



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
060102

DOM
2019-09-30
Stockholm

Mål nr
M 12152-17

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Nacka tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2017-11-28 i mål nr M 639-16,
se bilaga A

PARTER

Klagande

Transtrands Besparingsskog (Transtrands jordäg socknemän för besp.skog)

Ombud: MW, Foyen Advokatfirma KB

Motpart

1. Havs- och vattenmyndigheten

2. SH

3. Kammarkollegiet

4. Kommittén Rädda Västerdalälven
c/o AE

5. Länsstyrelsen i Dalarnas län

6. Malung-Sälens kommun

Dok.Id 1443190

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 09:00–16:30

7. Naturvårdsverket
8. Sportfiskarna
9. Svenska Naturskyddsföreningen
10. Älvräddarnas Samorganisation

SAKEN

Ansökan om tillstånd till vattenverksamhet m.m. avseende Ejforsens kraftverk i Fulan i Malung-Sälens kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

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

Det ankommer på mark- och miljödomstolen att pröva frågan om rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen i samband med målet efter dess återupptagande.

BAKGRUND

Kraftverket i Ejforsen, beläget vid älven Fulan drygt 25 km norr om Sälen, togs i drift för elproduktion 1917 och byggdes om 1942. Under hösten 1978 togs kraftverket ur drift på grund av maskinhaveri. Den elektriska och mekaniska utrustningen togs därefter bort och kraftverksöverbyggnaden revs.

Transtrands Besparingsskog (Transtrand) ansökte 2004 om lagligförklaring av den befintliga anläggningen vid Ejforsen och tillstånd till ombyggnation och drift av Ejforsens kraftverk. Efter att regeringen beslutat att inte förbehålla sig tillåtlighetsprövningen enligt 17 kap. miljöbalken, yrkade Transtrand att miljödomstolen i en särskild dom skulle avgöra frågan om verksamhetens tillåtlighet och lagligförklaring. Miljödomstolen förklarade genom deldom den 30 januari 2007 i mål nr M 30253-04 verksamheten tillåtlig och lagligförklarade den befintliga anläggningen. Miljööverdomstolen bedömde dock att det saknades rådighet och avvisade ansökan genom slutligt beslut den 8 april 2008 i mål nr M 1548-07. Högsta domstolen, som ansåg att det inte krävdes rådighet för lagligförklaring, undanröjde därefter Miljööverdomstolens slutliga beslut och visade målet åter i den del som avsåg ansökan om lagligförklaring. Prövningstillstånd i målet i övrigt meddelades inte. Miljööverdomstolen fastställde miljödomstolens dom om lagligförklaring av befintlig vattenanläggning vid Ejforsen bestående av en tröskel, ett kanalintag med lucka för avstängning, en tilloppskanal, rester av en kraftstation, en kraftstationsdamm och en utloppskanal (MÖD 2011:15).

I detta mål har Transtrand ansökt om tillstånd dels till upprustning av Ejforsens kraftverk, dels till biotopförbättrande åtgärder och restaureringsarbeten i Fulan. Mark- och miljödomstolen avlog ansökan i den del den gäller upprustning av Ejforsens kraftverk och biföll ansökan i den del den gäller biotopförbättrande åtgärder.

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Transtrand har i första hand yrkat att domen ska upphävas och målet återförvisas till mark- och miljödomstolen för förnyad handläggning och i andra hand yrkat bifall till sin talan i mark- och miljödomstolen. Transtrand har även yrkat att skyldigheten att

betala ersättning för rättegångskostnader i mark- och miljödomstolen ska sättas ned till de belopp som medgetts där.

Havs- och vattenmyndigheten har motsatt sig ändring och yrkat ersättning för rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen.

Kammarkollegiet har motsatt sig ändring och yrkat ersättning för rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen.

Länsstyrelsen i Dalarnas län har motsatt sig ändring.

Naturvårdsverket har motsatt sig ändring.

Malung-Sälens kommun har vidhållit sin inställning i mark- och miljödomstolen.

Sportfiskarna har motsatt sig ändring.

Kommittén Rädda Västerdalälven har motsatt sig ändring.

Svenska Naturskyddsföreningen har yrkat att överklagandet avseende meddelat tillstånd för biotopförbättrande åtgärder ska avvisas och i övrigt motsatt sig ändring.

Älvräddarnas Samorganisation har yrkat att överklagandet avseende meddelat tillstånd för biotopförbättrande åtgärder ska avvisas och i övrigt motsatt sig ändring.

SH har medgett yrkad ändring.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Transtrand har i huvudsak anfört följande:

Mark- och miljödomstolen har gått utanför ”saken”, dvs. Transtrands yrkande, eftersom den lagt ett felaktigt påstående om framtida reparation av grunddammen till grund

för domen. Transtrand har angett att en sådan reparation inte är aktuell och har därför inte ansökt om tillstånd för den.

Mark- och miljödomstolen har vidare, i strid med 2 kap 3 § miljöbalken, inte bedömt den samlade inverkan av ansökt vattenverksamhet. Vid ansökan om vattenverksamhet ska de försiktighetsmått som behövs för att förebygga skada genomföras. Det är då inte möjligt att särskilja de skadeförebyggande åtgärderna från reparationsåtgärderna och endast bevilja de skadeförebyggande åtgärderna när ansökan om reparationsåtgärder, dvs. den vattenverksamhet som de skadeförhindrande åtgärderna ska kompensera för, ogillas. Mark- och miljödomstolens resonemang om ”kvittning” är således fel.

Även mark- och miljödomstolens kategorisering av vattenverksamheten till ”uppförande av nytt kraftverk” är felaktig. Huvuddelen av anläggningen finns redan och är lagligförklarad. Transtrand har ansökt om ändring/lagning av en befintlig, nu existerande, vattenanläggning. Mark- och miljödomstolens felaktiga kategorisering medför att anläggningen, enligt domstolen, inte kan hänföras till de i propositionen nämnda undantagen, där det anges att undantag kan ske för ”redan företagen utbyggnad” (se prop. 1985/86:3 s. 110 f. och prop. 1997/98:45 del 2 s. 41).

Mark- och miljödomstolen synes blanda ihop föreställningen att en vattenanläggnings fysiska inverkan kan vara pågående vattenverksamhet, med frågan om lagligförklarings rättskraft. Det är två helt olika frågor. Mark- och miljödomstolens motsatsvisa tolkning i förhållande till avgörandet avseende Långbjörns kraftverk är felaktig. Huvuddelen av Ejforsens kraftverks vattenanläggning är lagligförklarad. Som framgår av 17 och 30 §§ lag (1998:811) om införande av miljöbalken så gäller detsamma för lagligförklarade anläggningar som det som föreskrivs om tillstånd i 24 kap. miljöbalken.

Mark- och miljödomstolen har underskattat nyttan av de skadeförhindrande åtgärderna, dvs. biotopåtgärderna, fingallret och fiskpassagen och domstolen har kraftigt över-skattat den påverkan som uppkommer genom ansökt vattenverksamhet. Vidare har mark- och miljödomstolen tillämpat en icke existerande bevisregel beträffande rättskraftens omfattning vid lagligförklaring enligt 1880 års vattenrättsförordning.

Mark- och miljödomstolen har inte bedömt de förändringar som ansökt verksamhet ger upphov till på rätt sätt. I domen anges att utgångspunkten för bedömningen av ansökt verksamhets påverkan ska vara det läge som råder nu. Samtidigt anges att det inte går att bortse från det bortfall av vatten som avledningen vid tröskeln redan i dag medför, som innebär mindre vattentäkt yta för fisk och andra organismer i forssträckan nedströms tröskeln. Detta är motsägelsefullt.

Det är inte riktigt att de små byggnadsåtgärderna på anläggningen kommer att förändra anläggningens intryck. De flesta anläggningsdelarna finns redan på plats.

Det är helt uteslutet att en eller flera kvalitetsfaktorer kan försämrats då aktuell inverkan är begränsad till enstaka procent av vattenförekomstens utsträckning. Detta strider helt mot metoden för bedömning och klassificering av en vattenförekomst som anges i ramdirektivet för vatten.

I de flesta flödesfall rinner betydligt mer vatten i naturfåran jämfört med genom turbinen. Fiskvandring i uppströms riktning kommer inte att försvåras eftersom kraftverkskanalen sedan kraftverkets ursprungliga uppförande utgör ett totalt hinder för uppströmsvandring samt vattenföringens fördelning mellan "forsen" och kraftverkskanalen inte kommer förändras. Nedströms vandring genom kraftverkskanalen kommer inte påverka något av de fiskbestånd som Fulan hyser. Den huvudsakliga påverkan blir att den snabba strömmen i intagskanalens översta del kommer att minska. Den grunda långsamma forsliknande biotopen kommer att förändras till biotop liknande nedströmsliggande biotop och biotopen i utloppskanalen.

Transtrand har låtit utföra en sonarundersökning för att registrera fisk som rör sig framför intaget. Undersökningen bekräftar att någon omfattande nedströmsvandring inte sker i kanalen och att de fiskar som ändå vandrar nedströms huvudsakligen har en längd mellan 15 och 45 cm vilket styrker att spaltvidden 15 mm på det låglutande gallret utgör bästa möjliga teknik.

Havs- och vattenmyndigheten har i huvudsak anfört följande:

Det kan inte uteslutas att återuppförandet av kraftstationen utgör mer än obetydlig miljöpåverkan enligt 4 kap. 6 § miljöbalken. Det ligger närmast till hands att jämföra de åtgärder för vilka tillstånd söks med att uppföra ett nytt kraftverk, inte minst mot bakgrund av att de lagligförklarade anläggningsdelarna inte har varit i funktion sedan 1978. Det är alltså inte fråga om att nu ersätta befintliga anläggningsdelar utan att på nytt uppföra sådant som för länge sedan tagits bort.

Det går inte utesluta att verksamheten på ett betydande sätt påverkar Natura 2000-området Fulan. Ett tillstånd enligt 11 kap. miljöbalken förutsätter att verksamheten är tillåtligt även enligt Natura 2000-bestämmelserna. Sökanden har emellertid inte framställt yrkande om tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken i mark- och miljödomstolen.

Det kan inte uteslutas att den ansökta verksamheten riskerar att orsaka en negativ påverkan kopplad till risken för fiskdödlighet av små fiskar, fördröjning av nedströmsvandring och minskade områden för lek och uppväxt i intagskanalen. Det går inte att dra några långtgående slutsatser om fiskvandring av den sonarundersökning som utförts. Återuppförande av en vattenkraftstation äventyrar möjligheten att upprätthålla god status på sikt eftersom förutsättningarna för nedströmsvandring riskerar att försämrast.

Kammarkollegiet har i huvudsak anfört följande:

Det finns inte skäl att upphäva domen och återförvisa målet till mark- och miljödomstolen. Någon kraftverksutbyggnad har inte tidigare lagligförklarats. Mark- och miljödomstolens kategorisering av vattenverksamhet till uppförande av ett nytt vattenkraftverk är korrekt. Något tillstånd till vattenverksamhet i form av tillstånd till att ändra vattnets djup eller läge föreligger inte heller. Mark- och miljödomstolen har gjort bedömningen att uppförande och drift av ett nytt vattenkraftverk inte ryms inom undantaget obetydlig miljöpåverkan. Att den bedömningen även bygger på att vattenverksamheten inte är förenlig med strandskyddet kan inte anses som en rättstillämpning

som strider mot lag. Strandskyddet gäller och innebär ett skydd mot negativ påverkan på miljön. Mark- och miljööverdomstolens praxis beträffande ansökan om lagligförklaring kräver att ansökan även omfattar ansökan om tillstånd enligt miljöbalken till pågående vattenverksamhet. Något vattenkraftverk har inte tidigare lagligförklarats. Något rättskraftigt tillstånd till vattenkraftverk och drift av ett sådant finns således inte.

Den miljöpåverkan av företaget, uppförande och drift av ett nytt vattenkraftverk, får oavsett betydelsen av positiva effekter av biotopförbättrande åtgärder en miljöpåverkan på naturmiljön, friluftsliv och allmänt fiskeintresse som inte är förenlig med kravet på obetydlig miljöpåverkan i 4 kap. 6 § miljöbalken.

Transtrand bortser från det intryck i landskapet som kommer med ett eventuellt tillstånd till Ejforsens kraftverk. Mark- och miljödomstolens dom följer kravet på att inte meddela tillstånd enligt miljöbalken som står i strid med icke-försämringskravet och kravet att inte äventyra god ekologisk status.

En spaltvidd om 15 mm på intagsgallret är i mesta laget och innebär att 15 cm långa fiskar kan passera gallret. Fisk av den storleken kan ha en betydande dödlighet vid passage av turbin speciellt vid låg drivvattenföring. Flyktöppningen har för små dimensioner för att nedströmsvandringen ska bli effektiv. Även fungerande fiskväg för uppströmsvandring bör säkerställas. Strömvattenmiljön i kraftverkskanalen kommer att försvinna helt och byggskedet innebär en tillfällig negativ effekt för kraftverksgrenens akvatiska liv. Sonarundersökningen registrerar inte liten fisk på ett tillförlitligt sätt.

Länsstyrelsen har i huvudsak anfört följande:

Utöver riksintresset enligt 4 kap. 6 § miljöbalken så är området även riksintresseområde för friluftsliv och natur enligt 3 kap. 6 § miljöbalken. I beskrivningen av riksintresseområdets värden beskrivs Fulan som en oexploaterad naturskön älv. Om ansökt verksamhet kommer till stånd skapas en industriell miljö i riksintresset som är upprättat för turism, naturstudier och rekreation. Verksamheten kommer att påverka känslan av ett område med orörd natur och orörda strömsträckor på ett negativt sätt. En exploatering kommer att påverka landskapsbilden och upplevelsevärdet.

I bevarandemålet för Natura 2000-området anges att ingen ny vattenkraft ska tillkomma i älven eller dess biflöden. Som ett prioriterat bevarandevärde nämns ”älvens i huvudsak oreglerade förhållanden tillsammans med en i övrigt naturlig succession av morfologi (fysiskt utseende)”. Det står vidare att ”områdets förhållanden ska präglas av en naturlig dynamik och en minimering av annan mänsklig påverkan än ett skoningsamt friluftsliv och ett ekologiskt hållbart fiske”. Fulan blev även 2005 utpekad inom miljömålsarbetet och miljö kvalitetsmålet ”Levande sjöar och vattendrag” som ett vattendrag med nationellt särskilt värdefulla vattenanknutna värden, både inom naturvård och inom fiske. Även här nämns i motiveringen att älven är i huvudsak oexploaterad och hyser sällsynta naturtyper och en rik flora och fauna. Den sonarundersökning som genomförts kan inte användas till att dra långtgående slutsatser gällande fiskars vandringsmönster i Fulan.

Det är således fråga om ett i huvudsak orört område där de allmänna miljö- och naturvårdsintressena är starka och en exploatering får stor påverkan på områdets karaktär. Det är även fråga om ett förhållandevis litet kraftverk med liten samhällsnytta.

Det var inte fel att lämna tillstånd enbart till de biotopförbättrande åtgärderna. Det står sökanden fritt att ta tillståndet i anspråk eller inte.

Naturvårdsverket har i huvudsak anfört följande:

Skadeförebyggande åtgärder som avser fingaller och fiskpassage hänför sig direkt till den ansökta verksamheten och inte till kategorin biotopvårdande åtgärder. De olika typerna av åtgärder ska inte jämföras vid en prövning. De biotopförbättrande åtgärderna ska inte räknas till god vid bedömningen av verksamhetens tillåtlighet.

De lagligförklarade anläggningsresterna saknar nödvändiga delar för att kunna betraktas som ett kraftverk. Ansökan avser uppförande av ett nytt kraftverk. Det är alltså inte fråga om sådana ”smärre åtgärder som hänför sig till en redan företagen utbyggnad” som enligt förarbetena kan undantas från utbyggnadsförbudet. Det är riktigt, som mark- och miljödomstolen konstaterar, att följderna av en lagligförklaring som inte inkluderat en samtidig tillståndsprövning måste tolkas restriktivt vad gäller dess be-

tydelse för bedrivandet av verksamheten. Den verksamhet som förknippas med en anläggning ingår inte i lagligförklaringen utan måste legaliseras genom en tillståndsansökan enligt miljöbalken. Att dessa båda processer behöver göras samtidigt följer av praxis. Avledningen av vatten vid den lagligförklarade tröskeln bör inte anses ingå i lagligförklaringen eftersom detta utgör en verksamhet.

Malung-Sälens kommun har hänvisat till tidigare ställningstaganden.

Sportfiskarna har i huvudsak anfört följande:

Det är helt uppenbart att ansökan handlar om uppförande av ett nytt kraftverk, med en helt annan funktion än den lagligförklarade anläggningen. Den lagligförklaring som skett gäller rester av en vattenanläggning som finns på platsen. Det är utan tvekan så att ett nybyggt kraftverk kommer att inverka negativt på upplevelsen av det vildmarksområde som finns idag. Sannolikheten är stor att kraftverket kommer ha en avskräckande effekt på sportfiskare som vill fiska i området.

Sonarundersökningen kan inte användas i målet som information om fiskvandring i Ejforsen. Undersökningen har skett under en mycket begränsad period av året då flera av de fiskarter som förekommer i Fulan normalt inte vandrar och dessutom under en period med osedvanligt låg vattenföring. Mycket tyder på att vald undersökningsteknik inte är lämplig för att detektera mindre fisk som enligt elfisken dominerar i det aktuella området.

Kommittén Rädda Västerdalälven har i huvudsak anfört följande:

Bedömningen av den aktuella ansökningen ska inte ske enbart med hänsyn till förhållandena i det aktuella fallet utan måste bedömas som ett tänkbart led i en framtida mer omfattande exploatering av Västerdalälven med biflöden. Ett bifall till ansökningen om anläggandet av ett nytt kraftverk skulle strida mot nuvarande förbud och rättspraxis. Ejforsens kraftverk har aldrig haft tillstånd. Från sin tillkomst 1917 tills det lades ner för 40 år sedan 1978, drevs kraftverket helt olagligt. Av förarbetena framgår att åtgärder som kan vara tillåtna avgränsas till att endast gälla sådana som görs för att

upprätthålla eller underhålla anläggningar eller verksamheter som har tillkommit på lagligt sätt.

Svenska Naturskyddsföreningen har i huvudsak anfört följande:

En fungerande kraftstation, inklusive turbiner och generatorer, har inte lagligförklarats och innefattas därmed inte av rättskraft. Själva vattenverksamheten som ska bedrivas vid kraftverket, alltså bortledning av vatten och dämning av vattenytan, är inte tidigare prövad. Driften av en vattenanläggning är inte heller möjlig att lagligförklara eftersom det endast kvarstår rester av kraftstationen och en ny kraftstation måste anläggas. Det är således inte fråga om någon renovering av ett befintligt kraftverk utan anläggande och drift av ett nytt kraftverk, dvs. ny vattenverksamhet. Det som ska prövas i detta mål är således anläggandet av kraftstationen och driften av vattenverksamheten, dvs. bortledandet av vatten och den dämning som verksamheten medför. Verksamhetens miljöpåverkan måste omfatta samtliga åtgärder som innebär att vattenverksamheten bedrivs, alltså även bortledningen av vatten via tröskeln och inloppskanalen.

Den vattenavledning som sker idag, och som bolaget får anses ansöka om tillstånd till, är inte lagligförklarad, vilket medför att miljöbalkens regler ska gälla. Eftersom kraftverket är beläget inom område med utbyggnadsförbud kan verksamheten tillåtas endast om den medför endast obetydlig miljöpåverkan enligt 4 kap. 6 § miljöbalken. Enligt förarbetena får dock syftet med utbyggnadsförbudet inte förfelas. Det nollalternativ som rätten ska utgå från vid denna bedömning är de förutsättningar som nu finns på platsen, alltså utan kraftstation och drift.

En prövning enligt 7 kap. 28 b § miljöbalken krävs i målet men bolaget har varken ansökt om Natura 2000-tillstånd eller gett in en sådan miljökonsekvensbeskrivning som krävs för prövningen. Att tillåta ansökt vattenverksamhet strider mot bevarandepланen och försvårar uppnåendet av fastställda bevarandemål för området.

Avledningen som sker idag via sidofåran medför att mindre vatten tappas till huvudfåran vilket medför påverkan på fisk och annat akvatiskt liv vid framförallt låga flöden. De turbiner som kommer att installeras utgör ett vandringshinder för fisk, både ned-

ströms- och uppströmsvandrande. Turbinerna medför vidare att fisk dör när den passerar turbinen. Vid drift av kraftverket kommer majoriteten av fisken att anlockas till utloppskanalen från kraftverket. Den tidigare huvudfåran kan, beroende på flöden och anlockningseffekt, till viss del fungera för uppströmsvandring. Att låta huvudfåran, utan fastställd minimitappning, utgöra lösning för uppströmsvandring kan emellertid inte heller anses vara i överensstämmelse med bästa möjliga teknik.

Om tillstånd ges till verksamheten riskerar befintlig status att försämrats samtidigt som framtida uppnående av normer försvåras.

Verksamheten medför mer än obetydlig miljöpåverkan och kan därför inte tillåtas enligt 4 kap. 6 § miljöbalken.

Mark- och miljödomstolens dom såvitt avser biotopförbättrande åtgärder har inte gått Transtrand emot och överklagandet i den delen ska därför avvisas.

Älvräddarnas Samorganisation har i huvudsak anfört följande:

Det är i målet fråga om uppförandet av ett nytt kraftverk på platsen. Lagligförklaringen omfattade inget annat än rester av intagskanal m.m. som fortfarande finns på platsen. En lagligförklaring är inte att betrakta som rättskraft för verksamheten.

Vad gäller undantaget i 4 kap. 6 § miljöbalken ska en bedömning göras om de skadeförebyggande åtgärderna kan anses vara tillfyllest, sett ur perspektivet att det inte finns någon verksamhet i form av vattenkraftsdrift idag. Vidare ska också vägas in att vattendraget både är ett Natura 2000-område och därtill skyddat mot vattenkraftsutbyggnad. Alltså ska skyddsåtgärderna bedömas grundligare än i ett vattendrag utan detta skydd och undantagen ska tillämpas mycket restriktivt. Påverkan i detta fall handlar om att fisk och annan fauna kommer att kunna skadas och dödas vid normal drift av kraftverket.

Det är svårt att bygga fiskvägar som fungerar på ett tillfredsställande sätt, vilket i sig bör vara skäl för att avslå ansökan med hänvisning till områdets skyddsstatus. Utförd

sonarundersökning kan inte anföras som argument för att sökt verksamhet ska anses utgöra endast obetydlig miljöpåverkan. Dels har inte resultaten verifierats med andra metoder, dels har tekniken i sig brister som måste beaktas, vilket inte gjorts i inlämnad rapport. Vidare kan inte en undersökning som utförs under en så kort period läggas till grund för generella bedömningar så som gjorts.

Mark- och miljödomstolens dom såvitt avser biotopförbättrande åtgärder har inte gått Transtrand emot och överklagandet i den delen ska därför avvisas.

SH har anført att han som delägare till fastigheten XX, som direkt berörs av en ombyggnad, är positiv till Transtrands yrkande.

UTREDNINGEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Parterna har lagt fram väsentligen samma utredning i Mark- och miljööverdomstolen som i mark- och miljödomstolen. Därutöver har Transtrand i Mark- och miljööverdomstolen gett in en undersökning avseende fisk i det aktuella vattendraget.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

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

Verkan av lagligförklaringen

Genom den dom som vann laga kraft 2011 lagligförklarades den då befintliga vattenanläggningen vid Ejforsen bestående av en tröskel, ett kanalintag med lucka för avstängning, en tilloppskanal, rester av en kraftstation, en kraftstationsdamm och en utloppskanal. Mark- och miljööverdomstolen konstaterar, i likhet med mark- och miljödomstolen, att domen angående lagligförklaringen inte ger någon rätt att bygga och driva ett kraftverk utan att den endast ger rätt att bibehålla de nämnda delarna av vattenanläggningen. Transtrands ansökan i detta mål avser tillstånd till den vattenverksamhet som är kopplad till att anlägga och driva ett kraftverk på platsen. Mark- och miljödomstolen har kommit fram till att ansökan i denna del ska avslås eftersom den

sökta verksamheten inte kan anses medföra endast obetydlig miljöpåverkan och därför strider mot utbyggnadsförbudet i 4 kap. 6 § miljöbalken. Mark- och miljööverdomstolen prövar först hur de sökta åtgärderna förhåller sig till regleringen i 4 kap. 6 § miljöbalken.

Allmänt om utbyggnadsförbudet enligt 4 kap. 6 § miljöbalken

Enligt 4 kap. 6 § miljöbalken får vattenkraftverk samt vattenreglering eller vattenöverledning för kraftändamål inte utföras i vissa angivna vattendrag, bl.a. gäller förbudet Fulan som är en del av Västerdalälven. Detta förbud bygger på riksdagens beslut 1972 om riktlinjer för den fysiska riksplaneringen. Riktlinjerna utgick från de mycket stora naturvårds-, kulturminnesvårds- och friluftslivsintressen som finns utefter de berörda vattendragen samt de betydande värden som utbyggda vattensystem har även för andra intressen såsom fiske. Vilka bevarandevärden som utgjort motiv till förbudet mot vattenkraftsutbyggnad i Fulan har inte preciserats närmare.

Även om den sträcka som är aktuell i målet är en grävd kanal i vilken det finns en damm så anser Mark- och miljööverdomstolen att den, genom att under lång tid ha lett en del av Fulans vattenföring, får anses vara en del av den skyddade Västerdalälven. I den lydelse av 4 kap. 6 § miljöbalken som var gällande när ansökan gavs in, och som därför ska tillämpas i målet, stadgar tredje stycket att utbyggnadsförbudet inte gäller vattenverksamhet som förorsakar endast obetydlig miljöpåverkan.

Den här aktuella undantagsbestämmelsen infördes i lagen (1987:12) om hushållning med naturresurser m.m. (naturresurslagen) och kom att överföras till miljöbalken. I förarbetena till miljöbalken anges att undantagsbestämmelsen innebär att tillstånd bör kunna lämnas för smärre åtgärder som hänför sig till en redan företagen utbyggnad, t.ex. ersättningsbyggnader till ett befintligt kraftverk och ombyggnader eller effektiviseringar, under förutsättning att inverkan på naturmiljön inte ökar i nämnvärd omfattning. Vidare framgår att det inte i och för sig finns något hinder mot att lämna tillstånd till nya vattenkraftsprojekt men att det torde vara utomordentligt få helt nya projekt som endast har obetydlig miljöpåverkan. (Se prop. 1997/98:45, del 2, s. 41.)

När det gäller utbyggnad av minikraftverk anges i propositionen till naturresurslagen att undantagsbestämmelsen kan aktualiseras bl.a. när det på den aktuella platsen redan finns en anläggning som påverkar vattendraget, t.ex. en dammanläggning eller liknande. Det nämns att tillkomsten av ett minikraftverk i sådana fall till och med kan innebära vissa fördelar, t.ex. om det innebär att en befintlig, dåligt underhållen flottningsdamm samtidigt kan restaureras. En förutsättning för att tillåta utbyggnad i sådana fall är dock alltid att åtgärden kan vidtas utan att syftet med utbyggnadsförbudet förfelas. Man bör också kunna ställa särskilda krav på åtgärdens utformning med tanke på naturvården, fisket och landskapsbilden. (Se prop. 1985/86:3 s. 110 f.)

Regeringsrätten har angående tolkningen av undantagsbestämmelsen slagit fast att begreppet obetydlig miljöpåverkan innebär en mycket restriktiv bedömning av vattenföretagets tillåtlighet. Vid denna bedömning kan inte bortses från vare sig annan miljöpåverkan än sådan som uttryckligen nämnts i förarbetena när älvsträckan skyddades eller sådana effekter på miljön som inte kan antas bli bestående (se RÅ 1993 ref. 44 och RÅ 2004 ref. 14).

Den ansökta verksamhetens påverkan

Effekterna av de ansökta åtgärderna kan sammanfattningsvis beskrivas på följande sätt. En lucka vid intaget kommer vid höga flöden begränsa den mängd vatten som leds in till kraftverket vilket påverkar vattenföringen så att den blir något högre i huvudfåran i Fulan och något mindre i kanalen. Denna förändring av flödena kommer att ske när kraftverkets slukförmåga överskrids. Kraftverkets slukförmåga uppges i ansökan till 5 m³/s. Med den fördelning av flödet mellan Fulan och kanalen som sker idag kommer ökningen av flödena i Fulan att inträda vid totalt flöde över 20 m³/s vilket är något högre än medelvattenföring som uppges vara 14,7 m³/s. Dämningsnivån i kanalen uppströms kraftverket kommer att öka. Den nuvarande forsliknande delen av kanalen kommer därmed att minska i intensitet och längd samt upphöra helt på en del av sträckan. Det uppdämda vattnet ökar således i omfattning både i längdled och bredd. Landskapsbilden ändras genom att träd vid och på dammen tas bort och kraftstationens överbyggnad tillkommer på nedströmssidan av dammen.

Den ansökta verksamheten kommer att påverka fisk och annat akvatiskt liv genom att vattennivån höjs i en del av kraftverkskanalen uppströms det planerade kraftverket. Kraftverksdammen utgör i dagsläget ett definitivt vandringshinder för uppströmsvandring men åt nedströmshållet kan fisk passera genom utskovet i dammen. Om de sökta åtgärderna genomförs måste fisken istället hitta flyktöppningar i intagsgallrets överkant för nedströms passage. Som skydd för nedströmsvandrande fisk kommer ett låglutande galler installeras.

Parterna har argumenterat om i vilken mån nedströmspassage kommer att försvåras och hur stor andel av fisken som kan passera gallret och hur stor risk det är att dessa skadas eller dör vid passage av turbinen. Transtrand argumenterar för att gallret har en avhållande effekt även för fisk som fysiskt kan passera mellan gallerstavarna och att den flacka lutningen på gallret bidrar till att fisken söker sig upp utefter gallret och då hamnar i flyktvägen. Man menar också att andelen fisk som är tillräckligt liten för att obehindrat passera gallret är låg. Transtrand har till stöd för detta bland annat hänvisat till den sonarundersökning man låtit genomföra för att undersöka hur fisken idag rör sig framför intaget och hur stor del som medvetet vandrar nedströms.

Även om det finns en osäkerhet i hur små fiskar som registreras och den undersökta tidsperioden är relativt kort, anser Mark- och miljööverdomstolen att undersökningen ger stöd för Transtrands slutsats att andelen liten fisk i kanalen är begränsad. Det innebär även att antalet fiskar som riskerar att passera genom gallrets stavar och turbinen bör vara relativt lågt. Utredningen ger också stöd för att kanalen inte kan antas vara uppväxtområde för fisk i någon större utsträckning. Den omvandling av en del av kanalen från strömvattenbiotop, som kan fungera som uppväxtområde för mindre fisk, till mer lugnflytande biotop, som gynnar större fiskars födosök, är därmed svår att bedöma ur miljösynpunkt. Mark- och miljööverdomstolen gör dock bedömningen att eventuell skillnad i negativ riktning är liten.

Mark- och miljööverdomstolens bedömning i frågan om utbyggnadsförbudet

Vid bedömningen av den ansökta utbyggnadens förenlighet med 4 kap. 6 § miljöbalken, beaktar domstolen att verksamheten inte ska bedrivas i huvudfåran utan på en

plats där det redan finns anlagt kanal, intag, damm och utskov samt att endast en del av Fulans vattenföring leds in i kanalsystemet. Denna avledning av vatten från huvudfåran kommer inte att förändras. Vattenflödet blir således detsamma som i dagsläget. Den ytterligare påverkan som en nyanläggning av de funktionella delarna av vattenkraftverket medför är därför inte jämförbar med den påverkan som en helt ny anläggning i huvudfåran skulle haft. Det går inte att återskapa den ursprungliga, naturliga, utformningen av Fulan i denna del eftersom befintliga anläggningsdelar, som enligt lagligförklaringen får bibehållas, redan påverkar området. Eftersom nyanläggningen således ska ske i en anlagd kanal med befintliga vattenanläggningar som grund får den även anses utgöra en sådan utbyggnad som enligt förarbetena kan omfattas av undantaget. Mot denna bakgrund och med beaktande av att påverkan på landskapsbild, naturvård och fisk m.m. bedöms som liten anser Mark- och miljööverdomstolen sammanfattningsvis att den sökta verksamheten får anses medföra endast obetydlig miljöpåverkan. Det finns därför inte skäl att avslå ansökan på grund av 4 kap. 6 § miljöbalken.

Den fortsatta prövningen

Mark- och miljödomstolen har inte bedömt övriga förutsättningar för tillstånd. Flera av motparterna har invänt att den sökta verksamheten inte kan tillåtas med hänsyn till påverkan på Natura 2000-området och miljö kvalitetsnormerna för vatten. Dessa frågor har inte prövats i sin helhet av mark- och miljödomstolen och bör enligt praxis prövas samlat på ett sätt som uppfyller unionsrättens krav på fullständighet, exakthet och slutlighet (se NJA 2013 s. 613). Det är inte lämpligt att Mark- och miljööverdomstolen som första instans prövar dessa frågor utan de får därför prövas inom ramen för den fortsatta handläggningen i mark- och miljödomstolen.

Transtrand har även överklagat mark- och miljödomstolens dom såvitt gäller de tillståndsgivna biotopförbättrande åtgärderna i Fulan och har anfört att de åtgärderna har ett samband med ansökan i övrigt och därför bör prövas samlat. Mark- och miljööverdomstolen, som inte finner skäl att avvisa överklagandet i den delen, anser att det är lämpligt att även dessa åtgärder prövas av mark- och miljödomstolen samtidigt med ansökan i övrigt.

Eftersom de ansökta åtgärderna därmed åter ska prövas i sin helhet, med det undantaget att Mark- och miljööverdomstolen har tagit ställning i frågan om tillåtligheten enligt 4 kap. 6 § miljöbalken, är det lämpligt att mark- och miljödomstolens dom undanröjs även i de delar som avser rättegångskostnader i den domstolen samt villkor för verksamheten m.m.

Sammanfattningsvis ska alltså mark- och miljödomstolens dom undanröjas i sin helhet och målet återförvisas till mark- och miljödomstolen för fortsatt handläggning.

Rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen

Havs- och vattenmyndigheten och Kammarkollegiet har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen. Enligt 18 kap. 15 § tredje stycket rättegångsbalken ska dessa prövas av mark- och miljödomstolen i samband med att målet återupptas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B
Överklagande senast 2019-10-28

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Karin Wistrand, skiljaktig, och Mikael Hagelroth, referent, tekniska rådet Dag Ygland samt hovrättsrådet Li Brismo.

Skiljaktig mening, se nästa sida.

SKILJAKTIG MENING

Hovrättsrådet Karin Wistrand är skiljaktig i frågan om undantag från utbyggnadsförbudet enligt 4 kap. 6 § miljöbalken kan medges och anför följande.

Naturreisursslagens utbyggnadsförbud och undantagsbestämmelsen till förbudet överfördes till miljöbalken utan ändring. De egentliga förarbetena till undantagsbestämmelsen återfinns därmed i prop. 1985/86:3. Utbyggnadsförbudet är tillämpligt på vitt skilda förhållanden. Den situation som det är fråga om här, dvs. utbyggnad av ett minikraftverk, berörs särskilt i prop. 1985/86:3. I det avseendet uttalar departementschefen (s. 110–111) att han allmänt sett är positivt inställd till ökad satsning på minikraftverk men att enligt gällande riktlinjer i princip ingen utbyggnad för vattenkraftsändamål kan tillåtas i de avsedda älvarna och älvsträckorna. I vissa speciella fall bör dock undantag kunna förekomma. Undantag bör kunna aktualiseras endast i två situationer. Den ena avser fall då andra alternativ för att ordna energiförsörjningen för enstaka hushåll, t.ex. dragning av en kraftledning, kunde innebära större inverkan på miljön än ett minikraftverk. Den andra situationen avser fall då det på den aktuella platsen redan fanns en anläggning som påverkade vattendraget, t.ex. en dammanläggning eller liknande. I det fallet kunde tillkomsten av ett minikraftverk t.o.m. innebära vissa fördelar, t.ex. om det innebar att en befintlig, dåligt underhållen flottningsdamm samtidigt kunde restaureras. En förutsättning borde dock alltid vara att åtgärden kunde vidtas utan att syftet med bestämmelsen om undantag från vattenkraftsutbyggnad förfelades.

I praxis har, med hänsyn till bestämmelsens ordalydelse och de nyss nämnda motivuttalandena, utrymmet för att medge undantag från utbyggnadsförbudet ansetts mycket begränsat. Vid nyutbyggnad kan sägas gälla en presumtion för att utbyggnad medför mer än obetydlig miljöpåverkan.

I detta fall har något kraftverk inte varit i drift vid Ejforsen på 40 år, sedan det befintliga verket havererade och i huvudsakliga delar avlägsnades. Även om det finns synliga rester kvar av den tidigare verksamheten har området idag återgått till att ge ett oexploaterat intryck. Det är alltså tydligt att det sedan länge inte har bedrivits vattenkraftsverksamhet på platsen. Detta förhållande skulle komma att förändras på ett

påtagligt sätt både på kort och lång sikt om ansökan bifalls. Att kraftverket inte har varit beläget och inte ska anläggas i huvudfåran saknar enligt min mening betydelse för bedömningen eftersom huvudfåran och dammen m.m. idag uppfattas som en sammanhängande enhet, där naturen i allt väsentligt har återhämtat sig från de tidigare ingreppen. Detta understryks av att avledningen till inloppskanalen huvudsakligen sker genom en naturlig tröskel i Fulan. Även om jag delar majoritetens bedömning att risken för negativ påverkan på fisk framstår som liten kan detta inte ges avgörande betydelse. Frågan om obetydlig miljöpåverkan ska avgöras genom en helhetsbedömning där naturvården, fisket och landskapsbilden samtliga ska vägas in. Några sådana fördelar med åtgärden som departementschefen i prop. 1985/86:3 framhöll som skäl för undantag aktualiseras inte i här. Slutligen finns det också anledning att, som mark- och miljödomstolen har gjort, understryka att även om de närmare värdena i Fulan/Ejforsen inte särskilt berördes i samband med införandet av utbyggnadsförbudet, de har konkretiserats genom bevarandeplanen för Natura 2000 för Fuluälven och i värdebeskrivningen för riksintresset. Med dessa utgångspunkter anser jag, vid en samlad bedömning, att syftet med utbyggnadsförbudet skulle förfelas om undantag medges. Jag ansluter mig därmed till mark- och miljödomstolens slutsats att ansökan i denna del ska avslås med hänsyn till utbyggnadsförbudet i 4 kap. 6 § miljöbalken.

Överröstad i denna del är jag i övrigt ense med majoriteten.



NACKA TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2017-11-28
meddelad i
Nacka strand

Mål nr M 639-16

SÖKANDE

Transtrands Besparingsskog

Ombud: Advokat MW
Foyen Advokatfirma AB

SAKEN

Ansökan om biotopförbättrande åtgärder och ombyggnad av Ejforsens kraftverk i Fulan, Malung-Sälens kommun

AnläggningsID i miljöboken: 29852
Koordinater (SWEREF99): N 6806041, E 395760

DOMSLUT

Ansökan

1. Mark- och miljödomstolen avslår Naturvårdsverkets, Kammarkollegiets, Sportfiskarnas och Kommittén Rädda Västerdalälvens yrkanden om avvisning av ansökan.
2. Mark- och miljödomstolen avslår Transtrands Besparingsskogs ansökan i den del den gäller ombyggnad av Ejforsens kraftverk.
3. Mark- och miljödomstolen bifaller Transtrands Besparingsskogs ansökan i den del den gäller biotopförbättrande åtgärder. Arbetena ska bedrivas i huvudsaklig överensstämmelse med vad sökanden angett i ansökningshandlingarna och i övrigt uppgett och åtagit sig i målet. Åtgärderna ska utföras i samråd med tillsynsmyndigheten.

Dok.Id 489570

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1104 131 26 Nacka strand	Augustendalsvägen 20	08-561 656 30 E-post: mmd.nacka.avdelning3@dom.se www.nackatingsratt.domstol.se	08-561 657 99	måndag – fredag 08:00-16:30

Miljökonsekvensbeskrivning

Mark- och miljödomstolen godkänner miljökonsekvensbeskrivningen.

Prövningsavgift

Mark- och miljödomstolen fastställer prövningsavgiften slutligt till 31 440 kr.

Arbetstid och oförutsedd skada för biotopförbättrande åtgärder

De arbeten som har medgetts i denna dom ska vara utförda senast fem år från det att domen har vunnit laga kraft. Om den vattenverksamhet som avses med tillståndet medför skador, som domstolen inte förutsett, får den skadelidande framställa anspråk på ersättning. Sådana anspråk ska för att få tas upp till prövning framställas inom fem år räknat från arbetstidens utgång.

Verkställighetsförordnande

De biotopförbättrande åtgärderna får utföras innan domen har vunnit laga kraft.

Rättegångskostnader

Transtrands Besparingsskog ska betala ersättning för rättegångskostnader till:

- Havs- och vattenmyndigheten med 64 000 kr, allt avseende arbete.
- Kammarkollegiet med 143 532 kr, varav 44 800 kr avser arbete.
- Länsstyrelsen i Dalarnas län med 96 000 kr, allt avseende arbete.

På beloppen ska ränta utgå enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Innehållsförteckning

SAKEN.....	1
DOMSLUT.....	1
Ansökan	1
Miljökonsekvensbeskrivning.....	2
Prövningsavgift	2
Arbetstid och oförutsedd skada för biotopförbättrande åtgärder.....	2
Verkställighetsförordnande.....	2
Rättegångskostnader	2
YRKANDEN OCH INSTÄLLNING	5
ORIENTERING OCH BAKGRUND.....	7
TIDIGARE PRÖVNING	8
ANSÖKAN	9
Miljöförutsättningar för projektet.....	9
Rådighet.....	10
Höjdsystem	10
Hydrologiska förhållanden.....	10
Teknisk beskrivning.....	10
Nuvarande anläggning.....	10
Ombyggd anläggning	11
Biotopförbättrande åtgärder	12
Förhållanden under byggskedet.....	12
Samråd och miljökonsekvensbeskrivning.....	12
Samråd.....	12
Plan- och fastighetsförhållanden	13
Naturmiljö	13
Vattenförekomst och Natura 2000	13
Bedömda miljökonsekvenser	14
Skadeförebyggande åtgärder	15
Nollalternativet.....	16
Allmänna hänsynsreglerna och villkor.....	16
Samhällsekonomisk bedömning.....	16
Arbetstid	17
Avgifter	17
Grund för verkställighetsförordnande	17

INKOMNA YTTRANDEN	18
Havs- och vattenmyndigheten (HaV).....	18
Naturvårdsverket (NV).....	19
Kammarkollegiet (kollegiet).....	20
Länsstyrelsen i Dalarnas län (länsstyrelsen)	22
Malung-Sälens kommun samt Miljö- respektive byggnadsnämnden i Malung-sälens kommun.....	24
Älvräddarnas samorganisation (Älvräddarna).....	25
Sportfiskarna.....	25
Naturskyddsföreningen (föreningen)	26
Kommittén Rädda Västerdalälven (kommittén).....	26
Sakägaren SH	26
SÖKANDENS BEMÖTANDE.....	26
MÅLETS HANDLÄGGNING, HUVUDFÖRHANDLING OCH FORTSATT SKRIFTVÄXLING	31
DOMSKÄL	32
Rådighet.....	32
Miljökonsekvensbeskrivning.....	32
Betydelsen av tidigare regeringsprövning och nuvarande anläggningsdelars skick.....	32
Några utgångspunkter för bedömningen av ansökta åtgärders miljöpåverkan enligt 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken.....	33
Betydelsen av lagligförklarad anläggning	33
Betydelsen av rättskraft och rätten att utföra underhållsåtgärder	34
Betydelsen av positiva effekter av biotopförbättrande åtgärder.....	35
Medför ansökta åtgärder endast obetydlig miljöpåverkan enligt 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken?.....	36
Vad mark- och miljödomstolen ska bedöma	36
Rättsliga utgångspunkter vid en prövning enligt 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken.....	36
Mark- och miljödomstolens bedömning.....	38
Prövningsavgift	41
Rättegångskostnader	41
Havs- och vattenmyndigheten	42
Kammarkollegiet	42
Länsstyrelsen	43

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Transtrands Besparingsskog (sökanden) har, som talan slutligen justerats, yrkat att mark- och miljödomstolen ska lämna tillstånd *dels* till upprustning av Ejforsens kraftverk, *dels* till biotopförbättrande åtgärder/restaureringsarbeten i Fulan i Malung-Sälens kommun. Allt i huvudsaklig överensstämmelse med i ansökan lämnade beskrivningar och ritningar med följande justeringar:

- dämmningsgränsen +400,20 ska fastställas samt vattenhushållningsbestämmelser för intagsdammen så att dämmningsgränsen inte överskrids,
- intagsgallret ska utföras med ett fritt avstånd mellan grindjärnen om 15 mm och grinden ska förses med flack lutning om 30-35 grader,
- tillståndet ska förenas med ett provotidsvillkor med en provotid på fem år. Under provotiden ska sökanden undersöka fiskens beteende framför fingallret och i flyktöppningen till fiskavledningen. Utifrån gjorda observationer ska sökanden, om så behövs, modifiera flyktöppningen/ fiskavledningen så att fiskbeståndet i aktuell vattenförekomst inte påverkas negativt av tillståndsgiven vattenverksamhet.

Angående yrkat provotidsvillkor anges även följande. Fiskens beteende framför galler och flyktöppning ska studeras genom filmning. Filmningen ska ske med flera kameror så att erforderligt område av galler och fiskväg observeras. Filmtiden ska sammantaget vara så lång att statistiskt säkerställt resultat uppnås.

Efter att arbetena med kraftverket färdigställts ska en säsong filmas och filmerna analyseras med avseende på fiskens beteende. Resultatet kan medföra att mindre justeringar av t.ex. vattenföring i fiskavledaren kan genomföras under pågående säsong och att större åtgärder kan planeras och genomföras inför kommande säsong. Därefter ska undersökningarna upprepas med främst filmning ytterligare en säsong och eventuella ytterligare justeringar som utvärderingen visar ska genomföras.

Tillsynsmyndigheten ska efter varje säsong erhålla resultat och analys av undersökningen för yttrande och förslag på åtgärder. Sökanden ska innan eventuella större åtgärder vidtas inkomma med förslag på relevanta åtgärder till tillsynsmyndigheten som i god tid inför kommande säsong ska avge sin inställning inför eventuella justeringar i flyktöppning och fiskavledning.

Efter prövotidens slut inges redovisning till mark- och miljödomstolen av genomförda undersökningar och eventuella modifieringar av fiskvägen.

Sökanden hemställer vidare om att givet tillstånd får tas i anspråk utan hinder av att domen inte har vunnit laga kraft, en arbetstid på fem år samt att tid för oförutsedd skada sätts på fem år från utgången av den tid då arbetena ska vara utförda.

Havs- och vattenmyndigheten bestrider ansökan och yrkar i första hand att ansökan ska avslås och i andra hand att den ska avvisas. Havs- och vattenmyndigheten yrkar ersättning för rättegångskostnad.

Naturvårdsverket bestrider ansökan och yrkar i första hand att den ska avvisas och i andra hand att den ska avslås samt bestrider även yrkandet om verkställighetsförordnande. Naturvårdsverket har inget att erinra mot yrkandet om tillstånd till biotopförbättrande åtgärder.

Kammarkollegiet bestrider ansökan och yrkar i första hand att den ska avvisas och i andra hand att den ska avslås samt bestrider även yrkandet om verkställighetsförordnande. Kammarkollegiet yrkar ersättning för rättegångskostnader.

Länsstyrelsen i Dalarnas län bestrider ansökan och yrkar, som talan slutligt har bestämts, att den ska avslås samt bestrider yrkandet om verkställighetsförordnande. Länsstyrelsen yrkar ersättning för rättegångskostnad.

Malung-Sälens kommun har ingen erinran mot ansökan.

Miljö- respektive byggnadsnämnden i Malung-sälens kommun har, som talan slutligen har bestämts, inget att erinra mot ansökan.

Naturskyddsföreningen bestrider ansökan och yrkar att den ska avslås.

Älvräddarnas samorganisation bestrider ansökan och yrkar i första hand att den ska avslås och i andra hand att den ska avvisas.

Sportfiskarna bestrider ansökan, förutom i den del den avser biotopförbättrande åtgärder, och yrkar att den i de delar den avser ombyggnad av kraftverket i första hand ska avvisas och i andra hand ska avslås.

Kommittén Rädda Västerdalälven bestrider ansökan och yrkar att den, i den del den avser ombyggnad av Ejforsens kraftverk, i första hand ska avvisas och i andra hand ska avslås.

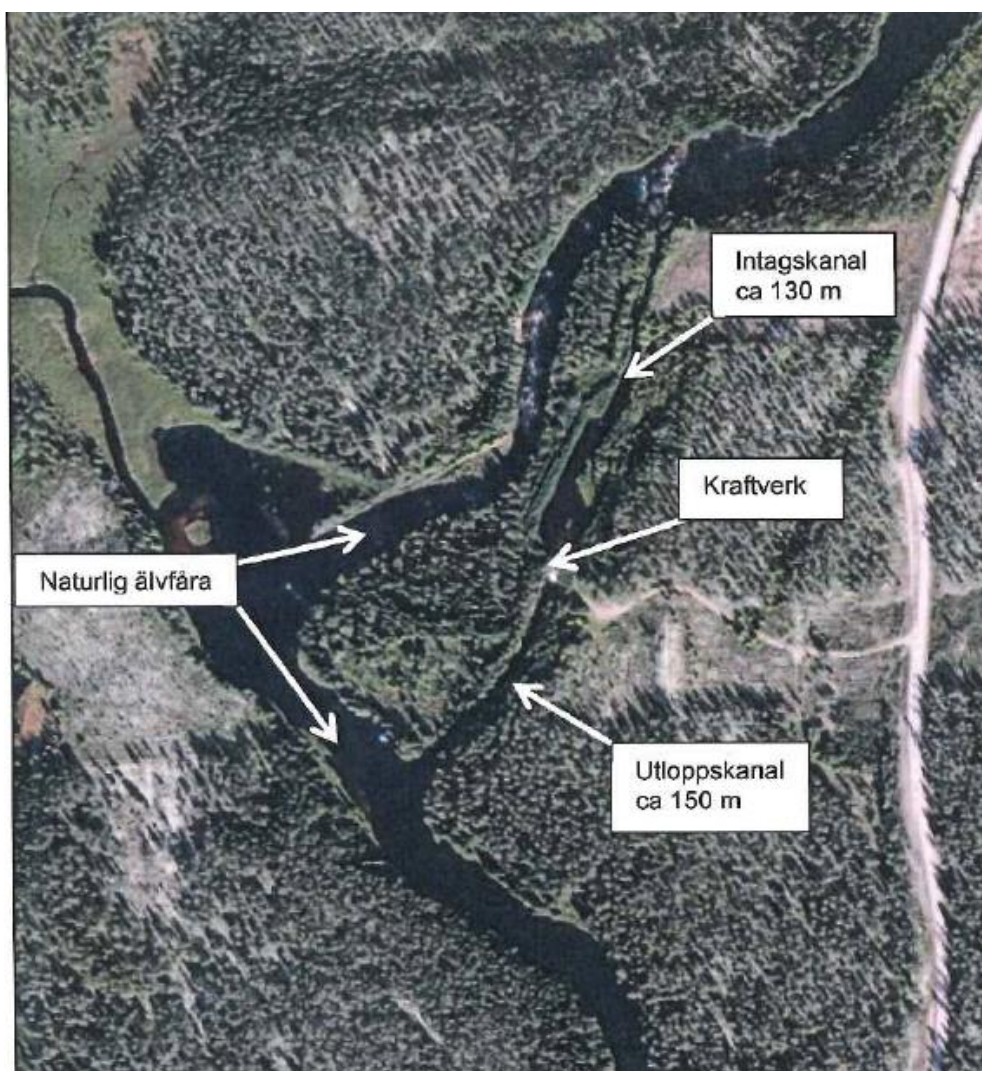
ORIENTERING OCH BAKGRUND

Ejforsens kraftverk är beläget i älven Fulan drygt 25 km norr om Sälen. Älven Fulan rinner upp i nordvästra Dalarna i Övre Fulusjön, och söderut genom ett antal sjöar ner till Fulunäs, där den rinner ihop med Görälven och bildar Västerdalälven. Fulan är ca 80 km lång och avrinningsområdets areal ca 882 km². Fulan är årsreglerad för vattenkraftändamål uppströms om Ejforsen genom regleringsmagasinen Bornåsjön och Öresjön, som är belägna ca 20 respektive 30 km norr om Ejforsen. Älven besitter naturvärden och utgör riksintresse för naturvärden och friluftslivet. Vattendraget är utpekad som Natura 2000-område. Enligt 4 kap. 6 § miljöbalken får vattenkraftverk samt vattenreglering för kraftändamål inte utföras i Västerdalälven uppströms Hummelforsen. Fulan ingår i detta område. Förbudet gäller dock inte om vattenverksamheten förorsakar endast obetydlig miljöpåverkan.

Nuvarande ansökan avser att återställa kraftverket till funktionsdugligt och modernt skick. Kraftverket i Ejforsen med kraftverksdrift för elproduktion började sin drift 1917 och en ombyggnad skedde 1942. Under hösten 1978 togs kraftverket ur drift då det varit maskinhaveri i verket. Den elektriska och mekaniska utrustningen togs därefter bort och kraftverksöverbbyggnaden revs.

En tröskel av trä är kvar i Fulan omedelbart nedströms en anlagd sidofåra belägen på vänster strand. Med tröskeln och framförallt den naturliga forsacken, sker en

uppdämning av Fulan så att en andel av vattenföringen avleds till sidofåran. Sidofåran består av en ca 130 m lång tilloppskanal försedd med en intagningsdamm i betong. Kanalen mynnar i en kraftverksdamm. Kraftverksdammen utgörs av en intagsdamm i betong och anslutande fyllningsdammar. I höger fyllningsdamm finns ett bräddutskov. Via en ca 150 meter lång utloppskanal återleds vattnet till Fulan. Det tidigare kraftverket var beläget i omedelbar anslutning till kraftverksdammen.



Figur 1: Ejforsen i Fulan

TIDIGARE PRÖVNING

Sökanden ansökte 2005 om lagligförklaring och tillstånd till vattenverksamhet vid anläggningen. Regeringen beslutade den 17 mars 2005, efter underrättelse från Kammarkollegiet, att inte vidta någon åtgärd med anledning av underrättelsen.

Frågan gällde förbehåll om tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken av uppförande av Ejforsens kraftverk i Fuluälven. Kammarkollegiet anförde bl.a. följande. Undantagsbestämmelsen i 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken är inte tillämplig. Vattenverksamheten är därmed inte tillåten. Eftersom det rör sig om en fråga om att pröva tillåtligheten av sökt verksamhet mot undantagsbestämmelsen, bör frågan om tillåtligheten av verksamheten prövas av regeringen. Regeringen fann i beslutet att verksamheten inte omfattas av 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken och att det därför saknas skäl för prövning enligt 17 kap. miljöbalken.

Efter regeringens beslut prövades en något justerad ansökan om tillstånd till ombyggnad och drift av Ejforsens kraftverk av Miljödomstolen vid Stockholms tingsrätt (den 30 januari 2007 i mål nr M 30253-04) som genom deldom förklarade verksamheten tillåtlig och lagligförklarade den befintliga anläggningen. Miljööverdomstolen bedömde dock att lagligförklaring av anläggningen förutsatte rådighet och avvisade ansökan genom slutligt beslut den 8 april 2008 i mål nr M 1548-07. Högsta domstolen upphävde därefter Miljööverdomstolens slutliga beslut och visade målet åter i den del som avsåg ansökan om lagligförklaring. Prövnings-tillstånd i vilandeförklarad fråga om målet i övrigt meddelades inte, dvs. frågan som återförvisades till Miljööverdomstolen gällde endast lagligförklaringen.

Genom Miljööverdomstolens dom den 12 april 2011 i mål nr M 4049-10 fastställdes miljödomstolens dom om lagligförklaring av befintlig vattenanläggning vid Ejforsen bestående av en tröskel, ett kanalintag med lucka för avstängning, en tilloppskanal, rester av en kraftstation, en kraftstationsdamm och en utloppskanal (MÖD 2011:15).

ANSÖKAN

Miljöförutsättningar för projektet

Sökanden är väl medveten om att kraftverket ligger i Fulan som är skyddad mot kraftverksutbyggnad enligt 4 kap. 6 § miljöbalken. Sökanden är vidare medveten om att kraftverket ligger i ett Natura 2000-område. Sökanden har som central projektförutsättning att vattenmiljön ska förbättras i förhållande till nuvarande

situation i och med upprustningen av kraftverket. Projektet ska inte heller förhindra uppnåendet av beslutade miljö kvalitetsnormer för aktuellt område.

Rådighet

Sökanden har rådighet genom köp av den 17 december 2007 och servitutsupplåtelser. Sökanden har under handläggningen hos mark- och miljödomstolens inkommit med nya servitutsavtal avseende berörda fastigheter.

Höjdsystem

I ansökan angivna höjder refererar till rikets system RH 70. Huvudfixpunkt med höjden +407,282 redovisas i fixpunktsbeskrivning, bilaga 3 till ansökan.

Hydrologiska förhållanden

Efter proportionering utifrån avrinningsområdets storlek och vattenföringsuppgifter från SMHI:s station 53-655 har följande vattenföringar räknats fram.

HHQ 172 m³/s

MHO 95 m³/s

MQ 14,7 m³/s

MLQ 2,9 m³/s

LLQ 1,7 m³/s

Avrinningsområde 759 km²

Sjöandel 2%

Se även Teknisk beskrivning, sid. 4 f, bilaga 4.

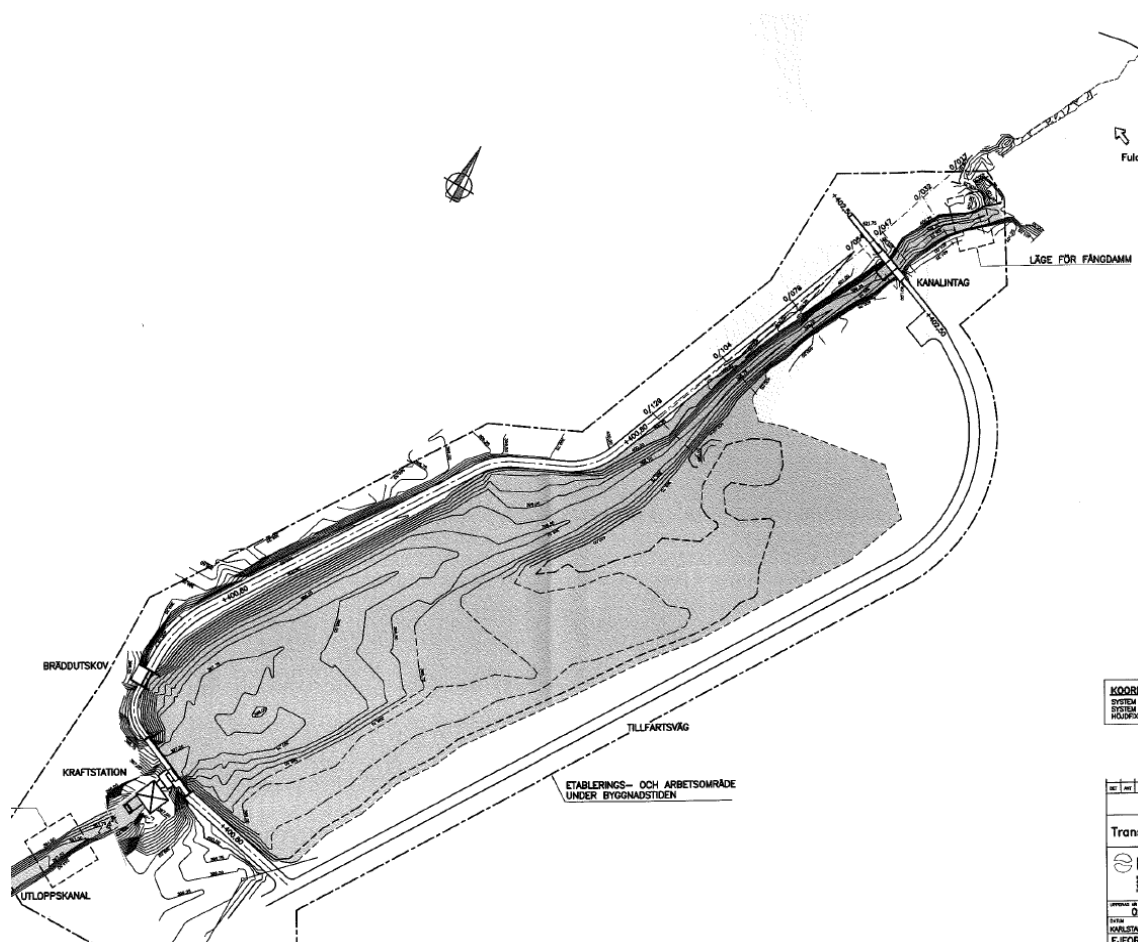
Teknisk beskrivning

Nuvarande anläggning

Anläggningen består av en tröskel i trä som tillsammans med en naturlig forsnacke dämmer Fulan på så vis att en del vatten leds via en intagsdamm till den anlagda sidofåran (cirka 130 meter) ned till kraftverksdammen. Kraftverksdammen utgörs av en intagsdamm i betong och anslutande fyllningsdammar. I den högra av dessa finns ett bräddutskov. Grunden för kraftstationen och sugrör finns kvar, medan själva överbyggnaden är riven. Via en cirka 150 meter lång utloppskanal återförs vattnet från kraftverksområdet till Fulan.

Ombyggd anläggning

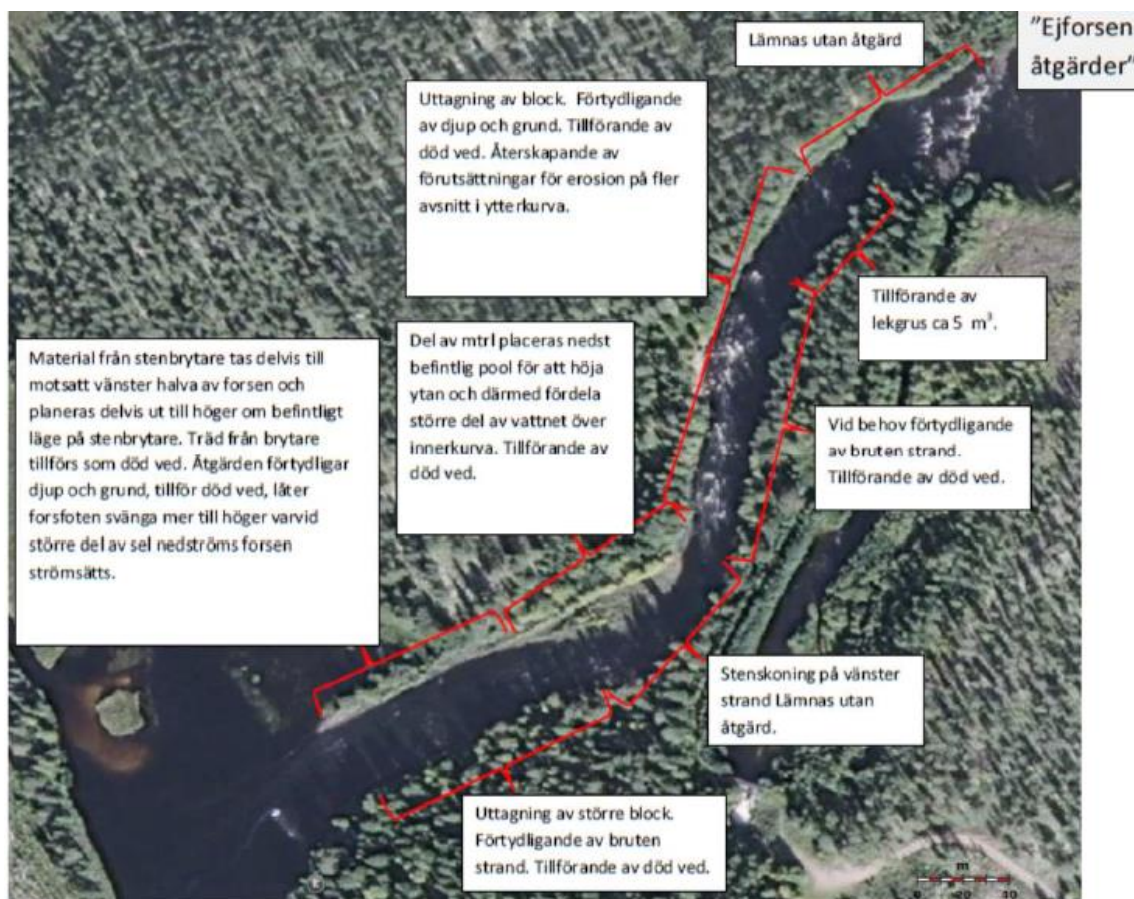
Tröskeln i Fulan behålls i nuvarande skick. Intagsdammen och intagskanalen rustas upp med bibehållande av nuvarande, tillståndsgiven, bredd och nivå. Kanalintaget kommer att förses med en maskinellt styrd lucka. Kraftstationsdammen kommer att rustas upp och dammkrönet på fyllningsdammen justeras till +400,80 över hela sin längd. Intaget till kraftstationen förses med ett intagsgaller med en spaltöppning på 18 mm och en lutning om 35 grader från horisontalplanet (*se justering avseende mått under yrkanden, domstolens anm.*). Flyktöppningar anordnas i gallret om 0,5 meter i bredd med tröskel 0,5 meter under dämmningsgränsen. Bräddutskovet bibehålls. Kraftstationen uppförs på befintlig kraftstation, vars grundläggning renoveras. Kraftstationen får en ny turbin av Kaplantyp. Slukförmågan planeras till 5 m³/s. Ett rör för förbiledning när kraftstationen inte är i drift anläggs genom kraftstationsdammen. Röret ska ha en diameter på 400 mm.



Figur 2: Situationsplan ombyggd anläggning

Biotopförbättrande åtgärder

I syfte att förbättra strömvatteneekologin i Ejforsens naturliga älvfåra ansöks även om biotopförbättrande åtgärder enligt illustrationen nedan.



Figur 3: Biotopförbättrande åtgärder

Förhållanden under byggskedet

Viss grumling och visst buller kan uppstå, men arbetena kommer i huvudsak att utföras i torrhet och utan större störning. Den totala arbetstiden är uppskattad till ca 6 månader. Se även Teknisk beskrivning, bilaga 4 till ansökan.

Samråd och miljökonsekvensbeskrivning

Samråd

Samråd har skett med enskilda, organisationer och myndigheter genom utskick den 30 januari 2015 och genom annonsering i Malungsbladet och Falukuriren den

11 februari 2015. Samråd med länsstyrelsen skedde den 4 november 2014. I övrigt se MKB, sid. 13 f, bilaga 5.

Plan- och fastighetsförhållanden

För kommunen i sin helhet gäller ”Översiktsplan för Malung-Sälens kommun” antagen av kommunfullmäktige den 30 mars 2009. Av planen framgår att Ejforsen ligger inom E65 Fuluälven. I översiktsplanen anges bl.a. följande. ”På grund av de starka bevarandeintressena bör ingen ytterligare bebyggelse, annat än för det rörliga friluftslivets behov, tillåtas i området. /.../ Inga nya exploateringsföretag bör tillåtas i området. Vattenreglering utöver det som eventuellt kan komma att tillåtas vid Ejforsen skulle allvarligt skada bevarandeintressena”.

Naturmiljö

Området Västerdalälven med Görälven är av riksintresse för naturvård enligt bestämmelserna i 3 kap. 6 § miljöbalken. Områdets totala areal är 3 230 ha, varav 2 600 ha land och 630 ha vatten. Av länsstyrelsens beskrivning ”Fuluälven, Älvdalens och Malungs kommuner” framgår att intresseaspekterna utgörs av fritidsfiske, naturstudier och kanoting. Förutsättningar som framhålls för att värdet ska bibehållas är att älvens naturliga vattenregim bevaras liksom älvsträndernas geomorfologiska och ekologiska särprägel. Värdet påverkas negativt av reglering, täktverksamhet, storskogsbruk, vägbyggnad och annan ej naturanpassad exploatering, liksom igenväxning av odlingslandskapet och visst slitage från turism.

Vattenförekomst och Natura 2000

Berörd vattenförekomst är Fulan SE681384-135444. Bottenhavets vattenmyndighet har i samrådsunderlaget för perioden 2015-2021 föreslagit att ge vattenförekomsten motsvarande måttlig ekologisk status. Klassificeringen bygger på en s.k. expertbedömning. Som huvudorsak till klassificering sämre än god status anges tidigare flottledsrensning som dels anges påverka ett flertal parametrar som tillsammans utgör ”morfologiskt tillstånd” och dels påverkar ”specifik flödesenergi” och därmed påverkar ”hydrologisk regim”. Av de biologiska kvalitetsfaktorerna föreslås fisk klassificeras som god. Vattenförekomsten uppnår ej god kemisk status.

Natura 2000-området "Fuluälven" (SE0620016) är ett område av gemenskapsintresse enligt art- och habitatdirektivet. Områdets totala areal uppgår till 263 ha. Området omfattar vattendraget Fulan från Sydre Fulusjön till Fulans sammanflöde med Görälven (Ljörån) som där bildar Västerdalälven. Enligt bevarandeplanen är följande naturtyper och arter utpekade:

- 3260 Vattendrag med flytbladsvegetation eller akvatiska mossor
- 3210 Naturliga större vattendrag av fennoskandisk typ
- 1355 Utter (*Lutra lutra*)

Länsstyrelsen har vid samrådet påtalat att flodpärlmussla och stensimpa har observerats i området. Arterna är s.k. Natura 2000-arter och omfattas av art- och habitatdirektivets bilaga 2. Flodpärlmusslan är dessutom fridlyst enligt artskydds-förordningen. Utter är en rödlistad art som betecknas som sårbar (VU). Sötvatten-ekologiska undersökningar har gjorts. Beräknade index för samtliga lokaler var höga med ekologisk kvalitetskvot som indikerar hög ekologisk status. Inga rödlistade arter påträffades. På två av sträckorna påträffades flodpärlmussla. Vid elfiskeundersökning fångades totalt fem arter; stensimpa, öring, lake, harr och abborre.

Bedömda miljökonsekvenser

Vattenhushållningen och driften av kraftverket kommer i huvudsak att ske på samma sätt som tidigare. Uppvandring av fisk kan även fortsättningsvis ske via Ejforsens naturliga forssträcka. Den naturliga älvfåran såväl som intagskanalen innehåller miljöer lämpliga för lek, äldre fisk och som uppväxtområden för fiskungar. Drift av kraftverket med bibehållande av nuvarande fördelning av vattenföring mellan den naturliga älvfåran och intagskanalen innebär att de goda förutsättningarna för strömvatteneologin består. Återuppförande och drift av Ejforsens kraftverk bedöms inte utgöra något hinder för att vattenförekomsten ska kunna ges klassificeringen "Hög ekologisk status" (se PM "Ejforsens vattenkraftverk. Bedömning av möjlig påverkan på vattenförekomstens möjlighet att nå miljökvalitetsnorm).

Vad gäller påverkan på utpekade arter och habitat i Natura 2000-området Fulan bedöms endast viss störning för uttrarna ske under anläggningsarbetena. Den

störningen är dock tidsbegränsad och kommer inte att påverka stationära uttrar i älven nämnvärt. Då strömvattenekologin inte förändras vid återuppförande föreligger inget långsiktigt hot mot utterbestånd i Fulan. Avseende flodpärlmussla utgör öring larvernas värddjur. Restaureringsåtgärder i Ejforsen, inklusive skapande av lekplatser, förväntas öka lek- och uppväxthabitat för öring. Återuppförande av kraftverket kan medföra marginella förluster av öring kortare än 18 cm vid passage genom turbin. Totalt sett bedöms dock ett återuppförande av kraftverket inte medföra negativ påverkan på förekomst av flodpärlmussla. Restaureringsåtgärder kommer även att öka habitat passande för stensimpa. Inte heller öring bedöms totalt sett påverkas negativt av ett återuppförande av kraftverket.

För att återskapa mer av den strömvattenmiljö som Ejforsen hade innan flottningen påbörjades avses restaurering genomföras av forsens. Åtgärden ökar ytan lämplig för harr- och öringhabitat med ca 0,2 ha och lekgränder på ca 15-20 m² skapas. Mot bakgrund av att Ejforsen är en ”grovblockig fors med relativt stor fallhöjd”, en ovanlig forstyp i Fulan, bedöms värdet av att optimera den miljön som extra stort.

Miljöpåverkan av de ansökta åtgärderna att anlägga, återuppföra och ta kraftverket i drift bedöms sammantaget som obetydlig. Restaureringsåtgärder bedöms förbättra strömvattenekologin i Ejforsens naturliga älvfåra. I drift kommer ansökt vattenverksamhet att ha en något positiv miljöpåverkan genom de miljöförbättrande åtgärderna; återställande av den flottledsrensade vattenmiljön och utläggande av lekgrus, som planeras i samband med arbetena i anläggningens närhet samt att ca 650 ton koldioxid inte kommer att släppas ut från fossileldade kraftverk, då Ejforsens kraftverk producerar emissionsfri el. Ett tillstånd enligt denna ansökan innebär att sökanden återför sten till Ejforsen som bortflyttats i samband med flottledsrensningar, samt lägger ut lekgrus i Ejforsen, vilket kommer att förbättra livsmiljön för vattenlevande organismer. Sökanden kommer även att förse inloppet till kraftverket med ett intagsgaller med tillhörande flyktväg som kommer att minska risken för skada eller död hos nedvandrande fisk.

Skadeförebyggande åtgärder

Som skadeförebyggande åtgärder anges följande i miljökonsekvensbeskrivningen:

- spridning av grumlande material i samband med anläggning och borttagning av fångdamm motverkas genom att arbetena utförs enligt den tekniska beskrivningen,
- avsänkning av intagskanalen sker långsamt så att fisk kan lämna området,
- elfiske genomförs i intagskanalen så att inte fisk av betydelse finns kvar,
- arbetet föregås av att berörda områden i kanaler och fors genomsöks efter förekommande exemplar av flodpärlmussla. Eventuella flodpärlmusslor plockas upp och sumpas på lämplig plats direkt uppströms aktuellt område. Efter genomförda restaureringsåtgärder återutsätts sumpade musslor på samma plats i forsen liknande de habitat där de plockades. Åtgärderna ska ske i samråd med och efter anvisningar från länsstyrelsen, samt
- länshållningsvatten pumpas upp och genomgår partikelavskiljning innan det återleds till älven.

Nollalternativet

I nollalternativet renoveras inte kraftverket. Frånvaron av vattenkraftsproduktion vid Ejforsens vattenkraftverk innebär att emissionsfri elproduktion vid kraftverket inte återupptas, samtidigt som miljöpåverkan är oförändrad då flöden och nivåer, genom redan tillståndsgiven anläggning, kvarstår. Detta innebär i sin tur att fossil elproduktion som släpper ut ca 650 ton koldioxid inte ersätts med emissionsfri vattenkraft. Av Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 28 maj 2015 i mål nr M 9668-14 framgår bl.a. att i första hand ska förnyelsebara energikällor användas. Av avgörandet framgår även att miljöbalkens principer gäller alla anläggningar och att någon begränsning till endast lokal påverkan inte får ske vid bedömning av effekterna av en anläggning.

Allmänna hänsynsreglerna och villkor

I ansökan redogörs för hur de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken följs. Inga särskilda villkor utöver sedvanlig aktsamhet föreslås, t.ex. krav på biologiskt nedbrytbara oljor och inte olje/bränslehantering under entreprenaden som kan riskera att påverka vattenområdet.

Samhällsekonomisk bedömning

För den samhällsekonomiska bedömningen har ofta en realränta på 4 % använts. Realränta definieras som den faktiska räntan efter att inflationen har räknats bort från den nominella räntan. Eftersom både den nominella räntan och inflationen har

varit låg under lång tid, är det befogat att också använda en realränta lägre än 4 % för den samhällsekonomiska bedömningen av projektet. För den samhällsekonomiska kalkylen har valts en räntesats på 2,5 % och en kalkylperiod på 40 år. Därigenom erhålls en säkerhetsmarginal i bedömningen, dels genom en differens mot verklig realränta enligt ovan och dels genom att ett restvärde som inte beaktas finns kvar vid kalkylperiodens slut. Nuvärdet av intäkterna under kalkylperioden 40 år beräknat med en ränta på 2,5 % uppgår till 16,7 Mkr. Anläggningskostnaden är 8,7 Mkr. Nuvärdet av årskostnaden under kalkylperioden 40 år beräknad med en ränta på 2,5 % är 5,9 Mkr. Kalkylen redovisar ett överskott under kalkylperioden på 2,1 Mkr och således är projektet samhällsekonomiskt lönsamt.

Arbetstid

Den faktiska arbetstiden uppskattas till ca 6 månader. För att säkerställa bl.a. att arbetena får minsta möjliga omgivningspåverkan hemställs om en arbetstid på 5 år.

Avgifter

Bygdeavgifter: Den installerade generatoreffekten är 225 kW, vilket innebär att det blir 23 avgiftsenheter. Utbyggnadsförslaget innebär en utbyggnad av 34 % av medelvattenföringen. Någon bygdeavgift skall därför inte utgå.

Fiskeavgifter: Sökanden bedömer att ingen skada kommer att uppkomma på fisket på grund av återuppbyggnaden av Ejforsens kraftverk, utan tvärtom är det en projektförutsättning att den akvatiska miljön förbättras, varför ingen avgift ska utgå.

Grund för verkställighetsförordnande

Det är angeläget att ombyggnaden och tillstånd till drift snarast ges då nuvarande anläggning inte nyttjas, vilket innebär att det för närvarande inte sker ett optimalt nyttjande av naturresursen och ingen emissionsfri el produceras. Det står även klart att omständigheterna kring ombyggnationen inte medför negativa konsekvenser för omgivningen, men att det blir positivt för utnyttjandet av naturresurser när ombyggnationen har gjorts. Det finns således ingenting som hindrar att sökandens yrkanden om verkställighetsförordnande medges.

INKOMNA YTTRANDEN

Myndigheter och miljöorganisationer har i stora delar anfört väsentligen samma eller likartade grunder i målet, med huvudsakligt fokus på att verksamheten inte kan anses medföra obetydlig miljöpåverkan utifrån ett antal aspekter. Nedan redogörs för huvuddragen i yttrandena från respektive motpart. Myndigheten för samhällsskydd och beredskap har avstått från att yttra sig.

Havs- och vattenmyndigheten (HaV)

Aktuell vattenverksamhet innebär inte endast obetydlig miljöpåverkan enligt 4 kap. 6 § miljöbalken. Begreppet obetydlig miljöpåverkan ska tolkas mycket restriktivt. På platsen där sökanden avser att återuppföra en kraftstation finns i dagsläget enbart rester från en äldre kraftstation och således inget hinder för nedströmsvandring. Det innebär att med uppförande av en kraftstation skapas ett hinder med negativ påverkan på fisk som söker sig till sidofåran för sin nedströmsvandring. I miljökonsekvensbeskrivningen bedömer sökanden att uppförandet av kraftstationen endast medför marginella förluster av fisk kortare än ca 18 cm vid passage, utan någon ytterligare motivering. HaV anser att 10-20 % dödlighet för fisk som passerar turbinen är att betrakta som mer än obetydlig påverkan och att det finns en risk för att en högre andel av passerande fisk skadas eller dör. Med sökandens förslag riskerar små öringar att skadas eller dö vid passage i turbin och negativt påverka det redan låga öringbeståndet. Det finns därför risk för att flodpärlmusslan utsätts för störning och det kan därför inte uteslutas att artens bevarande försvåras på ett betydande sätt. HaV bedömer att särskilt större fisk som lockas in i intagskanalen får svårt att hitta ut, vilket innebär en försvårad fiskvandring. HaV anser inte att det kan betraktas som obetydlig påverkan i jämförelse med rådande förutsättningar som funnits sedan 1978 och som innebär att samtliga fiskar obehindrat kan passera befintliga rester av damm och kraftstation.

Vidare anser HaV att verksamheten inte obetydligt riskerar att påverka förutsättningarna för lek- och uppväxt i originalfåran, då sökanden inte avser att åtgärda nuvarande flödesfördelning vid låga flöden med risk för torrläggning och igenfrysning, vilket åberopas i bevarandeplanen för Natura 2000-området Fulan. Vad gäller upprätthållande av kvalitetsfaktorers goda status noteras att kvalitets-

faktorerna fisk och konnektivitet, dvs. passerbarhet för fisk, av vattenmyndigheten har klassats som god. Det finns därför starka skäl att verka för att de kvalitetsfaktorer som idag har god status upprätthålls. HaV anser att återuppförande av en kraftstation äventyrar möjligheten att upprätthålla god status på sikt, eftersom förutsättningarna för nedströmsvandring riskerar att försämrats. Bedömningarna ska göras i ljuset av Weserdomen (EU-domstolens avgörande i mål C-461/13), enligt vilken prövningsmyndigheterna är skyldiga att inte tillåta verksamheter som riskerar att orsaka en försämring av en ytvattenförekomst status. Tillstånd får inte heller ges till verksamheter som äventyrar uppnåendet av god ytvattenstatus, om inte undantag meddelas.

Naturvårdsverket (NV)

NV anser i första hand att ansökan är felaktigt avgränsad och därför inte kan ligga till grund för den prövning som det nu är fråga om, varför ansökan ska avvisas. Skälen för avvisning är *att* den aktuella lagligförklaringen inte innebär en lagligförklaring av en vattenkraftsanläggning och att den inte medför rätt att bedriva verksamhet, *att* ansökan inte innehåller vare sig något yrkande om att anlägga eller driva ett nytt kraftverk eller några villkor för en sådan verksamhet *samt att* det saknas en ansökan om tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken samt för sådant tillstånd erforderlig miljökonsekvensbeskrivning. Lagligförklaringen måste i det aktuella fallet anses vara begränsad till en rätt för bolaget att på platsen bibehålla de rester av ett tidigare kraftverk som fanns där vid tidpunkten för lagligförklaringen. Sammantaget är ansökan så bristfälligt utformad att det inte går att bilda sig en klar och tydlig bild av utformningen, omfattningen och de effekter som verksamheten kan medföra vare sig i anläggnings- eller driftskedet. Ett tillstånd grundat på nu aktuell ansökan skulle inte heller kunna fungera som ett underlag för tillsynsmyndigheten att bedriva tillsyn över utformning och drift.

I andra hand anser NV att ansökan bör avslås och anför sammanfattningsvis *att* verksamheten strider mot utbyggnadsförbudet enligt 4 kap. 6 § första stycket miljöbalken och att det saknas skäl att medge undantag enligt bestämmelsens tredje stycke, *att* verksamheten inte uppfyller kravet på samhällsekonomisk nytta enligt 11 kap. 6 § miljöbalken, *att* ansökan inte innehåller något yrkande om Natura 2000-

tillstånd och heller inte erforderlig miljökonsekvensbeskrivning för en sådan prövning, *att* verksamheten riskerar att leda till skada på både de skyddade arterna utter och flodpärlmussla samt på karaktäristiska arter för habitatet *samt att* verksamheten förhindrar genomförandet av särskilda utpekade bevarandeåtgärder för området.

Utifrån de prioriterade bevarandevärdena i Fuluälvens Natura 2000-område drar NV slutsatsen att det finns ett identifierat behov att återställa det naturliga vattenflödet vid Ejforsen, som såvitt NV förstår syftar till att helt eller delvis återföra det vatten som avleds via den grävda sidofåran för den tidigare kraftverksanläggningen. Denna strävan kan förstås mot bakgrund av att avledningen leder till ogynnsamma förhållanden i form av t.ex. torrläggning och infrysning i den naturliga älvfåran vid Ejforsen vid lågvatten. I miljökonsekvensbeskrivningen anges att fördelningen av vatten till den naturliga älvfåran ökar vid lågvatten om projektet genomförs, med gynnsamma effekter i huvudfåran. NV kan inte se belägg för en sådan ändrad vattenfördelning i ansökan. Avledningen via sidofåran skulle även fortsättningsvis dominera vid lågvatten.

Den ansökta åtgärden kan inte vara att betrakta som lagning av en anläggning, utan som uppförande av ett på platsen nytt vattenkraftverk. NV ifrågasätter att en ansökan om tillstånd till att bedriva verksamhet vid en kraftverksanläggning kan baseras på ett yrkande om att upprusta ett kraftverk, en ansökan som dessutom saknar förslag till villkor för bygg- och driftskede.

Kammarkollegiet (kollegiet)

Kollegiet förstår sökanden så att denne med tillämpning av 11 kap. 3 § miljöbalken ansöker om tillstånd till vattenverksamhet i form av ändring eventuellt lagning av Ejforsens kraftverk. Enligt kollegiet finns dock inte någon anläggning i form av ett vattenkraftverk vid Ejforsen. Den lagligförklaring som har skett av anläggningen innebär inte att Miljööverdomstolen lagligförklarat ett vattenkraftverk, utan endast rester av vattenanläggningar vid Ejforsen. Enligt kollegiet kan befintliga vattenanläggningar inte omfattas av prövning i mark- och miljödomstolen som ombyggnad eller effektivisering av ett redan befintlig vattenkraftverk. Ansökan kan

därför inte omfattas av prövning mot undantaget i 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken, utan är olaglig enligt 4 kap. 6 § första stycket miljöbalken. Ansökan är därför felaktigt avgränsad och ska i första hand avvisas. Kollegiet ifrågasätter även det av sökanden angivna nollalternativet, som bygger på förutsättningen av en olaglig verksamhet, då rådighet och tillstånd för ett Ejforsens kraftverk saknas. Kollegiet vill även framhålla att den långa tid som gått sedan kraftverksdriften lades ned, dvs. ca 40 år, innebär att det nollalternativ som anges i miljökonsekvensbeskrivningen inte kan godtas.

Kollegiet anser i andra hand att ansökan ska avslås med tillämpning av miljöbalkens allmänna hänsyns- och hushållningsregler. Ett nytt vattenkraftverk innebär fysiskt byggande i vatten. Ett tillstånd till att reglera och avleda vatten till kraftverket för att där tillgodogöra sig energin i vattnet strider helt klart mot bevarandeplanen för Fuluälven, den grundläggande hushållningsbestämmelsen i 3 kap. 1 och 6 § miljöbalken samt mot syftet att skydda ett sammanhängande ekologiskt och hydrologiskt system enligt bestämmelserna i 4 kap. 6 § första stycket miljöbalken. Ansökan med dess tekniska beskrivning av åtgärderna innebär mer än obetydlig miljöpåverkan. Det planerade fingallret med flyktöppning utgör inte bästa möjliga teknik. Miljöpåverkan på nedströmsvandrande fisk överstiger klart obetydlig miljöpåverkan. Ett återuppförande innebär en försämring genom förluster vid nedströmsvandring av Natura 2000-arten stensimpa och öring. Utbyggnad innebär även att passerbarheten för den uppströmsvandrande fisken försämras. Vald plats är olämplig för vattenkraftsverksamhet och ansökan ska avslås.

Aktuellt område omfattas även av strandskydd. Någon ansökan om strandskyddsdispens finns dock inte i målet. Dispensreglerna ska tillämpas restriktivt och området är idag tillgängligt för allmänheten. Det allmänna miljö- och fiskeintresset väger tyngre än det enskilda intresset, varför skäl saknas att meddela dispens från strandskyddet. Detta innebär hinder mot tillstånd till sökt verksamhet. Kollegiet ifrågasätter även liksom Naturvårdsverket beräkningen av den samhällsekonomiska lönsamheten enligt 11 kap. 6 § miljöbalken. Det finns bl.a. anledning att erinra om att Malungs Energi AB i tidigare prövning uppgivits vara ägare till de anläggningar

som lagligförklarats. Kollegiet kan inte se att sökanden utan kostnad fått överta äganderätten till dessa anläggningar.

Till stöd för sin talan åberopar kollegiet ett utlåtande från Fiskevårdsteknik i Sverige AB. Kollegiet hänvisar även bl.a. till Mark- och miljööverdomstolens dom den 26 juni 2015 i mål nr M 9073-14 (Edeforsens kraftverk).

Länsstyrelsen i Dalarnas län (länsstyrelsen)

Länsstyrelsen anser att ansökan som den ser ut idag är felaktigt avgränsad. Såvitt länsstyrelsen tolkar domen från Miljööverdomstolen är enbart anläggningen lagligförklarad. Länsstyrelsen delar Kammarkollegiets uppfattning att lagligförklaringen inte omfattar ett kraftverk. Det kraftverk som har funnits på platsen har rivits. Det kan därför inte vara fråga om ombyggnad av kraftverk som sökanden anger. Vidare har inget tillstånd till den vattenverksamhet som bedrivs vid anläggningen lämnats. Den vattenverksamhet som nu pågår i Ejforsen är befintlig tröskelsavledning av vatten till sidofåran. Enligt nu gällande praxis innebär en lagligförklaring inte att vattenverksamhet som bedrivs vid anläggningen per automatik getts tillstånd (se bl.a. MÖD M 3924-16 och MÖD M 7209-16). Dessutom finns såvitt länsstyrelsen erfar heller inte tillstånd till vattenverksamheten enligt vattenlagen (1983:291) eller motsvarande äldre lagstiftning. Den avledning som idag sker är alltså inte tillståndsprövad tidigare och ska således prövas enligt miljöbalkens bestämmelser. Denna avledning bör lämpligen prövas i detta mål om en samlad prövning ska eftersträvas. Länsstyrelsen lämnar till domstolen att avgöra om sökandens yrkanden behöver kompletteras med yrkande om avledning, men oavsett detta så anser länsstyrelsen att denna prövning ska omfatta avledningen. Det innebär att även konsekvenserna av avledningen ska beaktas i detta mål. Om inte så kan länsstyrelsen inte dra någon annan slutsats än att sökanden fortfarande inte har något tillstånd till avledningen av vatten från huvudfåran.

Den avledning som idag sker i Fulan påverkar vattendraget, framför allt vid låga flöden. Det framgår tydligt av tabell i teknisk beskrivning till ansökan, s. 6. Där framgår att vid lägsta lågvatten (LLQ) går hela 65 % till sidofåran. Vid flöden på 5 m³/s eller lägre, vilket enligt SMHI inträffar i genomsnitt 66 dagar per år, kommer

mer än hälften av vattnet att ledas till sidofåran. Vid medelflöde 14,7 m³/s leds 30 % av flödet till sidofåran. Det är således en betydande del av flödet som avleds från huvudfåran redan vid medelflöde och andelen ökar sedan med sjunkande flöde. Detta bortfall av vatten innebär mindre vattentäckt yta för fisk och andra vattenlevande organismer i den värdefulla och produktiva forssträcka som finns nedströms tröskeln. Till detta kommer att passagemöjligheten för uppströmsvandrande fisk förbi tröskeln avsevärt försvåras vid låga flöden.

I miljökonsekvensbeskrivningen framförs argument om att kraftverkskanalen har utvecklat ett naturtillstånd. Detta stämmer delvis, men livsmiljöerna är inte jämförbara med dem i forsen. Strukturen i kanalen är mer enahanda då botten saknar större sten och block och fåran är rakare. Variationer i bottensubstrat och strömningsförhållanden på lokal- och mikronivå är det som bidrar mest till ett rikt biologiskt liv i vattenmiljöer, både kvalitativt och kvantitativt. En förbättring i forsen, med avseende på flöde, ger mer än motsvarande förlust i sidofåran. Flodpärlmussla gynnas av att miljön för öring (och då särskilt mindre öring) förbättras, dvs. mer vatten i forsen vid lågvattensituationer. Kanalen har mycket begränsat värde, om ens något, för öring. Dessutom ligger Ejforsen överst i en lång sammanhängande sträcka av strömmande eller forsande flöde, något som är extra värdefullt för flodpärlmussla. Detta eftersom både småöring och larver från flodpärlmussla drifrar nedströms. Ju längre strömsträcka larven passerar, desto större chans har den att överleva och i sin tur kunna reproducera sig.

Området är vidare utpekad som riksintresse enligt både 3 och 4 kap. miljöbalken. Landskapets kvalitéer är av stor betydelse för flera typer av friluftsliv. Vid Ejforsen kan det handla om att uppleva ett vackert naturområde intill ett strömmande vatten och utöva fiske. Många friluftsutövare ställer då krav på att få vara i en miljö fri från störningar som t.ex. anläggningar på land och vatten. Länsstyrelsen anser att man i begreppet obetydlig miljöpåverkan även ska väga in detta upplevelsesätt av området, i detta fall ett i huvudsak opåverkat större vattendrag. En exploatering i ett sådant område sticker ut och kommer att påverka detta upplevelsevärde på ett betydande sätt. Till detta kommer även den påverkan på fiskfaunan som

Fiskevårdsteknik i Sverige AB framför i sitt PM 2017-04-10 vad gäller upp- och nedströmsvandring. Detta gäller framför allt uppströmsvandringen som enligt länsstyrelsens bedömning riskerar att påverkas vid låga flöden.

Det saknas kostnader för bl.a. uppföljning av nedströmspassagens funktion i båtadsberäkningen. Länsstyrelsen anser att om verksamheten ska anses innebära obetydlig miljöpåverkan, är en funktionell nedströmspassage central. Detta kommer sannolikt att kräva ett omfattande uppföljnings- och kontrollprogram för att säkerställas. Dessutom krävs utifrån Fiskevårdstekniks utredning en del justeringar av denna skyddsåtgärd. Bland annat kan ifrågasättas om angiven minimitappning på 0,1 m³/s är tillräcklig för att fisk ska kunna vandra samt för flyktvägens utformning.

Sammanfattningsvis innebär enbart den negativa påverkan som tröskelns avledning från huvudfåran ger upphov till mer än obetydlig miljöpåverkan. Till detta kommer påverkan på riksintresset för friluftsliv. Vidare är båtadskravet inte uppfyllt. Eftersom länsstyrelsen anser att även avledningen av vatten ska prövas i målet krävs också en tillståndsprövning enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken. Länsstyrelsen anser att denna avledning på ett betydande sätt riskerar att påverka miljön och värdena i Natura 2000-området. Sökanden anger vidare att man på sikt inte avser genomföra några tillståndspliktiga åtgärder på tröskeln i huvudfåran. Denna tröskel konstateras i miljökonsekvensbeskrivningen delvis vara skadad till följd av isgång. Det är därför sannolikt att underhållsåtgärder på befintlig tröskel kan komma att bedömas som tillståndspliktiga, eftersom denna tröskel påverkar den så viktiga flödesfördelningen mellan huvudfåra och sidofåra. Länsstyrelsen har även lämnat förslag på villkor för det fall domstolen skulle lämna tillstånd till ansökt verksamhet.

Malung-Sälens kommun samt Miljö- respektive byggnadsnämnden i Malung-sälens kommun

Som talan slutligen har bestämts har kommunen inklusive dess nämnder i huvudsak anfört att verksamheten är förenlig med översiktsplanen och tillstyrkt ansökan.

Älvräddarnas samorganisation (Älvräddarna)

Eftersom regeringens beslut från 2005 har rättsverkan och inga förändringar har skett i miljöbalken som skulle kunna påverka regeringens beslut, finns inte bifallsförutsättningar. Detta eftersom nuvarande ansökan endast skiljer sig i detaljering kring fiskvägar och biotopförbättringar, vilka ska lämnas utan hänseende vad gäller prövningen enligt 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken. Älvräddarna menar vidare att det är tydligt att centrala myndigheter med sektorsansvar (Energimyndigheten, Svenska kraftnät) anser att kraftverk av storleken som förevarande mål handlar om inte har någon roll att spela i de utmaningar som det svenska elsystemet står inför med mer intermittent elproduktion. Uppgiften om elpriser kan inte bekräftas och samhällsnyttan i det aktuella fallet med elproduktionen för det allmänna är mycket liten och överväger inte de ofrånkomliga skador på ekosystemen som vattenkraftverk alltid utan undantag innebär. Verksamheten är därmed inte heller tillåtlig enligt 11 kap. 6 § miljöbalken.

Sportfiskarna

Ett nytt kraftverk på platsen skulle ha mer än obetydlig miljöpåverkan på vattendraget. Om tillstånd ges enligt ansökan skulle en större del av vattnet i Fulan ledas genom kraftverkskanalen. Detta skulle kunna innebära att huvudfåran torrläggs. Det strömmande vattnet bidrar till att strömlevande arter får goda biotoper där de kan gynnas. För ett vattendrag med så höga naturvärden går det inte att meddela en provotid på det sätt som sökanden har föreslagit, eftersom det råder stor osäkerhet kring projektet. I ett fall likt detta måste försiktighetsprincipen få råda. Fulan är ett uppskattat och populärt område för fiske av öring och harr. Idag är området vildmark och det skulle inte vara attraktivt för Sportfiskarnas medlemmar att fiska i närheten av ett kraftverk. Detta måste också vägas in vid en prövning enligt 11 kap. 6 § miljöbalken. Ett område likt detta ska avsättas för friluftslivet. Det finns förutsättningar för att öka befintliga frilufts- och naturvärden om kraftverket inte kommer till stånd.

Naturskyddsföreningen (föreningen)

Föreningen (både den nationella föreningen och den lokala för Dalarna) anser att mark- och miljödomstolen redan borde ha avvisat ansökan, visa av den förra prövningen. Föreningen anser att regeringen gjorde en helt riktig bedömning beträffande tillåtligheten i det tidigare målet, när den enligt sin prövningsrätt enligt 17 kap. miljöbalken konstaterade att det var fråga om olovlig vattenverksamhet som var förbjuden och därmed inte var något att pröva. Föreningen anser därför att ansökan ska avslås.

Kommittén Rädda Västerdalälven (kommittén)

Kommittén anser i första hand att ansökan bör avvisas och i andra hand att sökandens ansökan om en ”ombyggnad” av kraftstationen vid Ejforsen ska avslås. Kommittén har inget att erinra mot biotopförbättrande åtgärder, vilka ej får adderas till ombyggnad. I juridisk mening har Ejforsens kraftverk aldrig existerat, eftersom den inte har tillkommit på lagligt sätt. Sedan naturresurslagen trädde i kraft 1987 till 2017, dvs. under 30 år, har inget nytt vattenkraftverk byggts i de lagskyddade nationalälvarna eller i de vattenområden och älvar som finns uppräknade i 4 kap. 6 § miljöbalken.

Sakägaren SH, ägare till fastigheten XX, ställer sig positiv till ansökan och tycker att det är glädjande att det nu, efter ett decenniums uppehåll, börjar hända något i den utdragna processen om återuppbyggnad av kraftstationen.

SÖKANDENS BEMÖTANDE

Sökanden har i huvudsak anfört följande till stöd för att ansökan bör beviljas.

Den grundläggande projektförutsättningen för ansökt vattenverksamhet är att ingen försämring av miljön ska ske, utan att ansökt vattenverksamhet ska innebära en liten förbättring av miljön.

Det som ska prövas i detta mål är den i ansökan beskrivna vattenverksamheten, inte de redan lagligförklarade vattenanläggningarna eller deras inverkan på miljön. Det

framgår av t.ex. dom från Mark- och miljööverdomstolen den 21 april 2017 i mål nr M 2650-16 (Långbjörns kraftverk), där endast den tillkommande åtgärden prövades. Den ansökan som nu ingivits är inte heller identisk med tidigare ingiven ansökan.

Remissmyndigheterna synes missta sig på grundläggande vattenrättsliga begrepp. I 11 kap. 3 § miljöbalken anges vad som är vattenverksamhet. Här ska särskilt pekas på att det inte finns någon kategori ”drift av vattenkraftverk” som skulle kunna vara vattenverksamhet. Den ansökta verksamheten faller främst under kategorierna ändring/lagning av anläggning i vattenområde och vattenbortledning. I 11 kap. 4 § miljöbalken finns legaldefinitionen av vattenanläggning, dvs. anläggning som har tillkommit genom vattenverksamhet. Vattenreglering definieras i 11 kap. 5 § som ändring av vattenföring i ett vattendrag till förmån för en annan vattenverksamhet.

Vad gäller innebörden av en lagligförklaring anges följande. Lagligförklaring återfinns i 17 § införandelagen till miljöbalken. Av 30 § nämnda lag framgår att lagligförklaring har samma rättsverkan som tillstånd enligt 24 kap. miljöbalken. Det innebär t.ex. att lagligförklaringen gäller mot alla och att verksamhetsutövaren till en lagligförklarad anläggning har rätt att underhålla och bibehålla denna. Yrkandena om avvisning ska avslås.

I dom den 12 april 2011 anger Miljööverdomstolen följande avseende anläggningarna i Ejforsen: ”Miljööverdomstolen fastställer miljödomstolens dom i den del som avser lagligförklaring av befintlig vattenanläggning vid Ejforsen bestående av en tröskel, ett kanalintag med lucka för avstängning, en tilloppskanal, rester av en kraftstation, en kraftstationsdamm och en utloppskanal”. Denna vattenanläggning finns, vattenanläggningen inverkar på vattenförhållandena i Ejforsen, anläggningen är lagligförklarad varigenom sökanden har rätt att underhålla och bibehålla denna vattenanläggning.

De moment av vattenverksamhet som tillkommer i nu aktuell ansökan är utläggande och borttagande av fångdammar och de arbeten i vatten som sker på kraftstationsdammen. Flödet genom kraftverket kommer inte att ändras. Kraftverket är ett

strömkraftverk. Ansökan omfattar rätt att bortleda vatten genom turbinen och att anlägga fiskväg och förbitappningsväg i kraftstationsdammen. Sökanden ansöker också om vattenhushållningsregel som innebär att dämmningsgränsen bestäms till den historiska nivån +400,20 i RH70 och den vattenhushållning som behövs för att dämmningsgränsen ska innehållas.

Fulan är ett reglerat vattendrag. Någon vattenreglering sker inte vid kraftstationen. Ansökan innehåller inga anläggningar som förändrar storleken på flödet i aktuell del av Fulan, vare sig avseende fördelning mellan de två fårorna, flödesstorlek eller tid, utom vid flöden över 20 m³/s, då marginellt mer vatten kommer att gå i naturfåran jämfört med nuvarande förhållanden. Flödesvolymen och flödesfördelningen kommer att vara exakt som den är nu vid flöden på 20 m³/s eller lägre.

Vattenförekomsten Fulan har sin övre gräns vid biflödet Galans inflöde och nedre gräns i sammanflödet med Dalälven. Vattenförekomstens längd är 27,2 km. Befintlig, lagligförklarad, vattenanläggning berör en sträcka av 670 meter, vilket utgör 2 % av vattenförekomstens längd.

Verksamhet som endast orsakar obetydlig miljöpåverkan omfattas inte av 4 kap. 6 § miljöbalken. I prop. 1997/98:45, s. 41, anges bl.a. att ”utformningen av tredje stycket hindrar i och för sig inte att medgivande lämnas även till nya vattenkraftverk.” I prop. 1984/85:3 s. 110 angav departementschefen som exempel på obetydlig miljöpåverkan följande: ”Den andra situationen avser fall där det på den aktuella platsen redan finns en anläggning som påverkar vattendraget, t.ex. en dammanläggning eller liknande”.

Det finns en lagligförklarad tröskel som leder in vatten till det lagligförklarade kanalintaget. Vattnet leds vidare i den lagligförklarade tilloppskanalen fram till den lagligförklarade kraftstationsdammen. Vattnet rinner genom de lagligförklarade delarna av kraftstationen för att därefter flöda ut i den lagligförklarade utloppskanalen.

Alla dessa anläggningar finns, är lagligförklarade och inverkan på flödet i Ejforsen kommer därigenom inte att i någon del förändras genom den ansökta vattenverksamheten. I enlighet med vad som anförts ovan kommer vid flöden över 20 m³/s en marginell förbättring av naturmiljön ske, då marginellt mer vatten kommer att flöda i naturfåran. Någon åtgärd på den överfallsdamm (tröskel) som styr flödet in till befintlig kraftverkskanal kommer inte att ske, varför ingen som helst påverkan på flödesfördelningen mellan huvudfåran och befintlig kraftverkskanal kommer att ske med anledning av ansökt verksamhet. Flödesfördelningen bestäms av den lagligförklarade tröskeln. Förnyad prövning kan endast ske genom omprövning och att återställa, dvs. bl.a. att lägga igen intagskanalen och utloppskanalen, riva ut intaget, kraftstationsdammen, grund, sugrör m.m. och riva ut grunddammen kan inte ske genom annat än omprövning. Det är riktigt som bl.a. Naturvårdsverket anför att Mark- och miljööverdomstolen har en skrivning i mål nr M 7209-16 som skulle kunna tolkas vidsträckt. Det är dock uteslutet att uttalandet i domskälen ska tolkas extensivt så att alla vattenanläggningar som syftar till att ändra vattnets djup och läge även måste prövas som pågående vattenverksamhet enligt miljöbalken.

Eftersom verksamheten endast medför obetydlig miljöpåverkan krävs inget Natura 2000-tillstånd. Ansökt verksamhet innebär tvärtom en viss förbättring av miljön i Ejforsen. Detta genom att de biotopförbättringar som planeras innebär större nytta än den mycket marginella påverkan som fiskpassage genom turbinerna ger upphov till och som endast berör de allra minsta fiskarna, för vilka skaderisken är liten i nu aktuell typ av turbin, Kaplanturbin. Denna påverkan berör dessutom endast en mycket kort sträcka av den närmare tre mil långa vattenförekomsten. Vattenförekomsten har klassats genom en s.k. expertbedömning. Det finns inte årligen utvandrande smolt i aktuell del av Fulan som skulle kunna riskera att passera turbinen. Med de i ansökan redovisade förlustsiffrorna för de allra minsta fiskarna och det faktum att det är strömstationär öring, är det helt omöjligt att inverkan på en sträcka som motsvarar enstaka procent av aktuell vattenförekomststräckning kan påverka en enskild kvalitetsfaktor ett steg i försämrade riktning utifrån de beräkningsmodeller som redovisas i ramdirektivet för vatten och anslutande dokument. Av särskild utredning av en av landets främsta experter på utter framgår

vidare att åtgärderna inte riskerar att skada utterpopulationen. Inte heller påverkas förutsättningarna för bibehållande av populationen flodpärlmussla.

Sökanden noterar att de närmast berörda, enskilda och berörd kommun, vilka rimligen har bäst kunskap om aktuellt avsnitt av vattendraget, båda välkomnar upprustningen. Eftersom inledningskanalen redan finns så ser nämnden ingen miljöpåverkan alls för den berörda sträckan i Ejforsen.

Utförda utredningar, bl.a. miljökonsekvensbeskrivning, uppfyller miljöbalkens krav och visar tydligt att någon skada inte riskerar att uppkomma. Nollalternativet är vidare beskrivet på ett riktigt sätt och konsekvenserna av att ansökan inte bifalls är att dansk kolkraft, med betydande utsläpp av växthusgaser och klimatpåverkan, levererar el i stället för Ejforsens kraftverk. Något krav på viss nyttoövertikt ställs vidare inte i 11 kap. 6 § miljöbalken. Det är inte relevant att jämföra med exempelvis Edeforsens kraftverk och där aktuell miljöpåverkan. Omfattningen av åtgärder i de två målen skiljer sig markant. Vad gäller strandskydd ska domstolen pröva detta inom ramen för denna tillståndsprövning. Den lagligförklarade anläggningen ligger vid vatten och sökanden har rätt att reparera och underhålla den. Den ansökta verksamheten utläggande av sten och grus i vattenområde samt reparation av befintlig vattenanläggning jämte påbyggnad av befintlig betonggrund för kraftstationen jämte vattenbortledning genom stationsbyggnaden måste ske i Ejforsen respektive utföras på befintlig grund som ligger i vatten.

Sökanden har även närmare bemött vissa påståenden om påverkan på fisk m.m. i motparternas inlagor. Sökanden har bl.a. anfört följande om Fiskevårdstekniks PM 2017-04-10. Fiskevårdsteknik har inte förstått ansökans omfattning. Inte heller har man förstått omfattningen och innebörden av lagligförklaringen av tröskeln m.fl. åtgärder i Ejforsen. Vattenanläggningen finns och någon påverkan på flödet kommer inte att ske i och med de ansökta åtgärderna. Inverkan av de lagligförklarade anläggningarna omfattas inte av nu aktuell ansökan, eftersom de redan är lagligförklarade. Fiskevårdsteknik har vidare helt misstagit sig på vilka förhållanden

som råder i Ejforsen idag. Fiskevårdstekniks PM kan därför inte tillmätas någon som helst relevans avseende den påverkan sökt vattenverksamhet ger upphov till.

MÅLETS HANDLÄGGNING, HUVUDFÖRHANDLING OCH FORTSATT SKRIFTVÄXLING

Mark- och miljödomstolen har under målets handläggning, efter yrkande från Älvräddarna, genom beslut avslagit yrkande om syn före kungörelse samt vilandeförklaring (2017-02-13), ogillat invändning om rättegångshinder och efter missnöjesanmälan beslutat att detta inte fick överklagas särskilt (2017-03-22 respektive 2017-03-27) samt avslagit yrkande om editionsföreläggande (2017-09-22).

Domstolen har hållit huvudförhandling och syn i målet den 27 september 2017. Under huvudförhandlingen redogjorde sökanden närmare för de sökta åtgärdernas påverkan på ekologin och då särskilt frågan om påverkan på fisk (domstolens aktbilaga 111). Även Fiskevårdsteknik i Sverige AB utvecklade närmare sin bedömning av de sökta åtgärdernas påverkan på fisk (domstolens aktbilaga 112).

Efter huvudförhandlingen har sökanden inkommit med förslag till provotidsvillkor samt underlag för nivån för dämpningsgränsen, +400,20. Vidare har viss fortsatt skriftväxling skett bl.a. angående frågan om skäliga rättegångskostnader för Havs- och vattenmyndigheten, Kammarkollegiet med externt ombud samt länsstyrelsen.

DOMSKÄL**Rådighet**

Mark- och miljödomstolen bedömer att sökanden har erforderlig rådighet för ansökta åtgärder.

Miljökonsekvensbeskrivning

Domstolen bedömer även att miljökonsekvensbeskrivningen, med de kompletteringar som har skett, kan godkännas för den prövning mark- och miljödomstolen ska göra.

Betydelsen av tidigare regeringsprövning och nuvarande anläggningsdelars skick

Flera motparter har yrkat att ansökan ska avvisas mot bakgrund av att regeringen 2005 bedömde att anläggandet av ett kraftverk i Ejforsen inte medförde endast obetydlig miljöpåverkan och därmed inte tog till sig frågan genom tillåtlighetsprövning enligt 17 kap. miljöbalken. Som grund för avvisning har även anförts att anläggningen är så förfallen att den inte kan prövas enligt 4 kap. 6 § miljöbalken.

Som domstolen har bedömt genom beslut i målet bl.a. den 13 februari 2017 gäller nu aktuell prövning i första hand om det finns förutsättningar i sak för att tillämpa undantaget i 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken, dvs. om nu aktuell ansökan innebär endast obetydlig miljöpåverkan. Detta utgör en bedömning i sak och inte en prövning av formella förutsättningar för ansökan. Att en liknande ansökan från sökanden avseende åtgärder i Fulan tidigare har varit föremål för prövning påverkar inte den bedömningen (jfr. Regeringsrättens avgörande RÅ 2006 ref. 64 angående att avslag på en ansökan i princip inte vinner rättskraft).

Omfattningen av de, faktiskt, lagligförklarade anläggningsdelarna utgör inte heller grund för avvisning, utan får enligt domstolens mening också snarast betydelse för nämnda sakprövning enligt 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken.

Naturvårdsverkets, Kammarkollegiets, Sportfiskarnas och Kommittén Rädda Västerdalälvens förstahandsyrkanden om att ansökan ska avvisas ska därför avslås.

Några utgångspunkter för bedömningen av ansökta åtgärders miljöpåverkan enligt 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken

Betydelsen av lagligförklarad anläggning

Om en vattenanläggning har tillkommit utan tillstånd enligt vattenlagen (1983:291) eller motsvarande äldre lagstiftning eller om tillståndsfrågan beträffande en sådan anläggning i målet är oklar, kan prövning av anläggningens laglighet göras enligt 17 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken. I målet har inte hävdats att det finns något tidigare tillstånd till vattenverksamhet.

Som beskrivits ovan under rubriken ”Tidigare prövning” ledde prövningen av olika instanser av då aktuell ansökan slutligt till endast en lagligförklaring av Miljööverdomstolen genom avgörandet MÖD 2011:15. Det som lagligförklarades i nämnda dom var *”befintlig vattenanläggning vid Ejforsen bestående av en tröskel, ett kanalintag med lucka för avstängning, en tilloppskanal, rester av en kraftstation, en kraftstationsdamm och en utloppskanal”*. Lagligförklaringen gjordes enligt 1880 års vattenrättsförordning.

Parterna har i målet framfört olika syn på vilken betydelse aktuell lagligförklaring får i målet samt om anläggningens påverkan på vattenförhållandena kan anses ha lagligförklarats. Fråga uppstår bl.a. om den vattenverksamhet som befintlig tröskels avledning av vatten till sidofåran innebär ska inkluderas vid nu aktuell bedömning av ansökta åtgärders miljöpåverkan. Frågeställningen visar den inneboende problematiken i att inte pröva lagligförklaring och vattenverksamhet genom en samlad prövning, eftersom vattenanläggningen och därmed sammanhängande vattenverksamhet har ett direkt samband.

I Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 3 maj 2017 i mål nr M 3924-16 (Blankaströms kraftverk) bedömde domstolen att en prövning av endast en ansökan om lagligförklaring inte är ändamålsenlig och avvisade därför ansökan. Domstolen konstaterade bl.a. att i samband med införandet av miljöbalken kom möjligheten att lagligförklara äldre vattenföretag att begränsas på så sätt att en ansökan om lagligförklaring endast skulle kunna avse en vattenanläggning och inte en vattenverk-

samhet. I förarbetena uttalas bl.a. att ett skäl till att mönstra ut institutet ur miljöbalken är att miljöbalkens bestämmelser är principiellt inriktade på att verksamheter och anläggningar ska förprövas. Om t.ex. en äldre kraftverksanläggning utnyttjas för vattenverksamhet, såsom denna definieras i miljöbalken, ska tillstånd för själva verksamheten prövas enligt miljöbalken. Mark- och miljööverdomstolen drar i domen bl.a. slutsatsen att det finns goda skäl för att en prövning av lagligheten av en vattenanläggning inte bör försvåra prövningen av tillstånd till den vattenverksamhet som anläggningen används till och att det därför ska ske en samlad prövning, varför domstolen inte prövar ansökan om lagligförklaring separat. Även i ett avgörande den 18 september 2017 (M 7209-16, Karlshedsdammen) uttalar domstolen att vattenanläggningar och vattenverksamheten de används för har ett direkt samband. Vidare sägs att en laglighetsförklaring utan något prövning av verksamheten är olämplig.

Det finns inget givet svar på hur situationen ska bedömas när en lagligförklaring trots detta har skett utan samtidig tillståndsprövning av vattenverksamheten, vilket omständigheterna har lett till i nu aktuellt fall. Mark- och miljödomstolen bedömer i ljuset av det som sagts ovan att den lagligförklaring som har skett i detta fall, enligt lagstiftning från 1880-års tid, måste ges en restriktiv tolkning och att den bedömning domstolen nu ska göra av verksamhetens miljöpåverkan rimligen måste omfatta samtliga åtgärder som innebär att vattenverksamhet bedrivs. Vad sökanden anfört om att endast tillkommande vattenverksamhet ska prövas (med hänvisning till Mark- och miljööverdomstolens avgörande i mål nr M 2650-16, Långbjörns kraftverk) är inte relevant i nu aktuellt mål, då det i nämnda fall redan fanns ett tillstånd till vattenverksamhet i botten.

Betydelsen av rättskraft och rätten att utföra underhållsåtgärder

Beträffande äldre vattenkraftsanläggningar kan det, för att kunna bibehålla anläggningen, krävas relativt omfattande byggnadsåtgärder som medför mer än obetydlig miljöpåverkan. Sådana åtgärder skulle vara förbjudna enligt 4 kap. 6 § miljöbalken. Hur ett sådant förbud förhåller sig till rätten att enligt 24 kap. 1 § första stycket tredje meningen miljöbalken bibehålla en tillståndsgiven anläggning är oklart. I nu aktuellt mål har sökanden dock bl.a. anfört att ansökta åtgärder

närmast kan föras till definitionen av vattenverksamhet som ändring/lagning av en anläggning i vattenområde samt bortledning av vatten från ett vattenområde enligt 11 kap. 3 § (punkten 1 och 3) miljöbalken. Aktuella ansökta åtgärder får enligt domstolens mening anses vara mer omfattande än vad som ryms inom den underhållsskyldighet som avses i 11 kap. 17 § miljöbalken. Det ligger i stället närmare till hands att jämföra åtgärderna med uppförandet av ett nytt kraftverk, inte minst mot bakgrund av att lagligförklarade anläggningar inte har varit i funktion sedan 1978, dvs. cirka 40 år.

Betydelsen av positiva effekter av biotopförbättrande åtgärder

Sökanden har vidare hävdats att de positiva effekterna av ansökta biotopförbättrande åtgärder ska räknas in vid bedömningen av verksamhetens totala miljöpåverkan.

Motparterna har å sin sida anfört att sådana åtgärder inte kan räknas sökanden tillgodo vid bedömningen av effekterna av ansökan i övrigt. Till stöd för detta har hävdats att biotopförbättrande åtgärder kan åstadkommas på annat sätt, t.ex. genom tillsynsåtgärder enligt miljöbalken eller med statlig finansiering.

I målet om Edeforsens kraftverk anförde sökanden på motsvarande sätt att de ansökta åtgärderna hade positiva effekter på miljön som uppvägde de negativa. Mark- och miljööverdomstolen uttalar i det avgörandet att ”huruvida en sådan avvägning ska kunna ha betydelse vid prövningen enligt 4 kap. 6 § miljöbalken är oklart”. I det fallet bedömde Mark- och miljööverdomstolen oavsett detta att miljöpåverkan inte var endast obetydlig.

Frågan har därmed inte ett klart svar och får enligt mark- och miljödomstolen inte avgörande betydelse i nu aktuellt mål heller. Domstolen bedömer dock att det är i vart fall principiellt tveksamt att låta en sådan ”kvittning” av miljöeffekter vara avgörande vid en bedömning av om det finns förutsättningar att tillämpa undantaget i 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken.

Medför ansökta åtgärder endast obetydlig miljöpåverkan enligt 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken?

Vad mark- och miljödomstolen ska bedöma

Aktuellt kraftverk med tillhörande åtgärder ska utföras i en sträcka av Ejforsen som omfattas av det s.k. utbyggnadsförbudet i 4 kap. 6 § miljöbalken. Sträckan ingår i Västerdalälven uppströms Hummelforsen med tillhörande käll- och biflöden som fick lagstadgat skydd genom naturresurslagen (1987:12). I förarbetena anges bl.a. att utbyggnadsförbudet utgår från de mycket stora naturvårds-, kulturminnesvårds- och friluftsentressen som finns utefter berörda älvar och älvsträckor samt från de betydande värden som outbyggda vattensystem har också för andra intressen, t.ex. fisket och rennäringen (prop. 1985/86:3 s. 90). Enligt bestämmelsen får inte vattenkraftverk samt vattenreglering eller vattenöverledning för kraftändamål utföras med undantag för vattenverksamhet som förorsakar endast obetydlig miljöpåverkan. Antalet skyddade älvar och älvsträckor i paragrafen, som motsvarar 3 kap. 6 § naturresurslagen, har utökats flera gånger, och då har älvarnas särskilda bevarandevärden närmare konkretiserats (se t.ex. prop. 1992/93:80).

Det domstolen nu ska ta ställning till – utifrån ovan angivna utgångspunkter för bedömningen av miljöpåverkan – är om det finns förutsättningar att tillämpa detta undantag. Först om sådana förutsättningar finns blir det aktuellt att pröva övriga förutsättningar enligt miljöbalken för att medge sökt tillstånd.

Rättsliga utgångspunkter vid en prövning enligt 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken

Begreppet ”obetydlig miljöpåverkan” i den mening som avses i 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken är inte närmare definierat. Domstolen får därför söka ledning i förarbetsuttalanden och rättspraxis.

Utbyggnadsförbudet tillkom i en tid då planen i Sverige ännu var att bygga ut vattenkraften. Det främsta syftet med förbudet synes ha varit att, med politisk betoning, freda de skyddade vattendragen från sådan ny utbyggnad. Det var dock, i juridisk mening, inte fråga om ett absolut förbud utan tanken var att ny utbyggnad,

som hade endast obetydlig miljöpåverkan, skulle kunna få ske även fortsättningsvis. När det gällde de befintliga vattenkraftsanläggningarna uttalade departementschefen i förarbetena till motsvarande 3 kap. 6 § naturresurslagen bl.a. följande:

I några fall finns redan vattenkraftsanläggningar i de älvar och älvsträckor som jag föreslår skall vara undantagna från vattenkraftsutbyggnad. I prop. 1977/78:57 om riktlinjer i den fysiska riksplaneringen för vattendrag i norra Svealand och Norrland anfördes att ett undantag från utbyggnad inte bör innebära att smärre åtgärder som hänför sig till t.ex. redan företagen reglering helt skall förhindras. /.../ Ersättningsbyggnader, ombyggnader och effektiviseringar bör kunna tillåtas om de har endast obetydlig miljöpåverkan, dvs. om åtgärderna i endast ringa utsträckning påverkar de bevarandevärden som utgjort motiv för att älven eller älvsträckan skall undantas från vattenkraftsutbyggnad” (prop. 1985/86:3 s. 110).

Vad gäller möjligheter att trots rådande förbud vidta åtgärder finns avseende 4 kap. 6 § miljöbalken motsvarande förarbetsuttalanden. Där uttalas att utbyggnadsförbudet inte gäller vattenverksamhet som orsakar endast obetydlig miljöpåverkan. Detta innebär att tillstånd bör kunna lämnas för smärre åtgärder som hänför sig till en redan företagen utbyggnad, t.ex. ersättningsbyggnader till ett befintligt kraftverk och ombyggnader eller effektiviseringar, under förutsättning att inverkan på naturmiljön inte ökar i nämnvärd omfattning (prop. 1997/98:45 del 2 s. 41).

I förarbetena uttalas vidare att undantagsbestämmelsen visserligen inte utesluter att tillstånd meddelas även till nya vattenkraftsprojekt, men att det torde vara utomordentligt få helt nya projekt som har endast obetydlig miljöpåverkan. Vidare framgår att när det gäller utbyggnad av s.k. minikraftverk, dvs. anläggningar med en högsta effekt om 1,5 MW, en kategori som ansökt anläggning kan anses falla inom, bör undantagsbestämmelsen aktualiseras *endast* i två situationer. Den första situationen avser fall då andra alternativ för att ordna energiförsörjningen, t.ex. dragning av en kraftledning, kan innebära större inverkan på miljön än ett minikraftverk. Den andra situationen avser fall där det på den aktuella platsen redan finns en anläggning som påverkar vattendraget, t.ex. en dammanläggning eller liknande. I det fallet kan tillkomsten av ett minikraftverk t.o.m. innebära vissa fördelar, t.ex. om det innebär att en befintlig, dåligt underhållen flottningsdamm samtidigt kan restaureras. En förutsättning för att tillåta utbyggnad i ett sådant fall är dock alltid att

åtgärden kan vidtas utan att syftet med utbyggnadsförbudet förfelas (prop. 1985/86:3 s. 110 f.).

I rättspraxis har dåvarande Regeringsrätten slagit fast att begreppet ”obetydlig miljöpåverkan” innebär att en mycket restriktiv bedömning av vattenföretagets tillåtlighet ska ske. Vid denna bedömning kan inte bortses från vare sig annan miljöpåverkan än sådan som uttryckligen har nämnts i förarbetena när älvsträckan skyddades eller sådana effekter på miljön som inte kan antas bli bestående (se RÅ 1993 ref. 44 och RÅ 2004 ref. 14). Modernare rättspraxis där en sakprövning enligt undantagsregeln har skett är sparsam (se redogörelse i SOU 2012:89, delbetänkande från Vattenverksamhetsutredningen om 4 kap. 6 § miljöbalken). Mark- och miljööverdomstolen har bedömt att ansökta åtgärder inte rymdes i undantaget i mål om Edeforsens och Untra kraftverk, M 9073-14 och M 6229-12, som dock gällde mer omfattande åtgärder än de i nu aktuellt mål.

Mark- och miljödomstolens bedömning

Mark- och miljödomstolen konstaterar inledningsvis att nu ansökta åtgärder inte kan betraktas som sådana smärre åtgärder som hänför sig till en redan företagen utbyggnad enligt ovannämnda förarbetsuttalanden. Utgångspunkten för bedömning av miljöpåverkan måste vidare vara situationen då älven skyddades, dvs. i princip det läge som råder nu. Frågan är då om den omständigheten att det på den aktuella platsen redan finns en anläggning som påverkar vattendraget genom laglig-förklarade anläggningsdelar innebär att undantaget i 4 kap. 6 § tredje stycket är tillämpligt. En förutsättning för att tillåta utbyggnad är då enligt vad som beskrivits ovan att åtgärden kan vidtas utan att syftet med utbyggnadsförbudet förfelas.

De närmare värdena i Ejforsen har inte närmare konkretiserats i samband med att Fuluälven skyddades genom utbyggnadsförbud. Länsstyrelsen med flera motparter har hänvisat till Bevarandeplanen för Natura 2000 för Fuluälven (2016) som är vägledande vid bedömningen av ansökta åtgärders miljöpåverkan. I planen anges de prioriterade bevarandevärdena som ”de i huvudsak oreglerade förhållandena tillsammans med en i övrigt naturlig succession av morfologi (fysiskt utseende) och erosion samt dess förekomst av känsliga och hotade arter, speciellt utter och

flodpärlmussla. Områdets förhållanden ska präglas av en naturlig dynamik och en minimering av annan mänsklig påverkan än ett skonsamt friluftsliv och ett ekologiskt hållbart fiske, vilket anges som en förutsättning för att bevara flera av arterna som förekommer i området”. Som bevarandemål anges att naturlig vattenföring och flödesdynamik bibehålls i Fulan och dess betydelsefulla biflöden. Ingen ny vattenreglering tillkommer och regleringsgraden i befintliga regleringsmagasin bibehålls på nuvarande nivå eller minskar. Av riksintressebeskrivningen framgår vidare bl.a. att Fuluälven äger stora ekologiska värden och att intresseaspekterna utgörs av fritidsfiske, naturstudier och kanotning samt att värdet kan påverkas negativt av reglering och annan ej naturanpassad exploatering.

Domstolen konstaterar att parterna har hänvisat till ingående och motstridiga bedömningar avseende påverkan på fisk genom aktuella åtgärder. Domstolen bedömer för egen del bl.a. att en förhöjd vattenyta i kraftverkskanalen innebär en förändring som bl.a. kan väntas minska uppväxthabitat för öring, men att det är svårt att förutse vilken närmare effekt ansökta åtgärder skulle få. Sökandens utredningar ger visst stöd för att konsekvenserna kan väntas bli begränsade för just fisk, även om det är svårt att dra några säkra slutsatser av presenterat material. Domstolen bedömer dock att ett återuppförande av en kraftstation de facto innebär ett hinder för nedströmsvandring och att en fungerande passage inte kan antas vara enkel att åstadkomma. Det går därmed enligt domstolens mening inte att utesluta att ansökta åtgärder i enlighet med bl.a. Havs- och vattenmyndighetens resonemang på sikt riskerar att äventyra möjligheten att upprätthålla god ekologisk status på kvalitetsfaktornivå, vilket skulle vara i strid med både icke-försämringskravet och slutsatserna i den s.k. Weserdomen (EU-domstolen C-461/13). Sökanden anser också att frågan om kontroll av fiskvägens funktion behöver utredas under en prövotid. Redan detta anser domstolen talar för att det föreligger osäkerheter kring vilka effekter som kan väntas, tillfälliga respektive varaktiga. Enligt Regeringsrättens avgöranden som angetts ovan kan man inte heller bortse från miljöpåverkan bara för att den skulle vara tillfällig. Det är för övrigt inte möjligt att sätta tillåtlighetsfrågor på prövotid enligt 22 kap. 27 § miljöbalken.

Parterna har även redovisat olika bedömningar när det gäller vattenföring och fördelning mellan huvudfåran och sidofåran vid olika flöden. Det går dock enligt domstolens resonemang ovan inte att bortse från att det bortfall av vatten som avledningen vid tröskeln redan idag medför får antas innebära mindre vattentäckt yta för fisk och andra vattenlevande organismer i forssträckan nedströms tröskeln. Efter bl.a. iakttagelserna vid synen delar domstolen vidare länsstyrelsens bedömning att det är sannolikt att det kommer att krävas underhållsåtgärder på befintlig tröskel, vilken påverkar den väsentliga flödesfördelningen mellan huvudfåra och sidofåra. Ett tillstånd enligt ansökan kan alltså antas ge utrymme för följdändringar av verksamheten, som i sig också kan medföra mer än obetydlig miljöpåverkan i den mening som nu avses. Ansökan måste därför även bedömas i ett bredare och längre perspektiv.

Till detta kommer inte minst de stora upplevelsevärden som finns i området som omfattas av riksintresse för naturvården och friluftslivet. Efter domstolens syn på platsen kan konstateras att resterna av anläggningen är så pass begränsade att området idag inte uppfattas som exploaterat. Ett uppförande av ett vattenkraftverk skulle ofrånkomligt förändra det intrycket. Området omfattas dessutom av strandskydd, vilket ytterligare komplicerar bilden och stärker områdets värden.

Domstolen bedömer därför sammanfattningsvis att ansökta åtgärder inte ryms inom begreppet obetydlig miljöpåverkan, med den snäva betydelse detta ska ges i sammanhanget. Vad sökanden har anfört om positiva effekter av biotopförbättrande åtgärder bör enligt domstolens resonemang ovan inte påverka den bedömningen. Det är i vart fall så att dessa åtgärder inte överväger de negativa effekter som beskrivits ovan. Att bifalla ansökan riskerar därmed sammanfattningsvis att förfela syftet med utbyggnadsförbudet, som bl.a. konkretiseras genom bevarandepplanen för Natura 2000 och värdebeskrivning för riksintresset. Det finns därför inte förutsättningar att tillämpa undantaget i 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken. Ansökan, i den del den gäller ombyggnad, ska därför redan av denna anledning avslås. Det saknas därmed skäl för domstolen att bedöma övriga förutsättningar för tillstånd.

Vad gäller ansökan om biotopförbättrande åtgärder uppfattar domstolen att den delen av ansökan från sökandens horisont ska ses som en del av en helhet som inte är självständigt fungerande. Det har dock inte framkommit hinder mot att meddela tillstånd till dessa, i och för sig positiva, åtgärder. Åtgärderna ska utföras i samråd med tillsynsmyndigheten och i huvudsak enligt vad som anges i ansökan med en arbetstid om fem år och tid för oförutsedd skada om fem år räknat från arbetstidens utgång. Åtgärderna får utföras även om domen inte har vunnit laga kraft.

Prövningsavgift

Prövningsavgiften ska slutligt fastställas till 31 440 kr.

Rättegångskostnader

Enligt 25 kap. 2 § första stycket miljöbalken svarar sökanden i ansökningsmål om vattenverksamhet för sina egna och motpartens kostnader i mark- och miljödomstolen. Ersättning för rättegångskostnad ska enligt 18 kap. 8 § rättegångsbalken motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande tillsammans med arvode till ombud eller biträde, om kostnaden varit skälig påkallad för tillvaratagande av partens rätt. När ersättningen bestäms gäller som en utgångspunkt att det är den verkliga kostnaden som ska ersättas. När kostnaden inte är medgiven av motparten, kan den dock inte ersättas utan att den anses skälig med hänsyn till vad kostnaden avser. Ersättningens storlek ska bestämmas med hänsyn till bl.a. målets beskaffenhet och omfattning samt till den omsorg och skicklighet med vilken arbetet har utförts (se bl.a. Högsta domstolens avgörande NJA 1997 s. 854).

Som en utgångspunkt för bedömningarna gäller även att myndigheterna både enligt sina instruktioner i förordning och miljöbalken har en författningsreglerad skyldighet att bl.a. föra talan för det allmänna för att ta tillvara miljöintressen och andra allmänna intressen enligt vad som anges i 22 kap. 6 § miljöbalken. För att göra detta kan myndigheten behöva använda olika intern kompetens för att t.ex. kunna skriva ett ändamålsenligt yttrande. Målets karaktär får anses vara komplex och det gäller ett område med mycket höga naturvärden.

Havs- och vattenmyndigheten

Havs- och vattenmyndigheten har begärt ersättning med 64 000 kr (80 timmar à 800 kr). Myndigheten har redogjort för hur kostnaden har fördelats på bl.a. genomgång av handlingar, upprättande av yttranden samt intern förankring.

Sökanden har delvis bestridit yrkandet och anfört i huvudsak följande. Med hänsyn till de talrika felaktigheterna i inlagan, samt att själva upprättandet av yttrandet, dvs. själva skrivandet, påstås ha tagit 34 timmar, vilket är helt orimligt, medges endast tre dagars arbete, 24 timmar. Med beaktande av den brist på kvalitet som yttrandet visar medges endast 500 kr per timme som skäligt arvode. Sökanden medger således 12 000 kr i arvode.

Mark- och miljödomstolen anser inte, utifrån utgångspunkterna ovan, att det har framkommit skäl att ifrågasätta skäligheten i yrkat belopp, vare sig gällande tid eller arvodets storlek. Det ska därför dömas ut.

Kammarkollegiet

Kammarkollegiet har vid huvudförhandlingen yrkat ersättning för eget arbete med 44 800 kr, samt för utlägg om 8 732 kr plus 130 875 kr för extern konsult (uttryckt exklusive mervärdesskatt); totalt 184 407 kr. Fiskevårdsteknik i Sverige AB har efter huvudförhandlingen inkommit med kostnadsspecifikation i form av två fakturor; en avseende granskning av ansökningshandlingar à 26 625 kr och en à 104 250 kr, dvs. totalt 130 875 kr (exklusive mervärdesskatt och motsvarande cirka 115 timmars arbete inklusive rese- och förhandlingstid plus viss resekostnad).

Sökanden har medgett ersättning för arbete och utlägg för Kammarkollegiets eget arbete plus utlägg (totalt 53 532 kr), men endast medgett arvodeskostnad för utlägg för det externa ombudet med 51 070 kr (motsvarande 40 timmars arbete plus del av rese- och förhandlingstid och resekostnad). Sökanden har i huvudsak anfört att Fiskevårdsteknik har utfört dubbelarbete samt att konsultföretaget har missförstått ett antal sakförhållanden.

Som domstolen har redogjort för ovan har Kammarkollegiet rätt till ersättning för skäliga kostnader. Kammarkollegiet har också rätt att anlita externt ombud (jfr Mark- och miljööverdomstolens dom den 26 juni 2015 i mål nr M 9073-14). Frågan i målet har i huvudsak berört om åtgärderna kan anses innebära obetydlig miljöpåverkan eller inte. Fiskevårdstekniks arbete har också inneburit undersökning av detta förhållande. Att olika experter har olika syn och utgångspunkter i sak innebär enligt domstolens mening inte i sig att kostnaden för arbetet är oskälig. Det har inte heller varit givet för någon hur själva lagligförklaringen förhåller sig till frågan om miljöpåverkan. Däremot bedömer domstolen liksom sökanden att Fiskevårdsteknik får anses ha utfört en del dubbelarbete som inte har varit befogat. Dubbelarbetet har bl.a. bestått i intern rättning och granskning samt inläsning av material, i vissa delar av tre personer. Domstolen bedömer inte heller att det har varit befogat att debitera för två personer i samband med huvudförhandlingen. Rättegångskostnaderna ska därför bestämmas till skäliga 90 000 kr exklusive mervärdesskatt avseende utlägg för Fiskevårdstekniks arbete. Sammanlagt alltså 44 800 kr avseende kollegiets eget arbete, 8 732 kr för utlägg plus 90 000 kr avseende utlägg för extern konsult, totalt 143 532 kr.

Länsstyrelsen

Länsstyrelsen har begärt ersättning med 96 000 kr (120 timmar à 800 kr) enligt inlämnad kostnadsspecifikation gällande inläsning, platsbesök, skrivande av yttranden samt deltagande vid huvudförhandling.

Sökanden har godtagit 56 timmars arbete à 800 kr, dvs. 44 800 kr och bl.a. anfört följande. Fyra statliga myndigheter har företrätt statens intressen rörande inverkan av ansökt verksamhet på Fulan. Utifrån de möjligheter till samverkan och samordning som måste föreligga mellan statliga myndigheter är sökanden beredd att medge endast vissa kostnader för länsstyrelsen enligt närmare redogörelse.

Mark- och miljödomstolen har tidigare redogjort för de statliga myndigheternas ansvar enligt ovan. Domstolen anser att det inte har framkommit skäl att ifrågasätta skäligheten i yrkat belopp. Det ska därför dömas ut.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV425)

Överklagande senast den 19 december 2017.

Erika Ekman

Ingrid Johansson

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Erika Ekman, ordförande, och tekniska rådet Ingrid Johansson samt de särskilda ledamöterna Anna Kuylenstierna och Lars Strömberg.