



SVEA HOVRÄTT  
Mark- och miljööverdomstolen  
060206

**DOM**  
2019-10-30  
Stockholm

Mål nr  
M 3373-18

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2018-03-07 i mål nr M 2155-15, se bilaga A

## PARTER

### Klagande

1. GS

2. ÅS

Ombud för 1-2: PBO

### Motpart

1. Eslövs kommun

2. Havs- och vattenmyndigheten

3. Kammarkollegiet

4. Kävlinge kommun

5. Lunds kommun

6. Länsstyrelsen i Skåne län

7. Sveriges Sportfiske- och Fiskevårdsförbud  
S

Dok.Id 1507619

---

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

8. Sydvatten AB

9. Södra Sveriges Sportfiskeklubb

10. Älvräddarnas Samorganisation

**SAKEN**

Ansökan om lagligförklaring av befintlig vattenkraftanläggning samt tillstånd till vattenverksamhet på fastigheten A i Lunds kommun m.m.

---

**MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT**

**I**

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

**Lagligförklaring**

Mark- och miljööverdomstolen lagligförklarar, med stöd av 17 § och 18 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, även Bösmöllans kraftverk med tillhörande anläggningsdelar, bl.a. dämme med krönhöjd mellan +12,19 m och +12,23 m (RH2000), intagsgaller, maskinstationer – med undantag för de turbiner som ges tillstånd till nedan – samt intags- och utloppskanaler på fastigheten A i Lunds 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 GS och ÅS tillstånd enligt 11 kap. 9 § miljöbalken att vid Bösmöllan på fastigheten A i Lunds kommun,
  1. för kraftproduktion avleda en vattenmängd om högst 5,8 kubikmeter per sekund genom turbinerna
  2. med bibehållande av dämnet till den höjd som framgår ovan under rubriken lagligförklaring, bedriva vattenverksamhet i form av dämning,
  3. anlägga en faunapassage i form av ett omlöp enligt nedanstående villkor 5, samt
  4. bygga om intaget avseende fingallrets lutning enligt nedanstående villkor 3.
- Mark- och miljööverdomstolen lämnar därutöver tillstånd för installation och anläggande av turbinerna G1 och G3 samt befintlig klacktrappa för fiskvandring.

**Villkor för tillståndet**

1. Arbetena ska bedrivas i huvudsaklig överensstämmelse med vad sökanden 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 fingaller med en lutning på högst 55 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 "Bösamöllan, Ny fiskväg, Plan och sektion", bilaga till mark- och miljödomstolens aktbilaga 59). Faunapassagens lutning får inte överstiga 3,5 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 2 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 och 4, under rubriken tillstånd m.m., påbörjas.

#### **Övriga frågor**

1. Mark- och miljööverdomstolen godkänner miljökonsekvensbeskrivningen.
2. A i Lunds 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 och Länsstyrelsen i Skåne läns yrkanden om ersättning för rättegångskostnader här.

---

**YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN**

**GS** och **ÅS** (makarna S) har yrkat

A1) att Mark- och miljööverdomstolen 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 § 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 fastigheten A i Lunds 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 för en drivvattenföring om minst 1 kubikmeter per sekund samt med en slukförmåga om 5,8 kubikmeter per sekund,

A2) alternativt, för det fall den äldre lagstiftningen ska tillämpas, att Mark- och miljööverdomstolen ska, med stöd av 17 § MP, lagligförklara befintlig vattenkraftanläggning bestående av damm, turbinsumpar och turbiner, intags- och uttagskanaler, fiskväg m.m. som framgår av ansökan, eller att Mark- och miljööverdomstolen i berörda delar ska ge tillstånd i efterhand att få uppföra och bibehålla delar av befintlig vattenkraftanläggning på fastigheten A i Lunds kommun,

B) 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 få bedriva vattenverksamhet vid kraftverksanläggningen för en drivvattenföring om minst 1 kubikmeter per sekund samt med en slukförmåga om 5,8 kubikmeter per sekund,

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

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

E) att Mark- och miljööverdomstolen ska fastställa att tillståndsgivna åtgärder ska vara slutförda inom fem år från lagakraftvunnen dom i målet,

F) att Mark- och miljööverdomstolen ska fastställa den ersättningsfria andelen enligt 31 kap. 22 § andra stycket p. 1 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 vattenregleringen, samt

G) att Mark- och miljööverdomstolen ska besluta att villkor 3 i Länsstyrelsen i Skåne läns beslut den 13 maj 2013 i ärende 535-24816-2012, fastställt genom Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom den 5 maj 2014 i mål nr M 2292-13, ska upphöra att gälla när de sökta arbetena påbörjas.

Punkterna B-G har yrkats oavsett prövning enligt de alternativa punkterna A1 eller A2.

Makarna S har föreslagit följande villkor:

- 1) Verksamheten ska bedrivas i huvudsaklig överensstämmelse med vad som angetts i ansökan jämte bilagor samt enligt vad makarna S i övrigt har uppgett eller åtagit sig i målet.
- 2) Makarna S ska, såsom skadeförebyggande åtgärd, anlägga en faunapassage vid dammen.
- 3) I faunapassagen ska – i den mån vattenflödet i Kävlingeån medger det – alltid släppas minst 500 liter per sekund.
- 4) I inloppet till turbinintagen ska galler installeras med maximalt 15 millimeter spaltvidd och en lutning om ca 55 grader.
- 5) Arbetena för anläggandet av faunapassagen ska vara slutförda inom fem år från lagakraftvunnen dom i målet.
- 6) Makarna S ska anmäla eventuella planer på att upphöra med hela eller delar av verksamheten till tillsynsmyndigheten.

- 7) Ett kontrollprogram ska tas fram i dialog med tillsynsmyndigheten och ges in till tillsynsmyndigheten senast två månader innan åtgärderna under punkterna 2 och 4 påbörjas.

Makarna S 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.

Vidare har makarna S yrkat att Mark- och miljööverdomstolen, med ändring av mark- och miljödomstolens dom, i första hand ska ogilla yrkandena från Kammarkollegiet, Havs- och vattenmyndigheten och Länsstyrelsen i Skåne län om ersättning för rättegångskostnader i mark- och miljödomstolen och i andra hand bestämmer ersättningen till 12 800 kr för Kammarkollegiet, 6 400 kr för Havs- och vattenmyndigheten och 12 800 kr för Länsstyrelsen i Skåne län.

**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

**Makarna S** har till stöd för sin talan anfört 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 inlets efter den 1 januari 2019. Denna praxis innebär att bestämmelsen om lagligförklaring i 17 § MP och bestämmelsen om urminnes hävd i 5 a § MP kan tillämpas parallellt.

Lagstiftaren har med de nya reglerna velat ge företräde åt den klimatnytta och det bidrag till minskade utsläpp av växthusgaser som vattenkraften utgör. Makarna S 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 Bösmöllan har dämning av vatten skett som därigenom påverkat vattnets djup och läge alltsedan dämmet anlades. Enligt uppgifter har kvarn och dämme etablerats på platsen redan under 1500-talet. Genom de kartor m.m. som har getts in får det anses ha

gjorts sannolikt att verksamheten innehar urminnes hävd. Vidare omnämns kvarnen i Kvarnkommissionen för första gången redan år 1698. Den vattenverksamhet som bedrevs då skiljer sig inte i någon väsentligt avseende från hur den bedrivs idag. 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.

Vad gäller lagligförklaring ska bedömning enligt 18 § MP ske enligt de bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst. Inga regler fanns före år 1734. Kvarndamm, inloppskanaler och utloppsdamm fanns redan vid 1500-talet/tidigt 1600-tal. Enligt 20 kap. i 1734 års byggningsbalk fick jordägaren utnyttja vattnet över sin mark så länge det inte skadade andras intressen. Enligt 15 kap. 1 § samma balk kunde vattenverksamhet omfattas av urminnes hävd. Nuvarande kvarnbyggnad har funnits sedan 1854. Det görs därför gällande urminnes hävd och dammen ska därmed anses lagligen tillkommen. Om det inte föreligger urminnes hävd ska den anses lagligen tillkommen enligt 1734 års byggningsbalk då den inte har skadat andras intressen. Enligt 1880 års vattenrättsförordning (VF) fanns det möjlighet till domstolsprövning för vattenkraft. Verksamheten kunde vara laglig oavsett domstolsprövning förutsatt att den inte kränkte annans rätt eller allmänna intressen. Den första turbinen installerades troligen 1895. Verksamheten ska då anses laglig enligt VF då installationen varken kränkt någon annans rätt eller något allmänt intresse. Enligt ÄVL fanns ett mer allmänt krav på prövning för vattenföretag. Enligt lagen rubbades inte kvarnars rätt att stänga eller uppdämma vattendrag. Turbininstallationer skedde på 1950-talet och ingen förändring av intags- och uttagskanaler har skett sedan dess. Enligt VL var huvudregeln tillståndsplikt. Nuvarande ägare tillträdde 1986, galler installerades 1988 och ny turbin (G2) installerades 1989. Även enligt miljöbalken är huvudregeln tillståndsplikt. Installation av tredje turbinen (G3) skedde 1999, klacktrappa 2002 och ny turbin (G1) installerades 2007.

Det är felaktigt och stämmer inte överens med praxis att bedöma att kraftanläggningen fick sin nuvarande utformning 1989 respektive 1999 när ytterligare turbiner installerades, vilket innebär att 1983 års vattenlag, VL, ska tillämpas. En

turbininstallation, ett luckbyte eller annan underhållsåtgärd har i praxis inte varit avgörande för bedömningen av tidpunkten för hela vattenanläggningens tillkomst. En sådan tillämpning är heller inte rimlig då den skulle missgynna den skötsamme verksamhetsutövaren som kontinuerligt vidtagit erforderliga reparationer och underhållsåtgärder vid sin anläggning. Att säkerhetshöjande åtgärder på en damm inte föranleder omprövning av hela verksamheten följer av praxis. Den mest betydelsefulla anläggningsdelen i de flesta kraftverksanläggningar är dammvallen, vilket även är fallet här. Dammvallen är också den del av anläggningen som utgör vandringshinder och det är vandringshindret som tveklöst utgör den största miljöpåverkan.

Utgångspunkten för när en anläggning ska anses ha tillkommit måste rimligen vara när dammvallen etablerades och den därmed dämmande effekten och vandringshindret uppstod. Beträffande kvarndriften vid Bösmöllan är det väl dokumenterat att verksamhetstillstånd att återstarta möllan efter kriget mot danskarna 1676 gavs vid ordinarie höstting i Dalby 1695. Makarna S har också med stöd av kartmaterial visat att dammvallen på Bösmöllan etablerats före 1703. Nu aktuell anläggning har således oklandrat funnits på platsen och nyttjats för vattenverksamhet under århundranden. Den del av anläggningen som skulle kunna föranleda krav på fiskväg har anlagts före det att lagstiftningen ställde sådana krav. Först omkring år 2000 har man från myndighetshåll påtalat behovet av en fisktrappa vilket genast hörsammades. Fisktrappan byggdes och bekostades av länsstyrelsen.

Även om bestämmelserna i VL om att vidta och för framtiden underhålla behövliga anordningar för fiskens framkomst och släppa fram vatten för ändamålet skulle vara tillämpliga på den aktuella anläggningen saknas det i mark- och miljödomstolens dom en analys av hur långtgående en sådan skyldighet skulle ha sträckt sig i förevarande fall. Ordet behövliga har en central betydelse. Om man i samband med en lagligförklaring överhuvudtaget ska beakta betydelsen av att fiskväg saknats måste man göra en analys av dåtida behov av anordningar till skydd för fisket. Fram till år 2017 fanns även andra vandringshinder i Kävlingeån. Detta innebär att det under alla omständigheter inte förelegat något behov av fiskväg vid Bösmöllan då anordningar för fiskens framkomst inte har bedömts som behövliga.

Bestämmelserna om miljökvalitetsnormer ska inte tillämpas vid lagligförklaring.

Bestämmelsen i 6 § MP måste läsas i sin helhet och sättas in i sitt sammanhang. I ljuset av förarbetsuttalanden kan andra meningen inte få annan betydelse än att den syftar på vad som anges i föregående mening, dvs. att miljökvalitetsnormerna ska tillämpas omedelbart på de mål och ärenden som inletts före miljöbalkens ikraftträdande. Oaktat det äventyrar den sökta verksamheten inte uppnåendet av någon miljökvalitetsnorm och den strider heller inte mot försämringsförbudet. Då hela vattenförvaltningsplanen har sin utgångspunkt i faktiska nuvarande förhållanden ska utgångspunkten för bedömningen av påverkan på normen vara de faktiska förhållandena.

Båtnadskravet är uppfyllt i och med att verksamheten årligen genererar ett överskott. Båtnadsvillkoret har i vissa fall ansetts uppfyllt, även om verksamheten egentligen varit olönsam, om den ur allmän synpunkt skulle få stor betydelse för kultur- miljövärden i området. Genom de lagändringar som trätt ikraft den 1 januari 2019 har kravet på båtnad i 11 kap. 6 § miljöbalken tagits bort. Så som övergångsbestämmelserna är utformade ska lagändringarna i 11 kap. miljöbalken inte tillämpas i mål och ärenden som påbörjats före den 1 januari 2019. Oavsett om lagändringen är direkt tillämplig i målet eller inte måste dock 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.

Beträffande rättegångskostnader i mark- och miljödomstolen har Kammarkollegiet angett en tidsåtgång som framstår som oskälig eftersom myndigheten i stor utsträckning har uppehållit sig kring frågor som faller utanför dess instruktion. Den ytterst summariskt uppställda kostnadsräkningen från Kammarkollegiet kan inte medföra annat än att ett belopp om totalt 12 800 kr tillerkänns myndigheten. Även beträffande Havs- och vattenmyndigheten och länsstyrelsen ska noteras att de uppehållit sig mycket kring frågor som ligger utanför det som kan anses ligga inom det allmännas intresse.

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

Makarna S 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:

Makarna S 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 det inte funnits någon damm på platsen så sent som på 1810-talet. Mellan åren 1954 och 1989 har det inte pågått någon turbindrift vid anläggningen. Vid sådant förhållande kan urminnes hävd överhuvudtaget inte bli aktuell.

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.

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 båtnadsberäkningen 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 makarna S yrkande i punkten A1 kan prövas anføres följande med avseende på frågan om urminnes hävd. I målet har framkommit att dämnet funnits på platsen sedan en lång tid tillbaka. Makarna S måste emellertid klargöra under vilka förutsättningar hävd för dämningsverksamheten åberopas, dvs. vilken dämningnivå som kan anses omfattas av eventuella äldre rättigheter samt visa att verksamheten idag överensstämmer med denna rättighet. Makarna S 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 VL. 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.

Makarna S har inte visat att det föreligger båtnad för elproduktion på platsen. I båtnadsberäkningen har kostnaderna för att driva verksamheten underskattats eftersom makarna S i allt för stor utsträckning räknat med eget oavlönat arbete. Nuvarande elpriser ska ligga till grund för båtnadsbedömningen och tillåtligheten av elproduktionen i målet. Om verksamheten skulle ges tillstånd tillkommer ökade krav på tappningar i fiskvägar vilket också skulle inverka på båtnaden med avseende på elproduktionen. Bösmöllan har mycket höga kulturhistoriska värden. Anläggningens kulturhistoriska betydelse faller inom den högsta klassen. Det höga kulturmiljövärdet vid dammanläggningen ska beaktas i båtnadsbedömningen när det gäller dämningverksamheten, men sättas i relation till vattendragets höga naturvärden. Eftersom en turbindrift i kombination med dämning skulle minska det tillgängliga flödet för miljöanpassningen vid dämnet och negativt inverka på dess funktionalitet skulle båtnad emellertid inte uppnås för turbindriften.

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:

Makarna S yrkande i punkten A1 kan inte prövas av 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 miljökvalitetsnormer ska tillämpas även vid lagligförklaring. De ansökta skyddsåtgärderna kan inte anses vara bästa möjliga teknik. Åtgärderna är heller inte tillräckliga för att uppnå miljökvalitetsnormerna 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 dämda 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 faunapassagen nödvändig för att den ska anses 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 alltför 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:

Makarna S 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. Miljökvalitetsnormerna 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. Makarna S har sålunda inte visat att verksamheten omfattas av rättskraft genom urminnes hävd.

Verksamheten och anläggningen, även med faunapassage, bidrar till en fysisk påverkan i Kävlingeån. 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 makarna S 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 dämmet har skadat såväl allmänna som enskilda intressen. Dämmet har torrlagt eller dämt över strömvattensträckor i Kävlingeån där t.ex. tusentals laxar och öringar skulle kunna ha producerats under de år dämmet funnits och där andra arter kopplade till ovanliga strömvattenmiljöer hade kunnat leva. Dämmet 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 båtadsberäkningen 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 makarna S 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.

Möllan utgör en värdefull kulturmiljö. Dess 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 flyktöppning är rimlig. 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, såvitt nu är aktuellt, avslagit ansökan om lagligförklaring och tillstånd beträffande befintlig vattenkraftanläggning på fastigheten A i Lunds 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 miljökonsekvensbeskrivningen kan godkännas. Nollalternativet har i miljökonsekvensbeskrivningen angetts vara att dammvallen vid Bösmöllan fortsätter att ha den utformning den har idag, att avledningen till turbindriften upphör samt att någon fiskväg inte kommer till stånd. Det har i målet invänts 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 miljökvalitetsnormer.

Av utredningen framgår att en kvarn och ett dämme sannolikt etablerades vid Bösmöllan redan på 1500-talet eller tidigt 1600-tal. 1895 installerades den första turbinen. Anläggningen vid Bösmöllan har alltså funnits på platsen med i huvudsak samma utförande som idag sedan i vart fall slutet av 1800-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 miljökvalitetsnormer, 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 makarna S 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.

Makarna S 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 de 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 användas, 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 makarna S får anses ha visat att det redan på 1600-talet fanns en dammanläggning med kvarn vid Bösmöllan. 1895 installerades den första turbinen. På 1950-talet fanns två turbiner installerade. Ingen förändring av in- och utloppskanaler har skett efter det. Anläggningen var ur drift 1954-1989. 1988 installerades ett nytt intagsgaller och turbindriften återupptogs 1989 med en turbin (G2). 1999 installerades en tredje turbin (G3) och 2002 uppfördes en klacktrappa. 2007 byttes den äldsta turbinen G1 ut.

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. Förprovning 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 på 1950-talet är ÄVL. Vattenlagen (1983:291) gäller för de åtgärder som utfördes på 1980-talet. De åtgärder som utfördes därefter (från 1999 och framåt) omfattas av miljöbalken.

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 vidta nödvändiga åtgärder för fiskets befrämjande. Med hänsyn till att makarna S numera föreslår ett villkor om faunapassage bedömer domstolen att den aktuella dammanläggningen skulle ha varit laglig enligt dåvarande lagstiftning och att det därför inte finns något hinder mot att nu lagligförklara den. Tillstånd till fiskväg samt de därtill hörande villkoren framgår av domslutet.

Efter miljöbalkens ikraftträdande har åtgärder utförts som inte kan lagligförklaras. Som ovan angetts har 1999 en tredje turbin (G3) installerats och 2002 en klacktrappa uppförts. 2007 har turbinen G1 bytts ut. De vidtagna åtgärderna omfattas av nu aktuell ansökan om tillstånd enligt 11 kap. 9 § miljöbalken. Det finns inte något hinder mot att pröva om tillstånd kan ges i efterhand för dessa. Den påverkan på allmänna intressen som installationen av turbinen G3 hade bedöms begränsad. Mark- och miljööverdomstolen finner således att tillstånd i efterhand kan ges för åtgärderna.

### **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).

Bösmöllan 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 Bösmöllan även vid Kvarnvik (prövas i mål M 3372-18) och Lilla Harrie (prövas i mål M 3371-18). 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.

Makarna S har föreslagit att en dom om lagligförklaring och tillstånd förenas med villkor om faunapassage samt minimitappning. Syftet är att möjliggöra upp- och nedströms vandring för fiskar m.m. och överensstämmer med det åtgärdsförslag som anges i VISS. Det innebär att konnektiviteten vid Bösmöllan 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 miljökvalitetsnormen 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). Makarna S har beräknat att värdet av kraftverkets elproduktion överstiger anläggnings- och driftskostnaderna. Domstolen beaktar därutöver att området omfattas av riksintresse för kulturmiljövården enligt 3 kap. 6 § miljöbalken och att en fortsatt drift av verksamheten bedöms förbättra möjligheterna att upprätthålla de höga kulturmiljövärdena på platsen. Vid en samlad bedömning anser Mark- och miljööverdomstolen att verksamheten medför större nytta än kostnad och därför får bedrivas utifrån kravet på samhällsekonomisk tillåtlighet.

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

Eftersom makarna S 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*

Makarna S har föreslagit ett villkor om att en 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 makarna S 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 3,5 procent i syfte att underlätta passage för svagsimmande arter. Den närmare utformningen bör bestämmas i samråd med länsstyrelsen.

#### *Intagsgaller och flyktvägar*

Makarna S har föreslagit villkor som innebär att ett nytt intagsgaller med flyktvägar ska installeras i anslutning till turbinerna. Gallret ska ha en lutning om 55 grader och en spaltvidd om maximalt 15 millimeter. Det har i målet invänts att spaltvidden är för stor och att lutningen på gallret är för brant.

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

#### *Övriga villkor*

Mark- och miljööverdomstolen noterar att makarna S åtagit sig att inte driva turbinerna när tillrinningen är lägre än 2 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 makarna S uppgett att kraftverket ska drivas som strömkraftverk utan aktiv reglering.

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

Makarna S har i punkten G) yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva ett villkor i Länsstyrelsen i Skåne läns föreläggande av den 13 maj 2013 (dnr 535-24816-2012). 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 makarna S 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 2155-15

## SÖKANDE

1. GS

2. ÅS

Ombud för båda: PBO

## SAKEN

Ansökan om lagligförklaring av befintlig vattenkraftsanläggning samt tillstånd till vattenverksamhet på fastigheten A, Lunds kommun

Avrinningsområde: 92      N: 6183681    E: 387495    SWEREF99 TM

## DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen lagligförklarar, med stöd av 17 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, bron mellan fastigheterna A, Lunds kommun och B, Eslövs kommun.

Mark- och miljödomstolen lämnar tillstånd enligt miljöbalken till den framtida påverkan på vattnets djup och läge som ovan nämnda bro medför.

Mark- och miljödomstolen avslår ansökan om lagligförklaring av befintlig vattenkraftsanläggning på fastigheten A, Lunds kommun.

Mark- och miljödomstolen godkänner miljökonsekvensbeskrivningen.

Dok.Id 355425

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

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 5 350 kr.

Mark- och miljödomstolen förpliktar ÅS och GS att ersätta Kammarkollegiet för dess rättegångskostnader med 40 373 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen på beloppet från datum för domen till dess betalning sker.

Mark- och miljödomstolen förpliktar ÅS och GS att ersätta Havs- och vattenmyndigheten för dess rättegångskostnader med 7 200 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen på beloppet från datum för domen till dess betalning sker.

Mark- och miljödomstolen förpliktar ÅS och GS 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**

ÅS och GS yrkar att mark- och miljödomstolen

- a) med stöd av 17 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken lagligförklarar, alternativt ger tillstånd att på fastigheten A bibehålla, befintlig vattenkraftsanläggning bestående av bl.a. damm, turbinsumpar och turbiner, intags- och uttagskanaler, fiskväg m.m., såsom redovisas i till ansökan bifogad teknisk beskrivning, jämte bilagor och därefter inlämnade kompletteringar,
- b) med stöd av 17 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken lagligförklarar befintliga brofundament belägna i direkt anslutning till intagskanalen och den föreslagna faunapassagen inom A, alternativt (och således i andra hand) lagligförklarar den del av bron som ligger inom fastigheten A, alternativt (och således i tredje hand) lagligförklarar bron mellan A och B i sin helhet,
- c) lämnar tillstånd att för kraftproduktion driva ovan angiven vattenkraftsanläggning för en drivvattenföring om minst 1 m<sup>3</sup>/s samt med en slukförmåga om 5,8 m<sup>3</sup>/s,
- d) lämnar tillstånd att få förändra vattnets djup och läge på sätt som bestäms av anläggningens utformning och nyttjande,
- e) fastställer tiden för anmälan om oförutsedd skada till fem år från arbetstidens utgång,
- f) godkänner den till ansökan fogade miljökonsekvensbeskrivningen,
- g) fastställer prövningsavgiften till 5 350 kr och
- h) fastställer att vattenkraftens tillgodogörande vid ovannämnda kraftverk tillkommer fastigheten A, såsom strömfallsfastighet.

*Förslag till villkor*

1. Verksamheten ska bedrivas i huvudsaklig överensstämmelse med vad som angivits i ansökan jämte bilagor samt enligt vad sökanden i övrigt har uppggett eller åtagit sig i målet.
2. Sökanden ska, såsom skadeförebyggande åtgärd, anlägga en faunapassage/fiskvandringssväg vid dammen.
3. I faunapassagen ska – i den mån vattenflödet i Kävlingeån medger det – alltid släppas minst 500 l/s.
4. I inloppen till turbinintagen ska installeras galler med maximalt 15 mm spaltvidd vilket ska ha en lutning om ca 55 grader.
5. Arbetena för anläggandet av faunapassagen ska vara slutförda inom fem år från lagakraftvunnen dom i målet.
6. Sökanden ska anmäla eventuella planer på att upphöra med hela eller delar av verksamheten till tillsynsmyndigheten.
7. Ett kontrollprogram ska tas fram i samråd med tillsynsmyndigheten och ges in till tillsynsmyndigheten senast två månader innan åtgärderna under p 2 och 4 påbörjas.

Kontrollprogrammet ska omfatta:

- Åtgärder och kontroll för att motverka grumling i samband med att anläggningsarbetena utförs.
- Kontroll av att fastställd tappning i faunapassagen följs.
- Beskrivning av skyddsåtgärder som ska vidtas för att förhindra att olja och eventuella andra miljöfarliga ämnen som används i kraftverken genom t.ex. spill, läckage eller olycka kommer ut i Kävlingeån.

**Rådighet**

Sökandena är lagfarna ägare till fastigheten A, Lunds kommun, och har därför sådan rådighet som krävs enligt 2 kap. 1 § lagen (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.



Den norra delen av den befintliga dammvallen är belägen på fastigheten B, Eslövs kommun. Enligt rättspraxis krävs det inte att sökanden har så kallad vattenrättslig rådighet för att lagligförklaring ska kunna ske.

### **Hydrologiska uppgifter**

Medelvattenföringen uppgår till 11,2 m<sup>3</sup>/s, medelhögvattenföringen uppgår till 58,9 m<sup>3</sup>/s och medellågvattenföringen uppgår till 2,1 m<sup>3</sup>/s.

### **Beskrivning av verksamheten**

På fastigheten A finns idag en dammanläggning vid vilken kraftproduktion sker genom turbinkraft. Krönhöjden på dämmet varierar mellan +12,19 meter och +12,23 meter. Fallhöjden är 1,2 meter men bedöms kunna öka till 1,6 meter efter åtgärder som planeras på Lilla Harrie strax nedströms Bösamöllan. Dammen är uppförd i natursten.

Dammen avbördas dels över dammvallens krön, dels genom turbinintagen. Någon reglering sker inte vilket innebär att anläggningen är ett så kallat strömkraftverk. Det indämda området är 3,1 ha.

Framför turbinintagen finns luckor för att öppna och stänga vattentillförseln till turbinerna. Därutöver finns en lucka i dammvallens södra förlängning där det idag finns en fisktrappa vilken anlades 2010.

Enligt beslut från mark- och miljödomstolen 2013 i mål nr M 2292-13 ska minst 300 l/s släppas i fisktrappan under perioden 15 september till 31 december och 1 april till 30 maj.

Framför turbinhusen finns ett 11 meter brett rensgaller som är gemensamt för turbinintagen. Gallret – vilket sökandena avser att byta ut till ett fingaller om 15 mm spaltbredd – har en spaltbredd på mellan 20 och 50 mm och en lutning på ca 55°. Gallret rensas manuellt. Den genomsnittliga vattenhastigheten vid ytan före instegsgallret har bedömts till <0,5 m/s.

Det finns tre turbiner, alla av Francistyp, vilka installerades 1989, 1999 respektive 2007. Slukförmågan är idag 1,88, 1,22 respektive 1,32 m<sup>3</sup>/s, vilket sammantaget ger 4,42 m<sup>3</sup>/s. Drivvattenföringen är 1,0 m<sup>3</sup>/s. Två av turbinerna, G2 och G3, är placerade i en gemensam sump i en mindre byggnad medan den tredje, G1, är placerad i den gamla kvarnbyggnaden.

Medelproduktionen av el för de tre turbinerna ligger omkring 280 MWh/år i dagens utförande. Omkring 80 % av produktionen säljs externt. Utloppskanalen från G1 är ca 3 meter lång medan utloppskanalen från G2 och G3 är 22 meter.

### **Lagligförklaring**

Bösmöllan ligger mellan Lilla Harrie och Håstad i Lunds kommun.

Dammanläggningen i Kävlingeån har historiskt sett haft en viktig funktion då den under långa tider har använts för drift av kvarnar och industrier. Historiska belägg finns för att det har funnits en kvarn på platsen sedan 1500-talet eller åtminstone sent 1600-tal. Det är troligt att det redan då etablerades någon form av dämme på platsen.

Den stora kvarnbyggnaden byggdes om 1856 och fick då den utformning som den har idag medan den mindre kvarnbyggnaden stod ombyggd redan 1833. Den första turbinen installerades troligen 1895 och fram till den förra ägarens konkurs 1954 drevs kvarnverksamheten med denna. Efter konkursen stod kvarnverksamheten och turbindriften stilla fram till 1989 då nuvarande ägare återupptog turbindriften efter dialog med länsstyrelsen. Sedan dess har ytterligare två turbiner installerats och tagits i drift. Detta skedde 1989 respektive 1999. Ett byte av den ursprungliga turbinen ägde rum 2007 då denna byttes mot en modernare turbin av samma modell. 2001 anlades en fisktrappa (klacktrappa).

Bron över Kävlingeån från A till B tillkom 1854. 1944 raserades krönet i norr och återuppfördes i stål och trä. I söder har bron förstärkts med betongfundament.

**Ombyggnad, planerad faunapassage**

Efter planerade återställningsåtgärder på dammanläggningen vid Lilla Harrie bedöms produktionen kunna ökas till 350 MWh/år med en total slukförmåga på 5,8 m<sup>3</sup>/s.

Vid Bösmöllan finns ingen "naturfåra". Vid högvatten rinner dock vatten över dammvallen, vilket skapar en tillfällig vandringsled för simstarka arter.

Sökandena har tagit fram två alternativa placeringar av en ny faunapassage, A och B. I båda alternativen sker en upptröskling med natursten nedströms dammvallen. För god funktionalitet ska passagen ha en lutning på mellan 1 och 5 %. Vid 3 % lutning ger det en upptröskling på omkring 40 meter. Inom upptrösklingen skapas en "vagga" för vattenföring. I dammvallen anläggs ett utskov om 40 cm.

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 tider på året, men i denna finns ingen "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.

Avsikten är att den fisktrappa (klacktrappa) som anlades 2001 helt eller delvis ska bibehållas i befintligt skick som ål- och smoltavledare (flyktväg) om villkor om en ny faunapassage uppställs. För att få erforderlig stabilitet kan den befintliga fiskvägen emellertid behöva sättas igen i alternativ A. I så fall får man inom ramen för projekteringen finna annan lösning för ål- och smoltavledningen. För tydlighets skull omfattar denna ansökan även rätt att vidta de åtgärder i vattendraget och dess närhet som krävs för att erforderliga skadeförebyggande åtgärder ska kunna genomföras på ett säkert, ändamålsenligt och kostnadseffektivt sätt.

Faunapassagen ska konstrueras så att ett flöde om 100 l/s alltid passerar och att ett flöde om 300 l/s säkerställs under de tidsperioder då detta behövs. Faunapassagen kommer att möjliggöra uppströms vandring av både svag- och starksimmande arter.

Eventuell faunapassage och nytt fingaller kommer att utföras i samråd med fiskevårdsexpertis. Grävmaskin/traktorgrävare kommer att användas. Åtgärder för att minska grumling kommer att vidtas. Anläggningsarbetena kommer att utföras vid låga vattenflöden och på sätt att risk för nedströms grumling minimeras.

Arbetena beräknas ta 3-4 veckor att genomföra men kan beroende på väderleksförhållanden behöva utsträckas över flera säsonger. Ingen avsänkning sker vid byggandet av faunapassagen. Vid arbetena med utskovet till faunapassagen finns behov av att sänka dammen under några veckor. Även vid det löpande underhållet och inspektioner måste en avsänkning göras.

### **Miljökonsekvensbeskrivning**

Kävlingeån är ett av Skånes största vattendrag. Nedströms aktuell anläggning byter ån namn till Löddeå. Åns vattenföring regleras i Vombsjöns utlopp. Fördämningen i Vombsjön utgör ett definitivt vandringshinder. Även aktuell anläggning utgör ett vandringshinder för fisk. Ytterligare vandringshinder i ån finns både uppströms och nedströms nu aktuell anläggning.

Naturvårdsverket har pekat ut Kävlingeån som regionalt särskilt värdefullt vatten. Delar av vattensystemet är klassade som nationellt värdefulla, bl.a. mynningen där den utgör ett viktigt uppväxtområde för havsöring. De områden där öring förekommer i störst antal i huvudfåran är i de omlöp där en höjdskillnad har åstadkommits på konstgjord väg.

Föreslagna åtgärder i form av faunapassage och fingaller för att minska konsekvenserna av kraftverket väntas minska mortaliteten nedströms för migrerande arter, underlätta migrationen uppströms för glasålen, öka den genetiska variationen i de arter som inte migrerar och därmed styrka de populationer som finns i vattendraget.

Anläggningen är belägen inom vattenförekomsten Kävlingeån: Havet- Bråån- SE618685-133000. Den ekologiska statusen i ytvattenförekomsten har klassificerats som otillfredsställande och förlängd tidsfrist för att nå god ekologisk status har getts till 2021 beträffande flödesregleringar, kontinuitet och morfologiska förändringar, medan problem orsakade av övergödning getts tidsfristen 2027.

Den aktuella anläggningen är en del av anledningen till att vattenförekomsten inte uppnådde god ekologisk status vid klassningen. De sökta åtgärderna motsvarar de åtgärder som föreslås för vattenförekomsten och bedöms därför kunna bidra till att god ekologisk status uppnås senast 2021 avseende hydromorfologiska kvalitetsfaktorer.

För faunapassagen har flera alternativ samt övriga åtgärder noga studerats. Utbyte av galler framför vattenintaget föreslås för att uppfylla kravet på bästa tillgängliga teknik. Åtgärder för att hindra fisk att gå uppströms utloppskanal har utretts men inte ansetts behövlig.

Då sökandena anser att i vart fall dammen är tillkommen i laga ordning skulle nollalternativet vara en situation med befintlig dammvall utan utskov för

fiskvandring och utan turbindrift. Konsekvensen skulle bli ett definitivt vandringshinder för många arter under en stor del av året.

En total utrivning av befintliga fördämningar har bedömts medföra förödande påverkan på de allmän ekologiska värdena i ån då ekosystemet i dammar och miljöer nedströms har anpassats till rådande förhållande i form av vandringshinder under århundraden.

I anläggningens närområde, ca 2,5 km sydväst om anläggningen, finns Stångby mosse som är naturreservat och klassad som riksintresse för naturvården. Delar av området omfattas även av Natura 2000. Någon påverkan från anläggningen kan inte förväntas.

Cirka 4,5 km norr om anläggningen finns Stora Harrie mosse. Även den är naturreservat och riksintresse samt utgör Natura 2000-område. Risken för påverkan från anläggningen anses som obefintlig.

På åns södersida, strax uppströms anläggningen, finns ett fuktområde som klassats som en värdefull naturtyp inom Natura 2000-nätverket. Området är till stor del beroende av den hydrologiska regim som förekommer i vattendraget. Anläggningen har alltså haft positiva effekter på just detta område.

Den akut hotade ålen förekommer i Kävlingeån. I biflöden till Kävlingeån förekommer den starkt hotade arten tjockskalig målarmussla. Genom förbättrade fingaller och anläggande av faunapassage förväntas förutsättningarna för många fiskar, däribland målarmusslans värddjur, förbättras. Konsekvenserna för såväl ålen som den tjockskaliga målarmusslan bedöms därför minska. Under anläggningstiden kan dock viss påverkan i form av grumling förväntas.

Föreslagen faunapassage förväntas medföra positiva effekter för riksintresseområdet Bråån genom förbättrade möjligheter till genetisk variation och minskad mortalitet för migrerande arter.

Söder om Kävlingeån finns Lackalänga som är ett område av riksintresse för kulturmiljön. Den aktuella anläggningen utgör en del av de värden som nämns vid beskrivningen av riksintresset.

Anläggningen medför effekter för det rörliga friluftslivet genom att försvåra tillgängligheten till strandzonerna och genom att försvåra passagen vid paddling. Faunapassagen väntas få positiva effekter för fritidsfisket. Konsekvenserna under anläggningstiden bedöms som måttliga.

### **Planförhållanden**

Fastigheten ligger utanför detaljplanerat område. Översiktsplanen innehåller inte något hinder mot verksamheten.

### **Båtnad**

En ekonomisk beräkning ger vid handen att sökandena har en nettobehållning om ca 13 000 – 74 000 kr/år. Kostnaden för anläggandet av faunapassage har uppskattats till 305 000 kr.

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**

Då någon nämnvärd förändring av vattenförhållandena inte kommer att ske gör sökandena den bedömningen att de sökta åtgärderna inte kommer att beröra några andra fastigheter än sökandenas egen.

**INKOMNA YTTRANDEN**

Kammarkollegiet yrkar i första hand att ansökan ska avvisas och i andra hand, för det fall domstolen har för avsikt att pröva ansökan i sak på befintligt underlag, att ansökan ska avslås.

Miljökonsekvensbeskrivningen bör inte godkännas. Sökanden har inte visat på erforderlig rådighet.

Kammarkollegiet yrkar vidare ersättning för rättegångskostnader med 40 373 kr.

Såvitt Kammarkollegiet uppfattar ansökan med bilagor och kompletteringar ansöker G och ÅS (sökandena) om lagligförklaring, alternativt tillstånd att bibehålla, befintlig vattenkraftsanläggning bestående av bl.a. damm, turbinsumpar och turbiner, intags- och utloppskanal, fiskväg m.m. samt tillstånd att för kraftproduktion driva angiven vattenkraftsanläggning för en drivvattenföring om minst 1 m<sup>3</sup>/s samt med en slukförmåga om 5,8 m<sup>3</sup>/s m.m. på fastigheten A.

Kammarkollegiet noterar att under 35 år pågick inte någon turbindrift vid anläggningen. Kollegiet noterar vidare att ansökan inte omfattar tillstånd till den dämning som nu sker genom den befintliga dammen. Ansökan omfattar inte heller tillstånd i efterhand till installation av turbin 1999, byte av turbin 2007, anläggande av fisktrappa 2001 eller 2010 (?) eller installation av den del av rensvallret som har 50 mm spaltvidd 2007.

Genom sin ansökan med där angivna yrkanden avgränsar sökandena vad som kan prövas. I aktuell ansökan yrkar sökandena att mark- och miljödomstolen lagligförklarar *alternativt* ger tillstånd till att bibehålla befintlig vattenkraftsanläggning samt ger sökandena tillstånd att för kraftproduktion driva angiven vattenkraftsanläggning för en drivvattenföring om *minst* 1,0 m<sup>3</sup>/s samt med en slukförmåga om 6,0 m<sup>3</sup>/s (Kammarkollegiets kursivering).



Kammarkollegiet anser att ansökan borde ha omfattat ansökan om lagligförklaring *samt* tillstånd till bibehållande av aktuell anläggning. Ansökan borde också ha formulerats som tillstånd att för kraftproduktion driva angiven vattenkraftsanläggning för en drivvattenföring om *högst* 1,0 m<sup>3</sup>/s.

Kammarkollegiet anser vidare att ansökan även borde ha omfattat tillstånd i efterhand till uppförande av anläggning då det av ansökan framgår att del av anläggningen är renoverad/ombyggd efter miljöbalkens ikraftträdande.

Kammarkollegiet noterar att av ansökan framkommer motstridiga uppgifter avseende elproduktionen vid Bösamöllan. I ansökan anges att nuvarande produktion uppgår till 280 MWh/år, men att efter ombyggnaden av Lilla Harrie kommer elproduktionen att uppgå till 350 MWh/år. Kammarkollegiet noterar dock att av samrådsunderlaget kan utläsas att produktionen vid Bösamöllan kommer att uppgå till 308 MWh/år. Kammarkollegiet anser att det inte är möjligt att pröva ansökan utifrån så oklara uppgifter. Något tillstånd till ombyggnation av anläggningen Lilla Harrie i enlighet med vad som beskrivs i här aktuell ansökan föreligger inte heller.

Hur här aktuell anläggning ska byggas om och drift kommer att ske för att uppnå denna produktionsökning går inte klart att utläsa av ansökan. Kammarkollegiet finner vidare skäl att påpeka att hur denna förändrade drift av anläggningen kommer att påverka naturvärdena på platsen inte finns beskrivet i ansökan. Inte heller finns något underlag som visar hur en förändrad drift kan påverka möjligheterna att nå gällande miljökvalitetsnorm eller vilka försiktighetsåtgärder som då måste föreskrivas.

Kammarkollegiet uppfattar att sökandenas yrkande om tillstånd till drift av aktuell anläggning för en drivvattenföring om minst 1,0 m<sup>3</sup>/s innebär att någon begränsning av drivvattenföringen inte skulle finnas. För det fall sådant tillstånd skulle meddelas skulle sökandena kunna driva verksamheten med hur stor drivvattenföring som helst. Kammarkollegiet anser att ett tillstånd utan begränsning av

drivvattenföringens storlek inte skulle vara förenligt med bl.a. försiktighetsprincipen i miljöbalken. Vilka försiktighetsmått som skulle behöva föreskrivas för sådan verksamhet skulle inte vara möjligt att fastställa, exempelvis för att nå gällande miljökvalitetsnorm för vattenförekomsten. Vidare förefaller det omöjligt att bedriva tillsyn avseende sådan verksamhet. Även bestämmelserna i 24 kap. miljöbalken måste beaktas.

Kammarkollegiet anser att ansökan har avgränsats på ett sätt som medför att en sammantagen prövning av verksamheten och dess skadeverkningar inte kan ske.

När det gäller frågan om lagligförklaring hänvisar sökanden till sin inlaga 2015-12-18. Sökanden uppger i angivna inlaga att anläggningens samtliga delar har tillkommit i enlighet med för varje tidpunkt gällande regelverk. Kammarkollegiet uppfattar därför angivna inlaga som att sökanden anser att olika anläggningsdelar ska lagligförklaras med stöd av olika bestämmelser.

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. Kammarkollegiet anser därför att en eventuell lagligförklaring bör ske med stöd av samma bestämmelser för hela anläggningen.

Av ansökan kan utläsas att anläggningen delvis renoverats/byggt om efter miljöbalkens ikraftträdande. Bland annat framgår av samrådsunderlaget att två begagnade turbiner installerades 1989 (dvs. innan miljöbalken trädde i kraft) när driften av anläggningen återupptogs efter 35 års uppehåll. Vidare framgår att en tredje turbin installerades 1999, att en ”klacktrappa” installerades 2001 och att en av turbinerna byttes ut 2007. Kammarkollegiet erinrar om att det inte är möjligt att lagligförklara en anläggning där tillståndpliktiga åtgärder vidtagits efter miljöbalkens ikraftträdande.

I ansökan anges att det bedrivits kvarnverksamhet på platsen sedan 1500-talet eller i vart fall tidigt 1600-tal och att det är sannolikt att befintligt dämme etablerats redan dessförinnan. Vidare anges bl.a. att den första turbinen installerades 1895.

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 försees 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.

Sökandena har bevisbördan för när den aktuella anläggningen har uppförts och att anläggningen vid uppförandet var i lagenligt skick. Enligt Kammarkollegiets mening har sökandena inte inkommit med sådant underlag som motsvarar dessa krav. Kammarkollegiet kan konstatera att sökandena 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 att miljökvalitetsnormerna gäller omedelbart, dvs. även vid lagligförklaring av en anläggning, varför en eventuell lagligförklaring förutsätter att denna förenas med villkor om försiktighetsmått motsvarande bästa möjliga teknik. Kollegiet noterar dock att sökanden inte har föreslagit att ansökt lagligförklaring ska förenas med några villkor om försiktighetsmått.

Sökandena har uppgett att det inte har framkommit några omständigheter som talar för att annans rättighet till följd av anläggningen skulle ha kränkts. Kammarkollegiet vill här 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.

Kammarkollegiet erinrar om vad som stadgas i 1918 års vattenlag (ÄVL) 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.

Vad avser lagligförklaring har sökandena inte kompletterat ansökan med tydliga uppgifter om vilka bestämmelser sökandena anser ska tillämpas vid en eventuell lagligförklaring av anläggningen/anläggningsdelarna. Såvitt kollegiet kan utläsa av de uppgifter som lämnas i underlaget kan eventuellt vissa delar av anläggningen prövas enligt 1918 års vattenlag och andra enligt 1983 års vattenlag.

Kammarkollegiet kan av underlaget inte utläsa några uppgifter om när turbinsumpar, intags- och utloppskanal, fiskväg, rensgaller med 20 mm spaltvidd, luckor m.m. uppförts/renoverats och således inte heller enligt vilka bestämmelser dessa avses prövas. Det som kan konstateras är att intagskanal G1 består av murat tegel, intagskanal G2 består av gjuten betong och dammluckorna av trä.

Kammarkollegiet anser att eventuell lagligförklaring måste förenas med villkor avseende bl.a. anordningar för att säkerställa faunans möjligheter till upp- och nedströmsvandring förbi damm och andra anläggningsdelar. Enligt kollegiets mening är gjorda kompletteringar av provningsunderlaget inte tillräckliga.

Fråga är nu om lagligförklaring av bl.a. befintlig damm. Enligt Kammarkollegiets mening är det inte lämpligt att pröva frågan om lagligförklaring av dammen separat från en tillståndsprövning avseende dämning (se bl.a. den tekniska beskrivningen figur 4.2 och miljökonsekvensbeskrivningen avsnitt 5.2.1) då dammen har ett funktionellt samband med den verksamhet som bedrivs och avses bedrivas. Dammen är en förutsättning för dämningen och dämningen är en förutsättning för att driva kraftverket. Om dammen skulle lagligförklaras skulle detta medföra att dämningen av Kävlingeån, dvs. en tillståndspliktig verksamhet, skulle fortsätta trots att ansökan inte omfattar tillstånd till denna verksamhet. En prövning utifrån vad som yrkats framstår därför inte som ändamålsenlig sett till miljöbalkens krav på en sammanhållen prövning, jfr Mark- och miljööverdomstolens dom 2014-11-14 i mål nr M 9221-13. Vid detta förhållande anser Kammarkollegiet att det saknas förutsättningar att lagligförklara dammen.

Sökandena uppger att dämme och anläggning för avledande av vatten för utvinning av vattenkraft har etablerats före år 1734 och att anläggningens huvudsakliga utformning och läge därefter bestått och att anläggningen i dessa delar omfattas av urminnes hävd. Enligt kollegiets mening finns inga uppgifter som kan verifiera dessa påståenden. Av ansökan framgår däremot att den första turbinen installerades 1895. Enligt kollegiets mening är den kvarndrift som uppges ha pågått före 1895 inte att likställa med drift av vattenkraftverk. Kammarkollegiet anser vidare att då någon turbindrif inte pågick under perioden 1954-1989 kan frågan om urminnes hävd inte bli aktuell i målet.

Kammarkollegiet vidhåller vad som anförts tidigare avseende dämning. Kollegiet har i tidigare yttrande påpekat att ansökan inte omfattar tillstånd till dämning trots att den befintliga dammen dämmer.

I ansökan anges att nuvarande elproduktion vid Bösamöllan uppgår till omkring 280 MWh/år. Nuvarande slukförmåga beräknas till 4,42 m<sup>3</sup>/s. Vidare anges att efter ombyggnation av Lilla Harrie beräknas produktionen vid Bösamöllan uppgå till ca 350 MWh/år, vilket uppges motsvara en 25-procentig ökning av nuvarande elproduktion. Beräknad slukförmåga uppges öka till 5,8 m<sup>3</sup>/s. Något underlag som visar vilken påverkan på naturförhållandena på platsen som kan komma att följa av denna utökade verksamhet finns inte. Inte heller finns några förslag till försiktighetsmått avseende denna utökade verksamhet och hur denna utökade verksamhet påverkar möjligheterna att nå gällande miljökvalitetsnorm. Kammarkollegiet finner vidare skäl att erinra om att såvitt kan utläsas av samrådsunderlaget beräknas planerad produktion vid Bösamöllan uppgå till 308 MWh/år.

Av ansökan framgår att sökandena yrkar att mark- och miljödomstolen ger sökandena tillstånd att för kraftproduktion driva angivna vattenkraftsanläggning för en drivvattenföring om minst 1,0 m<sup>3</sup>/s samt med en slukförmåga om 5,8 m<sup>3</sup>/s. En sådan avgränsning av ansökan skulle kunna tolkas som att med ett tillstånd i enlighet med ansökan står det sökandena fritt att öka drivvattenföringen utan begränsning. Detta är bl.a. inte förenligt med miljöbalkens försiktighetsprincip och kan inte godtas.

I aktbilaga 58 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 sökandenas 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.

Beträffande båtnaden ansluter sig Kammarkollegiet till vad Havs- och vattenmyndigheten och länsstyrelsen har 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 miljökvalitetsnorm, 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. Sökandena uppger i ansökan att nuvarande årsproduktion uppgår till mindre än 300 000 kWh men att planerad produktion är



780 000 kWh. Sökandena har i sin beräkning av årliga intäkter utgått från den högre produktionsmängden. Av ansökan framgår dock inget tydligt yrkande om tillstånd till angivna produktion. Inte heller framgår exakt vilka åtgärder sökandena har för avsikt att vidta för att uppnå denna högre angivna produktionsmängd. Inte heller yrkas tydligt tillstånd till vidtagande av dessa åtgärder. Enligt kollegiets bedömning går det inte att göra en korrekt samhällsekonomisk bedömning utifrån föreliggande underlag.

Efter huvudförhandlingen har Kammarkollegiet kompletterat sitt yttrande med följande:

Kammarkollegiet avstår från att lämna synpunkter avseende frågan om brons laglighet.

Som Kammarkollegiet påpekat tidigare ligger del av den aktuella anläggningen, dvs. här del av dammen, utanför fastigheten A. Såvitt går att utläsa av kartor ligger dammen delvis på fastigheten B och delvis inom vad som troligen är outrett vattenområde (kallat "fastigheten B" i den fastighetskarta Kammarkollegiet skickat in till domstolen 2017-06-12) inom Eslövs kommun. Vad kollegiet påpekat om bristande rådighet avser den del av dammen som ligger utanför sökandenas egen fastighet. Det underlag sökandena nu inlämnat föranleder inte Kammarkollegiet att ändra sin inställning avseende rådigheten. Kammarkollegiet vidhåller således vad som tidigare anförts i denna del.

Eftersom dammen delvis ligger på fastigheten B samt delvis på "fastigheten B" och då dammen dämmer (jfr Mark- och miljööverdomstolens dom 2017-09-18 i mål nr M 7209-16) samt då ansökan nu även omfattar tillstånd till dämning krävs rådighet även inom dessa områden. Sökandena har dock inte erforderlig rådighet.

Här vill Kammarkollegiet tillägga att eftersom sökandena 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, samt lagligförklaring av bro, och att den ansökan som kungjorts inte omfattade dämning samt nämnda lagligförklaring, anser Kammarkollegiet att ansökan borde ha kungjorts på nytt med de yrkanden som nu föreligger.

Som försiktighetsmått har sökandena bl.a. föreslagit att en faunapassage ska anläggas. Sökandena planerar en "avsänkning av vattenmagasinet under lågvattenförhållanden" för att anlägga nämnda faunapassage. Kammarkollegiet anser att en avsänkning av Kävlingeån är tillståndspliktig vattenverksamhet. Såvitt Kammarkollegiet kan utläsa av ansökan med bilagor finns inget yrkande om tillstånd till avsänkning av ån, endast uppgifter om att "den totala tiden som arbeten pågår bedöms uppgå till ca 3-4 veckor" och att "Beroende på nederbörd och vattenflöden, kan åtgärderna behöva utsträckas över ett par säsonger." I vart fall måste prövningsunderlaget innehålla uppgifter om när och hur en avsänkning planeras ske och hur det ska säkerställas att det inte uppkommer skador på naturmiljön vid sådan avsänkning och när planerade arbeten utförs. Viktigt här är att påpeka att det i området finns arter som är skyddade enligt artskyddsförordningen och att det måste säkerställas att planerade åtgärder inte riskerar att skada dessa arter eller deras livsmiljöer. Kammarkollegiet kan inte se att ansökan innehåller sådant underlag. Enligt kollegiets mening är denna brist ytterligare ett argument för att miljökonsekvensbeskrivningen inte kan godkännas.

Kammarkollegiet noterar att ansökan fortfarande inte omfattar några dämnings- och sänkingsgränser 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 sökandenas nu inlämnade kompletteringar inte kompensera för de ursprungliga bristerna i prövningsunderlaget. Kammarkollegiet vidhåller därför att miljökonsekvensbeskrivningen inte kan godkännas.

Sökandena har i ansökan uppgett olika tidpunkter för när dammen uppförts, bl.a. att det är troligt att det redan på 1500-talet etablerades någon form av dämme på platsen. Därefter har sökandena uppgett att dämme och anläggning för avledande av vatten har etablerats före 1734. 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 dämma 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 (Bösamöllan) vid denna tidpunkt. De uppgifter sökandena lämnat avseende tidpunkten för dammens uppförande är således felaktiga. Kammarkollegiet noterar, som tidigare anförts, att det inte finns något underlag som visar när dammen uppförts. Utifrån sökandenas uppgifter om att den första turbinen troligen installerades 1895 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. I det här aktuella fallet har dammen delvis uppförts utanför fastigheten A, dvs, utanför den egna fastigheten. Sökandena har inte visat något underlag som visar att sökandena har någon sådan rätt. Kammarkollegiet vill även erinra om att någon prövning mot enskilda eller allmänna intressen aldrig har skett.

Sökandena 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 sökandenas invändning i denna del.

Sökandena uppger vidare att "kravisbildning" kan orsaka problem.

Kammarkollegiet vill här påpeka att det finns inget i provningsunderlaget 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.

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 naturfårorna kan hål 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 7 200 kronor exkl. moms.

Myndigheten anför i huvudsak följande. Sammantaget anser Havs- och vattenmyndigheten att det inte är visat att verksamheten lever upp till kraven i 11 kap. 6 § miljöbalken. Det framgår exempelvis inte av beräkningar hur avsättningen av vatten för naturfåror 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 sökandenas 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 1/s.

I övrigt så bör avledningsanordningarna totalt ha ett flöde på minst 600 1/s. Betalösningar bör eftersträvas, särskilt om det finns två olika kraftverk med olika

intag såsom i Bösamöllan och Mellanmöllan (Kvarnviks valskvarn). En betalösning skulle då kunna leda fisken förbi båda kraftverken på samma gång. För det fall att alfalösningar 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 föreslagna uppströmslösningar för de båda kraftverken riskerar att inte fungera tillfredsställande. Detta eftersom det finns två olika turbinutlopp och det är alltför långt emellan dem för att den fisk som står vid turbinutloppen med säkerhet ska kunna känna av de hydrauliska avtrycken från omlörens utlopp.

Havs- och vattenmyndigheten beklagar att inga noggrannare provtappningar och bedömningar gällande flöden i naturfåroarna 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 naturfåroarna är en rimlig basnivå framgår av Mark- och miljööverdomstolens dom gällande Valtorps kvarn (M 2227-12).

Miljökvalitetsnormerna ska tillämpas i nu aktuella målet. Av 6 § lagen om införande av miljöbalken framgår att bestämmelserna om miljökvalitetsnormer 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 miljökvalitetsnormerna ska kunna följas. En lägre ambitionsnivå skulle stå i strid med ickeförsämringskravet, de allmänna hänsynsreglerna och kraven att tillräckliga skyddsvillkor ska fastställas för att miljökvalitetsnormerna 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 sökandena 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 sökandena föreslår nedströmslösningar som inte är i linje med dagens kunskap om bästa möjliga teknik.

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 väga 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.

I fråga om lagligförklaring yrkar länsstyrelsen att om dammvallen lagligförklaras ska domen 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 yrkar dessutom ersättning för rättegångskostnader med 27 200 kr exkl. moms.

Länsstyrelsen anser, bland annat med hänvisning till åns höga biologiska värden, att det måste anses vara miljömässigt motiverat med teknikval som motsvarar bästa möjliga teknik (BMT). I frågor om de tekniska lösningarna för passerbarhet motsvarar ansökan långt ifrån vad som kan krävas för tillåtlighet enligt 2 kapitlet miljöbalken. Även båtadsberäkningen enligt 11 kap. 6 § har fortfarande stora brister. Ansökan om tillstånd till turbindrift ska därför avslås.

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 dämningssverksamhet 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.

Sökandena tycks leva i villfarelsen att de redan vid låga flöden ska ha rätt att avleda vatten till turbindrift. Omlöpet förses visserligen med ett flöde som ligger nära vad som kan accepteras men det förutsätter en lämplig placering av insteget.

Länsstyrelsen påminner 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 de anlagda upp- och nedströmpassagerna tillförsäkras ett tillräckligt stort flöde i en robust och långsiktigt funktionell konstruktion. Detta är inte fallet här, bland annat eftersom fisk kommer att bli instängda i en återvändsgränd vid G2-G3.

Att klara anlockningen från samtliga turbinutlopp måste vara utgångspunkten och

då detta ligger mycket långt från vad sökandena åtagit sig är det skäl nog för ett avslagsyrkande. Dessutom är båtnadsberäkningen inte trovärdig, främst på grund av den långa avskrivningstiden i kombination med obefintligt avsatta medel för underhåll av fiskvägarna.

Vid en sammanvägd bedömning av underlaget i handlingarna gör länsstyrelsen bedömningen att driften saknar båtnad samt att BMT för upp- och nedströms fiskpassage inklusive naturfåran är långt ifrån uppfyllt vid anläggningen. Därför ska ansökan avslås.

Enligt länsstyrelsen uppfyller uppströmspassagen inte BMT. Dessutom innebär den valda utformningen en lösning som riskerar att kräva mycket kostsamt och regelbundet underhållsarbete om funktionen ska kvarstå.

Med nuvarande placering finns dessutom en uppenbar risk för att fisken inte finner ingången till faunapassagen. Vid högre flöden är risken uppenbar att fisken simmar förbi faunapassagen och hamnar nedströms dammvallen. Förslaget i ansökan innebär en stor risk för att fisken kommer söka sig till utloppet från G2 och G3-turbinerna då dessa körs. Detta då lockvattnet från faunapassagen nedströms G1-turbinen inte når de fiskar som går in och sannolikt "fastnar" nedströms G2 och G3-turbinerna. Just det flödesintervall där utflödet från dessa turbiner har som högst andel av det totala flödet (ligger i nivå med det samlade flödet från G1 och faunapassagen) inträffar under mitten på oktober då fiskvandringen är som intensivast. Även flödet från G1 turbinen på 2,5 m<sup>3</sup>/s och avståndet till faunapassagen kan göra att denna kan vara svårt för fisken att finna.

Det framgår inte av kompletteringen hur ovanstående problem, med att fiskar fastnar i "fel" kanal under viktig vandringstid, kommer att hanteras i tappningsplan och övrig drift, vilket är en allvarlig brist.

Uppvandringen måste kunna ske utan risk för fördröjning oavsett om fisken kommer längs norrsidan, södersidan eller i mitten av vattendraget. Det finns alltså

en risk för att fisken vid högre flöden vill passera längs åns norra sida, uppluckade av flödet som passerar dammvallen. Med den föreslagna placeringen av omlöpet finns dock inget åtagande om att underlätta för uppvandring i den norra delen av åfåran, vilket innebär en risk för fördröjningsskador på de fiskar som fastnar där.

När det gäller lutning föreslås faunapassagen få en lutning på 3,5 %. Sökandena har inte visat att faunapassagen med denna lutning på 3,5 % långsiktigt uppfyller bästa möjliga teknik och är passerbar för Kävlingeåns simsvagare fiskar.

Bästa möjliga teknik för nedströmspassage avser låglutande fiskanpassat fingaller med lutning  $\leq 35^\circ$  mot horisontalplanet (Hav 2013). Länsstyrelsen anser att det ska gälla även för T2-turbinens inlopp, då låg lutning medför att fisken leds mot ytan till flyktöppning vilket är viktigt för att fiskens förbipassage inte ska fördröjas.

Sökandena anger ombyggnadstekniska svårigheter som motiv till att behålla dagens alltför stora lutning på  $55^\circ$ . Enligt länsstyrelsen kan sådant motiv, som här är att jämställa med ekonomiskt motiv, inte utgöra skäl vid en nyprövning i ett särskilt värdefullt vattendrag utan att även redovisa förlust av ekosystemtjänster i den ekonomiska kalkylen.

Vattenhastigheten framför gallren redovisas så summariskt att det är svårt att förstå var i vattenvolymen den angivna siffran gäller.

Flödet är enligt ansökan begränsat till 100 l/s och flyktöppning. I kompletteringen har det inte motiverats varför dessa flöden har valts och sökandena har inte visat att full funktion nås med dessa flöden. Enligt länsstyrelsen är det för låga flöden för att fungera tillfredsställande för framför allt större fisk. Vid den nedströms liggande anläggningen på Lilla Harrie 4:2 mynnar den föreslagna faunapassagen vid gallret vilket gör att faunapassagen vid den anläggningen eventuellt kommer att kunna användas av större fiskar. Vid Bösmöllan finns inte detta alternativ vilket gör det särskilt angeläget att visa att full funktion nås med det valda flödet.

Sökandena framhåller att det inte finns något motiv till att ha nödluckor eller styr- och reglerteknik då kraftverken drivs som strömkraftverk. Det anförs att reglering

av vattennivån inte förekommer. Enligt länsstyrelsens bedömning kommer någon form av reglering förekomma eftersom sökandena kommer att avleda vatten till turbinen och fylla på magasinet efter turbinkörning i olika mån beroende på exempelvis flödessituationen. Bösmöllan beskriver dock en lägre nivå på magasinet under lågflödesförhållanden.

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 sökandena 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. I fråga om anslutning till elnät kan detta möjligen vara rimligt, men 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. Den föreslagna lösningen bedöms av länsstyrelsen dessutom som mycket underhållskrävande.

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 de båda gallren, samtliga flyktvägar samt faunapassagen 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 inte ens kommer att täcka avgifterna för tillsynsmyndighetens regelbundna tillsyn.

De åtaganden om skadeförebyggande åtgärder som sökandena har presenterat är långt ifrån tillräckliga för att tillgodose behovet för de aktuella naturvärdena. Verksamheten kommer därför i konflikt med hushållningsbestämmelserna i 3 kapitlet miljöbalken.

Beträffande kungsfiskaren anser länsstyrelsen att arbeten inte ska få utföras under häckningstiden.

Frågan om utbyggnadsvitsord är av civilrättslig karaktär. Det måste ändå anses som ett minimikrav om man ansöker om att bli strömfallsfastighet att det redovisas vilken sträcka som avses och hur kravet på minst 50 % ägande, eller annan rättighet, uppfylls. Sökandena vägrar att komplettera med de enkla uppgifterna om vilken strömsträcka som avses, vilka övriga fastigheter det finns på strömsträckan samt respektive fastighets ägarandel till strömsträckan. Det är svårt att tolka denna vägran som något annat än att sökandena själva tvivlar på att de uppnår 50 %-kravet och att deras möjlighet att teckna servitutsavtal med övriga fastighetsägare är begränsad.

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 och det är stora risker för allvarliga felvandringar. Många frågor om utformningarna har hittills lämnats obesvarade med hänvisning till att de hör till detaljprojekteringen. Dessutom kommer fiskvägen att vara mycket underhållskrävande. Funktionerna kommer vara svåra och resurskrävande att följa upp. 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 dammvallen lagligförklaras, måste 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.

Miljö- och byggnadsnämnden i Kävlinge kommun har inget att erinra mot ansökan. Nämnden yrkar på att det ställs som villkor att ny och förbättrad faunapassage ska anläggas enligt förslag i bilagan till ansökan. Miljö- och byggnadsnämnden förordar ett tidsbegränsat tillstånd som gör det möjligt att utvärdera de nya 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 sökandena 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.

Miljö- och samhällsbyggnadsnämnden i Eslövs kommun anför följande.

Kävlingeån är ett nationellt särskilt värdefullt vattendrag som hyser biologiska värden både i vattnet och på land. Där Bråån mynnar i Kävlingeån ingår den i riksintresse för naturvård och hela ån är föreslagen som riksintresse för friluftsliv. Många rödlistade och hotade arter finns i ån, bland annat tjockskalig målarmussla. Att fria vattenvägar återskapas är positivt för många fiskarter, men också för musslor och annan bottenfauna.

Från Vombsjön och till Örtofta är fallhöjden endast omkring 2 meter, därefter faller den ca 16 meter på sin färd mot havet. Dessa fall tillvaratas av kraftverk. Det innebär att ån till största delen rinner långsamt fram och strömvattenmiljöer är sällsynta. När kraftverken byggts har strömvattenmiljöer gått förlorade, därmed har naturmiljöer för arter som lever i dessa miljöer förlorats. Nämnden anser att en bedömning för vad utbyggnad av vattenkraft har betytt för naturmiljöerna i Kävlingeån samt åns naturliga produktion bör tas fram inför avgörandet om fortsatt tillstånd. Nämnden saknar en samhällekonisk helhetsbedömning där kostnaden för förlorade vattenmiljöer och vad detta har betytt för ån, jämförs med den ekonomiska vinning som kraftverken ger. Man bör också beakta Vattendirektivets mål att verka för god ekologisk status i våra vattendrag, som syftar till ett långsiktigt och hållbart utnyttjande av våra vattenresurser. Detta ska nås genom att minska föroreningar, främja en hållbar vattenanvändning och förbättra välståndet för de vattenberoende ekosystemen.

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 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 redovisade kostnader för anläggning av fiskvägarna 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 verksamheternas 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.

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 miljöbalken 11 kap. 6 §: *"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.

Beträffande kungsfiskaren anser vattenrådet att arbeten inte ska få utföras under häckningstiden samt att hänsyn även ska tas till fågelns viloplatser.

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 sökandena 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 försämrats 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 dämningssgräns 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.

Sökandena 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 § st. 1 miljöbalken. Enligt Sportfiskarna ska därmed i dessa fall tillstånden alltid tidsbegränsas.

Beskrivningen av naturfåran vid Kvarnviks valskvarn är fortfarande otillräckligt, särskilt med avseende på flöden samt dess variationer under året. De aspekter som främst saknas är vilka fiskarter som förekommer i naturfåran, hur naturfåran kan förbättras för att gynna strömlevande arter, vilka flöden som behövs för fungerande fiskvandring, vart dessa flöden ska tappas, samt hur aktuella flöden ska anpassas till olika säsongsvariationer.

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 sökandena 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 sökandena 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 innebar 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 konnektivetsproblematiken 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.

Södra Sveriges sportfiskeklubb (SSSK) anför i huvudsak följande. Det förslag på fiskväg som presenteras i ansökan är mycket sämre än det alternativ på åns norra sida som framställdes i samrådsunderlaget. Den ursprungliga åfåran på åns norra sida ger en bättre möjlighet för fisk att ta sig förbi kraftverket.

I ansökan anges en minimitappning om 100-300 l/s. Detta är alldeles för lågt. Minimitappning i fiskväg och torrfårar ska vara minst MLQ (för Kävlingeån ca 2 m<sup>3</sup>/s) enligt praxis i vattendrag som har ett stort värde för fiskvandring.

Vinkeln på galler ska enligt bästa möjliga teknik vara 30-35°. Den föreslagna vinkeln på 45° framför turbin T2 är alltför stor.

Flyktvägar ska finnas på en, alternativt båda sidor av gallret, och dessa ska ha ett flöde om minst 2-10 % av det flöde som avleds till turbiner.

Den föreslagna genomförandetiden (fem år) är orimligt lång. Åtgärderna bör vara genomförda inom två år från det att beslut är fattat.

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

Föreningen anför bl.a. följande. Kraftverket kan producera el motsvarande årsförbrukningen hos 39 villor. Domstolen måste ta ställning till om denna ringa produktion motiverar att miljökvalitetsnormerna försämrats.

Den bästa tillgängliga tekniken i Sverige är av typen  $\alpha$  med maximal vinkel av 30° och avledare av minst 50 cm höjd och 30 cm bredd som alltid står under vatten. Sökandena anger att en bättre vinkel inte ryms av ekonomiska skäl. Älvräddarna anser att 45° är en oacceptabelt hög vinkel.

Verksamheten kan därför inte tillåtas om den inte kan bära sina egna kostnader. Ett fingaller utan avledare 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.

Sökandena hävdar att fisk skulle lockas av "brus" och vattenhastighet från faunapassagen. Något sådant beteende av vandringsfisk har aldrig tidigare observerats. 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.

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 dammen. Dessa livsmiljöer är vitala inte enbart för akvatiskt liv utan även för fauna på landbacken, t.ex. forsärla, strömstare samt dag-, natt- och bäcksländor.

Sökandena anför i bemötande bl.a. följande. Sökandena råder genom sina respektive fastigheters gränser över mer än hälften av kraften vid fallsträckan och sökandenas respektive fastigheter ska därmed utgöra strömfallsfastighet.

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 mer 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 M 7539-15 och m 7542-15, dom 2016-04-01.

Att dämnet inte finns med på vissa äldre kartor innebär inte att dämnet inte fanns. Inte heller på moderna kartor ritas dämmen alltid ut. En förklaring till att dämmen på vissa kartor inte utmärks särskilt kan vara att de är belägna i vattenområdet, att det är fråga om strömkraftverk och att åvattnet strömmar över dammvallarna under stora delar av året.

Vid Bösamöllan har ägarna under åren varit särskilt angelägna om att eftersöka och bevara historiska dokument rörande fastigheten. De har därför beträffande det dämnet lyckats hitta historiska kartor där dämnet märkts ut.

Sökandena anser att varken fiske- eller bygdeavgift ska utgå om villkor om byggande av fiskväg meddelas eftersom den sökta verksamheten i förening med föreslagna skadeförebyggande åtgärder innebär att några skador inte uppstår.

Sökandena motsätter sig en tidbegränsning av tillståndet. Enlig förarbetena till 16 kap. 2 § miljöbalken bör användningen av tidsbegränsade tillstånd aktualiseras framför allt vid stora verksamheter som har en kraftig miljöpåverkan. En utvärdering av de nya faunapassagerna ska ske inom ramen för sökandenas egenkontroll. Med hänsyn till de investeringar sökandena 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.

Enligt 18 § lagen om införande av miljöbalken ska frågan om lagligheten av en vattenanläggning som tillkommit utan tillstånd före miljöbalkens ikraftträdande bedömas enligt de bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst.

Som tidigare redovisats har det på platsen bedrivits kvarnverksamhet sedan 1500-talet eller i vart fall tidigt 1600-tal. Det är sannolikt att befintligt dämme etablerats redan dessförinnan.

Före införandet av 1734 års lag saknades regler om vattenverksamhet. Enligt 20 kap. i 1734 års byggningsbalk fick jordägaren utnyttja vattnet över sin mark så länge som denne inte skadade andra intressen. Enligt 15 kap. 1 § i 1734 års jordabalk framgick att vattenverksamhet under vissa omständigheter kan omfattas av urminnes hävd. Sökandena gör gällande att dämmet och anläggning för avledande av vatten för utvinning av vattenkraft har etablerats före år 1734 och att anläggningens huvudsakliga utformning och läge därefter bestått. Anläggningen i dessa delar omfattas således av urminnes hävd.

Enligt 1880 års vattenförordning (VF) inrättades en möjlighet till domstolsprövning för den som ville tillgodogöra sig vattenkraft. En verksamhet kunde emellertid vara laglig trots att den inte prövats av domstol förutsatt att den inte kränkte annans rätt eller allmänna intressen.

Genom 1918 års vattenlag (ÄVL) inrättades ett mer allmänt krav på prövning för vattenföretag. Av lagtexten framgår emellertid att bestämmelserna inte rubbar den rätt som bland annat tillkom kvarnar eller annan rättighet att stänga eller uppdämma vattendrag, dock att vissa särskilt angivna inskränkningar fick tålas av sådana rättighetsinnehavare.

Nuvarande kvarnbyggnader på Bösamöllan uppfördes 1833 respektive 1856. Då dessa anläggningar har uppförts utan att andra intressen kom till skada får byggnaderna anses ha tillkommit i laga ordning.



Den första turbinen installerades på Bösamöllan år 1895. Denna installation får anses vara laglig enligt VF då installationen varken kränkt någon annans rätt eller något allmänt intresse.

Sökandena upptog år 1989 kvarnverksamheten som då hade legat nere under en period. Uppstarten skedde i dialog med länsstyrelsen. Samma år installerades en ny turbin och 1999 installerades ytterligare en. De åtgärder som vidtagits på eller i anslutning till anläggningen efter 1983 har bestått i rena underhållsåtgärder där det varit uppenbart att varken allmänna eller enskilda intressen skulle kunna skadas. Tillståndplikt har inte förelegat vare sig enligt 1983 års vattenlag eller miljöbalken jämte följdlagstiftning.

Den yrkade arbetstiden är normal för etablering av fiskvägar. Det saknas anledning att forcera arbetet med slutförande av föreslagna skadeförebyggande åtgärder. Sökandena finner inte skäl att utöka kretsen av rättighetsinnehavare och inte heller omfattningen av de rättigheter som tillkommer myndigheter m.fl. genom bestämmelserna i 28 kap. 1 § miljöbalken.

Vattenkraftverket vid Bösamöllan är ett så kallat strömkraftverk. Ett sådant har ingen eller obetydlig aktiv reglering av vattnet i kraftverksdammen. Istället nyttjas det vatten som strömmar till kraftverksdammen, dvs. tillrinningen. Det innebär att det i huvudsak ska hållas en oförändrad vattennivå i kraftverksdammarna och att verksamhetsutövaren varken kommer att reglera, magasinera eller aktivt modifiera vattennivån i Kävlingeån. Det kommer inte att ske någon aktiv förändring av vattnets djup och läge.

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.

Sökandena har kompletterat ansökan med en närmare beskrivning av den planerade faunapassagen för upp- och nedströmsvandring. Ett omlöp placeras strax nedströms

kraftverksutloppet från G1. Insteget anpassas till den nedre vattenytan och förläggs så att det utströmmande vattnet sker något vinklat huvudströmmen (mindre än 30 grader) för att optimera lockeffekten.

Ett minimiflöde om  $0,5 \text{ m}^3/\text{s}$  kommer alltid att upprätthållas i faunapassagen. Vid Bösamöllan är det inte möjligt att nyttja vattnet från nedströmsavledaren ( $0,2 \text{ m}^3/\text{s}$ ) i faunapassagen. Däremot kommer nedströmsavledaren att dras till faunapassagens ingång och tillföra extra mycket lockvatten vid dess mynning. Detta ger totalt flöde om  $0,7 \text{ m}^3/\text{s}$  vid faunapassagens mynning året om. Den maximala vattenhastigheten i passagen kommer att ligga på ca  $1,8 \text{ m/s}$ . Genom utläggning av block och stenar i stiggränsen kommer en heterogen strömbild att skapas.

Befintliga galler kommer att ersättas med ett nytt galler med en spaltvidd om 15 mm. Gallrets lutning på  $55^\circ$  bibehålls eftersom en ombyggnad till ett mer låglutande galler kräver stora och kostsamma insatser. Det nya gallret kommer att förses med två flyktöppningar, en i varje hörn. Öppningarna kommer att göras  $500 \times 500 \text{ mm}$  stora. Till flyktöppningarna ansluts en flyktväg i form av en öppen ränna, alternativt rör.

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.

Sedan samrådet hölls har prognosen för framtida elproduktion justerats vid ett par tillfällen. Dels med anledning av den planerade framtida sänkningen av dämnet på Lilla Harrie, dels med anledning av reviderade minimiflöden som ska avledas till bland annat faunapassage.

Beträffande kungsfiskaren, som observerades vid synen i samband med huvudförhandlingen, åtar sig sökandena att inte störa denna fågel och att ta särskild hänsyn till det skydd den har enligt artskyddsförordningen.

Kammarkollegiets yrkande avseende rättegångskostnader bestrids. Grunden för bestridandet är att angiven tidsåtgång - och därmed även yrkat belopp - framstår som oskäligt. Detta med beaktande av att Kammarkollegiet i stor utsträckning har uppehållit sig kring frågor som faller utanför vad som enligt kollegiets instruktion ankommer på kollegiet att bevaka. Oskäligheten framstår som än mer tydlig i jämförelse med de kostnadsyrkanden som framförts av länsstyrelsen och som - även om också dessa avser ett avsevärt belopp - omfattar medverkande av ett flertal tjänstemän med inbördes olika kompetensområden. Den ytterst summariskt uppställda kostnadsräkningen från Kammarkollegiet kan inte medföra annat än att sökandena, så som i och för sig skäligt, vitsordar en sammantagen kostnad motsvarande tre förhandlingsdagar samt ytterligare tre hela arbetsdagar att fördelas lika mellan de tre sökandena. Kostnader för utlägg ifrågasätts inte.

Sökandena överlämnar till domstolen att avgöra skäligheten av de framställda kostnadsyrkandena från länsstyrelsen.

Ifråga om Havs- och vattenmyndighetens yrkande om ersättning för rättegångskostnader överlämnar sökandena till mark- och miljödomstolen att avgöra skäligheten men hemställer att domstolen gör en bedömning av det sammantagna beloppet som de enskilda sökandena ska förpliktas att utge till företrädare för staten/de allmänna intressena.

## **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 anförts 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) anförts 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) anføres 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 anføres 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 M 2767-15).

De anläggningar som sökandena 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. Sökandena 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 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. Sökandena har uppgivit att det alltsedan 1500-talet, eller åtminstone sent 1600-tal, funnits en kvarn på platsen. Troligen även någon form av dämme. Den stora kvarnbyggnaden byggdes om 1856 och fick då den utformning som den har idag med den mindre kvarnbyggnaden stod ombyggd redan 1833. Den första turbinen installerades troligen 1895 och drevs med denna fram till den förre ägarens konkurs 1954. Efter konkursen stod kvarnverksamheten och turbindriften stilla fram till 1989 då nuvarande ägare återupptog turbindriften efter dialog med länsstyrelsen. Sedan dess har ytterligare två turbiner installerats och tagits i drift. Detta skedde 1989 respektive 1999. Ett byte av den ursprungliga turbinen ägde rum 2007 då denna byttes mot en modernare turbin av samma modell. 2001 anlades en fisktrappa (klacktrappa).

Bron över Kävlingeån från A till B tillkom 1854. 1944 raserades krönet i norr och återuppfördes i stål och trä. I söder har bron förstärkts med betongfundament.

Kraftverksanläggningen fick sin nuvarande utformning när ytterligare turbiner installerades 1989 och 1999. Denna anläggnings laglighet bör därför prövas mot 1983 års vattenlag (VL) (1983:291).

Bron, som i detta sammanhang bör betraktas som en separat vattenanläggning, byggdes om år 1944, varför dess laglighet bör prövas mot äldre vattenlagen (ÄVL) (1918:523).

Enligt 3 kap. 11 § VL är den som vill utföra ett vattenföretag skyldig att vidta och för framtiden underhålla behövliga anordningar för fiskens framkomst och släppa fram vatten för ändamålet.

Såvitt framgår av den tekniska beskrivningen har det inte funnits någon fiskväg vid anläggningen förrän 2001, alltså efter det att miljöbalken trätt ikraft. Denna klacktrappa är för brant för mer simsvaga arter och är torrlagd under delar av året. Kraftverksanläggningen har således tillkommit i strid med 3 kap. 11 § VL. Det förhållandet att sökandena åtagit sig att nu anlägga en faunapassage ger inte anledning till annan bedömning, eftersom detta i sig utgör en tillståndpliktig ändring. Ansökan om lagligförklaring av den befintliga anläggningen ska därför avslås redan på denna grund.

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 miljökvalitetsnormer 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. miljökvalitetsnormerna 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 ”Tillståndsprövning enligt miljöbalken”) om att uppdämningen medför ett vandringshinder m.m. skulle en lagligförklaring försvåra möjligheten att uppfylla miljökvalitetsnormen. Detta innebär att ansökan om lagligförklaring av den befintliga anläggningen även på denna grund ska avslås.

Vad gäller bron, bedömer mark- och miljödomstolen, att bron i dess helhet – inte bara delar av den – ska omfattas av laglighetsprövningen. Domstolen tar därför upp sökandenas tredjehandsyrkande till bedömning.

Mark- och miljödomstolen bedömer att bron mellan A och B inte har sådan dämmande verkan att den skadar andra intressen. Ej heller hindrar konstruktionen fiskens vandring. Domstolen bedömer att bron kan lagligförklaras.

### **Tillståndsprövning enligt miljöbalken**

Om det befinns att en anläggning inte är laglig torde sökanden vara oförhindrad att begära tillståndsprövning enligt miljöbalken till anläggningen. Sökandena 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 prövning. 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 Bösmöllan - 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 vattendistriktets 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 förenligt 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 uppdämning 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 335 MWh/år. Detta har beräknats ge en nettointäkt om 13 000 – 74 000 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/miljöer 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 kraftverksanläggning och att där bedriva vattenverksamhet avslås.

För den ovannämnda lagligförklarade bron ska även bedömas huruvida tillstånd kan ges för den vattenverksamhet som konstruktionen innebär (se prop. 1997/98:45, del 2 s. 390 f) jfr NJA 2010 s. 246.

Mark- och miljödomstolen bedömer att hinder mot tillåtlighet inte föreligger med hänsyn till miljöbalkens allmänna hänsynsregler eller mot balkens bestämmelser i övrigt. Tillstånd ska därför lämnas i denna del.

#### **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 sökandenas 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 sökandena 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 40 373 kr. Sökandena har uppgivit att beloppet är oskäligt. Sökandena har vitsordat en sammantagen kostnad motsvarande tre förhandlingsdagar samt ytterligare tre hela arbetsdagar att fördelas lika mellan de tre sökandena i mål M 2150-15, M 2152-15 och M 2155-15. Kostnader för utlägg ifrågasätts dock inte av sökandena.

Länsstyrelsen yrkar ersättning för rättegångskostnad med totalt 27 200 kr. Sökandena har överlämnat till mark- och miljödomstolen att pröva skäligheten i det yrkade beloppet.

Mark- och miljödomstolen noterar att Kammarkollegiet respektive länsstyrelsen närvarat vid huvudförhandlingen och upprätt som aktiva motparter vid denna. Vidare har kollegiet till domstolen yttrat sig skriftligen vid fem tillfällen. Länsstyrelsen har yttrat sig till domstolen vid sex tillfällen. Båda myndigheternas yttranden har varit utförliga och gedigna.

I och med att två andra ansökningar gällande geografiskt närbelägna vattenkraftverk (se mål M 2150-15 och M 2152-15) prövas samtidigt har det enligt mark- och miljödomstolen funnits vissa samordningsvinster att göra för myndigheterna. Trots detta bedömer domstolen med hänsyn till det ovan nämnda att den av Kammarkollegiet respektive länsstyrelsen yrkade ersättningen för rättegångskostnader skäligen varit påkallade. Sökandena ska således förpliktas att ersätta respektive myndighet med yrkade belopp, jämte ränta.

Vad gäller Havs- och vattenmyndighetens yrkande om ersättning för rättegångskostnader med totalt 7 200 kr har sökandena överlämnat till domstolen att avgöra skäligheten. Mark- och miljödomstolen bedömer att beloppet är skäligt och sökandena 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. 51-52) 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.