



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060206

DOM
2012-06-25
Stockholm

Mål nr
M 676-12

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2011-12-28 i mål nr M 3676-10, se bilaga A

KLAGANDE

1. Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

2. Länsstyrelsen i Jönköpings län
551 86 Jönköping

MOTPART

Fortum Generation AB
115 77 Stockholm

Ombud: Bolagsjurist C-J B

SAKEN

Tillstånd att utföra dammsäkerhetshöjande åtgärder vid Klinte kraftverk i Vetlanda kommun, Jönköpings län

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

1. Mark- och miljööverdomstolen gör den ändringen i den överklagade domen att följande villkor läggs till att gälla för tillståndet till dammsäkerhetshöjande åtgärder:

Tillståndshavaren ska, fördelat under året på det sätt som tillsynsmyndigheten beslutar, i den naturliga åfåran släppa minst 200 l/s vatten eller tillrinningen om den är lägre.

Dok.Id 1015846

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 50	08-561 675 59	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: svea.avd6@dom.se www.svea.se		

2. Mark- och miljööverdomstolen förordnar enligt 23 kap. 7 § miljöbalken att tillståndet till dammsäkerhetshöjande åtgärder får tas i anspråk utan hinder av att domen inte har vunnit laga kraft.
 3. Mark- och miljööverdomstolen avslår yrkandet att förhandsavgörande ska inhämtas från Europeiska unionens domstol.
 4. Fortum Generation AB ska till Kammarkollegiet utge ersättning för rättegångskostnader med tjugotusen (20 000) kronor jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från domens datum till dess betalning sker.
-

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Kammarkollegiet har i första hand yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva den överklagade domen och återförvisa målet till mark- och miljödomstolen för vidare handläggning. I andra hand har Kammarkollegiet yrkat att Mark- och miljööverdomstolen föreskriver ett villkor för verksamheten enligt följande.

Fördelat under året på det sätt som tillsynsmyndigheten beslutar ska tillståndshavaren i den naturliga fåran släppa minst 1000 l/s eller tillrinningen om den är lägre.

För det fall Mark- och miljööverdomstolen överväger att avslå överklagandet har Kammarkollegiet yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska inhämta förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol och att frågan då bör ställas på följande sätt: Är det förenligt med artikel 12 i Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter att en tillståndsmyndighet vid prövning av ett nationellt projekt får bortse från att förekommande starkt hotade arter, som skyddas enligt art- och habitatdirektivet, kommer att dödas och skadas till följd av projektet?

Kammarkollegiet har även yrkat ersättning för rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen med 20 000 kr.

Länsstyrelsen i Jönköpings län har i första hand yrkat att Mark- och miljööverdomstolen föreskriver ett villkor för den tillståndsgivna verksamheten enligt följande.

Fördelat under året på det sätt som tillsynsmyndigheten beslutar ska tillståndshavaren i den naturliga fåran släppa minst 1000 l/s eller tillrinningen om den är lägre.

Om villkor med krav på minimitappning inte föreskrivs yrkar länsstyrelsen att Mark- och miljööverdomstolen prövar frågan om dispens enligt 14 § artskyddsförordningen (2007:845). Länsstyrelsen har i andra hand yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva den överklagade domen och återförvisa målet till mark- och miljödomstolen för prövning av dispensansökan enligt 14 § artskyddsförordningen.

Fortum Generation AB (Fortum) har bestritt ändring och även bestritt yrkandet att ett förhandsavgörande från EU-domstolen ska inhämtas. Vidare har bolaget bestritt att betala Kammarkollegiets rättegångskostnader. Yrkat belopp har vitsordats.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Mark- och miljööverdomstolen har hållit huvudförhandling och syn i målet. Parterna har i huvudsak vidhållit vad de har anfört i mark- och miljödomstolen samt gjort vissa tillägg och ändringar som sammanfattas enligt följande.

Kammarkollegiet

Den sökta verksamheten skulle utan krav på minimitappning med stor sannolikhet innebära att arter (tjockskalig målarmussla och flodpärlmussla) som omfattas av fridlysning enligt artskyddsförordningen dödas eller skadas. Minimitappning är därför nödvändig för att musslorna ska överleva. Mark- och miljödomstolen har inte funnit styrkt att frågan om att skada och döda förekommande starkt hotade arter har prövats i tidigare avgöranden. Det saknas sålunda rättslig grund för att påstå att frågan har prövats tidigare (24 kap. 1 § miljöbalken). Sökanden har inte heller visat att befrielse från krav på skyddsåtgärder till skydd för fisket har erhållits (2 kap. 8 § ÄVL jmf. 2 kap. 3 § och 11 kap. 8 § miljöbalken). Det saknas lagstöd för att rättskraft ska vara begränsande vid tillståndsprövningar och rättspraxis bör ändras. Samtliga miljöeffekter av den ansökta verksamheten ska prövas, inte endast effekterna av grumlingar. Mark- och miljödomstolens dom strider mot Sveriges åtaganden mot EU och tillämpningen av Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter (art- och habitatdirektivet). Den mycket extensiva eller e contrariotolkning av 24 kap. 1 § miljöbalken som mark- och miljödomstolen troligen utför är inte förenlig med den tvingade lagstiftning som finns i artskyddsförordningen (2007:845) och därmed det skydd som arterna ska ha enligt artikel 12 i art- och habitatdirektivet. Mark- och miljööverdomstolen bör inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen eftersom frågan rör om det finns rättslig grund för att, såsom mark- och miljödomstolen anför, inte tillämpa artikel 12 i art- och habitatdirektivet vid tillståndsprövning av ett projekt som innebär att arter kommer att dödas och skadas. Frågan kan även ställas på det sättet att kan prövningsmyndigheten bortse från artikel

12 på grund av tillstånd meddelade enligt nationell lagstiftning som gällde mycket lång tid innan Sverige blev medlem i unionen. Lagstiftning som genomför EU-rätt har företräde vid lagkonflikt. Dispens enligt 14 § artskyddsförordningen är inte möjlig att bevilja eftersom annan lämplig lösning finns, dvs. minimitappning. Tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken krävs också och villkor om minimitappning är en förutsättning även för ett sådant tillstånd. Åtgärden minimitappning behövs också för att vattenförekomsten ska uppnå God ekologisk status år 2021. Sökanden har inte visat att krav på minimitappning är orimligt enligt 2 kap. 7 § miljöbalken.

Länsstyrelsen

I torråran nedströms Klinte kraftverk förekommer arterna tjockskalig målarmussla och flodpärlmussla som omfattas av bestämmelserna i artskyddsförordningen. Även om antalet funna exemplar av de olika arterna är litet anser länsstyrelsen att artskyddsförordningens bestämmelser ska gälla. Eftersom de angivna arterna är beroende av att det rinner vatten i torråran kommer musslorna att försvinna om inte ett visst vattenflöde kan säkerställas. Länsstyrelsen anser att det råder osäkerhet om omfattningen av det läckagevatten som passerar genom intagskanalvallen till torråran, vilket noterats i samband med mark- och miljödomstolens syn. Ett säkerställande av en viss minimivattenföring i den naturliga fåran (torråran) innebär påtagligt förbättrade förhållanden för såväl flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla som de värd fiskar som musslorna är beroende av.

Fortum

När det gäller art- och habitatdirektivets syfte så framgår det klart att artikel 12 inte slår blint, det vill säga att förbudet att avsiktligt döda en i bilagan till direktivet förtecknad djurart inte utgör ett absolut och villkorslöst hinder för varje åtgärd eller projekt som hotar sådan art. Syftet med direktivet redovisas i artikel 2 där det framgår att syftet är dels att bibehålla eller återställa status av vilda djur (i detta fall), dels att vid tillämpning av direktivet så ska vissa hänsyn tas. I aktuellt mål är fråga om att hittills inventerade och lokaliserade målarmusslor, tre till antalet, inte kan anses vara av sådan betydelse att syftet med direktivet äventyras. Bevarandebördan i detta fall måste vägas mot intresset av att vidmakthålla en elproduktionsanläggning och den CO₂-fria elproduktionen. Fortum har ett tidigare meddelat tillstånd för kraftverket med

fastställda villkor som har rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken. Att som villkor för dammsäkerhetshöjande åtgärder föreskriva om minimitappning på 1000 l/s skulle inte bara strida mot det rättskraftigt meddelade tillståndet, utan även vara oproportionerligt och oskäligt. Vad som däremot skulle kunna vara skäligt och möjligt är att flytta musslorna till en mer lämplig lokal. De aktuella musslorna har visat sig vara instängda sedan kraftverket byggdes och har inte förutsättningar för att föröka sig då det saknas förutsättningar för erforderliga värdfiskar att ta sig fram till musslorna på grund av vandringshinder nedströms. Beträffande förhandsavgörande kan sägas att sådant knappast är behövligt. Mark- och miljödomstolen har inte bortsett från effekterna av projektet i förhållande till artskyddsförordningen och direktivet. Det har redan vid förhandlingen i mark- och miljödomstolen klarlagts att sökta och tillståndsgivna åtgärder inte kommer att leda till total torrläggning. Visst läckage genom intagskanalvallen kommer aldrig att kunna undvikas liksom även lokala tillrinningar från den närliggande omgivningen. Visserligen kan Fortum inte garantera viss mängd, men torrt kommer det inte att bli. Minimitappning kan dock inte föreskrivas som villkor utan att omprövning sker enligt 24 kap. 5 § miljöbalken.

Fortum har i målet reservationsvis yrkat att frågan om dispens enligt 14 § artskyddsförordningen ska prövas för det fall att domstolen finner att sådan krävs. Fortum har dock den principiella inställningen att dispens inte krävs eftersom de ansökta åtgärderna inte kommer att skada vare sig de i målet aktuella musslorna eller fortplantningsområdet. Detta mot bakgrund av att det efter utförda arbeten även fortsättningsvis kommer att rinna till vatten, dels genom intagskanalbanken (fortsatt oundvikligt om än begränsat läckage), dels genom lokal tillrinning och uppträngning av grundvatten. Detta påstående vinner trovärdighet redan av det skälet att de påträffade musslorna har sådan ålder att dessa blivit instängda i och med tillkomsten av Klinte kraftverk och de dammar som idag utgör vandringshinder nedströms. De skador på dammen som nu ska åtgärdas har ursprungligen inte funnits varför samma förhållanden kommer att återskapas som när Klinte kraftverk med dammar tillkom. Inte heller kommer ett fortplantningsområde att förstöras då sådant område inte finns idag. Vad som nu egentligen åsyftas med de yrkanden som Kammarkollegiet och länsstyrelsen har är inte att skydda och bevara en reproducerande lokal av tjockskalig målarmussla, utan fastmera fråga om att om möjligt uppnå och tillskapa sådan lokal.

Detta kan dock inte förväntas bli framgångsrikt eftersom värdfiskar och förutsättningar i övrigt med hänsyn till vandringshinder saknas. Utöver vad som nu anförts anser Fortum att lagrummet om tillståndets giltighet m.m. i 24 kap. 1 § miljöbalken äger företräde framför bestämmelserna i artskyddsförordningen. Skulle emellertid domstolen ändå anse att dispensprövning måste ske så är det Fortums mening att sådan dispens ska meddelas enligt 14 § 1, 2 och 3 b i artskyddsförordningen. Sådan dispens motiverar inte villkor om minimitappning, då sådan tappning på intet sätt bidrar till att gynna reproducerande lokal för tjockskalig målarmussla eller annan mussla för den delen.

REMISSINSTANSER I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Naturvårdsverket

Naturvårdsverket anser att de planerade dammsäkerhetshöjande åtgärderna kräver både tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken och dispens i enlighet med 14 § artskyddsförordningen. Verket anser vidare att varken tillstånd eller dispens kan medges om åtgärderna inte kan vidtas utan att fåran tidvis torrläggs. Om tillståndet respektive dispens förenas med ett villkor om minimitappning, så att ett vattenflöde som är tillräckligt för att upprätthålla gynnsam bevarandestatus hos arterna säkerställs, skulle tillstånd respektive dispens kunna ges. De aktuella åtgärderna planeras äga rum i direkt anslutning till Natura 2000-området Solgenån, som är beläget nedströms dammanläggningen. Området har höga naturvärden knutna till naturtypen vattendrag med flytbladsvegetation eller akvatiska mossor (3260) samt arterna flodpärlmussla (1029), tjockskalig målarmussla (1032) och utter (1355). Naturvårdsverket har upprättat nationella åtgärdsprogram för bevarande av de båda musselarterna. Dessa finns även upptagna i ArtDatabankens rödlista 2010 som starkt hotade. Länsstyrelsen i Jönköpings län har i bevarandeplanen för Solgenån angett att syftet med bevarandet av området är att bidra till att upprätthålla gynnsam bevarandestatus för arterna och deras livsmiljö. Som hot mot att uppnå syftet anges främst vattenkraftsutvinning som leder till att den naturliga fåran tidvis torrläggs samt minskande populationer av öring. Öringen fungerar som värdfisk främst för flodpärlmusslans larver vilka lever som parasiter på gälarna, och arten är därmed viktig både för musslornas reproduktion och för dess spridningsförmåga. Tjockskalig målarmussla kan förutom öring även ha andra

värdfiskar. Enligt uppgifter från länsstyrelsen finns små bestånd av öring i området. Som bevarandemål anges i bevarandeplanen att musselbestånden ska vara konstanta eller öka och att Solgenån ska ha reproducerande öringbestånd som värdfisk för mussellarverna. Som bevarandeåtgärd anges bl.a. möjligheten att införa villkor om minimitappning i tillståndet för vattenkraftverket. Bevarandestatusen för musslorna bedöms idag som svag och endast ett fåtal musslor har hittats vid inventeringar i området. I den nuvarande torråran har ett läckage av vatten hittills säkrat livsmiljöerna för de båda musselarterna. De planerade åtgärderna kommer att medföra ett minskat läckage av vatten till fåran och riskera att fåran tidvis torrläggs helt. De båda arterna flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla är beroende av rinnande vatten för sin överlevnad. De är även beroende av förekomst av värdfiskar för mussellarverna och värdfiskarna är i sin tur beroende av att det finns vatten i fåran. Det finns således en uppenbar risk för att de planerade åtgärderna på ett betydande sätt kommer att påverka miljön i det berörda Natura 2000-området.

Havs- och vattenmyndigheten

Havs- och vattenmyndigheten bedömer att de aktuella dammsäkerhetshöjande åtgärderna kommer att påtagligt påverka Natura 2000-området och påverka det för vattenkraftsutbyggnad skyddade området i enlighet med 4 kap. 6 § miljöbalken. Dammen har haft ett läckage genom utskovsluckor och damm vilket kompenserat avsaknaden av minimitappningsbestämmelser för kraftverket. Den föreslagna ombyggnaden medför att denna tappning försvinner och livsmiljöer för Natura 2000-arter som utter, flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla försvinner i ett mycket skyddsvärt vattenområde inom Emåns avrinningsområde. De dammsäkerhetshöjande åtgärderna bör därför kompletteras med bestämmelser om minimitappning för att kompensera förlusten av förekommande läckagevatten.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Mark- och miljööverdomstolen konstaterar inledningsvis i likhet med mark- och miljödomstolen att de föreslagna dammsäkerhetshöjande åtgärderna på Klintedammen är nödvändiga och ändamålsenliga för att säkerställa dammanläggningen och att de i och för sig uppfyller miljöbalkens tillåtlighetsregler. Frågan i målet gäller vilka

konsekvenser dessa dammsäkerhetshöjande åtgärder kommer att få och om dessa eventuella konsekvenser medger att tillstånd kan ges i enlighet med bolagets ansökan.

Områdes- och artskydd

Av utredningen framgår att området nedströms Klintedammen både omfattas av ett områdesskydd enligt 7 kap. 27 § första stycket 2 miljöbalken och innehåller arter som omfattas av artskydd enligt 8 kap. 1 § miljöbalken och den med stöd därav meddelade artskyddsförordningen (2007:845). Områdesskyddet innebär att området i fråga är utpekad som särskilt bevarandeområde enligt rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter, det s.k. art- och habitatdirektivet. Området är alltså utpekad som ett s.k. Natura 2000-område. Inom detta område har vid inventering i åfåran nedströms Klintedammen påträffats arterna flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla. Båda dessa arter finns upptagna i bilaga 1 till artskyddsförordningen. Den tjockskaliga målarmusslan är fridlyst enligt 4 och 5 §§ artskyddsförordningen och flodpärlmusslan är fridlyst enligt 5 § samma förordning. Flodpärlmusslan har beteckningen F och tjockskalig målarmussla har beteckningen N i bilagan och båda arterna finns upptagna i bilagor till art- och habitatdirektivet. Enligt 14 § artskyddsförordningen kan dispens från förbuden i 4 och 5 §§ ges i vissa fall. Båda arterna är också skyddade enligt 5 § förordningen (1994:1716) om fisket, vattenbruket och fiskerinäringen.

De sökta åtgärdernas påverkan på skyddade områden och arter

Som framgår av den överklagade domen anges i den komplettering till miljökonsekvensbeskrivningen som Fortum ingav till mark- och miljödomstolen att läckaget från Klintedammen innebär att vattenflödet i den s.k. torrfåran mellan den dammen och Brunnhultadammen är cirka 200 l/s. Vidare anges att tätningen av Klintedammen kommer att medföra att torrfåran i stort sett kommer att bli torrlagd eftersom inget läckage av vatten då kan ske. Bedömningen är att utförande av dammförstärkande åtgärder innebär att både flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla inte har möjlighet att fortleva i torrsträckan. Kammarkollegiet och länsstyrelsen gör samma bedömning och denna delas även av remissinstanserna Naturvårdsverket och Havs- och vattenmyndigheten. När det gäller mängden vatten som läcker genom dammanläggningen har Fortum vid huvudförhandlingen bekräftat

mängden 200 l/s medan länsstyrelsen angett att vid en uppskattning som länsstyrelsen gjorde 2010 uppskattades läckaget till 300 l/s. Något stöd för denna senare uppgift har dock inte presenterats.

Mark- och miljööverdomstolen gör utifrån utredningen i målet och den syn som har företagits den bedömningen att bolagets uppgift att läckaget i dammanläggningen uppgår till cirka 200 l/s får godtas. Vidare får det anses utrett att det efter att de dammsäkerhetshöjande åtgärderna har vidtagits inte kommer att förekomma något läckage genom dammanläggningen, vilket också är avsikten med åtgärderna. Oavsett om det, som bolaget gör gällande, efter utförda arbeten även fortsättningsvis kommer att rinna till vatten genom intagskanalbanken och genom lokal tillrinning och uppträngning av grundvatten, kan konstateras att mängden rinnande vatten i torrfåran nedströms Klintedammen kommer att minska med ca 200 l/s efter att de dammsäkerhetshöjande åtgärderna har utförts.

Mark- och miljööverdomstolen delar inte den bedömning som mark- och miljödomstolen gör att påverkan på Natura 2000-området av den ansökta verksamheten inte kommer att bli större än vad som har varit fallet under den tid som kraftverket har funnits. Tvärtom visar utredningen att livsmiljön för flera arter hotas och att det även finns risk för att miljön för vissa arter helt kan förstöras, däribland för de starkt hotade och skyddade arterna flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla.

Krävs tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken och dispens enligt artskyddsförordningen?

I 7 kap. 28 a § miljöbalken föreskrivs att tillstånd krävs för att bedriva verksamheter eller vidta åtgärder som på ett betydande sätt kan påverka miljön i ett naturområde som har förtecknats enligt 27 § första stycket 2. I detta fall kan med hänsyn till det anförda konstateras att Natura 2000-området Solgenån, som ligger nedströms dammanläggningen, kan komma att på ett betydande sätt påverkas av de dammsäkerhetshöjande åtgärder som Fortum sökt tillstånd till. Enligt en övergångsbestämmelse till 7 kap. 28 a § gäller att för verksamheter som påbörjats före den 1 juli 2001 krävs inte tillstånd. Med hänsyn till att de säkerhetshöjande åtgärder som Fortum nu har ansökt om inte har påbörjats före den 1 juli 2001 är övergångsbestämmelsen inte tillämplig.

Det innebär att verksamheten enligt den utformning som den har enligt ansökan kräver tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken och dispens enligt 14 § artskyddsförordningen. Bolaget har gjort gällande att verksamheten varken kräver tillstånd eller dispens men har vid huvudförhandlingen anfört att om Mark- och miljööverdomstolen anser att tillstånd och dispens krävs så ansöker bolaget om detta och har ingen invändning mot att detta delvis prövas först i Mark- och miljööverdomstolen.

Enligt Mark- och miljööverdomstolens bedömning föreligger inte förutsättningar att bevilja tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken eller att bevilja dispens enligt 14 § artskyddsförordningen för den ansökta verksamheten. Det innebär att ansökan ska avslås om inte villkor kan föreskrivas som medför att tillstånd kan ges utan att det strider mot bestämmelserna om områdesskydd och artskydd.

Kan tillståndet förenas med villkor om minimitappning?

Kammarkollegiets inställning är att en förutsättning för ett tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken är att villkor om minimitappning föreskrivs samt att dispens enligt 14 § artskyddsförordningen inte är möjlig att bevilja eftersom annan lämplig lösning finns, dvs. minimitappning. Länsstyrelsens inställning får uppfattas vara densamma.

Mark- och miljööverdomstolen konstaterar att om ett villkor om minimitappning skulle föreskrivas motsvarande i vart fall den minskande vattenmängd som de ansökta åtgärderna medför, skulle åtgärderna inte på ett betydande sätt påverka Natura 2000-området och därmed inte heller behöva något tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken. Då skulle förhållandena på platsen inte förändras och därmed skulle inte heller dispens enligt 14 § artskyddsförordningen krävas.

Fortum har gjort gällande att det tidigare meddelade tillståndet för kraftverket med fastställda villkor, som inte innehåller krav på minimitappning, har rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken vilket innebär att minimitappning inte kan föreskrivas som villkor utan att omprövning sker enligt 24 kap. 5 § miljöbalken. Bolaget har därvid hänvisat till tidigare avgöranden av Miljööverdomstolen, bl.a. MÖD 2009:44. Det avgörandet gällde också dammsäkerhetshöjande åtgärder och på samma sätt hade även

där ett delvis nytt naturtillstånd inträtt på grund av att en tillståndsgiven damm med åren hade blivit otät. I det fallet förekom dock inte något områdesskydd enligt 7 kap. 27 § miljöbalken eller arter som var skyddade enligt andra bestämmelser i miljölagstiftningen. Ett tillstånd till vattenverksamhet med vissa villkor att reglera vattenståndet innebär inte att verksamhetsutövaren efter att ha tillåtit läckage som medfört att ett delvis nytt naturtillstånd inträtt kan få ett nytt tillstånd att åtgärda detta i strid mot annan lagstiftning. Därför kan tillstånd i detta fall ges endast med villkor som medför att Natura 2000-området och de skyddade arterna inte påverkas negativt av åtgärderna. Således ska med stöd av 2 kap. 3 § miljöbalken föreskrivas villkor om krav på minimitappning motsvarande den mängd vatten som i dag rinner genom dammen, 200 l/s. Detta kan inte anses orimligt enligt 2 kap. 7 § miljöbalken. Däremot kan Kammarkollegiets och länsstyrelsens yrkande i sin helhet avseende minimitappning 1000 l/s inte bifallas. För att åstadkomma en ökad vattenmängd i förhållande till dagens situation och därmed en förbättrad situation för hotade arter måste en omprövning göras enligt bestämmelserna i 24 kap. 5 och 7 §§ miljöbalken.

Mark- och miljööverdomstolen finner med hänvisning till det anförda inte skäl att inhämta något förhandsavgörande från EU-domstolen.

Mark- och miljööverdomstolen har i beslut den 25 januari 2012 upphävt mark- och miljödomstolens förordnande att tillståndet får tas i anspråk även om domen inte har vunnit laga kraft. Fortum får anses ha yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska meddela sådant förordnande och eftersom det är angeläget att dammsäkerhetshöjande åtgärder vidtas finns det skäl att bifalla detta.

Vid denna utgång i målet ska Fortum åläggas att betala Kammarkollegiets rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen. Yrkat belopp är vitsordat.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B

Överklagande senast 2012-07-23

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Lars Dirke, hovrättsrådet Roger Wikström, referent, tekniska rådet Bengt Jonsson och hovrättsrådet Malin Wik.
Domen är enhällig.



VÄXJÖ TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2011-12-28
meddelad i
Växjö

Mål nr M 3676-10

SÖKANDE

Fortum Generation AB
115 77 Stockholm

Ombud: Bolagsjurist C-JR

SAKEN

Tillstånd att utföra dammsäkerhetshöjande åtgärder vid Klinte kraftverk i Vetlanda kommun, Jönköpings län.

Ao: 74

E: 506530

N: 6372290

(Sweref 99)

DOMSLUT

Tillstånd

Med ändring i motsvarande mån av vad som tidigare föreskrivits om utformningen av de till Klinte kraftverk hörande anläggningarna lämnar mark- och miljödomstolen Fortum Generation AB tillstånd enligt miljöbalken att inom fastigheten X som säkerhetshöjande åtgärder utföra följande åtgärder:

- Att ersätta bron över intaget till kanalen med en ny bro, dimensionerad för transporter med mobilkran.
- Att ersätta befintlig utskovsdamm (utskov 2 och 3) med ny utskovsdamm, varvid utskoven breddas från 5,2 m till ca 7 m och tröskelhöjden höjs från höjden +190,7 m till +190,9 m.
- Att anlägga fångdammar framför utskoven. Fångdammarerna tas bort när arbetena är slutförda.
- Att brobanorna över utskoven anpassas för transporter med mobilkran samt höjs så att underkant ligger ca 1 m över dämmningsgränsen.

Dok.Id 191670

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 81 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-560 100 E-post: MMD.vaxjo@dom.se	0470-560 125	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:30

- Att ett nytt teknikhus anläggs för manövreringsutrustning, övervakning och reservkraft.
- Att tätkärnan i fyllningsdammen höjs från +193,25 m till +194,1 m, och dammkrönet höjs med 0,1 - 0,3 m och breddas med ca 2 m.
- Att befintliga erosionsskydd vid fyllningsdammen byts ut.
- Att stag installeras på klumpdammens uppströmssida för att motverka risk för stjälpning.
- Att klumpdammens nedströmssida förses med isolervägg.
- Att betongbeklädningen på klumpdammens nedströmssida rivs för inspektion, varefter erforderliga åtgärder för att minska eventuellt läckage utförs.
- Att åtgärda eventuella läckage på klumpdammens uppströmssida, varvid försiktig bortschaktning under vatten kommer att erfordras (ca 500 m³ massor).
- Att befintlig isolervägg vid valvdammen ersätts med ny.
- Att kanaldammen förses med gångväg fram till isutskovet (utskov 1).
- Att kanaldammens erosionsskydd kompletteras närmast utskovsdammen.
- Att dammarna förses med instrumentering för övervakning av rörelser, sättningar och läckage.

Villkor

1. Samtliga arbeten ska utföras i huvudsaklig överensstämmelse med vad sökanden angivit eller åtagits sig i målet, såvida inte annat framgår av denna dom.
2. Arbetena ska bedrivas på sådant sätt att grumling och utsläpp i vatten i görligaste mån undviks.

Kontroll

Förslag till kontrollprogram ska ges in till och godkännas av tillsynsmyndigheten innan tillståndet tas i anspråk.

Miljökonsekvensbeskrivningen

Mark- och miljödomstolen godkänner den i målet upprättade miljökonsekvensbeskrivningen.

Verkställighet

Det i denna dom meddelade tillståndet får tas i anspråk även om domen inte har vunnit laga kraft.

Arbetstid

De i denna dom medgivna arbetena ska, vid risk att tillståndet annars förfaller, vara utförda inom fem (5) år från det att domen vunnit laga kraft.

Oförutsedd skada

Anspråk enligt 24 kap. 13 § miljöbalken på grund av oförutsedd skada ska för att få tas upp till prövning anmälas till mark- och miljödomstolen inom fem (5) år från det att denna dom vunnit laga kraft.

Prövningsavgift

Mark- och miljödomstolen ändrar inte den med stöd av 3 kap. förordningen (1998:940) om avgift för prövning och tillsyn enligt miljöbalken tidigare fastställda avgiften för målets prövning.

Rättegångskostnader

Fortum Generation AB ska ersätta Kammarkollegiet för rättegångskostnader med fjortontusen (14 000) kronor, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från denna dag till dess betalning sker.

ANSÖKAN**Orientering**

Fortum Generation AB, nedan benämnd sökanden, är ägare till Klinte kraftverk och dammanläggningar, belägna i Solgenån inom Emåns avrinningsområde ca 7 km norr om Vetlanda. Anläggningen byggdes 1908 - 1910. I Brunnhult c:a 3 km nedströms Klinte kraftverk finns ytterligare kraftverk med dammanläggning.

Sökanden har, som talan slutligen bestämts, begärt tillstånd att utföra dammsäkerhetshöjande åtgärder och framställt yrkanden och redovisat ansökan i huvudsak enligt följande.

Yrkande

Sökanden yrkar tillstånd till följande åtgärder.

Tillfartsvägar

1. Bron över intaget till kanalen ersätts med en ny, dimensionerad för transporter med mobilkran.

Utskovsdammen

2. Befintlig utskovsdamm (utskov 2 och 3) ersätts med ny, varvid utskoven breddas från 5,2 m till ca 7 m och tröskelhöjden höjs från höjden +190,7 m till +190,9 m (dvs. med 0,2 m).
3. Fångdammar anläggs framför utskoven, vilka sedan borttages när arbetena är slutförda.
4. Brobanorna över utskoven anpassas för transporter med mobilkran samt höjs så att underkant ligger ca 1 m över dämmningsgränsen.
5. Ett nytt teknikhus anläggs för manövreringsutrustning, övervakning och reservkraft.

Fyllningsdamm

6. Tät kärnan höjs från +193,25 m till +194,1 m, och dammkrönet höjs med 0,1 - 0,3 m och breddas med ca 2 m.
7. Befintliga erosionsskydd byts ut.

Klumpdamm

8. Stag installeras på klumpdammens uppströmssida för att motverka risk för stjälpning.
9. Klumpdammens nedströmssida förses med isolervägg.
10. Betongbeklädnaden på klumpdammens nedströmssida rivs för inspektion, varefter erforderliga åtgärder för att minska eventuellt läckage utförs.
11. Åtgärda eventuella läckage på klumpdammens uppströmssida, varvid försiktig bortschaktning under vatten kommer att erfordras (ca 500 m³ massor).

Valvdamm

12. Befintlig isolervägg ersätts med ny.

Kanaldamm

13. Kanaldammen förses med gångväg fram till isutskovet (utskov 1).
14. Kanaldammens erosionsskydd kompletteras närmast utskovsdammen.

Instrumentering

15. Damarna förses med instrumentering för övervakning av rörelser, sättningar och läckage.

Vidare yrkar sökanden, för det fall att domstolen finner att dispens enligt 14§ artskyddsförordningen (2007:845) kvävs, att sådan dispens lämnas sökanden.

Sökanden yrkar slutligen att såväl arbetstiden som tiden för anmälan av anspråk på ersättning för oförutsedd skada fastställs till fem år samt att verkställighetstillstånd medges.

Tidigare tillstånd

Tillkomsten av Klinte kraftverk med dammanläggningar samt bestämmelser om vattenhushållning mm har varit föremål för flertalet prövningar och avgöranden. Här redovisas de domar som synes ha mest relevans till denna ansökan i kronologisk ordning.

1. Östra tingslags häradsrätt meddelade 1908 tillstånd att anlägga kraftverk och dammanläggningar.

2. Växjö tingsrätt, Vattendomstolen, meddelade i dom 20 juli 1972 tillstånd att dämna till nivån +192,9 m, samt att riva ut och ersätta befintlig kraftstation med en ny. Den nya kraftstationen hade en utbyggnadsvattenföring om 15 m³/s.
3. Växjö tingsrätt, Vattendomstolen, meddelade i dom 26 juni 1974 tillstånd till korttidsreglering mellan DG (+192,9 m) och en nedre nivå 1 m under DG.
4. Växjö tingsrätt, Vattendomstolen, meddelade i dom 16 december 1981 beslut i uppskjutna fiskefrågor och ersättningar för enskilt och allmänt fiske.

Denna ansökan

Sökanden har utfört en s.k. FDU (fördjupad dammsäkerhetsutvärdering) och därvid konstaterat att dammanläggningarna måste åtgärdas för att uppfylla kraven enligt RIDAS (Kraftföretagens riktlinjer för dammsäkerhet).

Regleringsdammen har klassats som en anläggning i konsekvensklass 1 B enligt RIDAS. Detta förhållande medför att dammanläggningen ska kunna på ett säkert sätt avbörda ett s.k. dimensionerande klass 1 flöde, som enligt Flödeskommitténs riktlinjer av SMHI har beräknats uppgå till 100 m³/s.

Avbördningskapaciteten idag har beräknats till 54 m³/s (utskov 2, 3) och 16 m³/s (utskov 1, isutskov) vid dämningens gräns (DG) +192,9 m. Isutskovet räknas inte med i beräkningar av total avbördningsförmåga p.g.a. avsaknad av utrustning för reservdrift. Utskov 4 är ett bottenutskov beläget i förbiledningstunneln. Detta utskov är inte i drift. Vid ett dimensionerande klass-1 flöde beräknas vattenytan uppströms dammanläggningarna stiga ca 1,25 m över DG på nivån +194,15 m och överrinna dammkrönen med ca 0,3 m om endast utskov 2 och 3 används. I fall att även utskov 1 (isutskovet) används så stannar nivån ca 0,65 m lägre, på nivån +193,5 m.

Planerade åtgärder syftar huvudsakligen till att öka avbördningskapaciteten i utskovsdammen (utskov 2 och 3) för att bemästra ett klass-1 flöde på ett säkert sätt med en mer begränsad överdämning än tidigare. Vidare kommer åtgärder att vidtas för att förstärka och höja dammanläggningarnas konstruktion. När ansökta åtgärder

har utförts beräknas avbördningskapaciteten vid DG uppgå till 70 m³/s och vattenyta stiga till nivån +193,45 m vid ett klass-1 flöde, dvs. ca 0,55 m över DG.

Höjdsystem

I denna ansökan angivna höjder refererar till ett lokalt höjdsystem.

Hydrologiska förhållanden

Dämningsarealen är ca 0,4 km². Magasinsvolymen är 0,38 Mm³.

Tillrinning vid dammanläggningen:

Riskklass I-flöde	100 m ³ /s
Högsta högvattenflöde (HHQ)	27 m ³ /s
Medelvattenflöde (MQ)	5 m ³ /s

Rådighet

Fastigheten som berörs av ansökta åtgärder är X, som ägs av sökanden.

Planförhållanden

För berört område gäller Vetlanda kommuns översiktsplan som antogs 18 november 1998. Planen saknar närmare uppgifter av betydelse för denna ansökan.

Riksintresse mm

Solgenån omfattas enligt uppgift från Länsstyrelsen i Jönköpings län av bestämmelse om riksintresse enligt 4 kap. 6 § MB. Av länsstyrelsens GIS-kartor på webben saknas markering som bekräftar uppgiften. Enligt muntlig utsaga så beror detta på bristfällig uppdatering av GIS-kartan. Enligt 4 kap. 1 § MB får ingrepp i miljön endast komma till stånd om det inte möter något hinder enligt 2-8 §§ samma kapitel och det kan ske på ett sätt som inte påtagligt skadar områdenas natur- och kulturvärden. Förbudet mot vattenkraftverk m.m. enligt 4 kap. 6 § MB utgör inte i sig hinder för att utföra reparations- och underhållsarbeten av i denna ansökan aktuella slag.

Ansökta åtgärder bedöms av länsstyrelsen kunna komma att påverka Natura 2000-området beläget nedströms dammanläggningarna i Solgenån, varför fråga om tillståndsplikt enligt 7 kap. 28 a § aktualiseras för bedömning.

Då nuvarande verksamhet vid Klinte kraftverk påbörjats före 2001 så omfattas verksamheten inte av tillståndsplikt enligt 7 kap. 28 a § (SFS 2001:437) enligt vad som framgår av övergångsbestämmelsen till nämnda lagrum.

Kostnader

Beräknade kostnader för projektet uppgår till ca 28 MSEK.

Tillåtlighet enligt 11 kap. 6 § miljöbalken

Fördelarna från allmän och enskild synpunkt med planerade åtgärder överväger kostnader och skador.

Bygdeavgift

Bygdeavgift ska inte fastställas med anledning av nu föreliggande ansökan då de planerade åtgärderna inte medför ändrade förhållanden jämfört med tidigare tillståndsgiven vattenverksamhet.

Fiskeavgifter

Fiskeavgift ska inte fastställas med anledning av nu föreliggande ansökan då de planerade åtgärderna inte medför ändrade förhållanden jämfört med tidigare tillståndsgiven vattenverksamhet.

Skyldigheter enligt 11 kap. 8 § miljöbalken

Skyldigheter enligt 11 kap. 8 § miljöbalken ska inte fastställas med anledning av nu föreliggande ansökan då de planerade åtgärderna inte medför ändrade förhållanden jämfört med tidigare fortfarande rättskraftigt tillståndsgiven vattenverksamhet.

De befintliga anläggningarna utgörs av följande:

- förbiledningstunnel med bottenutskov (utskov 4)
- valvdamm
- klumpdamm ca 20 m, 11 m hög
- fyllningsdamm ca 100 m
- utskovsdamm (utskov 2 och 3)
- inlopp till intagskanal med intagslucka (4 st. spettluckor)
- intagskanal ca 200 m
- kanaldamm
- tunnelintag till kraftstation med isutskov (utskov 1)

Arbetsbeskrivning

Arbetena med utskoven utförs i två steg, Byggskede 1 och Byggskede 2. Detta för att vidmakthålla viss avbördningskapacitet under byggtiden. Byggskede 1 omfattar ombyggnad av utskov 3 och byggskede 2 ombyggnad av utskov 2.

Övriga arbeten föranleder ingen detaljerad tidsplanering. Åtgärder kommer att vidtagas för att hindra och begränsa inverkan av grumling. Arbetenas planering och utförande beskrivs ytterligare i den tekniska beskrivningen.

Miljökonsekvenser

Den i målet redovisade miljökonsekvensbeskrivningen (MKB) sammanfattas av sökanden enligt följande.

Planerade åtgärder står inte i strid med gällande översiktsplan för området. Närmaste boningshus är beläget ca 300 m söder om arbetsområdet. Solgenån är utpekad som Natura 2000 område med avseende på flodpärlmussla och utter. Tidigare läckage genom dammanläggningen kommer att upphöra efter att säkerhetshöjande åtgärder genomförts. Någon annan påverkan av betydelse förutses inte. Påverkan av ansökta åtgärder förorsakas främst genom lokal och temporär grumling. Grumlingarna bedöms inte komma att påverka de känsliga arter som omfattas av bevarandesyftet inom Natura 2000 området. Vare sig kulturminnen eller landskapsbild be-

döms kunna bli påverkad av ansökta åtgärder. Rivnings- och schaktmassor kommer inte att resultera i upplag eller deponier. Materialet kommer i allt väsentligt att återanvändas som fyllningsmassor. Förekommande asbestavfall kommer att omhändertas och transporteras i enlighet med gällande regelverk. Utöver schaktmassor om ca 500 m³ som återanvänds så kommer ca 2000 m³ bergmaterial i olika fraktioner att erfordras. Längs Solgenån går en kanotled. Befintlig upptagningsplats kommer inte att kunna nyttjas under arbetenas utförande. Sökanden ställer sig positiv till att medverka till alternativa lösningar under arbetstiden. Även framkomlighet över dammen kommer att vara begränsad under arbetstiden. Buller m.m. kommer att förorsakas av de maskiner som kommer att användas på arbetsplatsen. Naturvårdsverkets allmänna råd 2004:15 kommer att iakttas.

Hänsynsreglerna, 2 kap. miljöbalken

Sökanden, som är certifierad enligt ISO 14001, kommer att eftersträva ett miljöhänsynstagande för att begränsa utsläpp till luften eller andra emissioner.

2 kap. 2 § (kunskapskravet).

Sökande har god kännedom och kunskap om de förhållanden som är av betydelse för människors hälsa och miljön avseende planerade åtgärder och dess inverkan på vattenkvaliteten, vattenmiljön, övrig miljö och störningar. Vidare kommer sökanden att noga förvissa sig om att den entreprenör som kommer att handlas upp för att genomföra de planerade åtgärderna, äger motsvarande kunskap som erfordras.

2 kap. 3 § (skyddsåtgärder)

Arbetena kommer att utföras på sådant sätt att restprodukter samlas upp och transporteras på lämpligt sätt och till godkänd anläggning med beaktande av restprodukternas art. Hanteringen kommer att ske i enlighet med gällande regelverk och efter erforderliga samråd med berörd tillsynsmyndighet. Uppställningsplatser, tillfälliga upplag och användandet av maskiner etc. kommer att planeras på ett sätt som inte leder till skada på miljön eller för människor.

2 kap. 4 § (val av plats)

Valet av plats är givet av nuvarande dammanläggningars läge.

2 kap. 5 och 6 §§ (*hushållning och produktval*). Planerade åtgärder kommer att ske med hänsyn taget till att minsta möjliga användandet av kemiska produkter samt i de fall sådana erfordras skall sådana produkter användas som utgör minsta risk för människors hälsa eller för miljön. Schakt- och rivningsmassor kommer att i möjligaste mån återanvändas.

Alternativa åtgärder

De alternativa åtgärderna är i huvudsak följande.

1. Utförande enligt denna ansökan
2. 0-alternativet, d.v.s, att inga åtgärder vidtas alls.

Sammantaget bedömer sökanden att föreslaget alternativ 1 är det enda som tillgodoser såväl ekonomiska, miljömässiga som samhälleliga intressen.

Sakägare

Planerade åtgärder kommer i sin helhet att utföras på sökandens fastighet. Därutöver uppges upplysningsvis Alseda Skede FVOF.

Samråd

Samråd med länsstyrelsen i Jönköpings län hölls den 16 juni 2010. Länsstyrelsen bedömde och beslutade 2010-09-06 att ansökta åtgärder medför betydande miljöpåverkan. En samrådsredogörelse med därtill hörande bilagor har bifogats ansökan.

YTTRANDEN

Naturvårdsverket avstår från att yttra sig.

Fiskeriverket har anfört följande.

Effekterna av det uteblivna läckaget till den gamla huvudfåran vid en åtgärdad dammanläggning ska beskrivas tydligare. Det är högst sannolikt att skador på

skyddsintressena för Natura 2000 området uppstår p.g.a. minskat dammläckage. Möjliga åtgärder för att senast 2021 uppnå god ekologisk status i Solgenån ska redogöras för. Förslag på minimitappning till gamla huvudfåran ska lämnas då åtgärden, i motsats till vad sökanden hävdar, innebär nya förhållanden jämfört med nuvarande verksamhet. Vidare bör förslag på möjliga lösningar för en framtida fiskväg/omlöp presenteras. Barriäreffekten och fragmenteringen ska bort för att uppnå god ekologisk status och målet om levande sjöar och vattendrag. Då området utgör riksintresse enligt 4 kap. 6 § miljöbalken och är utpekad som Natura 2000 område för bl. a. skydd av flodpärlmussla och utter, ska också förutsättningar och tillgänglighet för öring bevaras/återskapas för att säkerställa flodpärlmusslans livscykel inkluderande på öring parasitiskt larvstadium. Förekommande korttidsreglering är en mycket effektiv metod att slå ut öringen med, då de små ynglen uppehåller sig i de grundare partierna nära åstränderna och blir kvar där torrlagda vid snabba förändringar i vattenföring. Fiskeriverket anser därför att det föreligger behov av komplettering av MKB:n kopplat till effekter på Natura 2000 området och de arter det är satt att skydda.

Kammarkollegiet har i ett första yttrande yrkat att miljödomstolen ska förelägga sökanden att komplettera miljökonsekvensbeskrivningen. Kammarkollegiet har anfört följande.

Kammarkollegiet finner inte skäl att ifrågasätta förutsättningar för att bevilja tillstånd till utförande av dammsäkerhethöjande åtgärder vid Klinte kraftverk.

Av länsstyrelsens beslut den 6 september 2010 enligt 6 kap. 5 § miljöbalken framgår att länsstyrelsen bedömt att den planerade ombyggnaden kommer att medföra betydande miljöpåverkan. Som grund för beslutet angavs att dammen ligger i direkt anslutning till ett Natura 2000 område och att det finns höga naturvärden i vattendraget nedströms, bl.a. flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla. Dessa arter finns upptagna på den svenska rödlistan och har bedömts som starkt hotade. Arterna är beroende av ett kontinuerligt vattenflöde i torrfåran och kommer sannolikt att påverkas mycket negativt av de planerade reparationsarbetena. Vidare kommer de planerade arbetena att ge upphov till en viss grumling av vattnet, vilket kan vara

negativt för musselarterna samt de fiskarter som finns nedströms dammen. Det är möjligt att vidta skyddsåtgärder för att minimera spridningen av uppgrumlat material. I området finns även kärlväxterna Skogsklocka, som är nära hotad enligt den svenska rödlistan, och Purpurknipprot, som är regionalt sällsynt.

Av det aktuella Natura 2000 områdets bevarandeplan (dnr 511-13186-06, fastställd den 26 september 2006) framgår att fortsatt eller utökad reglering av vattendraget och vattenkraftsutvinning som leder till att den naturliga fåran tidvis torrläggs identifierats som ett par av de största hoten för de utpekade värdena. Enligt Kammarkollegiets mening finns klara brister i underlaget i förhållande till den sökta verksamhetens påverkan på de i Natura 2000 området utpekade värdena. För att kunna utröna och ta ställning till den ansökta verksamhetens påverkan på angivna arter och konsekvenserna för dessa behöver miljökonsekvensbeskrivningen kompletteras i detta avseende.

Av miljökonsekvensbeskrivningen framgår att såväl uppströms som nedströms det aktuella området har fastställts villkor om minimivattenföring. Några uppgifter om eventuellt fastställt villkor avseende minimivattenföring på sträckan mellan Klintedammen och Brunnhultadammen framgår dock inte. Av utredningen framgår dock att genom Klinte dammanläggning förekommer läckage av vatten till Solgenåns naturliga fåra. Vidare uppges att vid ombyggnation av dammen kommer sådana åtgärder att vidtas att fortsatt läckage kommer att motverkas. Det saknas utredning av hur denna torrläggning av Solgenåns naturliga fåra kommer att påverka de skyddade arter som finns nedströms dammen. Enligt kollegiets mening måste miljökonsekvensbeskrivningen kompletteras med en utredning om vilken minimivattenföring som är nödvändig för att aktuella arters fortlevnad ska tryggas. Förslagsvis kan den i den tekniska beskrivningen för Klinte kraftverk angivna medelvattenföringen om 5 m³/s anses vara en rimlig minimivattenföring i den naturliga åfåran.

Av miljökonsekvensbeskrivningen framgår vidare att enligt avtal mellan Fortum Generation AB och Södra Cell AB, rörande Solgens reglering, kan Södra Cell AB hos Fortum begära tappning från Solgen för att uppnå 3 m³/s vid Emåns mynning.

Vilka effekter denna tappning har på det aktuella området och hur tappningen påverkar förutsättningarna för att föreskriva minimivattenföring i Solgenåns naturliga fåra finns dock inte beskrivet i utredningen. Miljökonsekvensbeskrivningen ska därför kompletteras även med sådan utredning.

Sökanden anger att verksamheten inte omfattas av tillståndsplikt enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken eftersom verksamheten påbörjats före 2001. Enligt Kammarkollegiets mening är dock den planerade ombyggnationen så omfattande att den inte kan anses påbörjad före 2001, t.ex. ska befintlig utskovsdamm ersättas med en ny, klumpdammens nedströmssida förses med isolervägg och åtgärder ska vidtas för att minska läckage i betongbeklädningen på nedströmssidan av nämnda damm, nya luckor ska installeras m.m. Vid detta förhållande omfattas således ansökta ombyggnation av tillståndsplikt enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken avseende påverkan på Natura 2000-området Solgenån.

Kammarkollegiet vill i detta sammanhang lyfta fram att vid en bedömning av de nu aktuella åtgärdernas tillåtlighet i förhållande till påverkan på de utpekade värdena ska, i enlighet med 7 kap. 28 b § miljöbalken, även tidigare medgivna åtgärder beaktas vid skadebedömningen. Tidigare åtgärder har inte prövats i förhållande till deras påverkan på det aktuella Natura 2000 området och Sveriges gemenskapsrättsliga åtaganden att bereda de inom området utpekade värdena särskilt skydd.

För det fall domstolen, sedan miljökonsekvensbeskrivningen kompletterats, skulle finna att Natura 2000 tillstånd kan lämnas ska, enligt Kammarkollegiets mening, sådant beslut förenas med villkor om kontroll och uppföljning av ombyggnationens påverkan på de för området utpekade värdena.

Miljö kvalitetsnormen för Solgenån har fastställts till otillfredsställande ekologisk status baserat på bedömningen att den hydromorfologiska påverkan är omfattande. Sökanden har angett att ansökta verksamhet inte bedöms medföra sådan påverkan på miljön att vattenförekomstens status försämras. Normen är dock fastställd till god ekologisk status 2021. Mot bakgrund av att flödes-, kontinuitets- och morfolo-

giska förändringar orsakar att Solgenån idag inte når normen god ekologisk status ska sökanden, enligt Kammarkollegiets mening, komplettera miljökonsekvensbeskrivningen på så sätt att där framgår hur sökanden kan säkerställa att miljökvälighetsnormen god ekologisk status nås 2021.

Länsstyrelsen i Jönköpings län har i ett första yttrande yrkat att ansökan och MKB:n kompletteras med uppgifter kring vilka åtgärder som kan vidtas för att den planerade verksamheten inte ska strida mot 8 kap. miljöbalken samt vilka åtgärder som kan vidtas för att den ekologiska statusen i vattendraget ska bli god. Länsstyrelsen anser att sökanden ska undervärdera den planerade åtgärdens påverkan på Natura 2000 området samt på de arter som omfattas av 8 kap. miljöbalken (utter, flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla). Länsstyrelsen menar att det är sannolikt att flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla kommer att försvinna från området genom åtgärderna. Länsstyrelsen bedömer därför att bestämmelserna i 8 kap miljöbalken är tillämpliga (jfr. dom M 1289-09 vid Växjö tingsrätt den 29 september 2009). Eftersom sökanden inte har berört denna fråga överhuvudtaget anser Länsstyrelsen att ansökan måste kompletteras i denna del. Länsstyrelsen anser vidare att sökanden ska redovisa vilka tänkbara alternativ (t.ex. fiskväg och/eller minimitappning) som kan finnas för att vattenförekomsten ska uppnå god ekologisk status.

Emåförbundet har anfört i huvudsak följande.

Förbundet instämmer i länsstyrelsens bedömning att den föreslagna ombyggnationen vid Klintedammen kommer att medföra betydande miljöpåverkan. Redan i dagsläget är Solgenån nedströms såväl Klintedammen som Brunshultadammen negativt påverkade av framförallt korttidsreglering och avsaknad av minimitappning i torrfåror. Den planerade ombyggnationen vid Klintedammen kommer högst sannolikt leda till en permanent torrläggning av torrfåran (Natura 2000 området) vilket innebär att såväl musslor som fisk slås ut. Tidigare har det alltid funnits ett visst läckagevatten från utskovet och andra delar av dammen vilket har bidragit till att musslor och vissa fiskarter överlevt. Avsaknaden (eller mkt ringa förekomst) av öring i torrfåran beror på tidvis mycket låga vattennivåer, vilket denna art inte klarar

av i längden p.g.a. syrebrist och höga vattentemperaturer. Detta medför också att flodpärlmusslan på sikt kommer att slås ut på sträckan om inte en minimitappning införs. Torrfåran nedströms Klinte kraftverk utgör Natura 2000 område och vattenförekomsten i sin helhet bedöms ha otillfredsställande status på grund av hydromorfologin. Emåförbundet gör bedömningen att måluppfyllelsen för bevarandeplanen för Natura 2000 området samt god ekologisk status 2021 inte kan uppnås med mindre än att man säkerställer ett minimiflöde i torrfåror och upphör med korttidsreglering vid såväl Klinte som Brunnhult kraftverk. På sikt behövs även fiskvandring förbi framförallt Brunnhult men även Klinte kraftverk säkerställas.

Miljö- och byggförvaltningen i Vetlanda kommun (MBF) har anfört i huvudsak följande. MBF delar Emåförbundets synpunkter. Förvaltningen bedömer vidare att det är viktigt att den kanotled som går förbi dammanläggningen fungerar under hela renoveringsarbetet. Bolaget måste därför tydligt anvisa/skyлта lämplig väg förbi arbetsområdet. Nya upptagnings- och iläggingsplatser kan behöva anordnas så att transporten förbi arbetsområdet kan ske på ett säkert sätt. Kemikaliehanteringen bör ske på ett sådant sätt att eventuella spill inte kan nå vattendraget. Tankning av fordon bör ske på ett säkert avstånd från vattendraget. Förvaring av kemikalier och farligt avfall bör ske i låst utrymme under tak och i täta invallade behållare som kan rymma det största kärlets hela volym + 10 % av övrig lagrad volym. Saneringsutrustning för kemikaliespill på land och i vatten såsom länsar, absorptionsmedel och uppsamlingskärl bör finnas tillgängligt på plats. Omfattningen av saneringsutrustningen kan bestämmas i samråd med tillsynsmyndigheten. Vid kemikaliespill bör tillsynsmyndigheten omgående kontaktas. Bolaget bör vidta lämpliga åtgärder så att grumlingen i vattendraget blir så liten som möjligt. MBF har ingen kännedom om någon förorenad mark, byggnad eller anläggning inom arbetsområdet. Om förorening upptäcks måste bolaget omgående avbryta arbetet och kontakta tillsynsmyndigheten. Bolaget förutsätts tillse att tillkommande massor inte är förorenade samt att eventuell kvittblivning av överskottsmassor sker på ett miljöriktigt sätt och i samråd med tillsynsmyndigheten. Bolaget bör slutligen ha en beredskapsplan i händelse av dammbrott eller höga flöden till följd av renoveringsarbetena som kan or-

saka översvämningar nedströms dammen. Beredskapsplanen bör tas fram i samråd med berörda myndigheter.

Älvräddarnas Samorganisation yrkar att ansökan kompletteras med ny MKB och att eventuellt tillstånd meddelas med villkor om minimitappning. I annat fall yrkar Älvräddarnas Samorganisation avvisning samt att tillståndsmyndigheten antingen omprövar hela verksamheten eller återkallar tillståndet.

SÖKANDENS BEMÖTANDE

Sökanden har, efter föreläggande från domstolen, inkommit med komplettering av MKB:n. Sökanden har vidare bemött de inkomna yttrandena enligt följande.

Målets avgränsning och rättslig argumentation

Tillstånd lämnades 1972 och 1974 till dåvarande Smålands Kraft AB och Vetlanda kommun till utförande av nuvarande kraftanläggning med tillhörande dammar, liksom uttömmande villkor för dämning, reglering samt vattenhushållningsbestämmelser. Skador och intrång mm som företaget bedömts medföra har skadereglerats. Tillstånd och villkor som tidigare lämnats har rättskraft.

Sökanden erinrar i detta sammanhang om den numera allmänt uttalade principen från miljööverdomstolen att dammsäkerhetshöjande åtgärder i sig inte föranlett att verksamheten i sin helhet ska prövas på nytt. Prövningen ska således avgränsas till att omfatta tillståndspliktiga åtgärder för att höja dammsäkerheten.

Ett rättsfall som är värt att erinra om är ett mål om dammsäkerhetshöjande åtgärder vid Lagfors kraftverk i Ljustorpsån i Timrå kommun där E.ON var sökande (Östersunds tingsrätt, miljödomstolen, dom 2008-06-18, M 540-08). Kammarkollegiet yrkande i målet att ett tillstånd skulle förenas med skyldighet att släppa en mintappning i åfåran motsvarande medellågvattenföringen. Som skäl anfördes bl.a. att området utgör riksintresse för naturvård, samt att det på grund av långvarigt läckage i dammen uppstått ett nytt naturtillstånd. En tätning av dammen skulle medföra en

förändring av driften och skadlig inverkan på miljön nedströms dammen. Även Timrå kommun, Fiskeriverket och fiskevårdsområdesföreningen anslöt sig till dessa synpunkter.

Miljödomstolen har i domskälen redovisat sin ståndpunkt avseende frågan om prövningens omfattning. Principen om en samlad prövning gäller endast miljöfarlig verksamhet. Ändring och lagning av dammar är definierat som en särskild typ av vattenverksamhet. Definitionen enligt miljöbalken är huvudsakligen densamma som i 1918 års vattenlag. Det har således sedan lång tid varit möjligt att ansöka om tillstånd till reparation av en dammanläggning utan krav på att hela verksamheten ska omprövas. Domstolen avslutar i denna del sin ståndpunkt enligt följande; "Frågan om mintappning förbi kraftverket kan således inte prövas i detta mål".

Miljödomstolens dom överklagades av Kammarkollegiet till miljööverdomstolen som fastställde miljödomstolens dom (MÖD 2009-05-07, M 5367-08) i domskälen angavs att man instämmer med miljödomstolens bedömning i målet. MÖD gör därutöver ett eget tillägg i frågan om prövningens omfattning enligt följande.

"E.ON har ett rättskraftigt tillstånd att under vissa villkor reglera vattenståndet vid och driva Lagfors kraftstation. En ansökan om att få bygga om regleringsdammen med enda syfte att underhålla och förbättra säkerheten vid denna kan inte föranleda en omprövning av hela verksamheten vid kraftstationen eller av villkor som inte har ett direkt samband med ombyggnaden. De frågor Kammarkollegiet väckt i målet om ändrad vattenhushållning mm får prövas enligt reglerna i 24 kap. 5 och 7 §§ miljöbalken.

Att ett delvis nytt naturtillstånd inträtt på grund av att en tillståndsgiven damm med åren blivit otät torde sakna betydelse för frågan om tillåtligheten att återställa dammen i tillståndsgivet och dammsäkerhetsmässigt förbättrat skick (jfr 24 kap. 1 § miljöbalken och 7 kap. 13 § lagen (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet)."

Slutsatsen av detta är enligt sökanden att gällande rätt utgör hinder i nu aktuellt mål för prövning av eventuella villkor om mintappning förbi dammen i Klinte.

Av den komplettering till miljökonsekvensbeskrivningen som sökanden ingivit framgår bl.a. följande.

Läckaget från Klintedammen innebär att vattenflödet i ”torrfåran” mellan Klintedammen och Brunnshultsdammen är cirka 200 l/s. Normal medel- och lågvattenföring på sträckan var innan regleringen 5 respektive 1 m³/s. Tätningen av Klintedammen medför att ”torrfåran” i stort sett kommer att bli torrlagd eftersom inget läckage av vatten då kan ske. Bedömningen är att utförande av dammförstärkande åtgärder liksom nollalternativet innebär att både flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla inte har möjlighet att fortleva i ”torrsträckan”.

Ett flertal åtgärder är nödvändiga att utföra om ett livskraftigt bestånd av flodpärlmussla ska kunna återskapas på torrsträckan mellan Klintedammen och Brunnshultsdammen. För det första måste en tillräckligt stor minimitappning införas. I Sverige har man aldrig utvecklat någon enhetlig metod för att bestämma minimitappningars storlek. Eftersom flödet är mycket variabelt under året så resonerar man att det flöde, som är bestämmande för fisk och annat akvatiskt liv, bör ligga närmare den lägsta än den högsta naturliga vattenföringen. Minimitappning har därför ofta blivit synonymt med lägsta naturliga lågvattenföringen. För den aktuella sträckan skulle det innebära en minimitappning på 1 m³/s.

Ett reproducerande öringbestånd måste etableras på ”torrsträckan” för att en livskraftig population av flodpärlmussla ska kunna återskapas. Fiskvägar måste anläggas vid nedströms och uppströms liggande kraftstationer för att öring ska kunna nå ”torrsträckan” genom migration av lekvandrande öring. Naturlig vandring av öring förbi Klinte och Brunnshults kraftstationer har dock varit förhindrad under lång tid. Det är därför inte sannolikt att det skulle gå att återskapa ett öringbestånd på ”torrsträckan” genom naturlig upp- eller nedvandring eftersom de genetiska egenskaperna för sådan vandring i kvarvarande öringbestånd sannolikt har försvunnit. För att

ett öringbestånd på ”torrsträckan” ska kunna etableras måste detta ske genom utsättning av ögonpunktad rom eller yngel av någon lokal odlad öringstam. Eftersom ”torrsträckan” endast är cirka 1 km är uppströms och nedströms belägna fiskvägar också en förutsättning för att vandring av öring ska kunna ske mellan led-, uppväxt- och födoområden. Dessutom krävs ett genutbyte mellan olika subpopulationer av öring för att upprätthålla ett livskraftigt bestånd och då är också fiskvägar nödvändiga att anlägga. Flyttning av flodpärlmusslor från andra områden för att stärka det svaga beståndet på ”torrsträckan” är sannolikt också nödvändigt.

Att återskapa ett livskraftigt bestånd av tjockskalig målarmussla på ”torrsträckan” torde vara mycket svårt. Det beror dels på att beståndet idag endast består av ett fåtal individer. Dessutom rådet det osäkerhet om vilka fiskarter som musslan behöver som värddjur i sin livscykel.

Återskapande av livskraftiga bestånd av både flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla kräver en väl genomtänkt strategi. Det är viktigt att vid planläggning av sådana åtgärder undersöka förutsättningarna inom större geografiska områden än bara enskilda sträckor mellan till exempel befintliga kraftverksdammar. I stället borde perspektivet lyftas till hela avrinningsområden. Med ett sådant perspektiv är förutsättningarna betydligt större att återskapande åtgärder ska kunna få avsedd effekt och kunna lyckas.

För arterna Skogsklocka och Purpurknipprot kommer två av totalt fyra växtplatser att försvinna i samband med utförandet av de planerade arbetena. Som skyddsåtgärd har ett samarbete med Vetlanda Botaniska Sällskap inletts för att utreda möjligheter att samla från frön de skogsklockor som blommat under sommaren för att så på lämplig plats. Dessutom kan småplantor från nuvarande lokal flyttas till annan lämplig växtlokal nästa vår.

Beträffande kanotleden ser sökanden positivt på att medverka till att en alternativ upptagningsplats på vänster sida anordnas. Kanottransport på land kommer därmed

att ske på motsatt sida. Vetlanda kommun kommer att informeras om förändring av upptagsplats så att vidare information kan ges i samband med kanotuthyrning.

Beträffande kemikaliehanteringen så kommet sökanden vid upphandling av entreprenörer ställa krav på säker hantering av kemikalier.

Det bergmaterial som köps in till projektet är rena massor. Eventuella överskottsmassor kommer att transporteras bort och omhändertas vid godkänd anläggning. Vid upphandling av entreprenör ställs krav på säker hantering av avfall. I den så kallade miljöplanen som upprättas av entreprenören ställs krav på en säker avfallshandling.

Vad gäller frågan om beredskapsplan i händelse av dammbrott eller höga flöden till följd av renoveringsarbetena så har bolaget ordinarie beredskapsplaner ÖDP. Under byggskedet kan det bli aktuellt att upprätta en Projektspecifik beredskapsplan som behandlar särskilda förhållanden under byggskedet.

Länsstyrelsen har i yttrande med anledning av sökandens kompletterande MKB anfört följande.

Länsstyrelsen har inte yrkat att hela verksamheten vid Klinte ska tillståndsprövas på nytt. Däremot menar länsstyrelsen, med stöd av 8 kap. miljöbalken med tillhörande förordning samt 24 kap. 1 § miljöbalken, att frågan om verksamhetens påverkan på flodpärlmussla samt tjockskalig målarmussla inte har prövats och därmed inte omfattas av tillståndens rättskraft. Länsstyrelsen anser därför att det i samband med ombyggnaden borde bestämmas en minimitappning till det naturliga vattendraget. Någon skadereglering gentemot enskilda intressen borde enligt länsstyrelsens mening inte bli aktuell.

Länsstyrelsen anser att sökandens komplettering av MKB:n fortfarande saknar några viktiga detaljer. Som sökanden skriver är det viktigt att ha en genomtänkt strategi för åtgärder och att dessa sätts in i ett större geografiskt område. Länsstyrelsen me-

nar att kompletteringen av MKB:n saknar just detta. Sökanden redovisar översiktligt möjliga åtgärder för att bevara flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla i den naturliga fåran nedströms Klinte, men konstaterar att det är svårt. Länsstyrelsen delar inte denna uppfattning. Öring, tjockskalig målarmussla samt flodpärlmussla förekommer i Solgenån nedströms Brunnhultadammen, som är nästa damm nedströms Klinte. Genom en minimitappning till det naturliga vattendraget nedströms Klinte samt en fiskväg med nuvarande minimitappning vid Brunnhultadammen skulle förutsättningarna för att kunna bevara ovanstående arter öka dramatiskt. Genom åtgärderna skapas möjligheter för öring och andra värd fiskarter att vandra mellan Klinte och Emåns huvudfåra, en sträcka på knappt 10 km.

Sammanfattningsvis anser Länsstyrelsen att artskyddsfrågan inte har prövats i de tillstånd som finns för Klinte och därmed inte omfattas av tillståndens rättskraft. Vidare menar Länsstyrelsen att det inte finns några juridiska hinder för att pröva frågan om en ev. minimitappning i det nu aktuella ärendet. Enligt länsstyrelsen finns det, med hänsyn till naturvärdena i Solgenån och Emån, starka motiv för en minimitappning. Det är vidare ett nationellt prioriterat område och det finns konkreta planer på andra åtgärder nedströms som i kombination med en minimitappning kommer att öka möjligheterna för de aktuella arterna att överleva. Länsstyrelsen anser därför att sökanden ska komplettera sin ansökan med ett mer utvecklat förslag till minimitappning och biotopvård på sträckan nedströms Klinte för att tillstånd överhuvudtaget ska kunna lämnas.

Sökanden har med anledning av länsstyrelsen yttrande reservationsvis framställt följande kompletterande yrkande.

För det fall att domstolen finner att den av länsstyrelsen påvisade förekomsten av i vart fall "ett exemplar" av den tjockskaliga målarmusslan" föranleder krav på dispens enligt 14 § Artskyddsförordningen (2007:845), så hemställs att domstolen tar upp till prövning enligt 21 kap. 3 § miljöbalken och meddelar sådan dispens.

Som grund för yrkandet har sökanden anfört i huvudsak följande.

Enligt Artskyddsförordningen så är det förbjudet att "avsiktligt störa djur/.../skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplats" (4 §). Förbudet avser sådana djurarter som i bilaga 1 till förordningen har markerats med "N" eller "n". Dispens från förbudet kan lämnas enligt 14 §.

Länsstyrelsen har i tidigare yttrande uppgivit förekomst av flera djurarter som är skyddsvärda. Av dessa djurarter är endast den tjockskaliga målarmusslan (*Unio crassus*) markerad med beteckningen N i bilagan till artskyddsförordningen. Länsstyrelsen redovisar observation och förekomst av ett exemplar av den tjockskaliga målarmusslan i berört vattendrag och utesluter därför inte att flera exemplar kan finnas.

Bolagets uppfattning är, i första hand, att tidigare meddelat tillstånd till Klinte dammanläggning samt meddelade vattenhushållningsbestämmelser är rättskraftiga och gällande mot alla och envar. Rättskraften omfattar rätt att bibehålla och underhålla dammanläggningen. Vidare att frågan om effekterna av torrläggning av älvfåran har varit uppe till bedömning i tillståndsmålet. Bestämmelsen om omprövning av villkor i 24 kap. 5 § p. 3 miljöbalken "om det till följd av verksamheten eller åtgärden har uppkommit någon olägenhet av väsentlig betydelse som inte förutsågs när verksamheten eller åtgärden tilläts" är den adekvata bestämmelsen som torde vara tillämplig då fråga om tillkommande eller ändrade villkor bedöms erforderliga, som möjligtvis i detta fall. Något omprövningsförfarande är i dagsläget inte aktuellt.

Skulle emellertid domstolen finna att förordningens bestämmelser ska uppfattas så att dispens är erforderligt, som i detta fall, så yrkar bolaget att domstolen prövar dispensfrågan.

Länsstyrelsen har i nytt yttrande uppgett att de anser att de sökta åtgärderna kräver dispens enligt 14 § artskyddsförordningen (2007:845) för att torrlägga den naturliga åfåran nedströms Klinte kraftverk. Länsstyrelsen ställer sig vidare positiva till att mark- och miljödomstolen tar upp frågan om artskyddsdispens till prövning i sam-

band med tillståndsprövning av dammsäkerhetshöjande åtgärder vid Klinte kraftverk i Vetlanda kommun. Länsstyrelsen anser samtidigt att det underlag som sökanden gett in inte är tillräckligt för att kunna pröva frågan om artskyddsdispens.

Länsstyrelsen har vidare anfört bl.a. följande.

Tillstånden enligt vattenlagen (1918:523) för Klinte kraftverk gäller såsom ett tillstånd enligt miljöbalken. Det har således, enligt 24 kap. 1 § miljöbalken, rättskraft mot alla såvitt avser de frågor som prövats i tillstånden. Vid tidpunkten för tillstånden var det emellertid inte aktuellt att pröva sådana frågor som numera omfattas av bestämmelserna om fridlysning i artskyddsförordningen. Någon prövning av sådana frågor har således inte gjorts i samband med prövningen av Klinte kraftverk och tillstånden saknar därför rättskraft i detta avseende (jfr Miljödomstolen i Växjö dom 2009-09-29, M 1289-09)

Vad gäller påverkan på Natura 2000 området finns det bestämmelser som undantar verksamheter som påbörjats före den 1 juli 2001 från tillståndplikten i 7 kap. 28 a § miljöbalken. Det saknas dock motsvarande övergångsbestämmelser till artskyddsförordningen som undantar verksamheter som påbörjats innan fridlysningsbestämmelserna trädde i kraft från kravet på dispens. Länsstyrelsen menar därför att en dispens enligt 14 § artskyddsförordningen krävs för att vidmakthålla en nolltappning till torrfåran.

Kammarkollegiet har i nytt yttrande med anledning av sökandens komplettering till MKB och nytt yrkande om dispens från artskyddsförordningen anfört följande. Kammarkollegiet bestrider att dispens lämnas för att döda och skada förekommande arter som skyddas enligt artskyddsförordningen.

Kollegiet delar länsstyrelsens uppfattning och konstaterar att dispens inte kan komma ifråga när det finns en rimlig åtgärd, minimitappning, att vidta som innebär att arterna inte slås ut och skadas/dödas. Kammarkollegiet konstaterar vidare att även flodpärlmusslan numera har det högsta skyddet d.v.s, arten klassas som starkt hotad.

Kollegiet delar länsstyrelsens inställning att det av det tidigare tillståndet inte framgår att tillståndshavaren har en rätt att skada förekommande musslor nedströms dammen. Istället gäller enligt dåvarande 2 kap. 29-31 §§ 1918 års vattenlag, numera 2 kap. 3 § miljöbalken, att tillståndshavaren ska bedriva sin verksamhet så att nedströms liggande allmänna intressen inte skadas. Oavsett hur det förhåller sig med en eventuell rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken får rättskraftstolkningen i detta mål inte komma i strid mot Sveriges åtaganden mot EU.

Kammarkollegiet yrkar att det för den sökta verksamheten ska föreskrivas följande villkor.

Fördelat under året på det sätt som tillsynsmyndigheten beslutar ska tillståndshavaren i den naturliga fåran släppa minst 1000 l/s eller tillrinningen om den är lägre.

Mark- och miljödomstolen överlåter enligt 22 kap. 25 § miljöbalken åt tillsynsmyndigheten att närmare fastställa den årliga fördelningen av villkorad minimitappning.

Länsstyrelsen har efter huvudförhandlingen i målet i skrivelse anfört följande.

Länsstyrelsen har utfört en förnyad inventering av stormusslor nedströms Klinte i Solgenån. Vid inventeringen konstaterades ytterligare 3 levande individer av tjockskalig målarmussla. Vid en förnyad kontroll av kartavgränsningen av Natura 2000 området nedströms Klinte kan länsstyrelsen konstatera att denna är mindre ändamålsenlig då den inte omfattar vattenfåran längst västerut. Länsstyrelsen ska därför ta initiativ till att ändra avgränsningen av Natura 2000 området. Länsstyrelsen vidhåller dock att avgränsningen av Natura 2000 området inte är avgörande för den fortsatta prövningen av ärendet. Det är istället påverkan på arter som omfattas av artskyddsförordningen som är avgörande.

Kammarkollegiet har i nytt yttrande efter huvudförhandlingen i målet anfört i huvudsak följande. Kammarkollegiet finner att beträffande frågan om vad som tidigare har prövats enligt 24 kap. 1 § miljöbalken utgör detta en bevisfråga. Bevisbördan åligger sökanden. Såvitt det kan förstås åberopar sökanden de nu ingivna domarna och beslut i ett försök att visa att sökanden befriats från skyldigheter beträffande

fiskens gång och att domstolarna i dessa beslut funnit att torrläggning av fåran får innebära att alla förekommande musslor, både de individer som fanns vid nämnda provningar och de individer som finns idag, får ske utan skyddsåtgärd, d.v.s. dödas.

Kammarkollegiet har gått igenom samtliga domar som sökanden åberopar. Enligt utslaget år 1922 villkoras detta på följande sätt. De av statens fiskeriintendent och fiskeriingenjör för fiskens upp- och nedgång vid dammanläggningen föreskrivna anordningar ska efterföljas. Sökanden har inte bifogat fiskeriintendentens yttrande i målet från 1922. Tolkningen av villkor får därför bli utifrån de skyldigheter och omfattning som då gällande lagstiftning angav enligt bl.a. bestämmelsen i 2 kap. 8 § 1918 års vattenlag. Kammarkollegiet har funnit att i 1974 års dom tas frågan om fingrindar upp, vilket klart visar att det finns skyldigheter för anordningar som inte har upphävts enligt 1922 års dom.

Om en dom eller utslag inte innehöll någon ”särskild föreskrift” gällde alltså lagens regler om vidtagande och underhåll av nödiga anordningar och släppande av nödigt vatten. Kammarkollegiet vill särskilt påpeka detta, att nämnda bestämmelse gällde för envar dvs det behövdes att domstolen särskilt beslutade om befrielse från detta krav, om det inte finns något sådant beslut om befrielse skulle byggandet ske i enlighet med lagens krav. Detta behövde alltså inte domstolen särskilt förordna om. Lagens krav gällde fullt ut. Kammarkollegiet vill också påpeka att tolka domar e contrario inte är en tolkningsmetod som får användas enligt juridisk metodik.

I 1963 års dom befrias ett antal kraftverk, inkl. Klinte, från skyldigheten att hålla ålyngelledare. Det framgår inte av domen att Klinte befrias från övriga skyldigheter enligt 2 kap. 8 § vattenlagen eller skyldigheterna i 1922 års dom för övrig fisk. Det har sålunda inte prövats att Klinte ska få full befrielse från att hålla anordningar för fiskens upp- och nedgång samt tappa vatten för nedströms liggande intressen.

I yrkandet i mål AD 57/1970 framgår att man inte sökte att vissa tidigare vattenhus-hållningsbestämmelser för Klinte skulle upphävas, vilket dock görs för Aspö, Bruksgården etc.

1974 års dom är en deldom. I deldomen framgår t.ex. att inte ens frågan om slutlig befrielse från skyldighet att hålla fingrindar kommer att upptas till behandling i deldomen utan att den kommer prövas senare. Eftersom frågan om fingrindar sköts upp visar detta på att skyddsåtgärder för fisk gällde alltjämt.

Kammarkollegiet vill påpeka att ingenting om förekommande musslor nämns i något av de avgöranden som sökanden har åberopat. Sammanfattningsvis har sökanden inte ens förmått visa att skyldigheten enligt 2 kap. 8 § vattenlagen och 1922 års dom om anordningar och att tillsläppa för ändamålet nödigt vatten har upphävts.

Vidar är det uppenbart att utförandet av anläggningen och driften av densamma har inneburit att musslorna har kunnat leva vidare. Om tillstånden skulle innebära att dammen skulle vara helt tät och inget vatten släppas för nedströms intressen har man tydligen inte tagit det tillståndet i anspråk fullt ut.

I 26 kap. 9 § miljöbalken anges att tillsynsbeslut inte får inskränka det som har prövats, med vissa angivna undantag om allvarliga miljökonsekvenser. Enligt Kammarkollegiets mening ska undantaget tillämpas när risk finns för dödande av starkt hotade arter och för att klara åtagandet mot EU.

I de bestämmelser som gäller om tillståndsprövning finns ingen bestämmelse om att nya villkor inte får föreskrivas med stöd av 16 kap. 2 § andra stycket miljöbalken för den ansökta ”tätningsverksamheten”. Ett villkor om minimitappning till stöd för nedströms arter möter alltså inte hinder enligt 16 eller 22 kap. miljöbalken. Om sökanden anser att den nu sökta verksamheten inte är en ändring av den tidigare vattenverksamheten utan utgör en ”egen vattenverksamhet” ska denna alltid förenas med de villkor som behövs enligt 2 kap. 3 § och 11 kap. 8 § miljöbalken.

Om mark- och miljödomstolen, trots det ovan anförda, skulle anse att hinder föreligger åberopar Kammarkollegiet 26 kap. 9 § tredje stycket miljöbalken analogt dvs. dödande av starkt hotade arter och åtagande mot EU är sådana fall där rättskraft ska

få brytas igenom. Den nämnda bestämmelsen ger vid analog tillämpning sålunda domstolen möjlighet att föreskriva de villkor som behövs i detta fall.

Kammarkollegiet yrkar ersättning för rättegångskostnader med dels 25 000 kronor för Per Ingvarssons utredning och närvaro vid huvudförhandlingen i målet, dels 8 000 kronor för kollegiets eget arbete i målet.

Sökanden har i bemötande av Kammarkollegiets och länsstyrelsens yttranden efter huvudförhandlingen anfört i huvudsak följande.

Länsstyrelsen har nu inkommit med kompletterande uppgifter om den tjockskaliga målarmusslan. Man kan nu redovisa att antalet musslor som upptäckts i torrfåran ökat med ytterligare tre stycken. Sannolikt förväntas att ännu några fler ska kunna finnas där.

Länsstyrelsen har tidigare och även i samband med huvudförhandlingen i målet anfört att man påträffat 1 (en) tjockskalig målarmussla i torrfåran nedströms Klintedammen. En mussla som är förtecknad i bilaga till Artskyddsförordningen och som där betecknats med högsta skyddsvärde. Huruvida denna enda mussla – under antagande av att där möjligtvis kan finnas flera kan bära upp kravet på dispens enligt samma förordning, ävensom att villkor skulle kunna föreskrivas som inskränker gällande rättskraftiga tillstånd, är en fråga som sökanden har svårt att förstå.

Frågan är vilken betydelse den senkomna kompletterande uppgiften har. Det har omvitnats och det är oemotsagt att det för livskraftig reproduktion av musslan krävs fler individer och detta i sin tur förutsätter dels att befintliga vandringshinder nedströms undanröjs, dels förekomst av nödvändig värdfisk, samt dessutom ett tillräckligt stort kontinuerligt vattenflöde. Beträffande nu påträffade individer av musslan så framstår det som uppenbart att dessa inte är resultat av reproduktion efter det att Klintedammen uppfördes.

Sökanden anser inte att de nu, efter huvudförhandlingen, redovisade ytterligare tre individerna av tjockskalig målarmussla förändrar den bild som redan tidigare redovisats av såväl länsstyrelsen som sökanden. Det finns, som tidigare påvisats, andra områden där livskraftiga bestånd med ett stort antal individer finns som kan motivera insatser och uppoffringar för att om möjligt bevara och utveckla dessa områden. Torrsträckan nedströms Klintedammen kan inte anses vara ett sådant område i dagsläget.

Beträffande Kammarkollegiets yrkade rättegångskostnader har sökanden följande invändningar och synpunkter. Den utredning som Kammarkollegiets ombud vid huvudförhandlingen redovisade och som nu Kammarkollegiet begär 25 000 kronor i ersättning för måste anses till väsentliga delar inte ha haft betydelse för målet. Beloppet är för det första överifierat och för det andra väsentligt för högt. Inte heller framstår utredningen som framtagen specifikt för målet. Det framstår snarare som en sammanställning av bildmaterial och manus som tagits fram redan tidigare och som har karaktären av återanvändning. Vad som redovisades var mer allmänt hållet och till uttrycket av undervisande format avseende biologisk mångfald i vatten, musslor, effekter av torrläggning av vattendrag, exempel på utveckling i olika vattendrag, allmänt om erforderliga restaureringsåtgärder m.m., Sökanden medger som skäligt för utförd prestation och närvaro vid huvudförhandlingen 10 000 kronor, vilket i sammanhanget måste anses frikostigt.

DOMSKÄL

Målet har överlämnats till mark- och miljödomstolen den 2 maj 2011 i samband med att miljödomstolens verksamhet upphört.

Miljödomstolen har i samband med huvudförhandlingen i målet hållit syn. Därvid har besetts bl. a. utskoven, utskovsdammen mm vid dammanläggningen. Vidare besågs bl.a. Solgenån ca 400 m nedströms dammen.

Sökanden har erforderlig vattenrättslig rådighet.

Kammarkollegiet m.fl. har gjort gällande att brister föreligger i den redovisade miljökonsekvensbeskrivningen och då främst vad gäller påverkan på det nedströms liggande Natura 2000 området. Mark- och miljödomstolen anser, med beaktande av de åtgärder som ska vidtas vid Klinte kraftverk, att redovisad miljökonsekvensbeskrivning med den komplettering som sökanden gjort, får anses tillräcklig. Även underlaget i övrigt får anses tillräckligt för att domstolen ska kunna pröva ansökan.

Miljökonsekvensbeskrivningen ska därför godkännas.

Av sökandes redovisning framgår det för mark- och miljödomstolen helt klart att de föreslagna åtgärderna är nödvändiga och ändamålsenliga för att säkerställa dammanläggningen. Mark- och miljödomstolen anser att de ansökta åtgärderna uppfyller miljöbalkens tillåtlighetsregler. Det kan även noteras att ingen av remissmyndigheterna har något att erinra i fråga om åtgärdernas tillåtlighet.

Tillstånd till de säkerhetshöjande åtgärderna ska ges.

Beträffande Kammarkollegiets och övriga remissmyndigheters krav på villkor om minimitappning i den naturliga åfåran med hänsyn till naturvärdena i Solgenån och Emån, samt frågan om dispens från artskyddsförordningen och ev. tillståndsprövning enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken gör mark- och miljödomstolen följande bedömning.

Sökanden har tillstånd till befintliga vattenanläggningar och att driva kraftverket och reglera vattenståndet vid dammen på sätt som sker idag. Gällande tillstånd innehåller inget krav på att viss vattenmängd ska släppas i den naturliga åfåran. Nu föreliggande ansökan är begränsad till dammsäkerhetshöjande åtgärder. Miljööverdomstolen har i liknande mål som gällt tillstånd till upprustning och effektivisering av kraftverk slagit fast att det inom ramen en sådan begränsad prövning inte är möjligt att föreskriva skyddsåtgärder, som t.ex. villkor om minimitappning, som inskränker bolagets rätt enligt gällande tillstånd (Miljööverdomstolens dom 2010-09-09 i mål M 6061-09). Med hänsyn härtill ska yrkandet om minimitappning i nu fö-

religgande mål avslås. Det förhållandet att det i den naturliga åfåran påträffats arter som är skyddade enligt artskyddsförordningen föranleder inte mark- och miljödomstolen att göra någon annan bedömning. Det finns därför inte heller skäl att pröva frågan om dispens från artskyddsförordningen.

Nya villkor om minimitappning, utan tillståndshavarens medgivande, kan enligt mark- och miljödomstolens inte föreskrivas på annat sätt än efter ansökan om ändrade vattenhushållningsbestämmelser, och detta måste ske – om annan än tillståndshavaren ansöker – enligt bestämmelserna i 24 kap 5 och 7 §§ miljöbalken.

Vid synen framgick det att läckaget från dammanläggningen var påtagligt. Vid Solgenån, ca 400 m nedströms dammen, kunde domstolen även konstatera att flödet i ån var påfallande större än det flöde som kunde ses vid utskovsdammen (läckage från utskoven och utskovsdammen). Enligt mark- och miljödomstolens bedömning sker ett inte oansenligt läckage från främst kanaldammen. Kanaldammen, som inte är föremål för åtgärder inom ramen för denna ansökan, kommer även i fortsättningen att läcka vatten. Domstolen anser därför att påverkan på Natura 2000 området inte kommer bli större än vad som varit fallet under den tid som kraftverket funnits.

Att vidta åtgärder för att underhålla och förbättra säkerheten, som ansökan avser, anser domstolen åligger tillståndshavaren genom det rättskraftiga tillståndet. En underlåtelse att underhålla en anläggning kommer att medföra att anläggningen bryts ner med påföljd att läckaget ökar och anläggningarnas stabilitet försämras. Följden blir att naturtillståndet nedströms kraftverket successivt kommer att förändras. I förlängningen kommer ett bristande underhåll att medföra att tillståndet förfaller. Därför anser mark- och miljödomstolen att de förslagna dammsäkerhetshöjande åtgärderna är förenliga med givna tillstånd.

Någon tillståndsprövning enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken krävs inte eftersom verksamheten vid kraftverket påbörjades före den 1 juli 2001.

Enligt domstolens bedömning kommer de temporära åtgärder som blir aktuella under tiden för utförandet av byggnadsarbetena att ha begränsad påverkan. Någon permanent skada av betydelse till följd av dessa byggnadsarbetena kan inte förutses. Sökanden har förslagit försiktighetsmått som får anses tillräckliga. Mark- och miljödomstolen finner inte skäl att föreskriva ytterligare villkor.

Rättegångskostnader

Kammarkollegiet har i två yrkanden begärt ersättning för rättegångskostnader med totalt 33 000 kronor, varav 25 000 kronor avser ersättning för sakkunnige Per Ingvarssons medverkan vid huvudförhandlingen i målet och 8 000 för eget arbete. Av Kammarkollegiets första yrkanden om 29 000 kronor har sökanden medgivit 10 000 kronor. Mark- och miljödomstolen anser att Per Ingvarsson medverkan vid huvudförhandlingen inte tillförde målet något väsentligt i sak utöver vad som redan framkommit i de skriftliga yttranden som inkommit i målet. Med hänsyn härtill anser domstolen att sökanden av Kammarkollegiets första yrkande inte ska förpliktas utge högre ersättning än det medgivna beloppet. Kammarkollegiets tilläggsyrkande om 4000 kronor är enligt domstolen skäligt. Sökanden ska därför förpliktas att ersätta Kammarkollegiet för rättegångskostnader med totalt 14 000 kronor.

Domstolens bedömning av övriga frågor framgår av domslutet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 425)

Överklagande senast den 18 januari 2012.

Bengt Johansson

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Bengt Johansson, ordförande, och tekniska rådet Roger Ödmark samt de särskilda ledamöterna Jan Hällgren och Jan Malmström.