning, med tilltro till operativa myndigheter och professioner, och som väl förankrad i verksamhetens egna lokala förutsättningar och behov. Miljötillsynen är inte föremål för sådan felstyrning som granskning via kvantifierbara mätdata sagts innebära. Kanske kan man argumentera för att miljötillsynen organisation redan har den efterfrågade mer balanserade och ändamålsenliga statliga styrmodellen.

Men frågan är om vi kan nöja oss med dagens styrmodell för miljötillsynen, om vi beaktar den pågående debatten om behoven av ökad styrning. Miljötillsynen är återkommande föremål för kritik. Särskilt de kommunala tillsynsmyndigheterna är enormt utskällda. Kritiken säger bland annat att tillsynen ser olika ut i olika delar av landet, att tillsynen är ineffektiv, oprofessionell, svårförutsebar och inte minst orättvis, eftersom verksamhetsutövare i olika delar av landet behandlas annorlunda och ställs inför helt olika krav från myndigheten.⁵⁴ Problemen

perspektivskifte som ger professionerna mer utrymme och fokuserar på dialog snarare än ensidigt uppifrån- och ner-styrning.

⁵⁴ Se t.ex. OECD Environmental Performance Reviews, Sweden 2014, Regeringens skrivelse 2009/10:79 s. 32 f., SOU 2015:43 s. 353, SOU 2004:100 Förslag om en tydligare och effektivare offentlig tillsyn s. 144, Ds 2000:67, Att granska sig själv, En ESO-rapport om den kommunala miljötillsynen s. 24 f., Effektiv miljötillsyn, Naturvårdsverket Rapport 6558, maj 2013 s. 33, Christensen, J.,

diskuteras med hänvisning till brister i tillsynsmyndigheternas kompetens, vilja eller resurser och ibland med anklagelser om maktmissbruk genom främjande av andra intressen – partipolitiska hänsyn eller rent privata intressen. Det finns också en återkommande kritik om bristande tillsynsvägledning. Återkommande höjs röster från näringsliv och fastighetsägarorganisationer, och från tillsynsmyndigheterna själv, om krav på ökad styrning och kontroll. Tillsynsmyndigheterna själva efterfrågar tydligare central styrning och konkreta besked om hur de ska tillämpa regelverket och utöva tillsyn.

Med bakgrund i debatten verkar det tydligt att miljötillsynen kräver en tydligare eller fastare statlig styrning än idag. Staten är garant för att förvaltningen utför sina offentliga uppdrag och realiserar den i demokratisk ordning grundade miljöpolitiken. Det finns därför ett behov av att identifiera styrmodeller som på olika sätt säkerställer att tillsynsmyndigheterna faktiskt utför sina förvaltningsuppgifter. Klart är att vi idag inte har en sådan aktivt närvarande vägledande och samtidigt kontrollerande styrning av operativa tillsynsmyndigheter som miljöbalkspropositionen eftersträvade.⁵⁵ Men frågan är hur tillsynen bör styras och vilka de brister och problem som kräver styrning egentligen är. I utredningen av olika åtgärder och modeller för ökad tillsyn bör vi naturligtvis beakta och dra lärdom av den förvaltningspolitiska utvecklingen och diskussionen kring de negativa effekterna av de senaste årens styrmodeller och granskningsapparater. För att kunna avgöra vilka förändringar som behövs bör vi också titta närmare på kritiken mot den decentraliserade tillsynen och försöka se vad

”Goda förutsättningar för tillsyn?” I Basse, E.M., Ebbesson, J., och Michanek, G., (Red.), *Fågelperspektiv på rättsordningen. Vänbok till Staffan Westerlund*, Iustus förlag, Uppsala 2001, s. 204 ff.

⁵⁵ Prop. 1997/98:45, del 1 s. 498.

av dagens tillsynssystem som är värt att hålla fast vid och utveckla vidare. För att hitta lösningar måste vi veta var problemen sitter, vad som behöver styras, och hur detta bäst sker utan att systemets grundläggande funktioner och syften förfelas. Det finns anledning att noga analysera styrkor och svagheter i det befintliga systemet. I det följande diskuteras några sådana punkter.

Målstyrd och decentraliserad miljöförvaltningen som god förvaltning

Vi backar ett steg för att fundera på hur en god miljöförvaltning bör utformas, och vad det innebär för miljötillsynen som ju har en central roll inom denna förvaltning. Tanken med denna diskussion är att söka grundläggande utgångspunkter för mål- och resultateffektivitet i tillsynen. Till stöd för formulering av sådana viktiga utgångspunkter och mål kan vi blicka mot miljövetenskapligt teoribildning och miljöpolitiska målformuleringar. Ibland föreslås centralisering av miljöförvaltningen och av miljötillsynen, eller detaljreglering av miljörettsliga krav och av tillsynens genomförande. I detta avsnitt ska därför grunderna för den målstyrda och decentraliserade förvaltningen argumenteras.

För det första kan noteras att miljöretten medger flexibilitet och diversitet i tillsynen genom målstyrning med fokus på målsättningar och normer som hänför sig till miljökvaliteten, och med bedömningar i enskilda fall relaterat till den däri relevanta miljösituationen. Det ger möjligheter att anpassa kraven på försiktighetsåtgärder till miljöförutsättningarna som varierar och förändras över tid och rum. Det ger också utrymme för användning av en diversitet av tillsynsmetoder och styrmedel, såsom tillsynsmyndigheten bedömer mest ändamålsenligt och effektivt i relation till de inblandade aktörernas förutsättningar och engagemang. Det möjliggör behovsbaserad miljötillsyn som är viktigt för effektivitet gällande både resultat och

kostnader. Det passar också väl med den idag förespråkade adaptiva och ekosystembaserade miljöförvaltningen, med ekosystemansats⁵⁶ och socialekologisk resiliens.⁵⁷ Där är miljökvalitet och ekosystemfunktion mål och föremål för förvaltningen, och pluralism eftersträvas i förvaltningens utformning: diversitet av åtgärder, brett deltagande av olika intressenter, samt förvaltning på flera olika nivåer och i olika skalor. Förvaltningen blir en pågående adaptiv lärandeprocess med ett kontinuerligt förbättringsarbete och anpassning till förändrade förutsättningar, nya kunskaper och erfarenheter. Som tillsynen idag är utformad finns stora möjligheter att välja olika angreppssätt och att differentiera krav och styrmedel i tillsynen av objekt med olika förutsättningar, erfarenheter och miljörisker – att behandla olika fall olika och på så sätt uppnå effektiv och ändamålsenlig miljöförvaltning. Det är bra. I enlighet med miljövetenskaplig teoribildning och miljöpolitiska och -rättsliga målsättningar bör miljötillsynen vara målstyrd och präglas av flexibilitet, adaptivitet och diversitet i sitt arbetssätt. Detaljstyrning och standardisering av tillsynen skulle därför gå i fel riktning. Utmaningen i rättslig kontext relaterar ofta till de grundläggande kraven på förutsebarhet och lika-

⁵⁶ Se t.ex. CBD V/6. 2000. The Fifth Ordinary Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, held in Nairobi, Kenya. Decision 6. UNEP/CBD/COP/5/23, p. 103; CBD VII/11. 2004. Seventh Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, held in Kuala Lumpur, Malaysia. Decision 11. UNEP/CBD/COP/7/21, p. 186; samt Nilsson, A.K. och Bohman, B., *Legal prerequisites for ecosystem-based management in the Baltic Sea area: The example of eutrophication*, *Ambio* 2015 Jun; 44(Suppl 3): 370–380.

⁵⁷ Se t.ex. Duit, A. and Galaz, V. 2008, Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions, Vol. 21, No. 3, July 2008 (pp. 311–335); Folke, C. Resilience: The emergence of a perspective for social-ecological systems analyses. *Global Environmental Change*, 253–267; Folke, C., S. R. Carpenter, B. Walker, M. Scheffer, T. Chapin, and J. Rockström. 2010. Resilience thinking: integrating resilience, adaptability and transformability. *Ecology and Society* 15(4):20.

behandling.⁵⁸ Den centrala uppgiften blir att hitta rätt balans i myndighetsutövningen, särskilt att säkerställa tydlighet och god kommunikation i handläggningen av tillsynsärenden, för att säkerställa de tillsynades rättssäkerhet.

Den svenska miljöpolitiken är baserad på målet om hållbar utveckling. Miljölagstiftningens roll är att vara ett av flera samverkande styrmedel som ska skapa förutsättningar för genomförandet av denna miljöpolitik. Detta görs genom att skapa förutsättningar för ett decentraliserat och förebyggande arbete, där målstyrning ger utrymme för större delaktighet för berörda aktörer. Tanken är att utforma ett miljörättsligt system som bidrar till utvecklingen mot att varje enskild individ tar sitt miljöansvar. Det räcker inte med att reglera stora miljöfarliga industrier, utan vi måste styra mot ändrade levnadsvanor, konsumtionsmönster osv. Dessutom krävs en helhetssyn på miljöarbetet. Miljötillsynen är del av detta, och den ska arbeta på bred front med både myndighetsutövande kontroll och sanktioner mot överträdelser av miljölagstiftning, tillstånd och andra beslut, och med stödande och vägledande tillsyn genom information, kommunikation och råd, med mera. Den är också decentraliserad och äger därför rum i nära anslutning till verksamheterna och medborgarna.⁵⁹ Tillsynen är och ska vara baserad på aktörens eget ansvar, t.ex. genom systemtillsyn för att kontrollera verksamhetsutövarnas egenkontroll. Bakom detta ligger också insikterna om att en fullständig kontroll av regelefterlevnad inte är möjlig, hur tillsynen än utformas. Än mindre kan man genom myndighetskontroll och krav styra utvecklingen av miljöarbetet, framtagande av

innovativ ny teknik eller processer för långsiktigt arbete mot hållbar utveckling. Här är det viktigt att främja verksamhetsutövarns och andras egna åtaganden och initiativ.⁶⁰ Tanken här är alltså en sorts måleffektivitet. Även detta rimmar väl med politiken om hållbar utveckling, och med den internationellt erkända miljörättsprincipen om att förorenaren ska betala – i förlängningen att den som gör något som innebär miljörisker ska bära ansvaret för att vidta försiktighetsåtgärder för att undvika, minska och reparera miljöstörningar.⁶¹

Redan i reformerna under 80-talet motive-
rades decentralisering med större möjligheter
till deltagande och lokal förankring, men också
med möjlighet till prioritering efter lokala behov
och förutsättningar. På detta vis torde det vara
lättare att styra mot ett miljöarbete på ”gräsrots-
nivå”, med ändrade levnadsvanor i vardagen,
likväl som utveckling av större miljöfarliga verk-
samheter i nära kommunikation och hänsyn till
miljömässiga och samhällseliga förutsättningar
på orten. Enligt miljövetenskaplig teoribildning
om ekosystemförvaltning och socialekologisk
resiliens är det också viktigt att miljöförvaltning
decentraliseras till lägsta möjliga relevanta nivå,
och att då också möjliggöra brett deltagande av
berörda intressen, och att skapa möjligheter för
en diversitet av åtgärder.⁶² Det ska också noteras
att teoribildningarna kring både hållbar utveck-
ling och socioekologisk resiliens talar om miljö-
förvaltning i en kontext där såväl naturresurs-
hushållning och ekosystem som ekonomiska,
sociala och andra samhällseliga system ska vara
hållbara och/eller resilienta. Detta talar också för
en ordning där man integrerar miljötillsynen i
den allmänna samhällseliga politiken och förvalt-
ningen. En sådan integration torde bättre kunna

⁵⁸ Se Ebbesson, J., *The rule of law in governance of complex socio-ecological changes*, Global Environmental Change 20 (2010) 414–422; Nilsson, A.K. och Bohman, B., *Legal prerequisites for ecosystem-based management in the Baltic Sea area: The example of eutrophication*.

⁵⁹ Prop. 1997/98:45 del 1 s. 154 ff., 492 ff.

⁶⁰ Prop. 1997/98:45 del 1 s. 512 f.

⁶¹ Art 191.2 EUFF och Art 16 av Riodeklarationen.

⁶² Se CBD V/6. 2000 s. 103 och Nilsson, A.K. och Bohman, B., *Legal prerequisites for ecosystem-based management in the Baltic Sea area: The example of eutrophication* s. 371 f.

genomföras på lokal eller regional nivå, inte minst inom kommunal förvaltning. Även om det finns risker för prioritering av andra lokalpolitiska mål och sysselsättning eller bostadsbyggande snarare än långsiktig naturvård eller miljöskydd, så behöver diskussionen om hållbara samhällen och integrerad förvaltning tas här. Jag tar därför avstamp i behovet av förankring och integrering av miljöförvaltningen i lokala och regional samhällelig förvaltning och politik. Detta har förutsättningar att främja en långsiktigt god miljöförvaltning med brett deltagande i samhället.

Vilken styrning behöver tillsynen – var ligger problemen?

I föregående avsnitt har jag lyft fram ändamålsenligheten med decentraliserad och målstyrd miljötillsyn, som ett förvaltningssystem väl förankrat i miljöpolitiska mål och vetenskaplig teoribildning. Vi kan se att det målstyrda och decentraliserade systemet skapar utrymme för flexibilitet och diversitet, lokal förankring och främjande av var och ens miljöansvar. Därigenom finns goda förutsättningar för ändamålsenlig och hållbar tillsyn. Med denna utgångspunkt bör vi ändå vidare undersöka den kritik som riktas mot tillsynen. Var ligger egentligen problemet? Vilka åtgärder eller modeller av statlig styrning skulle kunna möta denna kritik på ett ändamålsenligt sätt utan att undergräva de ovan beskrivna styrkorna i vår miljöförvaltning? I det följande ska vi försöka bena ut det närmare innehållet och grunderna för kritiken och vad kritiken egentligen handlar om.

Ett centralt tema i kritiken mot tillsynsmyndigheterna är brister i enhetlighet i tillsynen runtom i landet. Även om kritik framförs om ineffektivitet, okunskap osv. så landar diskussionen ofta i problemet att tillsynen varierar och att detta leder till orättvisa konkurrensförhållanden och bristande rättssäkerhet. Enhetlighet i meningen enhetlig rättstillämpning – att lika

fall ska behandlas lika – är grundläggande i en rättsstat. I regeringsformen 1 kap. 9 § fastställs den fundamentala principen om att alla som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter ska beakta allas likhet inför lagen samt iakttä saklighet och opartiskhet. I kommunallagen 2 kap. 2 § stadgas dessutom den kommunala likställighetsprincipen som innebär att kommunen ska behandla sina kommunmedborgare lika. Det framförs ofta skarp kritik mot inte minst den kommunala miljötillsynen men det är ofta ganska oklart vad den kritiken egentligen består i och grundar sig på. Gäller den olikheter i tolkning och tillämpning av lag, olikheter i tillsynsmetodik eller i kommunernas olika prioriteringar mellan tillsynsområden, eller är det olikheter gällande myndighetens organisation, resurser eller kompetens? I lagberedningsarbete och i utredningar av och för olika myndigheter har genom åren framförts kritik mot miljötillsynen, men generellt sett återges bara att "det har framkommit" eller näringslivsföreträdare har "framfört" kritik. Det presenteras inte lika ofta närmare grund för kritiken genom statistik, praxisundersökningar eller verkliga exempel. Än mindre konkretiseras var nämnda brister ligger och hur de tar sig uttryck.

I OECD:s granskning av Sveriges miljöpolitik 2014 redovisas att både statliga och icke-statliga intressenter på alla nivåer ger "signaler" om att tillämpningen av miljölagstiftningen präglas av bristande enhetlighet och ojämlika villkor mellan olika regioner och framför allt mellan olika kommuner. Detta sägs bero på myndigheternas självständighet och på skillnader i deras s.k. genomförandekapacitet, t.ex. gällande resurser, sakkunskap och inflytande från lokala intressen.⁶³ OECD rekommenderar Sveriges regering att stärka Naturvårdsverkets kontroll av till-

⁶³ OECD Environmental Performance Reviews, Sweden 2014.

synsmyndigheterna på lokal och regional nivå. OECD formulerar alltså allvarlig kritik mot tillsynens bristande enhetlighet och ojämlika villkor och efterfrågar starkare statlig styrning. Här kan vi utläsa påståenden om bristande enhetlighet i rättstillämpningen, men egentligen inte några närmare preciseringar av hur, varför eller inom vilka rättsliga områden. Den allmänt formulerade kritiken baserad på "signaler" från olika aktörer är svår att värdera och att närmare förstå innebörden av. Sådana allmänna formuleringar återkommer ofta och visar på allvaret i kritiken, men gör det samtidigt svårt att veta var felet ligger och vad man ska göra åt det. Det finns inte tillräckligt med underlag för att närmare avgöra styrbehoven i tillsynsorganisationen. Denna brist på underlag är något av det första som behöver åtgärdas för att uppnå mer ändamålsenlig styrning av miljötillsynen.

Stärkt uppföljning och utvärdering av tillsynen för bättre underlag för styrning och utveckling

Bristen på underlag för kvalitetsgranskning och styrning av tillsynsmyndigheterna är föremål för diskussion när olika statliga utredningar diskuterar reformering av miljötillsynen. Som tidigare noterats har inte den förvaltningspolitiska trenden med uppföljning och revision av kvantifierbara, mätbara faktorer riktigt slagit igenom inom miljöförvaltningen. I OECD:s granskning av den svenska miljöpolitiken rekommenderas Sverige att upprätta ett resultatmätningssystem med en enhetlig uppsättning input-, output- och utfallsindikatorer samt förfaranden för datarapportering.⁶⁴ Även EU-kommissionen har påtalat kraven på medlemsstaterna gällande uppföljning, utvärdering och åiterrapportering gällande

miljötillsynen.⁶⁵ Det pågår också ett omfattande arbete, inte minst i Naturvårdsverkets regi inom Miljöbalksprojektets delprojekt "Utvecklad uppföljning för en bättre tillsyn".⁶⁶ I den pågående miljötillsynsutredningen ska dessutom undersökas hur man kan fortsätta utvecklingen av en mer samlad och enhetlig uppföljning och utvärdering av tillsynen på central nivå, men också undersöka hur länsstyrelsernas uppföljning av till kommunerna överlåten tillsyn fungerar idag och leder till åtgärder.⁶⁷ I Naturvårdsverkets projekt Utvecklad uppföljning för en bättre tillsyn söker man nya metoder för systematisk uppföljning och revision av de operativa tillsynsmyndigheterna. Naturvårdsverket har också utfört ett regeringsuppdrag om sin tillsynsredovisning enligt MtF 1:28.⁶⁸ I rapporteringen från dessa projekt framför Naturvårdsverket att de vill stärka samarbetet mellan centrala myndigheter, länsstyrelser och kommunen för att få bättre bild av hur tillsynen fungerar, byggt på bättre underlag och utvecklad analys. Genom att förbättra den uppföljning som Naturvårdsverket årligen utför och redovisar till regeringen kan de i samverkan med tillsynsmyndigheterna lämna bättre underbyggda utvecklingsförslag. Tanken är att på sikt möjliggöra bedömning av tillsynens effekt på miljön. Man vill stärka analysen av tillsynens s.k.

⁶⁵ Se Europeiska kommissionens meddelande och stärkt genomförande av miljölagstiftningen, COM (2012) 95 final, med förtydligande av dessa krav.

⁶⁶ Se Naturvårdsverkets hemsida för vidare information: <http://www.naturvardsverket.se/Stod-i-miljoarbetet/Rattsinformation/Miljobalken/Naturvardsverkets-miljobalksprojekt/Utvecklad-uppfoljning-for-en-battere-tillsyn/>.

⁶⁷ Dir. 2016:32 Enhetliga och effektiva system för miljö-tillsyn och sanktioner s. 8 f.

⁶⁸ Tillsyn enligt miljöbalken – möjligheter till utveckling och förbättring. Redovisning till regeringen av regeringsuppdrag om tillsynsredovisning enligt 1 kap. 28 § miljö-tillsynsförordningen (Regleringsbrev för Naturvårdsverket 2014), Naturvårdsverket, Skrivelse 2015-04-16, Ärendenr: NV-00662-14.

⁶⁴ OECD Environmental Performance Reviews, Sweden 2014.

effektkedja från behov till resurser, aktiviteter, prestationer till effekter.

Mer konkret har projektet om utvecklad uppföljning hittills inneburit att Naturvårdsverket för att "kunna bedöma hur miljötillsynen fungerar" tagit initiativ för att hämta in mer information från tillsynsmyndigheterna. Bl.a. har det arbetats fram en ny samlad årlig tillsynsuppföljning och man har skickat ut enkäter till länsstyrelser och kommuner. Syftet med detta är att kunna sammanställa och utvärdera tillsynens resultat. På sikt är tanken att också kartlägga effekterna av tillsynen som genomförs, men för detta måste metoder och mått utvecklas. Härtill tillgängliggörs den inhämtade informationen som öppna data på Naturvårdsverkets webbplats,⁶⁹ för att operativa myndigheter på så sätt ska slippa svara på liknande frågor och redovisa samma data till fler myndigheter. Alla myndigheter kan använda dessa data för att utveckla det egna tillsynsarbetet och det finns även en tanke om uppfyllande av ett allmänt intresse av transparens om hur tillsynen bedrivs. I anslutning till detta kan också noteras att det i miljöbalksprojektet arbetas med förslag om nationell standardisering och digitalisering i hela tillsynskedjan, med syfte att göra uppföljning och redovisning av tillsynens resultat lättare och mindre resurskrävande. Användningen av moderna informationssystem har också utretts närmare i forskningsprojekt.⁷⁰ Dessa projekt tangerar pågående arbete inom tillsynsreformen, exempelvis ovan nämnda uppdrag för Statskontorets att utreda minskning, förenkling eller automatisering av myndigheternas olika rapporteringsuppgifter, för att minska de

administrativa bördorna och frigöra resurser för kärnverksamheten.

Det pågår alltså ett utvecklingsarbete för att skapa bättre underlag för att bedöma tillsynens utvecklingsbehov, och på så sätt också för mer ändamålsenlig styrning. Eftersom det finns en omfattande kritik av miljötillsynen, men inte så mycket samlad information om var problemen närmare ligger, är sådana åtgärder välbehövliga. Det är dock viktigt att dra lärdom av uppföljnings- och utvärderingssystem inom andra förvaltningsområden, och ta vara på de kritiska invändningarna mot det s.k. granskningssamhället. Denna kritik handlar framför allt om två saker. För det första medför granskningssystemen stora administrativa kostnader och inkräftar på myndighetens kärnverksamhet, i detta sammanhang själva miljötillsynen – inspektioner och rådgivning, anmälan om brottsmisstanke, granskning av miljörapporter, etc. Professionernas kompetens är en viktig resurs som riskerar att inte användas på ett ändamålsenligt sätt. Inom miljötillsynen är det allvarligt då det också rapporteras om svårigheter med resursförsörjning och med att rekrytera och behålla kompetent personal, vilket diskuteras närmare i nästa avsnitt. För det andra är det omdiskuterat huruvida sådana ökade administrativa bördor ger några vinster. Både inom forskningen och i samhällsdebatten har påvisats att granskningssystemen innebär kvantitetsmätning istället för kvalitetsmätning, och att detta också styr verksamheterna fel. I realiteten är det ju faktiskt så att antalet tillsynsbesök, förelägganden eller anmälningar egentligen inte säger något om hur effektiv myndighetens tillsyn är, om huruvida de tillämpar miljöbalkens regler rätt. Den allra effektivaste tillsynen är och ska vara den förebyggande, och den myndighet som inte anmäler några misstänkta brott kan ju vara väldigt effektiv i sin informativa, vägledande tillsyn till verksamhetsutövare, men de kan också vara oerhört ineffektiva, slarviga eller

⁶⁹ http://naturvardsverket.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A972061&dsid=gtm_auto_Event_1479466207454.

⁷⁰ För rapportering av forskningsprojektet se Effektiv miljötillsyn, Naturvårdsverket, Rapport 6558, maj 2013, främst kap. 10.

rentav utöva kommunalt lagtrots. Sådana siffror kan användas som indikatorer och underlag för vidare undersökning och dialog, men kan inte vara ensamt avgörande för utvärdering och styrning av tillsynsverksamheten.

Ett system där antalet tillsynstimmor, antalet beslut om förelägganden eller sanktionsavgifter, etc. styr verksamheten riskerar också att innebära att myndigheten utformar tillsynen efter dessa kvantitativa parametrar snarare än efter tillsynsbehovet i den enskilda situationen. Myndigheten gör kanske fler tillsynsbesök än vad man behöver för ett objekt och tar mer tid på sig i ett ärende än vad man egentligen behöver, eller så övertolkas miljöstraffbestämmelserna för att kunna anmäla fler brottsmisstankar. Allt detta är till nackdel för den enskilde som får ägna mer tid åt saken och kanske också betala mer i tillsynsavgift. Idag är det vanligt att operativa tillsynsmyndigheter utvecklar sina tillsynsmetoder för att effektivisera tillsynen. I t.ex. tillsynen av enskilda avlopp utförs kampanjer i område efter område, där man samlat informerar om rättsliga krav och förestående kontroller, genom brev till hushållen och/eller informationsmöten innan man åker ut för att inspektera, skriva beslut, meddela förelägganden etc.⁷¹ Tanken är att de enskilda ska ges möjligheten att föregripa inspektion och förelägganden. Om en fastighetsägare vet med sig att dennes avloppsrening är undermålig så tar hen ofta själv initiativ till installation av nya reningsåtgärder, och ansöker om tillstånd för sådan anläggning direkt och sparar därmed några tillsynssteg. På så vis kan man effektivisera processen och spara tid och pengar för både myndigheten och den enskilde. Idealt stärks de enskildas engagemang eller åtminstone medvetenhet i miljöarbetet. Men

om effektiv tillsyn ska bedömas mot exempelvis antalet besök eller beslut så riskerar gransknings- och styrsystemen att styra fel.

Lösningen på beskrivna problem torde inte vara att låta bli att följa upp och utvärdera tillsynens genomförande, utan att fokusera på kvalitetsgranskning istället för kvantitetsgranskning, vilket måste innebära att man inte låter mätbara data styra hela granskningen. Vi bör också slå vakt om att uppföljning och rapportering inte får innebära alltför mycket betungande administrativa bördor eller ineffektiv användning av tillsynsprofessionens kompetens, vilket också lyfts fram i t.ex. miljötillsynsutredningens direktiv. I Naturvårdsverkets förslag om en utvecklad uppföljning och utvärdering av den operativa tillsynen kan vi notera att man vill få till stånd en bättre samverkan mellan de olika inblandande myndigheterna, och att ta in de operativa myndigheternas egna bedömningar och reflektioner kring prioriteringar och resultat.⁷² Vi ska komma ihåg att varje tillsynsmyndighet också idag är skyldig att följa upp och utvärdera sin egen tillsyn, MtF 1:12. Det bästa vore att kunna koppla samman de olika myndigheternas uppföljning och utveckling i en lärandeprocess för utveckling av den operativa tillsynen. Vidare anges i Naturvårdsverkets förslag att systemet ska utvecklas så att också tillsynens genomförande ska kopplas till resultat i form av effekter på miljön. På så sätt kan vi verkligen söka ta reda på tillsynens kvalitet och effektivitet. Men, samtidigt har bara de första stegen tagits hittills, och dessa fokuserar mycket på kvantitativa mätbara data som antalet tillsynsobjekt, antalet årsarbetstider personal, antalet ärenden osv. Det noteras att metoder och mätningar av mera kvalitativa parametrar behö-

⁷¹ För exempel se Oskarshamns kommuns information om pågående avloppsinventering: <http://www.oskarshamn.se/bygga-bo-miljo/vatten-avlopp-stadning-sop-hantering/avlopp/enskilda-avlopp/Avloppsinventering/>.

⁷² Tillsyn enligt miljöbalken – möjligheter till utveckling och förbättring. Naturvårdsverket, Skrivelse 2015-04-16, Ärendenr: NV-00662-14.

ver utvecklas. Det är viktigt att utvecklingsarbetet inte stannar här.

Den uppföljning och utvärdering som t.ex. en myndighet utför, eller blir föremål för, bör också vara till nytta för deras eget arbete, i enlighet med ovan beskrivna tankar om en lärande tillsyn. Resultaten av centrala myndigheters uppföljning och granskning av operativ tillsyn och de erfarenheter som där framkommit bör återföras till de granskade myndigheterna för att kunna stödja deras verksamhetsutveckling. När det gäller själva strukturen för insamling av information från de operativa tillsynsmyndigheterna så föreslår Naturvårdsverket i utvecklingsprojektet om uppföljning av miljötillsynen, att denna utformas i flera delar. Den första delen utgör en årlig uppföljning av övergripande och kvantitativ information om förutsättningarna för tillsyn – alltså årsarbetstimmar och liknande data. Sådan information har redan börjat samlas in inför verkets uppföljning 2016. Den andra delen är intressant, då den innebär en återkommande fördjupning där man tittar vidare på behov och utvecklingsmöjligheter gällande tillsynsfrågor enligt miljöbalkens kap. 7–15. Denna uppföljning engagerar inte alla myndigheter varje år, utan väljer ut ett representativt antal myndigheter och fokuserar på ett urval av frågor varje år, vilket får ses som en klok avvägning. På detta sätt sprids de administrativa åtagandena på de operativa myndigheterna över tid. Man får ändå ett representativt underlag för vidare analys. Naturvårdsverket föreslår i sin rapport att vidare diskussion av resultaten ska kunna ske genom t.ex. nätverksträffar och besök vid tillsynsmyndigheter. Resultaten av dessa båda uppföljningsdelar ska sedan behandlas i samverkan och vidare utrednings- eller forskningsprojekt. På detta sätt tar man tillvara på tillsynsprofessionernas kompetens och erfarenheter från de operativa myndigheterna och man tänker sig också upprätta olika forum för återförande av resultaten

till dem. Över huvud taget är utökad samverkan i fokus. I miljötillsynsförordningen finns redan möjlighet att ta tillvara sådana resurser i verksamhetens planering och uppföljning, och i Naturvårdsverkets förslag använder man sig av enkäter där man efterfrågar redovisning av kvantitativa parametrar likväl som bedömningar av prioriteringar och resultat. Bearbetningen av resultaten är sedan tänkta att ske i olika typer av samverkansforum. Också här finns stora möjligheter att ta tillvara professionernas insikter och erfarenheter. Förslagen formuleras i termer av dialog och samverkan. På så sätt tangerar ändå Naturvårdsverkets förslag regeringens pågående förvaltningspolitiska initiativ, där man vill hitta vägar att bättre ta tillvara medarbetarnas kompetens och erfarenheter i planering, utveckling, genomförande och uppföljning av verksamheterna. Det är dock av avgörande betydelse att föreslagna utveckling inte stannar vid utökad mätning av kvantitativa indikatorer och statistik, utan fokuserar mer på styrning genom kvalitativ utveckling av tillsynen i mer långsiktiga lärande och samverkande processer.

Bristande enhetlighet i tillsynsmyndigheternas förutsättningar för tillsyn

För att kunna utföra en bra tillsynsverksamhet måste den aktuella myndigheten ha tillräckliga resurser i form av ekonomiska resurser, personalresurser och inte minst tillräcklig kompetent personal i olika avseenden. I kritiken gällande bristande enhetlighet i den decentraliserade tillsynen framförs ofta att det råder stora skillnader i tillsynsmyndigheternas förutsättningar att utföra en god tillsyn. Kritik om ineffektivitet och bristande enhetlighet i tillsyn kopplas gärna samman med frågan om resursbrist, inte minst i små kommuner. Till stöd för sådan problemformulering finns, till skillnad från annan kritik, relativt mycket underlag i form av statistik och enkätresultat, bl.a. genom Naturvårdsverkets

nya utvecklade uppföljning 2016,⁷³ samt i rapporteringen av forskningsprojektet "Effektiv miljötillsyn".⁷⁴ Tillräckliga institutionella resurser för genomförande av tillsynsuppdraget är en grundläggande förutsättning och här finns väl underbyggda brister och variationer inom tillsynsorganisationen. Det borde därför vara här man börjar åtgärda eventuella problem med tillsynens enhetlighet, effektivitet och rättssäkerhet. I det följande diskuteras några åtgärdsförslag.

I de nämnda rapporterna redovisas en stor variation i tillsynsmyndigheternas tillgängliga personresurser för miljöbalkstillsynen, både i kommuner och i länsstyrelser. Det råder också en stor variation i antalet och sammansättningen av de olika kommunernas tillsynsobjekt. Storstadskommuner har typiskt sett betydligt större antal årsarbetare än glesbygdskommuner, men det är inte särskilt förvånande eftersom de också har fler tillsynsobjekt vilket kanske kan antas spegla ett större tillsynsbehov. Siffrorna måste dock läsas med viss försiktighet, och forskningsrapporten gör flera reservationer. Även om det är tydligt att små glesbygdskommuner har färre årsarbetare för miljötillsynen än stora städer så kan man inte riktigt dra några säkra slutsatser om huruvida dessa resurser inte är tillräckligt för deras tillsynsbehov. Det framförs dock att den mindre organisationen, typiskt sett i mindre glesbygdskommuner, är känsligare för t.ex. sjukskrivningar och föräldraledigheter, och dessutom måste varje tillsynsinspektör ha en mycket bred kompetens för att kunna utföra en god tillsyn. Det finns vare sig personalresurser eller tillräckligt med tillsynsobjekt för specialiserade uppgifter, och dessutom kan de behöva klara sig utan stöd från t.ex. kommunjurist. Det fram-

kommer också i olika sammanhang svårigheter i kompetensförsörjningen. I olika sammanhang uppmärksammas också att det är en utmaning för både kommuner och länsstyrelser att rekrytera och behålla kompetent tillsynspersonal. Detta kan leda till både brister i kompetensnivån då man tvingas anställa personal med mindre erfarenhet, och i faktiska personaltimmar när myndigheten inte lyckas tillsätta vakanser. Mycket resurser måste läggas på introduktion och kompetensutveckling av ny personal. Också här tyder undersökningarna på bättre förutsättningar i och kring storstadskommuner än i glesbygd, och det pekas på utmaningarna för de mindre kommunerna med färre tillsynare.⁷⁵

I olika undersökningar som genomförts på uppdrag av Naturvårdsverket har man kartlagt och utvecklat förslag för att säkra tillräcklig kompetens vid tillsynsmyndigheterna, och inom miljöbalksprojektet utarbetas förslag på åtgärder.⁷⁶ Några förslag som diskuteras i nämnda projekt är möjligheten att ställa krav på en miniminivå gällande antalet årsarbetare vid tillsynsmyndigheterna, samt formella krav på kompetens eller utbildning, t.ex. med en ordning med inspektörslegitimationer. Blickar riktas också mot andra länders eller andra områdens regelverk för jämförelser och analyser, t.ex. finsk lags krav på minst 10 årsarbetskrafter inom en kommunal till-

⁷⁵ Se t.ex. Naturvårdsverket, Tillsyn enligt miljöbalken – möjligheter till utveckling och förbättring, Naturvårdsverket, Skrivelse 2015-04-16, Ärendenr: NV-00662-14. s.13; Effektiv miljötillsyn, Naturvårdsverket, Rapport 6558, maj 2013 s. 45 ff. och Kompetensförsörjning i miljöbalkstillsynen. En kartläggning och utvärdering av tillsynsansvariga myndigheters arbete, Naturvårdsverket, Rapport 6731, september 2016.

⁷⁶ Se information om miljöbalksprojektets arbete om tillsyn på: <http://www.naturvardsverket.se/Stod-i-miljoarbetet/Rattsinformation/Miljobalken/Naturvardsverkets-miljobalksprojekt/Tillsynen-ar-likvardig-effektiv-och-rattssaker/> och sammanfattning av myndighetens utvecklingsarbete och ståndpunkter i Naturvårdsverkets inspel till Miljötillsynsutredningen 2016-10-19, Ärendenr: NV-06360-16.

⁷³ Se t.ex. Naturvårdsverket, Tillsyn enligt miljöbalken – möjligheter till utveckling och förbättring, Naturvårdsverket, Skrivelse 2015-04-16, Ärendenr: NV-00662-14 s. 9.

⁷⁴ Effektiv miljötillsyn, Naturvårdsverket, Rapport 6558, maj 2013 kap. 2.

synsorganisation, och efterföljande krav på formaliserat samarbete om man inte kan leva upp till dessa krav.⁷⁷ I utvecklingsprojekten diskuteras också möjligheten att utveckla nationella och standardiserade utbildningspaket för att bygga mer, bättre och kanske också mer enhetlig kompetens inom miljötillsynen. Även miljötillsynsutredningen har i sina direktiv fått i uppdrag att föreslå hur den samlade kompetensförsörjningen kan säkras och vid behov stärkas, samt att det finns skäl för ökad styrning av de operativa tillsynsmyndigheternas kompetens, resurser och storlek. Relaterade förslag som diskuteras i dessa sammanhang är sådana som innebär formella krav på samverkan framför allt mellan små tillsynsmyndigheter, för att på så vis säkerställa en kritisk massa av personal och kompetens vid myndigheten.

Miljötillsynsutredningen ska också analysera om det finns behov av ytterligare regler eller andra insatser för att öka samarbetet mellan myndigheter vid genomförandet av operativ tillsyn. I skrivande stund finns inga färdigt formulerade åtgärdsförslag, men behovet av någon sorts styrning för att säkerställa vissa grundläggande förutsättningar för god tillsyn. Det handlar bl.a. om styrning genom reglering av myndighetens organisation, mängden personal och vilken kompetens dessa ska ha. Det handlar också om att formellt eller i praktiken tvinga fram samverkan mellan flera små tillsynsmyndigheter, t.ex. genom att skapa gemensamma organ för utförande av tillsynen. Redan idag är det möjligt och ganska vanligt med olika former av samverkan, som sker i enlighet med miljöbalken (1998:808) (MB) 26:6–7 och MtF1:17, men förslag som diskuteras är att reglera krav på sådan samverkan när myndigheten inte lever upp till grundläggande institutionella krav. När det gäller reglering av

kommunala tillsynsmyndigheters organisation och resurser skulle detta innebära begränsning av det kommunala självstyret, inte minst kommunernas rätt att själva bestämma om sin interna organisation. Det begränsar också kommunernas möjligheter att anpassa sin verksamhet och prioritera sina resurser i enlighet med lokala förutsättningar, t.ex. vilka verksamhetstyper som dominerar i kommunen eller vilka miljöfrågor som de bedömer som prioriterade. Här gäller det att hitta rätt balans. Regler som ställer vissa minimikrav på organisationen kan säkerställa en kritisk massa av personal och kompetens för kvalitativ tillsyn och dessutom kanske också minska myndighetens känslighet för t.ex. pensionsavgångar eller föräldraledigheter. Det kan sägas å ena sidan signalera en viss misstro till den kommunala politiken, eller å andra sidan styra mot god balans mellan kommunalt självstyre och genomförande av statliga förvaltningsuppgifter. Lagstiftaren sätter upp en gräns för kommunalpolitiska vägval som kan anses innebära att kommunen inte förmår utföra pålagda förvaltningsuppgifter. Sådana begränsningar måste vara skäligen och proportionerliga för att inte hindra lokal förankring och sakligt relevanta prioriteringar. I sammanhanget bör också erinras regeringsformens stadgande om det kommunala självstyrets grundläggande betydelse (RF kap. 1 §), och om kravet på proportionalitet i inskränkningar därav (RF 14 kap. 3 §). Vi måste också begrunda kommunernas möjligheter att följa sådana minimikrav, inte minst i fråga om finansiering och kompetensförsörjning. Både kommunala och regionala tillsynsmyndigheter står inför stora utmaningar inom dessa områden, och minimikrav på organisationen behöver vara realistiskt möjligt att följa. Här behövs kanske fler åtgärder för att stödja resursförsörjningen till våra tillsynsmyndigheter. Vi behöver också komma ihåg att dessa åtgärder enbart styr mot mer enhetliga och tillräckliga institutionella förutsättningar för

⁷⁷ Finska lagen om samarbetsområden för miljö- och hälsoskyddet (410/2009).

en effektiv och enhetlig tillsyn över hela landet. Styrningen av hur tillsynen faktiskt genomförs är dock bara indirekt.

I diskussionen om de institutionella förutsättningarna för god tillsyn påvisas också att finansieringen av tillsynen är tydligt styrande. Enligt motiven till miljöbalken bör tillsynen vara avgiftsfinansierad och samma principer bör så långt möjligt gälla för finansiering av all tillsyn enligt balken.⁷⁸ Detta hänger inte minst ihop med principen om att det är förorenaren som ska betala för miljökostnaderna, även kostnader för förebyggande och kontrollerande åtgärder. Trots detta råder idag stora skillnader mellan olika tillsynsmyndigheter. Det har också framförts att kostnadstäckningsgraden för miljötillsynen är ganska låg.⁷⁹ En fråga som ofta diskuteras är skillnaderna i hur tillsynen finansieras i kommuner och länsstyrelser. Kommunal tillsyn finansieras genom tillsynsavgifter som tas ut av tillsynsobjekten per timme utförd tillsyn och enligt en taxa som bestämts av kommunfullmäktige. Därtill tillförs kompletterande finansiering genom kommunala skattemedel. Komplettering behövs för de fall där tillsynsverksamheten inte är riktad mot ett specifikt tillsynsobjekt, men det framförs också ibland synpunkter om att man inte vill kräva ut så stora avgifter som krävs för full kostnadstäckning. De kommunala taxorna varierar stort och det är inte klart vad som motiverar variationerna. Länsstyrelsen får däremot inte ta ut tillsynsavgifter utan deras tillsynsverksamhet finansieras genom allmänna myndighetsanslag. Detta framförs ofta som en begränsning för länsstyrelserna i genomförandet av tillsynsuppgifter. Det har också påvisats att tillsynen ökar på verk-

samheter och verksamhetsområden efter ansvaret övertagits av kommunal tillsynsmyndighet. Tydligt är också att områden där särskilda statliga anslag tillförs också prioriteras upp. På så vis kan staten styra tillsynsverksamheten genom riktade tillsynssatsningar inom vissa områden där så behövs. Dessutom kan möjligheten till avgiftsfinansiering också av länsstyrelsetillsynen diskuteras, samt möjligheten att reglera kommunernas bestämmande av taxor. Frågan om styrning via finansieringssystemet är klart viktigt, och det kan vara motiverat att vidare utreda möjligheterna att säkerställa tillräckliga förutsättningar för tillsyn genom reglering av avgiftstaxor och/eller vidare möjligheter för avgiftsfinansiering av tillsynen. Dessutom kan regeringen närmare styra inriktning och prioriteringar inom miljötillsynen genom tillförande av specialdestinerade statsbidrag. Miljötillsynsutredningen har också fått i uppdrag att analysera och lämna förslag om finansieringen, som medför att det blir mer likartade förutsättningar för myndigheter på olika nivåer att bedriva operativ tillsyn. De ska också titta på om det finns förutsättningar att genomföra nationella tillsynskampanjer med särskilt avsatta medel inom utpekade tillsynsområden. Det finns anledning att fortsätta debatten och att följa utvecklingen av tillsynens finansieringssystem som styrmedel.

Vägledning för tillsynens genomförande och av enhetlig och korrekt tolkning och tillämpning av lag?

I avsnittet ovan har diskuterats olika sätt att säkerställa tillsynsmyndigheternas institutionella förutsättningar för att kunna bedriva bra tillsynsverksamhet, för att möta väl grundad kritik och oro för tillsynsmyndigheternas faktiska förutsättningar för att kunna utföra effektiv och enhetlig miljötillsyn. Om vi finner att kritiken mot tillsynen grundar sig i tillsynsmyndigheternas bristande personella och ekonomiska resurser så

⁷⁸ Prop. 1997/98:45 del. 1 s.516.

⁷⁹ Tillsyn enligt miljöbalken – möjligheter till utveckling och förbättring, Naturvårdsverket, Skrivelse 2015-04-16, Ärendenr: NV-00662-14. s. 13 s. 10 och diagram 9; Effektiv tillsyn, Naturvårdsverket, Rapport 6558, maj 2013, s. 41 ff.

borde utökad styrning av tillsynen rikta in sig på dessa områden, t.ex. genom reglering av minimivå på personalstyrka och kompetenskrav, men också ändamålsenlig finansiering. Som tidigare noterats innebär detta dock bara en indirekt styrning av den operativa tillsynen. Mer direkt styrning av hur tillsynen mer faktiskt genomförs i praktiken eller hur tillsynsmyndigheten tolkar och tillämpar lag är dock begränsad av den grundläggande svenska förvaltningsprincipen om myndigheternas självständighet och förbudet för regering och andra myndigheter att lägga sig i myndighetens beslut i enskilda ärenden eller i tillämpning av lag, RF 12:2. Styrningen behöver utformas i form av mer allmänt hållen styrning som den tillsynsvägledning som idag sker genom olika styrdokument.

För att möta kritiken om bristande effektivitet och enhetlighet i tillsynen diskuteras tydligare styrning av vad tillsynsmyndigheten ska kontrollera och hur de ska utföra den för att tillsynen ska vara tillräckligt bra. Denna diskussion förs bl.a. inom Naturvårdsverkets miljöbalksprojekt.⁸⁰ Miljötillsynsutredningen har också som uppdrag att utreda behovet av tydligare regler om hur tillsynen genomförs. Bakom uppdraget ligger undersökningar som visar stor variation i tillsynens omfattning, inriktning och utförande mellan olika kommuner, samt påtalanden i Naturvårdsverkets tillsynsredovisningar om att tillsynen inte matchar behoven inom vissa områden, t.ex. vattenverksamhet och artskydd. Starkare styrning efterfrågas för att tydliggöra vad som utgör god tillsyn och vad den ska innehålla, samt hur myndigheterna ska planera sin

verksamhet.⁸¹ I enlighet med utgångspunkterna för den målstyrda och decentraliserade miljöförvaltningen vill jag betona vikten av att undvika detaljreglering av genomförandet av miljötillsynen i form av standardiserad tillsynsmetodik, inspektionsfrekvens, etc. Sådan detaljreglering skulle gå emot den satta miljöpolitiken som är väl förankrad i miljövetenskapen.

I debatten kring styrning av tillsynens genomförande framförs kritik om att olika tillsynsmyndigheter agerar på olika sätt, att tillsynsbesöken är olika frekventa för olika verksamhetsutövare eller i olika kommuner, eller att besöken helt uteblir. Sådan kritik framförs ofta från näringslivet, t.ex. genom olika branschorganisationer. I detta avseende är utvecklingsprojekten dock i tidigt skede och det är oklart vilka styrningsförslag som kommer att föras fram. Likaså är problembilden ganska oklar. Vi ska dock inte glömma bort tillsynssystemets förankring i målstyrning och decentralisering, med utrymme för adaptivitet, flexibilitet och lokal förankring och anpassning. Det har aldrig varit tanken att tillsynen ska utföras *likadant* – tvärtom. Tanken är att genom lokal förankring, behovsanpassning, diversitet och adaptivitet skapa styrprocesser som siktar på långsiktigt miljöarbete av var och en och i hela samhället. Det är inte heller tanken att tillsynen ska kontrollera allt och alla som gör något som påverkar miljön. Det är inte realistiskt genomförbart, hur bra tillsynsorganisation vi än har, vilket också framförs i miljöbalks-

⁸⁰ Se: <http://www.naturvardsverket.se/Stod-i-miljo-arbetet/Rattsinformation/Miljobalken/Naturvardsverkets-miljobalksprojekt/Tillsynen-ar-likvardig-effektiv-och-rattssaker/> och Naturvårdsverkets inspel till Miljötillsynsutredningen 2016-10-19, Ärendenr: NV-06360-16.

⁸¹ Dir. 2016:32 s. 1 och 7, med hänvisning till Effektiv miljötillsyn, Naturvårdsverket, Rapport 6558, maj 2013, samt Naturvårdsverkets årliga tillsynsredovisningar, se t.ex. Tillsyn enligt miljöbalken – möjligheter till utveckling och förbättring, Redovisning till regeringen enligt 1 kap. 28 § miljötillsynsförordningen, 2016 s. 11–17. Se även: <http://www.naturvardsverket.se/Miljoarbete-i-samhallet/Miljoarbete-i-S-verige/Regeringsuppdrag/Redovisade-2016/Bättre-koll-pa-miljotillsynen/>.

motiven.⁸² Däremot ska den myndighetsutövande tillsynen och rättstillämpningen vara *likvärdig*. De miljörättsliga kraven ska vara likvärdiga och lika fall ska behandlas lika, vilken myndighet eller inspektör som än utövar tillsynen. Som tidigare nämnts är likabehandling central i en rättsstat. Det utgör ett centralt rättssäkerhetskrav och är viktigt inte bara för rättvis konkurrens för företagen, men också för statens legitimitet i relation till medborgarna. Kravet på likabehandling innebär att lagen ska tillämpas likvärdigt i myndighetens agerande mot två verksamhetsutövare med relevanta lika förutsättningar, att myndigheten inte kan ställa mer långtgående krav på rening av ett utsläpp om både de tekniska förutsättningarna och miljöförutsättningarna är lika osv. Det innebär *inte* att alla myndigheter måste ställa kraven på samma sätt, dokumentera likadant, ha samma metod vid inspektion, osv. Möjligen finner vi en viktig rot till problemet att verksamhetsutövarnas förväntningar på miljötillsynen inte matchar miljöförvaltningen mål och syften, snarare än att tillsynen brister. En fråga som i sådant fall behöver ställas inom pågående utredningar och utvecklingsprojekt blir då ifall regeringen behöver byta miljöpolitisk inriktning eller om de behöver tydliggöra utformning och konsekvenser av den rådande politiken.

När det sedan kommer till styrning mot en korrekt och likvärdig rättstillämpning och utformning av likvärdig tillsyn så har denna en viktig funktion att fylla, inte minst i en decentraliserad förvaltning. Regering och centrala myndigheter kan styra rättstillämpningen genom föreskrifter och andra styrdokument. Inom miljöförvaltningen sker detta framför allt med hjälp av tillsynsvägledning. Tillsynsvägledningen syftar till att åstadkomma en ändamålsenlig tillsyn och ligger på alla länsstyrelser och ett stort

antal centrala myndigheter inom olika områden. Tillsynsvägledning innebär stöd och råd till operativa tillsynsmyndigheter.⁸³ Styrning genom tillsynsvägledning utgör en resurs som kan vara avgörande för tillsynens enhetlighet, effektivitet och rättssäkerhet, men litar samtidigt till de självständiga operativa myndigheterna och miljötillsynsprofessionen.

Också tillsynsvägledningen är föremål för omfattande och återkommande kritik. Det framkommer att kvaliteten på vägledningen varierar stort mellan olika vägledande myndigheter och olika områden. Det framförs bl.a. att det saknas tillsynsvägledning på olika områden och att styrdokumentet inte ger tillräcklig vägledning. Från kommun- och länsstyrelsehåll har anförts att det råder oklarheter om rättsläget inom viktiga områden, och att osäkerhet och bristande enlighet i tillsynsmyndigheternas rättstillämpning.⁸⁴ Detta är så klart också ett rättssäkerhetsproblem. Frågan är hur denna viktiga styrning av miljötillsynen kan förbättras. En allmän åtgärd är att tillse att tillsynsvägledande myndigheter prioriterar vägledningssuppgifterna mer, och också får mer resurser för detta. Jag vill också ta fasta på kritik som framförs i en relativt ny utredning från Statskontoret. Kritiken gäller tillsynsvägledande myndigheters bristande vägledningsskompetens, särskilt inom vissa områden.⁸⁵ Bristen är en naturlig följd av tillsynens decentralisering och motsägs inte heller direkt av de vägledande myndigheterna själva. Icke desto mindre är kritiken allvarlig i en decentraliserad förvaltnings-

⁸³ Man brukar också räkna in samordnande och uppföljande uppgifter i tillsynsvägledningen, men jag väljer i denna artikel att diskutera stöd och råd till tillsynsmyndigheterna för sig.

⁸⁴ Riksrevisionen, Regeringens styrning av Naturvårdsverket, RiR 2006:2 s. 44 ff. Se också Riksrevisionen, Avfallsförbränning – hur fungerar tillsynen? RiR 2005:4.

⁸⁵ Statskontoret, Vägledning till en bättre tillsyn. En utvärdering av tillsynsvägledningen på miljöområdet, 2014:17.

⁸² Prop. 1997/98:45 del 1 s. 512 f.

organisation som miljötillsynen, som litar till centrala expertmyndigheters stöd och vägledning.

I Statskontorets utredning föreslogs tillsynsvägledningssuppdraget flyttas över på länsstyrelsernas samarbetsorganisation Miljösamverkan Sverige. Förslaget motiverades med behovet att stärka samverkan inom tillsynsvägledningen för att bättre utnyttja den samlade kompetensen på tillsynsområdet. Statskontoret visade på att tillsynskompetensen blivit mer utspridd och decentraliserad över tid, eftersom alltmer tillsyn delegerats till kommunal nivå. Kommunerna kan i vissa fall sitta på betydligt mer resurser och kompetens på området än både länsstyrelser och centrala myndigheter. Kompetensen är dock mycket varierande och ofta knuten till enskilda personer. Decentraliseringen av tillsynen har alltså lett till att förutsättningarna för centralstyrd vägledning har förändrats. Vägledningens behovet varierar också stort. Det är vanligt med olika typer av samarbetsprojekt och informella kontakter mellan operativa myndigheter och tjänstemän som i praktiken innebär att tjänstemännen vägleder varandra och stora kommuner vägleder små, etc. Utredningen anför vissa farhågor om hur detta i informell oreglerad form får svåråtersebara och ibland kanske felstyrande konsekvenser på tillsynens genomförande. Därför föreslår Statskontoret en sorts formalisering av det goda samarbete som redan sker genom att bygga på den samverkan som växt fram "underifrån" för att möta behovet av samverkan och för att möta behovet av en mer praktisk och operativt inriktad tillsynsvägledning. Miljösamverkan Sverige bedöms kunna erbjuda sådan samverkan som behövs för en bättre tillsynsvägledning. För att kunna stärka samverkan mellan alla tillsynsmyndigheter föreslås också de viktigaste centrala myndigheterna och representanter för kommunerna delta. På så vis kan Miljösamverkan utvecklas till en mötesplats för centrala och

regionala tillsynsvägledande myndigheter och de operativa tillsynsmyndigheterna.⁸⁶

Statskontorets förslag är intressant, inte minst i ljuset av aktuell förvaltningspolitisk inriktning. Genom att placera tillsynsvägledningen på en samverkansorganisation samlas och tas väl vara på tillsynsprofessionens kompetens, och man kan säkerställa och utveckla en kvalitativ tillsyn i samverkan. I en sådan organisation finns också utrymme för styrprocesser som uppfyller sådan lärande tillsyn som nu förordas. Det är dock viktigt att märka att vi genom detta förlorar något av centrala myndigheters styrande funktion över förvaltningen. Tidigare har jag slagit fast att sådan styrning är viktig i en decentraliserad och målstyrande förvaltning. Regeringen står som garant för genomförandet av politiken i förvaltningen och de uppdrar centrala myndigheter att utöva tillsyn över förvaltningen, samt styra och vägleda den i genomförandet av aktuella förvaltningsuppgifter. På miljöförvaltningens område är tillsynsvägledningen det centrala styrmedlet. Genom att istället lägga tillsynsvägledningen på en samverkansorganisation förloras något av denna styrfunktion – styrningen blir åtminstone otydlig. Det är därför viktigt att beakta hur den statliga styrfunktionen ska komma till uttryck i sådant sammanhang eller om den bör utföras på annat vis. Kan t.ex. den föreslagna utvecklingen av Naturvårdsverkets uppföljning och utvärdering av den operativa tillsynen på ett relevant sätt fylla den funktionen? Debatten och utredningarna kring ökad styrning av miljötillsynen saknar denna typ av övergripande konstitutionellrättsliga överväganden. Det vore på sin plats att ta upp frågan till närmare diskussion.

Slutligen kan vi också något kort erinra oss den kompletterande styrfunktion som överpröv-

⁸⁶ Statskontoret, Vägledning till en bättre tillsyn. En utvärdering av tillsynsvägledningen på miljöområdet, 2014:17 s. 67 ff.

ning av förvaltningsbeslut kan få i vår förvaltningsmodell. Som inledningsvis noterades utgör överprövningen en sorts materiell kontroll av förvaltningen, och den kan bidra till styrningen genom utveckling av vägledande praxis. Vi borde därför kanske också se till möjligheterna att utöka förutsättningarna för sådan prövning. Särskilt om vi kan påvisa att det finns ett problem med olikheter i tillsynsmyndigheternas rättstillämpning. Detta kan ses som ett sätt att öka olika samhälleliga intressenters deltagande i miljöförvaltningen och genomförande av Århuskonventionens krav om rätten till rättslig prövning i miljöärenden (se främst art. 9.2–3). Det kan också ses som en möjlighet för statliga myndigheter att kontrollera miljötillsynen och att driva fram praxis. Den stora utmaningen här utgör myndigheternas möjligheter att få ändamålsenlig insyn i de enskilda tillsynsbesluten. Besluten kungörs eller kommuniceras i allmänhet inte i någon annan formaliserad ordning – sådan kommunikation av samtliga tillsynsärenden vore inte heller överskådlig för centrala myndigheter. Denna kompletterande väg för styrning skulle dock kunna utredas vidare.

Sammanfattning och avslutning

I denna artikel granskas den statliga styrningen av miljötillsynen. Granskningen knyter an till den pågående Miljötillsynsutredningens uppdrag och Naturvårdsverkets miljöbalksprojekt, samt flera tidigare utredningar med sikte på att reformera miljötillsynens organisation och styrning. I framställningen påvisas att tillsynsorganisationen präglas av en jämförelsevis svag styrning, med främst stödjande, samordnande och främjande funktioner, och med tillsynsvägledning som främsta styrmedel. Denna styrning är inte så närvarande och konkret som efterfrågas av operativa tillsynsmyndigheter och som också anvisas i miljöbalksmotiven. Med grund i den skarpa kritiken mot miljötillsynen tycks det

också finnas behov av tydligare centralstyrning och kontroll. I artikeln diskuteras både behovet av styrning och hur sådan styrning bör utformas mot bakgrund av konstitutionellrättsliga grunder för statlig styrning, allmän förvaltningspolitisk utveckling och erfarenheter från styrmodeller. På så vis behandlar framställningen både styrning av miljötillsynen specifikt och den allmänna politiska och rättsliga frågan om statlig styrning av förvaltningen.

Miljötillsynen, liksom hela den svenska förvaltningen, har kommit att alltmer karakteriseras av decentralisering och resultatnriktad styrning. Utvecklingen brukar hänföras till trenden om "New Public Management" med målstyrning och utveckling av granskningssystem för uppföljning av resultat i form av mätbara indikatorer. Utvecklingen har kritiserats för den administration som granskningssystemen medför och för att uppföljningen av mätbara kvantitativa indikatorer inte säger något om hur väl verksamheten utförs. Styrningen blir på så vis irrelevant och rentav kontraproduktiv. För att råda bot på det har regeringen initierat ett reformarbete mot s.k. "tillitsbaserad styrning" med fokus på styrprocesser som stödjer och litar på myndighetsprofessionernas kompetens och erfarenheter. Det är viktigt att utvecklingen av den statliga styrningen av miljötillsynen inte upprepar misstagen i tidigare styrreformer. Dessa erfarenheter tas därför med i diskussionen av ökad styrning av miljötillsynen. I analysen undersöks också närmare den kritik som framförs mot tillsynen och konkretiseras vari tillsynens problem ligger. Ett grundläggande budskap i artikeln är att den kritiska diskussionen om miljötillsynen är så diffus och svårdefinierad att det är svårt att utröna vilka styrbehoven egentligen är. Tillsynen problematiseras som ineffektiv, oprofessionell, och framför allt varierande i olika delar av landet. Det är dock inte helt klart vari variationerna i tillsynen består – i tillsynsmetodik, i myndighetens

organisation eller blanketter, eller i deras rättstillämpning. Artikelns analys av behov och aktuella förslag av ökad styrning av miljötillsynen vilar därför på en grundläggande dekonstruktion av kritiken, för att kunna fokusera och relatera analysen av reformförslagen till de faktiska problemen och styrbehoven. Förhoppningen är att kunna bidra till en sorts tankereda i debatten. Det återstår dock mycket mer att utreda på detta område.

Först och främst söker diskussionen av ändamålsenlig styrning av miljötillsynen sin botten i grundläggande miljöpolitiska och miljörettsliga syften och mål. Miljötillsynen är utformad i enlighet med en miljöpolitisk inriktning på hållbar utveckling och med god förankring i rådande miljövetenskapliga förvaltningsmodeller. Detta innebär att målstyrning med fokus på miljö kvalitet och fungerande ekosystem är en utgångspunkt och att en adaptiv, flexibel och pluralistisk förvaltningsmodell är eftersträfvansvärd. Det innebär också att samverkan mellan ekosystem och samhälle är i fokus och att förvaltningen ska utföras på lägsta möjliga nivå och med deltagande av samhällsintressenter. Därmed finns ett värde i miljötillsyn med utrymme för diversitet i genomförandet av tillsynen, anpassning till aktuella förutsättningar och främjande av en långsiktig lärande tillsynsprocess där den enskilde involveras i miljöarbetet. Med denna utgångspunkt finns goda möjligheter för ändamålsenlig och långsiktigt hållbar förvaltning i den decentraliserade och målstyrda miljötillsynen med stark förankring i det lokala samhället. Därför kan det anföras att den statliga styrningen av miljötillsynen bör undvika centralisering och materiell detaljreglering av miljökraven eller av när och hur myndigheterna ska utföra sin tillsyn. En del av kritiken som framförs mot miljötillsynen handlar om att tillsynen genomförs på olika sätt i olika kommuner eller län. Jag vill hävda att det inte är ett problem om till-

synen över landet uppvisar bristande enhetlighet gällande tillsynsmetodik – tvärtom. Det är så det är tänkt att vara. Problemet blir då istället att söka ändra kritikernas förväntningar på tillsynen – eller att ändra den miljöpolitiska inriktningen.

En annan problematik som ofta lyfts fram i debatten är variationen i tillsynsmyndigheternas institutionella förutsättningar. Sammanfattningsvis innebär problemet att det är svårt för många tillsynsmyndigheter att utföra sina tillsynsuppgifter tillräckligt väl, eftersom de inte har tillräckligt med tid, kunskap eller pengar. Det finns stora skillnader gällande finansiering och kompetensförsörjning inom tillsynen, och det framförs som en utmaning att rekrytera och behålla erfaren och kunnig personal, inte minst i glesbygd. Här finns statistik och resultat från intervjustudier som stödjer problembilden. Det torde därför vara en prioriterad styrningsuppgift att tillse att alla tillsynsmyndigheter har tillräckliga förutsättningar att utföra sin tillsyn. Aktuella förslag innebär bl.a. reglering av kompetenskrav eller minimikrav på antal miljöinspektörer, vilket också kan sägas innebära fokus på att stärka tillsynsprofessionen. Dessa förslag är väl värda att följa upp, om man samtidigt beaktar och stödjer myndigheternas möjligheter att möta ökade krav.

Det framförs också återkommande kritik om brister i tillsynsmyndigheternas tolkning och tillämpning av lag, och det framförs ofta att det ställs olika krav i olika delar av landet. Det är lite svårare att finna närmare underlag eller precisering av denna kritik, men klart är att om kritiken stämmer så finns ett rättssäkerhetsproblem. För styrning av operativa tillsynsmyndigheters tillämpning av lag krävs mer materiellrättslig vägledning. Sådan sker framför allt genom tillsynsvägledning. Denna tillsynsvägledning är dock även den hårt kritiserad, bland annat på grund av vägledande myndigheternas bristande kompetens. Kompetensen finns idag ofta spridd bland de operativa tillsynsmyndig-

heterna. Därför har föreslagits att tillsynsvägledningen istället ska ske genom samverkansorganet Miljösamverkan Sverige, som ska utgöra ett forum för vägledning och kommunikation mellan operativa och tillsynsvägledande myndigheter. Här kan den samlade tillsynsprofessionens kompetens tas tillvara i en sorts samverkande styrning så tillsynsmyndigheterna kan vägleda varandra i utförandet av kvalitativ och enhetlig tillsyn. Det innebär också styrning med fokus på att stödja professionerna i förvaltningen. Det bör dock märkas att vägledningen förlorar något av sin funktion av statlig styrning och ingenstans diskuteras frågan var eller hur denna styrfunktion istället ska finnas.

Ett tydligt problem är att det finns för lite underlag för utvärdering och styrning av miljötillsynen. Som ovan nämnts har inte trenden med införande av omfattande granskningssystem slagit igenom inom miljötillsynen. Nyligen har Naturvårdsverket redovisat ett regeringsuppdrag gällande utvecklad uppföljning av miljötillsynen, och frågan diskuteras i de pågående utredningarna. Här framförs inledningsvis förslag om inhämtande av mer uppgifter och utformning av kvantifierbara kriterier som för statistik och jämförande analys inom ramen för Naturvårdsverkets årliga uppföljning enligt MtF 1:28. Detta tycks olyckligtvis gå helt i linje med den numera hårt kritiserade trenden med resultatuppföljning och granskning mot kvantitativa parametrar. Enligt Naturvårdsverkets förslag ska den ökade informationsinhämtningen dock följas av mer avgränsad kvalitativ uppföljning

och även uppföljning av tillsynens effekter i miljön. Förslagen innebär också en kommunikativ lärandeprocess där uppföljningen analyseras och diskuteras i olika typer av samverkansforum. På så vis kan man få till stånd bra underlag och en bred och konstruktiv process för styrningen av miljötillsynen. I en sådan process tar man också tillvara på tillsynsprofessionernas kompetens och erfarenheter och involverar dem i utvecklingen av verksamheten. Detta rimmar väl med den aktuella förvaltningspolitiska inriktningen om att stärka professionerna och att hitta en balans mellan kontroll och lärandeprocess i styrningen.

Sammanfattningsvis så pågår ett genomgående reformarbete för förbättring av miljötillsynen. I bakgrunden ligger återkommande kritik om tillsynens bristande kvalitet och enhetlighet och efterlysning av statlig styrning av den decentraliserade tillsynen. I detta reformarbete är det av största vikt att vi utreder problembilden och tar reda på vad som brister innan vi utformar styrssystem för ändamålet. Det är också viktigt att vi lär av misstagen med införandet av de styrande granskningssystemen i andra del av förvaltningen och kanske också av regeringens pågående arbete med att finna en balans i styrningens kontrollerande funktion och tilliten till en professionell förvaltning. Målet med en långsiktigt hållbar och god miljöförvaltning nås antagligen hellre med vägledning och främjande av en kompetent och engagerad tillsynsprofession än med detaljstyrning och statliga granskningsapparater.

Norm är norm – om flytande normprövning och implementeringen av ramdirektivet för vatten

Christina Olsen Lundh

Abstract

In this article, the Land and Environmental Court of Appeal's judgment in Case M 6574-15 (*Näckån*), is analyzed with respect to whether or not a standards review was undertaken concerning Swedish environmental quality standards (eqs). The conclusion in this part indicates that the relevant Swedish eqs was set aside without a legal basis. As a result of this conclusion the same case is discussed with respect to the opportunities (and obligations) that follow from EU law. Would it, in the light of the European Court of Justice's (ECJ) rulings in cases C-461/13 (*Weser*) and C-346/14 (*Schwarze Sulm*) be possible to apply the exemptions in article 4.7 of the Water Framework Directive (Directive 2000/60/EC, WFD) in a Swedish assessment concerning permit to a water operation? The overall conclusion is that Swedish law currently does not regulate all aspects required by the WFD according to the ECJ ruling in *Weser*; neither is there a clear legal basis to prohibit certain activities nor a clear legal basis to apply the exemptions found in the WFD in a national court.

Inledning

Två domar från EU-domstolen har under det senaste året skapat viss uppmärksamhet när det gäller ramdirektivet för vatten¹ (Water Framework Directive, WFD), nämligen *Weserdomen*² (rörande medlemsstaternas skyldighet att inte lämna tillstånd till vissa projekt under vissa

omständigheter) och *Schwarze Sulm-domen*³ (rörande möjligheten i artikel 4.7 WFD att göra undantag från den i *Weserdomen* fastslagna skyldigheten).

I två mål härefter, *Värö*⁴ och *Näckån*⁵ konstaterade Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) att EU-domstolen, i och med dessa domar, uttalat hur vissa frågor rörande WFD ska tolkas. I båda målen ger MÖD uttryck för uppfattningen att 2 kap. miljöbalken ger utrymme för tolkningar som är förenliga med kraven i WFD och dess förtydligande genom de två nämnda domarna samt att anledning att begära förhandsbesked därför saknas.

I *Näckån* lämnade MÖD sedermera tillstånd till ett småskaligt kraftverk. Detta sedan MÖD konstaterat att gällande miljökvalitetsnorm för vattenförekomsten, god ekologisk status, sannolikt inte kommer att kunna uppnås till år 2021, att det tidigare beslutade och nu föreslagna målet (som alltså inte är ett mål, utan en miljökvalitetsnorm [min anmärkning]) för vattenförvaltningen starkt måste ifrågasättas och slutligen, att den sökta verksamheten, med dessa utgångspunkter, inte äventyrar uppnåendet av målet för vattenförvaltningen.

Två veckor senare⁶ mottog Sverige en tredje formell underrättelse från Kommissionen som

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 EU-domstolens dom av den 1 juli 2015 i mål C-461/13.

³ EU-domstolens dom av den 4 maj 2016 i mål C-346/14.

⁴ Mark- och miljööverdomstolens dom av den 30 augusti 2016 i mål M 8994-15.

⁵ Mark- och miljööverdomstolens dom av den 15 september 2016 i mål M 6574-15.

⁶ Den 29 september 2016.

kritiserade Sverige, för att inte ha implementerat WFD på ett korrekt sätt, bl.a. med avseende på ekologiska miljökvalitetsnormer och direktivets undantag i artikel 4.7.⁷ Det ska poängteras att MÖD:s dom i *Näckån* överhuvudtaget inte nämns i den formella underrättelsen.

Mitt syfte är inledningsvis att analysera MÖD:s dom i målet om vattenkraftverket i Näckån med avseende på hanteringen av gällande miljökvalitetsnorm, men också utifrån de möjligheter (och skyldigheter) som finns när det gäller unionsrättens genomslag i nationell rätt. Skulle situationen kunnat hanteras på ett annat sätt? Är det överhuvudtaget möjligt för en svensk prövningsmyndighet att tillämpa undantagen?

Näckån i MÖD

I målet ansökte ett bolag om tillstånd att bygga ett småskaligt kraftverk (som skulle kunna tillgodose ett elbehov för cirka 600 hushåll) med en installerad effekt om knappt 0,7 MW i Näckån. MÖD beskrev utgångspunkterna för prövningen i huvudsak enligt följande.

Det handlar om ett litet vattendrag med en sträcka som lämpar sig ovanligt väl för kraftutvinning. Fallhöjden är 200 meter på en sträcka om ca 1,8 km. Det finns naturliga definitiva och partiella vandringshinder. Uppströms Näckån finns en tillståndsgiven damm, vid Näcksjön, som innebär en jämn minimitappning om 120 l/s i Näckån. Detta för att motverka översvämning i Sysselebackes samhälle. Näckån är inte klassad som ett kraftigt modifierat vattendrag. I förvaltningsplanen har det inte klargjorts om översvämningsskyddet för Sysseleback ska vidmakthållas eller om det ska överges och vattendraget på sikt återgå till sitt naturliga förhållande. Ambitionen att skydda Sysseleback mot översvämning har inte varit föremål för någon närmare

analys inom ramen för förvaltningsplanens upprättande eller i samband med klassningen av vattenförekomsten. Gällande miljökvalitetsnorm är från 2009 och innebär *god ekologisk status 2015*. Förslaget som skulle ha antagits 2015 är *god ekologisk status senast den 22 december 2021*. Näckåns status klassades 2009 som god. Enligt arbetsmaterialet i VISS är statusen måttlig, baserat på bottenfaunaundersökningar som visar på en försurningspåverkan. De hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna konnektivitet och hydrologisk regim visar att förutsättningarna för att uppnå god ekologisk status saknas. Det är också dessa hydromorfologiska kvalitetsfaktorer som skulle påverkas mest av en etablering av ett vattenkraftverk i Näckån.

Negativ påverkan på miljökvalitetsnormer

Härefter behandlade MÖD frågan om en utbyggnad av ett kraftverk som enligt ansökan skulle medföra negativ påverkan på miljökvalitetsnormer enligt WFD så som detta tolkats av EU-domstolen i Weserdomen. Därför först några ord om Weserdomen.⁸

Målet, som kom till EU-domstolen som ett förhandsavgörande⁹, rörde i den nationella domstolen (Tyskland) ett projekt som avsåg utbyggnaden av floden Weser, som är en federal vattenväg, och som syftade till att göra segelrännorna i flodens olika delar djupare. Flodbotten i segelrännorna skulle därför muddras. Frågorna som

⁸ Weserdomen har analyserats bl.a. av Bjällås, Fröberg och Sundelin (2015) *Hur ska EU-domstolens dom i mål C-461/13 (Weserdomen) tolkas och vad får den för betydelse?* Michanek; *Tillstånd får inte ges om aktuell ytvattenstatus försämrats eller uppnåendet av god ytvattenstatus äventyras – analys av EU-domstolens förhandsavgörande C-461/13* Expertkommentar i JP Infonet (2015-11-23) och Olsen Lundh (2016), *Panta rei – om miljökvalitetskrav och miljökvalitetsnormer*.

⁹ Begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Bundesverwaltungsgericht (Tyskland) genom beslut av den 11 juli 2013, som inkom till domstolen den 22 augusti 2013.

⁷ Kompletterande formell underrättelse – Överträdelsennummer 2007/2239 av den 30 september 2016.

den tyska domstolen ställde till EU-domstolen gällde

- dels tolkningen av WFD:s artikel 4.1 a i; huruvida medlemsstaterna är skyldiga att avslå ansökan om tillstånd till ett projekt, om projektet kan orsaka en försämring av statusen hos en ytvattenförekomst, eller om bestämmelsen enbart utgör ett mål för förvaltningsplaneringen,
- dels om begreppet 'försämring av statusen' i artikel 4.1 a i WFD ska tolkas så, att det bara omfattar sådana negativa förändringar som leder till klassificering i en lägre klass enligt bilaga V i direktivet och om inte;
- under vilka förutsättningar som det föreligger en 'försämring av statusen' i direktivets mening,
- dels huruvida artikel 4.1 a ii och iii WFD ska tolkas så, att medlemsstaterna är skyldiga att avslå en ansökan om tillstånd till ett projekt, om projektet äventyrar uppnåendet av en god status hos en ytvattenförekomst eller om bestämmelsen enbart utgör ett mål för förvaltningsplaneringen.

EU-domstolens dom innebär, i korthet, att domstolen slog fast att medlemsstaterna är skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt när projektet kan orsaka en försämring av en ytvattenförekomsts status eller när projektet äventyrar uppnåendet av en god status hos en ytvattenförekomst vid den tidpunkt som anges i direktivet. EU-domstolen preciserade också begreppet "försämring av statusen" hos en ytvattenförekomst och uttalade att det föreligger en försämring så snart statusen hos minst en av kvalitetsfaktorerna blir försämrade med en klass, även om denna försämring inte leder till en försämring av klassificeringen av ytvattenförekomsten som helhet.¹⁰

¹⁰ C-461/13. EU-domstolen uttalade bl.a. följande. Artikel 4.1 a i–iii i direktiv 2000/60 ska tolkas så, att medlemsstaterna – med förbehåll för att undantag kan beviljas – är skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt när projektet kan

Det innebär att såväl ett projekts inverkan på icke-försämringskravet som dess äventyrande av uppnåendet av en god status ska prövas.

Prövning på kvalitetsfaktornivå

När MÖD i målet om Näckån behandlade frågan huruvida projektet skulle kunna medföra en försämring gjorde domstolen en mycket noggrann prövning som utgick från vad som slagits fast i Weserdomen, nämligen att prövningen i relevanta delar ska ske på kvalitetsfaktornivå för att kunna bedöma om icke-försämringskravet är uppfyllt. Detta eftersom EU-domstolen i Weser klargjort att *status quo-teorin* som huvudregel ska användas på kvalitetsfaktornivå och undantagsvis, om en kvalitetsfaktor redan befinner sig i den lägsta klassen, på parameternivå.¹¹ MÖD

orsaka en försämring av en ytvattenförekomsts status eller när projektet äventyrar uppnåendet av en god status hos en ytvattenförekomst eller en god ekologisk potential och en god kemisk status hos en ytvattenförekomst vid den tidpunkt som anges i direktivet (p. 51) samt att

Begreppet "försämring av statusen" hos en ytvattenförekomst, vilket återfinns i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60, ska tolkas så, att det föreligger en försämring så snart statusen hos minst en av kvalitetsfaktorerna enligt bilaga V i direktivet blir försämrade med en klass, även om denna försämring inte leder till en försämring av klassificeringen av ytvattenförekomsten som helhet. Om den aktuella kvalitetsfaktorn enligt nämnda bilaga däremot redan befinner sig i den lägsta klassen ska varje försämring av denna kvalitetsfaktor anses innebära en "försämring av statusen" hos en ytvattenförekomst, i den mening som avses i artikel 4.1 a i i direktiv 2000/60. (p. 70)

¹¹ Generaladvokat Jääskinen skiljer i sitt förslag till avgörande i Wesermålet mellan den s.k. *klassteorin*, d.v.s. att begreppet försämring avser en klassificering i en lägre statusklass och *status quo-teorin*, d.v.s. att begreppet försämring avser varje modifiering av vattenmassornas status. Jääskinen pekar på att ett godtagande av *klassteorin* riskerar att utesluta vattenförekomsterna i den lägsta klassen från tillämpningsområdet för förbudet mot försämring och försvaga skyddet för de vattenförekomster som omfattas av de högre klasserna. Jääskinen drar slutsatsen att om "försämring" bedöms ur ett klassperspektiv, kommer otaliga modifieringar av kvalitetsfaktorernas status att uteslutas från WFD:s tillämpningsområde vilket i sin tur skulle äventyra genomförandet av direktivets mål. Jääskinen konstaterar vidare att om begreppet försämring tolkas i förhållande till en kvalitetsfaktor eller

konstaterade härvid att medan kvalitetsfaktorererna "konnektivitet" och "hydrologisk regim" ska bedömas utifrån principen *one out – all out* så ska kvalitetsfaktorn "morfologiskt tillstånd" bedömas utifrån ett medelvärde av ingående parametrar. MÖD ansåg att även om det senaste arbetsmaterialet i VISS, som baseras på en utredning under 2014, inte är antaget så måste bedömningen ske utifrån detta eftersom det är helt nya parametrar som ingår jämfört med föregående vattenförvaltningscykel (2009–2015).

MÖD inleder prövningen med de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna eftersom det är de som påverkas mest vid en etablering av ett vattenkraftverk. Dessa kvalitetsfaktorer är "kon-

nektivitet" (med parametrarna *konnektivitet i uppströms och nedströms riktning* samt *konnektivitet i sidled*), "hydrologisk regim" (med parametrarna *specifik flödesenergi*, *volymavvikelse*, *flödets förändringstakt* och *vattenståndets förändringstakt*) samt "morfologiskt tillstånd" (som bedöms utifrån ett genomsnitt av ingående parametrar). MÖD:s prövning är mycket grundlig och varje kvalitetsfaktor beaktas, vid behov ned på parameternivå.

Nedan redovisas MÖD:s utgångspunkter med avseende på klassning och miljökvalitetsnorm schematiskt i fig 1. I följande fig. 2 presenteras resultatet av MÖD:s bedömningar, schematiskt.

Statusbedömning (klassning)	Kommentar (MÖD)	MKN
2009: God		2009: God ekologisk status 2015
VISS _{arbetsmaterial} : måttlig		2015 _{förslag} : God ekologisk status 2021
Bottenfaunaundersökningar: Försurningspåverkan.		
Hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna konnektivitet och hydromorfologisk regim visar att förutsättningarna för att uppnå god status saknas.	Det är dessa kvalitetsfaktorer som skulle påverkas mest av en etablering av ett vattenkraftverk i Näckån.	

Fig 1. MÖD:s utgångspunkter med avseende på klassning och miljökvalitetsnorm (MKN).

ett ämne, så bevarar försämringsförbudet hela sin ändamålsenliga verkan, eftersom det omfattar varje förändring som skulle kunna äventyra genomförandet av det huvudsakliga målet med ramdirektivet. (Förslag till avgörande av generaladvokaten Jääskinen, föredraget den 23 oktober 2014 i mål C-461/13, punkterna 90, 100–103 och 105). EU-domstolens dom i målet innebar sedermera genom den citerade p.70 (noten 10, ovan) ett ställningstagande för detta.

Kvalitetsfaktor <i>Parameter</i>	Klassning (nuvarande status):	Kommentar/ bedömning (MÖD)	Befarad påverkan från sökt verksamhet	Kommentar/bedömning (MÖD)
Konnektivitet	VISS: måttlig			Försämring av kvalitetsfaktorn konnektivitet förväntas inte.
<i>Konnektivitet i uppströms riktning och nedströms riktning (Bedöms i procent av vandringsbenägna fiskarter som saknas i vattendraget)</i>	Måttlig (d.v.s. 25–65 % av vandringsbenägna fiskarter saknas).	Dammen vid Näcksjön har ett finmaskigt galler; påfyllnad av fisk från sjön inte är möjlig. Nedströmsvandring av fisk från Näckågrenen antagligen begränsad. För de nedre delarna av ån är troligen genetiskt material från Råbäcken viktigare.	Ny intagsdam: definitivt vandringshinder. Sträckan intagsdammen – översta naturliga vandringshindret riskerar att påverkas betydligt. Tillkommande sträcka där fisk inte kan vandra uppströms: ca 5 % av vattenförekomstens längd (350 m av 7 km). Nedströms: visst hinder för spridning av genetiskt material, kan påverka arter i ån.	Kan inte se att proportionsatsen skulle ändras för vattenförekomsten i sin helhet och någon försämring kan därmed inte förväntas.
<i>Konnektivitet i sidled</i>	Inte klassad	Av mindre vikt för en brant forsande mindre bäck som Näckån. Ges samma status som konnektivitet i uppströms och nedströms riktning		
Hydrologisk regim	VISS: otillfredsställande			Försämras ej med en klass, under förutsättning att minimitappningen sätts högre än 10 l/s. Frågan om hur flödet ska varieras regleras i villkor.
<i>Specifik flödesenergi</i>	god		<i>Sträckan intag – utlopp:</i> Vattenavledning till kraftverket reducerar flödet väsentligt → reducerar flödesenergin. <i>Indämd sträcka uppströms intagsdammen:</i> vattenytans lutning minskar flödesenergin reduceras. <i>Uppströms intagets indämning och nedströms kraftstationsutloppet:</i> flödesenergin påverkas ej.	Sammantaget: troligt att parametern kommer att försämras med en klass , vilket skulle ge klassen måttlig. Försämrar dock ej kvalitetsfaktorn hydrologisk regim som har otillfredsställande status.

Kvalitetsfaktor <i>Parameter</i>	Klassning (nuvarande status):	Kommentar/ bedömning (MÖD)	Befarad påverkan från sökta verksamhet	Kommentar/bedömning (MÖD)
<i>Volymavvikelse</i> (beräknas som ett genomsnitt för hela vattenförekomstens längd)	Otillfredsställande	Enligt Ist: beräkningar visar att nuv. klassning är felaktig. Ska troligen ändras till måttlig, eventuellt på gränsen till god. (Avvikelse mellan 15 till 50 % från naturliga förhållanden: måttlig avvikelse. Nuvarande avvikelse närmare 15 än 50 %. Antag att avvikelsen ligger mitt i; avvikelse med 32,5 %. D.v.s Måttlig status.	Vid oförändrad tappningsstrategi från Näcksjön: nuvarande volymavvikelse kvarstår uppströms intagsdammen och nedströms kraftstationsutloppet Sträckan mellan intagsdammen och kraftstationens utlopp påverkas.	Utbyggd sträcka; 26 % av vf:s längd. Total volymavvikelsen för vf: 47,5 % (0,26×90+0,74×32,5). Underlaget behäftat med relativt stora osäkerheter. Totala avvikelsen bör snarare bli lägre än 47,5 % än högre. Även efter en utbyggnad: måttlig status.
<i>Flödets förändringstakt</i>	Otillfredsställande	Pga den höga och jämna minimitappningen vid nuvarande reglering.	Utbyggnad med jämn minimitappning 10 l/s → försämrats ytterligare. Höjning av minimitappning samt variation av flödet → försämring kan förhindras.	Utbyggnad med jämn minimitappning 10 l/s → försämrats Höjning av minimitappning+ variation av flödet → försämring kan förhindras.
<i>Vattenståndets förändringstakt</i>	Inte klassat	Kan ej bedömas	Sannolikt av underordnad betydelse i förhållande till flödets förändringstakt i ett vattendrag med Näckåns karaktär.	Ingen förändring

Fig 2. MÖD:s bedömning av kvalitetsfaktorerna konnektivitet och hydromorfologisk regim sorterat på nuvarande status i vattenförekomsten (vf) och trolig förändring i status om den sökta verksamheten kommer till stånd. Figuren syftar till att visa MÖD:s tillvägagångssätt. Eftersom det är kvalitetsfaktorerna konnektivitet och hydromorfologisk regim som är kritiska för MÖD:s bedömning redovisar jag endast dessa här.

Vad gäller kvalitetsfaktorn "morfologiskt tillstånd", som i dagsläget har god status, gjorde MÖD bedömningen att den sökta utbyggnadens påverkan är så liten, sett till hela vattenförekomsten, att påverkan på "morfologiskt tillstånd" är i det närmaste försumbar. Härfter går MÖD över till att även pröva de fysikalisk-kemiska kvalitetsfaktorerna (där endast parametern försurning är klassificerad för Näckån och har statusen otillfredsställande) samt de biologiska kvalitetsfaktorerna (där endast bottenfauna och fisk är klassificerade för Näckån). Statusen är måttlig på grund av att kvalitetsfaktorn bottenfauna har måttlig status, men kvalitetsfaktorn fisk uppvisar god status.

Utredningar till grund för prövningen

Det som inledningsvis kan konstateras, när det gäller MÖD:s bedömning av vattenförekomstens nuvarande status på kvalitetsfaktornivå, är att MÖD utgår från vad som framgår av VISS och då det senast framtagna arbetsmaterialet, oaktat om detta är formellt antaget eller ej. En utgångspunkt som är mycket rimlig mot bakgrund av EU-domstolens uttalande i Weserdomen; att begreppet "försämring av statusen" är ett begrepp med allmän räckvidd.¹² EU-domstolen hänvisar härvid till generaladvokat Jääskinen's förslag till avgörande. Här förklarar han hur klassificeringssystemet kan betraktas och att klasserna endast är ett verktyg som begränsar medlemsstaternas mycket detaljerade handlande som består i att fastställa de kvalitetsfaktorer som återspeglar en viss vattenförekomsts *reella status* [min kursivering]. Således anser Jääskinen att det bland annat är av detta skäl som artikel 4.1 a i) i WFD inte hänvisar till bilaga V till detta direktiv, "eftersom begreppet försämring, ett klassiskt begrepp inom vattenrätten, är ett begrepp med en global räckvidd inom

detta område som överskrider den tekniska karaktären i ramdirektivet".¹³

Vidare beaktar MÖD i målet återopade utredningar, framtagna av länsstyrelsen eller SMHI, som visar att nuvarande status avviker från klassningen. Att en domstol beaktar andra utredningar som visar annan status än vad som framgår av VISS är även det fullt rimligt, även om det är vattenmyndigheten som utifrån Naturvårdsverkets respektive Hav- och vattenmyndighetens (HaV:s) föreskrifter, ska klassificera ytvattenförekomsternas ekologiska status eller potential och deras kemiska ytvattenstatus.¹⁴

MÖD:s granskning av faktorer och parametrar med avseende på försämringsförbudet är i princip nödvändig att företa om det ska vara möjligt att följa Weseravgörandet. I och med att granskningen är nödvändig skulle det bli orimligt om en statusklassificering enligt VISS inte kunde ifrågasättas på det sätt som MÖD gör, t.ex. beträffande parametern *volymavvikelse* för kvalitetsfaktorn "hydrologisk regim", se fig. 2.¹⁵

¹³ Generaladvokat Jääskinen's förslag till avgörande i mål C-461/13, punkten 99.

¹⁴ Klassificeringen i första förvaltningscykeln skedde utifrån NFS 2008:1. Dessa har nu ersatts av HVMFS 2013:19, Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter om klassificering och miljö kvalitetsnormer avseende ytvatten, som sedermera ändrats genom HVMFS 2015:4.

¹⁵ Det är emellertid möjligt att EU-domstolen skulle komma fram till något annat om frågan ställdes på sin spets. Medan generaladvokaten Julianne Kokott i sitt förslag till avgörande i *Schwarze Sulm* anför att en korrigering av ett fel i förvaltningsplanen måste vara möjlig eftersom det knappast kan krävas att beslut ska fattas på grundval av bevisligen felaktiga uppgifter endast för att dessa uppgifter utgör en del av förvaltningsplanen (generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-346/14, föredraget den 3 september 2015, punkterna 52–58) så menade kommissionen att en ny bedömning av vattenstatusen endast är tillåten i samband med en uppdatering av förvaltningsplanen, vilken ska genomföras minst vart sjätte år. Domstolen tog inte ställning till frågan. Den konstaterade endast att Österrike inte hänvisat till 2013 års beslut för att bestrida en försämring samt att 2013 års beslut inte var föremål för prövning och inte heller bestritt att det i förevarande mål finns anledning

¹² Mål C-461/13, p. 61.

Klassgränserna för olika kvalitetsfaktorer och för faktorerna styrande parametrar anges i HaV:s föreskrifter. I den mån en avvikelse görs från vad som framgår av VISS är det rimligt att avvikelserna grundas i en utredning som gjorts i enlighet med HaV:s föreskrifter och bedömningsgrunderna i dessa.¹⁶ I *Näckån* var det länsstyrelsen som med framgång gjorde gällande att en parameter var felaktig. Motsvarande borde vara möjligt för en verksamhetsutövare, såvitt denne presenterar en utredning som är mer tillförlitlig än den som grundar klassificeringen i VISS. Bedömningen av huruvida klassningen i VISS ska ersättas med en annan klassning måste i slutändan göras av prövningsmyndigheten. Utrymmet bör, menar jag, anses större då klassningen i VISS är osäker.¹⁷ Detta eftersom det handlar om att återspegla vattenförekomstens reella status (jfr Jääskinens uttalande). För att åsidosätta klassningen i VISS är det emellertid befogat att kräva att utredningen är baserad på föreskrifterna.¹⁸

att beakta vattenstatusen i Schwarze Sulm såsom denna bedömts i 2007 års beslut. Därmed ansåg domstolen att det saknades anledning att beakta 2013-års beslut.

¹⁶ Även om det av 1 § HVMFS 2013:19 framgår att föreskrifterna ska tillämpas då vattenmyndigheten klassificerar vattenförekomster och fastställer miljö kvalitetsnormer för dessa enligt 4 kap. 1, 2, 4, 6 och 6 a §§ förordningen (2004:660) om förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön och bilaga V till WFD, så bör formuleringen inte tolkas restriktivt på så sätt att föreskrifterna inte kan användas i andra sammanhang och av andra än vattenmyndigheten.

¹⁷ Enligt 9 § HVMFS 2013:19 ska en bedömning av rimlighet och osäkerhet vid klassificeringen genomföras och tillförlitligheten ska beskrivas. Om resultatet av bedömningen enligt första stycket ger anledning att anta att klassificeringen för en parameter inte är rimlig eller har stor osäkerhet ska orsakerna till detta utredas. Genomförandet och resultatet av utredningen ska dokumenteras.

¹⁸ Detta är något som Julianne Kokott påpekar i sitt förslag till avgörande i samband med att hon diskuterar kommissionens negativa inställning till ändringar relativt förvaltningsplanen. Hon konstaterar att även tillämpningen av förbudet mot försämring i regel ska fastställas på grundval av den information som är dokumenterad i förvaltningsplanen och att informationen i förvaltningsplanen, enligt bilaga VII A.4 i ramdirektivet, ska omfatta resultaten från övervakningsprogrammen

Åsidosättande kan därtill, rimligen, i så fall endast ske i det enskilda fallet och föranleder inte någon ändring i VISS med mindre vattenmyndigheten anser att en sådan ska göras.¹⁹

Slutsatser om MÖD:s prövning av försämringsförbudet

Den sammanfattande slutsatsen som kan dras av MÖD:s prövning av försämringsförbudet är att domstolen prövat projektets inverkan noggrant utifrån Weserdomens förtydligande och att den härvid också betraktat begreppet "försämring av statusen" som ett begrepp med allmän räckvidd – vilket också öppnar upp för utredning som kompletterar uppgifterna om aktuell status i VISS. Därtill utgör domskälen en utmärkt systematik över hur prövningen av Weserkriterierna kan låta sig göras.

enligt artikel 8 och bilaga V i form av en karta vad gäller statusen. Här efter godtar hon kommissionens slutsats att ny bedömning av vattenstatusen endast är tillåten i samband med en uppdatering av förvaltningsplanen – såvitt en ny bedömning grundas på nya bedömningskriterier eftersom bedömningskriterierna ska tillämpas på alla vatten på vilka planen är tillämplig för att en konsekvent förvaltning ska kunna säkerställas (generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-346/14, föredraget den 3 september 2015, punkterna 46–50).

¹⁹ Enligt 15 § HVMFS 2013:19 ska det för varje ytvattenförekomst i databasen VISS, eller motsvarande, redovisas hur klassificeringen har utförts samt resultatet av denna. Redovisning ska ske särskilt för: – referensvärden och klassgränser i de fall dessa har justerats enligt 2 kap. 10–12 §§ (10 § handlar om huruvida sura förhållanden beror på naturlig surhet eller mänskligt orsakad försurning, 11 § handlar om naturlig näringsriktighet och 12 § om naturliga hydromorfologiska förhållanden) – motiv, genomförande och resultat av expertbedömning enligt 2 kap. 13 och 14 §§. Dessutom ska information om det underlag som har använts vid klassificeringen dokumenteras för respektive klassificerad kvalitetsfaktor. Detta, jämte vad som framgår av not 18, kan likväl användas för att argumentera för att åsidosättande endast kan ske i fall då vattenmyndigheten förutsätter att en ändring avses; det kan då betraktas som en korrigering (jfr generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-346/14, föredraget den 3 september 2015, punkten 52).

Om en försämring hade förelegat

Svaret på frågan, vad som skulle hänt för det fall MÖD:s granskning mynnat ut i att försämring enligt Weserkriterierna faktiskt förelegat är dock ännu oviss. Mot bakgrund av vad MÖD inledningsvis anförde om att en direktivskonform tolkning av 2 kap miljöbalken ger utrymme för tolkningar som är förenliga med kraven i WFD och dess förtydligande genom *Weser* och *Schwarze Sulm* är det rimligt att anta att det är en prövning enligt t.ex. 2 kap. 6 § första stycket miljöbalken som MÖD avser; lokaliseringen är inte lämplig om det sökta projektet kan orsaka en försämring av en ytvattenförekomsts status.

Enligt 2 kap. 7 § första stycket miljöbalken ska emellertid en rimlighetsavvägning göras, där nyttan av skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått ska vägas mot kostnaderna för dessa. Kraven gäller så långt åtgärderna inte kan anses orimliga att uppfylla. Strängare krav kan dock ställas om det behövs för att följa en miljökvalitetsnorm enligt 5 kap. 2 § första stycket 1 miljöbalken som avser miljökvalitetsnormer som är s.k. gränsvärdesnormer. Om det är 7 § första eller andra stycket som ska tillämpas beror alltså av om det är en gränsvärdesnorm eller inte. Av 4 kap. 8 b § VFF framgår att endast kvalitetskrav som avser kemisk ytvattenstatus är gränsvärdesnormer. De ekologiska kvalitetskraven är s.k. EU-normer (antagna med stöd av 5 kap. 2 § första stycket 4 miljöbalken). En direktivs(- och *Weser*) konform tolkning av rimlighetsavvägningen innebär då, anser jag, att det är svårt, för att inte säga omöjligt, att komma fram till att tillstånd kan ges om det gäller försämring. Detta eftersom det, i ljuset av *Weser*-domen, helt enkelt blir en så olämplig lokalisering av projektet att det inte kan tillåtas. Det ska här noteras att direktivet är skarpare formulerat beträffande försämringsförbudet (alla åtgärder som är nödvändiga ska ge-

nomföras²⁰) än beträffande kravet att uppnå god status (sedvanlig direktivimplementering; "alla lämpliga åtgärder" ska vidtas²¹). Någon rimlighetsavvägning kan därför inte låta sig göras om det är fråga om en försämring. Det kan i sin tur innebära att prövningsmyndigheten kan behöva åsidosätta 2 kap. 7 § första stycket, i enlighet med principen om gemenskapsrättens obetingade företräde framför nationell lag.²² Innebörden av principen utvecklas nedan, i stycket om "Skälen för ändringarna måste anges och förklaras i förvaltningsplanen".²³

Situationen, att en försämring föreligger, återstår emellertid för rättspraxis att hantera.

Huruvida uppnåendet av god status äventyras

Därefter behandlade MÖD frågan om projektet skulle kunna äventyra uppnåendet av god status för vattenförekomsten. MÖD konstaterar att den av vattenmyndigheten föreskrivna, gällande miljökvalitetsnormen, god ekologisk sta-

²⁰ WFD, art. 4.1 i).

²¹ WFD art. 4.1 ii) anger det resultat som ska uppnås. FEUF artikel 288 anger att direktiv, med avseende på resultat som ska uppnås är bindande för medlemsstaterna och FEU, artikel 4.3 anger nivån för medlemsstaternas skyldigheter beträffande att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter, nämligen vidta alla lämpliga åtgärder.

²² Se t.ex. mål 6/64 *Costa/ENEL*, mål 106/77 *Simmmenthal II*, p. 21 och mål C-432/05 *Unibet*, jfr NJA 2007 s. 718.

²³ Se dock Michanek som menar att samma situation kan lösas genom att *Weser*-domens precisering (av artikel 4.1 a i) WFD innebär att artikeln bör anses ha direkt effekt. Det innebär i sin tur, enligt Michanek, att ekologiska miljökvalitetsnormer bör ses som gränsvärden vid en eventuell fördragsenlig tolkning av 2 kap. 7 § andra och tredje stycket. (Michanek (2015); *Tillstånd får inte ges om aktuell ytvattenstatus försämras eller uppnåendet av god ytvattenstatus äventyras – analys av EU-domstolens förhandsavgörande C-461/13* Expertkommentar i JP Infonet (2015-11-23)). Följden blir alltså i princip densamma (avvägning enligt första stycket ska ej göras) – men genom Michaneks tolkning blir 2 kap. 7 § tredje stycket tillämplig. Enligt min mening är det dock inte möjligt att ge direktivet direkt effekt i dessa avseenden eftersom vertikal direkt effekt endast är möjligt gentemot staten, inte när staten ställer krav på enskilda.

tus, inte har uppnått till år 2015 och inte heller kan uppnås till år 2021, som är föreslaget enligt arbetsmaterialet i VISS. Detta beror på den nuvarande regleringen av Näcksjön, med tappningsföreskrifter som kraftigt avviker från det naturliga flödet. Hur målet ska nås är ej redovisat i förvaltningsplanen. Vidare påpekar MÖD att det framgår av tillståndsdomen från 1999 att det nuvarande syftet med dammen vid Näcksjön är översvämningsskydd och att de nu gällande vattenhushållningsbestämmelserna meddelades utifrån dammens syfte som skydd mot översvämning i Syssleback.

Härefter tar en diskussion om undantagen i artikel 4.7 WFD i ljuset av Schwarze Sulm-domen vid. Därför kort några ord om *Schwarze Sulm*.

Schwarze Sulm

I målet vid EU-domstolen (där fråga var om en fördragsbrottstalan²⁴) hade kommissionen stämt Österrike och anförde att Österrike, genom att ge tillstånd till byggnationen av ett vattenkraftverk i Schwarze Sulm, åsidosatt skyldigheten att genomföra alla åtgärder som är nödvändiga för att förebygga en försämring av statusen i alla ytvattenförekomster eftersom Österrike, enligt kommissionen, varken undersökt undantagets tillämplighet på ett ändamålsenligt sätt eller angett tillräckliga skäl för att motivera ett undantag. EU-domstolen ansåg att guvernören i Steiermark (som gett tillståndet) hade beaktat samtliga villkor i artikel 4.7 i direktivet och därför haft fog för att anse att villkoren uppfyllts. Enligt domstolen hade kommissionen inte kunnat bevisa det påstådda fördragsbrottet och talan ogillades.²⁵ Det som kan utläsas ur Schwarze

Sulm-domen är troligen (vad utgången blivit om kommissionen förebragt annan bevisning är oklart) att tillståndsmyndigheten måste beakta och göra avvägningar i det konkreta fallet kring

försämrings statusen eller äventyra uppnåendet av en god status övervägde den huruvida undantaget i artikel 4.7 i EFD var tillämpligt. För att kunna tillåtas måste villkoren i direktivets artikel 4.7 a–d vara uppfyllda (domstolen hänvisar här till avgörandet i mål C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias* m.fl., punkterna 67 och 69). Kommissionen påstod att Österrike endast generellt hävdade att produktionen av förnybar energi svarar mot ett allmänintresse av större vikt. Domstolen pekade på att Österrike i beslutet anger en detaljerad lista över skäl till det projektet, projektets konsekvenser för miljön och projektets påstådda fördelar. Domstolen uttalar vidare att medlemsstaterna har getts ett visst utrymme för eget skön när de ska avgöra om ett särskilt projekt omfattas av ett sådant intresse. Enligt domstolen har Österrike haft fog för att anse att projektet omfattas av ett allmänintresse av större vikt.

Sammanfattningsvis menade domstolen att guvernören inte begränsat sig till att endast abstrakt åberopa det allmänintresse av större vikt som produktionen av förnybar energi har, utan guvernören har utgått från en detaljerad och särskilt vetenskaplig analys av det specifika projektet. Denna analys hade sedan, enligt domstolen, legat till grund för guvernörens slutsats att villkoren för undantag från försämringsförbudet var uppfyllda.

Slutligen konstaterade domstolen följande: *Av det ovanstående följer att guvernören i Steiermark – som uttalat sig på grundval av en studie från Institutet som kunde förse denne med relevanta uppgifter om det omtvistade projektets konsekvenser – har beaktat samtliga villkor i artikel 4.7 i direktiv 2000/60 och därför har haft fog för att anse att dessa villkor har uppfyllts* (p. 81).

Domstolen bemöter avslutningsvis kommissionens invändning om att vattenkraft enbart är en av flera förnybara energikällor och att den energi som produceras i det berörda vattenkraftverket enbart har en marginell inverkan på energiförsörjningen på såväl regional som nationell nivå och kommer slutligen fram till sin samlade bedömning i målet: *Kommissionen har emellertid inte kunnat bevisa det påstådda fördragsbrottet, eftersom den dels inte anförde några specifika anmärkningar som till exempel visar på vilket sätt den i punkt 75 ovan nämnda studien, vars slutsatser inkorporerats i 2007 års beslut, skulle vara ofullständig eller felaktig på grund av en otillräcklig analys av projektets ekologiska inverkan på ytvattenstatusen i Schwarze Sulm, eller på grund av brister i tillförlitligheten i utsikterna för vattenkraftproduktionen, dels inte gjort någon jämförelse mot bakgrund av vilken det skulle gå att fastställa att den planerade vattenkraftproduktionen var för liten i förhållande till storleken på det omtvistade projektet* (p. 82).

²⁴ Talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF, som väckts den 18 juli 2014.

²⁵ Mål C-346/14. Sedan EU-domstolen konstaterat att projektet kan medföra en försämring av ytvattenstatusen i Schwarze Sulm och att medlemsstaterna var skyldiga att inte lämna tillstånd till ett projekt som var ägnat att

samtliga villkor i artikel 4.7 och att det inte räcker att abstrakt åberopa något i det allmänna fallet. Domstolen fann nämligen att guvernören inte begränsat sig till att endast abstrakt åberopa det allmänintresse av större vikt som produktionen av förnybar energi har, utan att guvernören utgått från en detaljerad och särskilt vetenskaplig analys av det specifika projektet. Denna analys hade sedan, enligt domstolen, legat till grund för guvernörens slutsats att villkoren för undantag från försämringsförbudet var uppfyllda.²⁶

MÖD:s prövning av om god status äventyras

MÖD noterar att om översvämningsskyddet vid Näcksjön alltså gör sig gällande, skulle en omprövning av Näcksjödammen kunna leda till att något undantag blir tillämpligt eller att ytvattenförekomsten definieras som kraftigt modifierat vatten. Det skulle innebära att god ekologisk status inte behöver nås för att uppfylla direktivets krav (jfr *Schwarze Sulm*). Härfter konstaterar MÖD att det är problematiskt att förvaltningsplanen för Näckån saknar ställningstagande till den långsiktiga vattenförvaltningen och hur behovet av översvämningsskydd för Syslebäck ska vägas mot den föreslagna miljökvalitetsnormen samt att den nu gällande vattendomen och den föreslagna miljökvalitetsnormen inte går ihop; om Näckån hade varit ett helt opåverkat vattendrag hade inte detta problem uppkommit. MÖD menar att förvaltningsplanen för Näckån bl.a. därför måste sägas vara starkt schablonartad och att slutsatsen från Weserdomen, att försämringsstatus samt uppnåendet av god status ska bedömas på kvalitetsfaktornivå, bl.a. medför att det kan finnas större anledning att överväga behovet av undantag av olika slag samt klassning av vattenförekomster som kraftigt modifierade. Efter att ha diskuterat vattenmyndigheternas utrym-

me att överväga dylika frågor samt vattenmyndigheternas förfarande och tillgång på underlag i första förvaltningscykeln kommer MÖD fram till att i ett fall som Näckån, som i många avseenden är unikt, *får denna sammantagna bild betydelsen att det tidigare beslutade och nu föreslagna målet för vattenförvaltningen starkt måste ifrågasättas.*

Det är här värt att notera begreppsanvändningen. MÖD förhåller sig inte till den beslutade (och alltså gällande, om än ej uppnådda) miljökvalitetsnormen utan till den föreslagna. Den benämns emellertid inte miljökvalitetsnorm utan som "målet för vattenförvaltningen". Sedan MÖD ifrågasatt detta mål kommer domstolen fram till att

"utgångspunkten vid prövningen av frågan om ett tillstånd till kraftverket skulle äventyra uppnåendet av målet med vattenförvaltningen är därför en fortsatt reglering till förmån för översvämningsskydd av Näckån. Det betyder att någon form av undantag och/eller att ytvattenförekomsten förklaras som en kraftigt modifierad ytvatten förekomst sannolikt kommer att behöva antas för vattenförekomsterna Näcksjön och Näckån. Vid en framtida omprövning av Näcksjödammen är det därmed betydligt mer sannolikt med någon form av miljöanpassning av flödet än en utrivning av dammen. Det måste således finnas utrymme för sådana framtida krav på modifieringar av tappningsstrategin i ett tillstånd till ny verksamhet i Näckån. Ett sådant krav på en mer miljöanpassad tappningsstrategi kan beaktas inom ramen för prövningen av hur stor förlust av vatten som en tillståndshavare är skyldig att avstå utan ersättning vid en framtida omprövning, se nedan."

MÖD drar slutsatsen: *Med dessa utgångspunkter äventyrar inte den sökta verksamheten uppnåendet av målet för vattenförvaltningen.*

²⁶ Mål C-346/14, p. 80.

Utifrån MÖD:s ovan citerade resonemang är det inte svårt att förstå den bakomliggande tanken. Regleringen av Näcksjön måste rimligen finnas kvar i någon form, om än med andra villkor, såvida man inte bestämmer sig för att Sysslebäck ska översvämmas. Vägen till slutsatsen är emellertid väldigt intressant – och frågan är om den verkligen håller, som rättslig väg räknat.

Vad MÖD egentligen gjorde eller inte gjorde

Till att börja med kan det konstateras att det är uppenbart att MÖD varken avsett att företa eller har företagit någon form av normprövning.²⁷ Inte heller är det fråga om en nationell bestämmelse som strider mot EU-rätten och som ska åsidosättas enligt principen om gemenskapsrättens företräde. Av domskälen såvitt avser behovet av förhandsbesked, framgår emellertid, som nämnts ovan, att MÖD anser att 2 kap. miljöbalken ger utrymme för tolkningar som är förenliga med kraven i WFD och dess förtydligande genom de två nämnda domarna. Frågan är om MÖD menar att vald rättslig väg innefattar en s.k. direktivskonform tolkning (utan att i detta läge gå in på vilken regel som tolkats konformt med vilken bestämmelse i direktivet).

Det framgår nämligen tydligt av Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF) artikel 288, att direktiv är bindande för medlemsstaterna med avseende på resultatet. Det i sin tur betyder att alla myndigheter i medlemsstaterna, även domstolarna (inom ramen för deras behörighet), är förpliktade²⁸ att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att skyldigheten att implementera di-

rektiv fullgörs. Vid tillämpningen av nationell rätt är nationella myndigheter skyldiga att *i den utsträckning det är möjligt* tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så, att det resultat som avses i direktivet uppnås.²⁹ Kravet på direktivskonform tolkning sträcker sig emellertid inte längre än att det finns en möjlighet till denna tolkning enligt nationell rätt. Det ska endast ske i den utsträckning det är möjligt. Vad som är möjligt anges således av den nationella rättens tolkningsutrymme.

Då hamnar vi åter i nationell rätt och frågan kvarstår; är det möjligt för en prövningsmyndighet att ifrågasätta *målen för vattenförvaltningen* i sådan utsträckning att man bortser från dem? För att få klarhet i den frågan är det nödvändigt att börja nysta i andra ändan, i hur dessa *mål för vattenförvaltningen* tas fram och vad de egentligen innebär. Det är härvid viktigt att hålla isär statusbedömningar och klassningar och klassgränser å ena sidan och beslutade kvalitetskrav och miljökvalitetsnormer å andra. Detta försvåras dels av den svenska översättningen av direktivet där "klassgräns" i vissa fall benämns som "miljökvalitetsnorm"³⁰, dels av att de svenska

²⁹ C-106/89 Marleasing SA och Comercial Internacional de Alimentación SA, punkten 8: *Enligt domstolens rättspraxis skall de behöriga myndigheterna i den utsträckning det är möjligt tillämpa och tolka relevant nationell rätt mot bakgrund av direktivets lydelse och syfte så att man uppnår det resultat som avses i direktivet*. Se även C-218/01 Henkel, punkten 60. Domen hänvisar vidare till de förenade målen C-71/94-C-73/94 Eurin-Pharm, punkt 26, och mål C-63/97, BMW, punkt 22.

³⁰ Naturvårdsverket, som redan 2008 uppmärksammade detta förhållande, föreslog just att man istället för "miljökvalitetsnorm" skulle använda begreppet "klassgräns" (Naturvårdsverket, Förslag till genomförande av direktiv 2008/105/EG om miljökvalitetsnormer inom vattenpolitikens område, rapport 5973 [juni 2009] s. 10 f.) I sin rapport om den svenska implementeringen av direktiv 2008/105/EG använder Naturvårdsverket genomgående ordet "klassgräns" när det handlar om en situation innan miljökvalitetsnormen har fastställts av vattenmyndigheterna. Detta för att undvika missförstånd och sammanblandning med det svenska begreppet "miljökvalitets-

²⁷ Jfr Regeringsformen 11 kap. 14 §: *Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst*.

²⁸ Fördraget om Europeiska Unionen (FEU) artikel 4 (3); principen om lojalt samarbete.

bestämmelserna varierar mellan att kalla miljö-kvalitetsnormerna just "miljökvalitetsnorm" och "kvalitetskrav".

Delegation och normgivning vad gäller miljökvalitetsnormer för vatten

Enligt 5 kap. 1 § andra stycket miljöbalken får regeringen överlåta till en myndighet att meddela miljökvalitetsnormer som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen. Regeringen har gjort detta genom förordningen (2004:660) om förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön (vattenförvaltningsförordningen, VFF).³¹ Av 1 kap. 1 § VFF framgår att förordningen gäller förvaltningen av kvaliteten på vattenmiljön enligt 5 kap miljöbalken samt att bestämmelserna är meddelade med stöd av 5 kap. 1 § MB i fråga om 4 kap. 1–11 §§ VFF.

norm". För en diskussion kring detta, se Olsen Lundh; *Panta rei – om miljökvalitetskrav och miljökvalitetsnormer* (2016) s. 216 ff. Synsättet bekräftas av EU-domstolen som i *Weser* bl.a. konstaterade att utvärderingen av ytvattenförekomsternas status grundar sig på en bedömning av ekologisk status som omfattar fem klasser (p. 56). Det är vid utarbetandet av ekologiska kvalitetskvoter som medlemsstaterna delar upp de ekologiska kvalitetskvoterna för varje ytvattenkategori i fem klasser genom ett gränsvärde för de biologiska kvalitetsfaktorerna som anger gränsen mellan dessa olika klasser (hög, god, måttlig, otillfredsställande eller dålig) (p. 60). Klasserna är således endast ett verktyg som begränsar medlemsstaternas bedömningsutrymme vid fastställandet av de kvalitetsfaktorer som återspeglar en viss vattenförekomsts reella status. Det är bland annat av detta skäl som artikel 4.1 a i) i WFD inte hänvisar till bilaga V, eftersom begreppet "försämring av statusen" är ett begrepp med allmän räckvidd (mål C-461/13, p. 60).

³¹ Här finns möjligen ett argument för att normen ifråga står i strid med överordnad författning; Weserdomens tydliggörande av de ekologiska miljökvalitetsnormernas rättsliga betydelse innebär att regeringens delegation till vattenmyndigheterna att fatta beslut om dessa normer kan ifrågasättas, jfr. t.ex. Kruse (2010) *Rapport angående rättsverkan och tillämpning av miljökvalitetsnormer för vatten – genomförande av ett uppdrag från Naturvårdsverket*, s. 19 samt rättsutlåtande av Langlet och Mahmoudi i mål M 1881-09 vid Östersunds tingsrätt, bilaga 1 till ab. 30.

Av 4 kap. 1 § VFF framgår att varje vattenmyndighet ska fastställa kvalitetskrav för ytvattenförekomster, grundvattenförekomster och skyddade områden i vattendistriktet. För varje vattenmyndighet ska det finnas en särskild vattendelelegation med uppgift att besluta inom vattenmyndighetens ansvarsområde. Vattendelelegationen får bl.a. överlåta åt länsstyrelsen att utarbeta förslag till miljökvalitetsnormer men får inte överlåta åt länsstyrelsen att fatta beslut om dem.³² Det är alltså vattendelelegationen som fattar beslut om miljökvalitetskrav, dvs. fastställer en miljökvalitetsnorm enligt miljöbalken för den aktuella vattenförekomsten. Dock först efter att ha beaktat både 4 kap. VFF och HaV:s föreskrifter HVMFS 2013:19.

Av 4 kap. 2 § VFF framgår att kvalitetskraven för ytvatten och grundvatten ska fastställas så att tillståndet i vattenförekomsterna inte försämras. Vidare anger 4 kap. 8 b § VFF att kvalitetskrav som avser kemisk ytvattenstatus är miljökvalitetsnormer enligt 5 kap. 2 § första stycket 1 miljöbalken (d.v.s. s.k. gränsvärdesnormer).

Med stöd av 4 kap 8b § VFF har Vattenmyndigheten för Västerhavets vattendistrikt föreskrivit kvalitetskrav. Dessa följer av Länsstyrelsen Västra Götalands läns (Vattenmyndigheten Västerhavet) föreskrifter om kvalitetskrav för vattenförekomster i distriktet (14 FS 2009:533) och ska gälla för de yt- och grundvattenförekomster som anges i föreskrifternas bilagor 1 och 2.³³ Av tabellen i bilaga 1, som har rubriken "Statusklassificering och miljökvalitetsnormer för ytvatten (vattendrag, sjöar, kustvatten, övergångsvatten och utsjövatten)" framgår att en vattenförekomst som omfattas är Näckån³⁴, att den hör till avrinningsområde Klarälven, att ekologisk status eller potential 2009 är "God ekologisk status",

³² Förordning (2007:825) med länsstyrelseinstruktion, 24 §.

³³ 1 § 14 FS 2009:533.

³⁴ Med EU-ID SE674194-133845.

att kvalitetskravet och tidpunkten är "God ekologisk status 2015", att kemisk ytvattenstatus 2009 är "God kemisk ytvattenstatus" samt att kvalitetskravet och tidpunkten är "God kemisk ytvattenstatus 2015". Det finns också ett kompletterande krav för skyddade områden, nämligen "gynnsam bevarandestatus". Vidare framgår det av föreskrifterna att kvalitetskraven för respektive ytvattenförekomst framgår av föreskrifternas följande bestämmelser och av tabellerna i föreskrifternas bilagor 1 och 2.

Det som i föreskrifterna benämns som "kvalitetskrav" är alltså vad som i 5 kap. MB benämns "miljökvalitetsnorm". Enligt propositionen från 2009/10 ska miljökvalitetsnormerna som vattenmyndigheten meddelat för vatten hänföras till sådana övriga normer som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen (dvs. miljökvalitetsnormer enligt miljöbalken 5 kap. 2 § första stycket 4). Regeringen motiverade det med att miljökvalitetsnormerna i vattenförvaltningsförordningen och de miljökvalitetsnormer som vattenmyndigheterna fastställt inte är formulerade som gränsvärdesnormer, även om bl.a. föroreningsnivåer kan visa att det föreligger en försämring eller att den eftersträlvade statusen inte är uppnådd. De är heller inte, menade regeringen, formulerade som målsättningsnormer; även om de bygger på en strävan i form av stegvisa förbättringar, så ska vissa resultat ha uppnåtts vid en viss eller vissa framtida tidpunkter.³⁵

Slutsats om MÖD:s prövning av huruvida målet för vattenförvaltningen äventyras

De miljökvalitetskrav som antagits för Näckån i FS 2009:533 har alltså antagits av Vattendelegationen med tydlig delegation från miljöbalken via regeringen. Någon delegation till domstolarna att åsidosätta sådana normer finns inte. I domskälen har MÖD begreppsvägen omdefinierat

en i rätt ordning antagen miljökvalitetsnorm, som framgår av 14 FS 2009:533, till ett *mål för vattenförvaltningen*. Men en norm är nu ändå en norm.³⁶ MÖD har helt enkelt åsidosatt en norm utan att pröva huruvida det finns rättslig grund för att göra det.

Emellertid innehåller domskälen resonemang kring direktivets möjlighet till undantag enligt artikel 4.7 i WFD samt en hänvisning till *Schwarze Sulm*. Frågan är om det hade kunnat vara en framkomlig väg.

Tillämpning av undantagen i 4.7 WFD

Det finns undantag i direktivet. Artikel 4 i WFD, med rubriken "Miljömål", föreskriver bl.a. i punkt 1 a att medlemsstaterna, vid genomförande av de åtgärdsprogram som anges i förvaltningsplanerna för avrinningsdistrikt, när det gäller ytvatten, ska skydda, förbättra och återställa alla ytvattenförekomster i syfte att uppnå en god ytvattenstatus senast 2015 om inte annat följer av tidsundantagen och tillämpningen av tillämpningen av punkten 7 och utan att det påverkar tillämpningen av punkt 8.

Punkten 7 i WFD:s artikel 4 anger två typer av fall då medlemsstaterna inte gör sig skyldiga till en överträdelse av direktivet – även om en god ytvattenstatus inte nås till 2015 (eller 2021) eller om en försämring inte förebyggs. Det första fallet gäller om bl.a. god ekologisk status inte uppnås till följd av nya modifieringar i en ytvattenförekomsts fysiska karakteristika eller förändringar i nivån hos grundvattenförekomster. Det andra är om en försämring sker från hög status till god status hos en ytvattenförekomst till följd av nya hållbara mänskliga utvecklingsverksamheter. För Näckåns del skulle det första undan-

³⁵ Prop. 2009/10:184 s. 42.

³⁶ I en debatt mellan Kelsen och Hart på Berkeley hösten 1961 lär Hart ha fallit baklänges av sin stol *as Kelsen declared in stentorian tones; "Norm is norm!"* Se N. Lacey, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford U. P. 2004, s. 251.

taget kunna vara intressant. Nedan kommer jag att undersöka om tillämpningen av undantag i det enskilda fallet skulle kunna vara en framkomlig väg och vilka problem den i så fall skulle kunna föra med sig. Omständigheterna i *Näckån* används här som ett exempel.

Innan undantagen blir tillämpliga måste det alltså konstateras att god status inte kommer att kunna nås eller att en försämring inte kommer att förebyggas, beroende på en ny modifiering i en ytvattenförekomsts fysiska karakteristika. Det som avses är förändringar i de hydromorfologiska förhållandena. Det handlar om flöde, djupvariationer, förbindelse med grundvatten och strukturer i strandzonen. T.ex. kan ett vattenkraftverk orsaka förändringar i en vattenförekomsts fysiska karaktäristik³⁷, medan utsläpp av förorenade ämnen inte kan förändra en vattenförekomsts fysiska karaktäristik. I *Näckån* är det fråga om en förändring i de hydromorfologiska förhållandena till följd av ett vattenkraftverk.

Vad "hållbara mänskliga utvecklingsaktiviteter" innebär följer inte av direktivet. Av *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive* (2000/60/EC), *Guidance document no 20 (CIS)*³⁸ framgår att begreppet beror av tid, skala, involverade aktörer och information. Projekten bör emellertid följa av ramdirektivet självt, eller av andra specificerade direktiv³⁹ samt

hämta sin vägledning från grundläggande EU-rättsliga miljöprinciper som uttrycks i artikel 191 FEUF. Exakt vilka projekt eller vilka typer av projekt som avses med begreppet är emellertid svårt att avgöra. I *Schwarze Sulm* godtog domstolen ett kraftverk med vattenkraftproduktion på 2 promille av den regionala produktionen och 0,4 promille av den nationella produktionen. EU-domstolen uttalade också att medlemsstaterna har getts ett visst utrymme för eget skön när de ska avgöra om ett särskilt projekt omfattas av ett sådant intresse. Österrike hade alltså, enligt domstolen, haft fog för att anse att projektet, som avser att främja produktionen av förnybar energi genom vattenkraft, omfattas av ett allmänintresse av större vikt.⁴⁰

Det ska dock noteras att det i *Schwarze Sulm* inte handlade om att inte uppnå god status, det första fallet, utan om det andra fallet där en försämring sker från hög till god status till följd av det sökta projektet.⁴¹ Därtill rörde målet fördragsbrott vilket kommissionen inte hade styrkt.

³⁷ Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC), *Guidance document no 20 (CIS)*, s. 24.

³⁸ Kommissionen har tagit initiativ till ett samarbete mellan medlemsstaterna som resulterat i en gemensam strategi för direktivets genomförande *Common Implementation Strategy*, CIS. Inom ramen för denna strategi har medlemsstaterna utarbetat icke bindande vägledningar. Dessa har alltså inte status av rättsakter utan ger uttryck för hur representanter för medlemsstaterna anser att direktivet bör genomföras.

³⁹ T.ex. 2001/41/EG, 2011/92/EU, 2003/4/EG, se *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive* (2000/60/EC), *Guidance document no 20*, s. 24 f.

⁴⁰ Mål C-346/14, punkterna 70 och 71.

⁴¹ Mål C-346/14, punkterna 45–48. Jfr generaladvokaten Julianne Kokotts förslag till avgörande; hon anför att eftersom syftet med beslutet från år 2013 är att för första gången tillämpa de bedömningskriterier som gäller för förvaltningsplanen på ett korrekt sätt och att det därför är fråga om en korrigerig av ett fel i förvaltningsplanen, en korrigerig som i princip måste vara möjlig eftersom det knappast kan krävas att beslut ska fattas på grundval av bevisligen felaktiga uppgifter endast för att dessa uppgifter utgör en del av förvaltningsplanen. Därför, menade hon, skulle målet inte grundas på bedömningen av Schwarze Sulms status i förvaltningsplanen, utan på dess faktiska status, som inte ifrågasatts i materiellt hänseende. Den av kommissionen hävdade försämringen från "hög" till "god" var, enligt Kokott, således inte möjlig. (Generaladvokatens förslag till avgörande, föredraget den 3 september 2015, punkterna 52–58).

Villkor för undantag

Om nya modifieringar ska tillåtas trots att en god ekologisk status inte kommer att uppnås måste samtliga i artikel 4.7 WFD angivna villkor vara uppfyllda. Dessa är följande.

1. Alla genomförbara åtgärder vidtas för att mildra de negativa konsekvenserna för vattenförekomstens status.
2. Skälen för ändringarna anges särskilt, och förklaras i den förvaltningsplan för avrinningsdistriktet som krävs enligt artikel 13 och målen ses över vart sjätte år.
3. Skälen för dessa modifieringar eller förändringar är ett allmänintresse av större vikt, eller att fördelarna för miljön och samhället med att uppnå målen enligt punkt 1 inte uppväger fördelarna med de nya modifieringarna eller förändringarna för människors hälsa, för vidmakthållandet av människors säkerhet eller för en hållbar utveckling.
4. De nyttiga mål som dessa modifieringar eller förändringar av vattenförekomsten skall medföra kan, av tekniska skäl eller på grund av orimliga kostnader, inte uppnås på något annat sätt som skulle vara ett betydligt bättre alternativ för miljön.

Till att börja med är *skälet* till förändringen viktig (p. 3, ovan). Det måste vara ett allmänintresse som är av större vikt än miljöintresset *eller* att de miljömässiga fördelarna med att nå direktivets miljömål inte väger upp de fördelar som den nya förändringen ger, med avseende på människors hälsa, människors säkerhet eller en hållbar utveckling.⁴² Här finns alltså två alternativa skäl.

Möjliga skäl för ändringar i

vattenförekomstens fysiska karakteristika

Det första alternativa skälet för ändringarna är ett "allmänintresse av större vikt". Det engelska begreppet, *overriding public interest*, anger tydligt att det handlar om att göra en jämförelse med det intresse som skyddas av direktivets mål och inte endast ett intresse av "större vikt". Av skälen framgår att förändringarna därtill ska vara av utomordentligt stor betydelse från allmän synpunkt.⁴³ I CIS dras slutsatsen att det är rimligt att anta att de skäl som avses med "allmänintresse av större vikt" är situationer där planer eller projekt som planeras visar sig vara nödvändiga inom ramen för:

- Åtgärder eller politik som syftar till att skydda grundläggande värden i medborgarnas liv (hälsa, säkerhet, miljö).
- Grundläggande principer för staten och samhället.
- Ekonomisk eller social verksamhet som följer av särskilda offentliga skyldigheter.

När det gäller dammen vid Näcksjön hade antagligen skälet att behålla den, varit ett skäl som rymts inom "allmänintresse av större vikt". Även det andra alternativa skälet för förändringarna hade förmodligen omfattat skälen för att ha kvar sagda damm. Skillnaden mot skälet i punktens första led är att, även om det i båda leden fordras en jämförelse, så ger andra ledet en viss vägledning i hur jämförelsen ska göras. Fördelarna ska handla om människors hälsa, människors säkerhet eller hållbar utveckling. Syftet med förändringen, de potentiella fördelarna med förändringen, måste handla om att förbättra för människors hälsa, om att vidmakthålla människors säkerhet eller om hållbar utveckling.

Så långt dammen vid Näcksjön. Men det var nu inte den som var föremål för prövningen

⁴² WFD, artikel 4.7. c).

⁴³ WFD, skälen (32).

i målet. Det var ett nytt vattenkraftverk i Näckån. Finns det skäl för det?

En förändring som skulle kunna ge positiva globala effekter är t.ex. förändringar som minskar utsläppen av växthusgaser. Vattenkraftverkens positiva inverkan på den globala växthusgasproblematiken ska då ställas mot de störningar kraftverken orsakar i vattenförekomsten; vattenkraftens negativa påverkan på ekosystem i vattendragen och närliggande områden är omfattande och väldokumenterad. Kommissionen har påpekat att utvecklingen av vattenkraft kräver särskild uppmärksamhet och att vattenkraftens betydande miljöpåverkan måste åtgärdas. Därför, menar kommissionen, bör renovering och utbyggnad av befintliga kraftanläggningar prioriteras framför anläggning av nya. Nya kraftverk bör omfattas av en strategisk bedömning av det enskilda avrinningsområdet, där man väljer det mest optimala läget både när det gäller energiproduktion och lägsta miljöpåverkan.⁴⁴

Frågan är då hur detta ska göras inom ramen för den svenska lagstiftningen. Precis som konstateras av MÖD krävs, för tillstånd till en vattenverksamhet, att de allmänna hänsynsreglerna enligt 2 kap. MB är uppfyllda. På samma sätt som 2 kap. 6 § första stycket miljöbalken (lokaliseringskravet) rimligen skulle kunna användas för att avslå en tillståndsansökan om denna kan leda till en försämring skulle en diskussion kunna föras kring att lokaliseringen i det enskilda fallet ändå kan godtas till följd av avvägningen i 2 kap. 7 § miljöbalken när det gäller äventyrandet av att uppnå en god status.

Jag anser, som framgår ovan, att det är mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att genom rimlighetsavvägningen komma fram till att tillstånd kan ges om det gäller försämring.

När det gäller själva skälet, allmänintresset av större vikt, kan detta antagligen bedömas

inom ramen för prövningen enligt 11 kap. 6 § miljöbalken. Enligt den bestämmelsen får en vattenverksamhet bedrivas endast om dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna av den. Fördelarna från allmän och enskild synpunkt får då omfatta de argument som talar för att det är ett allmänintresse av större vikt. Här vore det möjligt att, utöver det rena energitillförselargumentet, argumentera för att eftersom dammen vid Näcksjön redan finns, omfattas av ett tillstånd och därtill är ett allmänintresse av större vikt, så är det lämpligt att fortsätta utbyggnaden av Näckån på ett sätt som inte förändrar situationen särskilt mycket i relation till befintlig (jämför med hur MÖD faktiskt argumenterar i domskälen kring minimitappning etc.). Bland skador och olägenheter återfinns då de intressen som skyddas av direktivets mål.

Slutsatsen är att det förmodligen finns ett visst utrymme för att göra de överväganden som krävs enligt första villkoret inom ramen för miljöbalken.

De nyttiga målen som ändringen medför kan inte uppnås på något annat sätt

Därtill ställs ett krav på att de nyttiga mål som modifieringarna eller förändringarna av vattenförekomsten ska medföra inte ska kunna uppnås på något annat sätt som skulle vara ett betydligt bättre alternativ för miljön (p. 4, ovan).⁴⁵ Att det inte kan uppnås på något annat sätt kan bero på tekniska skäl eller orimliga kostnader. Dessa alternativa lösningar kan, enligt CIS, handla om alternativa platser eller alternativa processer. Alternativ bör bedömas i ett tidigt stadium och på lämplig geografisk nivå, och ställas mot en tydlig bild av de nyttiga mål som ändringen ska medföra. MKB-direktivets krav kan, för projekt som faller inom dettas tillämpningsområde, bi-

⁴⁴ COM (2012) 670 final s. 13.

⁴⁵ WFD, artikel 4. 7. d).

dra till att bedöma olika alternativ.⁴⁶ När det gäller kraftverket i Näckån skulle möjligen samma argumentation kunna föras som tagits upp i MÖD:s domskäl, d.v.s. att det vattendraget lämpar sig ovanligt väl för kraftutvinning samtidigt som det inte innebär någon större ytterligare påverkan relativt den redan tillståndsgivna dammen som därtill är ett allmänintresse av större vikt. Rimlig svenska bestämmelser att göra avvägningen inom är antagligen 2 kap. 3 §, möjligen i kombination med 2 kap. 7 § (om inte den bestämmelsen behöver åsidosättas) och eventuellt 11 kap 6 § miljöbalken.

Även om samtliga ovanstående krav uppfylls så måste ändå alla genomförbara åtgärder vidtas, för att mildra de negativa konsekvenserna för vattenförekomstens status (p. 1, ovan).⁴⁷ Med "genomförbar" avses att en åtgärd ska vara tekniskt genomförbar, inte leda till oproportionerliga kostnader samt vara kompatibel med den förändring i vattendraget som utvecklingsaktiviteten innebär.⁴⁸ Preventionskravet ligger alltså kvar, men har mildrats från alla nödvändiga åtgärder till alla genomförbara åtgärder. Skillnaden tycks ligga i en proportionalitetsbedömning som inte innefattas i det strängare alla nödvändiga åtgärder vilket ytterligare inskräper hur strängt preventionskravet ursprungligen är. Det skulle kunna översättas till den prövning som vanligen görs enligt 2 kap. 7 § miljöbalken och i det här sammanhanget avse villkor om t.ex. minimitappning – som MÖD diskuterade i skälen. Ett problem för svenskt vidkommande blir här 2 kap. 7 § andra stycket för det fall åtgärderna behöver gå utöver vad som blir resultatet vid

en avvägning enligt bestämmelsen. Eftersom alternativet, mot bakgrund 2 kap. 6 § miljöbalken, i ljuset av Weser, riskerar bli att tillstånd inte ges kan det tala för att den som söker tillstånd möjligen godtar högre krav än vad som annars vore fallet.

Skälen för ändringarna måste anges och förklaras i förvaltningsplanen

Därtill måste skälen för ändringarna särskilt anges och förklaras i förvaltningsplanen för avrinningsdistriktet. Målen ska ses över vart sjätte år (punkten 2, ovan).⁴⁹ Enligt CIS innebär detta en rapporteringsskyldighet. Den hindrar emellertid inte att en utvecklingsaktivitet äger rum under en förvaltningscykel – i så fall ska medlemsstaten förklara aktiviteten i nästa förvaltningsplan.⁵⁰ I mål C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl* uttalade EU-domstolen att artikel 4.7 i direktivet visserligen inte är tillämplig som sådan på ett projekt som antogs (den 2 augusti 2006, då förvaltningsplanerna ännu inte behövde vara antagna enligt WFD) utan att förvaltningsplaner för av projektet berörda avrinningsdistrikt dessförinnan hade utarbetats men att ett projekt inte får underställas strängare villkor än om det hade antagits efter det att artikel 4 i direktiv 2000/60 blivit tillämplig med avseende på projektet. På ett sådant projekt, menade domstolen, kan nämligen de kriterier och villkor som föreskrivs i artikel 4.7 i WFD tillämpas analogt och i tillämpliga delar, som maximala begränsningar.⁵¹ Det kan alltså finnas en öppning; för det fall tillståndsmyndigheten hade valt att tillämpa undantags-

⁴⁶ *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC), Guidance document no 20*, s. 12 ff.

⁴⁷ WFD, artikel 4. 7. a).

⁴⁸ *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC), Guidance document no 20*, s. 27.

⁴⁹ WFD, artikel 4. 7. b).

⁵⁰ *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/EC), Guidance document no 20*, s. 29.

⁵¹ Mål C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl*, punkterna 64 och 65. Observera dock att det här handlade om att en förvaltningsplan saknades eftersom den första vattenförvaltningscykeln ännu inte hade inletts.

regeln skulle det kanske vara möjligt att förklara kraftverket i Näckån i nästa förvaltningsplan.

Vattenmyndigheten beslutar om undantag, inte mark- och miljödomstolen

Här kan invändas att det av 4 kap. 10 § VFF följer att det är vattenmyndigheten som för en viss vattenförekomst får besluta om mindre stränga kvalitetskrav i enlighet med vad som beskrevs ovan. Vattenmyndigheten, inte prövningsmyndigheten. En prövningsmyndighet prövar en ny vattenverksamhet enligt bestämmelserna i framför allt 2 och 11 kap. miljöbalken. Enligt 11 kap. 9 b § miljöbalken ska tillstånd till vattenverksamhet alltid prövas av mark- och miljödomstol.

EU-domstolen har emellertid slagit fast principen om gemenskapsrättens obetingade företräde framför nationell lag.⁵² Vid en normkonflikt mellan en svensk och en gemenskapsrättslig bestämmelse ska den gemenskapsrättsliga bestämmelsen ges företräde (se t.ex. RÅ 1996 ref 50, RÅ 197 ref 65 och RÅ 2002 ref 108). I det här fallet är det möjligt att tala om en dylik normkonflikt i och med att VFF tydligt pekar ut att det är vattenmyndigheten som beslutar om undantag medan det i direktivet verkar förutsättas att undantaget ska göras av en prövningsmyndighet i det enskilda fallet och *efter* det att förvaltningsplanen är antagen, något som bekräftas av *Weser*, *Schwarze Sulm* och *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias*. I den tredje kompletterande formella underrättelsen av den 30 september 2016 framgår också att kommissionen menar att enligt svensk lagstiftning förefaller tillståndsmyndigheten inte bunden av miljömålen i artikel 4.1 i WFD och inte heller av villkoren i artikel 4.7 vid beslut om att ge tillstånd.

Tillståndsgivning för en vattenverksamhet och medgivande av undantag från kvalitetskra-

ven sker alltså separat och hos olika myndigheter. Eftersom tillståndsmyndigheten inte är bunden av artikel 4.7 WFD som ett kriterium för att ge tillstånd till vattenverksamhet behöver den inte ens överväga den vid bedömningen av om ett tillstånd till vattenverksamheten kan ges. Enligt kommissionen innebär *Weser* att undantagsmöjligheterna och godkännandet av projekt inte kan prövas helt separat från varandra och kommissionen anser därför att tillståndsgivningen för verksamheter enligt svensk lag måste uppfylla kraven i direktivet vilka även omfattar kraven för undantag, särskilt kraven i artikel 4.7. Kommissionen är därför av uppfattningen att artikel 4.7 inte har införlivats korrekt.⁵³ Sverige kritiserar för detta.

Eftersom det inte finns något hinder, annat än 4 kap. 10 § VFF, för en tillståndsmyndighet att tillämpa det som föreskrivs i 4.7 i ljuset av *Schwarze Sulm* inom ramen för miljöbalkens regler finns det grund för att hävda att 4 kap. 10 § VFF strider mot art. 4.7 i WFD och att bestämmelsen därför inte ska tillämpas. Detta eftersom en nationell domstol är skyldig att " ... på eget initiativ och inom ramen för sin behörighet bedöma om en nationell rättsakt är förenlig med en gemenskapsrättslig bestämmelse ... ".⁵⁴

Dock kan det innebära problem i och med antagandet av nästa förvaltningsplan – för det fall Vattenmyndigheten inte har för avsikt att förklara den aktivitet som en prövningsmyndighet

⁵³ Kompletterande formell underrättelse – Överträdelse-nummer 2007/2239 av den 30 september 2016. Kommissionen hänvisar här till generaladvokat Jääskinen som ägnar ett helt avsnitt åt att diskutera undantagens betydelse (Generaladvoikat Niilo Jääskinenes förslag till avgörande i mål C-461/13, punkterna 76–83).

⁵⁴ Mål C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie mot Belgiska staten*, domslutet. Det som prövades i målet var huruvida gemenskapsrätten kunde hindra tillämpningen av en nationell förfaranderegulering som förbjöd den nationella domstolen att göra en sådan bedömning om den inte inom viss tidsfrist återopades av den enskilde. Gemenskapsrätten bedömdes hindra en sådan tillämpning.

⁵² Se t.ex. mål 6/64 *Costa/ENEL*, mål 106/77 *Simmenthal II*, p. 21 och mål C-432/05 *Unibet*, jfr NJA 2007 s. 718

gett undantag för. Det problemet kan antagligen lösas genom att remiss ställs till Vattenmyndigheten för det fall en prövningsmyndighet överväger att tillämpa undantaget.

Ytterligare krav vid undantag

Ytterligare krav på prövningsmyndigheten som följer av Schwarze Sulm-domen, är följande. Tillståndsmyndigheten måste beakta och göra avvägningar i det konkreta fallet. Detta måste göras kring samtliga villkor i artikel 4.7 – det räcker inte att åberopa något (t.ex. ett allmänintresse) i det allmänna fallet. Tillståndsmyndigheten ska (i alla fall hade guvernören i Steiermark gjort det) utgå från en detaljerad och särskilt vetenskaplig analys av det specifika projektet som sedan ska ligga till grund för slutsatsen att villkoren för undantag är uppfyllda.

För att undantagen ska vara tillämpliga måste även rekvisiten i artiklarna 4.8. och 4.9 vara uppfyllda. Dessa anger att en medlemsstat som använder sig av undantagen måste se till att tillämpningen inte permanent hindrar eller äventyrar uppnåendet av detta direktivs mål i andra vattenförekomster inom samma avrinningsdistrikt, att tillämpningen är förenlig med genomförandet av gemenskapens övriga miljölagstiftning samt att åtgärder måste vidtas för att se till att tillämpningen av de nya bestämmelserna säkerställer åtminstone samma skyddsnivå som den befintliga gemenskapslagstiftningen. Undantag måste alltså vara förenliga med (respektive säkerställa) åtminstone samma skyddsnivå som övrig unionslagstiftning. I den mån annan unionslagstiftning är strängare än ramvattendirektivet tar alltså den andra lagstiftningen över. Dessa artiklar hade rimligen inte orsakat problem i *Näckån*.

Slutligen

Av ovanstående kan tre slutsatser dras.

Den första är att även andra bedömningar av tillståndet i en vattenförekomst än sådana som

redovisats i VISS bör kunna ligga till grund för överväganden hos tillståndsmyndigheten, förutsatt att de är av viss kvalitet – och då gärna av bättre kvalitet än den utredning som legat till grund för klassningen i VISS. Bedömningen måste dock utgå från samma bedömningsgrunder.

Den andra slutsatsen är att MÖD i *Näckån* åsidosatte en norm utan att redovisa någon närmare rättslig grund för detta (det ifrågasattes inte huruvida normen var antagen i rätt ordning, stred mot överordnad svensk lagstiftning eller om den stod i strid med unionsrätten). En EU-konform tolkning av WFD i ljuset av *Weser* (och *Schwarze Sulm*) utan tillämpning av undantagen borde med sagda norm alltså gällande, ha lett till att projektet förbjöds (även om det är svårt att med säkerhet säga på vilken rättslig grund det skulle ha förbjödits). En sådan utgång hade emellertid inte varit rimlig mot bakgrund av omständigheterna i målet. Det är den situationen som leder in på frågan huruvida det i tillståndsmyndighetens prövning av en verksamhet kan vara möjligt att tillämpa undantagen.

Den tredje slutsatsen är att det skulle kunna vara möjligt att inom ramen för tillståndsprövningen, med stöd av reglerna i 2 kap. miljöbalken jämte 11 kap. 6 § miljöbalken, argumentera också kring undantagsreglerna i art. 4.7 WFD. Det fordras emellertid en hel del för detta. För att kunna tillämpa undantagsreglerna måste till att börja med en normprövning göras där EU-rättens obetingade företräde framför nationell lag anses innebära att 4 kap. 10 §§ VFF inte ska tillämpas. Därtill bör vattenmyndigheten vara remissmyndighet i målet för att få klarhet i huruvida aktiviteten kan och kommer att förklaras i nästa förvaltningsplan. Man måste också komma fram till att det är rimligt med ett godkännande i efterhand. Det bästa hade givetvis varit om förvaltningsplanerna angett skälen för ändringarna och förklarat dessa, men så är ju inte fallet nu. Eventuellt kommer Sverige också vara

tvunget att i slutänden övertyga kommissionen och i sista hand EU-domstolen om att allt detta är möjligt i avsaknad av en förvaltningsplan som anger och förklarar undantaget.

Slutsatserna mynnar också ut i en fundering. Denna rör varför MÖD ansåg att det inte förelåg några skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen, något som yrkats av såväl Länsstyrelsen i Värmland som Älvräddarnas Samorganisation.

I *Näckån* har MÖD, utan närmare juridisk förklaring åsidosatt en nationell norm i syfte att uppnå ett rimligt resultat. Detta har gjorts i en fråga som mycket nära relaterar till genomförandet av ett direktiv. Samtidigt har MÖD påstått att tolkningen av direktivet är såpass klart i relation till de frågor som ska avgöras att något skäl för förhandsavgörande inte föreligger. Att nationella domstolar självständigt, utan hjälp från EU-domstolen, löser EU-rättsliga problem när de ställs inför dem är nödvändigt för att det EU-rättsliga systemet ska fungera, detta eftersom alla nationella domstolar är "*EU-courts of general jurisdiction*"⁵⁵. Samtidigt är det de nationella domstolarna som, genom att begära förhandsavgöranden, sätter en stor del av EU-domstolens agenda och ger EU-domstolen information om nationell rätt och de tillämpningsproblem som uppstår i medlemsstaterna. Om medlemsstaternas tillämpningsproblem inte kommer till EU-domstolens kännedom, är det risk att den utvecklar unionsrätten på ett sätt som inte tar hänsyn till dessa problem.⁵⁶ Störst ansvar för detta har slutinstanserna⁵⁷.

⁵⁵ Mål T-51/89 *Tetra Pak*, p. 42.

⁵⁶ Fritz och Hettne; *Sverige inför rätta*, Sieps 2006:3, s. 51 f. Se även Bernitz; *Förhandsavgöranden av EU-domstolen: Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015*, Sieps 2016:9.

⁵⁷ Formuleringen i fördraget är "*vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning*" vilket innebär att det finns utrymme för diskussion kring frågan om vad som verk-

Frågan till EU-domstolen skulle kanske därmed inte ha handlat om innebörden av försämringsförbudet och skyldigheten att även förbjuda åtgärder som kan äventyra uppnåendet av god status, utan om innebörden av undantagsreglerna och huruvida det är möjligt att dela upp undantagsförfarandet så som har skett i Sverige (och som nu kritiserats av kommissionen) och huruvida det är möjligt att göra enligt ovan; pröva undantagen och sedan förklara dem i efterhand. Om inte annat hade det gett EU-domstolen information om de tillämpningsproblem Sverige onekligen står inför.

Det är i sammanhanget viktigt att framhålla att det är en plikt för medlemsstaternas myndigheter och domstolar att alltid tolka nationell lagstiftning direktivskonformt. Denna plikt är emellertid inte ett skäl för medlemslandet ifråga att inte vidta tillräckliga implementeringsåtgärder utan förutsätter snarare att medlemsstaten faktiskt har implementerat ett direktiv rättsligt. Direktiv måste ju implementeras såväl rättsligt som faktiskt med avseende på resultatet.⁵⁸ Jag instämmer i Michaneks analys att svensk lagstiftning måste ändras eftersom den idag inte klart och tydligt reglerar det som Weserdomen kräver.⁵⁹ Detta gäller både vad avser att förbjuda verksamheter som innebär en försämring av ytvattenstatusen eller äventyrar uppnåendet

ligen är sista instans, särskilt när det krävs prövningstillstånd för att ett överklagande ska släppas fram. För en diskussion kring detta se Fritz och Hettne; *Sverige inför rätta*, Sieps 2006:3, s. 53 f. Bernitz visar i en rapport att det har skett en utveckling i Sverige, där tyngdpunkten när det gäller att begära förhandsavgörande har förskjutits från slutinstanserna till de lägre domstolsinstanserna, vilket är i linje med läget i de flesta andra medlemsländer. Bernitz; *Förhandsavgöranden av EU-domstolen: Utvecklingen av svenska domstolars hållning och praxis 2010–2015*, Sieps 2016:9, s. 65).

⁵⁸ FEUF artikel 288 (3).

⁵⁹ Michanek (2015); *Tillstånd får inte ges om aktuell ytvattenstatus försämrats eller uppnåendet av god ytvattenstatus äventyras – analys av EU-domstolens förhandsavgörande C-461/13* Expertkommentar i JP Infonet (2015-11-23).

av "god" ytvattenstatus och möjligheten att i prövningssituationen medge undantag.

En domstol kan emellertid inte vägra döma i ett mål på grund av rättsliga oklarheter utan dessa måste på något sätt hanteras i väntan på att lagstiftaren ser till att direktivet implementeras med obestridligt bindande verkan på ett sådan tillräckligt tydligt, klart och precist sätt att kravet på rättssäkerhet uppfylls.⁶⁰

Avslutningsvis vill jag framhålla att min argumentation i artikeln inte avser att ifrågasätta domslutet i *Näckån*. Syftet är att belysa att Sveriges bristande implementering lämnat prövningsmyndigheterna med otillräckliga eller bristfälliga regler. Men, ändå; en norm är en norm. Och sådana får inte åsidosättas med mindre det finns rättslig grund att göra det.

⁶⁰ Se t.ex. mål C-32/05 *Kommissionen mot Luxembourg*, p.34.