



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060303

DOM
2015-12-16
Stockholm

Mål nr
M 11425-14

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Nacka tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2014-11-25 i mål nr M 4217-13, se bilaga A

KLAGANDE

Västerbergslagens Kraft AB, 556194-9484
Box 860
771 28 Ludvika

Ombud: PB

MOTPARTER

1. Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

2. Länsstyrelsen Dalarnas län
791 84 Falun

3. Grangärde Fiskevårdsområdesförening
Adress hos ombudet

Ombud: Advokaten CB-O

4. Ludvika kommunen genom myndighetsnämnden miljö och bygg
771 82 Ludvika

SAKEN

Godkännande i efterhand av lagnings- och ändringsarbeten avseende Frötjärns regleringsdamm i Norrboån

Dok.Id 1239114

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

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

1. Mark- och miljööverdomstolen avslår överklagandet.
 2. Västerbergslagens Kraft AB ska ersätta Kammarkollegiets rättegångskostnader med 43 660 kr samt ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för denna dom till dess betalning sker.
 3. Västerbergslagens Kraft AB ska ersätta Länsstyrelsens Dalarnas län rättegångskostnader med 41 600 kr, samt ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för denna dom till dess betalning sker.
 4. Västerbergslagens Kraft AB ska ersätta Grangärde Fiskevårdsområdesförenings rättegångskostnader med 46 019 kr, allt avseende ombudsarvode, samt ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för denna dom till dess betalning sker.
-

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Västerbergslagens Kraft AB (VBK) har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska ändra den överklagade domen genom att upphäva nedan citerade villkor:

”Västerbergslagens Kraft AB ska förbi Frötjärnsdammen inrätta en passage med en byggkostnad om maximalt 1,5 mnkr i dagens penningvärde. I passagen eller vid behov genom dammen ska släppas minst 270 l/s vatten som årsmedelvärde. Tappningen vid varje enskilt tillfälle behöver dock inte överstiga tillrinningen till Frötjärnsdammen.

Mark- och miljödomstolen delegerar jämlikt 22 kap. 25 § tredje stycket miljöbalken till tillsynsmyndigheten att inom ovan angivna ramar besluta om passagens utformning och tappningens fördelning.”

Kammarkollegiet har motsatt sig ändringsyrkandet. Kammarkollegiet har vidare begärt ersättning för sina rättegångskostnader.

Länsstyrelsen i Dalarnas län (länsstyrelsen) har motsatt sig ändringsyrkandet. Länsstyrelsen har vidare begärt ersättning för sina rättegångskostnader.

Ludvika kommun genom myndighetsnämnden miljö och bygg (nämnden) har motsatt sig ändringsyrkandet.

Grangärde Fiskevårdsområdesförening (föreningen) har motsatt sig ändringsyrkandet. Föreningen har vidare begärt ersättning för sina rättegångskostnader.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Parterna har i allt väsentligt åberopat samma grunder och omständigheter som vid mark- och miljödomstolen med i huvudsak följande tillägg och förtydliganden.

VBK

Det ändrade utförandet på den nya dammen syftade enbart till att förbättra dammsäkerheten och förhindra nytt ras i händelse av att ny extrem flödessituation skulle uppkomma i framtiden. Både tröskelbotten och dammkrön har samma höjd som tidigare. Någon ändring av vattenhushållningsbestämmelserna har inte begärts. Någon förändring av sättet att tappa vatten genom utskoven inom ramen för gällande vattenhushållningsbestämmelser har inte uppkommit. Precis som tidigare tappas vid låga eller normala flöden vatten genom den högra delen, och vid höga flöden öppnas utskoven i den vänstra delen. Först när vattnet hotar att stiga över magasinets dämmningsgräns utnyttjas den nu ökade avbördningskapaciteten i den högra delen. Den enda skillnaden mot tidigare uppstår alltså vid extrema flödessituationer, då vattnet kan avbördas kontrollerat genom utskoven i den högra delen istället för att okontrollerat rinna över dammens högra del. Vid dessa förhållanden, och då tillståndet som den gamla dammen vilade på inte var förenat med något villkor om fiskväg eller minimitappning, medför den nuvarande lagstiftningen samt Mark- och miljööverdomstolens praxis hinder mot att föreskriva så långtgående skyddsåtgärder som en passage och minimitappning innebär.

Om domstolen godtar bolagets ansökan ska en jämförelse mellan tidigare stadium och de förändringar som begärs i ansökan göras, med utgångspunkt i det tidigare tillståndets rättskraft. Om förändringen kan medföra skada blir det aktuellt att föreskriva t.ex. skadeförebyggande åtgärder för att kompensera negativa förändringar. Denna princip har kommit till uttryck i flera domar. Den nya dammens inverkan på miljön har dock inte inneburit någon sådan förändring.

Dammägare är enligt lag skyldiga att underhålla sina dammar och se till att de uppfyller stränga krav på dammsäkerhet. De åtgärder som i de flesta fall kan bli aktuella för att möta framtida katastrofsituationer är antingen att höja dammen eller öka utskovskapaciteten genom att bygga nya utskov eller vidga befintliga utskov. Inte i något tidigare fall har sådana åtgärder bedömts medföra negativ inverkan på vattenförhållandena. Syftet med och verkan av förändringarna vid Frötjärn är endast väsentligt minskad risk för dammhaveri vid extrema situationer med en statistisk

åtkomsttid mer sällan förekommande än 100 år. Av utslaget från 1915 framgår även att sökanden medges att bygga om dammen, under förutsättning att avbördningskapaciteten inte minskas.

Värdet av en passage och minimitappning vid Frötjärnsdammen bygger på generella antaganden eftersom det saknas utredning bland annat om var det finns rekryteringsområden för vandrande fisk, hur stora dessa områden är och hur viktiga de är. Miljönyttan går inte att värdera eftersom utredningen inte kan avgränsas till Frötjärnsdammen utan måste avse hela systemet. Genom VBK:s utredning är det visat att den ekologiska vinsten bedöms som liten i förhållande till investeringen, och att andra åtgärder bör vidtas vid Stenbergstjärn innan fiskväg studeras och aktualiseras vid Frötjärn.

Bestämmelserna om passage och minimitappning medför kostnader för byggandet samt inskränkningar i produktionen av förnyelsebar energi. Detta utan att medföra någon nytta för fisket eller den biologiska mångfalden som tillnärmelsevis kan motsvara de direkta kostnaderna och produktionsförlusten.

Om bestämmelserna om passage och minimitappning inte upphävs kan det ifrågasättas om de går att efterleva. En fisktrappa kan kosta mer än 1,5 miljoner kronor och en minimitappning vid Frötjärn kräver att vatten släpps i den ovanförliggande Malingsdammen, vilket inte är fallet för närvarande. Bestämmelserna borde ha utformats mer konkret istället för att lämna mycket åt tillsynsmyndigheten.

Kammarkollegiet

Ansökan gäller en helt ny damm med ett nytt utförande, som bland annat innebär att dammens avbördningsförmåga ökas väsentligt jämfört med den gamla dammen. Det är alltså inte fråga om åtgärder som syftar till att underhålla och förbättra säkerheten vid en befintlig vattenanläggning. Det är inte heller, som VBK gör gällande, fråga om underhållsåtgärder enligt 11 kap. 17 § miljöbalken då den bestämmelsen tar sikte på åtgärder vid befintliga vattenanläggningar. Den utökade avbördningskapaciteten som VBK begärt godkännande för innebär vidare en väsentlig förändring av

regleringsmöjligheterna av Frötjärnen och därmed en förändrad vattenhushållning jämfört med vad som var möjligt med den gamla anläggningen. Även om det varit fråga om dammsäkerhetshöjande åtgärder finns det förutsättningar att föreskriva villkor om faunapassage och minimitappning (se MÖD 2012:56).

Skillnaderna mellan den nya och gamla dammen är flera. Den nya dammen utgör ett permanent och definitivt vandringshinder uppströms, konnektiviteten har försämrats nedströms på grund av det inte längre läcker vatten genom dammen, förutsättningar för nedströms vandring har försämrats på grund av strömomvandlare och den ökade utskovskapaciteten möjliggör större flöden vilket innebär ökad erosionspåverkan nedströms dammen.

En förutsättning för att uppnå god ekologisk status och förhindra försämring av statusen i Norrboån till år 2021 är inrättandet av en faunapassage och en ekologiskt anpassad tappning förbi Frötjärnsdammen. En tappning vid Frötjärnsdammen är en förutsättning för att kunna säkerställa en motsvarande tappning vid Stenbergstjärnsdammen, då tillrinningen till Stenbergstjärnsdammen helt styrs av den tappning som sker uppströms. I dag bedöms fisksamhället i Norrboån uppvisa dålig status eftersom fiskefaunan längs betydande delar av vattendraget mer eller mindre dött ut på grund av att vattendraget periodvis torrläggs helt. 1915 års utslag utgör inte något hinder mot att, inom ramen för aktuell ansökan, föreskriva villkor med de skyddsåtgärder som behövs för att undvika eller minimera den påverkan på miljön som den nya dammen och driften av denna medför.

1915 års utslag innebär inte att det finns ett rättskraftigt tillstånd att bibehålla den tidigare dammen utan att den är passerbar för fisk och utan skyldighet att släppa förbi en minimitappning till förmån för nedströms liggande intressen. Det är inte möjligt att dra några slutsatser om vilka frågor som har varit föremål för häradsrättens prövning genom att tolka häradsrättens utslag e contrario. För att frågan ska omfattas av rättskraften krävs det att den faktiskt har prövats, och inte endast att tillståndsmyndigheten varit skyldig eller haft möjlighet att pröva frågan. Att så är fallet följer direkt av rättskraftbestämmelsen i 24 kap. 1 § miljöbalken som anger att rättskraften endast omfattar frågor som har prövats i domen eller beslutet. Bevisbördan

för att en fråga har prövats ligger på tillståndshavaren. Av 1915 års utslag framgår på inget sätt att frågorna om passerbarhet och minimitappning skulle ha varit föremål för häradsrättens prövning. Utslaget saknar vidare relevans för prövningen eftersom den inte avser Norrboån utan Abäcken som leder ner till kraftverket.

För det fall frågan om anläggningens passerbarhet skulle ha blivit rättskraftigt prövad genom 1915 års utslag på det sätt som VBK påstår har rättskraften beträffande denna fråga upphört att gälla genom tillkomsten av den fiskväg som under 1980-talet uppfördes i anslutning till dammens flottningsskov.

En tillämpning av miljöbalken som innebär att tillståndsmyndigheten, inom ramen för en ansökan som den nu aktuella, är förhindrad att föreskriva de villkor som krävs för att miljökvalitetsnormerna för vatten ska följas strider mot ramdirektivets krav på att miljökvalitetsmålen i direktivet ska kunna uppnås genom bl.a. tillståndsprövning. En sådan tillämpning av miljöbalken riskerar att allvarligt försvåra och försena uppfyllande av ramdirektivet för vatten i Sverige och ligger inte i linje med den tillämpning av miljöbalken som förutsätts i 1 kap. 1 § miljöbalken.

Kammarkollegiet har tillsammans med Länsstyrelsen i Dalarnas län initierat ett omprövningsärende avseende såväl Stenbergstjärnsdammen som Malingsdammen i syfte att säkerställa en ekologisk anpassad vattenföring och fria vandringsvägar i Norrboån. Ett upphävande av bestämmelserna om passage och minimitappning vid Frötjärnsdammen skulle därmed riskera att allvarligt försvåra och försena arbetet med att uppnå god ekologisk status i vattendraget. Åtgärderna har alltså en miljönytta, även om det inte går att bestämma hur stor den är.

Länsstyrelsen

Om det skulle finnas hinder mot aktuella skyddsföreskrifter skulle det strida mot det krav som följer av ramdirektivet för vatten, som går ut på att miljökvalitetsmålen ska uppnås genom bland annat tillståndsprövningar. Något undantag från kravet att myndigheter och kommuner ska ansvara för att miljökvalitetsnormerna följs enligt

5 kap. 3 § miljöbalken och att miljö kvalitetsmålen ska uppnås genom tillståndsprövningar finns inte för dammsäkerhetsmål.

Om VBK:s överklagande bifalles kommer en konsekvens av detta bli att bolaget får ett miljöbalkstillstånd som omfattar en helt ny damm utan att ha behövt beakta de miljökrav som gäller idag och vad som anses utgöra bästa möjliga teknik.

VBK har på fråga uppgett att den teoretiska utbyggnadsvattenföringen vid kraftverket uppgår till cirka 3,5 m³/sekund. Detta skiljer sig från vad som tidigare angetts i samband med prövningen av ombyggnaden av Stenbergstjärnsdammen 1986, då utbyggnadsvattenföringen uppgavs vara 2 m³/sekund. Mot bakgrund av den uppgivna vattenföringen ställdes inget krav på minimivattenföring eftersom öringen under långa perioder kunde ta sig förbi dammen, i den fisktrappa som skulle inrättas, på grund av det överskottsvatten som tappades till Norrboån. Om det kan antas att utformningen av kraftanläggningen 1986 överensstämde med utformningen vid tillståndsprövningen för häradsdomen 1915 har det skett en väsentlig ökning från tidigare dimensionerad utformning, varför det kan ifrågasättas om häradsdomen fortfarande gäller i någon del. Den otillåtna utökningen leder till mycket stora negativa effekter på Norrboån eftersom det mycket viktiga ”överskottsvattnet” som skulle tappats i Norrboån nu istället passerar genom kraftverket genom A-bäcken. Att de förutsättningar som råder i Norrboån idag, med mer eller mindre nolltappning, beror på en icke tillståndsprövad verksamhet är problematiskt eftersom de ekologiska förutsättningarna i Norrboån påverkar bedömningen av fiskväg och minimitappning i aktuellt mål.

I målet måste miljön runt Frötjärnsdammen beaktas och bedömas eftersom det är Norrboån som utgör nyckeln i systemet för öringen. Om det inte sker någon minimitappning i Frötjärnsdammen får det konsekvensen att tappningen nedströms stängs av. Länsstyrelsen har för avsikt att arbeta vidare med biotopförbättrande åtgärder i systemet för det fall minimitappning kan försäkras och fiskvägen vid Frötjärnsdammen uppförs. Hela systemet kan på sikt komma att knytas ihop om en fiskväg anläggs vid utloppet ur Malingsdammen. Här finns i princip redan ett befintligt omlöp. Med mindre omfattande åtgärder kan hela systemet återigen bli sammanhängande och miljö kvalitetskraven uppfyllas.

Föreningen

VBK gör gällande att skyddsåtgärder vid Frötjärnsdammen inte gör någon påtaglig nytta, vilket är fel. Åtgärderna förbättrar givetvis förhållandena vid dammen och en minimitappning från Frötjärnsdammen är nödvändig för en minimitappning vid Stenbergstjärnsdammen. Fiskpassage och minimitappning vid Frötjärnsdammen är ett viktigt och nödvändigt led i ansträngningarna att få en fri vandringsväg från Bysjön vidare till sjön Saxen och Håjen. Om den nya dammbyggnaden godkänns utan åtgärder blir det svårt att inom en rimlig framtid uppnå god ekologisk standard. Med stöd av försiktighetsprincipen ska en fisktrappa uppföras, och eventuell avsaknad av nytta ska utredas först efteråt. Åtgärderna kan knappast medföra några produktionsförluster för VBK.

Med anledning av de uppgifter som framkommit om utökad utbyggnadsvattenföring vid kraftverket, tillsammans med det faktum att bolaget inte underhållit den gamla fisktrappan, ges en förklaring till den dåliga funktionen hos fisktrappan både vid Frötjärn och vid Stenbergstjärn. Nyttan och behovet av en fiskpassage vid Frötjärnsdammen kan därför inte ifrågasättas genom påståendet att trappan inte användes och var i dåligt skick.

Nämnden

Om tillståndsmyndigheterna inte kan ställa krav för att säkerställa att miljökvalitetsnormerna uppfylls vid en nybyggnation innebär det att en stor del av systemet med miljöprovning och vattenförvaltning nedgraderas.

Den vanligaste anmärkningen för reglerade vattendrag i Ludvika kommun är vandringshinder. Aktuellt vandringshinder ska ges åtgärdsprioritet eftersom en nybyggnation genomförts, och för att Kammarkollegiet och Länsstyrelsen initierat ett ärende rörande flera omprövningar i det aktuella vattensystemet, bland annat avseende dammen vid Stenbergstjärn.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Mark- och miljööverdomstolen har hållit huvudförhandling och syn i målet.

Prövningsramen i Mark- och miljööverdomstolen

Målets utformning och prövningens ram begränsas av det ändringsyrkande som VBK framställt i Mark- och miljööverdomstolen. Tillåtligheten av vattenverksamheten vid Frötjärnsdammen har inte ifrågasatts och omfattas inte av Mark- och miljööverdomstolens prövning. Prövningen är också, såsom mark- och miljödomstolen funnit, avgränsad till Frötjärnsdammen och omfattar alltså inte en prövning av kraftverksanläggningens tillstånd i sin helhet eller möjligheten att föreskriva skyddsåtgärder för andra dammar i anläggningen.

Den första frågan som Mark- och miljööverdomstolen har att ta ställning till i målet är om det, i samband med att vattenverksamheten vid Frötjärnsdammen godkänns, finns formella förutsättningar att föreskriva skyddsåtgärder om minimitappning och passage. Om det bedöms finnas sådana förutsättningar har domstolen därefter att bedöma om det finns skäl för sådana åtgärder.

Rättsliga utgångspunkter

Av 2 kap. 3 § miljöbalken följer att alla som bedriver eller avser bedriva en verksamhet eller vidta en åtgärd ska utföra de skyddsåtgärder, iaktta de begränsningar och vidta de försiktighetsmått i övrigt som behövs för att förebygga, hindra eller motverka att verksamheten eller åtgärden medför skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön. I samma syfte ska vid yrkesmässig verksamhet användas bästa möjliga teknik. Dessa försiktighetsmått ska vidtas så snart det finns skäl anta att en verksamhet eller åtgärd kan medföra skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön. Enligt förarbetena till bestämmelsen avses med skada och olägenheter för miljön bland annat utarmande av värdefulla natur- och kulturmiljöer eller den biologiska mångfalden eller misshushållning med naturresurser, energi eller material. Bästa möjliga teknik ska användas i syfte att begränsa miljöpåverkan. Dammar ska

byggas så att de uppfyller säkerhetskrav, och åtgärder bör vidtas så att de inte utgör vandringshinder för fisk (se prop. 1997/98:45, del 2, sid. 15 ff.).

Enligt 2 kap. 7 § miljöbalken gäller kraven i den utsträckning det inte kan anses orimligt att uppfylla dem. Vid denna bedömning ska särskild hänsyn tas till nyttan av skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått jämfört med kostnaderna för sådana åtgärder. Enligt förarbetena till bestämmelsen menas med nyttan de fördelar för miljön som åtgärden får anses innebära i det särskilda fallet varvid kraven inte bör sättas lägre än att allt ska göras som är meningsfullt för att nå miljöbalkens mål, dvs. att bevara och främja en hållbar utveckling av miljön. Det ankommer på verksamhetsutövaren att visa att kostnaderna för en åtgärd inte är miljömässigt motiverad eller att den är orimligt betungande (se prop. 1997/98:45, del 1, sid. 232, och del 2, sid. 24 f.).

När det gäller vattenverksamhet som kan skada fisket ställs enligt 11 kap. 8 § miljöbalken kravet att verksamhetsutövaren utan ersättning ska 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 som i paragrafen sägs om fisk skall gälla även vattenlevande blötdjur och vattenlevande kräftdjur. I förarbetena till bestämmelsen framgår bestämmelsen har sitt ursprung från vattenlagen och att man valde att ha kvar den för att undvika att prövningen enligt den grundläggande hänsynsregeln inte går tillräckligt långt för att främja fiskeintresset (se prop. 1997/98:45, del 2, sid. 130 f.). Åtgärderna enligt 11 kap. 8 § miljöbalken kan komma i fråga i samband med all slags vattenverksamhet som kan skada fisket.

I mark- och miljödomstolens dom har det redogjorts för relevanta rättsfall.

Nuvarande tillstånd

VBK har sedan år 1915 genom ett meddelat utslag tillstånd att bedriva kraftanläggning; ett tillstånd som bolaget alltjämt utnyttjar. Parterna har olika uppfattningar om vad som prövats i utslaget, och om utslaget hindrar föreskrifter om

passage och minimitappning vid Frötjärnsdammen. Denna fråga återkommer Mark- och miljööverdomstolen till i senare delar av domskälen.

Finns det förutsättningar att föreskriva skyddsåtgärder om passage och minimitappning?

VBK har gjort gällande att återuppbyggnaden av den havererade dammen är att likställa med dammsäkerhetshöjande åtgärder och att det gamla tillståndet begränsar möjligheten att föreskriva skyddsåtgärder om minimitappning och passage för den nya dammen. I vart fall har VBK gjort gällande att den nya dammen inte medför någon försämring för miljön. Motparterna är av motsatt uppfattning och menar dels att det inte är fråga om dammsäkerhetshöjande åtgärder, varför prövningen av vattenverksamheten ska ske fullt ut enligt miljöbalkens hänsynsregler, dels att dammen innebär en försämring för miljön. Föreningen har även gjort gällande att det i vart fall föreligger en skyldighet att inrätta en fiskväg enligt det avtal som föreningen och VBK har ingått.

Mark- och miljööverdomstolen gör följande bedömning.

Efter att den gamla dammen havererat byggde VBK upp en ny damm från grunden i ett modernt utförande. Det är ostridigt att den nya dammen inte har inneburit någon skillnad i vattenhushållningsbestämmelserna eller en effektökning vid kraftverket. Däremot har dammen fått en ökad säkerhet bland annat genom en högre avbördningskapacitet. Då det inte varit fråga om åtgärder som vidtagits på den gamla dammen för att höja dess säkerhet, kan den nybyggnation som skett inte jämföras med dammsäkerhetshöjande åtgärder. Den vattenverksamhet som bedrivits kan därför inte heller sorteras in under den praxis som utvecklats för sådana åtgärder, innebärande hinder mot att ompröva hela vattenverksamheten eller villkor med direkt samband till ombyggnaden (jfr MÖD 2009:44, MÖD 2010:52 och MÖD 2012:56). Istället måste, såsom mark- och miljödomstolen funnit, vattenverksamheten prövas mot nu gällande miljökrav och vad som i dag bedöms utgöra bästa möjliga teknik för att säkerställa att de miljö kvalitetsmål som finns uppställda uppnås. Oavsett vad som prövats inom ramen för det gamla tillståndet från 1915, om det funnits en skyldighet för VBK att

anlägga en fiskväg enligt avtal med föreningen, eller om den nya dammen innebär en försämring för miljön föreligger det alltså inte hinder mot att föreskriva de skyddsåtgärder som krävs med stöd av miljöbalken för att förhindra att verksamheten medför skada eller olägenhet för miljön. Däremot är det inte möjligt att föreskriva skyddsåtgärder som inskränker VBK:s rätt till reglering enligt det gamla tillståndet (jfr MÖD 2010:52). I den delen kan dock Mark- och miljööverdomstolen konstatera att de av mark- och miljödomstolen föreskrivna skyddsåtgärderna om passage och minimitappning endast medför en liten sådan effekt, eftersom intaget i kraftverket ligger nedströms om Frötjärnsdammen och vattnet som passerar dammen fortfarande kan nyttjas i kraftverket. Att VBK:s möjlighet att magasinera vatten i Frötjärnsdammen i viss mån begränsas medför ingen annan bedömning.

Sammanfattningsvis finns det alltså förutsättningar att föreskriva skyddsåtgärder om minimitappning och passage för den vattenverksamhet som bedrivits.

Finns det skäl att föreskriva skyddsåtgärder om passage och minimitappning?

För att skyddsåtgärder om passage och minimitappning ska kunna föreskrivas krävs det att nyttan av åtgärderna överstiger kostnaderna. VBK har gjort gällande att miljönyttan av de föreskrivna skyddsåtgärderna kan ifrågasättas på grund av att det dels saknas tillräcklig utredning för att kunna göra en bedömning, dels för att prövningen är begränsad till Frötjärnsdammen. VBK har även gjort gällande att åtgärderna medför kostnader för byggandet samt inskränkningar i produktionen vid kraftverket, varför åtgärderna inte är rimliga. Motparterna menar att åtgärderna både ger en miljönytta och är rimliga.

Mark- och miljööverdomstolen gör följande bedömning.

Domstolen instämmer inledningsvis i mark- och miljödomstolens bedömning att anläggande av fiskvandring svägar utgör bästa möjliga teknik i samband med att dammar byggs, underhålls och drivs, samt att en passage vid Frötjärnsdammen inte skulle påverka kulturmiljön. I praxis utgör fiskvägar och minimitappning etablerade skyddsåtgärder för att bevara och förbättra ekologisk status i vattendrag (jfr bl.a. MÖD

2014:15). Det saknas skäl att ifrågasätta att föreskrifter om passage och minimitappning vid Frötjärnsdammen inte skulle leda till att vattendragets ekologiska status bevaras eller förbättras, eftersom Frötjärnsdammen i dag utgör ett definitivt vandringshinder. Däremot är frågan om nyttan av åtgärderna är tillräcklig i förhållande till de kostnader som de medför, särskilt då prövningen är begränsad till Frötjärnsdammen och inte övriga närbelägna dammar.

Av i målet ingiven miljökonsekvensbeskrivning framgår att vattenförekomsten Norrboån, i vilken Frötjärnsdammen ligger, har måttlig ekologisk status enligt Vattenmyndighetens klassning. Klassningen grundar sig på morfologiska förändringar (rensning) och kontinuitetsförändringar (vandringshinder). Miljökvalitetsnormen för vattendraget är god ekologisk status till år 2021, men något åtgärdsprogram har inte fastställts. Enligt Vattenmyndigheten (VISS) utgör såväl fiskväg och minimitappning vid Frötjärn och Stenbergstjärn förslag på möjliga åtgärder för att nå god vattenstatus.

Av den rapport, Översiktlig förstudie av fiskväg vid Frötjärnsdammen, som VBK gett in i målet bedöms det bland annat finnas öring, gädda, abbore med flera arter i vattendraget. I vilken frekvens och var de olika arterna finns är inte bedömt, men sannolikt i hög grad beroende av tillgången till vatten i Norrboån. Fisken vid Bysjön har i dag begränsade möjligheter att använda Norrboån eftersom det inte finns krav på minimitappning från Stenbergstjärn och då spill till ån endast sker då flödet överstiger slukförmågan i Nyhammars kraftverk.

Nedströms Frötjärnsdammen, i Stenbergstjärnsdammen, finns det i dag en fisktrappa som möjliggör för vandrande fisk att ta sig upp i vattendraget, och enligt länsstyrelsen har Norrboån varit ett historiskt viktigt lekområde för den sjölevande öringen i den nedströms belägna Bysjön. Även om VBK har ifrågasatt fisktrappans funktion och fråga har väckts om VBK avleder mer vatten till kraftverket än de har rätt till enligt utslaget, finns det i dag en möjlighet för vandrande fisk att ta sig upp till Frötjärnsdammen.

Bedömningen av nyttan av passage och minimitappning vid Frötjärnsdammen är något komplicerad eftersom prövningen inte omfattar hela vattendraget. Trots detta delar

Mark- och miljööverdomstolen mark- och miljödomstolens bedömning att utredningen ger tillräckligt stöd för att såväl en passage som minimitappning är motiverade åtgärder. Utan dessa åtgärder finns det risk för att vattendraget på längre sikt inte uppnår miljö kvalitetsnormen.

VBK har ifrågasatt om föreskrifter om passage och minimitappning kan efterlevas eftersom en fisktrappa kan kosta mer än 1,5 miljoner kronor och en minimitappning vid Frötjärn kräver att vatten släpps i den ovanförliggande Malingsdammen. I denna del är villkoret om kostnad för fisktrappa, på grund av begränsningen, att se som gynnande för bolaget. VBK har inte framställt något andrahandsyrkande som tar sikte på den närmare utformningen av de föreskriva skyddsåtgärderna, eller närmare argumenterat för varför kostnaden för åtgärderna skulle vara orimligt betungande. Eftersom det endast är VBK som har överklagat mark- och miljödomstolens dom är Mark- och miljööverdomstolen förhindrad att ändra domen till nackdel för bolaget. Det saknas därför förutsättningar att ändra lydelsen av villkoret. Åtgärderna bedöms alltså vara rimliga. Något problem med hur vatten släpps i Malingsdammen föreligger inte eftersom minimitappningen vid Frötjärnsdammen enligt villkoret inte behöver överstiga tillrinningen till Frötjärnen.

Sammanfattningsvis finns det såväl förutsättningar som skäl att föreskriva skyddsåtgärder om passage och minimitappning vid Frötjärnsdammen på grund av den vattenverksamhet som vidtagits. Detta får till följd att överklagandet ska avslås.

Rättegångskostnadsansvar

VBK är enligt 25 kap. 2 § andra stycket miljöbalken skyldigt att oavsett utgången i målet betala motparternas kostnader till den del dessa föranletts av bolagets överklagande till Mark- och miljööverdomstolen.

Ersättning för rättegångskostnad ska fullt ut motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande jämte arvode till ombud eller biträde, såvitt kostnaden skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt (18 kap. 8 § rättegångsbalken). Målet har i Mark- och miljööverdomstolen rört en begränsad fråga

jämfört med den prövning som skedde vid mark- och miljödomstolen. Frågan har emellertid varit av rättslig principiell natur. I stor utsträckning har parternas argumentation här överensstämmt med den som framfördes vid mark- och miljödomstolen.

Kammarkollegiet har begärt ersättning med 51 460 kr, varav 28 500 kr avser eget arbete, 3 210 kr utlägg och 19 750 kr anlåtande av fiskesakkunnig (motsvarande 24 timmars arbete). VBK har vitsordat ett belopp om 16 938 kr, motsvarande hälften av begärd ersättning vid mark- och miljödomstolen. Av kostnadsräkningen framgår att Kammarkollegiet har anlitat fiskesakkunnig för att dels genomföra sakkunnigutredning inför omprövningsansökan gällande Norrboån, dels medverka vid huvudförhandlingen i aktuellt mål. Mot bakgrund av målets art och omfattning, som inte omfattat omprövningen av Norrboån, får Kammarkollegiet anses vara skäligen tillgodosedd med en belopp om 43 660 kr.

Länsstyrelsen har begärt ersättning med 41 600 kr avseende 52 timmars arbete. VBK har medgett att betala begärt belopp.

Grangärde Fiskevårdsområdesförening har begärt ersättning med 141 663 kr avseende 49 timmars arbete. VBK har vitsordat ett belopp om 46 019 kr, motsvarande hälften av begärd ersättning vid mark- och miljödomstolen. Mot bakgrund av målets art och omfattning får föreningen anses vara skäligen tillgodosedd med en belopp om 46 019 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B

Överklagande senast den 2016-01-13

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Henrik Löv och Vibeke Sylten, tekniskt råd Dag Ygland och tf. assessor Charlotte Jansson, referent.



Rättelse/komplettering

Dom, 2014-11-25

Komplettering, 2014-12-01

Beslutat av: rådmannen Johan Svensson

Domen ska kompletteras med följande uppgifter.
AnläggningsID i miljöboken:36705
Koordinater: N 6685790, E 497077



NACKA TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2014-11-25
meddelad i
Nacka Strand

Mål nr M 4217-13

SÖKANDE

Västerbergslagens Kraft AB, 556194-9484
Box 860
771 28 Ludvika

Ombud: PB

MOTPARTER (Här relevanta)

1. Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

2. Länsstyrelsen i Dalarnas län
791 84 Falun

3. Grangärde Fiskevårdsområdesförening

Ombud: C B-O

4. Myndighetsnämnden miljö och bygg i Ludvika kommun
771 82 Ludvika

SAKEN

Godkännande i efterhand enligt 11 kap. 16 § miljöbalken

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen godkänner av Västerbergslagens Kraft AB nedan utförda åtgärder.

1. Att röja och schakta bort rester av raserad höger utskovsdamm av betong, trä och sten med anslutande fyllningsdammar på båda sidor,

Dok.Id 387511

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1104 131 26 Nacka Strand	Augustendalsvägen 20	08-561 656 00 E-post: mmd.nacka@dom.se www.nackatingsratt.domstol.se	08-561 657 99	måndag – fredag 08:30-16:00 -

2. att återuppbygga och bibehålla utskovsdammen med nytt utförande och ökad avbördningskapacitet samt anslutningarna på bägge sidorna,
3. att återställa vattenområde strax nedströms utskovsdammen, justera fyllningsdamm på ö samt att längsmed fyllningsdammen utföra nytt erosionsskydd samt
4. att uppföra och under byggtiden bibehålla samt därefter utriva erforderliga fångdammar.

Västerbergslagens Kraft AB ska förbi Frötjärnsdammen inrätta en passage med en byggkostnad om maximalt 1,5 mnkr i dagens penningvärde. I passagen eller vid behov genom dammen ska släppas minst 270 l/s vatten som årsmedelvärde. Tappningen vid varje enskilt tillfälle behöver dock inte överstiga tillrinningen till Frötjärnsdammen.

Mark- och miljödomstolen delegerar jämlikt 22 kap. 25 § tredje stycket miljöbalken till tillsynsmyndigheten att inom ovan angivna ramar besluta om passagens utformning och tappningens fördelning.

Domstolen godkänner miljökonsekvensbeskrivningen.

Domstolen fastställer tiden för oförutsedd skada till fem (5) år räknat från dagen för när passagen är färdig och tagen i drift.

Domstolen tillerkänner Grangärde Fiskevårdsområdesförening ersättning för skada genom grumling och lågt vattenstånd m.m. under arbetstiden med 40 000 kronor.

Domstolen tillerkänner

1. Länsstyrelsen i Dalarnas län ersättning för rättegångskostnader med 68 800 kr,
2. Kammarkollegiet ersättning för rättegångskostnader med 33 875 kr och
3. Grangärde Fiskevårdsområdesförening ersättning för rättegångskostnader med 92 038 kr, varav 91 250 kr avser ombudsarvode och 788 kr ombuds utlägg.

Ränta på rättegångskostnaderna ska utgå enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dag för dom till dess betalning sker.

Prövningsavgiften fastställs slutligt till 1 500 kr.

Domstolen avslår yrkandena om avvisning av ansökan, minimitappning vid Stenbergstjärnsdammen, förordnande om domstolssakkunnig och prövotid.

ANSÖKAN**Yrkanden**

Västerbergslagens Kraft AB (nedan benämnt sökanden alternativt VBK) har yrkat godkännande av följande åtgärder:

1. Att röja och schakta bort rester av raserad höger utskovsdamm av betong, trä och sten med anslutande fyllningsdammar på båda sidor,
2. att återuppbygga och bibehålla utskovsdammen med nytt utförande och ökad avbördningskapacitet samt anslutningarna på bägge sidorna,
3. att återställa vattenområde strax nedströms utskovsdammen, justera fyllningsdamm på ö samt att längsmed fyllningsdammen utföra nytt erosionskydd samt
4. att uppföra och under byggtiden bibehålla samt därefter utriva erforderliga fångdammar.

Vidare har yrkats att domstolen godkänner miljökonsekvensbeskrivningen (MKB).

VBK har föreslagit att 5 år skall gälla som tid för oförutsedd skada.

Grund för ansökan

VBK har sammanfattningsvis anfört följande som grund för ansökan.

Bakgrund m.m.

Västerbergslagens Kraft AB ägs av Vattenfall AB och av Ludvika kommun. VBK äger och driver elva vattenkraftstationer utmed Kolbäcksån och Arbogaån. Till kraftstationerna hör även ett antal regleringsdammar. Dammen i Frötjärn tjänar som en av regleringsdammarna till Nyhammars kraftstation i Norrboån. Kraftstationen är belägen uppströms Bysjön i Kolbäcksåns källflöden. Frötjärns regleringsdamm är belägen cirka 1,5 km nordväst om Nyhammar. Nedströms Frötjärnsdammen är Stenbergstjärnsdammen belägen.

Mer än den nederbördsmängd som normalt faller under en månad föll under några timmar natten mellan 8-9 juli 2012 över Frötjärns nederbördsområde. Detta extrema regn var mycket lokalt. Dess bredd har beräknats till endast 5-10 km. När regnandet började, på morgonen den 8 juli var nivån i Frötjärn låg, cirka en halv meter under dämmningsgränsen för att under kvällen och natten stiga till cirka 60 cm över dämmningsgränsen. Alla utskov öppnades och personal på platsen kämpade för att rädda dammen bl.a. genom ta loss drivgods i form av en brygga som kilat fast sig i ett av utskoven. Trots detta överströmmades dammen och havererade den 9 juli. Ett så kallat 100-årsflöde, baserat på flödesstatistik under perioden 1981-2010, har beräknats till 47 kbm/s. Flödet vid dammbrottet beräknades till cirka 67 kbm/s.

Uppgifter om den tidigare dammen

Dammen i Frötjärn byggdes omkring år 1875 av Nyhammars Bruks AB. Genom utslag i Grangärde häradsrätts syneprotokoll den 7 augusti 1915 erhöles rätt till uppdamning i Frötjärn till höjd motsvarande överkanten av en järnögla med höjden +31,95 m över det av rättens sakkunnige använda jämförelseplanet. Domstolen gav samtidigt tillstånd till ombyggnad av dammen, "då sådant pröfvas vara af behovet påkallat", med iakttagande av att avbördningsförmågan inte fick minskas. Dämmningsgränsen (DG) motsvarar +186,36 m i RH 70. Någon sänkningsgräns finns inte fastställd men dammens konstruktion har inte medgivit avsänkning lägre än 2,5 m under DG, till +183,86 m. Någon föreskrift om minimitappning eller någon annan inskränkning i rätten att reglera än att inte överskrida DG föreligger inte.

Dammen hade en utskovslucka (även kallad djuputskov), ett överfall samt ett flottningsutskov. Djuputskovet var utrustat med en planlucka som hade bredden 1,0 m med en tröskelnivå 2,71 m under DG. Överfallet var uppdelat i fyra delar, vardera med bredden 2,65 m och med tröskel 0,45 m under DG. Med hjälp av träsättar kunde tröskelnivån höjas till DG.

Dammen är byggd över en ö i Frötjärn. Den är totalt cirka 150 m lång och var utförd som fyllnadsdamm med utskovspartier i betong och stenmurverk. Med början från vänster består den av en cirka 50 m lång jorddamm längs Frötjärns

vänstra strand. Ett utskovsparti försett med 6 stycken utskovsluckor, även kallade flodluckorna, förbinder stranden med ön. Över ön finns sedan en fyllnadsdamm. Den högra delen innehåller ett utskovsparti och bestod - före dammhaveriet - av en utskovslucka (även kallad djupluckan), ett överfall samt en flottningslucka. En kort dammanslutning på sjöns högra sida avslutade anläggningen.

Uppgifter om fiskvägen

I flottningsutskovet fanns en förfallen fisktrappa. Beträffande fisktrappan saknas dokumentation i princip helt, endast en ritning (plan- och sektionssritning) daterad 1976 har återfunnits. Fisktrappan finns inte omnämnd i någon dom och något avtal som skulle kunna röra fisktrappan har inte kunnat återfinnas.

För att erhålla ytterligare information om fisktrappan har kontakt tagits med KS (vattenansvarig på VB Energi mellan 1988-2009) samt BO (VD för Ludvika Elverk mellan 1960-1983 samt vice VD för VB-Energi mellan 1983- 1996). Enligt KS fanns fisktrappan på plats då han påbörjade sin anställning år 1988. Något vatten gick dock inte i fisktrappan under angiven tidsperiod.

Enligt BO byggdes fisktrappan mellan åren 1983-1984 efter en muntlig överenskommelse mellan det lokala fiskeintresset och VB Energi. När fiskvägen var färdigställd sköttes driften av MH från Sunnansjö och under några år i mitten av 1980-talet släpptes periodvis vatten genom fisktrappan. Enligt BO uteblev troligen eftersträvd fiskvandring, han tror inte att fisk vandrat i fisktrappan och inga påtryckningar från fiskeintresset framfördes. Någon gång mellan åren 1986-1987 upphörde tappning av vatten till fisktrappan.

Dammhaveriet m.m.

Vid dammhaveriet uppstod en bräsch i höger anslutningsdamm och svåra skador på höger utskovsdamm uppkom. Övriga delar av dammen klarade sig utan större skador. Direkt efter dammbrottet var det angeläget att snabbt få upp den då extremt låga vattenytan i Frötjärn till normal nivå. En fångdamm anlades därför uppströms

den havererade högra utskovsdammen. För att kunna inspektera skadorna och utföra återställningsåtgärder i torrhet anlades även en fångdamm strax nedströms. Skadorna visade sig vara så omfattande att hela den högra utskovsdammen måste avlägsnas och ersättas med en ny.

Eftersom vänster utskovsparti var intakt kunde avbördningen klaras under byggtiden. Det bedömdes dock som mycket angeläget att få högra utskovsdammen funktionsduglig före vårfloden 2013.

På grund av tidspressen måste projektering ske parallellt med att arbetena utfördes. En ny utskovsdamm med 5 utskov uppfördes och på vardera sidan slogs tätspont av stål.

Hydrologi

Flödesstatistik för perioden 1981-2010 från SMHI visar följande:

- MHQ (Medel av högsta dygnsvärdet för varje år) 14,2 kbm/s
- MQ (Dygnsmedelvärde av samtliga uppmätta flöden) 2,16 kbm/s
- MLQ (Medel av lägsta dygnsvärdet för varje år) 0,27 kbm/s
- 100-årsflödet (Flödesdimensioneringsklass II) 47 kbm/s

Beräknat (SWECO) flöde vid dammbrott ca 67 kbm/s

Den nya dammen

Det nya utskovspartiets avbördningskapacitet har ökat väsentligt från cirka 15 kbm/s till cirka 49 kbm/s. Eftersom den vänstra utskovsdammen fortsatt kan avbörda 34 kbm/s har dammens totala avbördningsförmåga ökat från cirka 49 kbm/s till cirka 83 kbm/s.

Vid återuppbyggnaden av betongdammen grundlades denna på samma nivå som det ursprungliga djuputskovet, ca +183,00 m. Bredden på det nya djuputskovet har dock ökat betydligt för att öka avbördningsförmågan.

En tätspont av stål är slagen längs hela dammlinjen och ansluter på vänster sida in i fyllningsdammen och på höger sida genom fyllningsdammen och ca 3 m in i befintlig mark.

Utskoven i den nya dammen består, från höger sida sett, av:

Utskov 1, med den totala bredden 4,0 m finns en sättavstängning av trä med bredden ca 2,0 m och med tröskeln på nivån ca +185,4 samt ett överfall vid ca DG +186,36 m.

Utskov 2, benämnt djuputskovet, är utrustat med två planluckor, vardera med bredden 2,0 m och med tröskelnivån ca +183,7 m.

Utskov 3 och 4 är likadant utformade, vardera med 2 sättavstängningar av trä, tröskelnivå ca +185,4 m och bredden 2,0 m d.v.s. totalt ca 8,0 m.

Utskov 5 har bredden 2,0 m och tröskelnivå ca +185,4 m och stängs av med träsättar.

På vardera sidan om betongkonstruktionen är anslutningar av fyllningsdammstyp anlagda. De är uppbyggda med tätkärna, filter, stödfyllning och erosionsskydd.

Då betongkonstruktionen färdigställts återuppfördes jorddammsanslutningar och dammkrönet mellan höger och vänster utskovsdamm justerades till en något högre nivå. Nytt erosionsskydd lades ut på uppströmssidan. Fångdammen uppströms schaktades bort sedan utskovsluckorna täthetsprovats. I samband med att fångdammen nedströms togs bort återställdes den då delvis igensatta del av åfåran som låg inom arbetsområdet.

Den nya utskovsdelen kunde tas i drift fredagen den 19 april 2013.

Arbetena har inte medfört några andra permanenta förändringar än att vattenförhållandena återställts, att dammens utseende ändrats marginellt och att avbördningskapaciteten ökats. Detta kan inte antas ha någon negativ inverkan på motstående intressen.

Miljökonsekvensbeskrivningen

Vid utläggningen av fångdammarna rådde mycket speciella förhållanden. Den svåra översvämningen hade förutom dammbrottet orsakat en mängd andra omfattande skador som medförde att vattnet grumlats upp. Vid dammläget rådde lågt vattenstånd. Det kan därför inte antas att någon grumling av betydelse inträffat på grund av dessa arbeten. Vid fångdammarnas borttagande har grumlingens omfattning i tid och rum också blivit mycket marginell.

Buller från det avsides belägna arbetsområdet och transporter under byggtiden har såvitt känt inte stört ägare av intilliggande fastigheter.

Det finns mycket få miljöövervakningsdata från närområdet. Undersökningar av bottenfauna utförs regelbundet i den samordnade recipientkontrollen i Bysjön, nedströms dammarna. Bottenfaunaindex visar på hög vattenkvalitet.

Närmaste genomförda elfisken ligger uppströms Malingen-sjöarna i Salån samt Håjensån. Det finns inga provfisken genomförda i Norrboån, men enligt Grangärde FOVF leker en del öring i de övre delarna av ån, nedanför dammen vid Stenbergstjärn, vid tillfällen med tillräcklig mängd vatten. Grangärde Fiskevårdsområdesförening (FOVF) har under ca 20 års tid satt ut signalkräfter i sjöarna nedströms Norrboån (Bysjön, Björken och Saxen). De övre delarna av Bysjön anses vara en god miljö för gädda, både under lek, uppväxt och för stationär större gädda. Grangärde FOVF har också utplanterat öring i Bysjön, under de senaste 10 åren.

Från Bysjön har vandrande fisk fri passage till dammen vid Stenbergstjärn. Vid Stenbergstjärn finns en fisktrappa som teoretiskt skulle kunna möjliggöra vandring upp till Frötjärnsdammen. På grund av oregelbunden, eller ingen tappning alls till Norrboån, är dock vandringsmöjligheterna mycket begränsade. Vidare finns indikationer på att fisktrappan vid Stenbergstjärn är felkonstruerad varför den inte fungerar optimalt. Troligen kan endast större simstark fisk som större öring, passera vid tillfällen med tilläglich mängd vatten.

För den fisk som lyckas passera Stenbergstjärn kan vandring ske till Frötjärnsdammen. I dag utgör Frötjärnsdammen ett definitivt vandringshinder, vilket också var fallet innan dammbrottet eftersom inget vatten tappades genom fiskvägen. Cirka sex km uppströms Frötjärnsdammen ligger Malingdammen som utgör ett definitivt vandringshinder då fiskväg saknas. Sträckan mellan Stenbergstjärn och Malingdammen utgörs av ett mindre regleringsmagasin med till största delen lugnflytande partier. På sträckan finns inga särskilt värdefulla sträckor för vandrande fisk utpekade. Det finns inte heller några särskilt utpekade sidovattendrag som är av särskild betydelse för fisk. De ur fiskbiologisk synpunkt mest värdefulla områdena ligger enligt Länsstyrelsen uppströms Malingsjöarna. Inom fiskevårdsområdet, som omfattar flertalet sjöar, tjärnar och vattendrag sker sport-och fritidsfiske efter bland annat öring, regnbåge, gädda, abborre m.fl.

Den ansökta verksamheten försämrar inte klassificeringen av någon kvalitetsfaktor. Vattenförekomsten har klassificerats till måttlig ekologisk status. Klassningen grundar sig på morfologiska förändringar (rensning) och kontinuitetsförändringar (vandringshinder). Denna klassificering kan omöjligen försämras av de ansökta åtgärderna, eftersom de ansökta åtgärderna inte innebär några förändringar i dessa hänseenden. Om och i så fall vilka åtgärder som kan komma ifråga för att miljökvalitetsnormen god ekologisk status år 2021 följs kräver ytterligare utredningar och överväganden om vad som är tekniskt och ekonomiskt möjligt samt rimligt. Åtgärderna kommer senare att redovisas av Vattenmyndigheten. De åtgärder VBK bedömer som tänkbara är fiskvägar vid vattenanläggningarna. Det är uppenbart att de arbeten som här begärs godkända inte kommer att förändra förutsättningarna för sådana åtgärder.

Grängärde FVOF har framställt krav på att fisktrappan som förut fanns i flottningsutskovet skall återuppföras. Det föreligger inte någon skyldighet för VBK att bibehålla någon fisktrappa i dammen. Fisktrappan har inte varit i drift under den senaste 25-årsperioden. Orsaken till att den inte varit i drift är sannolikt att den inte bedömdes medföra någon beaktansvärd nytta. Att inte återuppföra en ny fisktrappa

kan därför inte sägas orsaka någon skada på fisket utan medför endast att tidigare förhållanden kvarstår oförändrade.

Sammanfattningsvis görs bedömningen att någon beaktansvärd negativ miljökonsekvens inte uppstått, varken permanent eller under byggnadstiden.

Översiktlig förstudie av fiskväg

VBK har av domstolen förelagts att inkomma med en redovisning av hur en passage förbi dammen kan anordnas och kostnader för densamma. VBK har därvid anfört bl.a. följande.

Fisken i Bysjön har begränsade möjligheter att använda Norrboån eftersom det inte finns något krav på minimitappning från Stenbergstjärn och då spill till ån endast sker då flödet överstiger slukförmågan i Nyhammars kraftverk. Dessa perioder är dock begränsade under året. Sträckan mellan Stenbergstjärnsdammen och Bysjön är ca fyra km lång. Vissa sträckor bedöms ha potential som uppväxtområde öring. Vid Stenbergstjärn finns en fiskväg i form av bassängtrappa. Generellt har denna typ av fiskvägar anlagts för att möjliggöra passage av laxfisk. En förutsättning är dock att denna del av Norrboån blir vattenförande året om. Länsstyrelsen har hävdats att värdefulla strömsträckor finns i Malingsån och Lungmyrån uppströms Frötjärnsdammen. Vid biotopkartering har konstaterats att i Malingsån finns ca 300 m strömhabitat medan det saknas i Lungmyrån.

Området vid Frötjärnsdammen har kulturhistoriskt värde och detta kan stå i konflikt med etableringen av en fiskpassage.

En naturlig stigränna får i dag anses utgöra bästa möjliga teknik. Med hänsyn till fiskvägen vid Stenbergstjärnsdammen kan det dock ifrågasättas om denna typ av passage är motiverad. I stället kan en naturlig passage med brantare lutning övervägas. Om det vid fördjupade studier visar sig att ovanstående inte kan anläggas bör en teknisk konstruktion i form av slitsränna väljas. Med beaktande av

det huvudsakliga flödet genom dammen bör denna förläggas på höger sida med insteg nära det huvudsakliga flödet.

För en slitsränna bedöms byggkostnaden uppgå till 1-1,5 mnkr. Omlöp är svårare att kostnadsberäkna.

Kostnader för att tappa 270 l/s förbi kraftverket uppgår med det elpris som förelåg den 28 juli 2014 till 224 000 kr/år eller kapitaliserat (fyra procent ränta) till 5,6 mnkr.

MOTPARTER

Yrkanden

Länsstyrelsen i Dalarnas län (länsstyrelsen) har yrkat att bolaget ska åläggas att återinföra en fiskväg vid Frötjärnsdammen med erforderlig funktion avseende tappning och lämplig konstruktion så att fisken kan vandra. Vidare har länsstyrelsen ansett att prövningens omfattning är felaktigt avgränsad och har därför yrkat att ansökan ska avvisas. För det fall domstolen anser att prövningens omfattning kan utökas inom ramen för det här målet har yrkats att domstolen fastställer en skyldighet för bolaget att tappa en ekologisk godtagbar minimitappning i Norrboån. För att komma fram till vilken som är en ekologiskt godtagbar minimitappning kan den delen sättas under prövotid. Länsstyrelsen har yrkat ersättning för rättegångskostnader med 68 800 kr.

Kammarkollegiet har yrkat i första hand att ansökan om att ändra anläggningen på det sätt att den inte längre är passerbar för fisk ska avslås. Ett godkännande ska förenas med villkor om att inrätta och för framtiden bibehålla en fungerande faunapassage vid Frötjärnsdammen och till faunapassagen ska släppas det vatten som krävs för att, vid varje tidpunkt, säkerställa funktionen. För det fall domstolen godkänner anläggningen utan att förena godkännandet med ett sådant villkor har i andra hand yrkats att sökanden åläggs att kompensera det intrång i allmänna intressen som ändringen av Frötjärnsdammen innebär. Det ska ske genom att tappa en minimitappning till Norrboån vid Stenbergstjärnsdammen. Frågan om vilken

minimitappning som ska ske till Norrboån ska sättas under en prøvotid på två år. Under prøvotiden ska sökanden i samråd med tillsynsmyndigheten utreda vilken tappning som krävs för att säkerställa att Norrboån återfår en fungerande strömvattenbiotop och att fiskvandring blir möjlig mellan Stenbergstjärnsdammen och Bysjön. Under prøvotiden ska som provisoriskt villkor gälla att sökanden är skyldig att släppa det vatten som krävs för att genomföra prøvotidsuppdraget . Kammarkollegiet har även yrkat ersättning för rättegångskostnader med 33 875 kr.

Grangärde Fiskevårdsområdesförening (Grangärde FVOF) har anslutit sig till länsstyrelsens yrkande om avvisning. Grangärde FVOF har i andra hand yrkat att godkännandet förenas med villkor i enlighet med länsstyrelsens och Kammarkollegiets yrkanden att det villkoras om en fungerande faunapassage och en minimitappning om 270 l/s som årsmedelvärde. Om fiskväg inte anses erforderligt av domstolen har Grangärde FVOF anslutit sig till Kammarkollegiets alternativyrkande om minimitappning nedströms Stenbergstjärnsdammen. Grangärde FVOF har vidare yrkat ersättning för skada genom grumling och lågt vattenstånd m.m. under arbetstiden med 40 000 kronor. Grangärde FVOF har vidare yrkat att domstolen förordnar Länsstyrelsen i Västernorrlands län att utreda företagets inverkan på fisket och vilka åtgärder och villkor som behövs. Detta kan alternativt göras under en prøvotid. Grangärde FVOF har slutligen yrkat ersättning för rättegångskostnader med 92 038 kr, varav 91 250 kr avser ombudsarvode och 788 kr ombuds utlägg.

Myndighetsnämnden miljö och bygg i Ludvika kommun har anfört att nämnden inte har någon erinran mot dammkonstruktionen men att nämnden finner det viktigt att så långt som möjligt bygga bort vandringshinder för vattenlevande djur. Nämnden har vidare anfört att den vandringsmöjlighet som förberetts därför bör utföras.

Havs- och vattenmyndigheten, Naturvårdsverket och Myndigheten för samhällsskydd och beredskap har avstått från att yttra sig.

Grund för yrkandena

Länsstyrelsen har sammanfattningsvis anfört följande.

Länsstyrelsen finner att det föreligger ett behov att utöka prövningens omfattning för att kunna få en mer ändamålsenlig prövning. Prövningen bör omfatta en större del av de vattenanläggningar och därtill knuten vattenverksamhet som häradsrätten en gång gav tillstånd till för snart 100 år sedan i dess utslag den 7 augusti 1915 i Västerbergslags domsaga. Detta för att kunna göra det möjligt att värdera de olika försiktighetsmått som behöver vidtas med anledning av verksamhetens totala miljöpåverkan och inte bara de arbeten och förändringar som bolaget nu ansöker om godkännande för. Länsstyrelsen bedömer att prövningens avgränsning bör minst utökas till att omfatta även vattenavledningen till A-bäcken och de vattenhushållningsbestämmelser som är att hänföra till det samt de därtill hörande vattenanläggningarna, dvs. de båda dammanläggningarna belägna i Stenbergstjärn, intagsdammen till A-bäcken samt dammen vid Norrboåns naturliga fåra, i häradsdomen kallad Nydammen. Till exempel har fiskvägen vid Frötjärnsdammen ingen direkt nytthet om inte fiskvägen vid den ca 700 meter nedströms belägna Stenbergstjärnsdammen har en god funktion vilket i sin tur är avhängigt av att Norrboån har en, ur ett ekologiskt perspektiv, godtagbar minimitappning.

Det bolaget nu ansöker om, dvs. godkännande i efterhand samt ändringsarbeten av vattenanläggningen, innebär en statusförsämring i vattenförekomsten eftersom Frötjärnsdammen nu efter bolagets ändringar är ett definitivt vandringshinder. Enligt länsstyrelsens bedömning står detta i strid mot kravet på icke-försämring. För att god ekologisk status ska vara möjligt att uppnå krävs bland annat fria vandringsvägar förbi dammläget.

Något som förefaller saknas i bolagets ansökan är ett yrkande om tillstånd för utrivning av fiskvägen vilken utgjorde en befintlig vattenanläggning. Utrivning av en vattenanläggning, oavsett om den tillståndsprövats eller inte, kräver tillstånd enligt 11 kap. MB.

Länsstyrelsen anser inte att det här är ett mål om dammsäkerhet i första hand. Målet gäller en ansökan om godkännande i efterhand med anledning av en återuppbyggnad av dammanläggningen vid Frötjärnen på grund av ett dammhaveri. Att sedan bolaget valt att trefalt utöka avbördningskapaciteten vid dammen jämfört med det tidigare kan inte, menar länsstyrelsen, vara skäl för att prövningen inte ska kunna omfatta dessa frågor om fiskväg och ändrad vattenhushållning. Det villkor som idag styr tappningen av vatten genom fiskvägen vid Stenbergstjärnsdammen är av mycket bristfällig karaktär ur ett funktions- och miljöperspektiv.

Bolaget påtalar även länsstyrelsens slutsats i det tidigare yttrandet att det i häradsdomen inte finns någon uttalad rätt till nolltappning i Norrboån, vilket länsstyrelsen står fast vid. Därför, menar länsstyrelsen, föreligger det egentligen redan en skyldighet för bolaget idag att via sin egenkontroll säkerställa en kontinuerlig minimitappning i Norrboån. Bolaget är skyldig att enligt de allmänna hänsynsreglerna bedriva sin verksamhet så att den inte medför skada eller olägenhet för miljön. Idag bedrivs en verksamhet med betydande negativa konsekvenser i framför allt Norrboån såsom reproduktions- och uppväxtplats för de vandrande öringarna från Bysjön.

Grangärde FVOF har muntligen och skriftligen huvudsakligen anfört följande.

I ansökningshandlingarna anförs att regleringsamplituden uppgår till 2,5 meter samtidigt som det framgår att det endast finns en övre dämmningsgräns - ingen sänkingsgräns. En sådan nivå har sökanden själv bestämt. Regleringsamplituden är mycket stor och helt oacceptabel utifrån ett biologiskt perspektiv. Effekterna av denna egenhändigt bestämda amplitud finns ingenstans beskriven.

Det förhåller sig så att sökanden har uppfört en ny dammbyggnad över höger åfåra. Den nya dammen har en väsentligt ökad avbördningsförmåga. Effekterna av en väsentligt ökad avbördning måste prövas och tillstånd erfordras. Det är därför inte fråga om lagnings- eller ändringsarbeten. För att på detta sätt få uppföra en ny

damm - delvis i annat läge än den gamla anläggningen - bör krävas att anläggningen anpassas till miljöbalkens krav och till kraven på att god ekologisk standard ska uppnås. Därvid erfordras att dammen förses med en fungerande fiskväg och att yrkad minimitappning föreskrivs. Även över ön har i stora delar en ny damm anlagts.

Innan den nya dammen uppfördes fanns ett läckage i åfåran. Detta läckage har upphört i och med den nya dammen. Läckaget har inneburit att fåran tidigare inte varit helt torrlagd, vilket gagnar djurlivet. Det har funnits ett fint fiske i den nedströms liggande strömsträckan i anslutning till dammen. Kräftbestånd har också kunnat leva där.

I Frötjärnsdammen fanns, före byggnationen av den nya dammen, en fisktrappa. Denna uppfördes enligt avtal med sökanden. Föreningen har vidtagit kostsamma återställningsåtgärder i ån uppströms Malingen och det är av mycket stor vikt att möjligheten till fria vandringsvägar återskapas. I Lungmyrån, framförallt uppströms, som är ursprunglig i sin form finns bra områden. Arbeten har genomförts i Håjensån, bland annat ett stort restaureringsarbete.

Den nya dammen uppfördes utan att fiskvägen återställdes. Detta står i strid med avtalet med sökanden samt strider mot ickeförsämringskravet. Frötjärnsdammen har nu blivit ett definitivt vandringshinder. Vidare har inte något godkännande av utrivning av fiskvägen begärts. Utrivningen av fiskvägen innebär stor skada för fisket och därmed för föreningen och för dess ekonomi framgent.

Att läckaget upphört samt att fisktrappan utrivits utgör uppenbara försämringar i förhållande till den situation som rådde innan dammbrottet och anläggandet av den nya dammen, Avtalet avseende fisktrappan innebär att den inte kan utrivs utan måste återuppföras. Oavsett detta har sökanden haft fisktrappan under en lång följd av år och har tillåtit läckaget under mycket lång tid. Ett nytt naturtillstånd har då inträtt och detta torde innebära att sökanden inte kan utföra åtgärder i strid mot

ickeförsämringskravet - medförande att god ekologisk standard inte kan uppnås inom angiven tid - genom att förhindra läckage och ta bort fisktrappan.

Frötjärnsdammen och Stenbergstjärnsdammen; Ny dammen, utgör en del av verksamheten vid Nyhammars kraftverk. Dammen vid Stenbergstjärn utgör, som beskrivet, intagsdamm till kraftverket. Dammar och kraftverk utgör en anläggning och sökanden torde redovisa förhållandena för hela den bedrivna verksamheten. Vare sig prövningen eller utredningen kan avgränsas till enbart Frötjärnsdammen.

Kammarkollegiet har huvudsakligen anfört följande.

Det finns en skyldighet att dammen ska vara passerbar för fisk upp- och nedströms vilket följer av 6 § i 1880 års vattenrättsförordning som gällde vid tidpunkten för utslaget 1915. I vattenrättsförordningen var 1852 års fiskeristadga inarbetad där det framgår att det finns krav på öppna bottenluckor för den upp- och nedgående fisken. Det blev ett krav på dammanläggningar att det skulle finnas en fiskväg vid vattensträckor där fisken vandrade. Det fanns möjlighet att bli befriad från det kravet men någon sådan befrielse kan inte hittas för Frötjärnsdammen. En förutsättning för att fiskvägen vid Frötjärnsdammen skulle fungera på ett ändamålsenligt sätt var att man släppte tillräckligt med vatten förbi dammen och att det fanns en passagemöjlighet vid Stenbergstjärnsdammen. Det finns inget som säger att den inte skulle fungerat om man släppte tillräckligt med vatten. Med stöd av 1915 års utslag finns ingen rätt att nolltappa så att det allmänna intresset kränks. Sökanden vill ändra anläggningen på så sätt att den inte längre blir passerbar för fisk. Kammarkollegiet anser att det då måste prövas om det finns skäl att ändra anläggningen på så sätt att den inte längre blir passerbar för fisk. Sökanden har inte visat att det finns sådana skäl. Ramdirektivet för vatten förutsätter att det finns möjlighet för fisk att vandra förbi de här dammarna upp i systemet. Fiskvägar i Stenbergstjärnsdammen och Frötjärnsdammen kan behövas för att nå god ekologisk status.

SÖKANDEN

Sökanden har bestritt att inrätta fiskväg då frågan om fiskväg inte kan prövas i målet. I andra hand har inrättande av fiskväg bestritts då nyttan inte står i proportion till kostnaden. Sökanden har anfört följande.

I ett dammsäkerhetsmål kan man inte pröva de frågor som nu aktualiserats gällande minimitappning och fiskväg, där minimitappningen även skulle omfatta en annan plats. Sökanden har begärt godkännande av reparation och ombyggnad som medför en högre avbördningsförmåga vid Frötjärnsdammen. Yrkanden om minimitappning hänför sig till Norrboån som tappas genom Stenbergstjärnsdammen. Det finns ett tillstånd för Frötjärnsdammen som inte är förenat med något villkor om fiskväg. Det här målet kan därför enligt rättspraxis bara handla om dels de eventuella försämringar som uppkommit på grund av att en dammkonstruktion har bytts ut mot en annorlunda dammkonstruktion eller de skador som kan ha uppkommit under byggnadstiden. Något annat kan inte tas upp i det här målet. Man kan heller inte ta upp verkan på grund av andra anläggningsdelar som inte omfattas av ansökan även om anläggningsdelen Stenbergstjärnsdammen omfattas av samma tillstånd.

Vattnet kommer vid normala flöden främst att tappas genom det högra utskovet. Vid höga flöden öppnas även den vänstra sidan. Det är ingen skillnad efter ombyggnaden vad gäller vattenhushållningen. Det blir endast skillnad mot tidigare om flödet blir högre än ett hundraårsflöde eftersom även den förra dammen kunde ta ett hundraårsflöde. Det uppstår inte någon skillnad med de ökade tappningsmöjligheterna.

Det är samma nivå rakt ut och vattnet från Stenbergstjärnsdammen sträcker sig ända fram till Frötjärnsdammen.

De fanns ett par fallna träd och nivån för djupluckan hade delvis spolats igen. Man rensade därför upp den djupaste delen ut från djupluckan. Man har även rensat än djupare än tidigare nivå på bottenluckan.

Sökanden har medgett Grangärde FVOF:s yrkande om 40 000 kronor i ersättning för skada.

Sökanden har medgett yrkade rättegångskostnader.

DOMSKÄL

Formalia m.m.

Målet har kungjorts i enlighet med gällande bestämmelser. Mark- och miljödomstolen har även hållit huvudförhandling och syn i målet.

Av 11 kap. 16 § framgår att arbeten får utföras utan föregående tillstånd, om det till följd av en skada eller för att förebygga en skada är nödvändigt att tillståndspliktiga ändrings- eller lagningsarbeten genast utförs. Enligt 21 kap. 1a § första stycket tredje punkten miljöbalken är mål om godkännande ansökningsmål enligt 11 kap. 16 § samma lag. Detta innebär att prövningen ska ske enligt miljöbalkens regler.

Prövningens avgränsning till att endast avse Frötjärnsdammen m.m.

Länsstyrelsen och Grangärde FVOF har yrkat att ansökan ska avvisas då den är alltför begränsad. Enligt nämnda parter skulle ansökan omfatta även den nedströms belägna Stenbergstjärnsdammen då båda dammarna utgör en del av Nyhammars kraftverk.

Frågan om prövningens omfattning har behandlats i ett flertal avgöranden från Miljööverdomstolen och Mark- och miljööverdomstolen (se bl.a. MÖD 2006:57, 2007:50 och 2010:9). Sammanfattningsvis gäller att hur än verksamhetsutövaren väljer att avgränsa sin ansökan om tillstånd måste resultatet av tillståndsmyndighetens samlade prövning täcka alla centrala frågor så att det finns förutsättningar att föreskriva villkor som är relevanta från miljösynpunkt. Prövningens avgränsning är således av central betydelse för en ändamålsenlig prövning i enlighet med miljöbalkens syfte. Visserligen är det sökanden som genom sin ansökan anger ramarna för prövningen men ytterst åligger det tillståndsmyndigheten att ta ställning till om den kan ligga till grund för prövningen.

Miljööverdomstolen har vidare i dom den 7 maj 2009 (mål nr M 5367-08) funnit att en ansökan om att få bygga om en regleringsdamm med enda syfte att underhålla och förbättra säkerheten vid denna inte kan föranleda en omprövning av hela verksamheten vid kraftstationen eller av villkor som inte har ett direkt samband med ombyggnaden förutsatt att rättskraftigt tillstånd finns.

Domstolen kan i denna del konstatera att det på sedvanligt sätt finns ett starkt samband mellan de olika anläggningar som ingår i vattensystemet. Domstolen finner emellertid med hänsyn till vad som anförts ovan att nämnda samband inte är ett sådant direkt samband som kan utgöra grund för att prövningen ska utökas.

Dessutom kan i denna del tillföras att samband endast skulle kunna föreligga om anläggningsdelarna tillhör samma verksamhetsutövare. Domstolen kan således konstatera att om inte sökanden haft äganderätten till den nedströms belägna Stenbergstjärnsdammen och kraftverket hade det inte ens med nära samband mellan verksamheterna varit rättsligt möjligt att utöka prövningen. Att ansvaret för regleringen och vattenkraftverket inte är i samma verksamhetsutövares hand är vanligt i större reglerade vattendrag där själva regleringen handhas av ett vattenregleringsföretag. Domstolen finner således att det varit riktigt av sökanden att begränsa prövningen till Frötjärnsdammen. Länsstyrelsens och Grangärde FVOF:s yrkanden om att ansökan ska avvisas ska således avslås.

Av ovan nämnda skäl finner domstolen heller inte att någon minimitappning förbi Stenbergstjärnsdammen kan åläggas sökanden då den dammen inte omfattas av domstolens prövning. Även de yrkanden som framställts i denna del ska således avslås.

Godkännande av arbetena

Domstolen finner inte att något hinder mot att godkänna utförda lagnings- och ändringsarbeten föreligger. Även de återställningsarbeten som utförts direkt

nedanför dammen får anses tillåtna. Sökandens åtgärder ska således godkännas i enlighet med vad som framgår av domslutet.

Prövningen av Frötjärnsdammen och frågan om vilka skyddsåtgärder som måste vidtas

Utgångspunkt för bedömningen

Motparterna har hävdad att Kungl. förordning om jordägares rätt över vattnet å hans grund; given Stockholms slott d. 30 dec. 1880 (vattenrättsförordningen) i dess lydelse år 1915 medför en skyldighet att bygga fiskväg. Vidare har motparterna anfört att konstruktionsändringen, det större utskovet med ökad avbördningsförmåga och borttagandet av fiskvägen gör att dammen inte uppfyller miljöbalkens krav och också medför en skyldighet att uppföra fiskväg. Det pekas också på numera uteblivet läckage från dammen och att hela dammen byggts om. Sammantaget yrkas därför att sökanden ska vidta skyddsåtgärder, bl.a. i form av fiskväg och minimitappning.

Av Mark- och miljööverdomstolens (tidigare Miljööverdomstolen) praxis (MÖD 2010:52) framgår att tillståndspliktiga reparationer och tätningar av anläggningar med tillstånd normalt inte medför krav på skyddsåtgärder. Vidare framgår dock av samma avgörande att en effektivisering i form av ökad slukförmåga i ett vattenkraftverk i sig skulle kunna medföra krav på skyddsåtgärder men att nyttan av effektiviseringen sett för sig då måste vägas mot kostnaden för genomförandet av skyddsåtgärden. Detta gäller enligt avgörandet även om miljökvalitetsnormer påverkas. Resonemanget ovan om att en effektivisering av verksamheten i sig kan medföra krav på skyddsåtgärder avseende den del som effektiviseringen avser och inte hela tillståndet återfinns även i annat avgörande från Miljööverdomstolen (MÖD 2009:37). Som ovan redovisats har Miljööverdomstolen vidare i dom den 7 maj 2009 (mål nr M 5367-08) funnit att en ansökan om att få bygga om en regleringsdamm med enda syfte att underhålla och förbättra säkerheten vid denna inte kan föranleda en omprövning av hela verksamheten vid kraftstationen eller av villkor som inte har ett direkt samband med ombyggnaden förutsatt att rättskraftigt tillstånd finns. Mark- och miljööverdomstolen har i dom den 7 mars 2014 (M 9888-

12) även funnit att vid lagligförklaring av vattenkraftverk och nytt tillstånd till drift av detsamma finns det med hänsyn till dels miljö kvalitetsnormerna för vatten, dels biotoperna i vattendraget en skyldighet att anlägga passage förbi anläggningen trots att vandringshinder finns nedströms kraftverket. Av Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 25 juni 2012 (M 676-12) framgår slutligen att högre krav på skyddsåtgärder kan ställas om områdes- och artskydd påverkas (Natura 2000).

Skyldighet med anledning av 1915 års utslag?

Motparternas talan grundas i denna del på den skyldighet som återfinns i 6 § vattenrättsförordningen.

Av nämnda bestämmelse i vattenrättsförordningen, i den lydelse som förelåg vid anläggningens uppförande, framgår att ”vattenverk, där hinder i vattnets lopp kan lända till men för annan, vara så inrättat att tillräckligt avlopp för vattnet samt fri upp- och nedgång för fisken kunna beredas, när sådant är av nöden”.

Av 5 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken framgår att tillstånd, godkännande och lagligförklaringar ska fortsätta gälla om de har meddelats med stöd av bestämmelser i de lagar som upphävs eller äldre lagar. Av miljöbalkens förarbeten (prop. 1997/98:45 del 2 s. 383) framgår att bestämmelsen inte bara omfattar de lagar som upphävs genom miljöbalken utan även äldre lagar. Således omfattas även 1880 års vattenrättsförordning.

Vattenrättsförordningen innehöll inga regler om vad prövningen innefattade och rättskraften. Däremot framkommer i Gärdes föredragningspromemoria vid föredragningen för lagrådet avseende 1918 års vattenlag (se del II:1, s. 231 ff) att rättskraftreglerna (byggnadsbeslutets preklusiva rättsverkan) i vattenrättsförordningen synes liknande bestämmelserna i 2 kap. 22 § 1918 års vattenlag.

Av nämnda paragraf framgår att innefattar beslut, som meddelas i anledning av ansökan enligt 20 §, medgivande att bygga i vatten, vare beslutet, sedan det tagit åt sig laga kraft, gällande mot envar såväl vad angår rätten att verkställa och för framtiden bibehålla byggnaden jämte de anläggningar, vilka efter ty förut sagts med byggnaden äga samband, som ock, där med byggnaden avses tillgodogörande av vattnet, beträffande rätten därtill.

Domstolen kan konstatera att det i protokollet med utslag den 7 augusti 1915, där det ges rätt att bibehålla Frötjärnsdammen, inte finns något krav på fri upp- och nedgång för fisken. Således finns det enligt ett rättskraftigt avgörande en rätt att bibehålla dammen utan befintlig fiskväg eller minimitappning.

Visserligen sägs i utslaget att bibehållandet gäller ”endast i den mån annars af denna vattendrägt möjligen beroendes rätt icke därigenom kränkes”. Någon hänvisning till hur det ska förfaras om någons rätt anses påverkad anges dock inte. Domstolen finner därmed inte att nämnda stadgande kan ses som någon form av latent villkor.

Sammanfattningsvis finner domstolen att det i målet finns ett rättskraftigt utslag som inte innebär någon skyldighet att uppföra fiskväg eller släppa minimitappning förbi dammen. Huruvida utslaget är i överensstämmelse med vattenrättsförordningen ligger utanför domstolens prövning.

Hinder med anledning av 1915 års utslag?

Inledningsvis konstaterar domstolen att hela den gamla högra dammen har rivits ut och ersatts av en helt ny damm med nytt utförande. En stor avvikelse jämfört med tidigare är den utskovsökning och därmed ökade avbördningskapacitet som sökanden yrkat godkännande för.

Även om ändringen i sig inte innebär någon effektivisering av verksamheten i form av ökad dämmningsgräns eller ökad effekt i kraftverket finner domstolen att förändringen i form av en helt ny damm är så omfattande att 1915 års rättskraftiga

utslag inte utgör hinder mot att pröva huruvida skyddsåtgärder enligt miljöbalken ska föreskrivas.

Kan skyddsåtgärd föreskrivas och i så fall vilken åtgärd?

Enligt 2 kap. 3 § första stycket miljöbalken ska en verksamhetsutövare utföra de skyddsåtgärder som behövs för att förebygga, hindra eller motverka skada på miljön. När det gäller vattenverksamhet som kan skada fisket ställs enligt 11 kap. 8 § miljöbalken kravet att verksamhetsutövaren utan ersättning ska 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.

Kraven i 2 kap. 3 § miljöbalken gäller enligt 2 kap. 7 § miljöbalken i den utsträckning det inte kan anses orimligt att uppfylla dem. Liknade synsätt ska anläggas vid bedömningen enligt 11 kap. 8 § miljöbalken.

I nämnda fall ska vid yrkesmässig verksamhet, såsom i detta mål, bästa möjliga teknik användas. När det generellt gäller dammar över vattendrag, anser domstolen att anläggande av passage förbi vandringshindret är en del av bästa möjliga teknik. Anläggandet av en passage kan vidare enligt domstolens mening inte ha sådan påverkan på kulturmiljön att hinder mot passage föreligger.

Nyttan av skyddsåtgärden ska emellertid överstiga kostnaden jämligt 2 kap. 7 § miljöbalken. Domstolen gör i denna del följande bedömning.

Inledningsvis kan konstateras att av Vattenmyndighetens klassning har Norrboån måttlig ekologisk status grundat på bl.a. kontinuitetsförändringar (vandringshinder). Miljökvalitetsnormen för vattendraget är att god ekologisk status ska uppnås till år 2021. Domstolen konstaterar att en minskning av vandringshindren bidrar till att uppfylla miljökvalitetsnormen för Norrboån.

Nedströms Frötjärnsdammen i Stenbergstjärnsdammen finns en passage som dock endast fungerar vid så höga flöden att vatten måste spillas vid kraftverket.

Vandringshindret vid Stenbergstjärnsdammen kan emellertid inte anses som definitivt även om funktionen kunde varit mycket bättre. I Bysjön finns enligt uppgift från länsstyrelsen ett ursprungligt bestånd av storöring som utnyttjar Norrboån för reproduktion och uppväxt. Uppströms Frötjärnsdammen finns vissa områden som i dag eller efter biotopvårdande åtgärder är lämpliga som reproduktionsområden för öring. Oenighet föreligger dock om omfattningen och värdet av nämnda områden.

Vid en samlad bedömning av ovan redovisade omständigheter finner domstolen inrättande av någon form av passage förbi dammen i sig får anses vara biologiskt motiverad. Domstolen noterar i denna del särskilt att vid de tillfällen som passage från Bysjön förbi Stenbergstjärnsdammen är möjlig skapas det om det finns en passage förbi Frötjärnsdammen ett inte helt ringa sammanhängande vattendrag med i vart fall vissa strömsträckor. Den fråga som domstolen därmed slutligen måste ta ställning till är om nytta av en passage överstiger kostnaden.

Sökanden har i målet utrett olika typer av passager. För en relativt liten fiskvåg som det handlar om i detta fall bedöms byggkostnaden uppgå till ca 1-1,5 mnkr.

För att en passage ska fungera krävs att viss tappning av vatten sker genom passagen och dammen. Generellt gäller enligt domstolen vid fastställande av minimitappning att en tappning motsvarande normal lågvattenföring (MLQ) föreskrivs. I detta vattendrag är MLQ 270 l/s. Den redovisning som ingetts av sökanden visar att en passage fungerar med denna vattenmängd. En sådan tappning minskar inte kraftproduktionen i Nyhammars kraftverk.

Någon effektökning som kan tjäna som jämförelse förekommer inte. I avsaknad av sådan finner domstolen att jämförelsen kan göras med kostnaden för att bygga dammen (nio mnkr). Denna kostnad har uppenbarligen varit företagsekonomiskt godtagbar. Med hänsyn till att en passage förbi dammen har viss nytta och att

totalkostnaden får bedömas som rimliga i förhållande till byggkostnaden för dammen finner domstolen att sökanden ska åläggas att uppföra en passage med en byggkostnad om maximalt 1,5 mnkr och i passagen eller vid behov genom dammen tappa minst 270 l/s som årsmedelvärde eller maximalt tillrinningen vid varje enskilt tillfälle om denna är lägre. Den närmare utformningen av fiskvägen och fördelningen av tappning över året för att passagen ska nå bästa funktion ska delegeras till tillsynsmyndigheten att besluta om. En sådan delegation säkerställer också att kulturmiljön inte påverkas på otillbörligt sätt.

Övrigt

Med hänsyn till den avgränsning av prövningen som domstolen redogjort för ovan finner domstolen att miljökonsekvensbeskrivningen, med de kompletteringar som gjorts avseende bl.a. konsekvenserna av den ökade avbördningsförmågan, kan godkännas. Godkännande i enlighet med domslutet ska därvid meddelas.

Domstolen finner vidare med hänsyn till bedömningarna ovan att yrkandena om förordnande om domstolssakkunnig och prövotid ska avslås.

Tid för anmälan av oförutsedd skada framgår av domslutet. Passagen är en del av dammkonstruktionen och tiden bör därför på sätt som framgår av domslutet.

Ersättning för skada och rättegångskostnader ska utgå i enlighet med vad som yrkats och medgivits och som framgår av domslutet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV425)

Överklagande senast den 16 december 2014.

Johan Svensson

Lars Hydén

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Johan Svensson, ordförande (skiljaktig se bilaga 1), t.f. tekniska rådet Lars Hydén samt särskilda ledamöterna Lars Strömberg och Lotta Olsson.



Rådmannen Johan Svensson är skiljaktig och anför följande.

Jag är skiljaktig i frågan om skyldighet för sökanden att anlägga en passage med minimitappning vid Frötjärnsdammen.

Jag är enig med majoriteten om att prövningen endast kan omfatta Frötjärnsdammen och att 1880 års vattenrättsförordning i sig inte medför någon skyldighet att anlägga en passage vid dammen eller utföra minimitappning. Till skillnad från majoriteten anser jag dock med hänvisning till den praxis från Mark- och miljööverdomstolen som redovisats i domen att rättskraften med anledning av utslaget från år 1915 utgör hinder mot att föreskriva så långtgående skyddsåtgärder som en passage och minimitappning innebär. Visserligen har en helt ny damm med ökad avbördningsförmåga uppförts. Även vissa återställningsarbeten har utförts nedanför dammen. Den nya dammen innebär dock inte att befintlig regleringsamplitud ändras. Den innebär inte heller att det på något annat sätt uppstår en effektivitetsökning vid kraftverket. Åtgärderna har helt genomförts av dammsäkerhetsskäl. Berört område omfattas vidare inte av Natura 2000-bestämmelser eller artskydd. Enligt Mark- och miljööverdomstolens befintliga praxis finns därför enligt min uppfattning inte möjlighet att kräva passage eller minimitappning. Att det vid dammen fanns en sedan länge inte fungerande fiskväg föranleder ingen annan bedömning. Det kan särskilt anmärkas att det med majoritetens synsätt kan bli svårt att bestämma vid vilka tillfällen som skyddsåtgärder vid reparationer utan effektivitetsökning kan bli aktuella.

Överröstad i denna del är jag enig med majoriteten avseende det synsätt som redovisats i domen avseende passagens omfattning och tappning.