



SVEA HOVRÄTT  
Mark- och miljööverdomstolen  
060206

**DOM**  
2019-10-30  
Stockholm

Mål nr  
M 3371-18

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2018-03-07 i mål nr M 2150-15, se bilaga A

## PARTER

### Klagande

Lilla Harrie Valskvarn AB

Ombud: CRA

### Motpart

1. Havs- och vattenmyndigheten
2. Kammarkollegiet
3. Kävlinge kommun
4. Lunds kommun
5. Länsstyrelsen i Skåne län
6. Sveriges Sportfiske- och Fiskevårdsförbud
7. Sydvatten AB

Dok.Id 1504503

---

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 50	08-561 675 59	måndag – fredag 09:00–16:30
		<b>E-post:</b> svea.hovratt@dom.se www.svea.se		

8. Älvräddarnas Samorganisation

**SAKEN**

Ansökan om lagligförklaring av befintlig vattenkraftanläggning samt tillstånd till vattenverksamhet vid anläggning på fastigheten A m.fl. i Kävlinge kommun m.m.

---

**MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT**

**I**

Mark- och miljööverdomstolen ändrar mark- och miljödomstolens dom på följande sätt.

**Lagligförklaring**

Mark- och miljööverdomstolen lagligförklarar, med stöd av 17 § och 18 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, Lilla Harrie kraftverk med tillhörande anläggningsdelar, bl.a. dämme med krönhöjd mellan +11,00 m och +11,30 m (RH2000), intagsgaller, maskinstationer, fiskväg från 1990 samt intags- och utloppskanaler på fastigheterna A och B i Kävlinge kommun.

Som villkor för lagligförklaringen gäller punkterna 3, 5, 6 och 7 under rubriken villkor för tillståndet nedan.

**Tillstånd m.m.**

Mark- och miljööverdomstolen lämnar Lilla Harrie Valskvarn AB tillstånd enligt 11 kap. 9 § miljöbalken att vid Lilla Harrie kraftverk på fastigheterna A och B i Kävlinge kommun

1. för kraftproduktion avleda en vattenmängd om högst 7,5 kubikmeter per sekund genom turbinerna,

2. med bibehållande av dämnet vid Lilla Harrie till den höjd som framgår ovan under rubriken lagligförklaring, bedriva vattenverksamhet i form av dämning,
3. sänka dammvallen med 0,4 meter på en sträcka om 40 meter samt att i samband därmed anlägga ny betongtröskel samt riva ut fiskväg av trä från 1990; allt i huvudsaklig överensstämmelse med vad som redovisats i ansökan (ritning daterad 2016-09-29 benämnd "Farina, Ny fiskväg, Översiktsplan", bilaga till mark- och miljödomstolens aktbilaga 59),
4. anlägga en faunapassage i form av ett omlöp enligt nedanstående villkor 5, samt
5. bygga om intagen avseende fingallrens lutning enligt nedanstående villkor 3.

#### **Villkor för tillståndet**

1. Arbetena ska bedrivas i huvudsaklig överensstämmelse med vad Lilla Harrie Valskvarn AB angett i ansökningshandlingarna och i övrigt uppgett och åtagit sig i målet.
2. Arbetena ska så långt möjligt utföras i torrhet och i övrigt så att grumling minimeras. Entreprenadmaskiner som används vid arbeten i vatten ska använda miljöanpassade hydrauloljor.
3. Intaget till turbinerna ska förses med ett lutande fingaller med en lutning på högst 40 grader mätt från horisontalplanet. Intagsgallret ska ha en högsta fri öppning mellan gallerstavarna på 15 millimeter. I intagsgallret ska flyktöppningar för fisk anordnas.
4. Kraftverket ska drivas som strömkraftverk och korttidsreglering får inte förekomma.
5. En faunapassage ska anläggas i huvudsaklig överensstämmelse med vad som redovisats i ansökan (ritning daterad 2016-09-29 benämnd "Farina, Ny fiskväg, Plan och sektion", bilaga till mark- och miljödomstolens aktbilaga 59). Faunapassagens lutning får inte överstiga 2 procent i horisontalplanet. Den

närmare utformningen av faunapassage ska bestämmas i samråd med Länsstyrelsen i Skåne län.

6. Faunapassagen ska vara i drift senast vid arbetstidens utgång.
7. I faunapassagen ska alltid släppas ett minimivattenflöde om 500 l/s, eller hela tillrinningen om den är lägre.
8. När tillrinningen understiger 3,1 kubikmeter per sekund ska inget vatten släppas genom turbinerna.
9. Ett kontrollprogram ska ges in till tillsynsmyndigheten senast två månader innan åtgärderna i punkterna 3, 4 och 5, under rubriken tillstånd m.m., påbörjas.

### Övriga frågor

1. Mark- och miljööverdomstolen godkänner miljökonsekvensbeskrivningen.
2. A i Kävlinge kommun ska utgöra strömfallsfastighet.
3. I denna dom tillståndsgivna arbeten ska vara utförda inom fem år från det att domen vunnit laga kraft.
4. Anspråk på grund av oförutsedd skada ska framställas senast inom fem år från arbetstidens utgång.
5. Den förlust av vatten eller annat som tillståndshavaren enligt 31 kap. 22 § miljöbalken är skyldig att tåla utan ersättning bestäms till en tjugondel.

### II

Mark- och miljööverdomstolen avslår övriga ändringsyrkanden, samt yrkandet under punkten G).

**III**

Mark- och miljööverdomstolen avslår Kammarkollegiets, Havs- och vattenmyndighetens samt Länsstyrelsen i Skåne läns yrkanden om ersättning för rättegångskostnader här.

---

## YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

**Lilla Harrie Valskvarn AB** (bolaget) har yrkat

A1) att Mark- och miljööverdomstolen ska förklara att verksamheten ska anses bedrivnas med stöd av urminnes hävd eller annan sådan rättighet att förfoga över vatten som avses i 2 kap. 41 § äldre vattenlagen (1918:523) och som i enlighet med 5 a § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, MP, har rättskraft, alternativt att Mark- och miljööverdomstolen i berörda delar ska ge tillstånd i efterhand att på fastigheterna A och B i Kävlinge kommun få uppföra och bibehålla befintlig vattenkraftanläggning, förändra vattnets djup och läge på sätt som bestäms av anläggningens utformning och nyttjande samt bedriva vattenverksamhet vid kraftverksanläggningen innebärande en rätt att få avleda en vattenmängd om högst 7,5 kubikmeter per sekund,

A2) alternativt, för det fall den äldre lagstiftningen ska tillämpas,

att Mark- och miljööverdomstolen ska, med stöd av 17 § MP, lagligförklara verksdammen (utifrån den utformning som dammvallen får efter att sänkning genomförts, alternativt i befintligt skick) samt resterande delar av befintlig vattenkraftanläggning bestående av bl.a. intag/rensgaller, utloppskanal, kraftverk med två turbiner, fiskväg i trä från 1990 samt utskov från 2010, alternativt att Mark- och miljööverdomstolen i berörda delar ska ge tillstånd att få uppföra och bibehålla delar av befintlig vattenkraftsanläggning på fastigheterna A och B i Kävlinge kommun, och

att Mark- och miljööverdomstolen ska ge tillstånd enligt 11 kap. miljöbalken att i huvudsaklig överensstämmelse med vad som framgår av ansökan få förändra vattnets djup och läge på sätt som bestäms av anläggningens utformning och nyttjande samt att få bedriva vattenverksamhet vid kraftverksanläggningen innebärande rätt att få avleda en vattenmängd om högst 7,5 kubikmeter per sekund,

B) att Mark- och miljööverdomstolen ska meddela tillstånd enligt 11 kap. miljöbalken att sänka dammvallen med 0,4 meter på en sträcka om 40 meter samt att i samband därmed bygga om tröskel till utskov från 2010 samt riva ut fiskväg av trä från 1990,

C) att Mark- och miljööverdomstolen ska fastställa att A i Kävlinge kommun ska utgöra strömfallsfastighet,

D) att Mark- och miljööverdomstolen ska fastställa tiden för anmälan av oförutsedd skada till fem år från arbetstidens utgång,

E) att Mark- och miljööverdomstolen ska fastställa arbetstiden till fem år efter det att domen vunnit laga kraft,

F) att Mark- och miljööverdomstolen ska fastställa den ersättningsfria andelen enligt 31 kap. 22 § andra stycket 1 p. miljöbalken till en tjugondel av produktionsvärdet av den vattenkraft som enligt tillståndet kan tas ut vid kraftverket efter avdrag för den del av produktionsvärdet som är en följd av vattenregleringar,

G) att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva det i Länsstyrelsen i Skåne läns föreläggande av den 13 mars 2013 föreskrivna villkoret att det utskov som anlades som fiskväg i södra delen av dämnet i Kävlingeån 2010 ska vara ständigt öppet, samt

H) att Mark- och miljööverdomstolen ska sätta ned Kammarkollegiets ersättning för rättegångskostnader i mark- och miljödomstolen till ett lägre belopp.

Bolaget har föreslagit följande villkor:

- 1) Om inte annat anges i villkorsförslagen nedan ska verksamheten bedrivas i huvudsaklig överensstämmelse med det som bolaget angett i ansökningshandlingarna och i övrigt har uppgett eller åtagit sig i målet.
- 2) Som villkor för lagligförklaringen av anläggningen ska bolaget anlägga en faunapassage i huvudsaklig överensstämmelse med vad som följer av Swecos rapport "Faunapassage vid Farina kraftverk", daterad den 28 oktober 2016.

- 3) Ett lutande fingaller med en lutning om ungefär 40 grader och en högsta fri öppning mellan gallerstavarna om 15 millimeter ska sättas framför turbinintaget.
- 4) Entreprenadmaskiner som används vid arbeten i vatten ska använda miljöanpassade hydrauloljor.
- 5) I faunapassagen ska – i den mån vattenflödet i Kävlingeån medger det – alltid släppas minst 500 liter per sekund. Villkoret ska börja gälla mot bolaget först efter att den nya faunapassagen har tagits i drift.
- 6) Ett kontrollprogram ska tas fram i samråd med tillsynsmyndigheten och ges in till tillsynsmyndigheten senast två månader innan arbetena påbörjas.
- 7) Bolaget ska till tillsynsmyndigheten anmäla eventuella planer på att avsluta hela eller delar av verksamheten till tillsynsmyndigheten.

Bolaget har föreslagit att kontrollprogrammet ska omfatta följande:

- Åtgärder och kontroll för att motverka grumling i samband med att anläggningsarbeten utförs.
- Beskrivning av skyddsåtgärder som ska vidtas för att förhindra eventuellt läckage av olja eller andra miljöfarliga ämnen.
- Kontroll av att fastställd tappning i faunapassagen följs.

**Havs- och vattenmyndigheten** har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom, samt yrkat ersättning för rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen.

**Kammarkollegiet** har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom, samt yrkat ersättning för rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen.

**Länsstyrelsen i Skåne län** har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom, samt yrkat ersättning för rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen.

**Lunds kommun** har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom.

**Sveriges Sportfiske- och Fiskevårdsförbund** (Sportfiskarna) har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom.

**Sydvatten AB** (Sydvatten) har tillstyrkt ansökan, under förutsättning att Sydvattens dricksvattenproduktion idag och framöver inte försvåras av den tillståndsgivna verksamheten och att Sydvatten inte ska ersätta kraftverksägaren i det fall vattenhushållningen justeras över året.

**Älvräddarnas Samorganisation** har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom.

#### UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

**Bolaget** har till stöd för sin talan hänvisat till vad som tidigare har anförts samt tillagt i huvudsak följande:

Fram till och med den 31 december 2018 kunde en anläggning avsedd för vattenverksamhet, enligt 17 § första stycket MP lagligförklaras. Genom den lagändring som trädde ikraft vid årsskiftet har dock nya bestämmelser tillkommit i MP, 5 a § och 17 a §. Enligt avgöranden från Mark- och miljööverdomstolen ska bestämmelsen i 5 a § MP tillämpas direkt i pågående mål och ärenden, till skillnad mot 17 a § MP som endast gäller för mål och ärenden som inletts efter den 1 januari 2019.

Lagstiftaren har med de nya reglerna velat ge företräde åt den klimatnytta och det bidrag till minskade utsläpp av växthusgaser som vattenkraften utgör. Bolaget bör få komma i åtnjutande av de lättnader som lagändringarna innebär och har därför i Mark- och miljööverdomstolen framställt det alternativa yrkandet i punkten A1.

Vad avser urminnes hävd har det i doktrin uttalats att det inte finns något visst tidsmått angivet. Man brukar uppställa regeln att två mansåldrar ska ha passerat, utgörande tillsammans ungefär 90 år, för att det ska kunna vara fråga om urminnes hävd. Vid Lilla Harrie har dämningen av vatten skett som därigenom påverkat vattnets djup och läge allt sedan dämnet anlades. Enligt uppgifter har kvarn och dämme etablerats på

platsen redan under tidigt 1500-tal. Den verksamhet som bedrevs då, bestående av dämning, skiljer sig inte i något väsentligt avseende från hur den bedrivs idag. Genom de kartor m.m. som har getts in har det gjorts sannolikt att verksamheten innehar urminnes hävd. Eftersom kvarn och dämme tillkommit genom urminnes hävd får anläggningen, med stöd av bestämmelsen i 2 kap. 41 § äldre vattenlagen (1918:523), ÄVL, anses ha varit undantagen från tillståndsplikt. Verksamheten ska därmed, med stöd av 5 a § MP, tillerkännas rättskraft motsvarande ett tillstånd enligt miljöbalken. För det fall Mark- och miljööverdomstolen skulle komma fram till att påbyggnaden av dammvallen som skett på 1950-talet inte tillkommit genom hävd är i vart fall den del av dammen som tillkommit före påbyggnaden hävdvunnen.

Vid en prövning av frågan om lagligförklaring måste rimligen en anläggning anses ha tillkommit när dammvallen etablerades och den dämmande effekten och vandringshindret uppstod. I förevarande fall har bolaget visat att dammvallen vid Lilla Harrie etablerades på tidigt 1500-tal. Anläggningen i dess ursprungliga utformning har oklandrat funnits på platsen och nyttjats för vattenverksamhet under århundraden och fastigheten innehar särskild fastighetstaxering på grund av tillgodogörande av vattenkraft.

I första hand görs hävd gällande och att dammen till följd av detta ska anses lagligen tillkommen. Om inte hävd föreligger så ska dämmet anses lagligen tillkommet enligt 1734 års bygningabalk, då det inte har skadat andras intressen. Påbyggnad av dammvallen skedde 1955. Påbyggnaden ingår som en liten del av dämmet som till övervägande del tillkommit före år 1734. Lagligförklaringen ska därför ske av dämmet som det såg ut före påbyggnaden, dvs. enligt regelverket från 1734.

Om lagligförklaring ska ske utifrån det utseende dammvallen har idag kan konstateras att dammvallen, oavsett med eller utan påbyggnad, måste anses utgöra en och samma anläggning och då lagligförklaras enligt samma lag. Då den övervägande delen av dammvallen tillkommit före det att ÄVL trädde i kraft ska 1734 års bygningabalk tillämpas.

Om ÄVL ändå ska tillämpas ska det noteras att bolaget med äganderätt och servitut förfogar över båda sidor av strömfallet förutom den sista delen upp mot Bösmöllan. Vid denna del äger bolaget ena sidan och Bösmöllan den andra sidan av strömfallet. Det kan dock konstateras att bolaget förfogar över majoriteten i fallet vilket innebär att bolaget har rätt att tillgodogöra sig strömfallet i dess helhet enligt 2 kap. 5 § ÄVL. Vad den nya påbyggnaden medfört i form av minskade omkostnader och möjligheten att nyttja energin i kvarnverksamheten ska räknas till bolagets fördel. Dammen hade vid sin tillkomst en avgörande funktion för verksamheten på platsen (kvarn och kraftverk) och det får anses klarlagt att nyttan av dammen, med det synsätt som då torde ha gällt, översteg kostnaderna för eventuella skador och intrång.

När turbiner installerades på Lilla Harrie vidtogs skyddsåtgärder för fisket i form av galler utformade enligt den tidens krav. År 1990 anlades en fisktrappa i trä. Denna ersattes år 2010 av ett utskov som utformades av Eklöfs Fiske och Fiskevård och finansierades av Länsstyrelsen i Skåne län. De fiskvägar som har anlagts har inte krävt tillstånd eftersom det varit uppenbart att varken allmänna eller enskilda intressen skadats. Inget av de underhållsarbeten som utförts under 1900-talet har inneburit att verksamhetsutövaren kan anses ha gjort en damm eller annan byggnad och att skyldigheten i 2 kap. 8 § ÄVL därmed skulle ha påkallats. Om man i samband med lagligförklaring överhuvudtaget ska beakta betydelsen av att fiskväg saknas måste en analys av behovet av fiskväg göras enligt dåtidens förhållningssätt. Det saknas dokumentation om skyddsvärd fisk vid tidpunkten för anläggningens uppförande. Då det nedströms Lilla Harrie Valskvarn även funnits fyra andra vandringshinder har nyttan med att anlägga fiskväg även varit obetydlig. Vandringshindren har under de senaste åren helt eller delvis tagits bort. Fram till 2017 förelåg emellertid vandringshindret vid Rinnebäcken. Detta innebär att det under alla omständigheter inte förelegat något behov av fiskväg vid Lilla Harrie då anordningar för fiskets framkomst inte har bedömts som nödiga. Det kan därmed ifrågasättas om krav ens skulle ställts på uppförande av fiskväg vid tidpunkten för anläggningens uppförande.

Bolaget har som villkor för lagligförklaring föreslagit att en faunapassage ska anläggas. I faunapassagen ska, i den mån vattenflödet i Kävlingeån medger det, alltid

släppas minst 500 l/s. Genom att föreskriva villkor om faunapassage iakttas skyddet för fiske på ett sådant sätt att en lagligförklaring kan ske.

Bestämmelserna om miljö kvalitetsnormer i 5 kap. miljöbalken ska inte tillämpas vid bedömningen av om anläggningen kan lagligförklaras. Oavsett om miljö kvalitetsnormerna ska tillämpas eller inte har fördämningen inte försvårat möjligheten att uppfylla miljö kvalitetsnormen i den aktuella vattenförekomsten.

Båtnadskravet är uppfyllt i och med att verksamheten årligen genererar ett överskott. Vid båtnadsbedömningen ska även tas hänsyn till kulturmiljöintresset av att bevara kvarnen vid Lilla Harrie och de två kvarnarna i målen M 3372-18 och M 3373-18. De tre kvarnarna i Kävlingeån representerar olika tider. Genom att kunna följa dessa får den enskilde en bild av hur kvarn- och vattenkraften utvecklats genom åren. Genom de lagändringar som trätt ikraft den 1 januari 2019 har kravet på båtnad i den tidigare bestämmelsen i 11 kap. 6 § miljöbalken tagits bort. Även om lagändringen formellt inte är tillämplig i målet måste de bakomliggande skälen till varför lagstiftaren valt att ta bort kravet på båtnad beaktas, dvs. lagstiftarens förändrade syn på vattenkraftselens betydelse för energi- och klimatfrågor.

Den beviljade ersättningen för rättegångskostnader till Kammarkollegiet är oskälig. Kammarkollegiet har upparbetat nästan dubbelt så stora kostnader som länsstyrelsen och det kan ifrågasättas om samtliga frågor som Kammarkollegiet drivit verkligen ligger inom det uppdrag som myndigheten har att följa.

**Havs- och vattenmyndigheten** har hänvisat till vad myndigheten anförde i mark- och miljödomstolen samt tillagt i huvudsak följande:

Bolagets yrkande i första ledet av punkten A1 är en otillåten ändring av talan som inte kan prövas av Mark- och miljööverdomstolen. Yrkandet stödjer sig på en helt annan grund än det tidigare yrkandet. Frågan om verksamheten omfattas av urminnes hävd eller annan äldre rättighet har inte varit föremål för prövning i mark- och miljödomstolen. Väckt talan får som huvudregel inte ändras. Någon undantagssituation enligt 13 kap. 3 § rättegångsbalken är inte för handen.

Myndigheten vidhåller de villkorsförslag som framställts i mark- och miljödomstolen, dock inte de två sista punkterna avseende att tillsynsmyndigheten ska godkänna slutlig utformning av fiskpassage och att kontroll- och uppföljningsprogram ska tas fram och godkännas av tillsynsmyndigheten.

**Kammarkollegiet** har hänvisat till vad myndigheten anförde i mark- och miljödomstolen samt tillagt i huvudsak följande:

Bolagets nu framställda yrkande angående urminnes hävd i punkten A1 kan inte prövas av Mark- och miljööverdomstolen då prövningsramen begränsas av den överklagade domen.

Av de officiella dokument som har studerats framgår tydligt att några dammar inte har funnits på platsen så sent som på 1810-talet. Av flygfoto från 1940-talet som lämnats in till mark- och miljödomstolen framgår vidare att den då uppförda dammanläggningen inte sträckte sig över hela åfåran.

Vid en tillämpning av 17 § MP ska prövas om anläggningen i den utformning den har vid prövningstillfället är laglig. Prövningen bör ske enligt den lagstiftning som gällde när anläggningen till övervägande del tillkom och fick den utformning den har.

Dammanläggningen har till övervägande del tillkommit under den tid då ÄVL gällde. När en damm byggs till får den en ny utformning som kommer att påverka omgivningen på ett nytt sätt. Hela anläggningen är då att betrakta som ny. Vid byggande i vatten skulle enligt ÄVL nödiga anordningar för fiskens framkomst samt släppande av för ändamålet nödigt vatten ske. Särskilda föreskrifter i övrigt som behövdes till skydd för fisket skulle också följas. Mot bakgrund av den bevisning som förebringats i målet har vattenanläggningen tillkommit i strid mot 2 kap. 8 § ÄVL. Den har vidare tillkommit i strid med den allmänna tillåtlighetsregeln i 3 § första stycket samma kapitel.

Det är inte visat att verksamheten inte äventyrar miljökvalitetsnormerna. Hydromorfologiska kvalitetsfaktorer påverkar biologiska kvalitetsfaktorer, oaktat vilken plats de har i klassificeringen av status. Hydromorfologin utgör de fysiska förutsättningarna för de biologiska kvalitetsfaktorerna. Det finns därför ett faktiskt samband mellan de två kategorierna av kvalitetsfaktorer.

Vid båtnadsbedömningen ska inte beaktas om en verksamhet ur allmän synpunkt skulle få stor betydelse för kulturmiljövärden i området.

**Länsstyrelsen i Skåne län** har hänvisat till vad som anfördes i mark- och miljödomstolen samt tillagt bl.a. följande:

Om domstolen anser att bolagets yrkande i punkten A1 kan prövas anför följande med avseende på frågan om urminnes hävd. I målet har framkommit att dämnet funnits på platsen sedan en lång tid tillbaka. Bolaget måste emellertid klargöra under vilka förutsättningar hävd för dämmningsverksamheten åberopas, dvs. vilken dämmningsnivå som kan anses omfattas av eventuella äldre rättigheter samt visa att verksamheten idag överensstämmer med denna rättighet. Bolaget har inte redogjort för vad hävden omfattar eller gjort sannolikt att verksamheten idag bedrivs i enlighet med hävden som åberopas. Installation av turbiner i en äldre kvarn och omställning av verksamheten till ett vattenkraftverk innebär att verksamheten inte kan anses bedrivas *i enlighet med* en äldre rättighet för kvarnverksamhet. Installation och drift av turbiner orsakar en helt annan påverkan på vattenmiljön än kvarndrift med vattenhjul, vilket även fastställts i praxis. En sådan omställning står i strid med rekvisiten för att urminnes hävd ska kunna råda och tillmätas en sådan rättskraft som framgår av 5 a § MP.

Tillståndspliktiga ändringar av en verksamhet kan inte anses rymmas inom ramen för äldre rättigheter för tidigare verksamheter som bedrivits på en plats eftersom sådana ändringar inte kan anses prövade (jfr 24 kap. 1 § miljöbalken). Driften av turbiner för elproduktion kan därmed inte anses ha rättskraft.

Det är inte lämpligt att föreskriva krav på fiskvandringar eller andra villkor i samband med en lagligförklaring av en anläggning. Vid bedömningen av om

anläggningen kan lagligförklaras ska därför inte vägas in en möjlighet att förena lagligförklaringen med villkor.

Anläggningen ska vidare ses i sin helhet. Med turbininstallationerna följde ett förändrat driftsätt som kraftigt försvårade för fiskars vandring. Om inte andra påtagliga anläggningsförändringar har skett efter turbininstallationen bör anläggningen anses ha fått sitt huvudsakliga utseende i samband med övergången till turbindrift. Prövningen av lagligförklaringen ska göras gentemot bestämmelserna i ÄVL. Bristen på nödvändiga anordningar för fiskens framkomst har varit uppenbar.

För att en vattenförekomst ska kunna uppnå god ekologisk status behöver även de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna uppnå god status. Länsstyrelsen har undersökt de vandringshinder som finns i berörd vattenförekomst i fält och gjort bedömningen att konnektiviteten inte uppnår de normativa definitionerna av god status. Således försvårar de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna att god ekologisk status kan uppnås. Den faunapassage som föreslagits kommer inte att vara väl fungerande och den sökta verksamheten kommer således att försvåra möjligheterna att följa miljö-kvalitetsnormerna, dvs. god ekologisk status. Det är inte några fiktiva förhållanden som ligger till grund för denna bedömning, utan de bygger på de faktiska förhållandena på platsen.

Det har inte visats att det föreligger båtnad för elproduktion på platsen. I båtnadsberäkningen har kostnaderna för att driva verksamheten underskattats eftersom bolaget i alltför stor utsträckning räknat med eget oavlönat arbete. Nuvarande elpriser ska ligga till grund för båtnadsbedömningen och tillåtligheten av elproduktionen i målen. Om verksamheten skulle ges tillstånd tillkommer ökade krav på tappningar i fiskvägar, vilket också skulle inverka på båtnaden med avseende på elproduktionen.

Villkor om faunapassage bör utformas som ett funktionsvillkor, för att säkerställa att passagen fungerar. Därtill bör villkor föreskrivas för att motverka korttidsreglering.

**Lunds kommun** har hänvisat till vad kommunen anförde i mark- och miljödomstolen.

**Sportfiskarna** har anfört bl.a. följande:

Bolagets yrkande i punkten A1 kan inte prövas i Mark- och miljööverdomstolen och ska avvisas.

Bestämmelsen i 17 a § MP ska från och med den 1 januari 2019 tillämpas även i pågående mål varför anläggningen redan av den anledningen inte kan lagligförklaras.

Bestämmelserna om miljö kvalitetsnormer ska tillämpas även vid lagligförklaring. De ansökta skyddsåtgärderna kan inte anses vara bästa möjliga teknik. Åtgärderna är heller inte tillräckliga för att uppnå miljö kvalitetsnormerna och kravet på konnektivitet.

Enligt en rapport från Elforsk är Kävlingeån det åttonde viktigaste vattendraget för den hotade och rödlistade ålen. Kvarnviks valskvarn, Bösmöllan och Lilla Harrie valskvarn är de enda kraftverken i åns huvudfåra. Enligt en studie från länsstyrelsen har åldödligheten för samtliga tre kraftverk uppskattats till 30-45 procent i huvudfåran, vilket ska ställas mot mindre än 1 procent där det inte finns några kraftverk. Detta visar vilken omfattande påverkan de tre kraftverken har på den rödlistade ålen i Kävlingeån. Kävlingeån är också ett av Sveriges viktigaste vattendrag för havsöring. Utan anläggningarna skulle ålen kunna vandra fritt och skulle dämnda områden omvandlas till strömsträckor och lek- och uppväxtområden återskapas för bl.a. havsöring och lax. Det skulle i sin tur ge avsevärt bättre förutsättningar för sportfiske och fisketurism. Dessutom är MLQ-tappning i faunapassage nödvändig för att den ska utgöra bästa möjliga teknik.

**Sydvatten** har anfört i huvudsak följande:

Vattenkraftverket berör samma vattentillgång som Sydvatten använder. Så länge den aktuella verksamheten inte försvårar för Sydvattens nuvarande och framtida verksamhet finns inga synpunkter på bolagets verksamhet. Långsiktigt behöver Sydvatten möta de förändringar i miljön och klimatet som även kommer att påverka Vombsjön. Detta kommer att få konsekvenser för Sydvattens verksamhet framöver och kommer med stor sannolikhet även kräva förändringar i tappningsmönstret till

Kävlingeån. Det är därför viktigt att driften av den sökta verksamheten inte försvårar dricksvattenintresset och att Sydvatten alltså kommer att kunna vidta nödvändiga förändringar utan hinder av den aktuella verksamheten.

Under de år som Sydvatten har reglerat Vombsjön har kraftverksägarna dragit nytta av ett onaturligt tillstånd av höga sommar- och höstflöden i ån. Skulle Sydvattens regleringsdom omprövas förutsätter Sydvatten att eventuella framtida förändringar i vattenhushållningen över året accepteras av bolaget utan krav på ersättning för eventuella förluster i kraftproduktionen.

**Älväddarna** har anfört bl.a. följande:

Bolagets yrkande i punkten A1 utgör en otillåten taleändring och kan inte bli föremål för prövning i Mark- och miljööverdomstolen.

Efter den 1 januari 2019 kan en vattenanläggning inte längre lagligförklaras. Om yrkandet om lagligförklaring ändå ska prövas ska prövningen avse den befintliga vattenanläggningen utifrån lagstiftningen vid anläggningens tillkomst. Att någon ingående del i den befintliga vattenanläggningen kan ha sitt ursprung i en tidigare vattenanläggning innebär inte att nuvarande anläggning kan anses ha tillkommit då denna del uppfördes. Miljö kvalitetsnormerna ska tillämpas även vid lagligförklaring.

Vad gäller frågan om urminnes hävd får det visserligen anses ostridigt att det har funnits damm och verksamhet i någon omfattning på platsen sedan lång tid tillbaka. I övrigt har dock ingen bevisning presenterats som visar i vilken omfattning verksamheten har bedrivits eller hur anläggningen har varit utformad sedan lång tid tillbaka. Den anläggning och verksamhet som har funnits före 1882 har inte visats motsvara den anläggning och verksamhet som ifrågavarande prövning avser. Bolaget har sålunda inte visat att verksamheten omfattas av rättskraft genom urminnes hävd.

Verksamheten och anläggningen, även med faunapassage, bidrar till en fysisk påverkan i Kävlingsån. Denna påverkan har en omfattning som omöjliggör upprätthållande av en naturlig artsammansättning i vattenförekomsten och omintetgör

lämpliga habitat för tjockskalig målarmussla, och dess värdfiskar, på sådant sätt att reproduktion och utbredning hindras. Det hotar artens fortlevnad långsiktigt, vilket är i strid med Sveriges skyldighet att bevara arter som omfattas av EU:s habitatdirektiv. Vattenverksamheten äventyrar möjligheten att i tid uppnå beslutad norm för ekologisk status. Inte heller står verksamhetens påverkan på Kävlingeåns höga naturvärden i proportion till den lilla enskilda ekonomiska vinning som bolaget har gjort gällande.

### ÖVRIG UTREDNING I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Kävlingeåns vattenråd och Miljö- och byggnadsnämnden i Eslövs kommun har yttrat sig.

**Kävlingeåns vattenråd** har hänvisat till vad det anförde i mark- och miljödomstolen samt tillagt i huvudsak följande:

Det är uppenbart att dämnet har skadat såväl allmänna som enskilda intressen. Dämnet har torrlagt eller dämt över strömvattensträckor i Kävlingeån där t.ex. tusentals laxar och öringar skulle kunna ha producerats under de år dämnet funnits och där andra arter kopplade till ovanliga strömvattenmiljöer hade kunnat leva. Dämnet har således skadat både det allmänna värdet av biologisk mångfald och värdet av fiske efter lax och öring som tillfaller olika enskilda markägare längs Kävlingeån. Strömmande vattendragssträckor är betydelsefulla för att uppfylla de nationella miljömålen ”Levande sjöar och vattendrag” och ”Ett rikt växt och djurliv”. Att det finns nationella miljömål på området visar på betydelsen för det allmänna av strömmande vattenmiljöer.

Till båtudsberäkningen kan läggas att det till följd av klimatförändringarna inte är säkert att det blir i genomsnitt högre vattenflöden i ån, utan att det kan blir lägre flöden stora delar av året. Detta skulle leda till lägre nytta med kraftproduktionen. Om det dessutom ska släppas 500 l vatten/s i fiskvägen kan det flödet utgöra en betydande del av den totala vattenföringen i Kävlingeån under långa perioder, varför kraftverket kan komma att stå stilla delar av året.

Ansökan ligger visserligen i linje med de nya reglerna om vattenkraft i Sverige, men det går däremot inte att dra slutsatsen att båtnad skulle anses föreligga då bolaget inte har uppskattat värdet av biologisk mångfald och ekosystemtjänster som skulle kunna ha producerats i de överdämda/torrlagda strömsträckorna. Kraftverket har ingen reglereffekt och producerar el i en omfattning som motsvarar en tiondel av ett modernt normalstort vindkraftverk. Kraftverkets betydelse för elförsörjningen är således försumbar.

Möllorna i Kävlingeån utgör värdefulla kulturmiljöer. Dessa kulturmiljövärden skulle kunna bestå även utan dammvallar som hindrar fri vandring av vattenlevande organismer. Förslaget på faunapassagens utformning är mestadels bra och mängden vatten som ska tappas i faunapassage och flyktöppningar är rimliga. Det är dock naturfåran som är det bästa och sannolikt det mest kostnadseffektiva alternativet för en faunapassage.

**Miljö- och byggnadsnämnden i Eslövs kommun** har anslutit sig till vad Kävlingeåns vattenråd anfört samt hänvisat till vad nämnden anförde i mark- och miljödomstolen.

### **MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL**

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

Mark- och miljödomstolen har i den överklagade domen avslagit ansökan om lagligförklaring och tillstånd beträffande befintlig vattenkraftanläggning på fastigheterna A och B i Kävlinge kommun samt avslagit ansökan om tillstånd att bedriva viss vattenverksamhet vid anläggningen. Mark- och miljödomstolen har vidare godkänt miljökonsekvensbeskrivningen.

### **Utgångspunkter för prövningen**

Miljökonsekvensbeskrivningen ger, tillsammans med övrig utredning i målet, ett tillräckligt underlag för domstolens prövning. Mark- och miljööverdomstolen instämmer därför i mark- och miljödomstolens bedömning att miljökonsekvens-

beskrivningen kan godkännas. Nollalternativet har i miljökonsekvensbeskrivningen angetts vara ett förhållande med en ca 40 cm lägre dammvall än idag utan utskov för fiskvandring och utan avledande av vatten för turbindrift. Det har i målet inväntats att det i aktuellt fall inte finns något tillstånd sedan tidigare varför nollalternativet måste vara förhållandena på platsen utan de anläggningar och den verksamhet som ansökan avser. Det senare motsvarar, förenklat uttryckt, också det som benämnts referensförhållande vid fastställandet av aktuella miljö kvalitetsnormer.

Av utredningen framgår att en kvarn och ett dämme vid Lilla Harrie sannolikt etablerades redan på 1500-talet. 1908 installerades den första turbinen. Anläggningen vid Lilla Harrie har alltså funnits på platsen med i huvudsak samma utförande som idag sedan i vart fall början av 1900-talet. Även om det saknas tillstånd i den mening som avses i miljöbalken förutsätts anläggningen, med hänsyn till den långa tid den nyttjats, ha tillkommit och brukats med omgivningens godtagande. Vilka förhållanden som skulle ha rått på platsen utan aktuell anläggning och verksamhet är dessutom mycket svårt att rekonstruera och förutsätter utrivning. En utrivning är tillståndspliktig och det är oklart vad resultatet av en sådan tillståndsprövning skulle bli. Mark- och miljööverdomstolen anser därför att det mest rimliga är att utgå från de faktiska förhållandena, dvs. att det finns en anläggning på platsen (se Mark- och miljööverdomstolens domar den 14 juni 2018 i mål nr M 5874-16 och den 8 oktober 2018 i mål nr M 6454-17). Det anförda innebär att utgångspunkten för de bedömningar som görs nedan, bl.a. avseende båtnadskravet och miljö kvalitetsnormer, är de faktiska förhållandena på platsen.

I fråga om processuell rådighet kommer Mark- och miljööverdomstolen till samma slutsats som mark- och miljödomstolen. Det var således riktigt av mark- och miljödomstolen att ta upp bolagets ansökan till prövning. Vad Kammarkollegiet har anfört föranleder ingen annan bedömning.

### **Prövningen av de befintliga anläggningarna**

Den 1 januari 2019 trädde nya regler ikraft beträffande vattenverksamhet och anläggningar som används för produktion av vattenkraftsel. De nya bestämmelserna

innebär bl.a. att en verksamhet som bedrivs i enlighet med urminnes hävd ska anses bedrivas med stöd av en rättighet som har tillkommit enligt motsvarande bestämmelser i miljöbalken, se 5 a § MP. Mark- och miljööverdomstolen har i flera avgöranden ansett att bestämmelsen, i avsaknad av övergångsbestämmelser, är tillämplig från ikraftträdandet oavsett när ett mål eller ärende har inletts. Bestämmelsen har tillämpats i mål om föreläggande att ansöka om lagligförklaring eller tillstånd, varvid domstolen konstaterat att urminnes hävd utgör hinder mot sådana förelägganden (se Mark- och miljööverdomstolens domar den 19 december 2018 i mål nr M 4798-17, den 15 januari 2019 i mål nr M 8563-17 och den 18 april 2019 i mål nr M 5962-18).

En vattenanläggning som har tillkommit utan tillstånd enligt vattenlagen (1983:291), VL, eller motsvarande äldre lagstiftning eller om tillståndsfrågan beträffande en sådan anläggning är oklar kunde fram till och med den 31 december 2018 lagligförklaras på ansökan av bl.a. den som äger vattenanläggningen, se 17 § första stycket MP. Denna möjlighet har numera upphört för anläggningar som används för produktion av vattenkraftsel, se nya 17 a § MP. Bestämmelsen saknar övergångsbestämmelser men hänvisar till den nya lydelsen av 11 kap. 6 § miljöbalken (ändringen införd genom SFS 2018:1407), vilken enligt övergångsbestämmelserna inte ska tillämpas i pågående mål och ärenden. Det framgår också av förarbetena till 17 a § MP att de anläggningar som omfattas av krav på moderna miljövillkor enligt nya 11 kap. 27 § miljöbalken inte ska kunna lagligförklaras, vilket hänger samman med den omprövning som kommer att ske av dessa anläggningar (se prop. 2017/18:243 s. 164 och 237). Lagstiftaren kan sålunda antas ha avsett att tillämpligheten av 17 a § MP skulle följa den materiella regleringen i nya 11 kap. 6 § miljöbalken. Utifrån denna tolkning är den rimliga slutsatsen att lagligförklaring fortfarande är möjlig för anläggningar som används för produktion av vattenkraftsel, om det sker i mål som pågick när bestämmelsen trädde i kraft vid årsskiftet 2018/2019 (se Mark- och miljööverdomstolens domar den 25 februari 2019 i mål nr M 2149-18 och den 27 juni 2019 i mål nr M 10797-17). Tillämplig lag i detta mål är alltså den tidigare lydelsen av 11 kap. miljöbalken samt 17 § och 18 § MP.

Bolaget har ansökt om lagligförklaring alternativt tillstånd i efterhand för uppförande och bibehållande av befintliga vattenkraftanläggningar samt tillstånd till den

vattenverksamhet med elkraftproduktion som där bedrivs. I Mark- och miljööverdomstolen har bolaget framställt ett alternativt yrkande om att domstolen ska förklara att verksamheten ska anses bedrivas med stöd av urminnes hävd eller annan sådan rättighet att förfoga över vatten som avses i 2 kap. 41 § ÄVL. Eftersom yrkandena är alternativa prövar domstolen först yrkandet om lagligförklaring och tillstånd.

En förutsättning för laglighetsprövning är att tillstånd saknas eller att tillståndsfrågan är oklar, men det har ingen betydelse om tillståndsskyldighet har förelegat eller inte. Av utredningen i målet framgår att tillstånd saknas för dammbyggnaden och övriga anläggningar. Förutsättningen för laglighetsprövning enligt 17 § MP är därmed uppfylld.

Vid bedömningen av lagligheten av en vattenanläggning som har tillkommit utan tillstånd före ikraftträdandet av miljöbalken ska de bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst tillämpas, se 18 § MP. Av detta följer att miljö kvalitetsnormerna inte är tillämpliga vid lagligförklaring. 6 § MP ska alltså inte tillämpas på det sätt som mark- och miljödomstolen har gjort. Mark- och miljööverdomstolen finner att bolaget får anses ha visat att det redan på 1500-talet fanns en dammanläggning vid Lilla Harrie. 1908 installerades den första turbinen vid Lilla Harrie, som 1938 ersattes med nya turbiner. 1945 installerades ytterligare en turbin. 1955 skedde en påbyggnad av dämnet med ca 0,4 meter. 1981 skedde en upprustning av dämme, kraftstation och fiskväg. 1982 ersattes turbinerna av nya turbiner som fortfarande är i drift. 1990 installerades en fiskväg i trä och 2010 anlades en fiskväg som bestod av en öppning i dämnet vid naturfåran.

Innan ÄVL trädde ikraft 1919 tillämpades lagstiftningen i 20 kap. byggningsbalken i 1734 års lag och 1880 års förordning om jordägares rätt över vatten å hans grund, som tillät ägaren att utnyttja vattnet över sin mark så länge som denne inte skadade andra intressen. Förprövning var efter anmälan möjlig enligt 1880 års förordning, men det var inget krav. Vid byggande på egen risk fick den enskilde själv bedöma hur långt hans eller hennes rättigheter och skyldigheter sträckte sig. Konflikter fick lösas i de vanliga domstolarna. Tillämplig lagstiftning för de åtgärder som utfördes mellan 1938

och 1982 är ÄVL. Åtgärderna 1990 omfattas av VL medan åtgärderna 2010 faller inom miljöbalkens tillämpningsområde.

Mark- och miljööverdomstolen finner att det sedan mycket lång tid tillbaka har funnits en rättighet att med dammanläggningen dämna upp vattendraget på sätt som skett i detta fall. Denna rättighet framtog emellertid inte ägaren skyldigheten att efter ikraftträdandet av ÄVL vidta nödvändiga åtgärder för fiskets befrämjande. Med hänsyn till den faunapassage som bolaget numera föreslår bedömer domstolen att den aktuella dammanläggningen – inklusive 1955 års påbyggnad av dammvallen – skulle ha varit laglig enligt dåvarande lagstiftning och att det därför inte finns något hinder mot att nu lagligförklara den. Tillstånd till faunapassage samt de därtill hörande villkoren framgår av domslutet.

### **Tillåtlighet**

Tillstånd får inte ges för en verksamhet som försämrar vattenkvaliteten i strid med en miljökvalitetsnorm eller äventyrar möjligheten att uppnå normen. Det innebär, såsom det har förtydligats i EU-domstolens dom i mål C-461/13, Weserdomen, att tillstånd inte kan ges om verksamheten kan leda till försämring av ytvattenförekomstens status eller äventyra uppnåendet av god status hos ytvattenförekomsten (se även t.ex. MÖD 2016:42 och MÖD 2017:63).

Lilla Harrie ligger i vattenförekomsten ”Kävlingeån: Havet-Bråån”, SE618685-133000, vars ekologiska status är klassificerad som otillfredsställande. Den beslutade miljökvalitetsnormen är god ekologisk status 2027. Den nuvarande ekologiska statusen baseras bl.a. på de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna som har klassificerats som otillfredsställande när det gäller konnektivitet i vattendrag (passerbarhet för fisk och annan fauna) och morfologiskt tillstånd.

Av Vatteninformationssystem Sverige (VISS) framgår att det i vattenförekomsten finns ett antal vandringshinder som påverkar akvatiska organismer negativt.

Vattenkraftverk finns förutom vid Lilla Harrie även vid Bösmöllan (prövas i mål M 3373-18) och Kvarnvik (prövas i mål M 3372-18). Bland föreslagna åtgärder i VISS

anges bl.a. följande: Vandringshindren i vattendraget behöver åtgärdas genom fiskväg eller utrivning som innebär fungerande upp- och nedströmspassage för fisk och andra organismer förbi damm och kraftverk för att bidra till att uppnå god ekologisk status. Krav på minimitappning behöver införas.

Bolaget har föreslagit att en dom om lagligförklaring och tillstånd förenas med villkor om faunapassage och minimitappning. Syftet är att möjliggöra upp- och nedströmsvandring för fiskar m.m. och överensstämmer med det åtgärdsförslag som anges i VISS. Det innebär att konnektiviteten vid Lilla Harrie kommer att förbättras. Tillståndet bedöms inte leda till någon otillåten försämring av vattenförekomstens ekologiska status.

När det gäller frågan om verksamheten riskerar att äventyra möjligheten att uppnå miljö kvalitetsnormen konstaterar domstolen att begreppet äventyra i sammanhanget bör avse att medvetet ta en så stor risk att den inte kan betraktas som acceptabel när det gäller möjligheten att uppnå rätt vattenkvalitet. Även fall där möjligheten att uppnå rätt vattenkvalitet lämnas åt slumpen omfattas, liksom verksamheter och åtgärder som medför en risk i strid med EU-rätten (jfr prop. 2017/18:243 s. 145 och 193). I detta fall drivs kraftverket som ett strömkraftverk, vilket innebär att flödesförhållandena i huvudsak är desamma nedströms kraftverket som uppströms. Denna omständighet i kombination med den förbättrade konnektiviteten innebär att ansökt verksamhet inte bedöms äventyra möjligheten att uppnå målet god ekologisk status i vattenförekomsten i dess helhet.

För att en vattenverksamhet ska få bedrivas krävs att dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna av den (se 11 kap. 6 § miljöbalken i dess lydelse före den 1 januari 2019). Den samhälls-ekonomiska bedömningen ska baseras på en ekonomisk analys av rimlig omfattning. Något krav på matematisk exakthet i de ekonomiska beräkningarna bör inte uppställas (prop. 1997/98:45, del 2, s. 129). Bolaget har beräknat att värdet av kraftverkets elproduktion överstiger anläggnings- och driftskostnaderna. Vid en samlad bedömning anser Mark- och miljööverdomstolen att verksamheten medför större nytta än kostnad och därför får bedrivas utifrån kravet på samhälls-ekonomisk tillåtlighet.

Mark- och miljööverdomstolen finner att den sökta verksamheten är tillåtlig och att tillstånd kan ges för den.

Eftersom bolagets yrkande om lagligförklaring och tillstånd således kan bifallas är det inte aktuellt att ta ställning till det alternativa yrkandet som grundas på urminnes hävd eller annan sådan rättighet och motparternas avvisningsyrkanden i denna del.

### **Villkor**

#### *Faunapassage*

Bolaget har föreslagit ett villkor om att en ny faunapassage ska anläggas vid dammen som en skadeförebyggande åtgärd. Länsstyrelsen har ifrågasatt den föreslagna faunapassagens funktion.

Det föreligger inget hinder mot att förena en lagligförklaring med villkor om faunapassage. I detta fall bedömer Mark- och miljööverdomstolen dessutom att det funnits en skyldighet att vidta åtgärder för fiskens framkomst enligt den lagstiftning som ligger till grund för lagligförklaringen. Av det skälet ska faunapassagen vara ett villkor för såväl lagligförklaringen som tillståndet. Mark- och miljööverdomstolen anser det dock inte befogat att föreskriva ett sådant funktionsvillkor som länsstyrelsen föreslagit.

När det gäller den föreslagna faunapassagens funktion anser Mark- och miljööverdomstolen att det inte finns skäl att ifrågasätta de lösningar som bolaget har redovisat. Domstolen godtar således den placering och utformning som presenterats, vilket innefattar bl.a. lutningen i omlöpet, liksom det minimiflöde om 500 liter per sekund som alltid ska släppas till fiskvägen. Domstolen noterar dock att lösningen av praktiska skäl inte är detaljprojekterad och att visst utrymme således finns för anpassningar av lutning, utformning av utsteg och insteg m.m. Lutningen ska maximeras till 2 procent i syfte att underlätta passage för svagsimmande arter. Den närmare utformningen bör bestämmas i samråd med länsstyrelsen.

*Intagsgaller och flyktvägar*

Bolaget har föreslagit villkor som innebär att intagsgaller med flyktvägar ska installeras i anslutning till turbinerna. Gallret ska ha en lutning om ca 40 grader och en spaltvidd om 15 millimeter. Det har i målet invänts att lutningen på gallret är för brant och att spaltvidden är för stor.

Med hänsyn till vattenhastigheten vid intagen till turbinerna bedömer Mark- och miljööverdomstolen att det av bolaget föreslagna gallret kan godtas. Detsamma gäller föreslagen utformning av flyktvägarna.

*Övriga villkor*

Mark- och miljööverdomstolen noterar att bolaget åtagit sig att inte driva turbinerna när tillrinningen är lägre än 3,1 kubikmeter per sekund (se bilaga till mark- och miljödomstolens aktbilaga 59). För att säkerställa tappningen i faunapassagen och flyktvägarna bedömer domstolen att åtagandet ska regleras i villkor.

Det har i målet framförts att det finns behov av ett villkor som motverkar korttidsreglering. Domstolen delar den uppfattningen och noterar att bolaget uppgett att kraftverket ska drivas som strömkraftverk utan aktiv reglering.

Havs- och vattenmyndigheten har föreslagit att villkor om bl.a. nödavrödningsystem bör föreskrivas för att förhindra torrlägningsrisk nedströms vid driftsstopp m.m. samt villkor avseende minimiflöde i naturfåran. Domstolen bedömer att behov av system för nödavrödnings inte finns eftersom utbyggnadsvattenföringen är liten och ett eventuellt stopp i turbinerna enbart leder till större avrödnings över överfallsdammen.

Beträffande flödet i naturfåran godtar domstolen att det bestäms av tillrinning och höjden på det lagligförklarade dämnet samt av avledd vattenmängd till turbin och villkorat flöde i faunapassagen.

Sedvanliga villkor om kontrollprogram och försiktighet vid arbetenas utförande föreskrivs.

Mark- och miljööverdomstolen har ingen erinran mot den av sökande yrkade

arbetstiden om fem år.

### **Övriga frågor**

Bolaget har i punkten G) yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva ett villkor i Länsstyrelsen i Skåne läns föreläggande av den 13 mars 2013. Det föreläggandet är inte nu föremål för prövning. Yrkandet ska därför avslås.

### **Rättegångskostnader**

Mark- och miljööverdomstolen finner inte skäl att göra någon annan bedömning än vad mark- och miljödomstolen har gjort beträffande rättegångskostnaderna där. Vad gäller yrkandena om rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen konstaterar domstolen att myndigheterna är tappande parter varför bolaget inte ska förpliktas att betala någon ersättning för deras rättegångskostnader här.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga B

Överklagande senast den 27 november 2019.

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Henrik Löv och Birgitta Bylund Uddenfeldt, tekniska rådet Ingrid Johansson samt hovrättsassessorn Anders Wallin, referent.



VÄXJÖ TINGSRÄTT  
Mark- och miljödomstolen

**DOM**  
2018-03-07  
meddelad i  
Växjö

Mål nr M 2150-15

### SÖKANDE

Lilla Harrie Valskvarn AB

Ombud: CRA och KJ

### SAKEN

Ansökan om lagligförklaring av befintlig vattenkraftsanläggning samt tillstånd till vattenverksamhet vid anläggning på fastigheten A m.fl., Kävlinge kommun

Avrinningsområde: 92 N: 6184026 E: 387182 SWEREF99 TM

---

### DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen avslår ansökan om lagligförklaring av vattenkraftsanläggning på fastigheterna A samt B.

Mark- och miljödomstolen godkänner miljökonsekvensbeskrivningen.

Mark- och miljödomstolen avslår ansökan om tillstånd enligt miljöbalken att bibehålla delar av befintlig vattenkraftsanläggning, genomföra vissa ombyggnader och att bedriva vattenverksamhet genom dämning och avledning av vatten.

Mark- och miljödomstolen ändrar inte den i beslut den 8 juni 2015 fastställda prövningsavgiften om 5 505 kr.

Dok.Id 354371

---

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 81 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-560 100 E-post: mmd.vaxjo@dom.se www.vaxjotingsratt.domstol.se	0470-560 125	måndag – fredag 08:00-16:00

Mark- och miljödomstolen förpliktar Lilla Harrie Valskvarn AB att ersätta Kammarkollegiet för dess rättegångskostnader med 45 973 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen på beloppet från datum för domen till dess betalning sker.

Mark- och miljödomstolen förpliktar Lilla Harrie Valskvarn AB att ersätta Havs- och vattenmyndigheten för dess rättegångskostnader med 8 000 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen på beloppet från datum för domen till dess betalning sker.

Mark- och miljödomstolen förpliktar Lilla Harrie Valskvarn AB att ersätta Länsstyrelsen i Skåne län för dess rättegångskostnader med 27 200 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen på beloppet från datum för domen till dess betalning sker.

---

**TIDIGARE BESLUT**

För befintlig vattenverksamhet saknas tillstånd.

**ANSÖKAN****Yrkande**

Lilla Harrie Valskvarn AB yrkar, såsom bolaget slutlig bestämt sin talan, att mark- och miljödomstolen

1. enligt 17 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken lagligförklarar verksdamm (utifrån den utformning som dammvallen/dammkrönet får efter att sänkning genomförts, alternativt i befintligt skick) samt resterande del av befintlig vattenkraftsanläggning bestående av bl.a. intag/rengaller, utloppskanal, kraftverk med två turbiner, fiskväg i trä från 1990 samt utskov från 2010, alternativt i berörda delar tillstånd att bibehålla delar av befintlig vattenkraftsanläggning på A samt B.
2. lämnar tillstånd enligt 11 kap. miljöbalken till i huvudsaklig överensstämmelse med vad som framgår av denna ansökan
  - a) att bedriva vattenverksamhet vid kraftverksanläggning innebärande rätt att få avleda en vattenmängd om högst 7,5 m<sup>3</sup>/s.,
  - b) att bygga om/sänka dammvall/dammkrön 0,4 m på en sträcka av 40 m samt att i samband därmed bygga om tröskel till utskov från 2010,
  - c) att riva ut fiskväg av trä från 1990,
  - d) att få förändra vattnets djup och läge på sätt som bestäms av anläggningens utformning och nyttjande,
3. fastställer att vattenkraftens tillgodogörande tillkommer A såsom strömfallsfastighet,
4. godkänner upprättad miljökonsekvensbeskrivning,
5. föreskriver villkor i enlighet med nedanstående förslag,
6. fastställer tiden för anmälan av oförutsedd skada till fem år från arbetstidens utgång samt
7. fastställer prövningsavgiften till 5 505 kr.

*Förslag till villkor*

1. Om inte annat anges i villkoren nedan ska verksamheten bedrivas i huvudsaklig överensstämmelse med vad bolaget har uppgett i ansökningshandlingarna och i övrigt har uppgett eller åtagit sig i målet.
2. Såsom villkor till lagligförklaringen av anläggningen ska bolaget anlägga en faunapassage i huvudsaklig överensstämmelse med vad som följer av Swecos rapport, Faunapassage vid Farina kraftverk, Sweco, 29 oktober 2016.
3. Ett lutande fingaller med en lutning om ungefär 40 grader och en högsta fri öppning mellan gallerstavarna om 15 mm ska sättas framför turbinintaget.
4. Entreprenadmaskiner som används vid arbeten i vatten ska använda miljöanpassade hydrauloljor.
5. Arbetstiden ska fastställas till fem år efter det att domen vunnit laga kraft.
6. I faunapassagen ska – i den mån vattenflödet i Kävlingeån medger det – alltid släppas minst 500 l/s.
7. Ett kontrollprogram ska tas fram i samråd med tillsynsmyndigheten och ges in till tillsynsmyndigheten senast två månader innan arbetena påbörjas. Kontrollprogrammet ska omfatta följande.
  - Åtgärder och kontroll för att motverka grumling i samband med att anläggningsarbeten utförs.
  - Beskrivning av skyddsåtgärder som ska vidtas för att förhindra eventuellt läckage av olja eller andra miljöfarliga ämnen.
  - Kontroll av att fastställd tappning i faunapassagen följs.
8. Bolaget ska till tillsynsmyndigheten anmäla eventuella planer på att avsluta hela eller delar av verksamheten.

**Rådighet**

Bolaget är lagfaren ägare till fastigheten A. Del av föreslagen faunapassage går över fastigheten B. Servitutsavtal har ingåtts mellan ägarna till de båda fastigheterna. Bolaget har därmed rådighet över vattnet inom det område där vattenverksamheten bedrivs och där arbeten för skadeförebyggande åtgärder kommer att utföras.

**Hydrologiska uppgifter**

Under perioden 1995-2014 har vattenföringen varierat mellan 1,2 och 139 m<sup>3</sup>/s, medelvattenföringen har under denna period varit 11,2 m<sup>3</sup>/s, medelhögvattenföringen 58,9 m<sup>3</sup>/s och medellågvattenföringen 2,1 m<sup>3</sup>/s.

**Beskrivning av verksamheten**

Anläggningen är ett strömfallskraftverk som består av verksdamm, intag- och rensgaller, kraftverk med två turbiner samt ett gemensamt utlopp från de två turbinerna.

Dämmets höjd över åbotten är ca 2,44 meter vid intaget till turbinerna och kraftverket nyttjar idag en fallhöjd om ca 2,2 meter. Dammen bedöms vara uppbyggd med natursten. Den övre delen av dämnet påbyggdes under 1950-talet. Påbyggnaden är utförd med betong samt natursten. I dammen bedrivs ingen vattennivåreglering och nivåförändringarna är helt betingade av vattenflödet i Kävlingeån. Vid högt vattenflöde sker överrinning av dämnet vilket innebär att fluktuationen kan uppgå till 0,4 meter. Det indämda området sträcker sig upp till Bösamöllan och omfattar ca 2,4 ha.

Kraftverket består av Francisturbiner som installerades 1981/82. Turbinerna har vertikal axeluppställning med generatoreffekten 75 respektive 55 KW. För fullt effektuttag för de två turbinerna uppgår utbyggnadsvattenföringen till 2\*3,75 m<sup>3</sup>/s. De två turbinerna är placerade i varsin sump i turbinbyggnaden. Maximal vattenavledning via turbiner är 7,5 m<sup>3</sup>/s med de två turbinerna i full drift. Kraftverket kan köras på vattenföringar ned mot ca 3 m<sup>3</sup>/s med en turbin i drift.

Ett koniskt sugrör från respektive turbin mynnar i en utloppskanal som är ca 90 m lång innan den ansluter till Kävlingeån. Den befintliga fiskvägen utgörs av ett utskov i dammvallen och fungerar väl för simstarka arter såsom laxfiskar men sämre för mer simsvaga arter.

**Lagligförklaring**

På fastigheten A, Kävlinge kommun, har det bedrivits vattenverksamhet under lång tid och kvarnen i Lilla Harrie har funnits sedan tidigt 1500-tal. Det är troligt att någon form av dämme har etablerats redan på denna tid. Anläggningen har genomgått förändringar i takt med moderniseringar. Turbiner för elproduktion installerades i slutet av 1930-talet och ytterligare en turbin kan ha installerats 1945. Dämmet rustades upp 1981 och samtidigt byggdes kraftstationen om varvid installerades de två Francisturbiner som finns idag.

Varken beträffande den del av anläggningen som uppfördes på 1500-talet eller från tiden för installation av turbiner och ombyggnad av dämme och då 1918-års vattenlag (ÄVL) ägde tillämpning, har det framkommit några uppgifter om att annans intressen har skadats på grund av uppförandet.

Under samrådet har det framkommit uppgifter om att fastighetsägaren till C ansett att ägaren till A tagit viss fallhöjd i anspråk som rätteligen tillhört C. På grund av oklarheten i frågan om fallrättigheter har fastighetsägarna kommit överens om att viss fallhöjd ska återgå till C. Detta kommer att åtgärdas genom att bolaget sänker viss del av den dammvall som upprättades på 1950-talet.

För den ombyggnad som gjordes under 1980-talet i form av ny kraftstation jämte två begagnade turbiner gavs bidrag från Oljeersättningsfonden. Sådant bidrag kan rimligen inte ha lämnats annat än om ombyggnaden tillkommit i laga ordning. Även denna del ska därför lagligförklaras.

Fiskvägar har anlagts i olika omgångar. Under 2010 ersattes en fiskväg i trä av ett utskov i dammvallen efter utformning tillsammans med länsstyrelsen och en fiskevårdsexpert.

**Ombyggnad, planerad faunapassage**

Någon förändring eller ombyggnad av själva kraftverket kommer inte att ske. Bolaget avser även att fortsättningsvis bedriva vattenverksamhet och använda elproduktion från verksamheten till bolagets produktion av spannmål.

1955 höjde dåvarande ägaren dammen med ca 0,4 m då verksamheten vid Bösmöllan lagts ned pga. konkurs. Höjningen har lett till bekymmer med dag- och dräneringsavlopp vid Bösmöllan då dessa mynnar under vattenytan samt minskad fallhöjd och därmed påverkan på möjlig elproduktion. Dammen avses nu sänkas ca 0,4 m på en sträcka av ca 40 meter. Detta kommer även att gynna de simsvaga arternas möjlighet att simma vidare uppåt i ån.

Krönhöjd förblir +11,3 m på de första 20 m sett från kraftverket. Därefter övergår dammvallen till krönnivå +11,0 m längs 90 m och avslutas med krönnivå ca +10,6 m längs de 40 m där dammvallen sänks. Vid MHQ avbördas 37 m<sup>3</sup>/s över den sänkta delen av dammen medan ca 20 m<sup>3</sup>/s avbördas över de 90 m där dammkrönet är +11,0 m. Inget vatten avbördas över den högsta delen närmast kraftverket, eftersom vattennivån är lägre än dammkrönet. Alla höjder är angivna i RH2000.

På sydsidan av Kävlingeån vid Lilla Harrie finns idag ett utskov (ca 15-20 cm djupt) som alltid släpper vatten i sidofåran ("naturfåran") som rinner förbi kvarnen. Vid utskovet har man anlagt en fiskväg som redan idag fungerar för simstarka fiskarter. Botten är fast och består av block och sten samt lite grus. Även vid låg vattenföring rinner det idag vatten i sidofåran. Vid elfiske den 27 augusti 2014 var medeldjupet i fåran ca 30-40 cm. Naturfåran är ca 250 m lång. Den första delen (i fiskvägen) är av forskaraktär medan resterande 220 m är en strömmande biotop. I fåran fanns på delar av sträckan en del säv och sälg.

Faunapassagen placeras där nuvarande fiskväg finns. Denna fungerar redan idag eftersom det finns bl.a. öring i anslutning till fiskvägen. Bolaget avser att anpassa fiskvägen för bättre passerbarhet för simsvaga arter. För att åstadkomma detta krävs att den befintliga fiskvägen planas ut. Detta åstadkoms lättast genom att fylla på

med mer sten och block så att man får en jämnare botten. Härutöver kommer man att anlägga ett nytt utskov med ett djup på 40 cm i dammvallen vid faunapassagen.

En passiv faunapassage följer de naturliga flödesregimerna i vattendraget vilken är viktig för den ekologiska statusen. Vissa flöden är startsignalen för fiskars vandring och andra flöden påverkar olika faser hos småkryp i vattnet.

Fisk lockas av ”bruset” och vattenhastigheten. I huvudfåran finns inga strömmande partier vilket gör att fisk kommer att lockas till passagen. I kvarnrännan kan vattenhastigheten (och vattenmängden) visserligen bli större än i faunapassagen vid vissa tiden på året, men i denna finns inget ”brus” från strömmande partier. Vid högflöde kommer vattenmängden vara större över dammvallen och faunapassagen än vad den är i kvarnrännan. Faunapassagen är dessutom väl tilltagen med en minsta bottenbredd på ca 1 m (inklusive slänter). Ett vattendjup i passagen på 30 cm är tillräckligt för all fisk att passera.

Idag finns vertikala  $\alpha$ -galler. Lutningen på dessa är idag generellt för hög och spaltbredden för bred. En anpassning av de befintliga gallerkonstruktionerna borde vara mest kostnadseffektivt. Vid en väldigt smal spaltbredd ökar risken för igensättning av gallren vilket ger ett ökat rensbehov.

Gallret vid Lilla Harrie kommer att bytas mot ett galler med en spaltbredd på 15 mm. Lutningen kommer pga. dagens konstruktion fortsatt att vara 39°. Denna anpassning av dagens galler kommer att avsevärt minska risken för att fisk tar sig igenom gallret samt ha fortsatt liten risk för fastklämningskador på fisken.

Idag finns det två utlopp vid sidan om intaget och rens gallret, ett till en denilränna i trä och ett till luckor som kan öppnas för att släppa ut överskottsvatten. Idag är denilrännan i trä förfallen och inte i bruk. Man kan använda denilrännans inlopp till en ål- och smoltavledare (flyktväg). I så fall får man anlägga ett rör eller ränna (ca 30 cm i diameter är tillräckligt) där fisken kan ledas ut ner till sidofåran (naturfåran). Om röret är halvfullt med vatten motsvarar detta ca 35 l/s.

**Miljökonsekvensbeskrivning**

I närområdet finns ett antal skyddade områden, Stångby mosse och Stora Harrie mosse. Risker för påverkan på mossarna eller deras influensområde från den aktuella anläggningen bedöms som obefintlig. På åns södersida uppströms Kvarnviks valskvarn finns ett stort fuktområde som utgör ett Natura 2000-område. Området är till stor del beroende av den hydrologiska regim som uppstått i vattendraget till följd av de olika fördämningarna som förekommer. Anläggningen har haft positiva effekter på just detta område.

Elfiske 2013 har visat att det förekommer ål i Kävlingeån. Likaså förekommer den skyddade tjockskaliga målarmusslan i biflöden till Kävlingeån. Genom förbättrade fingaller vid turbinintagen och anläggande av faunapassage förväntas konsekvenserna till följd av anläggningen för dessa arter att minska. Under anläggningstiden kan viss påverkan på vattendraget förekomma i form av grumling och direkt påverkan i vattenmiljön. Påverkan är lokal och högst temporär och väntas inte medföra några ytterligare konsekvenser på lång sikt för någon av arterna.

I omgivningen finns Bråån som är klassad som riksintresse för naturvården. Förekommande dammanläggning kan ha påverkat artsammansättningen av faunan i Bråån. Ingen påtaglig skada uppstår. Den planerade faunapassagen förväntas medföra positiva effekter för riksintresseområdet.

Söder om Kävlingeån finns Lackalänga som är ett riksintresse för kulturmiljön. Den aktuella anläggningen utgör snarast en del av vissa de värden som utgör riksintresset.

Planerade åtgärder i form av faunapassage och fingaller väntas få positiv effekt för mortaliteten nedströms för migrerande fauna, underlätta migrationen uppströms för glasålen, öka den genetiska variationen i de arter som inte migrerar och därmed stärka de populationer som finns i vattendraget.

Konsekvenserna för det rörliga friluftslivet bedöms lokalt som stora, framför allt med avseende på den bristande tillgängligheten som en industrifastighet av naturliga skäl medför. Åtgärder för att minska konsekvenserna för kanotister kan komma att vidtas vid anläggande av ny faunapassage, genom utmärkning av lämpligt ställe att passera fördämningen. De positiva effekterna för fiskfaunan ökar Kävlingeåns attraktion för fritidsfisket. Under anläggningstiden bedöms grumlingen temporärt få stora konsekvenser för fritidsfisket. Även paddling kan komma att försvåras under anläggningsarbetet.

### **Planförhållanden**

Bolagets verksamhetsområde är detaljplanelagt genom detaljplan 1261-P03-183 som vann laga kraft 2003-07-22. Området är avsatt för industri; kvarnverksamhet.

### **Båtnad**

För den sökta vattenverksamheten utnyttjas befintlig vattenanläggning. Medelproduktionen för de två turbinerna ligger runt 475 MWh/år. Om man räknar med 30 års avskrivning och 5 % drift- och underhållskostnader och medelspotveckopris (30,28 öre) för 2017 (region S4) blir det ett överskott om 78 000 kronor.

Med beaktande av att de sökta åtgärderna inte bedöms skada eller på ett oacceptabelt sätt påverka några allmänna eller enskilda intressen står den sökta verksamheten inte i strid med bestämmelserna i 11 kap. 6 § miljöbalken.

### **Skada och ersättning**

I dagsläget beräknas ingen skada uppkomma för någon sakägare. Någon ersättning ska därför inte utgå.

**INKOMNA YTTRANDEN**

Kammarkollegiet yrkar i första hand att ansökan ska avvisas och i andra hand, för det fall domstolen finner att ansökan kan prövas på befintligt underlag, att ansökan ska avslås. Kammarkollegiet anser att miljökonsekvensbeskrivningen inte kan godkännas. Kammarkollegiet yrkar ersättning för rättegångskostnader med 45 973 kr.

Kammarkollegiet uppfattar ansökan som att sökanden yrkar att olika anläggningsdelar ska lagligförklaras med stöd av olika bestämmelser, dock förefaller det som om huvudsakligen 1918 års vattenlag åberopas till stöd för ansökan.

Av åberopade övergångsbestämmelser framgår att *anläggning* (Kammarkollegiets kursivering) kan lagligförklaras. Enligt Kammarkollegiets mening innebär detta att lagligförklaring endast kan ske av hela anläggningen och inte av olika anläggningsdelar separat.

Kollegiet noterar att sökanden fortfarande inte anger enligt vilka bestämmelser sökanden anser att frågan om anläggningens laglighet ska bedömas, jfr 18 § lag (1998:811) om införande av miljöbalken. Enligt nämnda bestämmelse ska frågan om lagligheten av en anläggning som har tillkommit före ikraftträdandet av miljöbalken utan tillstånd enligt 1983 års vattenlag eller motsvarande äldre bestämmelser bedömas enligt de bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst. Tydliga uppgifter om när anläggningen tillkommit och vilka bestämmelser som ska ligga till grund för bedömningen av frågan om anläggningens laglighet saknas. Enligt kollegiets mening är det därför inte möjligt att pröva ansökan i denna del.

Kollegiet noterar även att yrkandet om lagligförklaring bland annat omfattar verksdamm *efter* planerad sänkning av dammkrön samt av utskov från 2010. Kollegiet erinrar därför om att det inte är möjligt att lagligförklara en anläggning

där tillståndspliktiga åtgärder vidtagits efter miljöbalkens ikraftträdande. Utifrån de uppgifter som framgår av ansökan med kompletteringar vidhåller Kammarkollegiet att anläggningen inte kan lagligförklaras.

Såvitt Kammarkollegiet kan utläsa har sökanden nu yrkat, som alternativ till ansökan om lagligförklaring, att mark- och miljödomstolen ska bevilja sökanden ”i berörda delar” tillstånd att bibehålla delar av befintlig vattenkraftsanläggning. Vilka delar som avses framgår inte av ansökan. Enligt kollegiets mening är det således inte möjligt att pröva ansökan utifrån vad som har yrkats i den delen.

Som Kammarkollegiet anfört i tidigare yttranden innehåller ansökan inte något alternativt yrkande om tillstånd i efterhand till uppförande eller ombyggnation av anläggning, trots att anläggningen i vissa delar ändrats/byggt om efter miljöbalkens ikraftträdande.

Ansökan omfattar efter ändring nu bl.a. tillstånd att riva ut dammvall/dammkrön (sänkning om 0,4 m till en längd om 40 m). Såvitt Kammarkollegiet kan utläsa av ansökan med bilagor finns inte någon detaljerad ritning eller beskrivning av dammvallen. Det framgår inte exakt vilken del av dammen som ska rivras ut och inte heller dammvallens utformning efter planerad sänkning. Vidare finns inte heller tillräckligt underlag som visar vilka miljömässiga konsekvenser en sådan sänkning skulle innebära. Kammarkollegiet vidhåller därför vad som tidigare anförts även i denna del.

I ansökan anges att kvarnen Lilla Harrie har funnits sedan tidigt 1500- tal och att det är troligt att någon form av dämme har etablerats redan på denna tid. Vidare anges bl.a. att turbiner för elproduktion installerades i slutet av 1930-talet.

Kammarkollegiet vill här erinra om att kvarnverksamhet inte är att likställa med drift av vattenkraftverk, jfr t.ex. Mark- och miljööverdomstolens dom 2016-02-03 i mål nr M 619-15 och Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2013-06-07 i mål nr M 4219-12. Att det tidigare har bedrivits kvarnverksamhet på platsen

innebär inte heller något bevis för hur länge det på platsen funnits en dammanläggning motsvarande den nu aktuella.

Därutöver kan Kammarkollegiet konstatera att den nuvarande anläggningen innebär ett vandringshinder både för uppströms- och nedströmspassage. Kammarkollegiet vill här erinra om vad som tidigare föreskrevs angående fiskens vandring.

I 1766 års fiskestadga föreskrevs att alla dammar böra förses med nödiga bottenluckor för den upp- och nedgående fisken.

I 1852 års fiskestadga föreskrevs i 2 kap. 11 § att i varje älv, ström, å eller sund skall kungsådra, alla tider på året, på ett sådant djup att all fisk kan komma fram, hållas öppen till en tredjedel av vattnet om en sådan ådra varit och med minst en sjättedel av vattnet där ingen ådra varit men där man fiskar ovanför. I 2 kap. 14 § stadgades att har man någon särskild rättighet för vattenverk eller fiske att stänga vattnet annorlunda, än nu om kungsådra sagt är, njute sådan rättighet till godo; dock att i ty fall alla dammar skola, efter hittills gällande föreskrift, vara försedde med nödiga bottenluckor för den upp- och nedgående fisken. Jfr 1766 års fiskestadga.

I 1880 års vattenrättsförordning fanns villkor om dammluckors öppethållande.

I 8 § i 1900 års fiskeristadga fanns villkor om fingaller med högst 2 cm spaltvidd.

Bestämmelsen i 1880 års vattenrättsförordning överfördes till 1918 års vattenlag (ÄVL) genom 2 kap. 8 § ÄVL som stadgade att den som uppför en byggnad i ett vattendrag där fisken har sin gång är skyldig att utföra och underhålla anordningar för fiskens framkomst och släppa det vatten som krävs för ändamålet. 2 kap. 8 § ÄVL motsvaras idag av 11 kap. 8 § miljöbalken.

Sökanden har bevisbördan för när den aktuella anläggningen har uppförts och att anläggningen vid uppförandet var i lagenligt skick. Enligt Kammarkollegiets mening har sökanden inte inkommit med sådant underlag som motsvarar dessa

krav. Kammarkollegiet kan konstatera att sökanden inte har visat någon rätt till undantag från ovan angivna bestämmelser. Enligt kollegiets mening är den aktuella anläggningen således inte i lagenligt utförande enligt bestämmelserna avseende fiskens möjlighet till upp- respektive nedströmspassage förbi anläggningar. Även mot denna bakgrund anser Kammarkollegiet att lagligförklaring inte kan ske. Kammarkollegiet erinrar om vad som stadgas i 1918 års vattenlag avseende byggande i vatten, 2 kap. 1 § ÄVL, och om vattenanläggning och vattenföretag i 1983 års vattenlag (VL), 1 kap. 3 § VL. Enligt 4 kap. 1 § VL krävs tillstånd för vattenföretag enligt nämnda lag.

Vidare framgår följande av 2 kap. 26 § ÄVL. Har, efter det denna lag trätt i kraft, byggnad i vatten verkställts utan föregående prövning av domstol, vare byggnadens ägare bevisskyldig i avseende å de före byggnadens tillkomst rådande förhållandena i vattnet.

Kammarkollegiet erinrar även om vad som stadgas i miljöbalken. Av 11 kap. 3 § miljöbalken framgår vad som avses med vattenverksamhet. Bl.a. framgår av punkten 1 att med vattenverksamhet avses uppförande, ändring, lagning eller utrivning av en anläggning i ett vattenområde. Dessa åtgärder utgör vattenverksamhet även om arbetena i sig inte sker i vatten, jfr Miljööverdomstolens dom 2010-06-23 i mål nr M 8367-09. Av 11 kap. 4 § miljöbalken framgår att med vattenanläggning avses en anläggning som har tillkommit genom en vattenverksamhet, tillsammans med manöveranordningar som hör till en sådan anläggning. I 16 kap. 10 § miljöbalken stadgas att om en vattenverksamhet har bedrivits utan tillstånd är verksamhetsutövaren bevisskyldig i fråga om de förhållanden som rådde i vattnet innan verksamheten sattes i gång.

Kollegiet erinrar om att miljö kvalitetsnormerna gäller omedelbart, dvs. även vid lagligförklaring av en anläggning. En eventuell lagligförklaring av anläggningen måste därför förenas med villkor med krav på försiktighetsmått motsvarande bästa möjliga teknik. Kollegiet anser att föreslagna villkor avseende lagligförklaringen inte motsvarar kravet på bästa möjliga teknik.

Sökanden har uppgett att de anläggningsdelar som ska laglighetsprövas aldrig har föranlett några klagomål från enskilda samt att det inte har framkommit några omständigheter som tyder på att uppförandet av dessa anläggningsdelar i något avseende har inneburit någon olägenhet för något enskilt eller annat allmänt intresse. Kammarkollegiet vill här erinra om att redan av inkommet samrådsyttrande från Gunvor och Åke Stridh framgår följande. Den påbyggnad av dammen vid Farina som gjordes 1955 medförde en förhöjd vattennivå vid Bösmöllan. Den förhöjda vattennivån medför att dagvatten- och dräneringsavloppen vid Bösmöllan mynnar under vattenytan, vilket medför täta stopp. En fixpunkt enligt 1928 års lantmäterikarta som placerades i strandlinjen befinner sig nu på djupt vatten. Den förhöjda vattennivån utgör ett extra riskmoment för bl.a. den gamla stenbron som riskerar att raderas vid stränga vintrar även Bösmöllans byggnader är i farozonen. Därutöver vill Kammarkollegiet erinra om att någon prövning mot enskilda eller allmänna intressen aldrig har skett.

Vidare vidhåller Kammarkollegiet att då anläggningen inte kan lagligförklaras kan tillstånd till den sökta vattenverksamheten inte heller lämnas. Att meddela tillstånd till ansökt verksamhet när det inte är möjligt att lagligförklara anläggningen skulle inte vara förenligt med miljöbalkens krav på en sammanhållen prövning.

Av aktbilaga 59 framgår vidare bl.a. att i naturfåran, delsträcka 1, har block och sten rensats bort. Kammarkollegiet noterar att ansökan inte omfattar tillstånd i efterhand till vidtagna åtgärder.

Kammarkollegiet ansluter sig till vad länsstyrelsen anfört i sitt yttrande samt till vad Havs- och vattenmyndigheten anfört avseende flöden i faunapassager för upp- och nedströmsvandring samt i naturfåra.

I aktbilaga 59 anges att MLQ vid Högsmölla är 2,0 m<sup>3</sup>/s. Av SMHI:s vattenwebb framgår dock bl.a. att MLQ vid Högsmölla (total stationskorrigerad vattenföring)

för perioden 1981-2010 är 2,24 m<sup>3</sup>/s. Hur sökanden har kommit fram till att MLQ vid Högsmölla skulle vara 2,0 m<sup>3</sup>/s framgår inte.

Vad gäller uppgifterna om vattenhastighet finns inget underlag till styrkande av sökandens uppgifter.

Kammarkollegiet erinrar om att enligt den s.k. Weserdomen är prövningsmyndigheten, dvs. här mark- och miljödomstolen, förhindrad att lagligförklara en anläggning och meddela tillstånd till vattenverksamhet som riskerar att äventyra uppnåendet av miljökvalitetsnormerna för vatten i berörd vattenförekomst.

Sökanden föreslår att som villkor för lagligförklaringen få anlägga en faunapassage i huvudsaklig överensstämmelse med den bilaga som bifogats till aktbilaga 74. Kollegiet vill här erinra om att en förutsättning även för ett eventuellt tillstånd är villkor om väl fungerande faunapassager, såväl uppströms som nedströms förbi anläggningen. Några sådana villkorsförslag har sökanden dock inte presenterat. Kammarkollegiet noterar även att sökanden inte har kompletterat prövningsunderlaget med de uppgifter om exempelvis flöden i faunapassager för upp- och nedströmsvandring samt i naturfåra som bland andra kollegiet och Havs- och vattenmyndigheten efterfrågat. Kammarkollegiet konstaterar således att de brister i prövningsunderlaget som kollegiet påpekat kvarstår.

Beträffande båtnadsberäkningen ansluter kollegiet sig till vad Havs- och vattenmyndigheten och länsstyrelsen anfört i denna del. Därutöver vill Kammarkollegiet anföra följande.

En viktig utgångspunkt vid tillståndsprövningen är att sökanden inte ska ha någon fördel av att anläggningen byggts utan tillstånd. Vid prövningen ska domstolen därför bortse från anläggningens existens, jfr Mark- och miljööverdomstolens dom 2006-11-09 i mål nr M 9983-04. Enligt Kammarkollegiets mening ska därför kostnaden för uppförande, ombyggnation och renovering av alla de byggnationer/anläggningsdelar som utgör väsentliga delar av vattenanläggningens

konstruktion och funktion räknas in i den ekonomiska bedömningen. För att det ska vara möjligt att göra en korrekt bedömning av verksamhetens förenlighet med 11 kap. 6 § miljöbalken måste ansökan således innehålla uppgifter om kostnaderna för uppförande av den befintliga anläggningen, omräknat till dagens penningvärde, kostnaderna för drift och underhåll av den aktuella anläggningen inklusive de nödvändiga skyddsåtgärder som krävs med avseende på gällande miljö kvalitetsnorm, krav på ickeförsämring och på bästa möjliga teknik, dvs. kostnader för anläggande av faunapassager, minimitappning etc. Redovisningen ska omfatta hela anläggningen med samtliga ingående anläggningsdelar. Kammarkollegiet konstaterar att dessa uppgifter saknas.

Kammarkollegiet finner skäl att påpeka att enligt Nord Pools statistik var genomsnittligt börspris i aktuellt elområde (elområde 4) 21,6 öre för kalenderåret 2015 och 28,0 öre för kalenderåret 2016.

Kammarkollegiet anser vidare att det finns oklarheter avseende uppgifterna angående verksamhetens intäkter då det föreligger motstridiga uppgifter avseende nuvarande respektive planerad årsproduktion av el. Enligt kollegiets bedömning går det inte att göra en korrekt samhällsekonomisk bedömning utifrån föreliggande underlag.

Båtnadsberäkningen omfattar endast de företagsekonomiska effekterna av den sökta verksamheten. Det saknas uppgifter om vilka samhällsekonomiska beräkningar som ligger till grund för ansökan. Beräkningen har sådana brister att den inte kan ligga till grund för att göra en adekvat samhällsekonomisk bedömning. Kollegiet anser exempelvis att alla de byggnader som utgör väsentliga delar av anläggningens konstruktion och funktion ska räknas in i den ekonomiska bedömningen. I den mån kostnaden uppstått långt bakåt i tiden bör kostnaden räknas upp så att den motsvarar dagens värde. Således måste den ekonomiska beräkningen kompletteras med uppgifter om kostnader för respektive anläggningsdel. Även kostnaderna för samtliga försiktighetsmått som är en förutsättning för att verksamheten ska vara tillåtlig, exempelvis fungerande passager för upp- och nedströmsvandring, fingaller,

minimitappning (ekologiska flöden) m.m., allt enligt bästa möjliga teknik ska medräknas. Kollegiet noterar att den samhällsekonomiska bedömningen inte innehåller uppgifter om den avgift nätägarna vanligen tar ut av den som vill bli av med sin överskottsel.

Enligt Kammarkollegiets mening är det inte möjligt att göra en korrekt samhällsekonomisk bedömning utifrån de uppgifter och det underlag sökanden presenterat. Exempelvis förefaller det som om sökanden avser att tillgodoräkna sig nyttan av försiktighetsåtgärder i den samhällsekonomiska bedömningen.

Kammarkollegiet vill här påminna om att av praxis, jfr Mark- och miljööverdomstolens dom 2012-05-30 i mål nr M 5795-11, framgår att nyttan av en fiskväg inte ska tillgodoräknas sökanden vid bedömningen enligt 11 kap. 6 § miljöbalken. Däremot ska kostnaden för att anlägga exempelvis fiskvägar, galler och avledningsanordningar beaktas vid den samhällsekonomiska bedömningen. Enligt kollegiets bedömning förefaller det även som om sökanden kraftigt har underskattat kostnaderna avseende nödvändiga försiktighetsmått, liksom kostnader för drift och underhåll, m.m.

Kammarkollegiet anser att sökanden inte har visat att verksamheten är förenlig med den extra tillåtlighetsregel utöver 2 kapitlets bestämmelser som 11 kap. 6 § miljöbalken utgör.

Sökanden uppger att vid samrådet har, på grund av felskrivning, elproduktionen uppgetts vara 408 MWh. Rätteligen skulle 616 MWh angetts. Kammarkollegiet noterar här att sökanden vid samrådet således har lämnat felaktiga och vilseledande uppgifter om elproduktionen vid anläggningen. Kollegiet erinrar om att det är de uppgifter sökanden lämnat i samrådsunderlaget avseende den planerade verksamheten som ligger till grund för de samrådsyttranden som lämnats.

Kammarkollegiet erinrar vidare om vad som föreskrivs i 6 kap. 4 § miljöbalken avseende samråd. Exempelvis framgår följande av bestämmelsens andra stycke. Samrådet ska genomföras i god tid och i behövlig omfattning innan en ansökan om

tillstånd görs och den miljökonsekvensbeskrivning som krävs enligt 1 § upprättas. Samrådet ska avse verksamhetens eller åtgärdens lokalisering, omfattning, utformning och miljöpåverkan samt miljökonsekvensbeskrivningens innehåll och utformning.

Sökanden har således lämnat felaktiga och vilseledande uppgifter i samrådsunderlaget. Kammarkollegiet anser att dessa felaktiga och vilseledande uppgifter bland annat har medfört att samrådsunderlaget inte har visat en rättvisande bild av verksamhetens totala omfattning och miljöpåverkan, Samrådssynpunkter har således lämnats utifrån ett underlag som inte innehållit korrekta uppgifter bland annat i ovan angivna delar. Kammarkollegiet anser därför att sökanden inte har efterkommit vad som föreskrivs i angivna bestämmelse och att det därför föreligger sådana brister redan i samrådsförfarandet att ansökan ska avvisas redan på denna grund.

Efter huvudförhandlingen har Kammarkollegiet kompletterat sitt yttrande med följande:

Utifrån de uppgifter sökanden lämnade vid huvudförhandlingen avseende dammens belägenhet och omfattning vill Kammarkollegiet påpeka att det förefaller som om del av dammen ligger på fastigheten D. Såvitt kollegiet uppfattar handlingarna i målet har sökanden inte rådighet avseende detta område. Kammarkollegiet vidhåller även att sökanden inte har den rådighet som krävs för tillstånd avseende vattenverksamhet på fastigheten Lund B.

Kammarkollegiet vill också tillägga att eftersom sökanden vid huvudförhandlingen ändrade sin ansökan till att också omfatta tillstånd till "att få förändra vattnets djup och läge på sätt som bestäms av anläggningens utformning och nyttjande", dvs. dämning, och att den ansökan som kungjorts vid två tillfällen inte omfattade denna dämning, anser Kammarkollegiet att ansökan borde ha kungjorts på nytt med de yrkanden som nu föreligger.

Kammarkollegiet noterar att ansökan fortfarande inte omfattar några dämmnings- och sänkningsgränser och inte heller tillstånd i efterhand till uppförande av anläggning eller tillstånd i efterhand till dämning.

Vidare vill Kammarkollegiet påpeka att miljökonsekvensbeskrivningen inte innehåller något underlag som visar vilken påverkan på naturförhållandena som följer av dämningen. Enligt kollegiets mening kan sökandens nu inlämnade kompletteringar inte kompensera för de ursprungliga bristerna i prövningsunderlaget. Kammarkollegiet vidhåller därför att miljökonsekvensbeskrivningen inte kan godkännas.

Sökanden har uppgett att dämnet etablerats tidigt 1500-tal och att nuvarande sträckning av dämme över ån etablerats omkring 1591. Enligt kollegiets uppfattning finns inga uppgifter som visar att så är fallet. Vad som kan konstateras är att under denna tidsperiod var de kvarnar som användes vanligen s.k. underfallskvarnar. Detta innebar att det, om det över huvud taget fanns behov av att dämna upp vattendraget, var tillräckligt att dämna del av åfåran för att driva kvarnen.

Som framgår av kartbilder från 1810-talet finns ingen damm på den aktuella platsen (Lilla Harrie) vid denna tidpunkt. Vidare framgår av flygfoto från 1940-talet att den då uppförda dammanläggningen inte sträckte sig över hela åfåran. De uppgifter sökanden lämnat avseende dammens uppförande är således felaktiga.

Kammarkollegiet noterar, som tidigare anförts, att det inte finns något underlag som visar när dammen uppförts. Utifrån sökandens uppgifter om att den första turbinen installerades 1891 vill Kammarkollegiet erinra om att av den då gällande förordningen från 1880 om jordägares rätt över vattnet å hans grund, framgår bl.a. att "En hvar eger att det vatten som å hans grund finnes, sig tillgodogöra".

Bestämmelserna avsåg således jordägare, dvs. fastighetsägare. Någon rätt att anlägga en damm eller del av damm på annan fastighet än den egna fanns inte.

Kammarkollegiet vill här erinra om att någon prövning mot enskilda eller allmänna intressen aldrig har skett.

Sökanden uppger att "Länder där 10 mm galler har installerats, har företrädesvis ett annat mildare klimat än vad Sverige har". Kammarkollegiet vill här erinra om att krav på fingaller med 10 mm spaltvidd bl.a. finns i Danmark. Med beaktande av att den här aktuella anläggningen ligger på samma breddgrad som Köpenhamn anser kollegiet att förhållandena vid denna anläggning rimligen är jämförbara med danska förhållanden. Kammarkollegiet anser därför att det inte finns fog för sökandens invändning i denna del.

Sökanden uppger vidare att "kravisbildning" kan orsaka problem. Kammarkollegiet vill här påpeka att det finns inget i prövningsunderlaget som visar att förutsättningarna för bildande av kravis föreligger vid den här aktuella anläggningen.

Kammarkollegiet ansluter sig till vad Älvräddarna anfört i fråga om vattenhastighet mot galler, strömfallsanalys, indämda områden samt kostnadsökning vid minskad spaltvidd.

Kammarkollegiet ansluter sig till vad Havs- och vattenmyndigheten anfört i fråga om föreslagna villkor avseende avledningsanordning, flöde i naturfåra, anpassning av dämme m.m.

Havs- och vattenmyndigheten yrkar i första hand att ansökan avslås. I andra hand yrkas att eventuella lagligförklaringar och tillstånd förenas med följande villkor.

- Omlöp med ett utflöde på minst 700 l/s vid kraftverkets turbinutlopp ska installeras. Flödet i omlöpet får aldrig under året understiga 700 l/s.
- Fiskanpassade fingaller med flyktöppningar, med ett flöde på sammantaget minst 600 l/s ska installeras. Installeras en betalösning som avleder fisk förbi två kraftverk så räcker det med totalt 600 l/s i flyktöppningen för båda de kraftverken. Flödet ska släppas året runt.
- Nödavbördningssystem ska finnas som förhindrar torrläggningar i vattenmiljöerna vid haverier eller liknande problem med damm och kraftverk. För säkerställande av vatten i naturfåror kan håll anordnas i skiborden.

- I naturfårorna ska lägsta flödet motsvara naturlig medellågvattenföring. För de fall att tillrinningen är lägre så ska tillrinningen framläppas. I intaget till naturfårorna ska fiskpassager för uppströmsvandring anordnas. Det ska också vidtas åtgärder för att nedströmsvandrande fisk inte skadas när de faller över skiborden. Fördelning av flödet mellan naturfårornas olika intagsdelar, fiskvägar, omlöp och kraftverken ska ske i samråd med tillsynsmyndigheten, genom framtagande av tappningsplaner som ska godtas av tillsynsmyndigheten.
- Slutlig utformning av fiskpassager ska godtas av tillsynsmyndigheten.
- Kontroll- och uppföljningsprogram för både byggnation och drift ska tas fram och godkännas av tillsynsmyndigheten.

Havs- och vattenmyndigheten yrkar vidare ersättning för rättegångskostnader med 8 000 kr exkl moms.

Myndigheten anför i huvudsak följande. Sammantaget anser Havs- och vattenmyndigheten att det inte är visat att verksamheterna lever upp till kraven i 11 kap. 6 § miljöbalken. Det framgår exempelvis inte av beräkningarna hur avsättningen av vatten för naturfårar och fiskpassager påverkat bedömningarna av årlig elproduktion. Havs- och vattenmyndigheten bedömer också att kostnaderna för faunavägar och fiskgaller är underskattade. Det finns inte heller några kostnadsposter för fiskavledningsanordningarna. Samtidigt skulle dammarna och kraftverken försämra de ekologiska förutsättningarna i ett av väst- och sydkustens viktigaste vattendrag för havsöringen och i ett ekologiskt särskilt känsligt vattendrag av vikt för den akut hotade ålen. Fördelarna ur allmän och enskild synpunkt bedöms utifrån befintliga underlag därför inte överväga kostnaderna, skadorna och olägenheterna. Ansökan ska därmed avslås.

Myndigheten åberopar domar vid Växjö tingsrätt i mål nr M 4315-13 samt Svea hovrätt i mål nr M 2227-12.

Det är positivt att sökandens konsult nyttjar de vetenskapliga underlag som finns gällande bästa möjliga teknik med avseende på fiskpassager (bl.a. Havs- och

vattenmyndighetens rapport 2013:14). Generellt så föreslås dock alltför lite vatten till avledningsanordningarna för att skapa goda förutsättningar för större fisk (exempelvis kelten) att säkert vandra nedströms förbi kraftverken. Den enda nedströmslösning som Havs- och vattenmyndigheten känner till med vetenskapligt dokumenterad god passageeffektivitet för kelt är den betalösning som installerats vid i Hertings kraftverk i Ätran. I den avledningsanordningen går det normalt 600 l/s. Möjligen kan det föreslagna omlöpet vid Lilla Harrie, vars intag ligger relativt nära gallret, fungera för nedströmsvandring av större fisk, men detta behöver bedömas och beskrivas noggrannare innan myndigheten kan ta slutlig ställning kring det.

I övrigt så bör avledningsanordningarna totalt ha ett flöde på minst 600 l/s. Betalösningar bör eftersträvas. En betalösning skulle då kunna leda fisken förbi båda kraftverken på samma gång. För det fall att betalösningar ändå villkoras så kan det, inom ramen för egenkontrollen, testas huruvida en större andel bör gå i en av de två föreslagna flyktöppningarna eller om det bör vara 300 l/s i respektive flyktöppning.

Myndigheten bedömer att förslaget på fiskpassager gällande Lilla Harrie har relativt goda förutsättningar att medföra väl fungerande fiskpassager upp- och nedströms.

Havs- och vattenmyndigheten beklagar att inga noggrannare provtappningar och bedömningar gällande flöden i naturfåror utförts. Myndigheten anser att utgångspunkten bör vara att en minimitappning om medellågvattenföring i naturfåran villkoras och att någon form av fiskpassage villkoras för intaget till naturfåran. Att medellågvattenföring i naturfåror är en rimlig basnivå framgår av Mark- och miljööverdomstolens dom gällande Valtorps kvarn (M 2227-12).

Miljö kvalitetsnormerna ska tillämpas i nu aktuella målet. Av 6 § lagen om införande av miljöbalken framgår att bestämmelserna om miljö kvalitetsnormer ska tillämpas omedelbart. Ett annat synsätt skulle vara uppenbart i strid med de krav som följer av vattendirektivet, vilka nu förtydligats genom Weserdomen.

Av Weserdomen följer att alla åtgärder som behövs för att nå god status/potential ska genomföras. Skyldigheten att förebygga försämring är bindande i varje skede av genomförandet av direktivet. En prövningsmyndighet är således, om inte undantag meddelats, skyldig att inte lämna tillstånd alternativt ställa sådana krav att verksamheten inte riskerar att orsaka försämring eller äventyra uppnåendet av god status/potential.

Att miljöbalken ska tolkas direktivskonformt och i ljuset av Weserdomen har nu bekräftats av Mark- och miljööverdomstolen i två avgöranden (se dom gällande Näckån 2016-09-15 i mål nr M 6574-15 samt Värö bruk 2016-08-30 i mål nr M 8984-15).

De i andrahandsyrkandet yrkade skyddsvillkoren bedöms vara en lägsta nivå för att miljö kvalitetsnormerna ska kunna följas. En lägre ambitionsnivå skulle stå i strid med ickeförsämringskravet, de allmänna hänsynsreglerna och kraven att tillräckliga skyddsvillkor ska fastställas för att miljö kvalitetsnormerna ska kunna följas.

Nödluckor för avbördning av vatten vid haverier är en viktig åtgärd. Det bör säkerställas en stor hänsyn till berörda naturvärden. Visserligen rör det sig om strömfallskraftverk. Flödet regleras dock i viss mån så tillvida att vatten avleds i olika mån från naturfåror med olika andelar av vattnet under olika flödesförhållanden. Beroende på vattennivån i dammen så kan ett plötsligt turbinhaveri, till dess att dammen fyllts upp till brädden, innebära ett kraftigt minskat flöde i vattendraget. Genom en automatisk styr- och reglerutrustning kan dels en mjuk ökning och sänkning av flödena i naturfåran och ån uppnås, dels kan flödet momentant släppas förbi kraftverket vid haveri för att undvika tillfälliga kraftiga flödesminskningar och torrläggningar i ån. Ska detta ske genom fasta överfall och manuella luckor finns risk för att den mänskliga faktorn spelar in och missöden inträffar. Manuella luckmanövreringar är inte i linje med dagens kunskap om bästa möjliga teknik. Havs- och vattenmyndigheten vill i detta sammanhang

hänvisa till rapporten "Vattenregleringsteknik för en mer ekologiskt anpassad vattenreglering" (Marelius F och Jonsson B 2015).

Havs- och vattenmyndigheten vill framhålla det positiva i att sökanden på ett systematiskt sätt, särskilt genom tabell i kapitel 2 i aktbilagor 36, beskrivit påverkan på de hydromorfologiska och övriga kvalitetsfaktorerna. Sett strikt till bedömningsgrunderna i HVMFS 2013:19 ställer sig dock Havs- och vattenmyndigheten tveksam till beskrivningen av påverkan på hydrologisk regim och kontinuitet/konnektivitet. I det förstnämnda fallet framhålls att ingen vattenreglering sker. Utifrån nollalternativet, att den gamla dammen finns och viss småskalig kvarnverksamhet bedrevs, bedöms dock mer vatten avledas från naturfåran som utgör den egentliga åfåran. Exakt hur den hydrologiska regimen påverkas kräver att man beskriver skillnaden mellan kvarndriften och den nu sökta elproduktionen. När det gäller konnektivitet så beror förändringen på hur passerbar dammen varit med de eventuella anpassningar som funnits för fisken. Troligtvis sker dock en förbättring gentemot referensförhållandet med avseende på uppströms vandring, Däremot är det tveksamt om en förbättring sker med avseende på nedströms vandring. Detta då den troligen sparsamma kvarndriften innebär att mycket vatten ofta spilldes över dammen och fisk lätt kunde passera över dammen då allt vatten gick där. En bättre beskrivning av denna förändring är nödvändig. Särskilt när sökande föreslår nedströmslösningar som inte är i linje med dagens kunskap om bästa möjliga teknik.

Havs- och vattenmyndigheten anser, för det fall domstolen avser ge tillstånd till elproduktionen, att villkoret om att en väl fungerande faunapassage ska installeras, ska kopplas till både lagligförklaring och tillstånd.

Havs- och vattenmyndigheten konstaterar att de slutliga yrkandena inte är i linje med rekommendationerna från anlita konsult. Enligt konsulten rekommenderas ett minsta flöde på 0,7 m<sup>3</sup>/s i omlöpet varav, såsom myndigheten uppfattar det, 0,2 m<sup>3</sup>/s kommer från en avledningsanordning för nedströmsvandrande fisk.

Det enda av sökanden föreslagna villkoret gällande minimitappning är en minimitappning på 0,5 m<sup>3</sup>/s i omlöpet. Inget yrkande om villkor gällande avledningsanordning, flöde i den eller i naturfåran går att finna. Ett flöde i naturfåran i nivå med medellågvattenföring skulle kunna säkerställa dels att strömsträckorna fungerar bra för fiskproduktion och bottenfauna. Detta samtidigt som det inte nämnvärt skulle försvåra uppströmsvandringen. Det skulle också minska risken för att de nedre delarna av naturfåran växer igen än mer med vass och annan vandringshinderande vegetation.

Sökanden har inte bemött den delen av myndighetens andrahandsyrkande, om ett villkor att minst 0,6 m<sup>3</sup>/s ska tappas i fiskavledningsanordningen för att även stor fisk på ett säkert sätt ska kunna ledas förbi kraftverket nedströms.

Energimyndigheten anser att ansökan bör avvisas då det saknas tillräckligt underlag i ansökan och att det, tillsammans med brister i miljökonsekvensbeskrivningen, gör att det inte är möjligt att bedöma densamma. Myndigheten framhåller särskilt att det saknas ett utvecklat resonemang kring nollalternativet och en samhällsekonomisk bedömning, samt att samhällsnyttan av det i ansökan redovisade tillskottet av förnybar energi tydligare bör vägas mot de naturvärden som kan skadas. Energimyndigheten ansluter sig till vad Länsstyrelsen i Skåne län, Kammarkollegiet och Havs- och vattenmyndigheten anfört.

Länsstyrelsen i Skåne län yrkar att mark- och miljödomstolen ska avslå ansökan om tillstånd till vattenavledning för turbindrift. Vidare ska inte miljökonsekvensbeskrivningen godkännas. Länsstyrelsen yrkar dessutom ersättning för rättegångskostnader med 27 200 kr exkl. moms.

I fråga om lagligförklaring yrkar länsstyrelsen följande: Om tillståndsansökan avslås enligt länsstyrelsens förstahandsyrkande ovan, men dammvallen lagligförklaras, ska domen för lagligförklaringen kombineras med villkor som säkerställer passage även för simsvaga arter, antingen genom omlöp eller genom öppning i dammvallen. Utformningen ska först godkännas av tillsynsmyndigheten.

Åtgärden med passage ska vara färdigställd senast två år efter att lagligförklaringen vinner laga kraft.

Länsstyrelsen anför i huvudsak följande. Kävlingeån har höga biologiska värden, vilket motiverat teknikval som motsvarar bästa möjliga teknik (BMT). I frågor om flöden för passerbarhet i naturfåran och flödet i flyktöppningarna motsvarar ansökan, trots kompletteringar, fortfarande inte fullt ut vad som kan krävas för tillåtlighet enligt 2 kap. miljöbalken. Även båtnadsberäkningen enligt 11 kap. 6 § har stora brister. Ansökan om tillstånd till turbindrift ska därför avslås. Med ytterligare flöde till naturfåran och flyktöppningarna hamnar dock de tekniska lösningarna enligt länsstyrelsens bedömning så nära BAT man kan komma. Det krävs dock en justerad båtnadsberäkning som ska vara trovärdig.

Enligt ny vägledning från Havs- och vattenmyndigheten gäller den så kallade Weserdomen även för lagligförklaring.

Om dammen lagligförklaras innebär det att vattenverksamhet i form av dämningverksamhet blir tillåten för all överskådlig tid. Alla återstående möjliga åtgärder som behövs för att uppnå god ekologisk status måste dock vidtas. Krav på återskapande av den tidigare strömvattenmiljön kan inte ställas i och med lagligförklaring men passerbarheten förbi dämnet måste garanteras för all vattenburen fauna i ån.

Den främsta anledningen till länsstyrelsens avslagsyrkande är den svaga båtnaden. I stora delar har kompletteringarna gjort den tekniska beskrivningen betydligt tydligare och i sak har stora justeringar gjorts i fråga om utformningen av omlöp med mera. Faunapassagens utformning kan nu till stor del godtas.

Länsstyrelsen påminner dock om att ansökan avser bland annat nyprövning av vattenkraftsdrift i ett nationellt särskilt värdefullt vattendrag och det ska ske vid en anläggning där reglerförmåga saknas och även elproduktionen har försumbart samhällsintresse. Givetvis måste då först och främst naturfåran samt faunapassagen och flyktöppningarna tillförsäkras ett tillräckligt stort flöde. Blir det något över kan

det eventuellt avledas för turbinerna om även andra omständigheter är uppfyllda. Ett miniflöde i naturfåran som motsvarar MLQ måste vara utgångspunkten. Detta ligger inte alltför långt från vad sökanden åtagit sig.

Beträffande uppströmspassagen undrar länsstyrelsen hur simsvaga arter som tagit sig upp i passagen klarar utsteget alldeles intill gallret. Finns det en risk att de omedelbart efter avklarad stigning hamnar i avledningsanordningen och åker tillbaka ner? Det bör utredas om en mindre justering av utsteget kan ske för att minska denna risk.

Bästa möjliga teknik för nedströmspassage avser låglutande fiskanpassat fingaller med lutning  $\leq 35^\circ$  mot horisontalplanet (Hav 2013). Länsstyrelsen anser att det ska gälla, då låg lutning medför att fisken leds mot ytan till flyktöppning vilket är viktigt för att fiskens förbipassage inte ska fördröjas. Skillnaden mellan 35 och 39 grader kan dock enligt länsstyrelsen inte motivera stora ombyggnader om vattenhastigheten är låg. Vattenhastigheten redovisas summariskt så det är svårt att förstå var i vattenvolymen den angivna siffran gäller.

Flödet är begränsat till 100 l/s och flyktöppning. Det har inte motiverats varför detta flöde har valts och bolaget har inte visat att full funktion nås med detta flöde. Enligt länsstyrelsen kan det vara för lågt för att fungera tillfredsställande för framför allt större fisk. Ett högre flöde kan villkoras till ett specifikt värde på ständigt flöde eller också villkoras genom funktionalitetskrav. Det sistnämnda kan vara aktuellt med hänvisning till att faunapassagens utsteg är placerat mycket nära gallret och eventuellt kommer större fisk kunna välja faunapassagen för nedvandring.

Nödluckor och reglering är enligt bolaget inte nödvändigt. Enligt länsstyrelsen är detta en brist eftersom det vid turbinstart kommer ske en reglering med förhållandevis stor och hastig flödesminskning i naturfåran. Med ett ständigt högre flöde i naturfåran, i storleksordningen av MLQ, blir flödesminskningen vid turbinstart mindre betydande.

De åtaganden som sökanden presenterat som skadeförebyggande åtgärder är långt ifrån tillräckliga för att tillgodose behovet för de aktuella naturvärdena. Ansökan och MKB är inte tydlig med de föreslagna åtgärdernas direkta och indirekta effekter för de kulturhistoriska värdena. Det framgår inte heller vilka faktiska åtaganden sökanden gjort för att skydda och vårda dessa miljöer. Länsstyrelsen kan konstatera att faunapassager, flyktöppningar och andra liknande anpassningar generellt sett inte står i konflikt med kulturmiljöintresset och det gäller även i förevarande fall. Därför behövs här ingen avvägning mellan miljöbalkens krav på miljömässigt motiverade skyddsåtgärder (i enlighet med BMT) och tillståndsfrågans eventuella konflikt med värden för kulturmiljö.

Den ekonomiska kalkylen är ofullständig och ger inte en bild av de faktiska kostnaderna. Byggnadsarbeten har getts en avskrivningstid på 60 år. Att ge faunapassagen en avskrivningstid på 60 år är helt orimligt. Inom vattenförvaltningen (VISS) anges 30 år som livslängd på omlöp (faunapassage). Längre avskrivningstid än 30 år är därmed inte aktuellt enligt länsstyrelsens bedömning.

Fiskavledningsanordningen tycks inte ha specificerats med någon kostnadspost. I underhållskostnaderna måste först och främst daglig tillsyn ingå och även om det bara handlar om kortast tänkbara tillsyn per anläggningsdel måste det likväl kontrolleras att gallret, flyktvägar samt faunapassagens utsteg inte är igensatta med växtdelar, skräp, döda djur och annan bråte. En rimlig tidsåtgång för sådan daglig rond borde vara ca 5 minuter. Vid varje skräptillfälle ökar tidsåtgången och därtill ska läggas den verkligt kostsamma posten, nämligen att återställa faunapassagen efter eventuella erosionsskador och liknande. De summor som är avsatta för underhåll av galler och faunapassage är så lågt satta att de ungefärligen kommer att täcka avgifterna för tillsynsmyndighetens regelbundna tillsyn. Om bolaget kan visa på båtнад efter ytterligare avdrag för ökat flöde i naturfåran samt en mer realistisk underhållsredovisning i kalkylen har länsstyrelsen inga ytterligare synpunkter avseende 11 kap. 8 § miljöbalken.

Av ansökan om att A ska bli strömsfallsfastighet saknas uppgift om vilken strömsträcka som avses och hur stor andel av denna som ligger inom den föreslagna strömfallsfastigheten. Denna synnerligen enkla utredning torde vara ett minimikrav om man ansöker om att bli strömfallsfastighet.

Länsstyrelsen har i yttrande efter huvudförhandlingen sammanfattat sin inställning enligt följande. Det är orimligt att i båtnadsberäkningar inte räkna marknadsmässiga priser (branschstandard) på arbetstid för underhåll och andra åtgärder. De sammanlagda marknadsmässiga kostnaderna för kraftverken, åtgärder och underhåll har aldrig presenterats. Den obefintliga samhällsekonomiska nyttan med småskalig turbindrift utan reglerbidrag finns beskriven i rapport ER 2016:11 ”Vattenkraftens reglerbidrag och värde i elsystemet” från Energimyndigheten, Svenska kraftnät och Havs- och vattenmyndigheten. I det aktuella målet är det fråga om ett vattendrag som är utpekad i miljömålsarbetet, bland annat på grund av sin potential om exempelvis problemen med konnektivitet kan lösas.

Fiskvägarna har brister. Många frågor om utformningarna har hittills lämnats obesvarade med hänvisning till att de hör till detaljprojekteringen. På grund av omlöpets utsteg alldeles nära gallret finns det en avsevärd risk för att de svagsimmande individer som kämpat sig upp i omlöpet direkt åker ner igen via flyktöppningen. Den illa valda placeringen av utsteget är ett resultat av att bolaget väljer att nyttja befintliga anläggningsdelar och är därmed endast en ekonomisk fråga.

Enligt länsstyrelsen finns inte förutsättningar att meddela tillstånd till turbindrift.

För att vattenförekomsten, där dessa anläggningar ligger, ska kunna följa miljö kvalitetsnormerna, god ekologisk status 2027, är det av mycket stor vikt att väl fungerande vandringsvägar skapas då vandringsbarheten idag är otillfredsställande.

Om tillståndsansökan avslås enligt länsstyrelsens yrkande, men dammvall lagligförklaras, måste dom för lagligförklaringen kombineras med villkor som

säkerställer passage även för simsvaga arter, antingen genom omlöp eller genom öppning i dammvallen. Utformningen ska först godkännas av tillsynsmyndigheten. Åtgärden med passage ska vara färdigställd senast två år efter att lagligförklaringen vinner laga kraft.

Då sökandena ifrågasätter länsstyrelsens rättegångskostnader vill länsstyrelsen påtala följande: Sökanden tog inte till sig länsstyrelsens information vid samrådet, vilket har lett till de efterföljande bristerna i ansökningshandlingarna. Sökanden har vid ett flertal tillfällen behövt komplettera sina handlingar varav ett tillfälle med synnerligen lång kompletteringstid. De flertaliga yttrandena har varit mycket resurskrävande för länsstyrelsen som är en myndighet, med flera olika bevakningsområden. Efter den långa kompletteringstiden förutsatte givetvis länsstyrelsen att huvudförhandlingen skulle vara sista tillfället myndigheten hade möjlighet att föra talan i målen. Därav länsstyrelsens bemanning vid huvudförhandlingen. Den av länsstyrelsen yrkade ersättningen är i själva verket en kraftig underskattning av den faktiska sammanlagda tiden länsstyrelsen haft i målet.

Kävlinge kommun har inget att erinra mot ansökan.

Miljö- och byggnadsnämnden i Kävlinge kommun tillstyrker ansökan. Nämnden yrkar att det föreskrivs villkor att ny och förbättrad faunapassage ska anläggas enligt förslag i bilagan till ansökan. Nämnden förordar ett tidsbegränsat tillstånd som gör det möjligt att utvärdera faunapassagerna efter några år och vid behov vidta ytterligare åtgärder för att underlätta passage förbi anläggningen.

Miljönämnden i Lunds kommun tillstyrker ansökan och anser att miljökonsekvensbeskrivningen kan godkännas.

Lunds kommun, kommunstyrelsen, anser att sökanden måste komplettera ansökan med uppgifter om bättre lösningar för faunapassage, såsom avledningsanordning. MKB:n är bristfällig och behöver kompletteras avseende 0-alternativet och den

samhällsekonomiska kalkylen. Kommunen hänvisar i övrigt till Kävlingeåns vattenråds yttrande.

Kävlingeåns vattenråd anför bl.a. följande.

Djur- och växtlivet har varit tvunget att anpassa sig till de livsmiljöer som dammarna skapat. Dessa livsmiljöer måste betraktas som onaturliga för platsen och inte som ”ett fungerade ekosystem”. En utrivning av dammen skulle vara därför vara positivt. Att den aktuella vattenförekomsten har problem med övergödning är helt irrelevant i sammanhanget.

Den elproduktion som genereras – ca 10 % av vad som produceras i ett modernt medelstort vindkraftverk - kan inte anses uppväga den skada på det stora allmänna intresset som möjligheten till fri fiskvandring i Kävlingeån utgör.

Vattenrådet bedömer att i ansökan redovisade kostnader för anläggning av fiskväg är alltför lågt beräknade vilket gör att förutsättningarna för den ekonomiska kalkylen ändras. Det saknas fortfarande en samhällsekonomisk helhetsbedömning av verksamheten, där kraftproduktion ställs mot värdet av de naturmiljöer och det växt- och djurliv kopplat till strömvattenmiljöer som idag inte finns i Kävlingeån till följd av kraftverkens dämmen.

Fortfarande lyfts de naturmiljöer som skapats av dämmena fram som värdefulla miljöer. Det är dock så att dessa miljöer (som är relativt vanliga i ett regionalt perspektiv) har lågt naturvärde i förhållande till de strömvattenmiljöer (som är mycket ovanliga i ett regionalt perspektiv) som funnits på platsen tidigare och som skulle återskapas vid en utrivning av dämmena.

Vattenrådet uppfattar inte att hela produktionskostnaden per producerad kWh är redovisad i ansökan vilket gör att verksamhetens nettoresultat överskattas. I ett mål rörande kraftproduktion i närliggande och jämförbara Rönne å redovisades vid ansökan till mark- och miljödomstolen en produktionskostnad på 26 öre per kWh, vilket enligt den verksamhetsägaren är branschspecifikt. I fallet med Lilla Harrie

skulle det ge en total produktionskostnad på 123 531 kr per år (0,26 kr \* 475 120 kWh) och ett överskott från försäljning av el (vid det elpris som anges i ansökan på 28 öre/kWh) på 9 502 kr per år (0,02 kr \* 475 120 kWh) istället för redovisade 133 034 kr. Detta leder i så fall till att elproduktionen är en förlustaffär för bolaget eftersom det i ansökan redovisade överskottet på 79 980 kr per år då ska jämföras med produktionskostnaderna på 123 531 kr vilket ger ett nettoresultat på -43 551 kr.

Strömsträckan i naturfåran nedströms dämnet fanns även innan dämnet byggdes. Dämnet har medfört att resterande strömsträckor i området har dämmts över. En återställning av strömvattenmiljöerna, upplåtande av fisket och försäljning av fiskekort skulle kunna ge bättre avkastning för berörda markägare än kraftverkets elproduktion. Med anledning av att detta är det således uppenbart att den sökta vattenverksamheten inte uppfyller kraven i 11 kap. 6 § miljöbalken: *"En vattenverksamhet får bedrivas endast om dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna av den"*, och det torde därför inte råda någon tvekan om att verksamheten inte får bedrivas.

De kompletteringar som kommit in beträffande fiskvägarnas utformning är mestadels bra. Förslagen på fiskvägar samt mängden vatten som ska tappas i dessa och i flyktöppningar är rimliga. För att minska ytterligare skador på fisksamhället i Kävlingeån är det nödvändigt att en eventuell ny fiskväg finns på plats senast två år efter lagakraftvunnen dom.

Som villkor bör föreskrivas att vattenrådet, fiskevårdsområdet och tillsynsmyndigheten ges fritt tillträde till fiskvägen.

Eftersom kvarndammarna inte har någon direkt magasineringskapacitet är sannolikt att, det sediment som vid låg vattenföring ansamlas i kvarndammarna, till stora delar spolats ut vid höga flöden. I ansökan finns det inget konkret redovisat kring sedimenten utan det spekuleras kring mängden sediment och eventuellt innehåll av föroreningar. Om sökanden framför argument kring sediment och deras eventuella innehåll av förorenande ämnen behöver ansökan därför kompletteras, med prover

på sedimentens mäktighet och eventuella innehåll av förorenande ämnen, om detta ska framföras som ett argument mot en eventuell utrivning av dammarna.

Det faktum att lax under hösten 2014 vid högflöden vandrat förbi kvarndämnena och upp i biflödet Bråån och lekt där visar på de höga naturvärden som Kävlingeåns vattensystem trots allt har. Att det är första gången i modern tid som spontan föryngring av lax registreras i Kävlingeåns vattensystem visar också på hur svårt det idag är för fisken att vandra från havet upp i ån för att leka. Att det ändå har hänt visar i sin tur på en stor potential för produktion av lax, både i huvudfåran och i biflödet Bråån.

Det finns många exempel på att utrivning av dammar kan återskapa en mer naturlig hydrologi och högre naturvärden i ett vattendrag. Framför allt i USA har man jobbat mycket med det på senare år och ett bra exempel på en lyckad restaurering är återställningen av Elwha river i nordvästra USA. De farhågor som målas upp i ansökan, att vattendragets hydrologi skulle kunna kollapsa och att de allmänekologiska värdena kraftigt skulle försämrans vid en utrivning av kvarndammarna, måste därför betraktas som kraftigt överdrivna.

Sydvatten anför bl.a. följande. Genom tillståndsdom A 46/1969; AD 69/1957 har Sydvatten rätt att från Vombsjön som årsmedeltal bortleda högst 1 500 l/s samt infiltrera denna mängd vatten i Vombfältet. Tillståndet reglerar även tappningen från Vombsjön. Tappningen till Kävlingeån bestäms således av tillståndet och varierar med årstid och nivåer i sjön. Vid nivåer under dämningens gräns styrs tappningen främst av flödet vid en mätpunkt vid Högsmölla, belägen nedströms det nu aktuella kraftverket.

Det är viktigt att driften av den sökta verksamheten i framtiden inte försvårar för dricksvattenintresset, utan att Sydvatten kan vidta nödvändiga förändringar för att tillgodose detta intresse utan hinder av den ansökta verksamheten.

Sydvatten förutsätter att eventuella framtida förändringar i vattenhushållningen ska accepteras av kraftverksägaren utan krav på ersättning för eventuella förluster i kraftproduktion. Ett åtagande av detta slag är nödvändigt för att Sydvatten ska kunna medge den ansökta verksamheten.

Sportfiskarna anser att ansökan bör avvisas eller avslås, då underlaget uppvisar en rad allvarliga brister. Föreningen anför bl.a. följande.

Sökanden menar att tillståndet för vattenverksamheten inte behöver tidsbegränsas. Vad som framgår av SOU 2013:69 s. 315 ff., tvärtom vad som anförts av sökanden, är att starka miljöskäl talar för en tidsbegränsning av tillstånd vid till exempel vattenuttag, vattenreglering, vattenbortledning och vattenöverledning. Möjligheten att tidsbegränsa ett tillstånd framgår av 16 kap. 2 § första stycket miljöbalken. Enligt Sportfiskarna ska därmed tillstånd alltid tidsbegränsas.

Det saknas uppgift hur nedströmsvandringen ska lösas. Det bör krävas ett vattentapp i avledaren på minst 100-400 l/s, större avledare, mindre spaltbredd mellan intagsgallren och en större lutning på intagsgallren för att undvika klämskador.

Enligt nu gällande praxis innebär bästa möjliga teknik att vatten motsvarande MLQ ska släppas i fiskvandringssvågen. Sökandens yrkande är otillräckligt för alla akvatiska arter förutom möjligen starksimmande arter som havsöring.

Minimitappning anges till 600 l/s i faunapassagerna vid medelflöde i ån (10,7 m<sup>3</sup>/s). Detta utgör endast ca 5 % av medelflödet, Vid lågvattenföring (2 m<sup>3</sup>/s) anges ett flöde på 100 l/s, vilket skulle utgöra ca 5 % av det aktuella flödet. Dessa flöden får anses vara alltför låga för att utgöra effektivt lockvatten. Detta innebär enligt Sportfiskarna såpass minskad funktionalitet på faunapassagerna att kravet på bästa möjliga teknik inte uppfylls.

Ansökan innebär dålig konnektivitet i vattendraget vilket sannolikt försvårar

uppnåendet av god ekologisk status/potential enligt EU:s ramdirektiv för vatten. Sportfiskarna menar att det behövs ordentliga utvandringsmöjligheter, däribland flyktöppningar, för att fisk och smolts nedvandring inte ska fördröjas. Bästa möjliga teknik för avledare/flyktöppning innebär att dessa måste fungera för samtliga nedströmsvandrande fiskarter i det aktuella vattendraget. Vidare ska mängden vatten som tappas i avledare/flyktöppningar kunna anpassas till säsongsvisa förändringar av vattenflöden. Flyktöppningarna ska även placeras direkt i anslutning till fingaller och relativt mycket vatten, 200 - 400 l/s, ska släppas i flyktöppningarna. Ingen av de beskrivna förslagen som sökanden anger för att lösa nedströmsvandringen uppfyller dessa krav.

Det är tveksamt om verksamheten uppfyller båtnadskravet i 11 kap. 6 § miljöbalken. För att sökt verksamhet ska kunna leva upp till miljöbalkens krav på bästa möjliga teknik krävs ett väsentligt större vattentapp i befintliga fiskvandringar, utbyggnad av fiskvandringar där det inte finns, samt betydande ombyggnationer av anläggningen för att säkerställa säker nedvandring för ål och andra fiskarter. Detta kommer betyda att den redan i dagsläget lågt beräknade elproduktionen kommer bli ännu mindre. Vidare kommer det krävas inte oväsentliga investeringskostnader för verksamhetsutövaren. Den båtnadsberäkning som den sökande presenterat efter komplettering tar fortfarande inte tillräckligt hänsyn till de investeringar samt nödvändigt vattentapp i befintliga, och planerade fiskvandringar som behövs för att leva upp till miljöbalkens hänsynsregler.

I den ålförvaltningsplan som Sverige antagit som följd av europeiska ålförordningen namnges explicit Kävlingeån som ett av de tio avrinningsområden som ger störst potentiell effekt i form av ökad blankålsutvandring om alla kraftverk i systemet åtgärdades fullt ut.

Enligt EU-domstolens praxis (mål *C-461/13*) är myndigheter skyldiga att inte ge tillstånd till verksamheter som kan orsaka en försämring av vattenförekomstens underliggande kvalitetsfaktorer, eller när ett uppnående av god ekologisk status eller god ekologisk potential riskerar att försvåras. Möjligheten för upp- och

nedvandring för flertalet i vattendraget förekommande akvatiska arter kommer, om tillstånd ges i enlighet med nuvarande ansökan, möjligtvis förbättras något. En liten förbättring av konnektivitet i vattendraget innebär dock inte god konnektivitet. Även efter redovisade kompletteringar av tillståndsansökan kvarstår fortfarande sådana brister i ansökan att god upp- och nedvandring för flertalet i vattendraget förekommande akvatiska arter inte kommer kunna säkerställas. Då konnektivitetsproblematiken därmed kvarstår, riskerar ett uppnående av god ekologisk status att försvåras. Tillstånd enligt nuvarande utformning av ansökan får enligt Sportfiskarna därmed inte heller ges på denna grund.

Älvräddarna Skåne yrkar att tillstånd till vattenkraftsverksamhet inte ska medges. Sökanden ska omedelbart demontera alla installationer som uppkommit från turbindrift för elproduktion. Tillåtelse för dammen ska inte heller medges och sökanden ska riva dammen, dock med rimlig tidsfrist för slutförandet.

Föreningen anför bl.a. följande.

Kraftverket kan producera el motsvarande årsförbrukningen hos 25 villor. Mark- och miljödomstolen måste ta ställning till om denna ringa produktion motiverar att miljö kvalitetsnormerna försämras.

Den bästa tillgängliga tekniken i Sverige avseende galler är av typen  $\alpha$  med maximal vinkel av  $30^\circ$  och avledare av minst 50 cm höjd och 30 cm bredd som alltid står under vatten. Sökanden anger att en bättre vinkel inte ryms av ekonomiska skäl. Älvräddarna anser att  $39^\circ$  är en oacceptabelt hög vinkel.

Verksamheten kan inte tillåtas om den inte kan bära sina egna kostnader. Ett fingaller utan avdelare kommer istället att öka dödligheten för nedströms vandrande fisk. Dessutom är faunapassagen inte optimalt anlagd, öppningen är långt ifrån turbinintag där huvudelen av flödet kommer att gå, vilket medför att uppehållstiden i dammen ger ökad dödlighet och omvänt uppehållstiden i utloppskanal för uppströmsvandrande fisk kommer också att öka dödligheten. Vattenhastigheten är på tok för hög.

Den ekonomiska sammanställningen är inte relevant. Med BAT som utgångspunkt kommer fingallerinstallationen, med produktionsbortfall i form av vatten i avledaren, minskad produktionskapacitet som eftergift till uppströms Bösmöllan samt faunapassage, sammantagna omöjliggöra en ekonomisk motivering av anläggningen.

Dessutom utgör själva dammen ett problem i Kävlingeån. Stora fallhöjder saknas i slättlandskapet och de få livsmiljöer som erbjuds arter som kräver forskaraktär ligger djupt under dämmen. Dessa livsmiljöer är vitala inte enbart för akvatiskt liv utan även för fauna på landbacken, t.ex. forsärla, strömstare samt dag-, natt- och bäcksländor.

Påståendet att fisk skulle lockas av ”brus” och vattenhastighet från faunapassagen har inte stöd i tidigare observationer. Fisken vandrar mot största flödet och endast ett fåtal hittar långt nedströms vandringshindret belägna fiskvägar. Dessutom ska faunapassagen fungera även för svagsimmande arter, så vattenhastigheten ska hållas därefter.

Älvräddarnas samorganisation (ÄlvS) anför i huvudsak följande.

Bolaget har inte redogjort för rådighet baserat på ägande- eller avtalsrättslig grund utan förefaller mena att rådigheten skulle vara hävdvunnen.

ÄlvS bestrider att sökanden visat på rådighet.

ÄlvS anser att till ansökan bilagd MKB inkl. gjorda kompletteringar framförallt brister i ett väsentligt avseende vad gäller redovisning enligt 6 kap. 7 § p. 2-3 miljöbalken gällande bedömningen av miljöpåverkan från ansökt verksamhet liksom verksamhetens påverkan på miljökvalitetsnormer (MKN).

I Havs- och vattenmyndighetens rapport (2016:30) *Följder av Weserdomen*, anges att EU-domstolen menar att gränsvärdesnormerna för kemisk och ekologisk status ska ha samma rättsverkan (se sid. 11-13). Denna mening delas också av ÄlvS och

innebär att bedömning ska ske enligt 5 kap. 2 § p. 1 miljöbalken och tillämpning enligt 2 kap. 7 § miljöbalken och att det enligt 2 kap. 1 § miljöbalken är sökanden som ska visa att verksamheten inte riskerar leda till en försämring av någon relevant kvalitetsfaktor, tillika inte riskerar att hindra möjligheten att uppnå MKN i tid.

Havs- och vattenmyndigheten menar dock att en sökande inte kan göras ansvarig för att utföra fullständiga klassningar i enlighet med myndighetens författningssamling (se sid. 10). Däremot anser myndigheten "att VU i enlighet med kunskapskravet bör kunna förväntas känna till hur situationen är för vissa kvalitetsfaktorer i berörd recipient för att kunna relatera den egna verksamhetens påverkan på dessa" (se sid. 11).

Krav är således att verksamheten inte äventyrar möjligheten att nå MKN i tid eller riskerar att försämma statusen på kvalitetsfaktornivå och bevisbördan ligger på sökanden. För att möjliggöra prövning i enlighet med ovan anser ÄlvS därmed att det krävs att redovisning av verksamhetens påverkan på samtliga berörda parametrar för underliggande kvalitetsfaktorer till MKN görs för vattenförekomsten eller aktuell delsträcka alternativt intilliggande vattenförekomster beroende av påverkantyp och relevans, så att bedömning av ev. försämring av kvalitetsfaktorer eller möjlighet att uppnå MKN i tid görs på ett vetenskapligt kvalificerat och systematiskt sätt.

Sökanden anger i ab 36, bil. 2, under punkt 2 att:

*I tabell 5 i den ingivna miljökonsekvensbeskrivningen för Farina AB och Kvarnviks Valskvarn respektive tabell 6 för Bösmöllan, sammanfattades sökandens syn på hur verksamheten påverkar vattenförekomsten och dess miljökvalitetsnormer.*

*Hydromorfologiska kvalitetsfaktorer summerades där i en gemensam bedömning.*

*För att ytterligare belysa sökandens uppfattning att verksamheten bidrar positivt till uppsatta normer beskrivs samtliga kvalitetsfaktorer var och en för sig i tabellen nedan. (Understrykningar och markering av ÄlvS.)*

I tabellen till vilken sökanden hänvisar (*Tabell1*) redovisas exempelvis att;

- Konnektivitet - förbättras

- Hydrologisk regim - sökanden hänvisar enbart till att ingen reglering sker
- Morfologiskt tillstånd - förändras inte av sökt verksamhet
- Kontinuitet - förbättras

Till att börja med beskrivs inte påverkan på samtliga berörda parametrar vilket ger att en bedömning av verksamhetens påverkan på kvalitetsfaktorerna inte är möjlig. Av det som redovisas i tabellen kan även tydligt konstateras att sökanden enbart bedömt påverkan från de åtgärder som tillstånd söks för och inte någon miljöpåverkan från ansökt befintlig verksamhet d.v.s. avledning av vatten liksom påverkan från den befintliga anläggningen och uppdämningen av vattendraget.

Ansökan omfattar yrkande om lagligförklaring alternativt tillstånd att bibehålla en anläggning som inte tidigare tillståndsprövats. Bedömningen att Morfologiskt tillstånd *inte förändras av sökt verksamhet* tydliggör att redovisningen av miljöpåverkan inte har samma omfattning som ansökan.

Genom att vid bedömningen inkludera pågående ansökt verksamhet i referensförhållandet så exkluderar sökanden påverkan från den vattenverksamhet som egentligen är vad ansökan avser. Sökanden redovisar således i praktiken ingen miljöpåverkan alls från verksamheten utan enbart inverkan från de skyddsåtgärder och försiktighetsmått som krävs för att minska miljöpåverkan från den sökta verksamheten. Detta utgör en uppenbar absurditet och är även förklaring till sökandens *uppfattning att verksamheten bidrar positivt till uppsatta normer* trots att ansökan avser tillstånd till vattenverksamhet med betydande miljöpåverkan.

Problemet som uppstår är analogt med att i en bedömning mot bestämmelserna 11 kap. 6 § miljöbalken tillskriva verksamheten samhällsnytta genom de skyddsåtgärder som krävs för tillåtligheten, vilket inte är korrekt.

Under punkt 2.2 i ab 36, sträcker sig sökanden till att istället för att beskriva miljöpåverkan av dämningen redovisa nytta som man anser denna bidrar med. Exempelvis;

- *kvarhållning av fosfor och suspenderat material genom sedimentation*
- *kvarhållning/nedbrytning av bekämpningsmedel, metaller och andra potentiellt skadliga ämnen samt bakterier från dagvattenutsläpp, jordbruksmark och olika typer av punktutsläpp*

I vattendraget finns redan samma funktioner i stor utsträckning naturligt i lugnflytande partier och sjöar. Uppdämning av ett av vattendragets få strömmande partier för att skapa ytterligare förutsättningar för sedimentation kan därför inte anses motiverat ur biologiskt perspektiv. Sökandens argumentation är jämförbar med att beskriva miljövärden i en konstgjord sjö som anlagts över en nyckelbiotop genom att tömma en naturlig sjö på vatten, utan att samtidigt även beskriva orsakad miljöpåverkan.

Tydligast exemplifieras det felaktiga referensförhållandet genom sökandens bedömning att kvalitetsfaktorerna Konnektivitet och Kontinuitet skulle *förbättras* av att tillstånd lämnas till bibehållande av kraftverksanläggningen. Vad sökanden ska och anger att man i denna del bedömer är *hur verksamheten påverkar vattenförekomsten*. Verksamheten är att med en damm tvärs över vattendraget dämna och avleda huvuddelen av vattenflödet genom ett kraftverk.

Oavsett funktionsnivå hos de skyddsåtgärder som utförs så kommer Konnektivitet och Kontinuitet över en dammvall och genom en anlagd fiskväg aldrig att kunna bli likvärdiga som vid förhållanden utan påverkan från vattenkraftverket.

Det blir i ab 36 även uppenbart att den bedömning av påverkan på MKN som gjorts inte heller har utförts med för detta nödvändig kompetens. Detta visas exempelvis genom att det för kvalitetsfaktorn Hydrologisk regim endast hänvisas till att ingen vattennivåreglering bedrivs utan att *nivåförändringar är helt betingade av naturliga fluktuationer*.

Hydrologisk regim ska bedömas genom parametrarna Specifik flödesenergi, Volymavvikelse, Flödets förändringstakt och Vattenståndets förändringstakt och den av dessa parametrar som uppvisar sämst status ska vara utslagsgivande för kvalitetsfaktorn. Endast två av de fyra parametrarna för kvalitetsfaktorn anges av

sökanden och inga bedömningar av påverkan från den sökta verksamheten görs på någon av dessa utan sökanden hänvisar enbart till bedömningen för "huvudkvalitetsfaktor". Det är därmed uppenbart att den som står för bedömningarna inte varit införstådd med hur dessa ska utföras liksom att sökanden inte heller har visat på hur ansökt verksamhet påverkar kvalitetsfaktorn.

Gällande just påverkan på Hydrologisk regim kan ÄlvS påpeka att den sökta verksamheten har en påtaglig inverkan på vattnets flödesenergi, både genom att dämningen bromsar upp vattnets rörelse samt att avledningen reducerar flödesenergin nedanför dammen, och sammantaget utgör påverkan en omfattande negativ inverkan lokalt vilket kan påverka de biologiska kvalitetsfaktorerna.

ÄlvS anser att i det fall domstolen godtar en miljöpåverkansbedömning där hela eller delar av den sökta verksamheten inkluderats i referensförhållandet skulle detta felaktigt innebära att en sökande kan vinna stor fördel vid tillåtlighetsbedömningen mot 2 kap. genom att tillståndspliktig verksamhet utförs och tas i drift före de erforderliga prövningarna görs.

ÄlvS bestrider att författarna av MKB:n innehar kompetens för en, på vetenskaplig nivå, systematisk bedömning av verksamhetens påverkan på underliggande parametrar till relevanta kvalitetsfaktorer för MKN på sådant sätt att en tillåtlighetsbedömning, enligt praxis från EU-domstolen och HD genom C-461/13 och NJA 2009:34, är möjlig.

17 § i lagen (1998:811) om införande av miljöbalken (MP) medger möjlighet till prövning av anläggningens laglighet vilket, enligt 18 § MP, ska bedömas enligt de bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst. Lagligförklaring avser enbart utförandet av en befintlig anläggning som helhet och innebär i sig inte något tillstånd att bedriva vattenverksamhet.

Anläggningens laglighet ska således prövas mot den vid utförandet gällande lagstiftningen precis på samma sätt som en prövning av tillstånd enligt nuvarande

lagstiftning. Sökanden ska därmed visa, dels mot vilken lagstiftning prövningen ska göras, dels ha visat på hur anläggningen med nuvarande utförande uppfyller de förutsättningar som krävs enligt bestämmelserna i denna lagstiftning.

Sökanden har i målet inte preciserat mot vilken lagstiftning som anläggningens laglighet ska prövas utan menar, som det får antas, att anläggningen ska lagligförklaras mot både 1983- och 1918 års vattenlag samt äldre bestämmelser. För samtliga anläggningsdelar utom fiskväg i trä anges dock ÄVL medan fiskvägen anges vara uppförd 1990 vilket motsvarar 1983 års vattenlag och krönet på dammvallen anges ha byggts om med utskov 2010 vilket därmed inte medger lagligförklaring utan kräver tillstånd i efterhand till den utförda ändringen.

I miljöbalken har många av reglerna som i tidigare lagstiftning avsåg fiske via praxis istället kommit att gälla fisk och akvatisk fauna. ÄlvS kan dock vidgå att 20 mm spaltvidd kanske inte var att se som ett generellt lagkrav. Dock var detta i början av förra seklet som regel ett av de villkor som oftast förenades med tillstånd för vattenkraftverk. Om mark- och miljödomstolen kommer till slutet att anläggningen lagligförklaras utan att tillstånd meddelas för verksamheten ”vattenkraftsproduktion”, förmodar ÄlvS att vatten inte längre kommer att ledas av genom turbinen varför spaltvidden då även kan ses som av mindre betydelse.

Om endast lagligförklaringen ges bifall får sökanden inte tillstånd till verksamheten och därför måste ett villkor om omlöp ges till lagligförklaringen så att konnektivitet kan uppnås även i det fallet.

Enligt de bestämmelser som gällt i äldre lagstiftning så kan anläggningen inte anses vara i lagligt utförande med mindre än att den är utformad så att den inte utgör ett vandringshinder. De fiskvägar som finns/funnits är enligt sökanden inte fungerande och den försänkning i dammvallen som ska möjliggöra passage från huvudfåran är utförd efter miljöbalkens ikraftträdande. Den måste därför sökas tillstånd för i efterhand och kan inte enligt reglerna om lagligförklaring ingå i en lagligförklaring.

En fungerande faunapassage bör därför vara ett absolut krav som villkor för lagligförklaring.

Sökanden yrkar att verksdammen lagligförklaras enligt nuvarande utformning eller enligt utformning efter att sänkning av dammvallen/dammkrönet genomförts men har inte avseende lagligförklaringen föreslagit några andra villkor gällande anläggningens utformning än det om att *få anlägga en faunapassage i huvudsaklig överrensstämmelse med Bilaga 1*. Detta trots att anläggningen inte heller avseende intagsgallrets utformning, med spaltvidd på 25 mm, efterlever dåvarande bestämmelse enligt Kungliga fiskeristadgan från år 1900 samt att dammbyggnaden är uppförd till en höjd som ej är att anses vara lagligt utfört.

Alternativt till lagligförklaring av anläggningen yrkar sökanden att domstolen meddelar ett separat tillstånd enligt miljöbalken till att bibehålla anläggningsdelar. Bibehållande av en vattenanläggning ska innefattas i tillståndet till den vattenverksamhet som avses bedrivas med anläggningen. För att tillstånd till sådan verksamhet ska kunna lämnas måste dock anläggningen först anses vara lagligt uppförd antingen genom lagligförklaring enligt MP eller genom att tillstånd till uppförandet lämnats enligt miljöbalken i efterhand.

ÄlvS yrkar att domstolen lämnar sökandens yrkande utan bifall i den del som avser tillstånd enligt miljöbalken till att bibehålla anläggningsdelar.

I 11 kap. 3 § punkt 5 miljöbalken anges att en åtgärd som syftar till att ändra vattnets djup och läge är detsamma som en vattenverksamhet. Under punkt 4 anges att en damm är en vattenanläggning vars syfte är att dämna upp eller utestänga vatten, d.v.s., ändra dess djup och läge enligt definitionen på en vattenverksamhet enligt 3 § punkten 5, vilket är tillståndspliktigt enligt 11 kap. 9 § miljöbalken. Ingen av de övriga paragraferna i 11 kap. som medger undantag är för handen. Tvärtom är det uppenbart att ovan definierade vattenverksamhet påverkar åtminstone allmänna intressen, t.ex. försvårande att uppfylla miljökraven i EU:s vattendirektiv, eftersom

dammen påverkar närings- och sedimenttransporter oavsett om fiskväg finns eller ej, och också påverkar konnektivitet mellan åfåra och svämplan.

En lagligförklaring kan återkallas enligt 24 kap. 3 § miljöbalken, se 30 § MP. Återkallelsen kan då ske med grunden att det är uppenbart att anläggningen inte kommer att användas, om t.ex. tillstånd till verksamheten har avslagits, ej tagits i anspråk, eller som i förevarande mål ej sökts.

Alternativt yrkar ÄlvS bifall till lagligförklaring av anläggningen under förutsättning att detta, med hänvisning till 17 § MP, förenas med villkor om att anläggningen ska vara utriven senast tre år sedan dom vunnit laga kraft. Sökanden bör inte ha invändningar mot ett sådant villkor då tillstånd att dämna vattnet inte söks samt genom att ansökan likväl omfattar yrkande om utrivning. ÄlvS anser att närmare villkor gällande åtgärden samt efterbehandling av området kan delegeras till länsstyrelsen.

Nu när sökanden även yrkat tillstånd för dämning menar ÄlvS att ansökan ska avvisas då MKB:n inte på något sätt tagit höjd för denna i sista stund tillkomna vattenverksamhet. Miljökonsekvenserna av dämningen är allmän rätt som hävd inte kan gälla mot.

ÄlvS yrkar att yrkandet om tillstånd till avledning ska avslås med hänvisning till 11 kap. 6 § liksom bestämmelserna i 2 kap. miljöbalken, i enlighet med nedan utveckling.

ÄlvS bestrider att sökanden visat på BMT. Det gäller tappning, utformning av fingaller och flyktvägar.

Sökanden yrkar att mark- och miljödomstolen föreskriver vissa villkor. Villkor som föreslås är bl.a. att en faunapassage ska få anläggas enligt förslag i Bilaga 1 liksom att ett fingaller med högsta spaltvidd 15 mm ska placeras framför intaget med en lutning om ungefär 40°.

Villkor bör istället formuleras som att faunapassage och intagsgaller, som villkor för lagligförklaring samt drift av vattenkraftverket, ska anläggas och bibehållas vid kraftverket i enlighet med angivna specifikationer och med preciserade krav på funktion.

Det villkor som sökanden föreslår rörande minimitappning är långt under MLQ och även under det flödesintervall där faunapassagen sägs ha optimal funktion.

Dessutom innefattar villkoret inte att det krävs att verksamhetsägaren tappar något vatten till huvudfåran eftersom faunapassagen ska läggas nedströms turbinutloppet och till intagskanalen uppströms gallret. Att huvudfåran får en viss mängd vatten måste omfattas av villkor.

Gällande minimitappning anger Havs- och vattenmyndigheten bland de åtgärder som bedöms som viktigast för att uppnå miljö kvalitetsmålen i vattenförvaltningen, att: *”En vattenreglering som innebär att man frekvent eller under längre tid kommer införa en vattenföring kring MW eller lägre kommer med stor sannolikhet leda till påverkan på de akvatiska ekosystemen, men även omkringliggande Landekosystem”*. (Havs- och vattenmyndighetens rapport 2015:26, sid. 22)

Beräkningar av basflödet i svenska vattendrag med statistiska metoder visar att den ofta motsvarar en nivå över medellågvattenföringen. Om det inte finns möjlighet att beräkna basflödet bör utgångspunkten vara medellågvattenföring. (a.a. sid. 23)

Sammantaget är slutsatsen att minimitappning för låga vattenföringar bör aldrig understiga basflödet i vattendraget. I detta fall finns ingen prioritering. Om inte detta värde finns framräknat är medellågvattenföring ett lämpligt riktmärke för att säkerställa en grund för funktionella habitat. (a. a. sid. 24)

Minimitappningen bör alltså aldrig vara mindre än vattendragets basflöde.

Vidare anges basflödet som regel utgöra ett något högre flöde än MLQ och om inget basflöde för vattendraget är framtaget bör man utgå ifrån MLQ och då således lägga sig något över det.

Av dessa anledningar anser ÄlvS att det är fel och i strid med kraven om BMT i 2 kap. 3 § miljöbalken att, som sökanden gör, föreslå villkor på en minimitappning som långt underskrider gällande vägledning från Havs- och vattenmyndigheten. Angiven naturlig MLQ är  $2,24 \text{ m}^3/\text{s}$  och föreslagen faunapassage är konstruerad för optimal funktion mellan  $0,7\text{-}2,4 \text{ m}^3/\text{s}$ . Inga provtappningar eller hydrauliska beräkningar har gjorts för naturfåran utan enbart okulär observation vid den då rådande vattenföringen och vars flödesmängd endast bedömdes visuellt.

ÄlvS anser att sökanden inte visat varför föreslagen minimitappning är att anse som BMT utan yrkar att i det fall tillstånd meddelas ska minimitappning villkoras till minst  $2,5 \text{ m}^3/\text{s}$ , eller hela tillrinningen om den är lägre, fördelat mellan faunapassage och naturfåra.

Nuvarande intagsgaller har en spaltvidd på 25 mm och är monterat med 39 graders vinkel. Avseende vattenhastigheten vid befintligt galler anges olika uppgifter i ansökan. På sid. 23 i Bilaga 1, ab 59 anges hastigheten till 0,3 m/s vid utbyggnadsvattenföringen om  $7,5 \text{ m}^3/\text{s}$ , medan vattenhastigheten bedöms till  $<0,8 \text{ m}^3/\text{s}$  på sid. 9 i tekniskt beskrivning, vilket är en betydande skillnad. Ansökan innefattar att gallret byts mot ett med 15 mm spaltvidd och en flyktöppning i vardera övre hörn om 500 X 500 mm medan sökanden avser behålla nuvarande vinkel på intagsgallret.

ÄlvS framhåller att vad gäller fiskanpassade intagsgaller finns tydlig vägledning från Havs- och vattenmyndigheten vilken anger att BMT utgör spaltvidd på *10-13 mm om man inte kan visa att samma resultat kan uppnås med ett galler med spaltvidd upp till 18 mm*. Gällande vinkeln på intagsgallret anges att: *För bästa funktion ska dock helst vinkeln vara 30°, eftersom kraften parallellt med gallret då*

*blir dubbelt så hög som kraften mot gallret. (Havs- och vattenmyndighetens rapport 2013:14, sid. 30)*

En utformning som ev. kunde motiverat en spaltvidd som är större än angivna 10-13 mm skulle exempelvis varit om vinkeln på gallret hade minskats ytterligare men nu vill sökanden istället behålla en vinkel som är betydligt högre än vad vägledningen anger.

Anledning till den mindre spaltvidden är att gallret fysiskt ska förhindra även mindre fiskar att passera genom gallret: *Vid nedströmspassage skall anpassade låglutande galler, fiskgaller, användas som leder fisken till en eller flera passagemöjligheter. Spaltvidden mellan gallren ska vara sådan att fisken inte passerar, vilket för vissa arter innebär att spaltvidden inte tillåter fysisk passage av fisk, medan det för andra arter räcker att gallret är en beteendemässig barriär. Idealt skall fisken aldrig komma i direkt med gallret utan ledas rätt väg.* (a. a. sid. 6)

Vidare anges även att: *Skall laxfisksmolt fysiskt utestängas med ett fingaller bör spaltvidden inte vara mer än 10 mm (DTU Aqua 2011).* (a. a. sid. 30)

Internationellt kan nämnas att Danmark har en generell högsta tillåtna spaltvidd på 10 mm.

Vattenhastigheten mot det nya gallret uppges öka till 0,35 m/s beroende på att vattennivån kommer sänkas med 0,4 m. ÄlvS kan tillägga att även intagsgallrets tätare spaltvidd ger en ökad vattenhastighet genom öppningarna i gallret liksom en ökad fallförlust vilket ingetdera är önskvärt och det är bl.a. av dessa anledningar som ett fiskanpassat fingaller placeras med en flackare vinkel. Därigenom ökar tvärsnittsarean på spaltöppningarna i gallret så att vattenhastigheten och fallförlusten reduceras vilket dessutom både minskar risken att fiskar skadas mot gallret samt även gör att dessa bättre leds mot flyktvägarna.

Det av Sweco angivna värdet på vattenhastigheten vinkelrätt mot intagsgaller har inte kunnat återskapas vid beräkningar av flödeshastigheten. Från sökandens tekniska beskrivning, A Bauer AB 2015-05-25, och bilagorna 6-8, kan ÄlvS konstatera att det tekniska underlaget inte är tillräckligt.

Eftersom handlingarna i ansökan är bristfälliga avseende ritningar och teknisk specifikation vad gäller intagsgaller, intagskanal liksom turbinsump så har ÄlvS i beräkningarna estimerat bredden på galler-elementen till 10 mm. Tunnare gods har, ur konstruktionssynpunkt, inte bedömts rimligt att använda vid utformningen av intagsgallret.

Vid 1,8 m vattendjup i intagskanalen och med bredden 8,5 m samt en gallervinkel på 39° blir vattenhastigheten vinkelrätt mot gallret 0,52 m/s vid angiven utbyggnadsvattenföring. Till detta kommer sedan att gallrets yta minskas med sammanlagt 0,5 m<sup>2</sup> av de planerade flyktöppningarna vilket minskar den effektiva gallerarean med 0,3 m<sup>2</sup>. Resultatet blir att vattenhastigheten ökar till 0,53 m/s.

ÄlvS vill dock poängtera att dessa teoretiska beräkningar är till sökandens favör och inga av de tekniska oklarheterna gällande intaget ger möjlighet till en lägre vattenhastighet utan tvärtom kommer gallrets öppna yta i praktiken att begränsas ytterligare av exempelvis infästningen mot intagskanalen, rensningsapparat samt tvärstagen i intagsgallret, och om detta sedan skulle ligga an mot skiljeväggen mellan de båda turbinsumparna så kommer den effektiva arean på gallret även att begränsas motsvarande skiljeväggens tvärsnitt.

Vid faktiska förhållanden kommer inte heller flöde och vattenhastighet vara jämnt över hela gallrets yta och likväl eftersom kraftverket nyttjar två turbiner med oklarhet rörande delningen av turbinsumparna har sökanden att visa på vattenhastigheten vid olika driftförhållanden.

Flyktvägen ska enligt sökandens uppgifter konstrueras för att ha ett vattenflöde på sammanlagt 200 l/s vilket motsvarar knappt 2,7 % av utbyggnadsvattenföringen. Havs- och vattenmyndigheten anger i vägledning om BMT att:

*Flyktöppningens, och därmed hela åtgärdens, funktion är beroende av den mängd vatten som tappas i förbipassagen. Enkelt uttryckt, kan man säga att ju mer vatten som tappas genom förbipassagen, desto större sannolikhet att den funkar väl. För att ha möjlighet att i efterhand anpassa flödet till de arter som förekommer och till den plats där åtgärden uppförts, är det en god idé att överdimensionera passagens slukförmåga. I Frankrike rekommenderas t.ex. att 2-10 % av kraftverkets slukförmåga ska tappas genom nedströmspassagen, men man poängterar att behovet är platsspecifikt (Larinier & Travade 1999). Motsvarande siffra för USA:s västkust är 5-10 % (Ferguson m.fl. 1998). Ju sämre avledare som installerats, desto mer vatten krävs för en god funktion. Exempelvis räknar man på USA:s östkust med att 2 % av kraftverkets slukförmåga ska tappas genom en flyktöppning vid ett låglutande galler, medan upp till 5 % krävs om galleret/avledaren har en brant lutning (Odeh & Orvis 1998). (Havs- och vattenmyndighetens rapport 2013:14, sid. 52)*

Med hänvisning till försiktighetsprincipen och vad som anges ovan, samt med anledning av gallrets branta vinkel anser ÄlvS att flyktvägen är underdimensionerad. Sökanden föreslår heller inget villkor om flyktväg.

Sökanden framför att produktionen vid bolaget innebär minskade utsläpp av koldioxid genom lokal elproduktion samt att: *Med föreslagna åtgärder innefattande iordningställande av en faunapassage utformad enligt dagens krav, installation av ett nytt fiskgaller samt iordningställande av en fungerande flyktväg, görs bedömningen att naturvärdena tvärtom ökar istället för att minska.*

Det finns ingen direkt koppling mellan bolagets elproduktion och minskad användning av fossila bränslen. Genom marknadens behov och efterfrågan samt EU:s system med handel på utsläppsrätter så köps utsläppsrätter, som frigörs från eventuell undanträngning av exempelvis koleldad värmekraft, upp av annan verksamhet som har behov av att släppa ut samma mängd koldioxid.

Att tillskriva verksamheten värde genom de skyddsåtgärder som anläggs är direkt felaktigt när det är miljöpåverkan från ansökt verksamhet som påkallar behovet av dessa åtgärder vilka tillika aldrig heller kan uppnå likvärdig funktion som vid naturliga förhållanden utan vattenkraftverket samt avledning av vatten och dämning. Jfr Mark- och miljööverdomstolens avgörande 2012-05-30 i mål nr M 5795-11.

I förarbetena till miljöbalken (prop. 1997/98:45 del 2 s. 129) motiveras paragrafen med att syftet är att förhindra vattenverksamhet som inte är samhällsekonomiskt motiverad och enligt Bengtsson, Bjällås, Rubensson och Strömberg, Miljöbalken (26 juli 2016, Zeteo) kommentaren till 11 kap. 6 § under rubriken Särskilda förutsättningar för vattenverksamhet anges att: *Den samhällsekonomiska bedömningen bör enligt förarbetena baseras på en ekonomisk analys av rimlig omfattning i alla de fall där en sådan kan utföras. Rörande omfattningen av och det närmare innehållet i den ekonomiska analysen torde det alltid vara möjligt att göra en åtminstone grov ekonomisk uppskattning av anläggningskostnaderna och av de direkta skadorna av verksamheten. Anläggningskostnaderna ska för övrigt ligga till grund för den avgift till staten som ska utgå för mark- och miljödomstolens prövning av vattenverksamheten, se 3 kap. förordningen (1998:940) om avgifter förprövning och tillsyn enligt miljöbalken. I den samhällsekonomiska helhetsbedömningen bör man enligt förarbetena kunna väga in även indirekta, ekonomiska verkningar av verksamheten, den nytta verksamheten kan ha för även annan än företagaren samt eventuella sekundära skador som kan drabba ägaren av skadad egendom. Vad beträffar frågan om de indirekta verkningarna måste man dock starkt betona svårigheterna att uppskatta sådana verkningar i ekonomiska termer. Metoderna för beräkning av sådana indirekta verkningar är ganska outvecklade, varför en betydande försiktighet är påkallad.*

I förarbetena anges vidare att: *Den samhällsekonomiska nyttan är självfallet lättare att beräkna vid produktionsinriktad vattenverksamhet som kraftverk än vid vattenverksamhet som utförs för fiskets förbättrande eller för den allmänna miljö-*

*eller hälsovården. Den senare typen av vattenverksamhet skall kunna medges även om den i strikt ekonomisk mening är förlustbringande.*

Av ovan följer således även att nyttan av verksamheten vid ett vattenkraftverk mäts genom vinst från kraftverkets produktion. Eftersom ifrågavarande kraftverk har liten effekt och obefintlig regleringsförmåga kommer nyttan av sökt verksamhet i första hand gälla den enskildes intresse och inte någon viktig samhällsnytta. Samhällsekonomisk vinst, som inte samtidigt även gagnar företaget ekonomiskt, kan inte heller sammanräknas med lönsamhetsberäkningen ur enskild synpunkt. Positivt utfall krävs för båda aspekterna av bestämmelsen var och en för sig.

Gällande ansökt verksamhets tillåtlighet enligt 11 kap. 6 § miljöbalken ur enskild synpunkt hänvisar sökanden till "Årliga kostnader och intäkter Farina AB - Ekonomisk tillåtlighet av Energikonsult A Bauer AB, Bilaga 2".

Kostnaden för anläggande av föreslagen faunapassage, utgörande ett omlöp över fallhöjden 1,8 m, anges till 450 000 kr vilket motsvarar 250 000 kr per fallmeter. Detta är, relativt sett, ett lägre pris än vad som angavs för det ursprungliga förslaget som endast innefattade en förbättring av den äldre fiskvägen.

ÄlvS har i förslaget på utformningen av omlöp inte noterat att Sweco har presenterat någon prisbild för åtgärden och vill även uppmärksamma att det i båtnadsberäkningen angivna priset endast motsvarar hälften av schablonkostnaden i VISS där kostnaden för anläggande av faunapassage anges till 500 000 kr per fallmeter vilket är ett framtaget genomsnitt av faktiska anläggningskostnader.

ÄlvS anser att sökanden kraftigt har underskattat kostnad för anläggandet av faunapassagen vilket mer troligt kommer kosta det dubbla mot vad som angivits i båtnadsberäkningen.

Sökanden anger kostnaden för byte av intagsgaller till 200 000 kr och motiverar att behålla en lutning på nästan 40° med att det skulle krävas mycket omfattande och

dyra byggnadsåtgärder för att minska gallrets vinkel. Samtidigt anges intagskanalens längd (efter galler) till 14 m och sökanden anger inte närmare hur ett intagsgaller med vinkel på 30° skulle kunna anläggas i enlighet med gällande vägledning om BMT och preciserar heller inte kostnaden för detta.

Nuvarande anläggning är inte tidigare prövad och utformningen på nuvarande intagsgaller uppfyller inte ens regler som gällt sedan år 1900. Mark- och miljödomstolen ska vid prövningen bortse från den nuvarande anläggningens utformning och existens, jfr Mark- och miljööverdomstolens dom 2006-11-09 i mål nr M 9983-04.

I VISS finns schablon även för beräkning av kostnad för anläggande av *teknisk fiskväg för nedströmspassage*, vilket avser låglutande galler med flyktväg. Schablonkostnaden för att anlägga detta vid en slukförmåga på 7,5 m<sup>3</sup>/s beräknas till ca: 500 000 kr.

Enligt ett motivuttalande till 2 kap. 7 § miljöbalken ska bedömningen av vad som är ekonomiskt rimligt utgå från branschförhållanden, inte från den aktuella verksamhetsutövarens betalningsförmåga. (Se Bengtsson m.fl., Miljöbalken (2016-05-26, Zeteo), kommentaren till 2 kap. 7 §).

ÄlvS anser därför att sökanden inte har visat att det skulle vara orimligt att anlägga ett intagsgaller med spaltvidd och vinkel enligt gällande vägledning om BMT.

Sökanden anger i båtadsberäkningen en medelårsproduktion på 475 MWh/år vilken sägs ha framräknats för den lägre fallhöjden på 1,8 m efter sänkning av fördämningen.

Beräknas medelårsproduktion enligt gängse metod utifrån fallhöjd och utbyggnadsvattenföring blir summan ca: 473 MWh/år vilket alltså i det närmaste sammanfaller med vad sökanden räknar med i sin ekonomiska kalkyl. Detta medför

således att sökanden inte har borträknat något produktionsbortfall från minimitappning.

En beräkning av kostnaden för produktionsbortfallet genom schablonberäkning från VISS, åtgärdskategori *Minimitappning/vatten i fiskväg* anpassad till 28 öre/kWh och 1,8 m fallhöjd, ger summan 33 600 kr vid en tappning av 1 m<sup>3</sup>/s vilket dock är långt under MLQ.

Sökanden har inte medtagit någon kostnad för driften av anläggningen och i kalkylen har dessutom årliga kostnader för underhåll enbart medräknats för tillkommande anläggningsdelar och inte för den redan befintliga kraftverksanläggningen. Slår man ut de av sökanden beräknade underhållskostnaderna på angiven medelårsproduktion så motsvarar dessa endast knappt 1,2 öre/kWh.

I en rapport från Sweco Energiguide har konsulten Walter Johansson, på uppdrag av Ludvika kommun, gällande köp av aktier i VB Kraft AB av Vattenfall AB, tagit fram en värdering av de 11 kraftverk och 44 dammar som affären omfattade. Rapporten låg till grund för Ludvika kommunstyrels beslut 2017-02-13 att köpa aktieposten av Vattenfall AB.

På sid. 2 i denna rapport anger konsulten att driftkostnaderna tidigare erfarenhetsmässigt har legat i storleksordningen 15-20 % av bruttointäkten för större anläggningar och något högre på mindre anläggningar. 20 % av en intäkt på 28 öre/kWh motsvarar således en driftskostnad på 5,6 öre/kWh.

I rapporten anges sedan att utöver de rena driftskostnaderna behöver det avsättas medel för framtida återkommande reparationer, underhåll och förnyelsearbeten vilka med stöd av föreliggande erfarenheter tidigare har uppgått till ungefär 1-1,5 ggr egentliga driftskostnaderna, det vill säga betydligt mer än vad sökanden räknar med i sin kalkyl. Detta ger, enligt rapporten, att den totala kostnaden för drift och underhåll, vid större småskaliga vattenkraftverk, kan beräknas till ca: 14 öre/kWh.

Energikommisionen angav nyligen kostnaden för drift och underhåll vid storskalig vattenkraft till generellt 10 öre/kWh och småskalig vattenkraft till mellan 10-20 öre/kWh vilket stämmer väl överens med vad som beräknats ovan.

Gällande den faktiska drift- och underhållskostnaden för VB Kraft anges i rapporten att denna dock ligger betydligt högre än den erfarenhetsmässiga kostnaden. Till detta kan ÄlvS tillägga att Skånska Energi, i mål gällande latent villkor vid tre småskaliga vattenkraftverk i Rönne å, har lämnat mer precisa uppgifter om aktuella drift- och underhållskostnader som motsvarar drygt 26 öre/kWh, "vilket de även anser speglar branschen generellt."

Med anledning av vad som redovisats ovan och med tanke på att kraftverket ifråga absolut är i den mindre kategorin småskalig vattenkraft anser ÄlvS att kostnaden för drift och underhåll måste uppskattas till minst 20 öre/kWh vid lönsamhetsberäkningen i förevarande mål.

Elpriserna skiftar inte bara över säsong utan ner på tim- och dygnsbasis. Så har det varit åtminstone sedan introduktionen av Nord Pool, och det är också syftet med en avreglerad elmarknad med marknadsmässiga priser; elpriset ska reflektera tillgång och efterfrågan på ett så bra sätt som möjligt. Elprisutveckling över längre perioder är svårbedömt, men det allra bästa underlaget som finns att tillgå bör nyttjas. I PM från Energikommisionen, som tidigare refererats till, anges att konsultföretaget Sweco, som av de flesta anses ligga i framkant vad gäller prognoser kring elprisutveckling med hänsyn tagen till omvärldens behov av import och export, till Energikommisionen på uppdrag tagit fram underlag för kostnader inom olika kraftslag i Sverige. I detta underlag framgår enligt Energikommisionen att (sid. 10-16):

- För situationen fram till år 2020 har väder stor påverkan på kortsikt.
- Fram till år 2030 är det fler faktorer som kan påverka priset.

Vidare anges att prisutvecklingen på Nord Pool visar att spotpriset sjunkit med cirka 60 procent de senaste fem åren. Den huvudsakliga förklaringen till elpriserna är de

låga kol- och koldioxidpriserna, där korrelationen mellan elpriser och fossilbränslepriser är mycket stark. ÄlvS vill i det sammanhanget inflika att just de låga koldioxidpriserna är en orsak till att argumentationen att 1 kWh el producerat förnybart i Sverige tränger undan en viss mängd koldioxid är falsk. På grund av de låga priserna för koldioxid och faktumet att det finns alltför många rättigheter på marknaden innebär det att så fort en koldioxidrätt frisläpps genom produktion av förnybar energi i Sverige, köps den av företag som har behov av att släppa ut mer koldioxid.

På sidan 22 i Energikommissionens PM dras slutsatsen att långsiktiga scenarier pekar på fortsatt låga elpriser (under 30 öre per kWh) fram till mitten-slutet av 2020-talet.

I rapporten om VB Kraft anges, bland annat med hänvisning till det underlag Sweco tagit fram till Energikommissionen och som ÄlvS även hänvisar till, att:

*Mot bakgrund av ovan nämnda osäkerhet över det framtida energipriset, är det inte möjligt att i denna värdering åsätta ett på längre sikt hållbart medelvärde av den kraft som produceras i kraftanläggningen, på högre nivå än 28 öre/kWh under året. Nätnyttan kan sägas ingå med 2 öre/kWh.*

I ab 59, bilaga 2 görs en känslighetsanalys utifrån elpriser på mellan 18 - 36 öre/kWh. Bestämmelsen i 11 kap. 6 § miljöbalken utgör en tillåtlighetsregel och för att tillstånd ska kunna beviljas måste förutsättningarna för tillåtlighet vara uppfyllda när tillståndsprövningen görs. Att i känslighetsanalysen även medta elpriser som är betydligt högre än dagens nivå är därför inte relevant. I båtnadsberäkningen räknar sökanden dock på lönsamheten mot 28 öre/kWh vilket är en intäktsnivå som ÄlvS vitsordar.

Sökanden yrkar även tillstånd till åtgärder i form av;

- *Utrivande av dammvall/dammkrön i huvudsaklig överrensstämmelse med Bilaga 1 (sänkning om 0,4 m till en längd om 40 m) samt i samband därmed utförande av ombyggnation av tröskel till utskov från 2010*

- *Utrivande av fiskväg i trä från 1990*

Enligt 11 kap. 19 § miljöbalken ska tillstånd alltid lämnas till utrivning av en vattenanläggning men bestämmelsen medger inte partiell utrivning av en vattenanläggning.

I Miljöbalken - En kommentar av Bertil Bengtsson m.fl. sägs angående 11 kap. 19 § att: "Med utrivning förstås borttagande av en vattenanläggning utan att någon annan sätts i stället."

Fiskvägen utgör ingen vattenanläggning utan är per definition en skyddsåtgärd för vilket tillstånd till ändring av vattenanläggningen krävs vid ett borttagande och yrkandet ska därav lämnas utan bifall.

Dammvallen utgör per definition en vattenanläggning som tillsammans med kraftverket dämmer vattendraget. Domstolen har kungjort sökandens yrkande om utrivning och i redogörelsen för nollalternativet lämnas en översiktlig beskrivning med utgångspunkt från att dämnet helt rivs ut.

I förarbetena (prop. 1997/98:45) anges även att: "*Enligt paragrafen, som motsvarar 14 kap. 1 § vattenlagen, skall tillstånd lämnas till en ansökan om utrivning. Detta innebär givetvis inte att utrivningen får ske på vilket sätt som helst. För utrivningen gäller självfallet balkens mål- och hänsynsregler. Av 2 kap. 3 § följer t.ex. att försiktighetsmått skall vidtas så att skador och olägenheter förebyggs dels vid själva utrivningen och dels för framtiden. Miljödomstolen skall när den lämnar tillstånd till utrivningen meddela villkor om bl.a. återställningsåtgärder.*"

ÄlvS yrkar att damm- och kraftverksbyggnad, utgörande vattenanläggning vilken påverkar vattnets djup och läge, ska rivas ut med hänvisning till 11 kap. 19 § miljöbalken samt vad som redogjorts ovan. Villkor gällande åtgärden samt efterbehandling av området ska delegeras till länsstyrelsen.

ÄlvS framhåller även att varken lagligförklaring av verksdammen, fiskvägen eller tillstånd i efterhand till ändringar gjorda efter miljöbalkens ikraftträdande är nödvändigt vid bifall till yrkandet om utrivning och genom vad som anförts ovan samt att sökanden inte yrkar tillstånd till dämning är det enda rimliga att utrivningen omfattar vattenanläggningen i helhet och sker till naturlig botten.

Sökandebolaget anför i bemötande bl.a. följande. Bolaget har för avsikt att erlagga bygdeavgift, men överlåter åt mark- och miljödomstolen att bestämma avgiftens storlek.

Det är bolagets uppfattning att de skyddsåtgärder som planeras i form av fiskepassage är tillräckliga för att kompensera det eventuella intrång som anläggningen kan medföra. Det saknas därmed anledning att ålägga bolaget att betala fiskeavgift.

Med strömfallsfastighet avses sådan fastighet till vilken rätten att utvinna elproduktion av vatten är knuten. Den fallsträcka som bolaget avser att nyttja i sin verksamhet sträcker sig in både på fastigheten A och fastigheten B.

Lilla Harrie Valskvarn är av uppfattningen att bolaget innehar den rådighet som krävs för att tillstånd enligt 11 kap. miljöbalken ska kunna ges. Det kan vidare konstateras att det utifrån det flygfoto Kammarkollegiet hänvisar till inte går att utläsa några fastighetsgränser. Flygfotot är vidare av mycket dålig kvalitet. Lilla Harrie Valskvarn hänvisar till den redogörelse avseende rådighet som bolaget presenterat vid huvudförhandlingen, d.v.s. äganderätt till fastigheten A samt servitut på fastigheten B.

Den övre delen av dammvallen påbyggdes år 1955. Påbyggnaden består av betong och natursten. Så som följer av ansökan har bolaget, till följd av överenskommelse mellan bolaget och Bösmöllan, för avsikt att sänka dammvallen ca 0,4 meter på en bredd om 40 meter, dvs. delar av den påbyggda delen. Överenskommelsen har sin

grund i att påbyggnaden av dammvallen som skedde år 1955 påstås, av ägare till Bösmöllan, inte ha tillkommit i laga ordning. Kammarkollegiets erinran om att byggnader och bro tillhörande Bösmöllan riskera att rasa är således redan beaktad i ansökan då delar av dammvallen avses att rivas.

Lagligförklaring av dammvallen ska ske utifrån den utformning som dammvallen får efter det att sänkning av dammvallen genomförts. Den del av dammvallen som påstås ha haft effekt för enskild och som därmed eventuellt inte hade kunnat lagligförklaras tas därmed bort. Bolaget har valt att i ansökan framställa ett allmänt hållet yrkande om vattenverksamhet *"att i huvudsaklig överensstämmelse med vad som framgår av denna ansökan"* få bedriva vattenverksamhet på platsen. Vilka åtgärder som avses framgår av ansökan. Sänkningen av dammvallen omfattas således av yrkandet i punkten 2 i ansökan.

Vattenkraftverket i Lilla Harrie är ett s.k. strömkraftverk. Ett strömkraftverk har ingen eller obetydlig aktiv reglering av vattnet i kraftverksdammen. Istället används det vatten som strömmar till kraftverksdammen. Det innebär att det i huvudsak hålls en oförändrad vattennivå till kraftverksdammen. Bolaget varken reglerar, magasinerar eller aktivt modifierar vattennivån. Därför har inget särskilt yrkande om dämpningsgräns eller amplitud framställts. Istället har bolaget åtagit sig att inte, förutom den naturliga fluktuation som förekommer på grund av vattenflöden i Kävlingeån, reglera vattnet i dammen.

Utskovet från år 2010 utformades av Eklövs Fiske och Fiskevård och finansierades av Länsstyrelsen i Skåne län. Utskovet kommer att behöva modifieras något i samband med att dammvallen sänks. Denna åtgärd omfattas av det allmänt hållna yrkandet om vattenverksamhet som tidigare framställts.

Bolaget har ingivit kompletterande ritningar och beskrivningar över anläggningen. Utöver dessa uppgifter har bolaget inte några upplysningar att lämna avseende ursprung och anläggningstidpunkt för de olika delar av den fysiska anläggningen som sökt lagligförklaring omfattar.

Lilla Harrie Valskvarn vill i detta sammanhang nämna att det inte heller på moderna kartor finns inritat något dämme vid Lilla Harrie. Troligen beror detta på att dämmet ändras utifrån flöden och årstid. De kartor från 1800-talet som Kammarkollegiet ingett i målet ska därför inte tillmätas någon betydelse i denna del. Lilla Harrie Valskvarn ber dock mark- och miljödomstolen notera att det på kartan från 1800-talet finns inritat ett kvarnhjul vid Lilla Harrie, vilket styrker att kvarnen vid Lilla Harrie fanns vid denna tidpunkt. Lilla Harrie Valskvarn åberopar även en karta från 1703 av vilken framgår att ett dämme fanns vid Lilla Harrie vid denna tidpunkt. I övrigt hänvisas till de historiska redovisningar som Lilla Harrie Valskvarn redogjort för under ärendets handläggning och vid huvudförhandlingen.

Redan under 1500-talet har det funnits en kvarn på bolagets fastighet. Befintligt dämme har troligen etablerats under denna tid. En påbyggnad av dammen skedde år 1955. En omfattande reovering av dammen gjordes även 1981. Vid samma tillfälle genomfördes även en omfattande reovering av kraftstationen, omfattande bl.a. intag/rengaller och utloppskanal. År 1981/82 installerades två nya francisturbiner. Samtliga nämnda anläggningsdelar ska således prövas enligt ÄVL.

Den befintliga fiskvägen i trä som uppfördes år 1990 ska rivas. Därför yrkas inte lagligförklaring i denna del.

Samtliga de anläggningsdelar som tillkommit före miljöbalkens ikraftträdande bör anses ha tillkommit lagligen.

Tillhör en fallsträcka olika ägare, får enligt 2 kap. 8 § miljöbalken en av dem tillgodogöra sig vattenkraften i hela sträckan, om denna ägare råder över än hälften av kraften på grund av äganderätt eller annan rättighet som gäller mot alla och inte är begränsad till tiden. Frågan är av civilrättslig karaktär.

När det i detta fall är fråga om en fallsträcka som har utnyttjats i flera hundra år utan att några invändningar gjorts kan strömfallsrätten inte rimligen ifrågasättas

civilrättsligt. Ingen annan har under århundradenas lopp gjort anspråk på den av bolaget utnyttjade strömfallsrätten, vilken därmed får betraktas som hävdvunnen. Ytterligare utredning av frågan kan därför inte anses vara påkallad. Bolaget hänvisar till vad Mark- och miljööverdomstolen anför i domskälen i mål nr M 7539-15 och mål nr M 7542-15, dom 2016-04-01.

Bolaget har ingivit en reviderad båtnadsberäkning som visar på nyttoövervikt. Det är bolagets uppfattning att de skyddsåtgärder som föreslås överensstämmer med bästa möjliga teknik. Därför har bolaget också gjort bedömningen att verksamheten inte kommer att medföra någon skada som bör inräknas. Den samhällsekonomiska bedömningen bör enligt förarbetena baseras på en ekonomisk analys av rimlig omfattning i alla de fall där en sådan kan utföras.

Bolaget motsätter sig en tidsbegränsning av tillståndet. Med hänsyn till de investeringar bolaget åtagit sig att genomföra är en tidsbegränsning av tillståndet inte ekonomiskt försvarbart. Vidare ska beaktas samhällets intresse av att investeringar, såsom bl.a. för vattenkraft, verkligen kommer till stånd. En utvärdering av den nya faunapassagen kan ske inom ramen för bolagets egenkontroll.

En eventuell anpassning till ett nytt tappningsmönster för Sydvatten får behandlas inom ramen för den prövning som föregår sådan ändring. En bedömning kan således ske först när Sydvatten konkretiserat vilka justeringar som är påkallade.

Bolaget har kompletterat ansökan med en närmare beskrivning av den planerade faunapassagen för upp- och nedströmsvandring. Den huvudsakliga skillnaden ligger i att faunapassagen nu mynnar i turbinens utlopp i stället för i naturfåran. Detta bedöms underlätta för uppströmsvandrande fisk att hitta passagens insteg under de biologiskt mest aktiva perioderna av året. Genom föreslagen placering nyttjas också de topografiska förhållandena och schaktmassor kan användas för uppbyggnad av delar av stigrännan. Vidare underlättas tillsynen av faunapassagen och vatten från nedströmsavdelningen kan nyttjas som tillskott. Passagen kommer inte heller att

inskränka på naturfårans utbredning, utan kommer tvärt om att tillföra ytterligare 135 m<sup>2</sup> strömvattenmiljö som kan nyttjas av akvatisk flora och fauna.

Lilla Harrie Valskvarn vill framhålla att tappning kommer att ske i enlighet med SWECO:s rekommendation. Som SWECO redogjort för i sin rapport (bilaga 1 till Lilla Harrie Valskvarns yttrande av den 31 oktober 2016) så kommer ett minimiflöde om 0,5 m<sup>3</sup>/s alltid att upprätthållas i faunapassagen och naturfåran, även vid lågflöden. Anordningen för nedströmspassage, som mynnar i faunapassagen, utformas till att leda 0,2 m<sup>3</sup>/s. Detta ger ett totalt minimiflöde i faunapassagen på ca 0,7 m<sup>3</sup>/s året om. Maximal drivvattenföring är 7,5 m<sup>3</sup>/s, vilket betyder att minimitappningen i faunapassagen utgör drygt 9 % av det maximala flödet genom turbinerna.

Att det är denna tappning som Lilla Harrie Valskvarn kommer att upprätthålla har alltså tydligt beskrivits i tidigare ingivna handlingar. Det är korrekt att endast ett villkor föreslagits avseende 0,5 m<sup>3</sup>/s i omlöpet. Lilla Harrie Valskvarn har dock åtagit sig att utforma anordningen för nedströmspassage så att ett flöde om 0,2 m<sup>3</sup>/s bibehålls. Detta åtagande omfattas även av det allmänna villkoret.

I nedströmspassagen kommer befintliga galler ersättas med ett nytt galler med en spaltvidd om 15 mm. Gallrets lutning bibehålls vid 39° eftersom en ombyggnad till ett mer låglutande galler skulle innebära omfattande mark- och betongarbeten för att förlänga befintlig bottenplatta och pelare. Sett till den låga flödes hastigheten mot gallret har det inte bedömts motiverat med så omfattande ombyggnadsarbeten. Det nya gallret kommer att förses med två flyktöppningar, en i vardera hörnet. Öppningarna kommer att göras 500 x 500 mm stora.

En minskning av spaltbredden till 10 mm innebär en kostnadsökning på 30-35 % jämfört med 15 mm. Det bedöms vara betydligt svårare att hålla ett 10 mm galler rent jämfört med ett 15 mm galler. Dessutom ökar riskerna för s.k. iskravning.

Inget behov av nödluckor finns då utbyggnadsvattenföringen är relativt liten och ett eventuellt stopp i turbinerna innebär att mer vatten spills över överfallsdammen med bara en marginellt höjd uppströmsyta som inte leder till negativ påverkan på omgivningen.

Lilla Harrie Valskvarn har i Swecos rapport beskrivit att fiskvägen från år 1990 ska tas bort i samband med anläggande av ny faunapassage samt att dammvall/dammkrön delvis ska sänkas. Avsikten är att fiskvägen från 1990 (som aldrig fungerat) ska ersättas av en ny faunapassage. Borttagandet är endast ett led i arbetet med en ny faunapassage. Vad avser dammvallen kommer denna modifieras/ändras genom att dammvallen sänks. Detta kommer att ske i samband med att övriga åtgärder, däribland när den nya faunapassagen, anläggs. Lilla Harrie Valskvarn har i yrkandet beskrivit dessa åtgärder såsom "utrivning" men det som avses är ombyggnation, vilket också beskrivits i Swecos rapport. Som ett led i ombyggnationen måste dock delar av dammvallen och fiskvägen borttas.

Älvräddarna har anfört att anläggningen inte uppfyller de krav som följer av fiskeristadgan från år 1900 bl.a. vad gäller spaltvidd samt att dammbyggnaden är uppförd till en höjd som inte är att anse som lagligen utförd.

Det ska nämnas att Kungl. Maj:ts Fiskeristadga från 1900 syftade till att reglera rätten till fiske samt ersättning i de fall t.ex. en strandägare fick minskad fiskerätt. Lagstiftningen hade således inte till syfte att skydda fisken i sig, utan utgjorde istället en civilrättslig reglering som skulle gälla olika fastighetsägare emellan. Det kan konstateras att inga synpunkter heller framförts om att Lilla Harrie Valskvarns verksamhet skulle påverka någon civilrättslig rätt till fiske.

Av 17 § 4 st lagen (1998:811) om införande av miljöbalken får en lagligförklaring förenas med villkor. Lilla Harrie Valskvarn har också som villkor för verksamheten föreslagit villkor avseende faunapassage. Detta villkor kan naturligtvis föreskrivas för verksamheten även om enbart yrkandet om lagligförklaring bifalls.

Sammantaget får anläggningsdelarna, för vilka yrkande om lagligförklaring framställts, anses vara lagligen uppförda.

Kammarkollegiet har anfört att Lilla Harrie Valskvarn lämnat felaktiga och vilseledande uppgifter om elproduktionen i samrådsunderlaget. Enligt Kammarkollegiet har Lilla Harrie Valskvarn inte efterkommit vad som föreskrivs i 6 kap. 4 § miljöbalken. Ansökan ska därmed enligt Kammarkollegiet avvisas på grund av formell brist.

Så som anförts tidigare beror de felaktiga uppgifterna på en felskrivning. Att Lilla Harrie Valskvarn medvetet skulle lämna vilseledande uppgifter tillbakavisas därmed bestämt. Härtill kan nämnas att det ofta förekommer situationer i samrådsskedet där detaljer om en anläggning inte är klarlagda. Uppgifter kan också komma att justeras i ett senare skede. Det är Lilla Harrie Valskvarns uppfattning att samrådet skett i enlighet med gällande lag samt att de formella kraven på samrådet därmed är uppfyllda.

Det är Lilla Harrie Valskvarns uppfattning att Kammarkollegiets yrkande om rättegångskostnader är oskäligt. Det kan konstateras att Kammarkollegiet upparbetat nästan dubbelt så mycket tid som länsstyrelsen. Vid jämförelse av upparbetad tid ska noteras att Kammarkollegiet företräts av en person medan länsstyrelsen företräts av tre personer som samtliga haft att bevaka skilda intressen. Härtill kan konstateras att Kammarkollegiet fört en aggressiv processföring. Det kan till och med ifrågasättas om samtliga frågor som Kammarkollegiets drivit verkligen ligger inom det uppdrag Kammarkollegiet har att följa. Kammarkollegiets processföring har lett till att Lilla Harrie Valskvarns ombud och konsulter tvingats lägga ner mycket arbete för att bemöta dessa, vilket naturligtvis åsamkat Lilla Harrie Valskvarn stora kostnader. Sammantaget kan konstateras att Kammarkollegiet bör ersättas med ett betydligt lägre belopp än vad som följer av Kammarkollegiets yrkande. Lilla Harrie Valskvarn hemställer om att mark- och miljödomstolen prövar skäligheten i såväl Kammarkollegiets som länsstyrelsens yrkanden om rättegångskostnader.

Ifråga om Havs- och vattenmyndighetens yrkande om ersättning för rättegångskostnader överlämnar bolaget till mark- och miljödomstolen att bedöma skäligheten i den av myndigheten yrkade ersättningen.

## DOMSKÄL

### Rådighet

I 2 kap. 1 § lagen (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet (LSV) stadgas att för att få bedriva vattenverksamhet ska verksamhetsutövaren ha rådighet över vattnet inom det område där verksamheten ska bedrivas.

I 2 kap. 2 § LSV anges att var och en råder över det vatten som finns inom hans fastighet. Rådighet över en fastighets vatten kan också någon ha till följd av upplåtelse av fastighetsägaren eller, enligt vad som är särskilt föreskrivet, förvärv tvångsvis.

Enligt 2 kap. 3 § LSV råder i rinnande vatten vardera sidans ägare över en lika stor andel i vattnet, även om en större del av vattnet rinner fram på den enes fastighet än den andres.

I 2 kap. 4 § 1. LSV anges att den som vill bedriva vattenverksamhet har för detta ändamål rådighet som anges i 1 §, om vattenverksamheten innebär vattenreglering.

Enligt praxis från Högsta domstolen (NJA 1993 s. 331 och NJA 2012 s. 362) krävs att sökanden har civilrättslig rådighet över vattenområdet för att också ha den processrättsliga rådigheten att vara behörig att ansöka om tillstånd avseende vattenverksamhet.

I doktrin (Karnov) har dock ifrågasatts om praxis (se ovan) stämmer överens med rådighetsbestämmelsernas utformning och ordalydelse. I Karnov anförs bl.a. följande. Den mer allmänt vedertagna synen är att det görs skillnad på den grundläggande, civilrättsliga rådighet som beskrivs i 2 § (2 kap. 2 § LSV – mark- och

miljödomstolens förklaring) och s.k. legal rådighet enligt bestämmelserna i 4 och 5 §§ (2 kap. 4 och 5 §§ LSV – mark- och miljödomstolens förklaring), och att båda formerna av rådighet självständigt ger sökanden behörighet att få sin tillståndsansökan prövad (se Karnov, Kruse, 1 juli 2017, kommentaren till 2 kap. 1 § LSV).

I annan doktrin (Zeteo) anförs bl.a. följande. För broar och andra vattenverksamheter för allmän väg och järnväg innehåller 4 § 4 och 6 pp. (2 kap. 4 § LSV – mark- och miljödomstolens förklaring) i förevarande kapitel bestämmelser som innebär att den som vill bedriva en vattenverksamhet som behövs för allmän väg eller järnväg har den erforderliga rådigheten över vattnet. Med denna ordning kan alltså den för sådana verksamheter ofta helt dominerande frågan om ett brobygge prövas, innan alltför mycket arbete och kostnader lagts ned på att skaffa vägrätt eller förvärva rådighet över vattnet på annat sätt (se Zeteo, Bengtsson m.fl., 5 juni 2017, kommentaren till 2 kap. 1 § LSV).

I slutbetänkandet av Vattenverksamhetsutredningen (SOU 2014:35) anförs bl.a. följande. Rådighet som grundas på 2 kap. 4 eller 5 § första stycket LSV ger i sig ingen civilrättslig dispositionsrätt utan endast den processuella befogenhet som krävs för att få till stånd en tillståndsprövning av verksamheten. Den civilrättsliga dispositionsrätten, markåtkomsten, måste verksamhetsutövaren ordna på annat sätt (s. 145).

Med hänsyn till den klara ordalydelsen i 2 kap. 4 § 1. LSV och vad som anförs i doktrin och förarbeten (se ovan) bedömer mark- och miljödomstolen att det är tillräckligt om sökanden har rådighet i enlighet med vad som anges i 2 kap. 4 § 1. LSV för att ansökan om tillstånd ska kunna tas upp till prövning. D.v.s. det är inte nödvändigt med civilrättslig rådighet för att ansökan ska kunna prövas.

Mark- och miljööverdomstolen har i avgöranden funnit att en rätt enligt urminnes hävd utgör en särskild rättighet att förfoga över vattnet men att den inte kan jämföras med ett tillstånd enligt miljöbalken (se dom den 1 april 2016 i mål nr M 2767-15).

De anläggningar som sökanden förfogar över bedöms av mark- och miljödomstolen ha tillkommit och brukats med omgivningens godtagande under mycket lång tid.

Med hänsyn till anläggningens ålder och att verksamheten inte tidigare har ifrågasatts bedömer mark- och miljödomstolen att den vattenrättsliga rådigheten till det framrinnande vattnet och den civilrättsliga rätten till dämning inte kan ifrågasättas. Sökanden har således erforderlig processuell rådighet varför ansökan om tillstånd kan tas upp till prövning i förevarande mål (jfr Mark- och miljööverdomstolens dom den 12 maj 2016 i mål nr M 4466-15).

### **Lagligförklaring**

Enligt 17 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken (MP) ska den som begär tillstånd att ändra en vattenanläggning som har tillkommit utan tillstånd före miljöbalkens ikraftträdande samtidigt ansöka om prövning av anläggningens laglighet.

Några krav på rådighet över vatten ställs inte på den som ansöker om lagligförklaring. I dessa fall är det tillräckligt att sökanden äger den aktuella vattenanläggningen eller avser att utnyttja den (NJA 2010 s. 246).

Enligt 18 § MP ska frågan om lagligheten av en vattenanläggning bedömas enligt de bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst.

Sökanden har uppgivit att det alltsedan slutet av 1500-talet funnits kvarn och dämme i nuvarande sträckning över Kävlingsån. Turbin för elproduktion installerades i slutet av 1930-talet. 1955 skedde en påbyggnad på den övre delen av dämmet. 1981 skedde en upprustning av dämme, kraftstation och fiskväg och en omläggning av utloppskanalen utfördes. 1990 byggdes en fiskväg i trä. 2010 anlades nuvarande fiskväg.

Vattenanläggningens nuvarande utformning torde till övervägande del ha tillkommit under den tid då äldre vattenlagen (ÄVL) (1918:523) gällde.

I 2 kap. 1 § ÄVL anges att uppförande samt ändrings- och reparationsarbete av en damm som kan inverka på vattenståndet utgör ”byggande i vatten”.

Enligt 2 kap. 2 § ÄVL ska byggnad i vatten göras så att ändamålet må utan oskäligen kostnad vinnas med minsta intrång och olägenhet för annan.

Enligt 2 kap. 3 § ÄVL må någon ej så bygga i vatten, att genom uppdamning... skada tillfogas eller intrång göres å annan tillhörig egendom, vare sig, jord, hus, fiske, bebyggt eller obebyggt strömfall eller annat, utan så är att nyttan av byggnaden eller den del därav, som föranleder skada eller intrånget, prövas efter avdrag av byggnadskostnaden uppgå till ett värde, motsvarande tre gånger den skada och det intrång, som göres å åker och äng, samt två gånger skadan och intrånget å annan egendom.

Enligt 2 kap. 8 § ÄVL är den som bygger en damm i ett vattendrag där fisken har sin gång skyldig att ”vidtaga och för framtiden underhålla nödiga anordningar för fiskens framkomst eller eljest för tryggnad av fiskens bestånd samt tillsläppa för ändamålet nödigt vatten”.

Vidare framgår följande av 2 kap. 26 § ÄVL. *Har, efter det denna lag trätt i kraft, byggnad i vatten verkställts utan föregående prövning av domstol, vare byggnadens ägare bevisningsskyldig i avseende å de före byggnadens tillkomst rådande förhållandena i vattnet.*

Av särskilt intresse för frågan om befintlig vattenanläggning kan förklaras laglig är den påbyggnad av dammkrönet som skedde år 1955. Åtgärden medförde en förhöjd vattennivå vid Bösmöllan. Ägarna till Bösmöllan har i samrådsyttrande påtalat att detta medför i sin tur att dagvatten- och dräneringsavloppen vid Bösmöllan mynnar under vattenytan, vilket orsakar täta stopp. En fixpunkt som enligt 1928 års

lantmäterikarta placerades i strandlinjen befinner sig nu på djupt vatten. Den förhöjda vattennivån utgör ett extra riskmoment för bl.a. den gamla stenbron som riskerar att raseras vid stränga vintrar. Även Bösmöllans byggnader är i farozonen.

Mark- och miljödomstolen bedömer att den påbyggnad av dammkrönet som skedde 1955 strider mot 2 kap. 3 § ÄVL då det inte är visat att erforderlig nyttoövertikt föreläggat. Vattenanläggningen, i dess nuvarande utformning, har således tillkommit i strid med ÄVL. Det förhållandet att bolaget nu ansöker om tillstånd att sänka dammvallen påverkar inte denna bedömning. Ansökan om lagligförklaring ska därför avslås redan på denna grund.

Vidare noterar mark- och miljödomstolen att en fungerande fisktrappa för uppströmsvandring anlades först 2010 och då utan föregående tillståndsprövning. Fortfarande hindras fiskens vandring så att all fisk inte kan passera fritt uppströms och nedströms vid alla flöden. Vattenanläggningen har således tillkommit i strid med 2 kap. 8 § ÄVL. Även det nu anförda talar för att ansökan om lagligförklaring ska avslås.

En annan fråga att ta ställning till är om miljökvalitetsnormer ska tillämpas vid lagligförklaring.

I artikel 4.3 Fördraget om Europeiska unionen anges följande: Enligt principen om lojalt samarbete ska unionen och medlemsstaterna respektera och bistå varandra när de fullgör de uppgifter som följer av fördragen. Medlemsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen eller av unionens institutioners akter. Medlemsstaterna ska hjälpa unionen att fullgöra sina uppgifter, och de ska avstå från varje åtgärd som kan äventyra fullgörandet av unionens mål.

Av medlemskapet i EU följer således att de nationella domstolarna är bundna av en allmän lojalitetsprincip (se ovan artikel 4.3 i Fördraget om Europeiska unionen). Vid en tillståndsprövning finns det därför en skyldighet för svenska domstolar att så

långt det är möjligt tolka den nationella rätten i enlighet med vad som följer av EU-rätten (Mark- och miljööverdomstolens dom den 15 september 2016 i mål M 6574-15).

I 6 § första stycket andra meningen MP anges att bestämmelserna om miljö kvalitetsnormer i 5 kap. miljöbalken ska tillämpas omedelbart.

Med hänsyn till den s.k. Weserdomen och domstolens skyldighet att så långt möjligt tolka den nationella rätten i enlighet med vad som följer av EU-rätten bedömer mark- och miljödomstolen att ovan angivna stadgande i MP även ska tillämpas vid lagligförklaring, dvs. miljö kvalitetsnormerna ska tillämpas (jfr prop. 1997/98:45 del 1, s. 606, 630 och 634). Med hänsyn till vad mark- och miljödomstolen anför nedan (se rubriken ”Tillståndsprovning enligt miljöbalken”) om att uppdämningen medför ett vandringshinder m.m. skulle en lagligförklaring försvåra möjligheten att uppfylla miljö kvalitetsnormen. Detta innebär att ansökan om lagligförklaring även på denna grund ska avslås.

#### **Tillståndsprovning enligt miljöbalken**

Om det befinns att anläggningen inte är laglig torde sökanden vara oförhindrad att begära tillståndsprövning enligt miljöbalken till anläggningen. Bolaget har, som alternativ till lagligförklaring, ansökt om tillstånd att bibehålla delar av befintlig vattenkraftsanläggning. Frågan är då om den befintliga vattenanläggningen är tillåtlig enligt miljöbalken.

Flera av motparterna har anfört att miljökonsekvensbeskrivningen skulle ha sådana brister att den inte borde godkännas och att ansökan därmed skulle avvisas. Mark- och miljödomstolen instämmer till viss del i kritiken, men bedömer att miljökonsekvensbeskrivningen innehåller tillräckliga uppgifter - med hänsyn till kraven på en sådan beskrivning i 6 kap. miljöbalken - för att kunna ligga till grund för provning. Beskrivningen ska därför godkännas.

Av miljökonsekvensbeskrivningen framgår bland annat följande. Kävlingeån är ett av de största kvarvarande vattendragen i Skåne. Naturvårdsverket har pekat ut Kävlingeån som regionalt särskilt värdefullt vatten. Inom avrinningsområdet finns restbestånd av hotade musselarter, såsom den tjockskaliga målarmusslan, och en rik fiskfauna med bland annat havsvandrande öring. Det finns ål både i huvudfåran och i biflödena. Hela Kävlingeån har höga naturvärden gällande fiske. Utbyggnaden av kraftverk har inneburit att vandrande fiskarter har missgynnats medan arter anpassade för stillastående vatten har gynnats. Vandringshindren – däribland Lilla Harrie Valskvarn - har även inneburit att vattendraget fragmenterats, vilket påverkat den genetiska variationen i fiskpopulationerna negativt.

Den aktuella vattenanläggningen är belägen inom vattenförekomsten för Kävlingeån: Havet-Bråån- SE618685-133000. Enligt Vattenmyndigheten för Södra Östersjöns vattendistrikts föreskrifter om kvalitetskrav (miljökvalitetsnormer) för vattenförekomster (08FS 2016:15) bedöms den aktuella sträckan av Kävlingeån ha otillfredsställande ekologisk status. Förlängd tidsfrist för att nå god ekologisk status har getts till 2021 beträffande flödesregleringar, kontinuitet och morfologiska förändringar.

Enligt 2 kap. 7 § tredje stycket miljöbalken får verksamheten eller åtgärden efter avvägning enligt första och andra styckena tillåtas om den

1. är förenlig med ett åtgärdsprogram som har fastställts för att följa miljökvalitetsnormen,
2. förenas med villkor om att vidta eller bekosta kompenserande åtgärder som ökar möjligheterna att följa miljökvalitetsnormen i en utsträckning som inte är obetydlig, eller
3. trots att den försvårar möjligheterna att följa miljökvalitetsnormen på kort sikt eller i ett litet geografiskt område, kan antas ge väsentligt ökade förutsättningar att följa normen på längre sikt eller i ett större geografiskt område.

Enligt 11 kap. 6 § miljöbalken får en vattenverksamhet bedrivas endast om dess fördelar från allmän och enskild synpunkt överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna av den.

*Mark- och miljödomstolen gör följande bedömning.*

Den sökta verksamheten - att genom en uppdamning av ån avleda vatten för kraftproduktion - innebär ett hinder för vandrande fisk och andra djur. Fördämningen försvårar möjligheterna att uppfylla miljökvalitetsnormen i den aktuella vattenförekomsten. Det är inte möjligt att genom byggande av faunapassage m.m. i tillräcklig grad kompensera skadorna. Inte heller föreligger några av övriga förutsättningar enligt 2 kap. 7 § miljöbalken. Verksamheten är redan på denna grund otillåtlig.

Medelproduktionen av elkraft har angivits till 475 MWh/år. Detta har beräknats ge en nettointäkt om 78 000 kr. Vid båtnadsberäkningen har hänsyn tagits till eget arbete.

Den nytta i form av bidrag till kraftförsörjningen i Sverige som verksamheten bidrar med är så obetydligt att det inte alls uppväger den skada som vattenanläggningen och därtill hörande vattenverksamhet orsakar på faunans vandringsmöjlighet i Kävlingeån. Att vissa byggnader bedömts värdefulla från kulturmiljösynpunkt ändrar inte denna bedömning. Den sökta verksamheten är därför inte heller tillåtlig enligt 11 kap. 6 § miljöbalken, jfr NJA 2008 s.3.

Sammanfattningsvis ska ansökan om tillstånd att efter ombyggnad behålla delar av befintlig vattenanläggning och att där bedriva vattenverksamhet avslås.

#### **Ev. utrivning**

I målet har flera parter förordat utrivning av aktuell dammanläggning. Mark- och miljödomstolen noterar dock att det inte är möjligt att pröva den frågan i detta mål eftersom detta inte omfattas av sökandens yrkanden. En sådan utrivning kan komma att kräva tillstånd, vilket i så fall får prövas efter ansökan i ett annat mål. En

tillsynsmyndighet har möjlighet att förelägga en verksamhetsutövare om utrivning av en vattenanläggning.

#### **Rättegångskostnader m.m.**

Mark- och miljödomstolen ändrar inte vad som tidigare beslutats om avgift för målets prövning.

Av 25 kap. 2 § miljöbalken följer att bolaget har att svara för motparts rättegångskostnad vid mark- och miljödomstolen.

Enligt 18 kap. 8 § rättegångsbalken ska ersättning för rättegångskostnad fullt motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande jämte arvode till ombud eller biträde, såvitt kostnaden skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt. Ersättning ska ock utgå för partens arbete och tidsspillan i anledning av rättegången.

Kammarkollegiet yrkar ersättning för rättegångskostnad med totalt 45 973 kr. Bolaget har invänt om att beloppet är oskäligt och att kollegiet bör ersättas med ett betydligt lägre belopp.

Länsstyrelsen yrkar ersättning för rättegångskostnad med totalt 27 200 kr. Bolaget har invänt om att mark- och miljödomstolen ska pröva skäligheten i det yrkade beloppet.

Mark- och miljödomstolen noterar att Kammarkollegiet respektive länsstyrelsen närvarat vid huvudförhandlingen och uppträtt som aktiva motparter vid denna. Vidare har Kammarkollegiet till mark- och miljödomstolen yttrat sig skriftligen vid fem tillfällen. Yttrandena har varit utförliga och gedigna. Ifråga om länsstyrelsen så har myndigheten yttrat sig skriftligen till mark- och miljödomstolen vid sex tillfällen. Även dessa yttranden har varit utförliga och gedigna.

I och med att två andra ansökningar gällande geografiskt närbelägna vattenkraftverk (se mål M 2152-15 och M 2155-15) prövas samtidigt har det enligt mark- och miljödomstolen funnits vissa samordningsvinster att göra för respektive myndighet. Trots detta bedömer domstolen med hänsyn till det ovan nämnda att den av Kammarkollegiet respektive länsstyrelsen yrkade ersättningen för rättegångskostnader skäligen varit påkallad. Bolaget ska således förpliktas att ersätta Kammarkollegiet respektive länsstyrelsen med yrkade belopp, jämte ränta.

Vad gäller Havs- och vattenmyndighetens yrkande om ersättning för rättegångskostnader med totalt 8 000 kr bedömer mark- och miljödomstolen beloppet som skäligt och bolaget ska således förpliktas att även ersätta den kostnaden, jämte ränta.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV425)

Överklagande senast den 28 mars 2018.

Urban Lund

Bertil Varenius

---

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Urban Lund, ordförande, och tekniska rådet Bertil Varenius samt de särskilda ledamöterna StenInge Arnesson (särskilt yttrande) och Mikael Svensson.

Särskilt yttrande, se nästa sida.

Särskilda ledamoten StenInge Arnesson anför följande.

Jag delar inte majoritetens uppfattning (se ovan s. 69-70) att bestämmelserna om miljö kvalitetsnormer i 5 kap. miljöbalken (MB) ska tillämpas vid lagligförklaring och att stöd för detta skulle finnas i 6 § första stycket andra meningen i lagen (1998:811) om införande av miljöbalken (MP). Som följd härav delar jag inte majoritetens bedömning att ansökan om lagligförklaring av den befintliga anläggningen även ska avslås med hänvisning till att en lagligförklaring skulle försvåra möjligheten att uppfylla miljö kvalitetsnormen.

I 6 § första stycket MP anges att ”Mål och ärenden som har inletts före miljöbalkens ikraftträdande skall handläggas och bedömas enligt äldre bestämmelser, om det inte följer något annat av denna lag. Bestämmelserna om miljö kvalitetsnormer i 5 kap. och 16 kap. 5 § miljöbalken skall tillämpas omedelbart.”

Enligt min mening kan inte detta tolkas på annat sätt än att andra meningen om att bestämmelserna om miljö kvalitetsnormer skall tillämpas omedelbart, i detta fall, enbart syftar på vad som anges i den föregående meningen, det vill säga de mål och ärenden som inletts före miljöbalkens ikraftträdande. Styckets andra mening kan därför inte brytas ut från sitt sammanhang och ges en självständig och generell tillämpning.

Att det enbart är äldre rätt som ska tillämpas vid bedömning av lagligförklaring framgår klart och tydligt av 18 § MP.

I övrigt är jag överens med majoriteten.