

Till

Energiföretagen Sverige
Att: Johan Bladh

Stockholm 2021-09-22

PROMEMORIA

Egenkontroll gällande vattenkraftsverksamheter

1 Inledning

Den som bedriver en verksamhet som kan medföra olägenhet för människors hälsa eller påverka miljön är enligt miljöbalken skyldig att kontrollera sin verksamhet. Vad som omfattas av verksamhetsutövarens egenkontroll beror på vilken typ av verksamhet det är frågan om och vilken miljöpåverkan den kan medföra. Fröberg & Advokatbyrå har anlåtats av Energiföretagen Sverige för utreda vad som bör omfattas av egenkontrollen gällande vattenverksamheter för vattenkraftsproduktion.

2 Skillnad mellan miljöfarlig verksamhet och vattenverksamhet

Tolkningen av bestämmelserna om egenkontroll bör göras med utgångspunkt i skillnaderna mellan miljöfarlig verksamhet och vattenverksamhet. Skillnaden får betydelse för tillämpningen eftersom reglerna om egenkontroll har sin bakgrund i miljöskyddslagen som endast reglerade miljöfarlig verksamhet.¹

En vattenverksamhet innebär typiskt sett åtgärder i vatten, eller olika åtgärder som på ett eller annat sätt förändrar vattnets djup, läge, flöde eller mängd vilket framgår av definitionen av vattenverksamhet i 11 kap. 3 § miljöbalken. Vattenverksamheter skapar generellt sett ett nytt vattenförhållande som avviker från det tidigare. Genom ett tillstånd till vattenverksamhet uppstår ett nytt vattenförhållande och verksamhetsutövaren får således tillstånd att åstadkomma *ett nytt naturförhållande*. Det ska jämföras med tillstånd till miljöfarlig verksamhet där det typiskt sätt är frågan om en verksamhet som leder till

¹ Miljöbalken. En kommentar, Bengtsson m.fl., 26 kap. 19 § miljöbalken.

någon form av emission. Det kan vara frågan om utsläpp av föroreningar till luft, mark eller vatten, eller en verksamhet som bullrar eller orsakar vibrationer. Ofta är det även fråga om hantering av kemikalier och att verksamheter genererar avfall som måste omhändertas. Tillstånd till miljöfarlig verksamhet är inte ett tillstånd att förorena miljön utan tillstånd att bedriva en viss miljöfarlig verksamhet som medför vissa föroreningar eller störningar som kan påverka miljön.

Det finns således en grundläggande skillnad där tillstånd till miljöfarlig verksamhet innebär tillstånd till en verksamhet som *kan innebära en påverkan* på miljön medan tillstånd till vattenverksamhet är ett *tillstånd till att ändra* miljön på ett visst sätt genom att ändra vattenförhållandena. Effekterna på miljön till följd av en sådan ändring av vattenförhållandena ska självklart belysas i tillståndsprocessen, främst genom att sökanden tar fram en miljökonsekvensbeskrivning där effekterna i miljön till följd av verksamheten ingående ska beskrivas tillsammans med eventuella försiktighetsåtgärder för att minska effekten av de ändrade vattenförhållandena.

När det gäller tillstånd till vattenkraftverksamhet innebär det typiskt sätt tillstånd till att dämna ett vattendrag och reglera vattennivåerna i fördämningen mellan vissa angivna nivåer (dämnings- och sänkningsgräns) samt att bortleda vatten från vattendraget för elproduktion (angiven slukförmåga för turbinerna). Ett sådant tillstånd kan förenas med villkor som innebär att ändringen av miljön begränsas, t.ex. genom att föreskriva krav på vandringsväg och minimitappning.

3 Verksamhetsutövarens egenkontroll

3.1 Syftet med egenkontrollen

Verksamhetsutövarens egenkontroll regleras i 26 kap. 19 § miljöbalken och i förordningen (1998:901) om verksamhetsutövarens egenkontroll. Det är verksamhetsutövarens skyldighet att se till att miljöbalkens regler inte åsidosätts och att verksamhetens bedrivs så att miljöbalkens syften uppfylls.² Den skyldigheten ska uppfyllas genom verksamhetsutövarens egenkontroll som är ett komplement till den offentliga tillsynen. Genom att verksamhetsutövaren har det primära ansvaret för att kontrollera att verksamheten så att miljölagstiftningen efterlevs kan myndigheterna inrikta sig på en systemtillsyn, dvs en kontroll av att verksamhetsutövarens egna kontrollsystem fungerar tillfredsställande istället för en detaljerad kontroll av utsläpp och reningsanordningar.³ Det finns även en skyldighet för verksamhetsutövaren att värdera risker med verksamheten.⁴

² Prop. 1997/98:45 del II s. 279.

³ Miljöbalken. En kommentar, Bengtsson m.fl., 26 kap. 19 § miljöbalken.

⁴ 6 § förordningen om verksamhetsutövarens egenkontroll

Egenkontrollen genomförs oftast genom ett kontrollprogram som vars främsta syfte är att göra det möjligt att kontrollera att villkoren i tillståndet efterlevs.⁵

3.2 Omfattningen av verksamhetsutövarens egenkontroll

Egenkontrollen omfattar såväl organisatoriska och administrativa åtgärder som tekniska åtgärder och rutiner. Det är främst en fråga om att genom beräkningar, mätningar och liknande åtgärder kontrollera resultaten från driften och dokumentera dess resultat samt att ha rutiner för att kunna hantera situationer där kontrollen visar att verksamheten avviker från hur den ska bedrivas, t.ex. om provtagning visar att reningsutrustningen inte fungerar som den ska.⁶

Enligt 26 kap. 19 § MB ska verksamhetsutövaren även hålla sig underrättad om verksamhetens påverkan på miljön genom undersökningar eller på annat sätt. Det framgår inte närmare vad detta omfattar, men enligt förarbetena ska verksamhetsutövaren aktivt hålla sig informerad om påverkan på miljön.⁷ Skyldigheten att hålla sig underrättad om verksamhetens påverkan på miljön gäller även om det är frågan om en tillåten påverkan. Ovanstående skyldighet framstår som tydlig när det gäller t.ex. kemikalier och andra produkter som används i verksamheten där en verksamhetsutövare bör hålla sig uppdaterad gällande de miljöeffekter som dessa kan medföra. Det är dock inte sannolikt att en verksamhetsutövare kan anses ansvara för att genom försök och utredning själv ta reda på vilka miljöeffekter en viss produkt har utöver det som kan tillhandahållas av tillverkare eller ansvariga myndigheter.⁸ Av det följer att en verksamhetsutövare ska hålla sig uppdaterad om eventuell ny forskning eller utredningar som berör den typen av verksamhet som bedrivs, men bör inte anses skyldig att själv utföra sådan forskning eller utredning. Det kan dock inte anses lika självklart vad den skyldigheten omfattar när det gäller vattenkraftsverksamheter.

En jämförelse kan göras med sådana undersökningar som en verksamhetsutövare är skyldig att utföra enligt 26 kap. 22 § miljöbalken, dvs undersökningar som behövs för tillsynen. Det framgår dock tydligt att det inte är fråga om undersökningar som utgör ren forskning.⁹ De undersökningar och utredningar som kan anses omfattas av egenkontrollen måste således ha ett direkt samband med den bedrivna verksamheten och de villkor som föreskrivits i tillståndet. Det bör således inte anses vara fråga om undersökningar för att få fram data eller underlag som kan användas i miljöövervakningen för ett större område, t.ex. ett helt vattendrag. Ansvaret för sådana undersökningar ska ligga på

⁵ Miljöbalken. En kommentar, Bengtsson m.fl., 26 kap. 19 § miljöbalken.

⁶ Miljöbalken. En kommentar, Bengtsson m.fl., 26 kap. 19 § miljöbalken.

⁷ Prop. 1997/98:45 del II s. 279.

⁸ Högsta domstolens dom 2010-11-18 i mål T 1356-08.

⁹ Prop. 1997/98:45 del II s. 283.

myndigheterna, främst vattenmyndigheten inom ramen för vattenförvaltningen. En enskild verksamhetsutövare kan dock bidra med information om den egna verksamheten och dess påverkan.

Verksamhetsutövarna omfattas även av kunskapskravet i 2 kap. 2 § miljöbalken som främst har betydelse vid tillståndsprövningar av verksamheter, men ska även tillämpas vid tillsyn. Det framgår dock av inte av förarbetena hur kunskapskravet förhåller sig till bestämmelserna i 26 kap. om tillsyn och egenkontroll, men i kommentaren till bestämmelsen anges att kunskapskravet knappast är strängare än bestämmelserna i 26 kap.¹⁰ Det bör således inte gå att med stöd av 2 kap. 2 § miljöbalken ställa strängare krav på egenkontrollen än vad som följer av 26 kap. 19 § och förordningen om egenkontroll.

4 Egenkontroll vattenkraftsverksamhet

Eftersom bestämmelserna om egenkontroll härstammar från miljöskyddslagen tar förarbetena sin utgångspunkt i egenkontroll av miljöfarlig verksamhet, varför exemplifiering ofta rör kontroll av reningsprocesser, avfalls- och kemikaliehantering eller livscykelanalyser av produkter. Bestämmelserna om vattenverksamhet har införts i 11 kap miljöbalken och motsvarar i all väsentlighet Vattenlagen (1983:291) som helt saknar bestämmelser om egenkontroll. Det saknas därför tydlig vägledning för hur egenkontrollen ska genomföras för vattenverksamheter och för vattenkraftsverksamheter och det saknas än så länge en utvecklad praxis på området.

Mark- och miljööverdomstolen har dock avgjort ett mål gällande funktionskrav och uppföljning av villkor gällande faunapassage.¹¹ Mark- och miljööverdomstolens bedömning ger ingen tydlig vägledning, men ger stöd för att villkor om faunapassage bör förenas med ett kvalitativt uppföljningsvillkor som ger en ungefärlig dokumentation om antal individer av respektive art som passerar upp- och nedströms vilket kan tillgodoses genom till exempel fiskräknare, fiskfälla eller observationer i fält. Gällande kvantitativ uppföljning dvs att kontrollera att omlöpet eller fiskvägen uppnår en viss passageeffektivitet kräver det att antalet fiskar upp- eller nedströms är känt. När sådana uppgifter saknas skulle ett kvantitativt villkor kräva omfattande och återkommande inventeringar av fiskförekomst och älvens biotoper. I aktuellt mål ansågs omlöpet utgöra bästa möjliga teknik och eftersom det var fråga om en relativt liten anläggning ansågs sådana långtgående krav inte rimliga. Mark- och miljööverdomstolen anser dock att det inte utesluter att en kvantitativ uppföljning kan vara motiverad vid etablering av faunapassager vid

¹⁰ Miljöbalken. En kommentar, Bengtsson m.fl., 2 kap. 2 § miljöbalken.

¹¹ Mark- och miljööverdomstolens dom 2021-06-22 i Mål M 12253-19 gällande funktionsvillkor för faunapassage vid Brunsbergs kraftstation.

kraftverksanläggningar med andra förutsättningar tillsammans med kunskapsutveckling och framtagandet av standarder som kan leda till att praxis på området utvecklas.

Enligt vad som får anses vara nuvarande praxis är det således inte rimligt att ställa krav på en kvantitativ uppföljning när det saknas uppgifter om fiskbestånd och reproduktionsområden, särskilt inte vid mindre anläggningar, men däremot får det anses klart att någon form av kvalitativ uppföljning är att anse som rimligt.

Följande beskrivning av egenkontrollen för vattenkraftverksamheter är således en tolkning av bestämmelserna för egenkontroll och dess förarbeten samt den begränsande praxis som finns. Tolkningen får även anses överensstämma med Havs- och vattenmyndighetens beskrivning av vad egenkontrollen för vattenkraftsverksamheter bör innehålla.¹²

Eftersom tillstånd till vattenverksamhet utgör ett tillstånd till att ändra vattenförhållandena (och som en följd av det även förändra naturmiljön) och mot bakgrund av att bestämmelserna gällande egenkontroll i miljöbalken och underliggande förordningar är det vår bedömning att egenkontrollen främst bör syfta till att kontrollera att vattenförhållandena inte ändras mer än vad tillståndet medger.

För en vattenkraftsverksamhet bör egenkontrollen omfatta en kontroll av att föreskrivna vattenhushållningsbestämmelser (dämnings- och sänkningsgräns samt bortledd vattenmängd) följs. Det innebär att verksamhetsutövare är skyldig att ha kontrollsystem för att vattenhushållningsbestämmelserna efterlevs. Kontrollsystemet kan variera från ett automatiskt pegelsystem eller manuell avläsning av peglar med journalföring över vattenstånd. Det bör även omfatta administrativa rutiner för att hantera när dämnings- eller sänkningsgränsen överskrids och rapportering av sådant överskridande.

För det fall ett tillstånd till vattenkraftverksamhet är förenat med villkor om skyddsåtgärder såsom faunapassage, minimitappning eller fingaller omfattar egenkontrollen även en kontroll av att föreskrivna åtgärder fungerar som de ska. Det bör då vara frågan om en *kvalitativ uppföljning* av skyddsåtgärdens funktion. Det bör inte anses vara fråga om kontroll som syftar till att följa upp hur effektiv en skyddsåtgärd är, speciellt inte om åtgärdens utformning har prövats inom ramen för tillståndsprocessen eftersom utformningen då bör anses rättskraftigt avgjord.¹³ Att ändra utformningen av en faunapassage vars utformning följer av en tillståndsdom kräver sannolikt en omprövning enligt 24 kap. 5 § miljöbalken.

¹² <https://www.havochvatten.se/hav/vagledning--lagar/vagledningar/vattenkraftverk-och-dammar/egenkontroll/egenkontroll-av-vattenkraftverk-och-dammar.html>

¹³ Mark- och miljödomstolens vid Östersunds tingsrätts dom 2017-11-24 i mål M 18-17.

För en faunapassage handlar det främst om att kontrollera att passagen är fri från skräp och att den är i gott skick, dvs inga skador på konstruktionen eller anordningar eftersom skräp och skador innebär att funktionen hos faunapassagen påverkas negativt. Det bör även kontrolleras att fisk *kan* passera genom fiskvägen, dvs att skyddsåtgärden fyller sin funktion. En sådan kontroll bör i första hand kunna tillgodoses med en regelbunden visuell inspektion, men enligt praxis kan det även anses krävas någon form av fiskräkning. Gällande minimitappning handlar det om att kontrollera och säkerställa att föreskriven vattenmängd släpps förbi kraftverket eller i en faunapassage vilket kan göras genom t.ex. system för automatisk flödesmätning eller enklare system t.ex. dimensionerade luckor i ett mindre kraftverk. Om kraftverket är försett med fingaller till följd av ett villkor bör egenkontrollen syfta till att kontrollera att fiskar på väg nedströms inte fastnar på gallret utan kan ta sig till flyktvägen förbi kraftverket. Även här bör en visuell inspektion vara tillräckligt i första hand.

Verksamhetsutövaren är även skyldig att undersöka och bedöma riskerna med verksamheten vilket för vattenkraftsverksamheter, förutom riskerna med brister i dammsäkerheten, bör omfatta en bedömning av effekterna av att dämmnings- och sänkningsgränser inte innehålls eller att en faunapassage inte fungerar eller att minimitappningen är mindre än vad villkoren föreskriver. Det bör inte anses omfatta en bedömning av riskerna till följd av en fungerande verksamhet.

Av det följer att utredningar och undersökningar som syftar till att kontrollera vilken effekt tillståndsgiven ändring eller föreskrivna skyddsåtgärder har på vattendraget som helhet eller på till exempel fiskvandring eller reproduktion inte kan anses omfattas av verksamhetsutövarens egenkontroll. Sådana undersökningar avser de effekter som följer av att tillstånd meddelats till att ändra naturtillståndet och dessutom kan en eventuell påverkan på vattendraget eller det ekosystem som vattendraget utgör bero på andra faktorer än aktuell vattenkraftsverksamheten. Sådana utredningar och undersökningar bör därför vara att anse som ren forskningsverksamhet som uttryckligen inte omfattas av egenkontrollen.¹⁴ Krav på egenkontroll som ska utreda verksamhetens påverkan på akvatiska naturvärden eller ekologisk status i berörda vattenförekomster bör därför inte kunna ställas på verksamhetsutövaren. Det bör framgå tydligt vad gäller ekologisk status eftersom ansvaret för att miljö kvalitetsnormer följs ligger på myndigheterna som ska hantera sådana bedömningar inom ramen för vattenförvaltningen.¹⁵

Sammanfattningsvis bör egenkontrollen för vattenkraftsverksamhet syfta till att kontrollera att naturförhållandena eller vattenförhållandena inte ändras mer än vad givet tillstånd

¹⁴ Prop. 1997/98:45 del II s. 283.

¹⁵ 5 kap. 3 § miljöbalken.

medger. Det sker genom att kontrollera att föreskrivna villkor efterlevs samt att föreskrivna skyddsåtgärder är genomförda enligt tillståndet och har avsedd funktion. Avgränsande för egenkontrollen är att den ska vara kopplad till verksamheten och vad verksamhetsutövaren kan råda över. Det kan således inte vara frågan om omfattade undersökningar eller utredningar som är att anses som miljöövervakning för ett större område eller som ren forskningsverksamhet.

Fröberg & Lundholm Advokatbyrå AB, via



Arvid Sundelin