



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
060108

DOM
2014-02-12
Stockholm

Mål nr
M 1423-13

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2013-01-24 i mål nr M 1543-07, se bilaga A

KLAGANDE

1. Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

2. Älvräddarnas Samorganisation, 802442-7737
Kläppvägen 2B
880 30 Näsåker

MOTPART

Skäppentorps Kraftverk AB, 556538-3592
Strömsrum 310
384 92 Ålem

Ombud: Advokaten P S

SAKEN

Omprövning enligt 24 kap. 5 § miljöbalken av vattenverksamhet vid Duveströms kraftverk i Alsterån, Mönsterås kommun, Kalmar län

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Mark- och miljööverdomstolen undanröjer mark- och miljödomstolens dom och återförvisar målet till mark- och miljödomstolen för ny handläggning.

Dok.Id 1113636

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		

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Kammarkollegiet har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva den överklagade domen och bifalla Kammarkollegiets ansökan med följande villkor som ska gälla för tillståndet.

Verksamhetsutövaren, Skäppentorps Kraftverk AB, ska

1. anordna en fiskväg förbi kraftverksdammen och en fallränna/smolt- och beseränna vid kraftverket för att leda den nedvandrande fisken förbi kraftverket
2. släppa vatten till en mängd av minst 0,5 m³/s eller tillrinningen om den är mindre genom fiskvägen året runt
3. släppa vatten till en mängd av minst 0,1 m³/s genom fallränna/smolt- och beseledare under april och maj månad
4. efter tillsynsmyndighetens bestämmande stänga kraftverket i 12 timmar under 4 dagar per månad (48 timmar/mån.) i augusti, september och oktober och under denna tid släppa hela tillrinningen till torrfåran. Vid flöden över 35 m³/s är sådan s.k. klunkning inte nödvändig
5. biotopvårda torrfåran enligt tillsynsmyndighetens bestämmande för upp- och nedströmsvandrande fisk

De nya villkoren föreslås börja gälla mot verksamhetsutövaren, Skäppentorps Kraftverk AB, när två år förflutit från det att de vunnit laga kraft.

Grumlade arbeten med fiskvägen ska om möjligt undvikas under tiden 1 september – 10 november.

Verksamhetsutövaren, Skäppentorps Kraftverk AB, ska anmäla till mark- och miljödomstolen och till tillsynsmyndigheten när arbeten som följer av de nya villkoren har färdigställts.

Ett kontrollprogram ska upprättas och ges in till tillsynsmyndigheten för godkännande utan dröjsmål efter det att domen vunnit laga kraft.

När arbetena är avslutade ska de utförda åtgärderna besiktas på verksamhetsutövarens bekostnad. Det ankommer på tillsynsmyndigheten att förordna en lämplig person för ändamålet.

Älvräddarnas Samorganisation har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen upphäver mark- och miljödomstolens dom och bifaller Kammarkollegiets ansökan.

Skäppentorps Kraftverk AB (bolaget) har bestritt överklagandena och – för det fall Mark- och miljööverdomstolen bifaller överklagandena – yrkat att bolaget tillerkänns rätt att enligt 28 kap. 10 § miljöbalken ta i anspråk mark- och vattenområden inom fastigheterna X och Y i Mönsterås kommun för biotopåtgärder samt för att anlägga fiskvägen och för framtida tillsyn och underhåll.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Kammarkollegiet har sammanfattningsvis anfört följande.

I målet är ostridigt att Duveströms kraftverk utgör ett definitivt hinder för bl.a. uppvandrande lax och laxöring. Idag finns inte skäl att befria verksamhetsutövaren från krav på att vidta sådana åtgärder som medför att fisken fritt kan passera förbi kraftverket. Ansökan syftar till att upphäva den befrielse från krav på hänsyn enligt 11 kap. 8 § miljöbalken som verksamhetsutövaren har sedan 1948 och 1960 eftersom förhållandena för bibehållande av undantaget inte längre föreligger.

Grunden för ansökan om omprövning av tillståndet är att det saknas föreskrift om nödvändiga anordningar för tryggnad av fiskets bestånd genom att befrielse från sådana åtgärder tidigare har medgetts av domstol. Förhållandena idag är sådana att det saknas skäl för befrielse från att vidta och för framtiden underhålla behövliga anordningar för fiskens framkomst och fiskets bestånd samt från att släppa fram vatten för ändamålet.

Det krävs att åtgärder vidtas som möjliggör fri och säker passage för fisken. Idag kan fisken passera alla nedströms liggande anläggningar. Att istället för villkor om åtgärder föreskriva en särskild fiskeavgift är uteslutet. Det saknas grund för att sänka den allmänna fiskeavgiften enligt 2 kap. 10 § äldre vattenlagen (1918:523), ÄVL.

Möjligheten att föreskriva krav på hänsyn enligt miljöbalkens hänsynsregler är knutna till betydande miljöskyddsskäl. Det innebär att det är ett stort allmänintresse att verksamhetsutövaren vidtar åtgärder till uppfyllande av miljöhänsyn. Kammarkollegiets förslag på villkor avser att uppfylla skullkraven enligt 2 kap. 3 § och 11 kap. 8 § miljöbalken. Det är fråga om att komplettera tillståndet med villkor innebärande krav på åtgärder med funktionen att medge säker framkomst förbi kraftverksdammen och kraftverket. Det förslag på utförande som Fiskevårdsteknik tagit fram är ett sätt att uppfylla kravet på åtgärd för fiskens framkomst samt att för ändamålet släppa nödvändigt vatten. Kammarkollegiets talan omfattar inte en prövning av tillstånd till byggande av en fiskväg enligt det förslag som M H på Fiskevårdsteknik tagit fram. När det är fråga om att utföra en fiskväg i anledning av dom meddelad efter omprövning enligt 24 kap. 5 § miljöbalken krävs ingen särskild ansökan enligt 11 kap. miljöbalken. Villkor som föreskrivs av domstolen i ett omprövningsmål kräver sålunda inget särskilt tillstånd enligt miljöbalken.

Duveströms kraftverk drivs som ett strömkraftverk och drivs alltså direkt med tillrinningen utan egentlig magasinering av vatten. Att släppa tillrinningen så som kollegiet föreslår medför inga negativa konsekvenser för miljön. Syftet med ansökan om omprövning är att komma tillrätta med verksamhetens negativa miljöpåverkan och förbättra miljön, inte att försämra den. Miljön påverkas negativt genom att den stora dammen även har byggts på med en plank som inte omfattas av lagligförklaringen. Den är olaglig och omfattas inte av någon rätt att bibehålla och använda för reglering. Av mark- och miljödomstolens domskäl framgår att domstolen inte kan bedöma vilken höjd dammen lagligen kan åsättas. Den kan enligt kollegiet inte åsättas någon annan höjd än den som framgår av domen rörande lagligförklaringen, vilken utgör det tillstånd som omfattas av ansökan om omprövning. Verksamhetsutövaren har endast rätt att dämna i enlighet med tillståndet.

Kammarkollegiets ansökan om omprövning med teknisk beskrivning från Fiskevårdsteknik AB utgår från denna förutsättning. Konsekvensen av detta är att det problem som mark- och miljödomstolen påstår föreligga när det gäller att fastställa villkor angående vattenhushållningen inte finns. De hydrauliska förhållandena redogjordes för vid huvudförhandlingen genom att de tekniska anordningarna redovisades av Mats Hebrand.

Bedömning enligt 2 kap. 7 § miljöbalken

Kammarkollegiet har beräknat minskningen av bruttoproduktionens värde till 4,6 %. Det som mark- och miljödomstolen påstår att kollegiets ansökan omfattar flera olika uppgifter om minskning av produktionsvärdet är fel. Kammarkollegiet frånfaller yrkandet, medgivandet, att om domstolen vid sin beräkning finner att kollegiets yrkande motsvarar ett värde över 5 % av bruttoproduktionens värde så yrkas att antalet dagar som kraftverket ska stängas minskas med en dag i augusti och/eller en dag i september. Denna justering innebär att ersättningsfrågan numera är en ickefråga. Kammarkollegiet vill här även åberopa att verksamhetsutövaren inte har framställt något yrkande om ersättning.

I förevarande mål om omprövning av tillståndet enligt 24 kap. 5 § miljöbalken ska proportionalitetsprincipen tillämpas. Det innebär att en avvägning mellan det allmänna och enskilda intresset ska göras och att en åtgärd måste vidtas på ett sådant sätt att det inte innebär att den enskilde får bära en oskälig börda. Verksamhetsutövaren har bestritt ansökan men har därmed inte visat att föreslagna villkor om fungerande fiskpassager och drift av dessa är orimliga enligt 2 kap. 7 § miljöbalken. Det är den som bedriver en verksamhet som ska visa att hänsynsreglerna uppfylls, inte Kammarkollegiet, se 2 kap. 1 § miljöbalken. Verksamhetsutövaren är även skyldig att skaffa sig den kunskap som behövs för att skydda miljön mot skada eller olägenhet, 2 kap. 2 § miljöbalken.

Omprövningsinstitutet innebär att verksamhetsutövaren har kunnat förutse att krav kan komma att ställas på nya försiktighetsmått, i detta fall ett upphävande av befrielsen från att vidta åtgärder för fiskens framkomst. På miljörättens område gäller försiktighetsprincipen och principen om förorenarens betalningsansvar. Bestämmelsen i 24 kap. 5 § miljöbalken har en sådan utformning att den medger omprövning av ett tillstånd vid förekomst av någon sådan omständighet som nämns i första stycket. I samtliga fall är möjligheten till omprövning knuten till betydande miljöskyddsskäl. Dessa har kollegiet visat föreligga och är ostridiga. Det är domstolen som ska göra rimlighetsbedömningen enligt 2 kap 7 § miljöbalken. Enligt kollegiet kan det enskilda intresset att få fortsätta verksamheten på sätt som hittills inte överväga det starka allmänna miljöintresset. Vad gäller påståendet om att Kammarkollegiet inte har visat att vandringsfisk kommer till kraftverket upplystes vid

huvudförhandlingen i mark- och miljödomstolen att det dagen innan hade setts flera havsöringar som försökte ta sig upp och förbi dammen.

Den i tillståndsdomen föreskrivna fiskeavgiften är inte en särskild fiskeavgift utan en allmän fiskeavgift. Kraftverksägaren har befriats från skyldighet rörande anordningar för åluppsamling. Några kostnader rörande ål har inte heller visats av kraftverksägaren.

Tvångsrätt enligt 28 kap. MB

Mark- och miljödomstolen har i domen inte tagit upp att verksamhetsutövaren själv yrkat tvångsrätt. Verksamhetsutövarens eget yrkande framgår av protokollet från huvudförhandlingen. Av Kammarkollegiets ansökan med bilaga 8 och 9 framgår att markägarna medger yrkandet.

Kammarkollegiet vill slutligen även tillägga att lilla dammen och stora dammen utgör tillståndsgivna vattenanläggningar som tillhör verksamhetsutövaren med skyldighet att tillsyna och underhålla desamma.

Älvräddarnas Samorganisation har sammanfattningsvis anfört följande.

Enligt uppgifter från Länsstyrelsen i Kalmar län och Vattenmyndigheten för Södra Östersjön finns idag fri vandring för lax och havsöring i samtliga nedströms liggande dammar. Det är otvistigt att en fiskväg med funktionskrav i Duveströms kraftverk skulle medföra att ett av huvudproblemen för att nå miljökonsekvensnormen i förevarande vattenförekomst, bristande kontinuitet, skulle ges en lösning helt i linje med det avrinningsperspektiv som svenska vattenmyndigheter ska arbeta efter. Därmed skulle stora arealer för lek- och uppväxt uppströms Duveströms kraftverk kunna tillgängliggöras för lax och havsöring. Som medlemsnation i EU är Sverige skyldigt att implementera bland annat ramvattendirektivet. De regionala vattenmyndigheterna och även Havs- och vattenmyndigheten kan visa att vandringshinder är det rent kvantitativt enskilt största problemet för att uppnå miljökonsekvensnormerna i Sveriges strömmande vattenförekomster. Tillsyn och omprövning är de två viktigaste instrumenten för att uppnå kraven. Sverige har genomfört EU:s ramdirektiv för vatten (2000/60/EG) framför allt genom bestämmelser om miljö kvalitetsnormer och åtgärdsprogram i 5 kap. miljöbalken. I 5 kap. 2 § miljöbalken

finns fyra kategorier av miljö kvalitetsnormer angivna i punkterna 1–4. De tre första kategorierna är klart definierade i balken medan den fjärde kategorin, till vilken miljö kvalitetsnormer för yt- och grundvattenförekomster hör, utgörs av normer som anger övriga krav på kvaliteten på miljön som följer av Sveriges medlemskap i EU. När det gäller miljö kvalitetsnormernas rättsverkan finns det en skillnad mellan gränsvärdesnormer, målsättningsnormer och andra normer, vilket kan utläsas av 2 kap. 7 § miljöbalken. För normer som faller under 5 kap. 2 § första stycket 4 miljöbalken – som är aktuella i detta mål – har det ansetts tillräckligt att vid en individuell prövning tillämpa de grundläggande hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken (prop. 2009/10:184 s. 48). Det innebär således att 2 kap. 7 § första stycket ska tillämpas när det är fråga om en vattenförekomsts ekologiska status, men inte paragrafens andra och tredje stycke, som innehåller särskilda bestämmelser för gränsvärdesnormer. Regeringen har vidare, som en del av det svenska genomförandet av ramdirektivet, genom bestämmelser i 4 kap. förordningen (2004:660) om förvaltning av kvaliteten på vattenmiljön, vattenförvaltningsförordningen, beslutat att vattenmyndigheterna ska fastställa miljö kvalitetsnormer för vattenförekomster i form av s.k. kvalitetskrav. Dessa ska fastställas så att tillstånden i vattenförekomster inte försämras och så att god yt- och grundvattenstatus uppnås senast den 22 december 2015, om inte någon av bestämmelserna om undantag och avvikelser från detta kan tillämpas. Vattenmyndigheterna har därefter beslutat om miljö kvalitetsnormer för samtliga yt- och grundvattenförekomster. Dessa har kungjorts i föreskrifter från respektive länsstyrelse.

Enligt 5 kap. 3 § miljöbalken ska myndigheter och kommuner svara för att miljö kvalitetsnormerna följs. Normerna ska således tillämpas i bl.a. tillståndsärenden. I ett fall som detta innebär bestämmelserna att myndigheter, dit miljödomstolarna tillhör, och kommuner har ansvaret för att en miljö kvalitetsnorm för vatten följs och att krav därför kan ställas på skyddsåtgärder och försiktighetsmått för att normerna ska uppnås vid den angivna tidpunkten. Vidare är medlemsstaterna bundna av direktivets bestämmelser om icke-försämring och om att målen ska uppnås. Älvräddarna anser att det är av vikt att svenska domstolar medverkar till att vattendirektivets mål uppnås och att Kammarkollegiets ansökan bifalls. Av förarbetena till miljöbalken framgår att verksamhetsutövarens ansvar inte inskränker sig till att kontrollera att balkens bestämmelser och för verksamheten särskilt meddelade villkor efterlevs. Det ankommer

därutöver på denne att aktivt hålla sig informerad om verksamhetens påverkan på miljön även i den mån det inte är fråga om en i och för sig otillåten påverkan. Ett sätt att få en uppfattning om en verksamhets miljöpåverkan är att använda livscykelanalyser.

Älvräddarnas Samorganisation har i Mark- och miljööverdomstolen gett in och hänvisat till Länsstyrelsens i Kalmar län underlagsdokument till åtgärdsprogram inom vattenförvaltningen 2013-04-18 och ”Åtgärder i VISS – praktisk handledning av och teknisk dokumentation av åtgärdsplaneringen i VISS. Version 3.0”.

Bolaget har sammanfattningsvis tillagt följande.

Som dåvarande Miljööverdomstolen slog fast i dom den 8 maj 2006, M 4915-05, krävs för bedömningen hur ett villkor att släppa vatten bör vara utformat att det är fastställt hur fiskvägen ska se ut. Med hänvisning till att det fanns en mängd osäkra faktorer avslög Miljööverdomstolen Kammarkollegiets dåvarande ansökan. Som framgår av den överklagade domen skiljer sig Kammarkollegiets nuvarande ansökan – förutom yrkanden om inrättande av en fallränna för smolt och besår och förpliktande att släppa vatten till denna – från den tidigare ogillade ansökan i huvudsak på så sätt att Kammarkollegiet yrkar förpliktande för bolaget att även bygga fiskvägen. Det tekniska underlag som Kammarkollegiet åberopar i förevarande mål är lika bristfälligt som det underlag som Miljööverdomstolen hade att pröva i det förra målet. Bristfälligheterna avser bl.a. utskovet i den lilla dammen och att det saknas hydrauliska beräkningar som visar att antagna flöden inställer sig vid angivna vattennivåer. Parterna är därtill oense om skibordets höjd i stora dammen, vilket påverkar nivåerna i det av Kammarkollegiet föreslagna utskovet i lilla dammen och flödet till den tänkta fiskvägen. Det var därför inte möjligt för mark- och miljödomstolen att närmare bedöma hur den av Kammarkollegiet föreslagna fiskvägen är avsedd att utformas.

Vidare är de miljökonsekvenser som det av Kammarkollegiet yrkade vattensläppet kan medföra i dammarna och fiskvägen inte belysta. Som mark- och miljödomstolen konstaterade är det avgörande för mängden vatten som kan komma att släppas till fiskvägen vilken höjd som den stora dammen lagligen kan åsättas. Bolaget anser att mark- och miljödomstolen har fog för sin uppfattning att det får ankomma på Kammarkollegiet att ta ställning till frågan hur nyttan av de begärda åtgärderna skall vägas mot de kostnader som det medför för bolaget att genomföra åtgärderna. Då det är oklart hur fiskvägen skall

utformas är det inte möjligt att bedöma om de av Kammarkollegiet uppgivna kostnaderna för fiskvägen är sannolika eller rimliga när dessa skall jämföras med nyttan av skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått.

Vad Älvräddarnas Samorganisation har anfört kan inte föranleda ändring av mark- och miljödomstolens dom. Det är visserligen ostridigt att Duveströms kraftverk utgör ett definitivt hinder för bl.a. uppvandrande lax och laxöring men bolaget bestrider påståendet att lax och havsöring numera skulle nå fram till kraftverket. Kammarkollegiet har inte åberopat någon som helst utredning i detta avseende.

G P och U P, lagfarna ägare till fastigheten Y i Mönsterås kommun, har nu återkallat det tidigare av dem lämnade medgivandet till anläggandet av en fiskväg på deras fastighet och övriga därmed förenade åtgärder.

Bolaget har gett in och åberopat ett skriftligt utlåtande den 17 september 2013 av civilingenjören L K.

Miljönämnden i Mönsterås kommun (nämnden) har sammanfattningsvis anfört följande. Nämnden har vid ett flertal tillfällen sedan 2006 framfört sin uppfattning om angelägenheten av ett långsiktigt särkerställande av hållbara och kraftfulla åtgärder för fria vandringsvägar för biota förbi Duveströms kraftverk. Nämnden ställer sig bakom Kammarkollegiets lösning.

Länsstyrelsen i Kalmar län (länsstyrelsen) har sammanfattningsvis anfört följande. Kammarkollegiets överklagande ska bifallas. Det är olyckligt att Kammarkollegiets förslag på fiskväg och fallränna/smolt- och beseränna vid huvudförhandlingen i mark- och miljödomstolen hanterats som ett absolut alternativ till att lösa fiskvandringshindret vid Duveströms kraftverk. Kammarkollegiets förslag borde endast använts för att visa att funktionen av fiskväg och fallränna/smolt- och beseränna kan upprätthållas, med föreslagna tappningsvillkor, till en skälig kostnad för verksamhetsutövaren. Enligt 11 kap. 8 § miljöbalken är den som vill bedriva en verksamhet som kan skada fisket skyldig att utan ersättning vidta och för framtiden underhålla behövliga anordningar för fiskens framkomst eller fiskets bestånd och släppa fram vatten för ändamålet. Kammarkollegiet eller länsstyrelsen ska endast påtala att vattenverksamheten kan skada fisket. Det är

verksamhetsutövarens, inte Kammarkollegiets eller länsstyrelsens, ansvar att redovisa vattenverksamhetens miljöpåverkan och lämpliga åtgärder för att minimera denna. Föreliggande yrkande om villkor om att anordna fiskväg och fallränna/smolt- och beseränna bör ses som ett funktionsvillkor där verksamhetsutövaren ska använda bästa möjliga teknik och placering för att upprätthålla funktionen. Vidare bör fiskvägens funktion även inkludera möjlighet för simsvaga fiskarter att passera dammen och inte inskränkas till simstarka laxfiskar

Miljö kvalitetsnorm

Vattendraget har bedömts ha måttlig ekologisk status med ett kvalitetskrav på god ekologisk status år 2021. Anledningen till att vattendraget i dagsläget inte når upp till god ekologisk status är främst bristande kontinuitet. Att skapa vandringsvägar för den vattenlevande faunan är därför högt prioriterade åtgärder i vattendraget. Föreslagna åtgärder vid Duveströms kraftverk är mycket angelägna för den biologiska återställningen av Alsterån.

Vinst för fisk

Att skapa fiskpassage upp och ned förbi Duveströms kraftverk är inte endast viktigt för havsvandrande laxfisk. Fiskpassagen gynnar även den hotade ålen samt andra fiskarter och vattenlevande organismer. Det har tidigare i ärendet nämnts olika storlekar på de reproduktionsytor för öring som aktuell fiskväg möjliggör. Därför har länsstyrelsen för tydlighetens skull sammanställt ytor av lekområde, uppväxtområde och ståndplatser för öring både uppströms och nedströms Duveströms kraftverk. Sammanställningen av lekområde, uppväxtområde och ståndplatser är baserad på data från Länsstyrelsens biotopkartering som utfördes under 2001 i Alsterån. I karteringen har endast habitatens lämplighet för öring bedömts men det finns ett flertal andra strömlevande organismer som är beroende av dessa habitattyper (grus, sten, block). Utöver öring har 22 stycken fiskarter bedömts vara beroende av att kunna förflytta sig upp- och nedströms i ett vattendrag i varierande utsträckning.

Havs- och vattenmyndigheten har sammanfattningsvis anfört följande.

Den av Kammarkollegiet anlidade fiskevårdstekniska expertisen har den kompetens som behövs för att göra bedömningen om förslaget till lösning är tekniskt möjligt och rimligt att

genomföra. De tekniska oklarheterna som enligt mark- och miljödomstolen ansetts föreligga bör därför kunna besvaras genom en redogörelse för hur bedömningen gjorts gällande lösningens hydrauliska förutsättningar och tekniska robusthet. Den tekniska lösning som föreslås av Kammarkollegiet är en bättre lösning än den som föreslås av verksamhetsutövaren. Den lösning som föreslås av Kammarkollegiet bedöms fungera för många olika fiskarter och återskapar samtidigt en bättre ekologisk funktion i naturfåran. Den lösning som verksamhetsutövaren föreslår skulle eventuellt kunna fungera för laxfisk, men innebär inte tillräcklig hänsyn till ekosystemet som helhet och andra fiskarters vandringsmöjligheter. Förslaget till fiskpassage ligger inom ramen för vad som är skäligt att kräva av en kraftverksägare i ett Natura 2000-område där det finns stora behov av att återskapa fri fiskvandring. I ett antal domar under senare tid där det förelegat liknande naturvärden, har det ställts krav på villkor om fiskväg och minimitappning med medellågvattenföring (MLQ) till naturfåran. Kammarkollegiets förslag bedöms därmed inte innebära en orimlig ekologisk hänsyn för verksamhetsutövaren. Havs- och vattenmyndigheten vill framhålla att den typen av omlöp som planeras normalt kräver mindre underhåll än motsvarande, rent tekniska fiskvägslösningar. Att den lämpligaste lösningen innebär en fiskväg en bit ifrån huvuddämnet, bedöms inte försvåra verksamheten så mycket att en sämre lösning ska tillämpas.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Enligt 24 kap. 7 § miljöbalken har bl.a. Kammarkollegiet möjlighet att begära omprövning av ett tillstånd till miljöfarlig verksamhet eller vattenverksamhet enligt bestämmelserna i 5 § samma kapitel. Det är inte fråga om en tillståndsprövning enligt 11 kap. miljöbalken utan om att komplettera ett tidigare givet tillstånd med nya villkor. Vilken utredningsskyldighet som därvid åvilar Kammarkollegiet framgår vare sig av lagtext eller förarbeten. Klart är emellertid att denna på något sätt måste begränsas om inte möjligheten till omprövning ska bli illusorisk.

När det såsom i förevarande fall är fråga om omprövning av ett tillstånd till en vattenkraftsanläggning med yrkande om fiskväg i form av ett omlöp och minimitappning m.m. bör enligt Mark- och miljööverdomstolen följande krav kunna ställas på Kammarkollegiets ansökan.

Först och främst måste en grundlig miljöutredning presenteras som utvisar behovet av ändrade eller nya villkor och vilka risker sådana villkor i sin tur kan medföra för den omgivande miljön. En teknisk beskrivning som utvisar att det överhuvudtaget är möjligt att anlägga t.ex. ett omlöp samt en uppskattning av kostnaderna härför och för framtida drift och underhåll bör också inges till prövningsmyndigheten. När det gäller vilken produktionsmängd som tillståndshavaren är skyldig att tåla utan ersättning från staten gäller bestämmelsen i 31 kap. 22 § miljöbalken jämförd med 39 § första stycket 2 i miljöbalkens promulgationslag. Även övriga kostnader som de yrkade nya villkoren för med sig för kraftverksägaren, såsom kostnader för ansökningsförfarandet, byggkostnader (inklusive återstående detaljprojektering) och framtida kostnader för drift och underhåll måste beaktas vid den avvägning som ska göras enligt 2 kap. 7 § och 24 kap. 5 § sista stycket miljöbalken.

Ansökan bör även behandla frågan om eventuellt behov av och möjlighet att erhålla tvångsrätt för att kunna uppfylla de nya villkoren.

För att en talan om omprövning ska kunna prövas på ett meningsfullt sätt krävs emellertid medverkan av verksamhetsutövaren som i allmänhet är väl förtrogen med förhållandena på platsen och som har möjlighet att närmare redogöra för under vilka förhållanden verksamheten bedrivs. Verksamhetsutövaren kan sålunda inte bara hänvisa till brister i Kammarkollegiets utredning. I princip bör ansvaret för detaljprojektering ligga på verksamhetsutövaren som ju för sin egen del bl. a. har att väga kostnader i anläggningskedet mot kostnader för framtida underhåll och även väga in sitt strikta ansvar för dammsäkerheten. För att undvika en eventuell ytterligare tillståndsprövning torde det även vara lämpligt att verksamhetsutövaren redan i omprövningsmålet framställer yrkanden om tvångsrätt om sådan behövs för att uppfylla nya villkor.

I förevarande fall måste Kammarkollegiet i sin ansökan kunna utgå från att verksamheten bedrivs enligt de villkor som föreskrivits i tillståndsdomen. Någon osäkerhet vad gäller t.ex. skibordets höjd i stora dammen kan därför formellt sett inte anses föreligga i målet. Den påsadling med en plankor som tidigare funnits på stora

dammen är numera borttagen och utgör även av den anledningen inte längre någon fråga i målet.

Om mark- och miljödomstolen under målets handläggning finner att t.ex. frågan huruvida eventuella nya villkor om skadeförebyggande åtgärder ska påverka beslutet om fiskeavgifter eller andra villkor i 1948 års dom bör domstolen inom ramen för sin materiella processledning ta upp frågan med parterna.

Mark- och miljööverdomstolen finner att Kammarkollegiets ansökan om omprövning uppfyller de krav som rimligen kan ställas på en sådan. Kammarkollegiets omprövningstalan bör därför kunna upptas till prövning i föreliggande skick. Enligt instansordningens princip bör talan prövas materiellt i första instans.

Mark- och miljödomstolens dom ska på grund av vad som anförts undanröjas och målet återförvisas dit för ny handläggning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B
Överklagande senast 2014-03-12

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Lars Borg och Peder Munck, referent, tekniska rådet Dag Ygland och tf. hovrättsassessorn Erika Enlund.

Föredragande har varit Elena Landberg



VÄXJÖ TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2013-01-24
meddelad i
Växjö

Mål nr M 1543-07

SÖKANDE

Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

Ombud: Kammarrådet Torgny Norberg
Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 STOCKHOLM

MOTPART

Skäppentorps Kraftverk AB, 556538-3592, Strömsrum 310, 384 92 Ålem

Ombud: Advokaten P S

SAKEN

Ansökan om omprövning enligt 24 kap. 5 § miljöbalken av vattenverksamheten vid Duveströms kraftverk i Alsterån, Mönsterås kommun, Kalmar län.

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen prövar inte Kammarkollegiets yrkande om tvångsrätt.

Mark- och miljödomstolen avslår ansökan i övrigt.

Dok.Id 235000

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

BAKGRUND

Dåvarande Söderbygdens vattendomstol lagligförklarade Duveströms kraftverk i dom, 1948-11-05 (mål AD. 7/1948). I dag är det möjligt för lax och havsöring att passera nedströms belägna Torsrums kraftverk, dammen vid Gunneströms f.d. såg, Skälleryds kraftverk och Blomsterströms kraftverk. Duveströms kraftverk är inte möjligt att passera. Tillståndet för Duveströms kraftverk saknar villkor om fiskväg, minimitappning samt fallränna/smolt- och beseledare. För att bl.a. lax och havsöring skall kunna passera kraftverket och nå uppströms belägna områden för reproduktion och uppväxt samt att därefter kunna utvandra som smolt och besår, måste fiskväg och fallränna/smolt- och beseledare byggas.

YRKANDEN M. M.

Kammarkollegiet har såsom talan slutligt bestämts för att tillgodose det allmänna miljö- och fiskeintresset ansökt om omprövning enligt 24 kap. 5§ p. 1 och p. 11 miljöbalken samt 33§ lagen (1998:811) om införande av miljöbalken av tillståndet till vattenverksamhet vid Duveströms kraftverk i Alsterån.

Kammarkollegiet har yrkat att för tillståndshavaren ska utöver vad som tidigare gällt som villkor fortsättningsvis även gälla följande villkor;

- Bygga, sköta och för framtiden bibehålla en fiskväg i form av ett omlöp förbi kraftverksdammen och en fallränna/smolt- och beseledare vid kraftverket för att leda den nedvandrande fisken förbi kraftverket.
- Släppa minst 0,5 m³/s eller tillrinningen genom fiskvägen året runt.
- Släppa minst 0,1 m³/s genom fallränna/smolt- och beseledaren under april och maj månad.
- Efter tillsynsmyndighetens bestämmande stänga kraftverket i 12 timmar under 4 dagar (48 tim./mån.) i augusti, september och oktober och under denna tid släppa hela tillrinningen till torrfåran. Vid flöden över 35 m³/s är klunkning ej nödvändig.
- Biotopvårda torrfåran enligt tillsynsmyndighetens bestämmande för fiskvandring av upp- och nedströmsvandrande fisk.

Kammarkollegiet har vidare yrkat att de nya villkoren ska börja gälla mot tillståndshavaren när två år förflutit från det att de vunnit lagakraft och att tillsynsmyndigheten ska godkänna förslag till fiskväg, fallränna/smolt- och beseledare innan byggandet påbörjas.

Grumlande arbeten med fiskvägen ska om möjligt undvikas under tiden 1 september - 10 november.

För det fall att domstolen vid sin beräkning finner att kollegiets yrkande motsvarar ett värde över 5 % av bruttoproduktionens värde, yrkas i andra hand att antalet dagar som kraftverket skall stängas minskas med en dag i augusti och/eller en dag i september.

Vidare yrkar Kammarkollegiet att tillståndshavaren ska anmäla till domstolen och till tillsynsmyndigheten när arbeten som följer av de nya villkoren har färdigställts och att ett kontrollprogram ska upprättas och ges in till tillsynsmyndigheten för godkännande utan dröjsmål efter det att domen vunnit lagakraft. När arbetena är avslutade ska de utförda åtgärderna besiktas på tillståndshavarens bekostnad. Det ankommer på tillsynsmyndigheten att förordna en lämplig person för ändamålet.

Kammarkollegiet har avslutningsvis yrkat att tillståndshavaren ska tillerkännas rätt att enligt 28 kap. 10 § miljöbalken ta i anspråk mark- och vattenområden inom fastigheterna X och Y för biotopåtgärder samt för att anlägga fiskvägen och för framtida tillsyn och underhåll.

ANSÖKAN

Vattenföringar

Medelvattenföringen vid dammen uppgår till 10,5 m³/s, normal lågvattenföring till 1,5 m³/s och lägsta lågvattenföring till 0,1 m³/s.

Fiskvägens placering

I den tekniska beskrivningen med bilagor lämnas förslag om hur utformning, placering av fiskvägen, fallränna/smolt- och beseledare kan göras. Avsikten är att visa hur man skulle kunna göra. Det är inte något slutligt förslag. Det går att lägga fiskväg i såväl den lilla som den stora dammen.

Nytan av fiskvägen och tappningarna

Yrkade åtgärder och tappning kommer att vara av stor nytta i första hand för att möjliggöra passage för upp- och nedvandrande lax och öring. Även upp- och nedvandrande ål, som är en starkt hotad och rödlistad fiskart, samt andra i ån förekommande fiskarter och vattenlevande organismer har nytta av yrkade åtgärder och tappning.

Uppströms Duveströms kraftverk till Hornsö kraftverk finns sammanlagt 8,1 ha potentiella reproduktionsområden för lax och öring.

Fiskvandring förekommer i princip hela året. I Alsterån finns en regelbunden uppvandring av lax och havsöring. Större delen av uppvandringen är koncentrerad till perioden strax före lek under sensommaren och hösten. Det är därför nödvändigt att under denna tid periodvis stänga kraftverket för att locka fisk som står nedströms kraftverket till fiskvägen, så att den får möjlighet att ta sig upp genom fiskvägen. En tappning året runt möjliggör även reproduktion av havsöring i själva fiskvägen. Yrkad fallränna för smolt och besår möjliggör en passage förbi kraftverket vid smoltens och besarnas utvandring till havet på våren. Även ur miljö- och landskapsbildssynpunkt är det angeläget med en tappning året runt i den naturliga torrfåran.

Kostnader och skador

Enligt 39 § 1 st. punkt 2 i miljöbalkens promulgationslag är en kraftverksägare skyldig att utan ersättning tåla en skada motsvarande upp till 5 % av kraftverkets produktionsvärde. De i ansökan yrkade tappningarna motsvarar enligt sökandens redovisning 4,6 % av kraftverkets produktionsvärde. Några andra kostnader ska inte räknas in i den skada en kraftverksägare är skyldig att tåla. Sökanden anger vidare att kostnaden för föreslagen fiskväg och smolt- och beseräna torde nu uppgå till ca 700 000 kr. Därtill kommer kostnader för att genomföra avstängningarna för de s.k. klunkarna samt för skötsel och framtida underhåll, en kostnad som kraftverksägaren skall stå för. Underhållskostnaderna kan beräknas till 10 000 kr om året.

Planförhållanden

Några planer som strider mot ansökan föreligger inte.

Skyddsåtgärder

Kammarkollegiet anser att inga skyddsåtgärder än när arbetena utförs behöver vidtas eftersom några olägenheter inte uppkommer vid bifall till ansökan.

Tillåtlighet

Sökt omprövning strider inte mot föreskrifterna i 24 kap. 5 § fjärde stycket miljöbalken eller annan tillåtlighetsregel i balken.

Sakägare

Sökanden uppger att följande fastigheter kan beröras av yrkade åtgärder, fastighet X och Y båda belägna i Mönsterås kommun.

YTTRANDE**Skäppentorps Kraftverk AB**

Skäppentorps Kraftverk AB, företrätt av advokaten P S, har bestritt kollegiets talan och därvid framfört följande.

Inställning

1. Bolaget yrkar att mark- och miljödomstolen skall ogilla statens ansökan.
2. Bolaget gör gällande att mark- och miljödomstolen innan domstolen prövar de av staten yrkade villkorsändringarna först måste pröva om det kan meddelas tillstånd att anlägga fiskvägen och fallränna/smolt- och beseledaren. Det är först när det är fastställt hur fiskvägen och fallrännan/smolt- och beseledaren ska se ut som domstolen kan bedöma hur villkoren att släppa vatten bör vara utformade.

Bakgrund

Bolaget är ägare till fastigheten Mönsterås Z på vilken fastighet ifrå-gavarande kraftverk är beläget. Det är också bolaget som driver kraftverket och som därmed är att anse som tillståndshavare.

Miljödomstolen prövade i mål M 3188-03 en tidigare ansökan av Kammarkollegiet rörande omprövning av samma vattenverksamhet. Genom dom den 8 maj 2006 avslog Miljööverdomstolen i mål M 4915-05 Kammarkollegiets ansökan.

Därvid uttalade Miljööverdomstolen:

"För att Miljööverdomstolen skall kunna bedöma hur ett villkor att släppa vatten bör vara utformat krävs att det är fastställt hur fiskvägen skall se ut. Här finns en mängd osäkra faktorer. Kammarkollegiet och bolaget är inte överens om utformningen av fiskvägen. Det är oklart med vilken rätt som staten skall kunna anlägga det föreslagna nya utskovet i kraftverksägarens lilla damm, särskilt som kraftverksägaren motsätter sig ett anläggande. Det är först vid en prövning av fiskvägens mer exakta utformning, innefattande bl.a. inrättande av utskov och stigränna, som det är möjligt att ta ställning till hur ett villkor för kraftverksägaren att släppa vatten bör utformas. Mot bakgrund av detta anser Miljööverdomstolen att det nu saknas förutsättningar att ta ställning till om Kammarkollegiets ansökan skall bifallas. Eftersom Miljööverdomstolen saknar möjlighet att föreskriva om fiskvägens utformning skall, med bifall till bolagets andra-handsyrkande, Kammarkollegiet ansökan avslås."

Före Kammarkollegiets ingivande av nuvarande ansökan har det inte förekommit några som helst kontakter mellan parterna. Kammarkollegiet har således inte ens under hand försökt samråda med bolaget rörande utformningen av fiskvägen.

Orientering och tidigare avgöranden

Bolaget vitsordar vad staten i detta avseende anför rörande vattendomen från den 5 november 1948. Staten förbiser dock att omnämna att miljööverdomstolen den 8 maj 2006 i mål M 4915-05 ogillade en tidigare ansökan om omprövning från statens sida.

Bolaget vitsordar att det i sig är möjligt för lax och havsöring att passera nedströms belägna Torsrums kraftverk, dammen vid Gunneströms f.d. såg, Skälleryds kraftverk och Blomsterströms kraftverk. Det är vidare ostridigt att lax och havsöring inte kan passera Duveströms kraftverk. Det är även ostridigt att tillståndet för Duveströms kraftverk saknar villkor om fiskväg, minimitappning samt fallränna/smolt- och bese ledare.

Naturmiljön i området

Bolaget bestrider påståendet att lax och havsöring numera skulle nå fram till Duveströms kraftverk. Enligt bolaget har det inte i målet visats att genomförda åtgärder nedströms Duveströms kraftverk skulle ha haft nämnvärda effekter i form av ökad fiskvandring i riktning mot Duveströms kraftverk. Det är anmärkningsvärt att det inte visats några nya resultat.

Den nära nog 20 åriga fältinventering som staten åberopade i det tidigare målet är enligt bolaget inaktuell. Av statens ansökan i detta mål framgår inte hur hanteringen av

Duveström skall samordnas med övriga upp- respektive nedströms belägna kraftstationer för att såväl kraftproduktionen som förutsättningarna för fiskens vandring skall kunna ske på ett bra eller ens rimligt sätt. Detta gäller vid såväl kontinuerlig tappning som begärda klunkningar.

Alsteråns vattensystem ingår i ett Natura 2000-område. Utan en miljökonsekvensbeskrivning är det inte möjligt att bedöma de miljömässiga konsekvenserna av statens omprövningsansökan. Staten berör i sin ansökan överhuvudtaget inte behovet av en miljökonsekvensbeskrivning. Bolagets uppfattning är att ansökan måste kompletteras med en miljökonsekvensbeskrivning.

Avslutningsvis vill bolaget framhålla att mark- och miljödomstolen endast kan ta ställning till och pröva den utredning som staten åberopar i detta mål. Som framgår av statens ansökan är den utredning som staten åberopar i målet ytterst begränsad och enligt bolaget helt otillräcklig.

Fiskvägens och fiskrännans utformning och placering

Som framgår av miljööverdomstolens dom kan villkor meddelade med stöd av 24 kap. 5 § miljöbalken endast riktas mot tillståndshavaren, dvs. bolaget.

Till en början tvingas bolaget påpeka att staten inte har åberopat någon egentlig utredning utan enbart en teknisk beskrivning. Bolaget gör gällande att statens utredning är otillräcklig. Bolaget vill särskilt framhålla att det på s. 5 under avsnittet 2.4 anges att "Nedan presenterade beskrivningar utgörs enbart av bedömningar grundade på en översiktlig besiktning.". Vidare anförs i den tekniska beskrivningen på s. 6 under avsnittet 3 att "Anbudsgivare har dock möjlighet att komma in med eget förslag till utförande.". På s. 8 anges under avsnittet 3.2 att "Detaljerna i utformningen av det nya utskovets grundläggning kan avgöras först när området är torrlagt och uppschaktat då varken den befintliga skibordsdammens uppbyggnad eller de lokala grundläggningsförhållandena är kända i detalj". Dessa omständigheter påvisar enligt bolagets uppfattning att beskrivningen av hur fiskvägen skall anordnas är så osäker att ansökan redan av denna anledning inte kan bifallas.

Enligt bolaget måste även alternativa placeringar av fiskvägen utredas och övervägas. Särskilt säkerhetsmässiga och kostnadsmissiga skäl talar för att fiskvägen borde placeras på bolagets egen fastighet så nära kraftverket det är möjligt. Bolaget åberopar i detta avseende avsnittet 6.5 på s. 24 i Fiskevårdsteknik i Sverige AB:s utredning från 2000. Dessutom framgår av första stycket i avsnittet 7 på s. 25 i utredningen att det föreslås ett antal åtgärder för fortsatta överväganden. Därefter uttalar Fiskevårdsteknik i Sverige AB i stycke två i detta avsnitt att mera detaljerade förslag till utformning av fiskvägar vid varje enskild lokal bör tas fram. Dessa förslag bör enligt utredningen då utformas med tillräcklig stor detalj grad för att kunna användas som underlag vid en upphandling av byggentreprenaden. Slutligen påtalas att det vid genomförandet av detta steg är viktigt att i detalj anpassa fiskvägarna till de rådande vattenståndsförhållandena och de avsedda tappningarnas storlek.

Med utskovet till fiskvägen beläget långt in i skogen utan tillgång till väg skulle bolagets personal i samband med tillsyn och skötsel bli hänvisade till en lång och besvärlig

fotvandring genom snårig skog. Dessutom skulle personalen tvingas att med större regelbundenhet än för närvarande besöka kraftstationen. Dessa omständigheter kommer att medföra väsentligt förhöjda personalkostnader, som skall beaktas såväl vid beräkningen av de kostnader och de intäktsbortfall som bolaget skall tåla utan ersättning som vid bedömningen av om bolaget överhuvudtaget är skyldigt att tåla att staten inrättar fiskvägen. Bolaget vill vidare framhålla att det inte är ovanligt att såväl barn som vuxna uppehåller sig i den nu nästan torrlagda huvudfåran. Risken för personskador skulle därför bli betydande om vatten utan förvarning skulle släppas ut i den gamla huvudfåran enligt statens förslag.

Bolagets eget principiella alternativ för ombyggnationen är följande. Det långa skibordet (huvuddammen) är av hävd påsadlat med en planka om c:a 20 cm höjd över hela längden. Om en sådan planka med längden c:a 2 meter tidvis tas bort skulle ett tydligt koncentrerat vattenflöde erhållas. För att fisken skall klara aktuell hopphöjd kan till låg kostnad en mindre "bassäng" som ett mellansteg anläggas nedan den del där plankan skall tas bort. Arrangemanget bör av skötselskäl förläggas nära den högra stranden av huvuddammen och förses med enkel bryggkonstruktion för att göra platsen lättillgänglig. Eftersom statens underlag styrker behov av vatten endast under vissa kortare perioder är det bolagets uppfattning att det endast är motiverat att ta bort plankan under de dagar som staten anser angelägna för klunkning, sammanlagt tolv dagar enligt ansökan. Därvid föreslår bolaget att vid sådana tillfällen skall allt tillrinnande vatten upp till 2 m³ per sekund tappas via dammen. Detta större flöde är troligen en förutsättning för att vattenöverföringen i den gamla huvudfåran skall bli tillräcklig för fiskvandring, eftersom fåran är bred och påtagligt blockrik.

Den av staten föreslagna lösningen med en tappning med 0,5 m³ per sekund är av samma skäl helt verkningslös. Det av bolaget redovisade förslaget skulle enligt bolaget vara bättre och rimligare för nyttan för fisken, storleken på erforderlig investering samt storleken på inkomstbortfallet i kraftproduktionen. Bolagets förslag bygger på ett exempel till lösning som Fiskevårdsteknik i Sverige AB redovisade som ett principiellt tänkbart alternativ i utredningen från 2000. I detta avseende hänvisar bolaget till fig. 13 i bilaga 2 till utredningen. Förhållandena vid den långa överfallsdammen vid Duveström är principiellt identiska med de förhållanden som framgår av fig. 13.

Bolaget hävdar att bolagets förslag är bättre för fiskens vandringsmöjligheter än statens förslag. Enligt statens förslag skulle Alsteråns huvudfåra vara vandringsled för fisken under en lång sträcka. Därefter avses fisken fortsätta vandringen i kort omlöp. Enligt bolagets uppfattning ger 0,5 m³ per sekund i den breda huvudfåran där det finns stora stenblock mycket dåliga förutsättningar för fisken. Av detta skäl skulle den av bolaget under kortare tid föreslagna kraftigare klunkningen direkt via huvudfåran ge avsevärt bättre förutsättningar för fisken, som dessutom direkt skulle nå bassängtrappan utan att behöva söka sig vidare i ett mindre omlöp.

Staten redovisar inte i ansökan några avbördningskurvor för de båda fiskvägarnas inloppskapacitet. Det finns således inte någon utredning som styrker att resultatet skulle bli 0,5 m³ respektive 0,1 m³ per sekund. Enligt bolaget måste ansökan kompletteras med avbördningskurvor som redovisar flödet ut vid olika vattenstånd i dammen. Vattenståndet anges normalt variera mellan +9,1 m och +9,6 m. De verkliga flödena vid

de högre vattenstånden i dammen kan bli väsentligt högre än 0,5 m³ respektive 0,1 m³ per sekund.

Tidigare angavs vattennivån i dammen på Fiskevårdsteknik i Sverige AB-s ritningar till +9,4 m och stigrännan anpassad till den vattennivån. Numera har vattennivån angivits till +9,2 m och övriga mått anpassade till detta. Staten har således bortsett från den hävdvunna påsadlingen.

Den av staten föreslagna smoltrännen är helt ny och har tillkommit utan samråd mellan staten och bolaget. Bolaget motsätter sig anläggandet av en sådan smolträna. En sådan smolträna skulle ställa krav på manuell kontroll och skötsel. Det är enligt bolaget ogenomtänkt att man från statens sida tror att man skall kunna styra 0,1 m³ per sekund till detta lilla sidoutskov när flödet rakt igenom turbinen kan vara så mycket som 14 m³ per sekund och det dessutom finns ett flöde på åtskilliga m³ per sekund över det stora skibordet. Vidare indikerar smoltrännans konstruktion risk för omfattande underhåll. Smoltrännen uppges bli byggd av tryckimpregnerat virke, vilket dels är olämpligt i ett miljöperspektiv då ek istället borde väljas och dels skulle en sådan konstruktion vara påtagligt utsatt för skaderisker med åtföljande omfattande reparations- och underhållsbehov.

Då bolaget alltjämt motsätter sig det av staten föreslagna nya utskovet i bolagets lilla damm och fiskvägens mera exakta utformning fortfarande är otillräckligt redovisad anser bolaget på de skäl som miljööverdomstolen angav i domen, att det fortfarande saknas förutsättningar att ta ställning till om statens ansökan skall bifallas.

I detta avseende vill bolaget till sist framhålla att staten inte ens efter bifall till ansökan därmed skulle ha erhållit tillstånd att anlägga den föreslagna fiskvägen och i synnerhet inte inne på bolagets fastighet eller på fastighet för vilken medgivande därtill saknas.

Nyttan för fiskvården av fiskväg, fallränna och tappning

Bolaget hänvisar till en början till vad bolaget anfört ovan. Bolaget bestrider att reproduktionsområdet uppströms omfattar 8,1 ha. Däremot vitsordas tidigare uppgivna 1,3 ha.

Enligt bolaget måste man i detta sammanhang beakta samtliga kostnader och således även statens egna kostnader för att anlägga fiskvägen.

Bolaget hävdar därför att staten inte förmått visa att nyttan med fiskvägen skäligen kan anses motsvara den kostnad som bolaget drabbas av p.g.a. inrättandet av densamma. Bolaget är därför enligt 11 kap. 8 § miljöbalken inte skyldigt att tåla inrättandet fiskvägen och de med fiskvägen förenade inskränkningarna i driften av kraftstationen.

Bolaget bestrider vidare att det genom kraftstationens verksamhet skulle ha uppkommit en olägenhet av någon betydelse som inte förutsågs när verksamheten tilläts. Hinder mot bifall till statens ansökan föreligger därför enligt sista stycket 24 kap. 5 § miljöbalken, eftersom statens ansökan innehåller så ingripande villkor att verksamheten avsevärt försvåras.

Kostnader och skador

Det finns inte något mer preciserat underlag för kostnadsberäkningen av fisktrappan. Kammarkollegiet bör göra en kostnadsberäkning som går att visa för en entreprenör. Bolaget har ingett en kostnads kalkyl som visar att kostnaderna uppgår till 1 115 000 Kronor exkl. moms, vilket är mycket högre än Kammarkollegiet uppskattat. Kammarkollegiet har endast räknat in produktionsbortfallet i 5-procentsregeln. Bolaget anser att även anläggningskostnader samt underhålls- och driftkostnader ska räknas med.

Bolaget åberopar ett utlåtande av L K till bemötande av D Ö:s beräkningar. L K:s beräkningar ger ett produktionsbortfall på 7,2 procent. Dessa senare beräkningar ska ligga till grund för bedömningen av avstådd produktion.

Skyddsåtgärder m.m.

Enligt bolagets uppfattning måste inrättandet av en fiskväg enligt statens förslag förenas med erforderliga larmanordningar då den personal som skall släppa på vattnet inte samtidigt kan övervaka hela den gamla huvudfåran. De med en sådan larmanordning förenade kostnaderna måste därför beaktas i målet.

Fastigheter som berörs

Med hänvisning till vad bolaget ovan anfört gör bolaget gällande att den i statens ansökan intagna förteckningen över berörda fastigheter är ofullständig.

Naturvårdsverket

Verket har avstått från att yttra sig i målet.

Miljönämnden i Mönsterås kommun

En fiskväg vid Duveströms kraftverk är av stor vikt för Alsteråns vattensystem och ligger helt i linje med kommunens målsättning att främja biologisk mångfald och levande vattendrag.

Mervärdet av den planerade åtgärden är stort i kombination av de fiskevårdande åtgärder som redan har genomförts vid Skälleryd och Blomsterström. Åtgärderna skapar nya möjligheter för fiskvandring i en stor del av vattensystemet. Föreslagen utformning och reglering av fiskvägen med möjligheten för fiskars förbipassage vid kraftverket, både för uppgående och utvandrande fisk är mycket bra.

Även den förslagna kontinuerliga tappningen i "torrfåran" under hela året är värdefull då andra fiskarter utöver laxfiskar samt övrig flora och fauna gynnas väsentligt.

Vid anläggandet av fiskvägen bör eventuellt tillrinnande vatten i markledning som påträffas uppmärksammas. Om detta vatten bedöms vara av väsentligt annan karaktär än Alsteråvatten bör det ej avledas i fiskvägen utan släppas i huvudfåran eller omhändertas på annat sätt.

Miljödomstolen uppmärksammas på att bevattningsuttag sker i "torrfåran". Dessa finns ej finns med i beräkningarna av minitappningen.

Länsstyrelsen i Kalmar län

Länsstyrelsen tillstyrker omprövningen av gällande vattendom om att installera en fiskväg och smolt/beseledare vid kraftverket. Åtgärden får ses som mycket angelägen för den biologiska återställningen av Alsterån. Förutom havsvandrande laxfisk kan även andra fiskarter och vattenlevande organismer ha ett utbyte över större områden och öka den biologiska mångfalden efter det att den nya fiskvägen öppnats. Det föreslagna omlöpet kommer även att fungera som utmärkt vandringsväg för den rödlistade och akut hotade ålen. Ansökan är ett led i att skapa fria vandringsvägar upp till Hornsö vattenkraftverk.

Länsstyrelsen tillstyrker det ingivna förslaget på teknisk utformning av fiskvägen och Kammarkollegiets förslag till tappning.

Kammarkollegiet yrkar på att villkor meddelas om att släppa 0,5 m³/s genom fiskvägen året runt, att släppa minst 0,1 m³/s genom fallränna/smolt- och bese ledaren under april och maj, att - efter Fiskeriverkets bestämmande - stänga kraftverket (klunka) i 12 timmar under fyra dagar i augusti, september och oktober. Vid flöden över 35 m³/s är klunkning ej nödvändig.

Länsstyrelsen tillstyrker Kammarkollegiets yrkande med tillägget att klunkningarna skall ske varje lördag eller söndag under augusti, september och oktober mellan kl. 08.00 - 20.00.

Mönsterås kommun

Kommunen är mycket positiv till att förbättra förutsättningarna för fiskvandring i både Emån och Alsterån, samtidigt som de småskaliga vattenkraftverken är viktiga tillskott till energiförsörjningen.

Kommunen har aktivt deltagit i bland annat anläggandet av fiskvägarna vid Finsjö kraftverk i Emån och Skälleryds och Blomsterströms kraftverk i Alsterån.

Mönsterås kommun anser att en ny fiskväg vid Duveströms kraftverk är en viktig del i att skapa ännu bättre och längre fiskvandringmöjligheter i Alsterån och tillstyrker härmed en sådan anläggning.

Fiskeriverket

Några erinringar mot ansökan ur allmän fiskesynpunkt föreligger inte. Grumliga arbeten bör undvikas under den viktigaste delen av laxfiskens uppvandnings- och lekperiod, den 1 september - 10 november. Den aktuella stängningen av kraftverket, 12 timmar under fyra dagar i augusti, september och oktober, ska ske efter tillsynsmyndighetens bestämmande.

Kammarkollegiet

Kammarkollegiet får anföra följande med anledning av verksamhetsutövarens skrivelse den 10 oktober 2007.

De yrkade villkoren för kraftverket är enligt kollegiet till stor nytta för fiskvården. De kostnader som åsamkas bolaget genom yrkade åtgärder och som skall beaktas enligt 2 kap. 7 § miljöbalken är inte orimliga med hänsyn till den nytta de för med sig från miljösynpunkt. Yrkade villkor är inte heller så ingripande att verksamheten inte längre kan bedrivas eller avsevärt försvåras (24 kap. 5 § sista st. MB). Bolagets yrkande om avslag skall därför ogillas.

Kammarkollegiet yrkar i målet:

- Att tillståndshavaren förpliktas att bygga, sköta och för framtiden bibehålla en fiskväg/smolt- och beseränna vid kraftverket. Prövningen omfattar därmed skyldigheten för verksamhetsutövaren att inrätta, bibehålla och underhålla en fiskväg samt smolt- och beseränna.
- Staten yrkar inte eget tillstånd att anlägga fiskväg/smolt- och beseränna.
- Åtgärder kommer inte att vidtas på åsyftad grannfastighet.

Alsterån är ett av Kalmar läns värdefullaste vattendrag. Alsterån utgör lek och uppväxtområden för bl.a. havsöring och lax. Uppströms Duveströms kraftverk finns potentiella reproduktions- och uppväxtområden.

Kollegiet noterar att bolaget vitsordar att det är möjligt för lax och havsöring att passera nedströms belägna Torsrums kraftverk, dammen vid Gunneströms f.d. såg, Skälleyrds kraftverk och Blomsterströms kraftverk samt att Duveström utgör ett vandringshinder. Då detta vandringshinder försvinner kommer bl.a. lax och havsöring att passera även Duveström. Kollegiet åberopar bifogat utlåtande från Länsstyrelsen Kalmar 2007-11-21 med bilaga.

6 kap. miljöbalken föreskriver inget krav på miljökonsekvensbeskrivning i mål rörande omprövningar. Det är riktigt att Alsteråns vattensystem utpekats att ingå i EU:s nätverk Natura 2000. Det övergripande syftet med Natura 2000 området är att ingående livsmiljöer och arter skall ha en gynnsam bevarandestatus. För naturtyperna innebär detta att de naturliga utbredningsområdena bevaras, att viktiga strukturer och funktioner bibehålls samt att bevarandestatusen hos typiska arter är gynnsam. För att upprätthålla gynnsam bevarandestatus har bevarandemål ställts upp, bl.a. att vattenlevande organismer ska ha fria naturliga vandringsvägar i vattensystemet, att havsvandrande fisk ska nå upp till Hornsö. Omprövningsansökan syftar till att uppfylla bevarandemålen och därmed infria EU:s krav att på lång sikt upprätthålla gynnsam bevarandestatus för förekommande arter och naturtyper. Kollegiet åberopar bifogat utlåtande från Länsstyrelsen Kalmar 2007-11-21.

Kollegiet delar inte bolagets uppfattning att beskrivningen av hur fiskvägen skall utformas är otillräcklig.

Enligt bolaget bör alternativa placeringar av fiskvägen utredas. Krav på redovisning av alternativa platser enligt 6 kap. miljöbalken gäller inte detta mål. Vald lösning och plats för fiskvägarna är enligt kollegiet lämplig från miljösynpunkt.

Det kommer inte att bli fråga om någon omfattande tillsyn och skötsel som bolaget påstår. Bolagets påstående att personalkostnaderna för tillsyn och skötsel skall beaktas vid beräkningen av de kostnader och det intäktsbortfall som bolaget är skyldigt att tåla utan ersättning är felaktigt. Enligt miljöbalken föreskrivs bara rätt till ersättning för kraftproduktionsförluster överstigande 5 % av kraftverkets produktion. Kollegiet bestrider sökandens påstående om risk för personskador med de av kollegiet föreslagna villkoren om vattenhushållning.

Bolagets påstådda hävd att påsadla dammen med en planka bestrids av kollegiet. Hävdinstitutet togs bort genom införandet av nya jordabalken. Bolaget påstår att statens underlag styrker behov av vatten endast under vissa kortare perioder och att det endast är motiverat släppa vatten vid den föreslagna klunkningen. Det är fel. Under rubriken "Nyttan för fiskvården av fiskväg, fallränna och tappning" anges att förutom upp och nedvandrande lax kommer den rödlistade ålen samt andra fiskarter och vattenlevande organismer ha nytta av yrkade åtgärder och tappning. Fiskvandring förekommer i princip hela året. Även ur miljö- och landskapsbildssynpunkt är det angeläget med en tappning året runt i den naturliga torråran. Kollegiet hänvisar även till ovan åberopat utlåtande från länsstyrelsen.

Bolaget hävdar att bolagets förslag är bättre för fiskens vandringsmöjligheter. Det bestrids av kollegiet. För laxartad fisk fungerar den dåligt om inte alls. För ålen och all annan fisk fungerar den över huvud taget inte.

Omprövningen sker av dåvarande Söderbygdens vattendomstols dom 1948-11-08. Av denna framgår inte något tillstånd till påsadling av dammen med en planka. Någon hävdvunnen rätt föreligger inte heller till påsadling av dammen.

Bolaget motsätter sig anläggandet av en smolträna. Kollegiet vill här erinra om att yrkad åtgärd även skall möjliggöra nedvandring av den mycket värdefulla vraklaxen. Någon risk för omfattande underhåll som bolaget påstår föreligger inte. Kollegiet vill här erinra om att yrkade villkor är tillägg till de villkor som nu gäller för verksamheten. För verksamheten gäller redan krav på kontroll och skötsel av verksamheten. Tillkommande krav med yrkade åtgärder är inte att anse som extraordinära.

Rent generellt är kraftverksägare skyldig att hålla larmanordning för att kunna varna allmänheten för flödesändringar som är betingade av kraftverkets drift. Den tillkommande kostnaden för larmanordningar som kraftverks ägaren vill anordna är en marginell kostnad som ryms inom 24 kap. 5 § miljöbalken.

Kammarkollegiet hänvisar till ett PM från Länsstyrelsen Kalmar län med beskrivning av hur långt *havsvandrande fisk* kan vandra i Alsterån där länsstyrelsen anger att "Den havsvandrande fisken kan vandra upp till Duveströms vattenkraftverk i dagsläget".

Kammarkollegiet hänvisar till ett PM från Länsstyrelsen Kalmar län med beskrivning av hur en byggnation av fiskvägen i Duveström skulle påverka Natura 2000- området Alsteråns vattensystem.

En sammanfattande bedömning av planerade åtgärder för tillskapande av fiskvandringssväg i Alsterån förbi Duveströms kraftverk är att dessa kan ske utan risk för betydande påverkan på miljön i Natura 2000-området. Nödvändiga avverkningar av strandnära skog kommer endast att behöva ske i begränsad omfattning. Planerade åtgärder för att samla vattnet i den nuvarande torrfåran kan ske genom åtgärder som inte skadar nuvarande natur- eller kulturmiljövärden. Åtgärderna har stöd i den fastställda bevarandeplanen för Natura 2000-området som sådana åtgärder vilka är nödvändiga att genomföra för att på lång sikt upprätthålla gynnsam bevarandestatus för förekommande arter och naturtyper enligt habitatsdirektivet.

Enligt Vatteninformationssystem Sverige (VISS) ska Alsterån år 2021 uppnå god ekologisk status. För närvarande är denna status måttlig till följd av att Duveströms kraftverk är ett definitivt vandringshinder för fisk. Ett anläggande av fiskväg och smoltledare är en förutsättning för att vattenförekomsten ska kunna uppnå god ekologisk status.

Målsättningen är en fiskväg för såväl stora som små fiskar, vilket kräver en fiskväg med lagom lutning. Bolagets lösning kräver ett hopp på 1,8 meter. Det omöjliggör passväg för simsvaga fiskar. Därtill kommer att en trappa med bassänger är ett förkastat sätt att bygga. L K beräkningar bygger på en för kort årsserie. Kammarkollegiet har utgått från en årsserie på mer än 80 år.

Havs- och vattenmyndigheten

Havs- och vattenmyndigheten har avstått från att yttra sig

DOMSKÄL**Processuell fråga**

Miljödomstolen (numera mark- och miljödomstolen) har i beslut i detta mål den 18 september 2008 ogillat tillståndshavarens yrkanden om att Kammarkollegiets ansökan ska avvisas för att den avser en ansökan om tillstånd resp. för att det inte finns förutsättningar att pröva den inom ramen för omprövningsinstitutet.

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 11 kap. 8§ första stycket miljöbalken är den som vill bedriva en vattenverksamhet som kan skada fisket skyldig att utan ersättning vidta och för framtiden underhålla behövliga anordningar för fiskens framkomst eller fiskets bestånd, släppa fram vatten för ändamålet samt iaktta de villkor eller förelägganden i övrigt som på grund av verksamheten kan behövas till skydd för fisket i det vatten som berörs av vattenverksamheten eller i angränsande vattenområde.

Det är således fråga om en hänsynsregel som kompletterar vad som sägs i den allmänna hänsynsregeln i 2 kap. 3§ miljöbalken och den avser att ta till vara fiskeintresset vid utövande av vattenverksamhet genom exempelvis utförande och underhåll av fisktrappor och ålyngelledare (se prop. 1997/98:45 del 2 s. 130).

Av 6 kap. 5§ lagen (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet, restvattenlagen, följer att mark- och miljödomstolen, länsstyrelsen eller tillsynsmyndigheten får, om det är lämpligare, i stället för att meddela sådana villkor eller förelägganden som avses i 11 kap. 8§ miljöbalken ålägga tillståndshavaren att betala en särskild avgift för främjande av fisket i det vatten som berörs av vattenverksamheten eller inom något angränsande vattenområde.

I 24 kap. 5§ miljöbalken finns bestämmelser om omprövning av tillstånd när det gäller en bestämmelse om tillåten produktionsmängd eller en annan liknande bestämmelse om verksamhetens omfattning samt om ändring eller upphävande av villkor eller andra bestämmelser eller meddelande av nya sådana, om det exempelvis enligt första stycket p. 11 i det angivna lagrummet visar sig att anordningar som har vidtagits eller villkor som har meddelats till skydd för fisket med stöd av 11 kap. 8§ miljöbalken eller enligt 6 kap. 5§ restvattenlagen är mindre ändamålsenliga. Kammarkollegiet har enligt 7§ i det inledningsvis nämnda kapitlet i miljöbalken behörighet att ansöka om sådan prövning hos mark- och miljödomstolen.

I 39§ första stycket 2. lagen (1998:811) om införande av miljöbalken anges vad en tillståndshavare i fall som det förevarande vid en omprövning av ett tillstånd är skyldig att utan ersättning tåla i fråga om förlust av produktionsvärde. Förlusten som tillståndshavaren får tåla motsvarar i detta fall en tjugondel av det produktionsvärde som avses i 31 kap. 22§ andra stycket miljöbalken. Tillståndshavaren är således, om han är skyldig att avstå vatten, berättigad till ersättning för förlust endast om den överstiger nämnda andel. För annan förlust eller kostnad har tillståndshavaren inte rätt till ersättning (se prop. 1997/98:45 del 2 s. 258).

Av det nu anförda följer att det genom en omprövning finns möjligheter att tillskapa sådana hänsynsregler som omfattas av bestämmelserna i 11 kap. 8§ miljöbalken. Vad

som föreskrivs efter en prövning med stöd av 24 kap. 5§ miljöbalken blir således en del av det tillstånd som gäller för verksamheten och kan därför riktas enbart mot tillståndshavaren.

Tidigare avgöranden och prövningar

Duveströms kraftverk lagligförklarades i dom av dåvarande Söderbygdens vattendomstol den 5 november 1948 (mål AD 7/1948). Tillståndet saknar villkor om fiskväg, minimitappning samt fallränna för smolt och besor. Däremot finns bestämmelser om skyldighet att anordna en uppsamlingsstation för ålyngel och skyldighet att viss del av året släppa nödigt vatten till denna samt att hålla ålyngelledare. Dessutom ålades tillståndshavaren att årligen betala en fiskeavgift.

Det är otvistigt att Duveströms kraftverk utgör ett definitivt hinder för bl.a. uppvandrande lax och laxöring.

Kammarkollegiet har tidigare hos miljödomstolen ansökt om omprövning med stöd av 24 kap. 5§ miljöbalken rörande Duveströms kraftverk. Kammarkollegiet yrkade att tillståndshavaren, Skäppentorps Kraftverk AB, skulle förpliktas att sköta och för framtiden bibehålla en fiskväg vid kraftverket i huvudsaklig överensstämmelse med ett i målet redovisat förslag, att släppa 0,5 m³/s, eller tillrinningen om den är lägre, genom fiskvägen året runt samt att ett antal timmar vissa dagar under juni-oktober hålla kraftverket stängt. Kammarkollegiet yrkade vidare att dåvarande Fiskeriverket skulle godkänna ritningarna för fiskvägen samt uppgav att staten skulle anlägga och bekosta fiskvägen. Tillståndshavaren motsatte sig bifall till ansökan.

Miljödomstolen förordnade i dom den 31 maj 2005, mål nr M 3188-03, att det ålåg kraftverksägaren - sedan staten anlagt och bekostat en fiskväg i form av ett omlöp förbi Duveströms kraftverk i huvudsaklig överensstämmelse med vad som redovisats i målet - att för framtiden bibehålla och underhålla fiskvägen såvitt avser den nyanlagda delen. Miljödomstolen förordnade i övrigt i enlighet med Kammarkollegiets yrkande.

Sedan tillståndshavaren överklagat avgörandet upphävde Miljööverdomstolen i dom den 8 maj 2006, mål nr M 4915-05, miljödomstolens dom och avslag Kammarkollegiets ansökan. Miljööverdomstolen anförde, sedan domstolen konstaterat att domstolens prövning inte omfattade utformningen av fiskvägen, att för att domstolen ska kunna bedöma hur ett villkor att släppa vatten bör vara utformat krävs att det är fastställt hur fiskvägen ska se ut. Miljööverdomstolen anförde att det i den frågan fanns en mängd osäkra faktorer. Domstolen pekade på att Kammarkollegiet och tillståndshavaren inte var överens om utformningen av fiskvägen och att det var oklart med vilken rätt som staten ska kunna anlägga det föreslagna nya utskovet i tillståndshavarens lilla damm, särskilt som denne motsätter sig ett anläggande. Vidare anförde Miljööverdomstolen att det är först vid en prövning av fiskvägens mer exakta utformning, innefattande bl.a. inrättande av utskov och stigränna, som det är möjligt att ta ställning till hur ett villkor för tillståndshavaren att släppa vatten bör utformas. Miljööverdomstolen anförde avslutningsvis att det saknades förutsättningar för domstolen att ta ställning till om ansökan skulle bifallas.

Aktuell prövning

Den ansökan som nu ska prövas av mark- och miljödomstolen skiljer sig - förutom yrkanden om inrättande av en fallränna för smolt och besor och förpliktande att släppa vatten till denna - från den förra ansökan i huvudsak på så sätt att Kammarkollegiet yrkar förpliktande för tillståndshavaren att även bygga fiskvägen. Kammarkollegiet har slutligt uppgivit att staten inte för tillståndshavarens räkning ska bekosta och bygga fiskvägen och fallrännan efter det att tillsynsmyndigheten godkänt ritningarna. Tillståndshavaren har motsatt sig bifall till ansökan.

Mark- och miljödomstolen gör följande bedömning.

Såsom anförts inledningsvis kan en omprövning med stöd av 24 kap. 5§ miljöbalken leda till att det tillskapas hänsynsregler som överensstämmer med de regler ett tillstånd till vattenverksamhet enligt miljöbalken skulle medföra. Av utredningen framgår att det framförts ett stort allmänt intresse av att en fiskväg samt smolt- och beseränna anläggs och att nyttan med dessa anläggningar har uppgetts vara stora, bl.a. för att uppnå en god ekologisk status. Å andra sidan finns tillståndshavarens intresse av att veta vilka åtgärder som kan komma att läggas på bolaget att utföra och förutsättningarna för det samt vad kostnaderna för åtgärderna kan komma att uppgå till.

Den fiskväg som Kammarkollegiet föreslår att tillskapas ska gå i den nuvarande naturliga torrännan och i en ny, ca. 80 meter lång, stigränna, som ska utmyнна i ett nytt utskov i tillståndshavarens lilla damm. Fiskrännan berör, förutom tillståndshavarens fastighet, två ytterligare fastigheter. Ägarna till dessa har medgivit att fiskrännan anläggs. Ett bifall till Kammarkollegiets yrkande att tillståndshavaren ska förpliktas mot sin vilja att på annans mark bygga delar av fiskvägen med utskovet innebär enligt mark- och miljödomstolens mening ett tvångsliknande förfarande om än under beteckningen villkor. Kammarkollegiet har såsom talan slutligt bestämts också för tillståndshavarens räkning yrkat tvångsrätt enligt 28 kap. 10§ miljöbalken. En sådan rätt kan endast ges den som utför eller ska utföra en vattenverksamhet och Kammarkollegiet företräder inte tillståndshavaren. Detta yrkande kan därför inte prövas i målet.

Miljööverdomstolen anförde som återgivits ovan vid prövningen av Kammarkollegiets förra ansökan att det krävs att det är fastställt hur fiskvägen ska se ut för att domstolen ska kunna bedöma hur ett villkor att släppa vatten bör vara utformat. I det mål som nu prövas har Kammarkollegiet anført att man har lämnat förslag på hur och var en fiskväg kan anläggas och att det förslaget är avsevärt bättre än tillståndshavarens förslag. Det tekniska underlag som Kammarkollegiet presenterat för den föreslagna fiskvägen är bristfälligt bl.a. vad gäller utskovet i lilla dammen och det saknas hydrauliska beräkningar som visar att antagna flöden inställer sig vid angivna vattennivåer. Kammarkollegiet och tillståndshavaren är dessutom oense i fråga om skibordets höjd i stora dammen, vilket påverkar nivåerna i det föreslagna utskovet i lilla dammen och flödet till den tänkta fiskvägen. Till följd härav saknas möjligheter för mark- och miljödomstolen att närmare bedöma hur den av Kammarkollegiet föreslagna fiskvägen är avsedd att utformas. Härtill kommer att Kammarkollegiet yrkat att tillsynsmyndigheten ska godkänna ett förslag till fiskväg. Med hänsyn till dessa omständigheter saknas dessutom även i detta mål förutsättningar för att bedöma hur ett villkor att släppa vatten ska vara utformat. Redan av dessa skäl finns anledning att avslå ansökan.

Därutöver vill mark- och miljödomstolen anföra följande.

Anläggandet av en fiskväg prövas normalt i samband med tillståndsprövningen av en vattenverksamhet och de miljömässiga konsekvenserna av fiskvägen finns då beskrivna i miljökonsekvensbeskrivningen. Vid en omprövning av en verksamhet krävs inte såsom Kammarkollegiet invänt någon sådan beskrivning. Anläggandet av en fiskväg i anslutning till en befintlig vattenanläggning är dock att hänföra till vattenverksamhet enligt 11 kap. 2§ miljöbalken, även om prövningen av fiskvägen sker inom ramen för bestämmelserna i 24 kap. 5§ miljöbalken. Enligt ansökan ska tillståndshavaren förpliktas att hela året släppa minst $0,5\text{m}^3/\text{s}$ eller tillrinningen, om den är mindre, i fiskvägen. Särskilt under sommarperioden utgör det en inte obetydlig del av det tillgängliga vattnet. De miljökonsekvenser som vattensläppet kan medföra i dammarna och i fiskvägen finns inte belysta i målet. Det finns enligt mark- och miljödomstolens uppfattning inte skäl att i detta avseende ställa lägre krav vid en omprövning än vid en tillståndsprövning. Mark- och miljödomstolen anser således att det vid en prövning mot bestämmelserna i 2 kap. 3§ miljöbalken är av vikt att konsekvenserna som fiskvägen och vattensläppet medför för omgivningen belyses på ett bättre sätt för att domstolen bl.a. ska kunna göra en säker bedömning av hur villkoret att släppa vatten i den föreslagna fiskvägen bör utformas. Avgörande för mängden vatten som kan komma att släppas till fiskvägen är vilken höjd som den stora dammen lagligen kan åsättas.

Kammarkollegiet har inte tagit upp frågan om hur beslutet om fiskeavgiften och andra villkor i 1948 års dom om lagligförklaring ska bedömas när kollegiet nu yrkar att villkor med hänsynsregler ska införas och läggas till det gällande tillståndet.

Kammarkollegiet har istället utan någon redovisad närmare bedömning anfört att de gällande villkoren ska kvarstå. Av den tidigare återgivna lydelsen av 6 kap. 5§ restvattenlagen följer att en tillståndshavare antingen kan åläggas en fiskeavgift enligt det sistnämnda lagrummet eller villkor med hänsynsregler enligt 11 kap. 8§ miljöbalken. Mark- och miljödomstolen anser att det får ankomma på Kammarkollegiet att, inför den avvägning som domstolen enligt 24 kap. 5§ sista stycket och 2 kap. 7§ miljöbalken ska göra genom att bl.a. väga nyttan av de begärda åtgärderna mot de kostnader som det medför för tillståndshavaren att genomföra åtgärderna, ta ställning till den frågan.

Kammarkollegiets uppgifter om kostnaderna för att anlägga den föreslagna fiskvägen är i det närmaste tio år gamla och skiljer sig avsevärt från tillståndshavarens beräkningar. Även ifråga om drift- och underhållskostnader går uppfattningarna starkt isär. Mot bakgrund härav och med hänsyn till att det såsom anförts ovan är oklart hur fiskvägen ska utformas finner mark- och miljödomstolen att det på det presenterade underlaget inte är möjligt att bedöma om de av Kammarkollegiet uppgivna kostnaderna för fiskvägen är sannolika eller rimliga, när dessa ska jämföras med nyttan av skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått (2 kap. 7§ miljöbalken)

Av den inledningsvis återgivna lagtexten följer att tillståndshavaren är berättigad till ersättning till följd av skyldigheten att avstå vatten endast om förlusten överstiger fem procent av produktionsvärdet. Tillståndshavaren har inte rätt till ersättning för någon

annan förlust eller kostnad. Kammarkollegiet har lämnat in flera olika uppgifter enligt vilka produktionsvärdet minskar med mellan 4,6 - 5,0 procent. Beräkningarna bygger på en varaktighetskurva mellan 1920-2002. Tillståndshavaren har beräknat minskningen av produktionsvärdet till 7,2 procent utifrån den verkliga produktionen under de senaste trettio åren. Kammarkollegiet har, för det fall domstolen vid sin beräkning finner att kollegiets yrkande motsvarar ett värde över fem procent av bruttoproduktionens värde, yrkat att antalet dagar som kraftverket ska stängas minskas med en dag i augusti och/eller en dag i september. Något underlag för detta senare yrkande finns inte i handlingarna och det bör vara kollegiets uppgift att svara för detta.

Sammanfattningsvis anser mark- och miljödomstolen att Kammarkollegiets ansökan, trots vad som kunnat utredas och klarläggas under handläggningen av målet, har sådana brister som måste utredas eller belysas ytterligare innan ett slutligt ställningstagande till ansökan kan göras. Bristerna är av sådan art och omfattning att mark- och miljödomstolen har uppfattningen att de inte kan läkas inom ramen för handläggningen av detta mål. Det innebär att det inte finns förutsättningar för mark- och miljödomstolen att nu avgöra målet. Ansökningen ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 425)
Överklagande senast den 14 februari 2013

Håkan Nordling

Bertil Norén

I avgörandet har deltagit f.d. lagmannen Håkan Nordling, ordförande, och tekniska rådet Bertil Norén samt de särskilda ledamöterna Bo Essvik och Lennart Forsell.