



Miljøverndepartementet
Postboks 8013 Dep
0030 Oslo

Deres ref: Vår ref: 118417-1016

Oslo, 18. januar 2012

HØRING – GJENNOMFØRING AV MILJØANSVARSDIREKTIVET I NORSK RETT

Det vises til Miljøverndepartementets høringsbrev 10. november 2011 med forslag til lov- og forskriftsendringer for gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/35/EF av 21. april 2004 om ansvar for miljøskade (miljøansvarsdirektivet) i norsk rett. Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar (LVK) er ikke ført opp som høringsinstans i saken, men ønsker likevel å inngi høringsuttalelse. Etter telefonsamtale 12. januar 2012 med avdelingsdirektør Henrik H Eriksen i departementet har LVK fått forlenget høringsfrist til onsdag 18. januar 2012.

1 LVK OG ORGANISASJONENS INTERESSE I SAKEN

LVK er en organisasjon for norske kommuner som er vertskap for vannkraftutbygginger. Organisasjonen ble etablert i 1978 og har 174 medlemskommuner. LVK ivaretar medlemmenes interesser i energipolitiske spørsmål og gir faglig og juridisk bistand i spørsmål om nyutbygging av vannkraftverk, opprustning/utvidelse av eksisterende vannkraftverk, hjemfall, revisjon av konsesjonsvilkår, skatte- og avgiftsspørsmål, konsesjonskraft og kraftomsetning. LVK er fast høringsinstans i saker om vannkraft- og vassdragsrelaterte spørsmål. Miljørettslige spørsmål knyttet til vannkraftproduksjon og -utbygging er et sentralt arbeidsområde for organisasjonen.

Miljøansvarsdirektivet etablerer et rammeverk for ansvar for miljøskade og innfører et forvaltningsrettslig regulert miljøansvar i EU og EØS. I henhold til artikkel 3 (1) jf. Annex III pkt 6 kommer direktivet til anvendelse på uttak og oppdemming av vann som krever forhåndsgodkjenning i henhold til vanddirektivet (2000/60/EC). Direktivet inneholder også en egen definisjon av miljøskade på vann, jf. artikkel 2 nr. 1 (b), som viser til miljøstandarden for vannforekomster i vanddirektivet.

Vassdragsreguleringer til produksjon av vannkraft er den største miljøpåvirkeren av vassdrag i Norge. Enhver bestemmelse som har innvirkning på vannkvalitet, vannmengde og økologisk potensial i et vassdrag er derfor av betydning for LVKs medlemskommuner. LVKs interesse i gjennomføringen av miljøansvarsdirektivet er at direktivets regler om ansvar for miljøskader på vannforekomster, myndighetenes handlingsplikt og klageadgang for parter med rettslig interesse

blir korrekt gjennomført i norsk rett, da dette gir et styrket grunnlag for å sikre miljøhensyn i regulerte vassdrag.

2 MERKNADER TIL HØRINGSNOTATET

LVK har merknader til høringsnotatet punkt 6.4 jf. vedlegg I punkt IV om foreslåtte endringer i vannressursloven § 59 tredje og fjerde ledd. Endringene gjennomfører miljøansvarsdirektivet artikkel 12 om anmodninger om retting og artikkel 13 om muligheten for overprøving av ansvarlig myndighets beslutning om å pålegge eller avstå fra å pålegge retting. Våre merknader gjelder fremstillingen av direktivets og lovendringens virkeområde, samt gjennomføring av artikkel 13.

2.1 Direktivets virkeområde for miljøskader i regulerte vassdrag

Miljøansvarsdirektivet kommer til anvendelse på uttak og oppdemming av vann som krever forhåndsgodkjenning i henhold til vanndirektivet (2000/60/EF), jf. artikkel 3 (1) jf. Annex III pkt 6. Vanndirektivets krav er implementert i norsk rett gjennom forskrift om rammer for vannforvaltningen vedtatt 15. desember 2006 nr 1446. Forskriften er vedtatt med hjemmel i forurensningsloven § 9 og vannressursloven § 9. Miljømålene i vannforskriften er bindende for vassdragsmyndighetenes virksomhet, jf. vrl. §§ 9. Dette gjelder også i de tilfeller der det kreves konsesjon i henhold til vrl. kap. 3, jf. §§ 8 og 10. Det må på denne bakgrunn legges til grunn at miljøansvarsdirektivets bestemmelser for det første får anvendelse på alle vassdragstiltak som krever konsesjon etter vannressursloven, samt alle tiltak i vassdrag som krever tillatelse i henhold til forurensningsloven kapittel 3.

I tillegg er det slik at det i henhold til vanndirektivet og vannforskriften settes miljømål for *alle* vannforekomster. Disse miljømålene vil være bindende for vassdragsmyndighetene også der det ikke stilles krav om konsesjon. Dersom miljøansvarsdirektivets virkeområde skulle være avhengig av om man etter nasjonal rett har gjort den miljøskadelige aktiviteten avhengig av forhåndsgodkjenning, vil styringsmulighetene under miljøansvarsdirektivet bli illusorisk. Det må derfor legges til grunn at miljøansvarsdirektivets bestemmelser kommer til anvendelse på alle vassdragstiltak, uansett om det kreves konsesjon eller ikke.

Miljøskade for vannforekomster er definert slik i artikkel 2 nr. 1 (b):

- b) Skade av vann, dvs. enhver skade som har betydelig negative virkninger på vannets økologiske, kjemiske og/eller kvantitative tilstand, og/eller økologiske potensial, slik dette er definert i vanndirektivet (2000/60/EF), med unntak av skadevirkninger som omfattes av artikkel 4 nr. 7 i nevnte direktiv.*

Utgangspunktet for vurderingen av om det er inntruffet en skade på en vannforekomst i miljøansvarsdirektivets forstand – en betydelig negativ påvirkning – er altså miljømålet som er

satt for den aktuelle vannforekomsten i henhold til vanndirektivet artikkel 4. Artikkel 4 innebærer at statene skal forebygge forringelse av miljøtilstanden, og søke å forbedre tilstanden. Dette gjelder både for overflatevann generelt og for vannforekomster som er kategorisert som sterkt endret, jf. direktivet artikkel 4 nr. 3. De aktuelle bestemmelsene om miljømål i vanndirektivet er gjennomført i forskrift vedtatt 15. desember 2006 nr. 1446 om rammer for vannforvaltningen (vannforskriften) §§ 4 og 5.

Følgen av koblingen mellom miljøansvarsdirektivet og vanndirektivet er at dersom det forekommer en betydelig negativ påvirkning av et vassdrag sammenlignet med de miljømål som er satt for vassdraget i henhold til vanndirektivet og vannforskriften, så har det inntruffet en miljøskade i miljøansvarsdirektivets forstand. Miljøansvarsdirektivets øvrige bestemmelser kommer da til anvendelse. Sagt med andre ord:

- **Et betydelig negativt brudd på miljømål satt i henhold til vanndirektivet kan føre til ansvar og handlingsplikt etter reglene i miljøansvarsdirektivet.**

I miljøansvarsdirektivet artikkel 2 nr. 1 (b) (gjengitt ovenfor) er det gjort unntak for skadevirkninger som omfattes av vanndirektivet artikkel 4 nr. 7. Dette unntaket er i departementets høringsnotat punkt 6.4 s. 12 i kommentarene til vannressursloven ny § 59 tredje ledd formulert slik:

"... med mindre skaden skyldes naturlige omstendigheter eller ikke med rimelighet kunne forventes av vassdragstiltaket, jf. direktiv 2000/60/EF artikkel 4 nr. 7."

Den engelske teksten for vanndirektivet artikkel 4. nr. 7 lyder (våre understrekninger og uthevninger):

7. Member States will not be in breach of this Directive when:

- *failure to achieve good groundwater status, good ecological status or, where relevant, good ecological potential or to prevent deterioration in the status of a body of surface water or groundwater is the result of new modifications to the physical characteristics of a surface water body or alterations to the level of bodies of groundwater, or*
- *failure to prevent deterioration from high status to good status of a body of surface water is the result of new sustainable human development activities*

and all the following conditions are met:

- a) *all practicable steps are taken to mitigate the adverse impact on the status of the body of water;*

- b) *the reasons for those modifications or alterations are specifically set out and explained in the river basin management plan required under Article 13 and the objectives are reviewed every six years;*
- c) *the reasons for those modifications or alterations are of overriding public interest and/or the benefits to the environment and to society of achieving the objectives set out in paragraph 1 are outweighed by the benefits of the new modifications or alterations to human health, to the maintenance of human safety or to sustainable development, and*
- d) *the beneficial objectives served by those modifications or alterations of the water body cannot for reasons of technical feasibility or disproportionate cost be achieved by other means, which are a significantly better environmental option.*

Vi gjengir også den danske teksten for de to første alternative vilkårene:

"7. Medlemsstaterne misligholder ikke dette direktiv, hvis:

- *manglende opnåelse af god grundvandstilstand, god økologisk tilstand eller, hvor det er relevant, godt økologisk potentiale, eller manglende forebyggelse af forringelse af et overfladevandområdes eller en grundvandsforekomsts tilstand skyldes nye ændringer af overfladevandområdets fysiske karakteristika eller forandringer i grundvandsforekomsternes niveau, eller hvis*
- *manglende forebyggelse af et overfladevandområdes forringelse fra tilstanden "høj" til tilstanden "god" skyldes nye bæredygtige menneskelige udviklingsaktiviteter*

og følgende betingelser alle er opfyldt: ..."

Vanndirektivet artikkel 4 nr. 7 er gjennomført i vannforskriften § 12. Denne bestemmelsen lyder:

§ 12. *(ny aktivitet eller nye inngrep)*

Ny aktivitet eller nye inngrep i en vannforekomst kan gjennomføres selv om dette medfører at miljømålene i § 4 - § 6 ikke nås eller at tilstanden forringes, dersom dette skyldes

- a) *nye endringer i de fysiske egenskapene til en overflatevannforekomst eller endret nivå i en grunnvannsforekomst, eller*
- b) *ny bærekraftig aktivitet som medfører forringelse i miljøtilstanden i en vannforekomst fra svært god tilstand til god tilstand.*

I tillegg må følgende vilkår være oppfylt:

- a) *alle praktisk gjennomførbare tiltak settes inn for å begrense negativ utvikling i vannforekomstens tilstand,*
- b) *samfunnsnyttene av de nye inngrepene eller aktivitetene skal være større enn tapet av miljøkvalitet, og*
- c) *hensikten med de nye inngrepene eller aktivitetene kan på grunn av manglende teknisk gjennomførbarhet eller uforholdsmessig store kostnader, ikke med rimelighet oppnås med andre*

midler som miljømæssig er vesentlig bedre.

På bakgrunn av bestemmelsene som er gjengitt ovenfor ser det ut til at formuleringen i høringsnotatet om unntaket i miljøansvarsdirektivet artikkel 2 nr. 1 (b) for aktiviteter som faller inn under vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 er noe upresis. Unntaket er snevrere enn skader som skyldes naturlige omstendigheter eller *"ikke med rimelighet kunne forventes av vassdragstiltaket"*. Unntaket gjelder kun for nye aktiviteter eller inngrep som oppfyller de øvrige kumulative vilkårene. Med andre ord:

- **Miljøansvarsdirektivets bestemmelser får anvendelse for alle betydelig negative påvirkninger av regulerte vassdrag, med mindre det dreier seg om nye tiltak eller nye inngrep som faller inn under vanddirektivet artikkel 4 nr. 7 jf. vannforskriften § 12.**

Oppsummert kan direktivets virkeområde beskrives slik: Miljøansvarsdirektivets bestemmelser får anvendelse dersom det i et regulert vassdrag oppstår en betydelig skade som gjør at vassdraget ikke oppnår den tilstand det skal ha i henhold til reglene i vanddirektivet. Dersom det inntrer betydelig skade i et regulert vassdrag, vil skadevolder være ansvarlig for å rette opp og betale for skaden, og konsesjonsmyndighetene vil ha tiltaksplikt i henhold til direktivets bestemmelser.

2.2 Endringene i vannressursloven.

I henhold til miljøansvarsdirektivet artikkel 12 kan parter med rettslig interesse be konsesjonsmyndighetene pålegge skadevolder eller selv sette i verk tiltak for å bøte på miljøskader i vassdraget. Konsesjonsmyndighetenes saksbehandling er undergitt forvaltningslovens regler. Vilråene for at myndighetene skal ha plikt til å vurdere en anmodning følger av artikkel 12 nr. 3. Bestemmelsens engelske og danske tekst lyder henholdsvis (våre understrekninger):

3. *Where the request for action and the accompanying observations show in a plausible manner that environmental damage exists, the competent authority shall consider any such observations and requests for action. In such circumstances the competent authority shall give the relevant operator an opportunity to make his views known with respect to the request for action and the accompanying observations.*
3. *Hvis anmodningen om foranstaltninger og de ledsagende bemærkninger viser, at det er sandsynligt, at der foreligger miljøskade, tager den kompetente myndighed sådanne bemærkninger og anmodninger i betragtning. Under disse omstændigheder giver den kompetente myndighed den berørte operatør lejlighed til at udtale sig om anmodningen om foranstaltninger og de ledsagende bemærkninger.*

I henhold til artikkel 13 nr. 1 skal anmoderen ha mulighet til å prøve konsesjonsmyndighetenes beslutning rettslig. Bestemmelsens engelske og danske tekst lyder henholdsvis:

1. *The persons referred to in Article 12(1) shall have access to a court or other independent and impartial public body competent to review the procedural and substantive legality of the decisions, acts or failure to act of the competent authority under this Directive.*
1. *De i artikkel 12, stk. 1, omhandlede personer skal have adgang til at få prøvet lovligheden af den kompetente myndigheds afgørelser, handlinger eller undladelser i henhold til dette direktiv for en domstol eller et andet uafhængigt og upartisk offentligt organ, som er kompetent til at prøve den processuelle og materielle lovlighed heraf.*

Overprøvelsesadgangen gjelder altså uansett om det iverksettes tiltak eller ikke. Dersom konsesjonsmyndighetene unnlater å pålegge konsesjonæren skadebøtende tiltak, skal unnlattelsen kunne påklages og eventuelt overprøves rettslig. Retten skal i henhold til artikkel 13 nr. 1 kunne prøve beslutningens prosessuelle og materielle lovlighet, altså om den er i overensstemmelse med de krav som følger av miljøansvarsdirektivet.

Bestemmelsene foreslås gjennomført i vannressursloven § 59. For at det skal være mulig å påklage en unnlattelsesbeslutning er det bestemt at en slik beslutning skal være et enkeltvedtak. Forslag til ny § 59 lyder (vår understrekning):

”§ 59 tredje ledd skal lyde:

Enhver med rettslig interesse kan kreve at vassdragsmyndigheten vurderer en anmodning om iverksettelse av tiltak ved betydelig miljøskade som definert i Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/35/EF av 21. april 2004 artikkel 2 når skaden er forårsaket av en aktivitet som fremkommer av vedlegg III punkt 6 til nevnte direktiv. Vassdragsmyndigheten har plikt til å vurdere en anmodning som inneholder relevante opplysninger som sannsynliggjør at betydelig miljøskade foreligger.

§ 59 nytt fjerde ledd skal lyde:

Vassdragsmyndighetens avgjørelse er enkeltvedtak også om pålegg ikke gis dersom det er sannsynliggjort at det foreligger betydelig miljøskade som nevnt i tredje ledd. ”

LVK mener at det ikke er dekning i miljøansvarsdirektivet for å innføre et krav om at en betydelig miljøskade må være sannsynliggjort som vilkår for at en avgjørelse om ikke å pålegge tiltak skal regnes som et enkeltvedtak og dermed kunne overprøves rettslig.

Direktivet innfører i artikkel 12 en terskel for ansvarlig myndighets vurderingsplikt som innebærer at anmoderen må sannsynliggjøre at det foreligger en betydelig miljøskade. Artikkel 13 inneholder derimot ikke et tilsvarende krav om sannsynlighet. I henhold til artikkel 13 skal domstolene kunne prøve både den prosessuelle og materielle delen av myndighetenes beslutning, også der myndighetene beslutter ikke å pålegge skadevolder å gjennomføre tiltak.

Muligheten for rettslig overprøving er en rettssikkerhetsgaranti som skal sikre at direktivets bestemmelser overholdes. Vurderingen av om en betydelig miljøskade foreligger kan foretas av to instanser: ansvarlig myndighet eller en domstol. Dersom domstolene skal avgjøre sannsynlighetsspørsmålet, vil avgjørelsen uansett overprøves rettslig og det har da ingen hensikt å stille et krav om sannsynlighet som vilkår for at beslutningen er et enkeltvedtak. Dersom avgjørelsen om sannsynlighet under § 59 fjerde ledd skal ligge hos ansvarlig myndighet, vil det i praksis være opp til myndighetene å avgjøre om beslutningen skal regnes som et enkeltvedtak. Domstolene vil da være avskåret fra å prøve lovligheten av vedtaket slik det er forutsatt i direktivet, og mulighetene til å overprøve en unnlattelsesbeslutning vil lett utvannes.

En ordning der myndighetene i praksis avgjør om det foreligger et enkeltvedtak, vil også være i strid med prosessretten i Norge. Den som pretenderer å ha et krav og har rettslig interesse i å få en fastsettelsesdom for et forhold, har også krav på at domstolene behandler saken. Dersom domstolene kommer til at kravet ikke foreligger vil den saksøkte parten bli frifunnet og regelmessig tilkjent saksomkostninger. Med kravet om sannsynlighetsovervekt i § 59 fjerde ledd flyttes vurderingen av om det foreligger et enkeltvedtak fra domstolene til myndighetene. En slik ordning bryter med norsk rettstradisjon, og gjør rettssikkerhetsgarantien i miljøansvarsdirektivet artikkel 13 nr. 1 illusorisk. LVK mener derfor at kravet om sannsynlighet i forslaget til ny § 59 fjerde ledd i vannressursloven må strykes.

2.3 Miljøansvarsdirektivets betydning for regulerte vassdrag

Miljøansvarsdirektivets bestemmelser får anvendelse dersom det i et regulert vassdrag inntreffer en hendelse som har betydelig negative virkninger og gjør at den tilstand vassdraget skal ha i henhold til miljømål fastsatt i henhold til vanddirektivet ikke oppnås og ivaretas, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav b). Skadevolder vil være ansvarlig for å rette opp og betale for skaden i henhold til gjennomføringsbestemmelsene, og konsesjonsmyndighetene vil i tillegg ha plikt til å pålegge tiltak i henhold til direktivets bestemmelser.

Dette innebærer at dersom en konsesjonærs manøvrering av et regulert vassdrag medfører en betydelig negativ påvirkning av vassdraget sammenlignet med de miljømål som gjelder for vassdraget, skal parter med rettslig interesse kunne anmode konsesjonsmyndighetene om å pålegge konsesjonæren eller selv iverksette tiltak for å bøte på skaden.

Et typisk tilfelle vil være der regulering av et vassdrag er underlagt en eldre konsesjon uten særlige miljøkrav. Dersom manøvreringen av vassdraget i henhold til konsesjonen innebærer en betydelig negativ påvirkning av vassdraget sammenlignet med vanddirektivets miljømål, herunder et kjøremønster som innebærer en forverring av vassdragets miljøtilstand, skal parter med rettslig interesse kunne anmode konsesjonsmyndighetene om å pålegge konsesjonæren å iverksette tiltak for å hindre forringelse og for å oppfylle miljømålene. Dette kan for eksempel gjøres ved å endre manøvreringsreglementet.

Dersom konsesjonsmyndighetene unnlater å pålegge konsesjonæren dette, eller pålegger utilstrekkelige tiltak, skal konsesjonsmyndighetenes beslutning eller unnlattelse av å pålegge konsesjonæren tiltak, i henhold til miljøansvarsdirektivet kunne bringes inn for domstolene. Retten skal i følge direktivet artikkel 13 kunne prøve både den prosessuelle og materielle delen av konsesjonsmyndighetenes beslutning, altså kunne avsi dom for hvorvidt beslutningen er i overensstemmelse med bestemmelsene i vanndirektivet, herunder om konsesjonsmyndighetene har sørget for å opprettholde de foreskrevne miljømål for det aktuelle vassdraget.

Vanndirektivet setter altså standarden, mens miljøansvarsdirektivet pålegger ansvar og handlingsplikt. LVK ser dette som en klar forbedring av mulighetene for å opprettholde en god miljøstandard i regulerte vassdrag i Norge.

Når det gjelder gjennomføringen av vanndirektivet i Norge, godkjente Kongen i statsråd 11. juni 2010 de første vannforvaltningsplaner etter vannforskriften for alle regioner i landet. Planene forteller hvordan det står til med vannmiljøet, hvilke trusler som finnes, og hva regjeringen mener vi må gjøre for å sikre vannmiljøet for fremtiden. Regjeringen understreker at det skal fastsettes miljømål for hvert enkelt vassdrag i forvaltningsplanene, også for sterkt modifiserte vannforekomster (SMVF – Regulerte vassdrag kategoriseres i hovedsak som SMVF):

"For enkelte SMVF er det ikke fastsatt miljømål. Regjeringen understreker at vannforskriften ikke åpner for å gjøre unntak fra kravet om å fastsette miljømål, og at det bør være mulig å sette miljømål for de sterkt modifiserte vannforekomstene, i tillegg til god kjemisk status, slik vannforskriften forutsetter."

Når det gjelder fastsettelse av miljømål i regulerte vassdrag, skriver Regjeringen at det er eksisterende konsesjonsvilkår som skal legges til grunn for fastsettelse av miljømålene:

"Forvaltningsplanene må være helhetlige og økosystembaserte. I forvaltningsplanen kan det foreslås en fremtidig miljøtilstand som kan innebære endret minstevannføring i vassdraget. Miljømål i regulerte vassdragsstrekninger i den 6-årige planperioden skal settes basert på eksisterende vilkår i reguleringskonsesjoner. Endring av konsesjonsvilkår fastsettes med bindende virkning av konsesjonsmyndighetene ved vilkårsrevisjon. Det er 6-årsmålene som rapporteres til ESA som forpliktende mål."

Virkingen av regjeringens beslutning er at det vil være gjeldende konsesjonsvilkår for regulerte vassdrag som definerer miljømålene i henhold til vannforskriften inntil revisjon av konsesjonsvilkårene finner sted. Revisjonsprosessen er således i praksis gitt forrang foran prosessen med å sette miljømål i henhold til vanndirektivet. Revisjon av reguleringskonsesjoner kan foretas 50 år etter at konsesjonen ble gitt, og deretter i 30-års intervaller. Følgen er at miljømålene som skal settes i henhold til vanndirektivet for regulerte vassdrag får effekt først lenge etter at de skulle vært implementert.

Følgen av regjeringens beslutning er at det er den eksisterende reguleringen som setter standarden, ikke vanndirektivet. LVK mener at det ikke er rom for en slik forståelse av vanndirektivet, og har derfor klaget saken inn for Eftas overvåkningsorgan (ESA).


For di læren om direkte effekt for direktiver ikke gjelder i EØS, kan man ved anmodning om tiltak og overprøving av vedtak i henhold til ny vannressurslov § 59 ikke bygge på vanndirektivets bestemmelser. Man må i stedet bygge på miljømål satt i henhold til vannforskriften. De rettigheter og plikter som følger av miljøansvarsdirektivets bestemmelser vil da uthules som følge av at regjeringen har besluttet at alle eksisterende vannkraftkonsesjoner tilfredsstiller miljømålene i vanndirektivet.

I henhold til rettspraksis kan imidlertid staten bli erstatningspliktig dersom et direktiv ikke er korrekt implementert i norske rett, jf. Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II). Dersom vanndirektivets bestemmelser ikke er korrekt implementert, og dette innebærer at ansvar ikke kan plasseres i henhold til reglene i miljøansvarsdirektivet, kan staten dermed bli erstatningspliktig overfor parter med rettslig interesse i saken.

Miljøansvarsdirektivets bestemmelser innebærer etter sin ordlyd og hensikt en klar styrking av det miljømessige vernet av norske vassdrag. Det er beklagelig at bestemmelsenes virkeområde innskrenkes av at vanndirektivet ikke er korrekt implementert i norsk rett. LVK ber regjeringen se implementeringen av miljøansvarsdirektivet og vanndirektivet i sammenheng.

Med vennlig hilsen

Landssamanslutninga av Vasskraftkommunar



Børre Rønningen
Leder



Stein Erik Stinessen
Juridisk sekretær