



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
060404

SLUTLIGT BESLUT
2024-05-17
Stockholm

Mål nr
M 7985-22

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Vänersborgs tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2022-06-01 i mål nr M 573-20, se bilaga A

PARTER

Klagande

Fortum Sverige AB, 556006-8230

Ombud: MG

Motpart

1. Kammarkollegiet
2. Länsstyrelsen i Värmlands län
3. Torsby kommun

SAKEN

Ansökan om tillstånd till ombyggnad av regleringsdammen i Rinn, belägen vid utloppet av Badasjöarna i vattendraget Badaälven, i Norsälvens avrinningsområde i Torsby kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS BESLUT

1. Mark- och miljööverdomstolen undanröjer mark- och miljödomstolens dom utom såvitt avser prövningsavgift och rättegångskostnad samt avvisar Fortum Sverige AB:s tillståndsansökan och yrkande avseende tätningsåtgärder.

Dok.Id 2056972

Postadress
Box 2290
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 16

Telefon
08-561 670 00
08-561 675 50

E-post: svea.avd6@dom.se
www.svea.se

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:30

2. Fortum Sverige AB ska ersätta Kammarkollegiet för rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen med 8 000 kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från denna dag till dess betalning sker.
 3. Fortum Sverige AB ska ersätta Länsstyrelsen i Värmlands län för rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen med 11 200 kr jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från denna dag till dess betalning sker.
-

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Fortum Sverige AB (Fortum) har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska lämna tillstånd i enlighet med bolagets ansökan eller, i andra hand, lämna tillstånd i enlighet med ansökan och med den justeringen att fiskvägen får den utformning som bolaget föreslagit i Mark- och miljööverdomstolen. Vidare har Fortum yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska lämna tillstånd till utförande av mindre tätningsåtgärder för undvikande av läckage genom dammen i enlighet med det yrkande som bolaget framställde vid huvudförhandlingen i mark- och miljödomstolen.

Kammarkollegiet och Länsstyrelsen i Värmlands län har bestritt ändring av mark- och miljödomstolens dom och de har båda yrkat ersättning för rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen.

Torsby kommun har medgett yrkad ändring av mark- och miljödomstolens dom.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Parterna har i frågan om Fortum har nödvändig *rådighet* anfört i huvudsak följande.

Fortum

Fortum har ingått nyttjanderättsavtal med aktuella fastighetsägare. Avtalen ger bolaget rätt att ta vattenområdet i anspråk och att nyttja det för tillträde till dammen vid Bada-sjöarnas utlopp. De gäller för upplåtelse under fem år från och med tillståndsgiven dom. Bolaget har även gett in medgivanden från fastighetsägarna som gäller för all framtid för det fall tillståndsgiven dom meddelats av domstol för de aktuella åtgärderna. Medgivandena ger bolaget rätt att ta i anspråk erforderligt vattenområde för anläggande av ramp i betong för att skapa passage för fisk och annan vattenfauna förbi dammen.

Utöver de ingivna nyttjanderättsavtalen och medgivandena har bolaget åberopat urminnes hävd som grund för rådigheten. När det gäller typen av upplåtelse har det

inte varit möjligt för Fortum att upprätta servitut för nu ansökta åtgärder då Fortum inte har någon lämplig förmånsfastighet. Det finns inte någon fastighet som Fortum äger som kommer att ha nytta av de ansökta åtgärderna. Nyttan uppstår för de boende kring sjön. Utifrån dessa omständigheter anser Fortum att de nyttjanderätter samt medgivanden som lämnats, tillsammans med urminnes hävd, innebär att Fortum har rådighet för de ansökta åtgärderna.

Länsstyrelsen

De medgivanden som bolaget gett in i målet, vilka får betraktas som avtal om begränsade nyttjanderätter, kan inte ge bolaget erforderlig rådighet. Medgivandena är, trots ordalydelse, inte bindande längre än för femtio år. De bör därför inte godtas.

Ansökan gäller åtgärder i form av ändringar av en damm och utförande av en ny konstruktion som är avsedda att bestå permanent och det bör därför för processbehörighet krävas vad som kan betraktas som evig rådighet och som t.ex. grundas på äganderätt eller ett i tiden obegränsat servitut som gäller mot envar. Om medgivandena skulle godtas bör tillståndet tidsbegränsas och förenas med villkor om efterbehandlingsåtgärder när giltighetstiden för tillståndet löpt ut.

Parterna har angående yrkandet om utförande av mindre *tättningsåtgärder* anfört i huvudsak följande.

Fortum

Mark- och miljödomstolen framför i domskälen att de yrkade tättningsåtgärderna inte skulle vara en underhållsåtgärd som dammägaren är skyldig att utföra. Fortums uppfattning är att mindre reparationsåtgärder i form av tättningsåtgärder behöver utföras på dammen. Domstolen har tagit en muntlig uppgift vid synen, vilken heller inte verifierats, till intäkt för att det inte skulle behöva utföras tättningsarbeten. Fortums bedömning är att tättningsarbeten behöver utföras av dammsäkerhetsskäl. De skador som finns i befintlig konstruktion, med visst läckage som följd, är lämpliga att reparera i samband med att övriga ombyggnadsåtgärder genomförs. Reparationsarbetena är i sammanhanget att betrakta som triviala, men kommer att bidra till bättre funktion för fiskpassagen eftersom tätning av läckaget gör att uppströmsnivån kan hållas något högre vid lågflödessituationer och därigenom öka flödet i fiskpassagen även vid dessa tillfällen.

Kammarkollegiet

Prövningsunderlaget innehåller inga uppgifter om att dammen läcker. Angivna förhållanden samt planerade åtgärder i den delen har varken funnits med i samrådsunderlaget eller i ansökningshandlingarna. Det finns inga uppgifter om omfattningen av läckaget eller hur länge det har pågått. För det fall det omedelbart krävs åtgärder kan bolaget vidta dessa och ansöka om godkännande i efterhand i enlighet med 11 kap. 16 § miljöbalken. I annat fall borde samrådsunderlag och ansökningshandlingar ha omfattat dessa delar.

Länsstyrelsen

Länsstyrelsen anser inte heller att bolaget visat att det finns förutsättningar att meddela tillstånd till de tätningsåtgärder som bolagets ansökan avser.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS SKÄL FÖR BESLUTET

Rättsliga utgångspunkter avseende rådighet

För att få bedriva vattenverksamhet ska verksamhetsutövaren ha rådighet över vattnet inom det område där verksamheten ska bedrivas. En sådan rådighet kan bl.a. erhållas genom upplåtelse av fastighetsägaren. Detta framgår av 2 kap. 1 och 2 §§ lagen (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet. Bestämmelserna motsvarar 2 kap. 1 och 2 §§ vattenlagen (1983:291), se prop. 1997/98:45 del 2 s. 348.

Att sökanden har rådighet är en processförutsättning som ska beaktas av prövningsorganet självmant. Huvudregeln är att rådigheten måste grundas på äganderätt, en till tiden obegränsad servitutsrätt eller tomträtt. I vissa fall kan tidsbegränsad rådighet vara tillräckligt. Mark- och miljööverdomstolen har då att i det särskilda fallet avgöra om tillstånd kan meddelas trots den begränsade rådigheten och i förekommande fall bestämma för vilken tid ett tillstånd ska gälla. (Se prop. 1981/82:130 s. 400 f. och Mark- och miljööverdomstolens slutliga beslut den 29 juni 2018 i mål nr M 5166-17.)

Mark- och miljööverdomstolen gör följande bedömning

Fortum har ansökt om tillstånd till ombyggnad av en regleringsdamm. Ombyggnationen är en beständig konstruktion och innebär ett omfattande arbete som kommer att påverka omgivningen. Ansökan omfattar även anläggandet av en fiskväg i vattenområdet nedströms dammen. Avsikten är att dammen och fiskvägen ska vara bestående och tillståndet har sökts utan begränsning i tiden.

Fortum har till stöd för sin rådighet åberopat urminnes hävd, nyttjanderättsavtal och medgivanden från de fastighetsägare som äger vattenområdet där fiskvägen ska anläggas. Medgivandena gäller enligt sin ordalydelse för evigt. Som länsstyrelsen påpekat är dock avtal om upplåtelse av annan nyttjanderätt än tomträtt inte bindande längre än femtio år från det avtalet slöts (se 7 kap. 5 § jordabalken).

Domstolen konstaterar att medgivandena och nyttjanderättsavtalen inte är tillräckliga för rådighet utan begränsning i tiden. Vidare skulle fiskvägen ligga utanför det område som bolaget kan ha rådighet över med stöd av åberopad urminnes hävd. Inte heller kan medgivandena, nyttjanderättsavtalen och eventuell urminnes hävd sammantaget ge bolaget nödvändig rådighet. Eftersom rådighet är en processförutsättning kunde ansökan inte prövas av mark- och miljödomstolen. Den borde alltså ha avvisats.

Yrkandet avseende tätningsåtgärder framfördes muntligt i samband med huvudförhandlingen vid mark- och miljödomstolen. Det saknas närmare uppgifter om vilka åtgärder som avses utföras och vilken betydelse de skulle ha för de nuvarande förhållandena på platsen. Det framgår inte heller hur länge bristerna har funnits. Dessa omständigheter gör att inte heller detta yrkande kunde prövas.

Ansökan och yrkandet avseende tätningsåtgärder ska vid dessa bedömningar avvisas och mark- och miljödomstolens dom ska undanröjas utom vad avser prövningsavgift och rättegångskostnader.

Rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen

Kammarkollegiet och länsstyrelsen har begärt ersättning för rättegångskostnader med 8 000 kr respektive 11 200 kr. Fortum har medgett kostnadsanspråken.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B

Överklagande senast den 2024-06-14

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Lars Borg och Lars Olsson, referent, samt tekniska rådet Annika Billstein Andersson och adjungerade ledamoten Erik Sjöstedt.

Föredragande har varit Julia Lodén.



VÄNERSBORGS TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2022-06-01
meddelad i
Vänerns borg

Mål nr M 573-20

PARTER

Sökande

Fortum Sverige AB, 556006-8230

Ombud: MG

SAKEN

Ansökan om tillstånd till ombyggnad av regleringsdammen i Rinn, belägen vid utloppet av Badasjöarna i vattendraget Badaälven, i Norsälvens avrinningsområde, Torsby kommun

DOMSLUT

1. Mark- och miljödomstolen godkänner miljökonsekvensbeskrivningen och avslår ansökan om tillstånd.
2. Fortum Sverige AB ska ersätta Länsstyrelsen i Värmlands län för rättegångskostnader med 30 000 kr, varav 28 800 kr för arbete och 1 200 kr för utlägg, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker.
3. Fortum Sverige AB ska ersätta Kammarkollegiet för rättegångskostnader med 29 941 kr, varav 21 600 för arbete, 7 200 kr för tidspillan och 1 141 kr för utlägg, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker.
4. Prövningsavgiften, som är betald, fastställs till 15 000 kr.

Dok.Id 543318

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1070 462 28 Vänerns borg	Hamngatan 6	0521-27 02 00 E-post: mmd.vanersborg@dom.se www.domstol.se/vanersborgs-tingsratt/	finns ej	måndag – fredag 08:00–16:00

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

DOMSLUT	1
ANSÖKAN	4
Yrkanden m.m.	4
Bakgrund och orientering	4
Tidigare tillstånd	5
Befintlig anläggning	5
Planerade åtgärder	6
Rådighet	7
Planförhållanden och skyddade områden	8
Höjdsystem och hydrologi	8
Fixpunkt	8
Miljökonsekvenser	8
Hänsynsreglerna	12
Prövningsavgift	13
Arbetstid och tid för oförutsedd skada	13
INKOMNA YTTRANDEN	13
Länsstyrelsen i Värmlands län	13
Kammarkollegiet	23
Älvräddarnas Samorganisation	35
Torsby kommun	41
Badasjöarnas intresseförening	42
SÖKANDENS BEMÖTANDE	42
Bemötande av Kammarkollegiets synpunkter	42
Yttrande från Länsstyrelsen i Värmland	46
Yttrande från Älvräddarna	54
Övriga tillägg	54
TILLÄGG VID SKRIFTVÄXLING EFTER HUVUDFÖRHANDLINGEN ..	62
Sökanden	62
Länsstyrelsen	63
Torsby kommun	67
Sökanden	68
DOMSKÄL	74
Är bolaget behörigt att ansöka om tillstånd till ombyggnad av dammen?	74
Frågan om tillstånd ska ges	77

Rättegångskostnader.....	88
Övrigt.....	88

ANSÖKAN

Yrkanden m.m.

Fortum Sverige AB har, såsom bolaget slutligt har utformat sin talan, yrkat att mark- och miljödomstolen ska ge tillstånd enligt 11 kap. 9 § miljöbalken till ombyggnad av dammen i Rinn vid utloppet av Badasjöarna, samt att utföra erforderliga mindre tätningsåtgärder avseende dammen, allt i huvudsak i överensstämmelse med den bifogade tekniska beskrivningen och vad som i övrigt anges i ansökan.

Bolaget har vidare yrkat att en ny domsfix ska bestämmas, Lantmäteriets fixpunkt 123*1*4012 med höjdläge +120,338 i RH2000.

Bolaget har yrkat att arbetstiden ska fastställas till fem år och att anspråk på grund av oförutsedd skada ska framställas senast fem år efter arbetstidens utgång.

Förslag till villkor

Fortum Sverige föreslår att följande villkor meddelas för den ansökta verksamheten:

1. Ansökta åtgärder ska utföras i huvudsaklig överensstämmelse med vad som anges i denna ansökan och i bifogad teknisk beskrivning.
2. Byggandet av rampen ska utföras i samverkan med fiskevårdssakkunnig.
3. Dammens nuvarande konstruktion ska dokumenteras av antikvarie.

Bakgrund och orientering

Regleringsdammen i Rinn vid utloppet av Badasjöarna är beläget i vattendraget Badaälven ca 6 km öster om Torsby samhälle. Uppströms rinner vattnet från sjöarna Jangen och Busjön/Bredvisten samt några mindre sjöar. Badaälven mynnar i Övre Fryken på sjöns ostsida, ca 7,5 km söder om Torsby.

Dammen, som ägs av Fortum Sverige, är belägen på ofri grund inom fastigheterna XXX och ett samfällt område i trakten Öneby.

Tidigare tillstånd

Dämningen av Badasjöarna har skett under mycket lång tid och det kan antas att reglering av Badasjön har bedrivits sedan anläggandet av Bada Bruk i samband med att privilegiebrev erhöles år 1649.

Det finns uppgifter om att en dammbyggnad vid Badasjöarna har funnits redan år 1580. Enligt domboksutdrag från 1707 behandlades frågan om viss tid att hålla luckorna öppna vid hålldammen vid Badasjön enligt överenskommelse med åbor. I domboksutdrag från 1722 har för rätten uppvisats avtal med åbor och skattejordsägare om vattnets uppdämmande med Badasjöns hålldamm.

I protokoll från Värmlands Lagmansbesiktningsrätts sammanträde vid Bada Bruk den 27 juni 1809 fastställs en förlikning mellan parterna som gav bruket rätt att disponera över vattnet upp till två meter över sättutskovets tröskel, förutom från slutet av maj till den förste augusti, då reglering inte får utföras så att vattennivån överstiger skibordet på dammens högra sida.

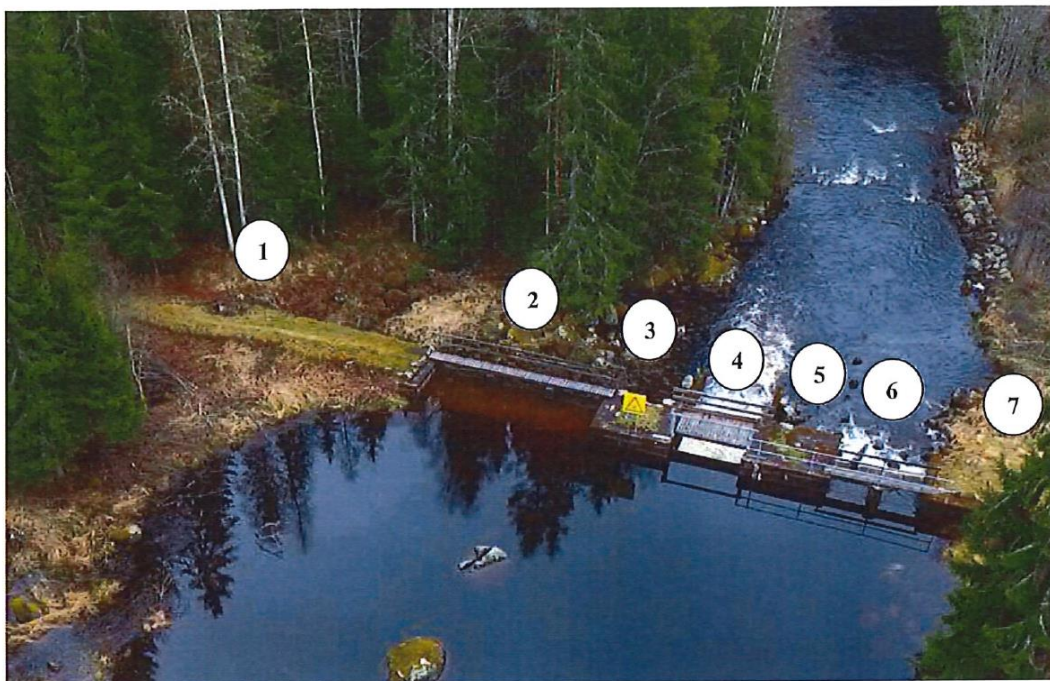
Vidare har rätten att dämna tillerkänts rättslig status vid inrättandet av flottled den 4 oktober 1894 i Kongl. Maj:t befallningshavare samt vid de frågor som aktualiserades i Kongl. Maj:t befallningshavare i Värmlands län utslag år 1915 och år 1917.

Dämning har således skett före år 1882, och Fortum Sverige anser att det är i enlighet med 5 § lagen (1998:811) om införandet av miljöbalken finns goda skäl för att hävd gäller för rätten till dämning och att tillstånd till dämning och anläggning därmed finns genom urminnes hävd.

Befintlig anläggning

Dammen består av en ca 50 meter lång dammbyggnad av betong och stenmurverk. Dammens högsta höjd är ca 2,8 meter. Höger om den vänstra landanslutningen sett från uppströmssida finns ett överfallsutskov av betong med två pelare och krönnivå 117,35 meter. Dammpelarna utgörs av stenmurverk med betongmur. Dammen har

tre utskov, som regleras med sättar/plankor från olika tröskelnivåer. Vänster och höger landanslutning utgörs av en stenmurverksdamm med central tätjärna av jord.



Dammens olika delar, sedd uppströms ifrån. 1. Vänster landanslutning, 2. Överfallsutskov, 3. Dammpelare, 4. Enkelt sättutskov, 5. Dammpelare, 6. Dubbelt sättutskov, 7. Höger landanslutning. (Från den tekniska beskrivningen, figur 2.)

Planerade åtgärder

De planerade åtgärderna innebär en ombyggnad av dammen. Dammen byggs om genom att överfallsutskov, dammpelare och det dubbla sättutskovet rivs ner till en nivå av +116,85 meter och dessa dammdelar förses med ny skibordsyta med högsta krönnivå i uppströmskant +117,0 meter och krönet svagt lutande nedströms åt. I sätträget vid det enkla sättutskovet (del 4 i figur 2) gjuts en betongvägg från tröskel upp till nivån 116,95 meter, med två öppningar för lågvattentappning. Nedströms betongväggen byggs en ramp av betong med ingjuten natursten för att skapa passage för fisk och annan vattenfauna. Lutningen på rampen blir under 5 procent. Lutningen i kombination med rampens korta längd på ca 30 m medför att rampen kommer bli lätt passerbar för starksimmande fisk. Även svagsimmande fiskar bedöms vid vissa flöden att kunna passera rampen, men för dessa kan vattenhastigheten vid höga flöden medföra temporära begränsningar i möjligheten att passera dammen.

Vidare kommer dammen i och med de planerade åtgärderna att kunna behålla sin funktion att hålla vattennivån i Badasjöarna på en nivå motsvarande den sedan länge tillämpade vid rådande normalflöden.

De planerade åtgärderna medför att anläggningens avbördningskapacitet omfördelas mellan dess olika delar. Avbördnings säkerheten förbättras genom att all avbördnings sker automatiskt och utan att sättrar behöver lyftas. Den vattenståndsvariation som uppkommer till följd av ombyggnaden av dammen ligger inom ramen för tidigare vattenhushållningsbestämmelser.

Under tiden för arbetenas utförande på dammen kommer magasinet att tillfälligt sänkas av, och sättlucka eller fångdamm att monteras uppströms sätutskovet i samband med gjutning av betongväggen. Avsänkningen kommer ligga inom ramen för tidigare vattenhushållningsbestämmelser.

Utformningen av dammen görs så att ingen aktiv reglering behövs, och så behovet av tillsyn och underhåll minimeras. Avsikten är att efter ombyggnaden överlåta dammen till en lokal intressent.

Rådighet

Dammen är belägen på ofri grund inom fastigheterna XXX och det samfällda området Torsby Öneby. Fastigheterna YYY och XXY har vardera en hälftenägarandel av det samfällda området, som ligger på östra sidan om dammen. Stora Enso är ägare till fastigheten XXY. Fortum Sverige har ingått nyttjanderättsavtal med Stora Enso. Fastigheten YYY ägs av sammanlagt fem ägare. Fortum Sverige har ingått nyttjanderättsavtal med samtliga fem ägare. Fortum Sverige har likaså ingått nyttjanderättsavtal med fastighetsägarna till fastigheten XXX.

Planförhållanden och skyddade områden

Det berörda området omfattas inte av någon detaljplan. Dammen eller områden med anknytning till Badasjöarna berörs inte heller av några riksintressen eller Natura 2000-områden.

Höjdsystem och hydrologi

För uppgifterna om höjder i ansökan tillämpas rikets höjdsystem RH2000.

Nedan beskrivs karaktäristiska vattenföringar vid anläggningen (SMHI):

	Flöde (m ³ /s)
HQ50	22,4
MHQ	12,2
MQ	3,0
MLQ	0,6

Fixpunkt

Som fixpunkt föreslås lantmäteriets närbelägna fixpunkt 123*1*4012 med höjdläge 120,338 (RH2000).

Miljökonsekvenser

Natur- och vattenmiljö

Det finns inga uppgifter om någon skyddad eller skyddsvärd natur kring Badasjöarna eller Badaälvens övre lopp. I Artportalen i närområdet kring dammen samt runt Badasjöarna förekommer noteringar om fynd av vissa rödlistade arter.

Sammantaget bedöms den planerade ombyggnaden av dammen medföra en obetydlig konsekvens för naturmiljön. Nollalternativet bedöms medföra obetydliga konsekvenser för naturmiljön.

Kulturmiljövärden

Eftersom dammen fortfarande används för reglering av Badasjöarna utgör den idag inte någon fornlämning. Länsstyrelsen har i sitt yttrande vid avgränsningssamrådet

dock påtalat att dammen sannolikt skulle utgöra en fornlämning om den togs ur bruk.

I övrigt saknas kända kulturhistoriska värden i anslutning till dammen eller Badasjöarnas stränder. Inga fornminnen eller övriga kulturlämningar finns registrerade enligt Riksantikvarieämbetet.

Länsstyrelsens kulturmiljöfunktion har i länsstyrelsens yttrande vid avgränsningssamrådet bedömt att ombyggnaden av dammen till en ej reglerbar konstruktion har en liten inverkan på läsbarhet och förståelse av kulturmiljön på platsen. Länsstyrelsens kulturmiljöfunktion har därför konstaterat i sitt yttrande att det inte finns något att erinra mot förslaget.

Sammantaget bedöms planerad verksamhet ha obetydliga konsekvenser för kulturmiljön. Nollalternativet bedöms även det ha obetydliga konsekvenser för kulturmiljön.

Boendemiljö, friluftsliv och rekreation

Badasjöarna omges av ett relativt stort antal hus, både för permanentboende och fritidshus och närboende nyttjar sjöarna flitigt för bl.a. bad, fiske, paddling, skridskoåkning, isracing m.m. Boende i området har lyft fram betydelsen av sjöarna ur estetisk synvinkel, för landskapsbild och allmän trivsel.

De planerade åtgärderna bedöms inte få någon betydande påverkan på boendemiljö, friluftsliv och rekreation, eftersom ombyggnad av dammen till icke reglerbar damm medför att Badasjöarnas nivå kan hållas nära de nivåer som normalt tillämpats under de senaste decenniernas reglering.

Sammantaget bedöms planerad verksamhet ha obetydliga konsekvenser för boendemiljö, friluftsliv och rekreation.

Ytvatten

Badaälven har biotopkarterats av länsstyrelsen. Älvens nedre lopp, från Bada och ner till Övre Fryken, är kraftigt påverkat av flottledsrensningar. Dammen vid Badasjöarna är klassad som ett artificiellt definitivt vandringshinder. Dammen är det sjätte vandringshindret från utloppet i Övre Fryken enligt biotopkarteringen. Cirka 3 km nedströms utloppet ur Badasjöarna ligger nästa definitiva vandringshinder vid Bada Bruk.

Den planerade verksamheten medför en möjlighet för fisk att passera det vandringshinder som regleringsdammen utgör, samtidigt som dammens funktion i allt väsentligt kvarstår. Vattenståndet i Badasjöarna kan hållas på en nivå som motsvarar tidigare tillämpad medelnivå, och till vilken verksamheter runt, och biologi i sjön idag är anpassade.

En utrivning av dammen skulle i praktiken medföra en sjösänkning, vilket skulle leda till att Badasjöarnas vattenvolym i väsentlig utsträckning minskas. Detta skulle inte bara minska livsutrymmet för akvatiska organismer, utan även kunna förändra vattenkemin i sjöarna och därigenom påverka artsammansättningen.

Sammantaget bedöms planerat verksamhet ha en positiv konsekvens för vattenmiljön, genom att fiskpassage möjliggörs i upp- och nedströms riktning förbi vandringshindret som dammen utgör, samt genom att vattennivån i Badasjöarna kan upprätthållas.

Grundvatten

Planerad verksamhet bedöms ha obetydliga konsekvenser avseende grundvatten. En utrivning av dammen med åtföljande sänkning av sjöytan skulle dock potentiellt kunna påverka in- och utströmning ur grundvattenakvifererna.

Risk och säkerhet

Dammen är inte tilldelad någon dammsäkerhetsklass (beteckning U). De vattenvolymer som kan frigöras vid ett eventuellt dammbrott är små och har inte

bedömts utgöra någon risk för människors säkerhet eller samhällsekonomiska intressen.

Ombyggnad av dammen enligt förslaget medför ingen förändring vad gäller aspekten risk och säkerhet. Den grundläggande konstruktionen är oförändrad. Avbördningsförmågan vid höga flöden ökar.

Miljökvalitetsnormer för vatten

Badasjöarna är uppdelade i tre separata vattenförekomster. Klassningen av sjöarna är dock identisk, med undantag av kvalitetsfaktorn Morfologiskt tillstånd, vilken för Mellan-Badasjön är klassad till Hög status, och för Övre och Nedre Badasjön till God status. Påverkan bedöms inte heller skilja sig åt mellan sjöarna.

Den planerade verksamheten är förenlig med icke-försämringskravet.

Ombyggnaden av dammen riskerar inte att äventyra uppnåendet av God ekologisk status i någon av de berörda vattenförekomsterna.

Samråd

Fortum Sverige har bedömt att den ansökta åtgärden medför betydande miljöpåverkan och har inför ansökan genomfört samråd. 2017 genomfördes samrådsmöten med länsstyrelsen och fastighetsägare kring en utrivning av dammen. Men då en utrivning skulle medföra stora förändringar i Badasjöarnas medelvattenstånd, och ett flertal fastighetsägare motsatte sig detta, gick man vidare med nuvarande lösning, där dammen byggs om till en ej reglerbar överfallsdamm. Avsikten är att efter ombyggnad överlåta dammen till en lokal aktör. Samrådsmöten kring den nu ansökta utformningen påbörjades under 2018 och följdes av ett avgränsningssamråd med direkt berörda, organisationer, myndigheter, kommunen och allmänhet.

Redogörelsen inlämnades till Länsstyrelsen i februari 2019. Länsstyrelsen har yttrat sig angående avgränsningssamrådet.

Nollalternativ

Ett nollalternativ innebär att låta dammen vara kvar i befintligt skick, vilket skulle medföra att dammen även i fortsättningen kommer att utgöra ett definitivt vandringshinder.

Hänsynsreglerna

Av 2 kap. miljöbalken framgår de allmänna hänsynsreglerna som ska iakttas vid utförandet av en tillståndspliktig verksamhet. Nedan redogörs för hur hänsynsreglerna kommer att beaktas vid genomförandet av den planerade verksamheten.

Kunskapskravet

Fortum Sverige har god kännedom och kunskap om de förhållanden som är av betydelse för människors hälsa och miljön avseende planerade åtgärder och inverkan av dessa på vattenmiljön och omgivande miljö. Vidare kommer sökanden att förvissa sig om att de entreprenörer som anlitas för att genomföra åtgärderna besitter motsvarande erforderlig kunskap.

Försiktighetskravet och kravet på bästa möjliga teknik

Arbetet kommer att planeras så att skada inte sker på människors hälsa eller miljön, vilket under arbetets gång beaktas vid val av uppställningsplatser, användande av maskiner etc. De föreslagna åtgärderna utförs för att förbättra möjligheterna för fiskbeståndet efter ombyggnation av dammen.

Hushållnings- och kretsloppskravet samt produktvalskravet

Planerad verksamhet kommer att ske med hänsyn taget till minsta möjliga användandet av kemiska produkter samt i de fall då sådana erfordras ska sådana produkter användas som utgör minsta risk för människors hälsa eller för miljön.

Lokaliseringskravet

Platsen för verksamheten är given av nuvarande dammläge.

Prövningsavgift

Kostnaden för att utföra de ansökta åtgärderna beräknas till ca 1,6 miljoner kr.

Arbets tid och tid för oförutsedd skada

Fortum Sverige anser att fem år är en lämplig tid för arbetenas utförande samt att tiden för oförutsedd skada bör bestämmas till fem år efter arbetstidens utgång.

INKOMNA YTTRANDE

Under handläggningen av målet har sökanden vid flera tillfällen och till följd av frågor, synpunkter och begäran om kompletterade information, inkommit med ytterligare information. Frågor där det mellan sökanden och remissmyndigheter fortfarande råder delade meningar sammanfattas i det följande.

Länsstyrelsen i Värmlands län

Länsstyrelsen yrkar att mark- och miljödomstolen ska i första hand avvisa ansökan och i andra hand avslå den. Länsstyrelsen har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Ägare av dammen

Fortum Sverige anför att bolaget äger dammen och att dammen ligger på ofri grund. Bolaget har dock inte närmare styrkt sina uppgifter. Dammens ägare torde vara rätt sökande i detta mål.

Av Mark- och miljööverdomstolens praxis framgår att presumtionen är att en byggnad eller anläggning är tillbehör till den fastighet där den är belägen och att bevisbördan åvilar den som hävdar att byggnad/anläggning inte är fastighetstillbehör. Utgångspunkten är att dammanläggningen utgör fastighetstillbehör och att Fortum Sverige har bevisbördan för sitt påstående om att dammen har uppförts av annan än fastighetsägaren med stöd av en särskild rättighet, att dammen avskilts från fastigheten i enlighet med vad som föreskrivs i 2 kap. 7 § jordabalken och omvandlats till lös egendom (SOU 2014:35 s. 482 och 491

och Mark- och miljööverdomstolens mål M 8068-17). Mark- och miljööverdomstolen har i en dom den 26 oktober 2012 i mål nr F 223-12 uttalat att det är en allmän princip att en byggnad eller anläggning regelmässigt utgör tillbehör till den fastighet där den är belägen. Den som påstår att en damm är lös egendom måste alltså styrka sitt påstående. Beviskravet har inte lindrats på grund av att det skulle vara svårt att föra bevisning om gamla fastighetsförhållanden (se även Mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätts dom den 2 november 2021 i mål nr M 5614-20).

Av 2 kap. 1 § jordabalken framgår att anläggningar som har anlagts inom en fastighet för stadigvarande bruk utgör fastighetstillbehör. Enligt Fortum Sverige fanns en damm på platsen under 1500 eller 1600-talet och en damm som funnits på platsen under så lång tid får anses vara en anläggning som anlagts för stadigvarande bruk inom de fastigheter som idag betecknas som Torsby XXX och det samfälliga området Torsby Örneby.

Fortum Sverige förefaller utgå från att dammen är lös egendom som bolaget äger. Bolaget har inte visat att dammen inte utgör fastighetstillbehör. Fortum Sverige måste styrka att bolaget äger dammen för annars är det inte visat att bolaget är rätt sökande. Om Fortum Sverige inte kan styrka ägandeskapet är bolaget inte rätt sökande. Bolaget kan då inte heller överlåta dammen enligt vad som är intentionen enligt ansökan. Av detta följer att bolaget inte heller har rådighet att utföra åtgärderna.

Fortum Sverige har åberopat ett avtal från 1986 angående överlåtelse av Billeruds vattenkraftsstationer m.m. till Värmlandsenergi AB i vilken "Damm Badasjöarna" finns noterad i bilaga. Länsstyrelsen menar att det inte är tillräckligt att enbart hänvisa till ett avtal från 1986 mellan två parter under förespegling att dammen var lös egendom vid tillfället för "överlåtelsen". Det framgår inte vem Billerud förvärvat dammen av och hur dammen frigjorts från fastigheterna/samfälligheten på sätt som innebär att ett sakrättsligt giltigt förvärv av dammen uppkommit (dvs. förvärv som gäller mot tredjeman t.ex. nya fastighetsägare). Enbart omständigheten

att obligationsrättsligt avtal ingåtts är alltså inte tillräckligt för att sakrättslig verkan ska uppkomma mot tredje man. Fortum Sverige har inte redogjort för faktiska och rättsliga åtgärder det (eller föregångare) gjort för att dammen enligt tillämpliga bestämmelser – dvs. sådana som gällde när dammen omvandlades till lös egendom – ska ha upphört att vara fastighetstillbehör. Fortum Sverige har inte redogjort för vilken tidpunkt dammen frigjorts från fastigheterna/samfälligheten.

Fortum Sverige anför också att ett "frigörande" av dammen från aktuella fastigheter inte var möjlig (före år 2002) vid tiden för överlåtelsen enligt då gällande bestämmelser varför dessa "överlåtelser" redan på den grunden torde sakna rättsverkan. Utredningen i målet ger inte heller stöd för att dammen efter den 1 januari 2002, i enlighet med de förutsättningar som föreskrivs i 2 kap. 7 § jordabalken, skiljts från fastigheterna/samfälligheten så att den utgör lös egendom. Bolaget har inte visat att ett "frigörande" av dammen från fastigheterna har skett efter 2002 i enlighet med tillämpliga bestämmelser.

Av vad som hittills framkommit menar länsstyrelsen att dammen är ett fastighetstillbehör till de fastigheter där dammen är belägen.

Ett avtal/överenskommelse är sannolikt otillräckligt för att dammen ska frigöras från fastigheten och bli lös egendom. Det krävs att vissa andra åtgärder också utförs för att ett fastighetstillbehör ska brytas loss från fastigheten och att överlåtelsen ska kunna göras gällande mot tredje man (2 kap. 7 § jordabalken). Enligt punkt 2 i nämnda lagrum ska ett beslut enligt fastighetsbildningslagen om att föremålet inte längre ska höra till fastigheten införas i fastighetsregistrets allmänna del. Detta enligt dagens lydelse av jordabalken. Bolaget bör redovisa om bestämmelsen hade någon annan lydelse vid tidpunkten för den transaktion som bolaget menar innebar att dammen blev lös egendom.

Överlåtelse efter ombyggnad

Om Fortum Sverige inte kan visa att man är ägare till dammen kan man inte heller "överlåta" dammen till intresseföreningen. Det är vidare inte heller bara för

föreningen att köpa dammen med mindre än att den avskiljs från fastigheten. Frågan är om föreningen över huvud taget kan äga och ansvara för dammen. Detta borde bero på föreningens konstruktion, ändamål, typ av förening etc. Det måste finnas någon som har ett reellt ansvar för dammen och som kan bli föremål för tillsyn och förelägganden etc. Den som har ansvaret bör kunna vidta erforderliga åtgärder med dammen t ex underhåll, miljöåtgärder etc. Det bör redovisas om detta kan fungera över huvud taget när dammen är lös egendom. Det bör finnas rättsliga och faktiska möjligheter att följa ett föreläggande, även om det krävs åtgärder inom annans fastighet.

Om domstolen kommer fram till att Fortum Sverige äger dammen och att det därmed skulle vara möjligt att överlåta dammen till intresseföreningen, vill länsstyrelsen erinra om att om inte de nu planerade åtgärderna kommer att vara tillräckliga för att uppnå miljökvalitetsnormerna för vattenförekomsten där dammen är belägen så kan detta innebära att föreningen kan komma att behöva utföra ytterligare åtgärder.

Urminnes hävd

Länsstyrelsen anser inte att det i målet är visat att det föreligger rätt enligt urminnes hävd eller andra äldre rättigheter till dammen eller den vattenverksamhet som bedrivs vid dammen. Enligt rättspraxis kan varken rättigheter enligt privilegiebrev eller urminnes hävd jämföras med tillstånd enligt miljöbalken (MÖD 2012:26–28 och Mark- och miljööverdomstolens domar den 1 april 2016 i mål nr M 2767-15, M 7539-15 och M 7542-15).

Bestämmelser om urminnes hävd finns i 1734 års jordabalk och i 15 kap. 1 § i denna balk definieras urminnes hävd enligt följande.

”Det är urminnes häfd: där man någon fast egendom eller rättighet i så lång tid oqvald besutit, nyttjat och brukat hafver, att ingen minnes, eller af sanna sago vet, huru hans förfäder, eller fångesmän först dertill komme äro”.

Urminnes hävd grundas således på en lång tids okvald och ohindrad besittning och nyttjande eller brukande och den urminnes hävden ger skydd till det etablerade förhållandet, så länge som inte någon frambringar bevisning om hur förhållandet uppstått eller t.ex. visar bättre rätt till hävdobjektet. Urminnes hävd förutsätter alltså att en varaktighet som uppfyller kraven enligt det s.k. tidskriteriet, att inte någon minns hur det etablerade förhållandet uppstått och att detta inte går att utreda. Den som påstår sig ha en rätt enligt urminnes hävd måste styrka att dessa förutsättningar föreligger.

Av 15 kap. 4 § i 1734 års jordabalk framgår bevisreglerna för urminnes hävd och i bestämmelsen föreskrivs följande. Förebär någon urminnes häfd, som klandrad varder; vise då med gamla och laggilda bref och skrifter, eller trovärdige män, de der om orten väl kunnige äro, och på ed sin vittna kunna, att de hvarken sjelfve veta, eller af andra hört, någon tid annorlunda varit hafva. Gitter han det ej; vare då den häfd utan kraft och verkan.

Urminnes hävd har alltså ansetts kunna styrkas med ”gamla och laggilda bref och skrifter” men även genom vittnesbevisning. Enligt Almquist har i praxis 50 år ansetts vara en minimiålder för en person – som trots lagtextens ordalydelse inte behöver vara man – att med laga verkan kunna vittna om urminnes hävd (J.E. Almquist, *Det processuella förfarandet vid ägotvist*, Stockholm 1923 s. 207 f). Med rätten enligt urminnes hävd följer en motsvarande skyldighet för andra enskilda att tåla förlust, skada eller intrång till förmån för verksamhetsutövaren (prop. 2017/18:243 s. 235). I ett stämningsmål som rör urminnes hävd tillgodoses grundläggande rättssäkerhetskrav. Domen i ett stämningsmål får rättskraft mellan de enskilda parter som tvistat i processen och som därigenom haft möjlighet att föra sin talan i målet.

Ordningen bör vara så att den som vill göra urminnes hävd gällande får försöka få det fastställt i ett civilrättsligt mål. Därefter får domen från det målet läggas till grund för att det finns giltigt tillstånd genom urminnes hävd. Ordningen och slutsatsen stöds av mark- och miljööverdomstolens ”Vramså-domar” (M 1575-

19, M 1577-19, M 1578-19, M 1580-19) och dessa bör gälla principiellt oavsett om det handlar om dammar, kraftverk, Natura 2000 m.m.

Hela anläggningen och hela vattenverksamheten – innehållande och tappning av vatten, dämning – vid Badadammen ska visas ha rättigheter på grund av urminnes hävd. Dvs. allt som i ett ”vanligt” mål kräver tillstånd enligt miljöbalken. Även delar på land är ju delar av vattenanläggningen.

Endast enskilda intressen behandlas i handlingarna från 1707, 1722 samt 1809. Av handlingarna framgår inte att dämning efter 1913 har skett på samma sätt och med samma sorts anläggning sedan 1649 (privilegiebrevet). Motsvarande gäller även perioden 1649–1913. Någon rätt till dämning eller annat följer inte av privilegiebrevet bl.a. eftersom det är för knapphändigt och oprecist, ”vatnets uppdämmande med Badaa siöns hålldam”.

Miljökvalitetsnormer

Miljökvalitetsnormerna är särskilt viktiga att beakta eftersom sökta åtgärder och anläggning är tänkt att bli permanenta.

Badasjöarnas medelvattenyta minskar med 15 procent och vattenvolymen med 30 procent vid en utrivning av Badasjödammen enligt ansökan. Vidare är sjöarnas maxdjup påfallande lågt, endast 3–4 m. Medeldjupen är givetvis betydligt lägre. Själva dämningen som Badasjödammen medför har stor påverkan på uppströmsliggande vattenområden. Cirka 700 m av det som bolaget benämner som Badasjöarna namnges som Rinnälven (enligt Lantmäteriets kartor). Vattnet här kan under stora delar av året vara strömmande. Referensförhållandet för det som idag kallas Badasjöarna kan till uppskattningsvis 1 km av ”sjöarnas” längd betraktas som ett rinnande vatten, dvs. en del av Badaälven eller Rinnälven. Det aktuella vattenområdet är således i betydlig omfattning ett av människan anlagt (artificiellt) lugnvattenområde vilket har minskat arealen fritt rinnande vatten. Av det anförda följer att en utrivning av dammen torde medföra positiva konsekvenser för vattendragets ekologi. Utifrån ett biologiskt perspektiv är alltså utrivning och

naturliga förhållanden att föredra framför fortsatt dämning. En rivning skulle möjligen motivera en ändring av vattenförekomstindelningen så att vattendraget mellan sjöarna skulle bli klassat som ett vattendrag, med möjligen god ekologisk status som följd.

Nuvarande sökta åtgärder innebär att hydrologisk regim blir mer naturlig och fiskens vandringsmöjligheter underlättas av dammbyggnaden och den partiella fiskvägen. För Nedre Badasjön förbättrar det möjligheterna att uppnå miljö kvalitetsnormerna.

Bolaget antar att parametern fisk kan förbättras pga. att konnektiviteten åtgärdas. Dock kvarstår en försurningsproblematik som fiskbedömningen är baserad på, påpekar länsstyrelsen. Bolaget anför vidare att konnektivitet höjs till högre status i Badaälven som en konsekvens av åtgärderna. Men det stämmer inte då det fortfarande finns en damm nedströms som utgör ett definitivt artificiellt vandringshinder.

Fler fel avseende parametern fisk finns i handlingarna. Länsstyrelsen understryker därför att den är klassad till måttlig i Nedre, Mellan och Övre Badasjön, utifrån försurningspåverkan (enligt klassningar från juli 2019).

Eftersom dammen är belägen i utloppet från sjön till älven behöver påverkan på kvalitetsfaktorn konnektivitet bedömas i båda förekomsterna, som också har gjorts i miljökonsekvensbeskrivningen. Kvalitetsfaktorn konnektivitet för Badasjöarna kan komma att ändras till god efter att passage till och från sjöarna är möjlig. Dock kan inte samma slutsats dras för konnektiviteten i den nedströms belägna Badaälven, som har gjorts i bolagets miljökonsekvensbeskrivning. Bedömningen att kvalitetsfaktorn konnektivitet i Badaälven får en högre status är fel, eftersom det finns en damm kvar. Däremot kan inte samma slutsats dras för kvalitetsfaktorn fisk i Badaälven eftersom även denna kommer att förbättras efter ansökt åtgärd till följd av att den nedströms belägna dammen kommer att finnas kvar.

Enligt statusklassningen kommer bedömningen på kvalitetsfaktorn fisk för Nedre Badasjön inte att förbättras till högre status anser länsstyrelsen, även om förutsättningarna för ett långsiktigt hållbart fisksamhälle förbättras genom en förbättrad konnektivitet till och från sjön. Detta pga. att en försurningsproblematik kvarstår vilken påverkar fiskarna, oavsett genomförd åtgärd eller ej eftersom denna härrör från en annan typ av påverkan.

Måläret för God status år 2021 varför nödvändiga miljöåtgärder borde tas upp i nuvarande prövningsmål och inte skjutas på framtiden.

Fiskpassage/fiskvandring

Denna fråga är särskilt viktig eftersom sökta åtgärder och anläggning är tänkta att bli permanenta.

Samtliga fiskarter på platsen är i varierande grad beroende av att vandra och är således i behov av fria vandringsvägar. Av dessa är nästan samtliga arter svagsimmande. Således bör en fiskväg vid dammen anläggas så att den medger god funktion och hög total passageeffektivitet för samtliga förekommande fiskarter. Det nuvarande förslaget medger olyckligtvis inte det – fiskvägen fungerar bra endast vid låga och normala flöden.

Det faktum att dammen inte är hög och inte innefattar någon kraftverksanläggning är faktorer som gör det är relativt enkelt att utforma en tillräckligt bra fiskväg på platsen vid Rinn.

Resonemanget om att det saknas skäl för att anlägga en fiskväg separerad från dammen är svårt att förstå. Givetvis kan sådana skäl och möjligheter finnas, förmodligen även i fallet Badasjödammen.

Bolagets uttalande om att bästa möjliga teknik för fiskvägar vid kraftverk enligt Havs- och vattenmyndighetens rapport 2013:14 endast till en mindre grad är relevant i detta mål ter sig felaktigt. För vandrande fisk gäller i princip samma

utmaningar och lösningar alldeles oavsett om det finns en damm eller en damm med kraftverk på platsen. I regel är det till och med lättare att anlägga tillräckligt bra fiskväg vid dammar utan kraftverk.

Det är olyckligt att bolaget valt en i sammanhanget så hög lutning som 5 procent, och endast använt en begränsad del av dammens bredd som fiskväg, när det som länsstyrelsen ser det inte finns något hinder mot att utnyttja hela bredden för fiskens vandring. Att göra ”överfallsdelar” av stora delar av dammen i stället för fiskväg är svårt att förstå eftersom det inte torde behövas några överfallsdammar.

Bolaget har bevisbördan om hur förhållandena på platsen var före dammens tillkomst. Att dessa förhållanden uppges vara okända är inte skäl för att anlägga en fiskväg med begränsad funktion och passageeffektivitet.

Vidare saknas alternativ till det förslag till fiskväg som bolaget presenterat. Sammanfattningsvis ses föreslagen fiskväg som otillräcklig eftersom den kommer att fungera otillfredsställande för de många svagsimmande fiskarterna vid höga - mycket höga flöden. Bästa möjliga teknik bör följas även i detta fall (Havs- och vattenmyndigheten 2013:14).

Länsstyrelsen erinrar om att det finns fiskarter med vandringsbehov även mellan olika vandringshinder (s.k. partiell fiskvandring), och att åtgärder för fri fiskvandring givetvis ska företas förbi i princip varje artificiellt sådant enligt miljöbalken och vattendirektivet.

Det är bra med fiskpassager som är lätta att sköta. Men först och främst ska de medge god funktion och effektivitet för den vandrande fisken.

Av bolagets senaste skrivelse framgår att fiskvägens funktion och effektivitet inte har varit avgörande vid planeringen och utformningen av densamma (avgörande har istället varit bibehållen vattennivå, ingen reglering, minimal tillsyn och underhåll). Resultatet blir en fiskväg som inte fungerar vid höga till mycket

höga flöden. Det är inte bästa möjliga teknik, lika lite som om Höljesdammen endast skulle stå pall för medelhöga flöden.

Det saknas fortsatt ett tillräckligt bra fiskvägsalternativ – bästa möjliga teknik - för den vandrande fisken i detta mål. I synnerhet som fiskvandring ofta sker i samband med högflöden.

Länsstyrelsen anser att det framtagna förslaget inte medger anlockning och passage (total passageeffektivitet) för uppvandrande fisk som motsvarar bästa möjliga teknik och att den sökta fiskpassagen har en begränsad funktion och effektivitet vid högre flöden. Det senare har också bolaget vitsordat.

Det finns många svagsimmande arter som skulle få en fördel av en lägre lutning på fiskrampen än vad som är föreslaget. Vattenhastigheten skulle kunna minskas genom olika åtgärder. Att gjuta fast sten i betong är en udda metod. Det är ingen metod som är vedertagen som bästa möjliga teknik. I det fall tillstånd skulle meddelas bör ett funktionsvillkor finnas med i tillståndet avseende fiskrampen.

Kulturmiljö

De åtgärder som ska komma att utföras på dammen enligt principskisser från samrådsunderlaget skiljer sig från de i miljökonsekvensbeskrivningen. I ritningar och tidigare diskussioner i samband med samrådet föreföll åtminstone de lägre delarna av pelare och utskov finnas kvar medan det i miljökonsekvensbeskrivningen tycks som om alla dessa delar av dammens ursprungliga funktioner kommer att försvinna.

Det presenteras inga alternativa förslag där delar av de ursprungliga ingående komponenterna är kvar och på så sätt kan komma att ingå i den nya lösningen. Genom att, som det förefaller, frångå den tidiga principskissen arbetar man inte som tidigare efter en anpassning där man söker undvika onödig påverkan eller skada på kulturmiljön. I samrådet hade Länsstyrelsen inga

invändningar ur kulturmiljösynpunkt men menar att den nu aktuella lösningen har en negativ inverkan på kulturmiljön.

Om nuvarande förslag kvarstår bör ett villkor för ombyggnationen vara att dammens nuvarande konstruktion dokumenteras av antikvarie eftersom läsbarheten och förståelsen kring dammens tidigare utseende förvanskas.

Fångdammar och avfallshantering

I ansökan anges att en fångdamm eventuellt kommer att anläggas under tiden arbetet pågår. I miljökonsekvensbeskrivningen saknas en beskrivning av vilka miljökonsekvenser en sådan konstruktion kan medföra. Beroende på fångdammarernas innehåll av föroreningar kan vattenförekomstens kemiska och ekologiska status påverkas. Om fångdammarerna består av jordmassor kan de även ge upphov till grumling. För rivning av dammen bör det också framgå vilka ytor som avses användas för avfallshanteringen

Ansökans avgränsning

Bolaget avser att ändra anläggningen och vattenverksamheten (dämningsnivåer och vattenhushållning). Ändring av dammen enligt bolagets ansökan kommer att medföra en ändring av vattenverksamheten vid anläggningen. Det krävs att ansökan utformas så att samtliga delar – både vattenanläggningen och vattenverksamheten – blir föremål för sammanhållen och ändamålsenlig miljöprövning (jfr t.ex. MÖD 2017:19 och MÖD 2017:45). Då bolaget inte utformat sin ansökan på ett sådant sätt utgör detta ännu ett skäl för avvisning.

Kammarkollegiet

Kammarkollegiet har yrkat att mark- och miljödomstolen ska i första hand avvisa ansökan och i andra hand avslå den. Kammarkollegiet har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Samråden och ansökans omfattning

Då det kommer till avgränsningssamrådet påpekade kollegiet den 4 februari 2019 att en prövning enligt 17 § lag (1998:811) om införande av miljöbalken skulle kunna vara aktuell eftersom avgränsningssamrådet avsåg ombyggnation och inte utrivning. Utrivning hade varit bolagets avsikt i en tidigare fas av samrådsprocessen.

Något yrkande om lagligförklaring finns inte i ansökan.

Bolaget har i sin ansökan omnämnt anläggningens ålder, den påstådda rätten till dämning samt ingivit en del underlag till styrkande av äldre rätt exempelvis privilegiebrev och- eller urminnes hävd. Värt att notera är att det inte är samma sak att en damm är ”gammal” som att dämningen sker med stöd av urminnes hävd. Privilegiebrevet som åberopas är från 1649. Samtidigt anges att anläggningen ”torde i huvudsak vara oförändrad” sedan 1913. Kollegiet drar slutsatsen att dämningen efter 1913 inte sker på samma sätt och med samma sorts anläggning som mellan 1649 och 1913. Anläggningarna hade således inte kunnat lagligförklaras.

Någon rätt till dämning föreligger inte enligt privilegiebrev eftersom vattenverksamheten ska miljöprövas och sökanden har bevisbördan för förhållandena i vattnet före dämningsåtgärderna.

Kollegiet konstaterar således att underlagen avseende äldre påstådda rättigheter inte är relevanta i målet då lagligförklaring inte yrkats.

Kollegiet anser inte att bolaget gjort sannolikt att man har tillstånd- eller urminnes hävd för den dämmande vattenverksamheten.

Synpunkter gällande rätten till dämning och urminnes hävd

Den vattenhushållningsbestämmelsen som åberopas i målet är från Värmlands lagmansbesiktningsrätts sammanträde å Bada bruk i Fryksände socken, den 26 juni

1809. Den ger upphov till en rad intressanta frågeställningar kopplat till tillämpningen av 5 § lagen om införandet av miljöbalken.

Urminnes hävd?

Det är ostridigt att dämning förekommit på platsen och att anläggningar existerat under mycket lång tid. I vart fall före år 1882 som är "brytpunkten" för då hävden börjar betraktas såsom urminnes. Bolaget påstår att urminnes hävd föreligger därför att man kan uppvisa en del dokument. Exempelvis privilegiebrev från 1707 och en fastighetskarta avseende delning av "damnvaktartorpet" anno 1868. Även vattenhushållningsbestämmelsen från 1809 åberopas såsom en del av "urminnespaketet".

Dessa dokument räcker inte enligt kollegiet. Enligt kollegiets uppfattning fanns det även före 1882 tvingande bestämmelser avseende anläggningar och hur dämning fick lov att utföras. Enligt 2 kap 14 § fiskeristadgan av år 1852 gällde bestämmelser om kungsådra och anläggningars beskaflenhet för fiskens fria passage. Eventuella vattenhushållningsbestämmelser, såsom de åberopade från 1809, friskrev inte "vattenverksägaren" från fiskeristadgans bestämmelser.

Fisken skulle kunna ta sig förbi anläggningen.

Anser bolaget att rätten till dämning utövades lagenligt- och därmed, eftersom urminnes hävd innebär "likadant", utövas med stöd av urminnes hävd enligt samtliga bestämmelser som gällde 1882? Med utövas menas "i dag".

Kollegiet noterar att bolaget kommenterat även länsstyrelsens syn på vad som faller under begreppet urminnes hävd. Bolaget har också åberopat en del avgöranden från MÖD. Bolagets kommentar till länsstyrelsen ger upphov till följande fråga. Varför åberopar bolaget MÖD 8563-17 och 5962-18?

Nuvarande 5 a § MP var visserligen i kraft våren 2019 då målen avgjordes.

Samtidigt prövades målen enligt äldre bestämmelser. Hävden är en materiell fråga.

Enligt äldre bestämmelser likställdes inte urminnes hävd med tillstånd. Det fungerade dock så, ibland, så som en "konsekvens" av viss rättspraxis. Detta betyder att frågan om bevisbördan för urminnes hävd inte var lika central för prövningen enligt äldre bestämmelser.

Vad kan man då säga om bevisbördan för 5 a § MP? Enligt de avgöranden som bolaget åberopar (ovan) ska verksamheten med hänsyn till omständigheterna göra sannolikt att den verksamhet som bedrivs inte på något väsentligt sätt skiljer sig från hur den kan antas ha bedrivits. Att lagstiftaren faktiskt, numera, jämställer den urminnes hävd med "tillstånd" torde inte betyda lägre bevisbörda. Bevisbördan för existensen är inte samma sak som för den urminnes hävdens innehåll. Innehållet är naturligtvis svårare att bevisa. Samtidigt innebär tillräcklig bevisning att verksamhetsutövaren åtnjuter större rättstrygghet jämfört med tidigare såsom innehavare av ett "tillstånd". Införandet av 5 a § MP innebar att huvudsakligen fastighetsrättsliga omständigheter gavs förvaltningsrättslig orubblighet, gentemot alla och envar. Manövern torde, utifrån allmänna intressen, förutsätta att sökandebolaget verkligen når upp till bevisnivån "sannolikt".

Kollegiet när förhoppningen, juridiskt, att mark- och miljödomstolen ska ställa höga krav på bevisning då bolaget gör gällande en "rättighet". Och nu när urminnes hävd faktiskt kan vara en "rättighet".

Vad kan då vara en brist i bevisningen? Bolaget anger i sin tekniska beskrivning att "dämningsmärke saknas".

Vad anser bolaget detta betyder för styrkandet av den urminnes rätten till dämning?

Kollegiet anser att förarbetena (prop. 2017/18:243 sid 110 ff.) till 5 a § MP är långt ifrån tydliga. Om det nu är så att beviskravet "sannolikt" gäller, då borde kraven hållas högre i ett mål som detta. Dammen är förhållandevis väldokumenterad. Kollegiet anser således inte att bolaget styrkt hävdens innehåll i två avseenden, vattenhushållning (dämningsrätten) och anläggningarnas lagenlighet 1882.

Tillstånd?

Kollegiet bestrider att privilegiebrev från 1707 respektive 1772 kvalar in som "tillstånd" under 5 a § MP. Dessa dokument kan ingå i bevisning av urminnes hävden, men ger ingen "rättighet", i miljöbalkens bemärkelse. Besluten reglerade mellanhavanden mellan brukspatron och åborna runt omkring.

1809 års avgörande från Värmlands lagmansbesiktningsrätt kan utgöra ett tillstånd. I domen fastställdes en vattenhushållningsbestämmelse, som varit periodvis tvistig redan under 1700 talet.

Kollegiet undrar däremot och återigen med tanke på de försvunna bergmärkena: Hur anser bolaget att man kan tillämpa 1809 års vattenhushållningsbestämmelse då fixpunkten saknas? Hur ser bolaget på lagkravet att upprätt hålla fixpunkten?

Myndighetsbeslut, osämja och bruk med "omgivningens godtagande"?

Mark- och miljööverdomstolen har i ett antal avgöranden sammanknutit frågan om urminnes hävd, nollalternativ och prövningens omfattning med att "ingen" tycks ha gnällt över vattenanläggningens varande på platsen.

"Även om det saknas tillstånd i den mening som avses i miljöbalken måste förutsättas att anläggningen, med hänsyn till den långa tid den har använts, har tillkommit och brukats med omgivningens godtagande" (MÖD M 2149-18)

Så förhåller det sig säkert, att åbor inte alltid gnällde på brukspatron eller på varandra. Med radarn bakåtriktad mot dåtidens socioekonomiska strukturer ter sig dammar med "omgivningens godtagande" såsom "normalnorm" för dammar.

I detta mål råder däremot motsatta förhållanden och missnöjet tycktes väl rotat i bygden. I de myndighetsbeslut som bolaget åberopar till stöd för tillstånd och- eller urminneshävd ringer flera varningsklockor, ur historien. Redan hammarpatronen Johan Boestadius var i luven på åborna runt omkring Badasjön. Förlikning ingicks redan 1707 med innebörden att bruket skulle dämna på ett vis som inte skadade

åbornas ägor, samtidigt som hammaren fick rätt att utnyttja vattnet. I gengäld fick bruket full rätt till vattnet. Det är denna vattenhushållning som fastställs mer än hundra år senare, 1809.

Bolaget har även bifogat ett par utslag från Kongl. Maj:ts Befallningshavandes i Wermlands län. Myndighetsbesluten refererar till vattenhushållningsbestämmelsen anno 1809, men utslagen utgör inga tillstånd i 5 a § MP mening. I god ämbetsmannatradition hade konungens befallningshavande i länet beslutat avseende inrättande av allmän flottled (1894). Detta beslut skulle komma att överklagas och vandra mellan konungen befallningshavande, det kungliga kammarkollegiet (överprövande), upp till majestätet och därefter tillbaka till befallningshavanden. Som föreskrev om villkor för flottningens bedrivande.

Myndighetsbesluten är dock ändå intressanta för detta mål. Därför att rätten till vattnet och hur tillståndet såg ut var oklart redan under 1800 talet. Problemen blev akuta då flottningen i Badaälven skulle regleras. Förhållandena var helt enkelt tvistiga.

Klagande var Bada Bruk. Som ansåg sin rätt till vattnet begränsas av flottningen. Bruket påpekade i de efterföljande förvaltningsprocesserna att den rätt man fått 1809 att fritt disponera vattnet, med undantag för under sommarmånaderna, fått konkurrens från flottningsföreningen. Bruket skrädde inte orden: *"i detta sammanhang erinras särskilt, dels om den ökning i vattenkraftens betydelse och värde, som järnvägens nu nära fullbordade framdragande till och förbi torde kunna föranleda, dels och om att vattentillgången i Badaälven redan nu är ganska ojämn och ur verksdriftens synpunkt knapp, som att dess betydelse som kraftkälla väsentligen förhöjes genom den relativt stora höjden och det obetydliga avståndet mellan de tre vid Bada bruk varande fallen"* (Konungens befallningshavandes i Wermlands län utslag, den 30 nov 1915).

Den historiska osämjan är intressant för detta mål därför att den indikerar att dämning och avledning av vatten, flottning mm har orsakat konflikter som tyder på

att regleringen av vattnet inte varit statisk på platsen. Möjligen har det varit så t o m 1809 men definitivt inte efteråt, genom industrialiseringens era.

Vad hände efter 1913 då Bada Bruk upphörde? Av yttrandet från Badasjöarnas intresseförening framgår även i dag en osäkerhet avseende hur dämningen efter ombyggnaden kommer att påverka förhållandena. Föreningen tillstyrker ansökan, men det råder oklarhet om vilka höjder som ska råda för sjön respektive dammens sättöverfall, efter ombyggnad. Bolaget uppger att tröskelnivån +116,95 valts till undvikande av översvämningar och för höga vattenstånd.

Har dammens avbördningskapacitet varit tillräcklig, historiskt? Har översvämningar gett upphov till konflikter i närområdet? Kollegiet har valt att presentera de historiska dokumenten utifrån en tänkbar juridisk kontext, då för tiden. Med detta vill kollegiet visa att de dokument som åberopas av bolaget även kan läsas på ett sätt som underbygger ett ifrågasättande av dammens rättsliga status. Osäkerheterna gör dagens miljöbalk svår att tillämpa.

Ansökan ska därmed prövas förutsättningslöst enligt 2, 3, 5, 9 och 11 kap miljöbalken. Nollalternativet i bolagets miljökonsekvensbeskrivning ska vara förhållandena i strömmande vatten (utan dammen). Detta innebär att förhållandena vid utrivning ska ingå i ansökan.

Bolaget ska redovisa alternativa lösningar för fiskpassage. Detta för att mark- och miljödomstolen ska kunna bedöma frågan om bästa möjliga teknik enligt 2 kap 3 miljöbalken. Detta är inget explicit krav i 6 kap 35 § miljöbalken men följer av logisk nödvändighet. För att ta ställning måste parterna och domstolen se vilka tänkbara alternativ som finns. Bolaget ska föreslå villkor som säkerställer att vattenverksamheten kan etableras, såsom lagligen prövad, på platsen och att den kan kontrolleras genom hela från anläggningsfas till driftsfas.

Fiskvägen är, enligt kollegiets uppfattning, en tillåtlighetsfråga. Det behövs villkor i denna del. Inte minst för att följa upp hur anläggningen fungerar i verkligheten.

Kollegiet påtalar även att eftersom samrådsunderlaget skiljer sig från
prövningsunderlaget så kan det behövas ett nytt samråd.

Avfall

Bolaget anser inte att den ansökta åtgärden kräver tillstånd eller anmälan enligt 9
kap. miljöbalken. Det framgår inte av ansökan vilka mängder eller fraktioner av
avfall som förväntas uppkomma vid de ansökta åtgärderna. Bolaget uppger endast
att det rör sig om "begränsade" mängder som hanteras "intill" dammanläggningen".
Att avfallet ska lämnas till godkänd mottagare är självklart enligt 54 §
avfallsförordningen (2011:927).

Vilka fraktioner och mängder rör det sig om? Kommer avfallet att behandlas
(läggas upp för avvattning)? Finns det lämpliga ytor att tillgå? (bestämmelsen ovan)

Om bolaget planerar att återvinna avfall från det egna projektet eller ta in externa
anläggningsmassor råder särskilt behov, invid vatten, att beakta halt- och
lakningskraven för mindre än ringa risk enligt naturvårdsverkets handbok 2010:1.

Baserar bolaget sin bedömning på 29 kap. 34, 35 (90.131 resp. 90.141), 29 kap 39 §
(90.375) miljöprövningsförordningen (2013:251)? Eller på 12 § restvattenlagen?

Ansökan saknar genomgående förslag till villkor och underlag för dessa.

Arbetstiden

Enligt bolagets tekniska beskrivning beräknas arbetena ta 1–2 månader att utföra.
Vad som anses vara "sedvanlig praxis" har bara angivits som ett argument för den
yrkade arbetstiden på 5 år. Kollegiet anser att 5 år är, enkelt uttryckt, orimligt och
erinrar återigen om att Öresundsbron tog 5 år att bygga, från spade i jorden till
invigning. Sökandebolaget torde kunna bygga om sin damm, alternativt riva ut den,
på betydligt kortare tid.

Kontroll

Kontroll under anläggningstiden är naturligtvis ett kontrollprogram som fångar upp de olägenheter för människors hälsa och för miljön i samband med anläggningsfasen. Avfallsvillkor bedömer kollegiet som helt nödvändigt och det måste avspeglas i ett kontrollprogram. Vilka halt- och lakningskrav ska godkännas vid återanvändning av massor? Vilka försiktighetsmått ska vidtas vid anläggningsarbeten i vatten?

Kontroll under driftsfasen handlar om. Hur fungerar den valda fiskvägslösningen? Förhindrar dammens nya konstruktion översvämningar? Även om verksamheten inte kommer att bedrivas aktivt och att 11 kap 4 § miljöbalken gäller för dammägaren, så anser kollegiet inte att en miljöprovning kan utfalla utan villkor och möjlighet till kontroll. Vad menas med att rampen ska "byggas" i samråd med fiskevårdssakkunnig? Vem ska detta vara? Ska vederbörande "godkänna" rampen?

Ansökans konsekvenser för tillsynen vid ett eventuellt tillstånd

Det är bolagets avsikt att avyttra vattenanläggningen till lokala intressenter efter det att man fått tillstånd. Det föreligger inga problem med den vattenrättsliga rådigheten vid tidpunkten för ansökan. Samtidigt berör det ansökta projektet flera fastigheter och det är inte självklart vem som ska vara verksamhetsutövare vid en eventuell senare avyttring. Eftersom provningen juridiskt avser ny markanvändning och även ska utföras enligt miljöbalkens hushållningsbestämmelser vore det rimligt med ett underlag som visar att det finns rimliga möjligheter att underhålla vattenanläggningen också framgent. Utrivning i sin helhet vore kanske annars en lämpligare markanvändning utifrån allmän synpunkt.

Miljökonsekvensbeskrivningen

Först och främst anser kollegiet att beskrivning och analys ska utgå från förhållanden i ett "naturligt" rinnande vatten och inte i lugnvatten som är konstruerade av människan. Dessutom finns inga äldre rättigheter att utgå från i målet. Miljökonsekvensbeskrivningen borde utgå från att sökanden har bevisbördan

för vilka förhållanden som rådde före mänsklig påverkan. Att dämningen är av gammalt datum torde inte utgöra ett hinder utan enbart merarbete för sökanden.

Poängen med miljöprövningen är att den ska utgå från 2 kap miljöbalken jämte specialbestämmelser. Kan sökanden visa att vissa frågor redan varit föremål för prövning då får man utgå därifrån.

Mark- och miljööverdomstolen har i ett antal avgöranden (se t.ex. målen M 5874-16 och M 6454-17) uttalat att utgångspunkten vid prövningen av en ansökan om tillstånd ska vara de "faktiska förhållanden" som råder när prövningen görs.

I det sistnämnda avgörandet sägs att. *"Vilka förhållanden som skulle ha rått utan aktuell anläggning 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 det vara mest rimligt att i följande prövning utgå från de faktiska förhållandena, dvs. att det finns en dammanläggning på platsen"* (MÖD M 2149-18).

Så var förhållandena möjligen i det målet. I detta mål torde däremot inte råda några problem att visualisera den aktuella platsen utan damm. Eller att utifrån tillgängliga data bedöma hur en utrivning av anläggningen skulle påverka omgivningen.

Kollegiet anser inte att påverkan på miljökvalitetsnormerna är den enda prövningsomständighet som ska vara styrande för tillåtligheten. Det är ovedersägligen så att dammar som vidhänger elproduktion, är till godo för samhället, i vissa fall. Den aktuella dammen har ingen sådan funktion och den ska avyttras till lokala intressenter.

Bevisbördan och det berömda "nollalternativet"

Bolaget har bevisbördan för förhållandena i vattnet. Även, enligt kollegiets uppfattning, vid ett scenario som innebär att det inte finns någon dammanläggning på platsen.

Måttstocken är inte enbart hur verkan av den ansökta åtgärden påverkar förhållandena i vattenförekomsten på kvalitetsfaktornivån (MÖD 2016:42) och hur denna bedömning ska utföras. Måttstocken ska vara 2 kap. miljöbalken.

Gränsdragningen mellan reglerna om bevisbördan i ett ansökningsmål och rättens utredningsansvar är inte självklar. Att det finns brister i utredningen har mer eller mindre betydelse beroende på ansökningsmålets karaktär och växlar beroende på vilka intressen som skyddas i de olika materiella lagstiftningarna.

Kollegiet anser att det måste vara sökandebolaget som ska stå risken av brister i ansökan. Inte exempelvis myndigheter, såsom parter.

Materiellt korrekta bedömningar förutsätter domstolens processledning. Målet ska utredas såsom dess beskaffenhet kräver och ansvaret åvilar domstolen att bevaka miljöbalkens regler om sökandens bevisbörda. Sökanden har dock alltid ansvar för utredning/bevisning inom sin egen besittningssfär och ska så långt det är möjligt stödja sina påståenden (Diesen, Christian, Bevisprövning i förvaltningsmål, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm).

I detta mål har bolaget bevisbördan för förhållandena i vattnet.

Vad som är hönan eller ägget i upplägget av en miljöansökan är inte alltid lätt att avgöra. Kollegiet anser inte att "faktiska" förhållanden vid prövningen av en vattenverksamhet kan användas förutsättningslöst. Om sökanden visat att man redan har tillstånd att dämna eller bedriva vattenverksamhet i övrigt då ska prövningen utgå från förhållandena vid tidpunkten för prövningen. Inte annars.

Kollegiet är på föreliggande underlag tveksamt till att bolaget har ett rättskraftigt tillstånd att utgå från för sin miljökonsekvensbeskrivning.

Kollegiet anser att miljökonsekvensbeskrivningens analys bort utmynna i ett säkerställande av en rad rättsliga krav som gäller till skydd för naturen. Exempelvis

det s k "ickeförsämringskravet" kopplat till 5 kap. miljöbalken, vad som är bästa möjliga teknik och inte minst vad som är den rimligaste markanvändningen enligt 3 och 4 kap. miljöbalken.

Att en ansökt åtgärd inte medför en försämring av vattenförekomstens status på kvalitetsfaktornivå innebär inte att en biologisk helhetssyn på miljökonsekvenserna av en verksamhet- eller en åtgärd ska bortses från vid miljöprövningen. Kollegiet anser att frågan faller under kategorin vad som är "lämplig" markanvändning vid en nyprövning, såsom i detta fall, enligt 3 kap miljöbalken. Företräde ska ges sådan användning som medför en från allmän synpunkt god hushållning.

Oaktat att det finns vandringshinder nedströms finns anledning att överväga om inte utrivning av dammen vore en markanvändning att föredra utifrån allmän synpunkt eftersom de biologiska förhållandena är ett allmänt intresse.

Vid nyprövning av en verksamhet är det inte självklart att man får tillstånd bara därför att man inte åstadkommer en uppenbar försämring i miljön. Miljöbalken får, enligt kollegiets uppfattning, inte uppfattas som en "rättighetslagstiftning" utan ett antal bestämmelser som ska uppfyllas för den som vill få tillstånd.

Miljökonsekvensbeskrivningen saknar analytiskt djup och underbyggda slutsatser då det kommer till frågor av tillåtlighetskaraktär.

Kollegiet ansluter sig till länsstyrelsens yttrande avseende miljökonsekvensbeskrivningens brister i sak såsom avseende hydrologiska förhållanden, biologins förutsättningar och vad som är bästa möjliga teknik enligt miljöbalken. Länsstyrelsen besitter härvid bäst kunskaper avseende regionala förhållanden och behov enligt 22 kap. 6 § miljöbalken.

Sammanfattningsvis

Kollegiet anser att vattenrättens dilemma manifesteras mycket tydligt i bolagets ansökan och miljökonsekvensbeskrivning. Bolaget anser att man har ett rättskraftigt

tillstånd. Antingen därför att det finns en fastställd vattenhushållningsbestämmelse (1809) eller därför att dammen är så gammal att den ändå vilar på urminnes hävd. Den gamla jordabalkshävden, avskaffad 1971, har nu glidit in under "rättigheterna" som skyddas av 24 kap 1 § miljöbalken. Beviskraven, torde därmed ha skärpts. Dilemmat ligger däri att någonstans måste miljökonsekvensbeskrivningen ta sin utgångspunkt.

Var beviskravet för äldre rätt ska läggas, förutom sannolikt, är mycket oklart. För hur ska man göra då fixpunkt saknas, eller belägg för att anläggningen klarar kraven i 1852 års fiskeristadga? Har verkligen förhållandena varit sådana att dämningen skett "opåtalat"? Och vad säger egentligen de gamla juridiska dokumenten om en "rätt" att dämna, visavi hur man reglerade förhållandena mellan brukspatron och åbor?

Kollegiet anser att den enda rimliga utgångspunkten är fullständig prövning enligt miljöbalken. Detta innebär också lokaliseringsprövning och avvägning mot bästa möjliga teknik, utifrån olika möjligheter. För det allmänna naturintressets vidkommande ska även alternativet utrivning beaktas. Dammen har ingen betydelse för produktionen av vattenkraftsel. Fiskvägens funktion blir därmed helt avgörande för tillåtligheten.

Kollegiet anser att den materiella frågan i målet är. Kommer miljön att få, biologiskt sett, lika goda förhållanden med dammen på plats och med de försiktighetsmått (fiskväg) som sökanden kommer att vidta, som om dammen inte fanns? Rättsligt anser kollegiet tveksamt att dammen existerar.

Älvräddarnas Samorganisation

Älvräddarnas Samorganisation (Älvräddarna) har yrkat att mark- och miljödomstolen ska i första hand avvisa bolagets ansökan och i andra hand avslå den.

Till grund för inställningen i målet ansluter Älvräddarna till det kollegiet och även länsstyrelsen framfört. Älvräddarna överlåter till mark- och miljödomstolens bedömning att slutgiltigt avgöra frågan om den vattenrättsliga rådigheten. Kollegiet och länsstyrelsen förefaller ha olika syn på saken. Helt oavsett anser Älvräddarna att dammen måste provas förutsättningslöst enligt miljöbalken. Bäst ur miljöhänseende hade varit om ansökan avsett utrivning av dammen. Samtidigt kan avslag på nu aktuell ansökan bli en hjälp på traven att uppnå ett sådant resultat. På frivillig väg eller genom tillsynens försorg. Vattenverksamheten är inte skyddad genom 11 kap. 27 och 28 §§ miljöbalken och kan därmed bli föremål för aktiva tillsynsåtgärder.

Därutöver vill Älvräddarna, gällande beviskrav i fråga om påståendet från sökanden om att den nuvarande anläggningen och verksamheten har tillstånd, hänvisa till domskäl från Mark- och miljööverdomstolens dom den 23 juni 2020 i mål M 1328-19. Beviskraven vid ansökan om tillstånd att bedriva vatten- eller miljöfarlig verksamhet enligt miljöbalken kan inte, enligt Älvräddarnas uppfattning, ställas lägre än gängse vid prövning av rätten till en förmån från det allmänna. Att erhålla miljötillstånd är en förmån och ingen rättighet. Den som ansöker om miljötillstånd ska göra sannolikt att lagkraven är uppfyllda. Liksom då man ansöker om bostadsbidrag, sjukpenning eller försörjningsstöd. Sökanden är inte, förvaltningsrättsligt sett, en svagare part som kan påräkna att det allmänna hjälper till med ansökan.

Sannolikt innebär, juridiskt, inte samma sak som styrkt. Men inte heller slentrianmässigt angivande av viss typ av äldre dokument. Slentrianen har blivit ett problem vid miljöprövning av vattenverksamheter. Åberopande av urminnes hävd åtföljs inte sällan av att ansökan bestyckas med ett antal dokument av gammalt datum. För motparter och domstol kan det vara nog så knepigt att läsa vad det står. Än värre är det att förstå vad det står i pappren. Älvräddarna anser att sökanden måste visa vad det egentligen står i dokumenten och hur dessa kan tolkas i sin historiska kontext. En sådan tolkning kräver viss ansträngning från sökanden och

tolkningen ska naturligtvis kunna ifrågasättas av motparterna i ansökningsmålet och bedömas av mark- och miljödomstolen.

Bristerna i målet består däri att ansökningsunderlagen, materiellt, utgår från att det finns tillstånd enligt äldre rätt. Underlagen är därmed för ”tunna” för en förutsättningslös prövning enligt 2 kap. miljöbalken m.fl. bestämmelser.

Varför? Därför att Älvräddarna inte finner att sökanden visat att det är sannolikt att äldre tillstånd kan återopas. Dämningsrätten är oklar eftersom sjömärke saknas och därmed gällande fixpunkter. Det framgår inte av handlingarna att dammen uppfyller kraven enligt den fiskeriförordning som gällde före 1882, avseende anordning för fiskens fria passage. Vattenavledningen till förmån för Bada bruk har varit föremål för såväl domstols- som administrativa prövningar genom åren (se kollegiets yttrande). Vattenverksamheten kan på goda grunder anses ha orsakat ”konflikter” mellan olika intressen i bygden samt det allmänna.

Vid dessa juridiska och materiella förhållanden anser Älvräddarna att utredningen bort ta sikte på en fullständig prövning enligt miljöbalken. Utan återopande av äldre rättigheter. Dammen saknar betydelse för elproduktion. Den del av avvägningen enligt 2 kap. 7 § miljöbalken som naturligen innefattar energinytta bortfaller därmed.

Ansökta förhållanden ska därmed, rimligen, ställas mot oreglerade istället för sökandens uppfattning att naturen skulle ”må bättre” vid de reglerade förhållanden som den ansökta vattenanläggningen skapar jämfört den nuvarande anläggningen. Vad som menas med ”bättre” kräver referenspunkter liksom att dämning kräver fixpunkter. Vid onaturliga förhållanden blir givetvis varje åtgärd som släpper fram någon extra tursam fisk, tacknämlig. Vi uppfattar att sökandes ambition är att bibehålla status quo.

Älvräddarna frågar sig i detta mål om BMT enligt miljöbalken kan bli långsiktigt bättre än oreglerat?

Bolaget har sedan samrådet ändrat inriktning på sin ansökan från att ha gällt utrivning till att numera gälla ombyggnad av regleringsdammen i Rinn.

Älvräddarna vill i den delen framföra att anledningen till kursomläggningen ingalunda är unik vid denna typ av vattenanläggningar. Människor vill helt enkelt leva som de alltid gjort. Man ser det som skrämmande att den ”egna” lilla dammen, som är så betydelsefull för hembygden och dess kontinuitet, riskerar försvinna vid en eventuell utrivning. Människan är ofta rädd för det okända, och varierande rykten och hörsägen florerar som säger att utrivna dammar riskerar omforma hembygden till sumpmark eller ökenlandskap.

Bolaget anger i sin inlaga att ansökan utgör en ”avvägning”, mellan olika intressen. Det är också så att dammen ska övertas av lokala krafter som önskar bibehålla hembygdsnaturens status quo. Älvräddarna däremot, vars uppgift är att verka för naturligt strömmande vattenmiljöer, anser inte att den alltmer trängande frågan om förlust av biologisk mångfald kan avvägas bort till förmån för lokala intressen.

Förlusten av biologisk mångfald accelererar och särskilt gäller det sötvattenmiljöer, detta enligt flertalet nyligen utgivna forskarrapporter. Sjöar och strömmande vatten måste bli fria från dammar och deras påverkan. Detta betyder inte att det blir torrt eller lerdiken, men däremot att sjönivåer inte bara kan utan ska fluktuera naturligt. Arter som finns i lugnvatten som människan anlagt lär sig naturligtvis att trivas där. Samtidigt slås andra arter som kräver strömvattenmiljöer ut. Sammanfattningsvis anser Älvräddarna att naturvärden i hembygden mycket väl kan upprätthållas och utvecklas där vattnet får strömma fritt.

Bolaget anser att dagens förhållande i huvudsak motsvarar de förhållanden som var år 1882. Älvräddarna håller inte med om detta. Antingen är anläggningen och/eller vattenverksamheten intakt såsom före 1882, eller så är det inte så. Bolaget kommenterar att Kammarkollegiet ska berätta vilken bestämmelse om kungsådra

som gällt för Badaälven. Det ska kollegiet inte alls göra därför att bevisbördan för den urminnes hävden ligger på sökandebolaget. Likaså gäller frågan om s.k. fixpunkt. Naturligtvis fanns inte specificerad juridik som kallade dämningssgränser/sänkningsgränser för just fixpunkt. Samtidigt faller det på sin egen orimlighet att åberopa urminnes hävd till den dämmande vattenverksamheten, utan att kunna visa hur dämningen såg ut före 1882. Bolaget kommenterar även att Kammarkollegiet dragit ”långtgående slutsatser” om osämja i bygden relaterat till Badasjöarnas reglering. Samtidigt säger bolaget att vattnet är väl dokumenterat sedan lång tid tillbaka. Älvräddarna påpekar att alla dessa prövningar i förgången tid hos Häradsrätten, eller hos Konungens högste befallningshavare, dvs. länsstyrelsen, företagits för att bringa ordning mellan brukspatron och byamän. Varför skulle annars myndigheterna påkallats till denna plats?

Dammen saknar tillstånd och bolaget åberopar urminnes dämningss- och sänkningsgränser som dessutom inte kan fastställas. Uppenbarligen har älven föranlett diverse juridiska omgångar genom århundradena. Detta föranleder Älvräddarna att påstå att dammen ska provas förutsättningslöst enligt miljöbalken.

Bolaget kritiserar länsstyrelsen för att lyfta frågan om kommande klassning enligt ramvattendirektivet, åtgärder som krävs för att stävja försurningsproblematik samt andra förekommande vandringshinder. Älvräddarna anser att det är just ett sådant synsätt som krävs för att kumulativa effekter av verksamheter eller åtgärder ska kunna bedömas inom miljöprövningen. Miljökvalitetsnormer finns av en anledning och dessa har införts därför att måluppnåendet, god ekologisk status, stipuleras av EU-rätten såsom ett tvingande miljömål. Att begränsa underlagen i en miljöprövning till att omfatta endast en liten isolerad verksamhet kan tyckas betydelselöst i ett större nationellt och EU-rättsligt perspektiv. Dock gäller det gamla ordspråket att många bäckar små blir snart en stor å (eller älv).

Älvräddarna noterar att vad som kunde blivit till en ansökan om utrivning istället blivit till en ansökan om att bevara en obsolet damm. Älvräddarna delar länsstyrelsens uppfattning att bolaget istället för att utreda och dokumentera vad

som vore bästa möjliga teknik för en fiskväg, om nu dammen nödvändigtvis ska vara kvar, tycks prioritera att hålla de presumtiva nya verksamhetsutövarna nöjda beaktat status quo i hembygden.

Älvräddarna finner ansökan sorglig, eftersom bolaget, ovedersägligen, har kunskap och ekonomiska muskler att formulera en lämplig ansökan ur ett hållbarhetsperspektiv. Dammen ifråga har ingen koppling till bolagets kärnverksamhet som är elproduktion. Bolaget såsom verksamhetsutöware idag torde vara mindre benäget att anlägga nostalgiska aspekter på sin miljöprövning. Älvräddarna är övertygad om att hembygden kan utvecklas och blomstra samt att undgå att bli ”tom, bränd, härjad eller kall” (Gustaf Fröding, 1886) även om dammen rivs ut.

Älvräddarna vill särskilt lyfta tre juridiska aspekter vad gäller ansökan. Älvräddarna anser att urminnes hävd inte kan användas i detta fall av flera skäl. Ansökan visar inte vilka förhållanden som har rått i vattnet, hur gamla betongpågjutningarna är etc. Älvräddarna menar att varje åtgärd som har utförts efter 1882 utsläcker den urminnes hävden såvida bolaget inte kan leva upp till sin bevisbörda och visa att några åtgärder inte utförts efter 1882.

För det andra saknas det förslag i ansökan till tillståndsvillkor. En vanlig ansökan om att bedriva vattenverksamhet ska åtföljas av adekvata miljövillkor. Vattenverksamhet och andra anläggningar som ska bestå ska enligt lag ha ett kontrollprogram. Älvräddarna menar att dammen inte kommer att vara självreglerande. Avsaknaden av förslag till villkor indikerar att det rör sig om en självreglerande anläggning, men ansökan visar att så inte kommer vara fallet.

Ansökan brister i att visa vad som ska hända efter att arbetena är utförda, då de lösningar som har ansökts om kommer att fortsätta innebära ett underhållsansvar. Älvräddarna önskar att det hade klargjorts i ansökan hur bolaget ser på formella frågor avseende bl.a. ansvar för underhåll.

Torsby kommun

Torsby kommun tillstyrker att tillstånd meddelas i enlighet med bolagets ansökan.

Badasjöarna omges av ett relativt stort antal hus, både för permanentboende och fritidshus och närboende nyttjar sjöarna flitigt för bland annat bad, fiske, paddling, isfiske. Vidare kommer dammen i och med de planerade åtgärderna att kunna behålla sin funktion att hålla vattennivån i Badasjöarna på en nivå motsvarande den sedan länge tillämpande vid rådande normalflöden.

Torsby kommun har tagit fasta på att boende i området lyft fram betydelsen av sjöarna ur estetisk synvinkel, för landskapsbild och allmän trivsel. De planerade åtgärderna bedöms inte få någon betydande påverkan på boendemiljö, friluftsliv och rekreation, eftersom ombyggnad av dammen till en icke reglerbar damm medför att Badasjöarnas nivå kan hållas när de nivåer som normalt tillämpats under de senaste decenniernas reglering. Sammantaget bedöms planerad verksamhet ha obetydliga konsekvenser för boendemiljö, friluftsliv och rekreation.

Den av Fortum Sverige planerade verksamheten medför en möjlighet för fisk att passera det vandringshinder som regleringsdammen utgör, samtidigt som dammens funktion i allt väsentligt kvarstår. Vattenståndet i Badasjöarna kan hållas på en nivå som motsvarar tidigare tillämpad medelnivå, och till vilken verksamheten runt, och biologi i, sjön idag är anpassade.

En utrivning av dammen skulle i praktiken medföra en sjösänkning, vilket skulle leda till att Badasjöarnas vattenvolym i väsentlig utsträckning minskas. Detta skulle inte bara minska livsutrymmet för akvatiska organismer, utan även kunna förändra vattenkemin i sjöarna och därigenom påverka artsammansättningen.

Samttaget bedöms planerad verksamhet ha en positiv konsekvens för vattenmiljön, genom att fiskpassage möjliggörs i upp- och nedströms riktning förbi vandringshindret som dammen utgör, samt genom att vattennivån i Badasjöarnas kan upprätthållas.

Badasjöarnas intresseförening

Badasjöarnas intresseförening har tillstyrkt att tillstånd meddelas i enlighet med bolagets ansökan.

Intresseföreningen godtar dämning till 165,95 möh. med motiveringen att det är viktigt att dammen blir omgjord och inte rivs. Intresseföreningen motsätter sig länsstyrelsens yrkande gällande fiskvandring. Dammen förhindrar slambildningen och skulle dammen rivas så förstörs de vandrings- och lekplatser som Länsstyrelsen i Värmland var med och finansierade ombyggnaden av 2004/2005 med 500 000 kr. Slammar bottenarna igen så är pengarna bortkastade om dammen skulle rivas. Det finns även ett sågverk som drivs av Sönnerrudshedens husbehovsförening längre ner efter älven och de har fått bidrag för att hålla sågverket igång. Dammen vid sågen är öppen så det möjliggör för fisken att vandra förbi där. Föreningen påtalar vikten av att hänsyn tas för den bro som finns över Mellan och Nedre Badasjön.

Älvräddarna anser i sitt yrkande att bäst ur miljöhänsende vore om ansökan avsett utrivning av dammen. Badasjöarnas intresseförening motsätter sig detta yrkande å det bestämdaste. En utrivning av dammen skulle medföra förödande konsekvenser för sjön och hela bebyggelsen i Rinn.

Läckaget som noterades vid synen i det vänstra fundamentet kommer från ett rör genom dammen som tidigare var knutet till en ålkista.

SÖKANDENS BEMÖTANDE

Bemötande av Kammarkollegiets synpunkter

Synpunkter gällande rätt till dämning samt urminnes hävd

Kammarkollegiet drar slutsatsen att det skulle ha varit en annan verksamhet efter 1913 än under tiden 1649–1913 med referens till en notering i den tekniska beskrivningen. I den tekniska beskrivningen refereras det till att verksamheten vid Bada Bruk upphörde år 1913. Det redovisas inte, som Kammarkollegiet tycks mena, att verksamheten ändrades vid den här tiden på något sätt som skulle innebära att den inte skulle vara densamma som tidigare. Tvärtom har dammen funnits och

reglerats under mycket lång tid, vilket redogjorts för i ansökan. Dammen har också återfunnits på en fastighetskarta från en delning av "Dammvaktar-torpet" år 1868. Än idag regleras dammen enligt de vattenhushållningsbestämmelser som bestämdes 1809 i den fastställda förlikningen vid Värmlands lagmansbesiktningsrätt. Dammen har således funnits och dämning skett vid denna före 1882 i huvudsak på motsvarande sätt som idag och tillstånd finns därmed genom urminnes hävd och övergångsbestämmelserna till miljöbalken. Dessutom torde domstolshandlingarna från 1707, 1722 samt 1809 samt beslut från Kongl. Majas Befallningshafvande kunna utgöra tillstånd i sig och därmed vara giltiga enligt 5 § lag om införande av miljöbalken (MP) eller, i vart fall, utgöra särskilda rättigheter i enlighet med 5 a § samma lag.

Kammarkollegiet har invänt att urminnes hävd inte föreligger pga. vad som skulle ha varit föreskrivet enligt tidigare lagstiftning. Fortum Sveriges uppfattning är att urminnes hävd uppstår genom att förhållandena idag i huvudsak motsvarar de förhållanden som var år 1882. Någon prövning av lagligheten sker inte om urminnes hävd konstateras.

Det framgår inte av Kammarkollegiets yttrande vilken bestämmelse om kungsådra som skulle ha gällt för Badaälven.

Kammarkollegiet har fört ett resonemang avseende fixpunkt. När det gäller urminnes hävd torde fixpunkt inte vara ett krav eftersom utgångspunkten för urminnes hävd är att det inte finns en vattendom.

Kammarkollegiet har dragit långtgående egna slutsatser om att det skulle ha förelegat osämja i bygden relaterat till Badasjöarnas reglering. Fortum Sveriges uppfattning är att man genom domstolsförfaranden har möjliggjort för olika intressen att använda vattnet. Regleringen av vattnet är väl dokumenterad sedan lång tid tillbaka.

Synpunkter gällande avfall

Kammarkollegiet har i sitt yttrande hänvisat till det avfall som uppstår i samband med ombyggnaden av dammen och bl.a. ansett att tillstånd enligt miljöbalken 9 kap. kan komma att behövas. Det framgår inte ur Kammarkollegiets yttrande på vilken grund Kammarkollegiet anser att ett tillstånd enligt 9 kap. miljöbalken kan komma att behövas.

Fortum Sverige framför att det vid ombyggnationen av dammen kommer att uppstå begränsade mängder avfall, i och med att Fortum Sverige inte avser att riva ut hela dammen utan enbart bygga om den. De mindre mängder avfallsmassor som uppstår hanteras intill dammanläggningen och borttransporteras till godkänd mottagare. Fortum Sverige anser att något tillstånd enligt 9 kap. miljöbalken är inte aktuellt för ansökta åtgärder.

Fråga gällande den föreslagna arbetstiden

Kammarkollegiet anser i sitt yttrande att den av Fortum Sverige föreslagna arbetstiden på 5 år är orimlig, med hänvisning till att arbetet med ombyggnationen bör kunna slutföras på en betydligt kortare tid. Den arbetstid på 5 år som Fortum Sverige föreslagit i sin ansökan följer sedvanlig praxis för den typen av vattenverksamhet Fortum Sverige nu ansöker tillstånd till. Fortum Sverige vill poängtera att arbetstiden som anges i ansökan inte innebär att själva anläggningsarbetet förväntas pågå i 5 hela år. Den föreslagna arbetstiden innebär att Fortum Sverige inom den tiden ska inleda och avsluta den tillståndsgivna verksamheten. Enligt miljöbalken 24 kap. 2 § förfaller tillståndet, om tillståndshavaren inte iakttar de bestämmelser som har meddelats i tillståndsdomen eller tillståndsbeslutet i fråga om tid inom vilken arbetena skall vara utförda eller den tid inom vilken igångsättning skall ha skett.

Synpunkter gällande kontroll av verksamheten och framtida underhåll

Kammarkollegiet påpekar i sitt yttrande att kontroll av vattenverksamheten behöver ske både under anläggningstiden och under driftfasen. Det förblir oklart på basis av Kammarkollegiets yttrande, vilket typ av kontroll som Kammarkollegiet anser

behövas av vattenverksamheten under anläggningstiden eller därefter. Fortum Sverige har i ansökan angett de villkor som Fortum Sverige bedömer är nödvändiga i samband med utförandet av den planerade verksamheten. Vidare bedöms några kontroll- eller uppföljningsvillkor, utöver skyddsåtgärder mot grumling i samband med utläggning och rivande av eventuell fängdamm, inte vara nödvändiga.

Vad gäller kontroll under "driftfasen", påpekar Fortum Sverige att den vattenverksamhet som för tillfället bedrivs vid Badasjödammen, dvs. reglering av Badasjön, inte skall fortsätta efter ombyggnationen av dammen. Som Fortum Sverige har angett i sin ansökan, kommer dammen efter ombyggnationen att bli självreglerande och utformningen av dammen har valts för att dammen i fortsättningen ska vara möjligast underhållsfri.

Eftersom anläggningen även efter ombyggnationen fortsättningsvis utgör en damm i den mening som avses i miljöbalken 11 kap. 4 §, återstår de skyldigheter som åligger en dammägare enligt miljöbalkens bestämmelser, däribland underhållsansvar. Fortum Sverige påpekar att underhållsansvar och eventuell framtida överlåtelse inte är frågor som ska prövas i det aktuella målet.

Det förblir avslutningsvis oklart vad Kammarkollegiet menar med hänvisningen till att det i det ifrågavarande fallet är frågan om ny markanvändning. Det finns uppgifter om att en dammbyggnad vid Badasjöarna har funnits sedan år 1580. Fortum Sverige har ansökt om att bygga om den existerande dammen som enligt Fortum Sveriges uppfattning har tillstånd enligt övergångsbestämmelserna till miljöbalken.

Synpunkter gällande miljökonsekvensbeskrivningen

Kammarkollegiet anser i sitt yrkande att miljökonsekvensbeskrivningen ska utgå från förhållanden i ett "naturligt" rinnande vatten och inte i lugnvatten som är konstruerat av människan. När det gäller Kammarkollegiets invändning om nollalternativet så utgår miljökonsekvensbeskrivningen från dagens förhållanden, då dammen och dämningen enligt Fortum Sveriges uppfattning har tillstånd enligt miljöbalkens övergångsbestämmelser. Det finns därmed inte skäl att konstruera förhållanden som kan ha rätt på platsen för över 400 år sedan.

Vidare anser Kammarkollegiet att det i miljökonsekvensbeskrivningen bort ha behandlats det s.k. "icke-försämringskravet", kravet på bästa möjliga teknik samt vad som är rimligaste markanvändning enligt 3 kap. och 4 kap. miljöbalken. Kammarkollegiet har inte i sitt yttrande preciserat vad Kammarkollegiet menar med att icke-försämringskravet borde ha behandlats. I miljökonsekvensbeskrivningen som Fortum Sverige har bifogat till sin ansökan, behandlas den planerade verksamhetens påverkan på miljökvalitetsnormer för vatten. Den samlade bedömning av påverkan är att verksamheten är förenlig med icke-försämringskravet och att ombyggnaden av dammen inte riskerar att äventyra uppnåendet av God ekologisk status i någon av de berörda vattenförekomsterna.

Det framgår inte heller ur Kammarkollegiets yttrande till vilken del Kammarkollegiet anser att det skulle saknas analys i miljökonsekvensbeskrivningen gällande bästa möjliga teknik. Frågan om bästa möjliga teknik har behandlats i miljökonsekvensbeskrivningen.

Fortum Sverige anser att Kammarkollegiets invändning om analys kring rimligaste markanvändning enligt 3 kap. och 4 kap. miljöbalken är inte tillämplig avseende ansökt verksamhet eftersom den avser en ändring av en befintlig verksamhet och inte ianspråktagande av nya markvattenområden.

Yttrande från Länsstyrelsen i Värmland

Fråga om ägaren av dammen

När det gäller ägandeskapet har dammen överlåtits som lös egendom år 1985 vid en transaktion som omfattade ett flertal kraftverk och dammar. Säljaren var Billerud AB och köpare var Värmlandsenergi AB, numera infusionerat i Fortum Sverige. Länsstyrelsen framför att Fortum Sverige bör styrka de transaktioner angående ägarskapet som bolaget anför. Länsstyrelsen hänvisar även till jordabalkens bestämmelser om hur fastighetstillbehör kan brytas loss från en fastighet. Länsstyrelsen ifrågasätter även om föreningen, som Fortum Sverige ämnar överlåta dammen till, över huvud taget kan äga och ansvara för dammen.

Fortum Sverige bifogar utdrag ur avtal daterat 1 september 1986 mellan Billerud AB och Värmlandsenergi AB angående överlåtelse av Billeruds vattenkraftsstationer mm. till Värmlandsenergi AB. Som framgår av utdraget omfattades dammen vid Badasjöarna av avtalet och har därmed överlåtits till Värmlandsenergi AB år 1986. Värmlandsenergi AB uppgick år 1987 i Uddeholms Kraft AB, vilket i sin tur uppgick i Uddeholms Kraft Distribution AB år 1988. Uddeholms Kraft Distribution AB upplöstes år 1993 genom fusion till Gullspång Kraft AB, som numera är Fortum Sverige.

Fortum Sverige konstaterar vidare att syftet med att överföra och frigöra fastighetstillbehör framförallt är att klargöra de äganderättsliga förhållandena så att inblandade parter vet vem som är ansvarig för drift och underhåll av den anläggning som ska utgöra fastighetstillbehör. Fortum Sverige påpekar att före år 2002 fanns det inte någon möjlighet att frigöra fastighetstillbehör i lagstiftningen. Proposition 2000/01:138 pekade på brister i fastighetsbildningslagstiftningen, vilket undanröjdes genom den lagändring som trädde i kraft 1 januari 2002 (Lag 2001:890). Som ovan konstaterats har dammen i Bada överlåtits före år 2002, varmed något frigörande inte vid tiden för överlåtelsen varit möjligt.

Avslutningsvis konstaterar Fortum Sverige att en framtida överlåtelse av dammen inte är en fråga som ska prövas i detta mål, som handlar om tillstånd till ombyggnation av dammen i Bada.

Fråga gällande urminnes hävd

Länsstyrelsen anser inte att det i målet är visat att det föreligger rätt enligt urminnes hävd eller andra äldre rättigheter till dammen eller den vattenverksamhet som bedrivs vid dammen. Fortum Sverige hänvisar till det som framförts ovan under bemötandet av Kammarkollegiets yttrande.

Vad gäller den praxis som länsstyrelsen hänvisat till vill Fortum Sverige därutöver framhålla att ny lagsstiftning i form av övergångsbestämmelsen i 5 a § MP

tillkommit. Mark- och miljööverdomstolen har i två avgöranden klargjort innebörden av den nya övergångsbestämmelsen, se domstolens avgöranden den 15 januari 2019 i mål M 8563-17 samt den 18 april 2019 i mål M 5962-18.

I Mark- och miljööverdomstolens avgöranden konstateras att bestämmelsen i 5 a § MP innebär att äldre rättigheter såsom urminnes hävd kan likställas med tillstånd enligt miljöbalken. Domstolen refererar till prop. 2017/18:243 s. 110 där det framgår att den som påstår sig ha stöd för sin verksamhet i en äldre rättighet har bevisbördan för rättighetens existens och dess innehåll. Det konstateras att det beträffande urminnes hävd oftast saknas skriftlig dokumentation varför bevisningen i stället får fullgöras genom t.ex. en utredning som visar på vilket sätt verksamheten har bedrivits sedan långtid tillbaka utan invändning från motstående intressen. Fortum Sverige vill här framhålla att det finns ett flertal skriftliga dokument som visar på att anläggningen och regleringen har rättslig status sedan mycket lång tid tillbaka.

Vidare hänvisar domstolen till att det under lagstiftningsarbetet anförts att beviskraven inte ska ställas så högt att det i praktiken blir omöjligt att bevisa vad som är rättskraftigt avgjort. För urminnes hävd bör det räcka med att verksamhetsutövaren med hänsyn till omständigheterna kan göra sannolikt att den verksamhet som bedrivs i dag inte i något väsentligt avseende skiljer sig från hur den kan antas ha bedrivits.

Mark- och miljööverdomstolen kommer i mål M 8563-17 fram till att åberopat underlag har visat att den verksamhet som bedrivs vid dammen idag inte i något väsentligt avseende skiljer sig från hur den kan antas ha bedrivits före införande av de tillståndskrav som sedan miljöbalken ersatte. I mål M 5962-18 konstateras att dämningen inte ändrats på något avgörande sätt. I båda målen konstaterar Mark- och miljööverdomstolen att verksamheterna bedrivs med stöd av urminnes hävd och innebörden av detta blir att tillstånd enligt miljöbalken finns för verksamheterna.

Länsstyrelsen hänvisar bl.a. till Mark- och miljööverdomstolens s.k.

"Vramsådomar" (M 1575-19, M 1577-19, M 1578-19, M 1580-19). Länsstyrelsen menar med referens till domarna att frågan om urminnes hävd ska avgöras i en civilrättslig tvist. I de mål som åberopas avgjordes inte den frågan och det finns således ingen praxis i detta avseende. Tvärtom har urminnes hävd betraktats så som tillstånd i en rad avgöranden från Mark- och miljööverdomstolen sedan den nya övergångsbestämmelsen i 5 a § lag 1998:811 trädde i kraft, bl.a. i målen M 8563-17 samt M 5962-18.

Fråga gällande miljökvalitetsnormerna

Fortum Sverige konstaterar att det stämmer att beskrivningen i miljökonsekvensbeskrivningen för kvalitetsfaktorn fisk inte har uppdaterats med de senaste ändringarna i bedömningarna av statusklass från september 2019. Som korrekt framgår miljökonsekvensbeskrivningen, är kvalitetsfaktorn fisk klassad till måttlig i Nedre, Mellan och Övre Badasjön, enligt bedömningarna av statusklass från september 2019.

Fortum Sverige påpekar dock att i sak förändras inte bedömningen av påverkan på kvalitetsfaktorn fisk. Den ansökta åtgärden påverkar inte förurningssituationen i avrinningsområdet, vilken legat till grund för expertbedömningen av kvalitetsfaktorn fisk. Förbättrad konnektivitet i området vid Nedre Badasjöns övergång till Badaälven torde dock leda till en förbättring av kvalitetsfaktorn fisk. Det faktum att det nedströms dammen i Rinn finns fler både naturliga och artificiella vandringshinder, är inte relevant vid prövning av denna ansökan, som skall utgå ifrån hur nu planerade åtgärder påverkar miljökvalitetsnormerna. Fortum Sverige anser att det inte tillför målet något att spekulera ytterligare i eventuell framtida klassning av ekologisk status i berörda vattenförekomster till följd av exempelvis förurningspåverkan eller åtgärder vid andra förekommande vandringshinder. Det kan konstateras att den ansökta åtgärden uppfyller icke-försämringskravet, och att den föreslagna åtgärden inte bedöms äventyra uppnåendet av miljökvalitetsnormerna för berörda vattenförekomster.

Frågor gällande fiskvandring

Länsstyrelsen anser att den föreslagna fiskvägen är otillräcklig eftersom den kommer att fungera otillfredsställande för de många svagsimmande fiskarterna vid höga och mycket höga flöden. Länsstyrelsen anser även att det saknas alternativ till det förslag till fiskväg som Fortum Sverige presenterat.

Som länsstyrelsen själv även påpekat i sitt yttrande, och som framgår av miljökonsekvensbeskrivningen, saknas vandringsmöjlighet mellan Övre Fryken och Badasjöarna till följd av andra definitiva vandringshinder. Sjölevande arter i Badasjön har således även utan dammen i Rinn varit knutna till Badasjöarna med närliggande strömsträckor. Även om en viss vandring mellan strömvattenmiljöer och sjöhabitat kan förekomma torde det inte vara avgörande för de sjölevande arternas överlevnad.

Möjligheten till lateral vandring mellan strandnära och djupare områden i Badasjöarna påverkas inte. Av strömlevande arter är det främst öring som kan tänkas vandra mellan Badaälven och Jolaälven med flera uppströms liggande vattendrag. Den föreslagna fiskvägslösningen bedöms fungera väl för öring vid i princip samtliga förekommande flöden.

Utformningen av dammen har planerats utifrån dels den aspekten att dammen i och med de planerade åtgärderna ska kunna behålla sin funktion att hålla vattennivån i Badasjöarna på en nivå motsvarande den sedan länge tillämpade vid rådande normalflöden. Vidare har utformningen valts så att ingen aktiv reglering behövs, och så att behovet av tillsyn och underhåll minimeras med tanke på den planerade överlåtelsen av dammen till Badasjöarnas intresseförening.

Avgörande för val av teknisk lösning för fiskpassage har således varit att åstadkomma en lösning som även lämpar sig för alla dessa aspekter. Vidare bör dammens avbördningskapacitet tas i beaktande vid planering av utformningen. Med den föreslagna ombyggnaden kommer önskade funktioner att kunna upprätthållas utan betydande underhållsarbeten under lång tid.

Lösningen innebär att dammen efter ombyggnad inte utgör något hinder för nedströmsvandring. Lutningen på den planerade fiskvägen är under 5 procent, och detta i kombination med att rampen utgörs av en mycket kort sträcka på ca 30 m medför att hindret kommer att bli lätt passerbart för starksimmande fisk. Som det har konstaterats i miljökonsekvensbeskrivningen kommer även svagsimmande fiskar att vid vissa flöden kunna passera hindret, men för dessa kan vattenhastigheten vid höga flöden medföra temporära begränsningar i möjligheten att passera dammen. Fortum Sveriges bedömning är att den valda utformningen på fiskvägen är tillräcklig med beaktande av nuvarande förhållanden på platsen och teknisk genomförbarhet. Således tillämpas bästa möjliga teknik anpassat till de förutsättningar som finns på platsen och den föreslagna ändrade utformningen av dammen.

Enligt Fortum Sveriges bedömning skulle en fiskväg i form av omlöp inte uppfylla de målsättningar som Fortum Sverige har i det ifrågavarande fallet. Ett omlöp separerat från dammen skulle byggas i jord, grus och sten vilket medför att omlöpet är känsligt för erosion. Eftersom dammen inte efter ombyggnationen kommer att ha några luckor för aktiv reglering, saknas möjlighet att kontrollera uppströmsnivå och överrinning. Ett omlöp skulle därför, för att skyddas från erosion, behöva förses med ett särskilt intag för att kontrollera flödet, med lucka eller annan mekanisk konstruktion, vilket dels kräver aktiv reglering och anpassning efter flöde, dels medför ett löpande underhållsbehov.

Avslutningsvis konstaterar Fortum Sverige att det inte finns något krav i miljöbalken att presentera alternativ till den valda fiskvägslösningen. Fiskvägen är att se som en skyddsåtgärd, för vilket inga alternativa utformningar enligt miljöbalken 6 kap. behöver presenteras. Enligt 6 kap. 35 § i miljöbalken, ska miljökonsekvensbeskrivningen innehålla uppgifter om alternativa lösningar för verksamheten eller åtgärden. Fiskvägen som Fortum Sverige planerar anlägga utgör inte verksamheten i det ifrågavarande fallet.

Länsstyrelsen påstår även att fiskvägens funktion och effektivitet inte skulle ha varit avgörande vid planeringen och utformningen av densamma, utan att avgörande har istället varit bibehållen vattennivå, ingen reglering, minimal tillsyn och underhåll. Den nu ansökta åtgärden utgör, såsom framgår av ansökan med tillhörande miljökonsekvensutredning, en avvägning mellan flera olika intressen. Då det konstaterats att en fullständig utrivning av dammen medför långt gående påverkan på enskilda intressen och även förändrar levnadsbetingelserna för flora och fauna i Badasjöarna, har den ansökta utformningen anpassats både för att tillfredsställa krav på passerbarhet mellan vattendrag och sjö, och för att möjliggöra att en nivå i Badasjöarna som ungefärligen motsvarar den utbredning sjöarna har idag kan upprätthållas.

Att, som Länsstyrelsen gör, dra slutsatsen att fiskvägens funktion inte beaktats i projektet, är en felaktig slutsats. Den ansökta utformningen av dammen har valts uttryckligen för att den säkerställer en hög tillgänglighet för fiskpassage, genom att allt vatten i normalfallet leds i huvudfåran, vilket gör att inga konkurrerande flöden förekommer, samt att behovet av manuell reglering elimineras och underhåll så långt som möjligt minimeras.

Fråga gällande kulturmiljö

Länsstyrelsen har i sitt yttrande påpekat att de åtgärder som ska komma att utföras på dammen enligt principskisser från samrådsunderlaget skiljer sig från de i miljökonsekvensbeskrivningen. Länsstyrelsen menar nu att den nu aktuella lösningen har en negativ inverkan på kulturmiljön, samt att om nuvarande förslag kvarstår bör ett villkor för ombyggnationen vara att dammens nuvarande konstruktion dokumenteras av antikvarie eftersom läsbarheten och förståelsen kring dammens tidigare utseende förvanskas.

Förändringen utifrån de tidigare principskisserna beror på att det visat sig vara nödvändigt att ha en något lägre krönnivå för den ombyggda dammen än tidigare planerat. En lägre krönnivå krävs för att säkerställa att den nya dammkonstruktionen under inga flödesförhållanden dämmer en högre vattenyta

jämfört med den befintliga. En högre krönnivå skulle medföra att samtliga fastigheter runt Badasjöarna exponeras för översvämningsrisk, vilket Fortum Sverige bedömt som oacceptabelt. Konsekvensen av detta är att hela dammkrönet på en sträcka av ca 24 m först behöver sågas ner, och sedan gjutas på med ett skyddande skibord. Detta innebär att ingreppet i högre grad än tidigare planerat påverkar byggnaden och därigenom kulturmiljön. Fortum Sverige anser dock att förändringen bör vara acceptabel med hänsyn till den annars ökade översvämningsrisken.

Fortum Sverige godkänner Länsstyrelsens förslag till villkor att dammens nuvarande konstruktion dokumenteras av antikvarie.

Fråga gällande fångdammar och avfallshantering

Länsstyrelsen efterfrågar i sitt yttrande en beskrivning av vilka miljökonsekvenser fångdammen, som eventuellt kommer att monteras, kan medföra samt vilka ytor som avses användas för avfallshanteringen för rivning av dammen.

Som Fortum Sverige beskrivit i ansökan kommer en sättlucka eller fångdamm monteras uppströms sättutskovet i samband med gjutningen av betongväggen. Väljs metoden med fångdammar, kommer endast rena massor att användas till dessa. Någon risk för negativ påverkan på fysikalisk-kemiska kvalitetsfaktorer föreligger inte, dels till följd av att Fortum Sverige säkerställer att rena massor används, dels till följd av det rör sig om en i både tid och volym mycket begränsad verksamhet.

Vidare avser Fortum Sverige att vidta skyddsåtgärder mot grumling. Val av åtgärd och utformning tas fram vid detaljutformning av fångdamm, sannolikt med en lösning i form av läns/flytkropp och geotextil. Erfarenhetsmässigt, utifrån arbeten som Fortum Sveriges miljökonsult WSP har deltagit i under det senaste året, bland annat vid brobyggnadsprojekt i Klarälven, saknas anledning att befara att utläggning och rivande av fångdamm i utloppskanalen skulle orsaka några skadliga halter av grumlande material. Fortum Sverige bedömer att uppföljningsvillkor, utöver att grumlingsskydd ska anläggas, inte är nödvändigt. Det saknas rikt- eller

gränsvärden för grumling i den aktuella vattenförekomsten, och påverkan bedöms bli mycket begränsad.

Fortum Sverige har ovan framfört att det vid ombyggnationen av dammen endast kommer att uppstå begränsade mängder avfall i och med att Fortum Sverige inte avser att riva ut hela dammen utan enbart bygga om den. De begränsade mängder avfallsmassor som uppstår hanteras intill dammanläggningen och borttransporteras till godkänd mottagare.

Yttrande från Älvräddarna

Fortum Sverige efterfrågar Älvräddarna vad som ligger till grund för påståendet om att en utrivning av dammen skulle ha varit "bäst ur miljöhänsende". Fortum Sverige har i sin ansökan och i miljökonsekvensbeskrivningen redogjort för de konsekvenser som en total utrivning skulle få för Badasjöarna. I miljökonsekvensbeskrivningen har bl.a. framförts att alternativet med en fullständig utrivning av dammen avfärdades framför allt på grund av de stora konsekvenser förändringarna i vattennivå skulle få både för enskilda intressen och för sjöarnas ekologi, däribland förändrade levnadsbetingelser för flora och fauna i Badasjöarna. Enligt Fortum Sverige är det således inte korrekt att påstå att en utrivning skulle ha varit bäst ur ett miljöhänsende.

Vad gäller övriga frågor som tas upp av Älvräddarna hänvisas till bemötandena av Länsstyrelsens i Värmland och Kammarkollegiets yttranden.

Övriga tillägg

Sökande har i övrigt inkommit med följande komplettering kring alternativa skyddsåtgärder, förekommande eller tidigare påträffade fiskarter samt möjligheter till intrimning och justering av rampen/fiskvägen, dess läge i förhållande till vattenytan m.m.

Alternativa utformningar

En alternativ utformning av ombyggnaden av regleringsdammen som inbegriper någon form av faunapassage, oavsett om det handlar om en teknisk eller naturliknande fiskväg, förutsätter att det finns någon form av aktiv nivåreglering. En teknisk eller naturliknande fiskväg separerad från sjöutloppet/Badaälvens huvudfåra uppfyller således inte syftet med en passiv, självreglerande avrinning, och är därmed inte något alternativ som kan tillämpas för den planerade dammombyggnaden.

Alternativ med omlöp anlagt på jord bedöms inte som ett beständigt alternativ i kombination med att dammen inte kommer förses med mekaniska reglerluckor som kan hålla vattennivån jämn för att omlöpet ska förses med lagom vattenmängd i olika flödessituationer. Med varierande vattenstånd skulle flödet i omlöpet variera så att betydande erosionsskador med återkommande reparations-/underhållsbehov ofta skulle förekomma.

Den alternativa åtgärd som skulle vara aktuell är en fullständig utrivning av dammen, vilket har utretts och beskrivits i miljökonsekvensbeskrivningen. Åtgärden har dock efter överväganden med anledning av synpunkter i samrådsskedet valts bort till förmån för den nu presenterade lösningen med en icke reglerbar överfallsdamm.

Rampens lutning och design

Vad beträffar rampens lutning och design har utretts vilken utformning som erfordras för att uppfylla kraven på konnektivitet enligt miljökvalitetsnormerna för vatten. Kostnaden för åtgärden bedöms uppgå till ca 700 000 kr. Det skulle vara tekniskt möjligt att utforma rampen med en lägre lutning. En lägre lutning skulle innebära en större och dyrare konstruktion; med en lutning på ca 2,5 procent bedöms kostnadsökningen till ca 500 000 kr. En lägre lutning har dock inte bedömts medföra någon förbättring av sådan betydelse för förutsättningarna till passerbarheten av dammläget att det kunnat motivera en alternativ utformning med

lägre lutning.

Både föreslagen lutning på rampen och en ramp med en lägre lutning skulle uppfylla kraven på konnektivitet enligt miljökvalitetsnormerna för vatten.

Beträffande rampens lutning har max fem procent bedömts ge tillräcklig passageeffektivitet för de arter som kan antas gagnas av förbättrad konnektivitet mellan Badasjöarna och Badaälvens sträckning nedströms.

Fiskrampen ska förses med en struktur av natursten som gjuts in i betongrampen. Detaljutformning av detta avser bolaget att göra i samråd med en fiskevårdssakkunnig. Bolaget har för avsikt att behålla de ledmurar som finns idag. Natursten har en lång teknisk livslängd. Betongen är konventionell platsgjuten betong. Bolaget har inte tittat närmare på livslängden för betongen men den kommer att utsättas för vittring, vilket göra att anläggningen på sikt inte blir helt underhållsfri. Med ett bra utförande bör 50 års livslängd på betonggjutningen vara ett rimligt antagande. Rampen har ännu inte detaljplanerats utförandemässigt med hänsyn till att en entreprenör ska kunna utföra den på ett effektivt sätt.

Vilka av förekommande eller tidigare påträffade fiskarter inom vattensystemet bedöms kunna passera genom föreslagen fiskväg?

Som konstateras i miljökonsekvensbeskrivningen gällande miljökvalitetsnormerna för vatten är det framförallt kvalitetsfaktorn konnektivitet som berörs av ansökta åtgärder. Klassningen av denna kvalitetsfaktor för vattendrag styrs av hur stor andel av vandringsbenägna fiskarter som saknas, eller som saknar möjlighet att passera inom och genom vattenförekomsten.

Följande arter har registrerats i vattensystemet (vattendrag och sjö) vid något provfiske: Elritsa, öring, löja, stensimpa, bäcknejonöga, lake, abborre, braxen, gers, gädda, mört, stäm och regnbåge.

Av dessa har dock regnbåge och stäm endast påträffats nedströms de naturliga vandringshinder som separerar Övre Fryken från Badasjöarna. Förekomsten av regnbåge beror på förrymda exemplar från odling i Frykensjöarna.

Av ovanstående arter finns samtliga, med undantag av braxen och stensimpa, upptagna som fiskarter med konnektivitetsbehov i HVMFS 2019:25. Följaktligen är de arter som, åtminstone teoretiskt, bedöms kunna förekomma både upp- och nedströms regleringsdammen och således ha behov av att nyttja passagelösningen elritsa, öring, löja, bäcknejonöga, lake, abborre, gers, gädda och mört.

Dammen i Badasjöarnas utlopp har funnits sedan så lång tid tillbaka att något naturligt referensförhållande inte varit möjligt att fastställa. Det går med andra ord inte säkert att veta hur brant lutning Badaälven haft i ett naturligt sjöutlopp före mänsklig påverkan. Det kan ha legat närmare det förhållande som skulle uppstå vid en fullständig utrivning av dammen, eller så kan sjöutloppet ha sänkts vid anläggandet av dammen, så att det förhållande som uppstår med den ansökta utformningen bättre motsvarar det naturliga referensförhållandet.

Oavsett naturligt referensförhållande är det ett faktum att det i Badaälven, till följd av flera naturliga vandringshinder, saknas långvandrande fiskpopulationer som är beroende av en hög passageeffektivitet för att säkerställa populationens överlevnad. För de arter som i huvudsak är sjölevande torde passageeffektiviteten vara av underordnad betydelse. Det väsentliga torde vara att dessa arter har möjlighet att passera, vilket säkerställer ett genetiskt utbyte mellan olika delar av vattensystemet. Det är svårt att göra några generella uttalanden om vattenhastighet och vattendjup i rampen, då den, som tidigare beskrivits i ansökan, kommer att utformas med ingjutna block för att ge en varierad struktur med olika vattendjup och vattenhastigheter. Ett enkelt överslag ger dock en genomsnittlig vattenhastighet vid MQ på ca 0,7–0,8 m/s. Detta betyder att det i rampen kommer att finnas områden med både högre och lägre vattenhastigheter.

Denna vattenhastighet understiger maximal kritisk simhastighet för samtliga förekommande arter (Havs- och vattenmyndigheten, Vägledning för fisk- och faunapassager, Bilaga 5.4). Då sträckan som ska passeras över rampen är kort bedöms det vara möjligt även för svaga simmare att passera, då passagen inte kräver någon större uthållighet. Vid längre sträckor behövs generellt lägre vattenhastigheter.

Utformningen är dock inte optimerad för svagsimmande arter, varför den kan ha en lägre passageeffektivitet för dessa, eller vara svårpasserbar vid höga flöden. Passageeffektiviteten för starksimmande arter, framför allt öring, bedöms vara god vid alla förhållanden, då passageeffektiviteten ökar för laxfiskar med ökande vattenhastigheter (Havs- och vattenmyndigheten, Vägledning för fisk- och faunapassager, Bilaga 5.4).

Konnektivitetsbehovet mellan Badasjöarna och Badaälven bedöms därmed vara uppfyllt med den föreslagna ramplösningen med en lutning på 5 procent.

Justering av rampen/fiskvägen efter ingjutning av natursten

Tröskeln vid utloppet, rampen och insteget utformas för att kräva lite underhåll, vara robust och inte riskera att skadas, exempelvis vid högflöden till följd av drivgods. Inga rörliga eller utbytbara delar ingår därför vilket begränsar möjligheter till justeringar efter ombyggnaden. Möjligheter finns att placera ut fler stenar på/i rampen för att öka råheten och därmed minska vattenhastigheter i fiskvägen. Lösa stenar riskerar dock att spolas bort vid högflöden då fiskvägen överströmmas kraftigt men kan förankras för att förhindra att de flyttas.

Längden på rampen (fiskvägen)

Ritningen visar rampens principiella utförande, nedströmsänden avslutas då nivån fallit tillräckligt för att även i lågflödessituationer ligga under vattenytan vilket säkerställer att fiskar inte hindras att passera förbi rampens insteg. Rampens exakta längd avgörs av bottennivån vid rampens avslutning och

indirekt av bestämmande sektion nedströms. Den slutliga anpassningen avses utföras i samband med ombyggnadens genomförande.

Rampens utformning i övrigt

För att besvara frågor kring vattennivåer nedströms vid karakteristiska flöden har kompletterande inmätningar gjorts och modellberäkningar utförts i hydrauliskt beräkningsverktyg HEC-RAS. Modellen kalibrerades för flödet som rådde vid inmätningstillfället, 0,56 m³/s, vilket medför att modellosäkerheten är låg vid små flöden, men bedöms vara högre vid flöden över medelvattenföring. Vid karakteristiska flöden beräknas nedströmsnivån närmast dammen inställa sig enligt nedan:

HHQ50	22,4 m ³ /s	+116,72 m
MHQ	12,3 m ³ /s	+116,45 m
MQ	3,0 m ³ /s	+115,91 m
MLQ	0,6 m ³ /s	+115,64 m

Den för fiskpassagen kritiska nivån bedöms vara den nedströmsnivå som korresponderar mot MLQ. Rampen och dess sidoväggar kommer därför utformas så att rampen med marginal avslutas under nivån +115,64 m. Samtliga höjdangivelser i höjdsystem RH2000 och sidorna håller erforderligt vattendjup i rampen till dess avslut.

Utformningen enligt denna beskrivning påverkar inte principsektionen som redovisats på ritning, men rampens längd, nivå på dess insteg och ledmuraranas längd ska inte tolkas skalriktigt.

Annan lutning på rampen m.m.

Den lösning bolaget föreslår är tillräcklig för att uppfylla de krav som kan ställas, såväl vad gäller svagsimmande som starksimmande fiskarter. Fiskrampen är en del av anläggningen, därför behövs inte särskilda villkor för fiskrampen. Synpunkter har framförts att bolaget hade kunnat bygga en sjötröskel med samma funktion och

då göra ett naturligt sjöutlopp. Bolaget anser att det behövs en lösning som är erosionsbeständig. För att klara ett hundraårsflöde med 30 m³/sekund hade det behövts en sjötröskel med grov stenfyllning, vilket hade hindrat fiskpassage. Det hade blivit som ett galler. Slutsatsen som bolaget dragit är att lösningen som nu föreslås med fiskramp är den bästa lösningen. För att svagsimmande arter ska ha optimala förutsättningar att vandra uppåt, förbi dammen skulle fiskrampen behöva ha en lutning på ungefär 2 procent, vilket skulle innebära att rampen blir 2,5 gånger så lång. Det vore tekniskt möjligt att förlänga den ramp som nu är föreslagen. En sådan förlängd ramp skulle dock bli betydligt dyrare och innebära en större och svårare konstruktion. En sådan ramp skulle dock bli betydligt dyrare och innebära en större och svårare konstruktion. En sådan ramp skulle bli så lång att den kommer ner över tröskeln nedströms. Det skulle innebära att rampen måste byggas så att den fortsätter ytterligare en bra bit längre ned.

Bolaget har utgått från befintlig anläggning och hur bolaget skulle kunna optimera den för fiskpassage utifrån de förhållande som råder på platsen. Bolaget anser att den lösning som bolaget ansöker om uppfyller de krav på konnektivitet som kan ställas. Vattenhastigheten i den ramp som nu är föreslagen blir inte högre än att även svagsimmande arter kan ta sig upp vid de flesta flöden. Vad gäller uppföljning av fiskrampens funktion efter utförandet anser bolaget att en visuell uppföljning är mest lämplig. I den pågående miljöövervakningen kommer det också gå att dra slutsatser kring fiskvägens funktion. Bolaget har inte föreslagit någon mer specifik uppföljning med exempelvis mätning av passageeffektivitet i det här fallet. Funktionen av den föreslagna rampen ligger nära ett naturligt vattendrag. Bolaget ser det som att de utför en åtgärd som närmar sig ett naturligt sjöutlopp, en lösning som är ett alternativ till en utrivning. Inga konkurrerande flöden finns. Det finns möjlighet att justera och bygga om fiskrampen i efterhand.

Moderna miljövillkor och den nationella planen

Anläggningen är anmäld till den nationella planen som en damm för reglering för kraftändamål. Därmed så ingår den bland de dammar som ska prövas enligt den

nationella planen. Dammen är till nytta, om än marginell nytta, för nedströms liggande kraftverk – Edsvalla och Fryksfors vattenkraftverk.

Förevarande prövning innebär att villkoren för verksamheten, både vad gäller dämning och anläggningens föreslagna utformning efter ombyggnation, som helhet prövas. Då dammen blir självreglerande blir de regleringsnivåer som tillämpats vid dammen enligt 1809 års dom inte längre tillämpliga.

Dammens föreslagna utformning prövas i denna ansökan i enlighet med miljöbalken och vid meddelande av tillstånd för denna har verksamheten moderna miljövillkor enligt 11 kap. 27 § miljöbalken.

Samråd

Vad gäller att ansökan skiljer sig från samrådsunderlaget beror det på att alla utredningar inte var klara vid tiden för samråd. Projektet och hur det slutligen kom att utformas påverkades av vad som kom fram under samrådet. Att det i samrådsunderlaget angavs att bolaget avsåg att ansöka om dämning innebär inte att den slutliga ansökan som nu prövas måste avse dämning.

Urminnes hävd

Vad gäller urminnes hävd har den betong som lagts på dammen under senare tid endast utgjort förstärkningar. Dämningen har inte ändrats på något väsentligt sätt. Därför föreligger urminnes hävd. Dammen har en väldigt lång historia och det är utrett att dammen har funnits på platsen sedan innan 1882. I det här fallet finns ovanligt mycket bevisning som stödjer detta i form av bl.a. kartor.

Betongpågjutning

Betongpågjutningen på nuvarande anläggning är mer sentida, så dammen har på något sätt förstärkts och reparerats. Bolaget har dock inte hittat något som tyder på att man förändrat utformningen avseende tröskelnivåer eller liknande.

Provisorier vid utförande av anläggningen

Sjön kommer att sänkas av på uppströmssidan för att krönet på dammen ska kunna bilas av, men inte ändå ned till sättutskovet i mitten. Det är inte helt bestämt hur arbetena ska utföras, exempelvis med undervattensgjutning eller om vattenområdet behöver torrläggas. Dessa frågor har inte detaljstuderats än. Behov av att släppa förbi vatten kommer att finnas, beroende på vilken tid på året som arbetena genomförs.

Om förslag på villkor

Vad gäller förslag på villkor så är dessa få då avsikten är att anläggningen ska bli underhållsfri när den är utförd. Vid arbetenas utförande kommer det att upprättas ett egenkontrollprogram. Vad gäller arbetenas utförande och särskilda villkor för detta nämns sedvanliga skyddsåtgärder i miljökonsekvensbeskrivningen och bolaget har inte funnit anledning att ta upp dessa särskilt som förslag till villkor.

Läckor i dammen

Det kan bli aktuellt med reparationer av befintlig anläggning med anledning av den läcka som sågs vid synen i nederdelen av det vänstra fundamentet av dammen, sett nedströms ifrån, och genom led-armarna på rampen. Renovering av läckage ska därför ingå i de nu ansökta åtgärderna med ombyggnad av dammen.

TILLÄGG VID SKRIFTVÄXLING EFTER HUVUDFÖRHANDLINGEN

Sökanden

Historik avseende Billerud AB och överlåtelse av dammen.

Som tidigare redovisats för domstolen överlät Billerud Aktiebolag (556000-5216) Badasjöarnas regleringsdamm på främmande mark till dåvarande Värmlandsenergi Aktiebolag (556033-5225). Bada bruk, med den där till hörande regleringsdammen, hade genom nedan redovisade företagsförvärv kommit att ingå i Billerud Aktiebolag. Av ett utdrag ur boken Papper och massa i Värmland, framgår att Kyrkebyns Sulfit AB kom att bli ägare till bruket 1905. År 1920 förvärvades sedan Kyrkebyns Sulfit AB av Billeruds AB. Ägarövergången av Kyrkebyns Sulfit AB till Billeruds AB styrks även av en minnesbok som utgavs med anledning av Billeruds

100-årsjubileum.

År 1986 överlät som framgår ovan Billeruds Aktiebolag regleringsdammen till Värmlandsenergi Aktiebolag. Den 16 juni 1993 fusionerades bolaget Uddeholm Kraft Distribution Aktiebolag, tidigare Värmlandsenergi Aktiebolag (556033-5225) in i nuvarande Fortum Sverige AB (556006-8230).

Länsstyrelsen

Fortum Sverige har inte visat att dammen utgör lös egendom och ägs av bolaget, att dammen utifrån vad som framkommit i målet är att betrakta som ett fastighetstillbehör, att bolaget är rätt sökande, att bolaget har erforderlig rådighet, att det finns giltigt tillstånd eller några äldre rättigheter som är att jämföra med giltigt tillstånd för dammanläggningen och vattenverksamheten vid densamma. Enligt länsstyrelsen har bolaget inte utformat sin ansökan på ett sätt som medger en sammanhållen och ändamålsenlig miljöprövning. Detta bör i första hand föranleda att bolagets ansökan avvisas.

Fortum Sverige har inte heller genom de handlingar som getts in efter huvudförhandlingen visat att dammen frigjorts från de fastigheter/samfälligheten den ligger inom på ett sätt som varit sakrättsligt hållbart. Fortum Sverige har gett in en utredning som utförts av Svefa. Vad som framkommer i denna utredning ger vid handen att dammen varit ett fastighetstillbehör (1835). Fortum Sverige har inte visat vid vilken tidpunkt dammen ska ha frigjorts från fastigheterna/samfälligheten och det är därmed inte ens möjligt för mark- och miljödomstolen att ta ställning till i förhållande till vilka bestämmelser bedömningen om fastighetstillbehöret frigjorts från fastigheterna/samfälligheten ska göras och, om detta över huvud är möjligt enligt tillämplig lagstiftning, om sådana åtgärder vidtagits att dammen skiljts från fastigheterna/samfälligheten.

Länsstyrelsen noterar att det inte är helt ovanligt att Fortum Sverige och andra bolag använt eller använder dammar som rätteligen inte är i deras ägo, utan t.ex. är fastighetstillbehör och tillhör fastighetsägaren (se t.ex. mark- och miljödomstolen

vid Vänersborgs tingsrätts dom den 2 november 2021 i mål M 5614-20).

Frågorna om äganderätten till dammen och dammens karaktär av fast eller lös egendom avser civilrättsliga rättigheter med fastighetsrättslig anknytning. Det kan ifrågasättas om sådana frågor kan avgöras inom ramen för en miljöprocess i ett ansökningsmål av förevarande slag eller om det för att tillräckliga rättssäkerhetskrav ska iakttas krävs att frågorna först avgörs i särskild ordning (jfr t.ex. artikel 6 i EKMR och tilläggsprotokoll 1 till EKMR). Det gäller rättigheter mellan (fysiska och juridiska) personer som ska fördelas och det bör, om frågorna kan prövas i ett mål av förevarande slag, rimligen ställas tämligen höga krav på den bevisning som åberopas för sökandens påståenden om att denne äger en anläggning och att anläggningen utgör lös egendom (Mark- och miljööverdomstolens dom den 26 oktober 2012 i mål nr F 223-12). Fortum Sverige har i vilket fall som helst inte, utifrån de krav på tydlighet som bör gälla i fråga om bevisning, visat att dammen är lös egendom och att bolaget äger dammen. Mark- och miljödomstolen har således, enligt länsstyrelsens bedömning, att utgå från att dammen alltjämt är ett fastighetstillbehör.

Enligt Svefas utredning har fastigheterna YYY och XXY, med hälften vardera, del i samfällt område vid dammfäste på Badaälvens östra strand. Vid kontroll i länsstyrelsernas databas ligger dammen inom fastigheterna Torsby XXX, samfälligheten YXY, Röbjörkeby (som är ett outrett område) och ett outrett område.

XXX ägs av BD och AD. Det samfällda område som utretts av Svefa uppfattar länsstyrelsen avser samfälligheten YXY. Samfälligheten YXY har, enligt sökning i fastighetsregistret i januari 2022, fastigheterna XXY, YYX, XYY och YXX del i.

De uppgifter som länsstyrelsen fått fram vid en sökning i fastighetsregistret överensstämmer således inte med Svefas utredning. Av utdrag ur fastighetsregistret

avseende YYY, som enligt utredningen har del i det samfällda området, framgår inte att denna fastighet har del i samfälligheten YXY och det anges i fastighetsregistret att fastighetens andelar i samfälligheter inte är utredda.

Vid samtal med företrädare för Lantmäteriet har det bekräftats att det är XXY, YYX, XYY och YXX som äger del i ZZZ. Svefas utredning kan utifrån de uppgifter som framkommit inte läggas till grund för ett avgörande i målet.

Det bör vidare krävas att fastighets-/ägarförhållandena angående Röbjörkeby, som är ett outrett område, och det outredda område i vattnet som dammen ligger inom är utredda i målet. Såsom länsstyrelsen uppfattar det har Fortum Sverige, såvitt gäller det outredda området i vattnet, antagit att detta tillhör samfälligheten ZZZ enligt 1 kap. 5 § jordabalken. Vid kontakt med företrädare för Lantmäteriet har länsstyrelsen fått bekräftat att det inte är möjligt att bara utgå från att området ska fördelas enligt 1 kap. 5 § jordabalken, utan det krävs att man tar del av relevanta akter och utreder frågan för att man ska kunna bedöma till vilken fastighet en viss del av det outredda området hör. Fortum Sverige behöver därför redovisa hur bolaget har kommit fram till att området ska fördelas på det sätt som bolaget gör gällande och även ge in bedömningsunderlaget så att det är möjligt att kontrollera de uppgifter som bolaget lämnar och avgöra om bolagets bedömning är riktig. Det kan eventuellt finnas anledning för mark- och miljödomstolen att remittera den redovisning och det bedömningsunderlag som bolaget ger in i målet till Lantmäteriet.

Enligt de uppgifter som länsstyrelsen har tillgång till stämmer inte Fortum Sveriges utredning i den del som avser fastighets- och ägarförhållanden kring dammen och det bör krävas att bolaget ger in klargörande utredning avseende dessa förhållanden. Utifrån de uppgifter som länsstyrelsen har tillgång till har inte fastigheten YYY del i samfälligheten YXY och de nyttjanderättsavtal (inklusive medgivanden) som ingåtts med ägarna till YYY synes

således sakna intresse i målet.

Mot bakgrund av uppgifterna ovan behöver Fortum Sverige kommentera om den sakägarförteckning som bolaget upprättat är riktig. Om den sakägarförteckning som upprättats inte är riktig bör bolaget kommentera vilka konsekvenser detta har för mark- och miljödomstolens handläggning.

Fortum Sverige har gett in handlingar som betecknats som nyttjanderättsavtal och medgivanden i målet. Även de s.k. medgivandena är enligt länsstyrelsens bedömning att betrakta som nyttjanderättsavtal. Medgivandena avser en rätt för Fortum Sverige att mot viss ersättning anlägga och bibehålla en ramp i betong. En åtgärd som innefattar en ändring av dammen. Länsstyrelsen noterar att det, mot bakgrund av vad som tidigare anförts ovan, är oklart för myndigheten om alla berörda damm- och fastighetsägare tecknat motsvarande avtal. Huvudregeln är att en sökande måste ha en i tiden obegränsad rådighet. Om det saken gäller är av sådan natur att ett tidsbegränsat avtal kan accepteras grunda sådan erforderlig rådighet att tillstånd kan meddelas, måste tillståndets giltighetstid begränsas så att det motsvarar avtalets giltighetstid.

Nyttjanderättsavtalen gäller i den del som av bolaget betecknats som nyttjanderättsavtal endast under fem år. De nyttjanderättsavtal som betecknats som medgivanden har angetts gälla för all framtid. Fortum Sverige och länsstyrelsen är uppenbarligen överens om att ändringen av dammen och inrättandet av rampen är avsett att vara av permanent karaktär och att det därför krävs evig rådighet för att tillstånd ska kunna meddelas. Även om Fortum Sverige genom de s.k. medgivandena försökt åstadkomma evig rådighet har bolaget enligt länsstyrelsens bedömning inte lyckats med detta. Av bestämmelser i lag följer att avtalen om upplåtelse av nyttjanderätten inte är bindande längre än femtio år från det avtalen slöts (7 kap. 5 § jordabalken). Med hänsyn till att avtalen därför inte grundar erforderlig evig rådighet och bolaget således inte har den rådighet som krävs för en permanent anläggning, bör bolagets ansökan avvisas.

Mot bakgrund av vad som framkommit kan bolaget inte heller anses ha visat att det har rådighet över hela det område inom vilket vattenverksamhet ska bedrivas, vilket är ett krav.

Om mark- och miljödomstolen meddelar bolaget det sökta tillståndet kommer inte dammanläggningen och vattenverksamheten vid densamma att uppfylla de krav som följer av 2 kap. 3 § miljöbalken och miljö kvalitetsnormerna för vatten enligt miljöbalken och ramdirektivet för vatten. Fortum Sverige har endast ansökt om ändring av dammen. Även om mark- och miljödomstolen meddelar det sökta tillståndet kommer således inte hela verksamheten att prövas i målet och något skydd mot nya krav kommer inte att uppkomma på grund av prövningen. Krav på miljöanpassning av dammen och verksamheten eller utrivning av dammen kan därför komma att ställas på t.ex. den förening som planeras ta över anläggningen om (bolaget bl.a. visar att dammen utgör lös egendom och) tillstånd meddelas. Länsstyrelsen anser att den verksamhet som det sökta tillståndet avser inte är tillåtlig enligt bestämmelserna i 2 kap. och 5 kap. miljöbalken, eftersom verksamheten inte kommer att uppfylla de krav som följer av dessa bestämmelser men också därför att den verksamhet som nu planeras och kostnaderna för densamma kan komma att visa sig vara helt onödiga. Utredningen i målet kan, enligt länsstyrelsens bedömning, inte anses visa att den samhällsekonomiska nyttan med de planerade åtgärderna överstiger kostnaderna för desamma och det är inte orimligt att ställa krav på att adekvata skyddsåtgärder enligt 2 kap. 3 § miljöbalken vidtas vid anläggningen (2 kap. 7 § miljöbalken och prop. 2017/18:243 s. 166 f).

Torsby kommun

Torsby kommun har noggrant följt utvecklingen avseende dammfrågan vid Badasjöarna. När Fortum Sverige initialt ville göra en total utrivning av dammen blev reaktionerna kraftiga hos Ortsbefolkningen, då det skulle få avsevärda konsekvenser för livsmiljö och landskapsbild. En utrivning skulle även innebära att sjön sänktes avsevärt och få konsekvenser för exempelvis brunnar, bryggor m.m. Torsby kommun kontaktades av Ortsbefolkningen i ett tidigt skede.

Efter massiva protester och en räkka turer i frågan har Fortum Sverige presenterat ett modifierat förslag som rätten tog ställning till 25 november. Torsby kommun stöder detta förslag då det innebär en god avvägning mellan det rena miljöintresset och kommunens och ortsbefolkningens starka intresse av att få behålla sin livsmiljö och landskapsbild. Det är även viktigt att poängtera att ingen vet vilka oanade konsekvenser en eventuell total utrivning skulle innebära för landskapsbilden, övriga biotoper samt för de människor som lever och verkar kring sjön.

Torsby kommun är inte sakägare i denna fråga, men vill ändå visa rätten vårt engagemang i frågan och kommunen anser att Fortum Sveriges modifierade förslag är mycket väl avvägt mellan ett rent miljöintresse och ett hänsynstagande till den miljö runt Badasjöarna som dess människor lever och verkar i.

Sökanden

Ägarförhållanden avseende dammen

Länsstyrelsen menar att dammen skulle utgöra fastighetstillhör till fastigheterna på respektive sida älven. I anledning av de frågor och den argumentation som framförts av länsstyrelsen i yttranden efter huvudförhandlingen har Fortum Sverige utfört ytterligare arkivstudier. De handlingar som Fortum Sverige funnit vara av intresse redogörs nedan.

Inledningsvis kan konstateras att dammen funnits mycket länge. Enligt uppgifter har det på platsen funnits en damm sedan slutet av 1500-talet. På en karta från 1791 finns dammen inritad. Som tidigare i målet redogjorts för nyttjades dammen sedan mycket lång tid tillbaka för Bada bruk. Bruket låg inte i direkt anslutning till dammen, utan några kilometer nedströms denna.

I en lånehandling från 1791 framgår att dammen vid Badasjöarna tillhör Bada bruk. I domen från den 27 juni 1809 framgår det att det var Bada bruk som hade oinskränkt rätt att reglera vattnet i Badasjöarna, med villkor att under sommartid hålla en viss nivå.

Vid en överlåtelse år 1834 överlät Carnegie & C:o till brukspatronen Björck bl.a. det nedre bruket samt ”hälften i det så kallade Dammvaktartorpet å Öneby grund och hälften i Bada sjödamms med dess grund, landfäste och privilegier”, Kungl Lantmäteristyrelsen, akt 17 FRE-1477. Detta skulle kunna tolkas på så sätt att dammen såldes för sig själv, skild från fastigheten Dammvaktartorpet. Det kan också tolkas på så sätt att hänvisningen ”med dess grund” innebar att dammen såldes tillsammans med den mark den låg på, även om det då förefaller oklart vilken fastighet som skulle ha försålts tillsammans med dammen.

Enligt uppgift sålde Carnegie & C:o det övre bruket med den andra hälften i Dammvaktartorpet till Jonas Waern år 1834. Sedermera skulle detta komma att tillhöra P Pollacks sterbhus. Sterbhuset sålde år 1867 bl.a. sin andel i lägenheten ”Dammortorpet” (Dammvaktartorpet). Den vid Bada sjö belägna dammen jämte samfälliga undantaget därinvid och väg till dammen inräknades inte i köpet, utan kom fortfarande att tillhöra säljarna eller deras rätts framtida innehavare.

I en lånehandling från 1836 framgår att bruket underhöll ”egen damm” vid Badasjöarna.

Enligt överlantmätarens redogörelse framgår det att Myrin 1838 förvärvade Björcks egendom.

År 1868 fastställdes delning av fastigheten Dammvaktartorpet, akt 17 FRE-200. För den Myrin tillhöriga hälften i torpet utlades ägolotten litt. A och för den andra hälften, enligt fastebrev 1867 tillhörande P Pollacks sterbhus, en ägolott litt. B. Som samfällighet för båda lotterna utlades mark för dammfäste och väg.

Enligt överlantmätaren förvärvade Myrin någon gång efter 1868 även det övre bruket, varefter de båda bruken åter kom i samma ägares hand.

Efter Myrins död år 1873 sålde hans arvingar egendomarna till Edsvalla Bruks AB som då kom att bedriva verksamheten vid Bada bruk.

Det kan konstateras att dammen alltid, så lång tid tillbaka som kan spåras i handlingar, varit använd för och haft en koppling till verksamheten vid Bada bruk. I den mycket långa skriftliga historiken kring dammen har Fortum Sverige inte återfunnit någon koppling till verksamheter vid dammläget.

Att som länsstyrelsen vill göra gällande, direkt koppla dammen till de fastigheter som ligger vid denna framstår som en tolkning där den mycket långa historiken för dammen inte beaktas.

Länsstyrelsen refererar till ett mål från Mark- och miljööverdomstolen där det var tvist om ett fähus som låg på annans fastighet. Målet initierades av den part som ville att fähuset skulle ses som hennes trots att byggnaden inte låg på partens fastighet. Den andre fastighetsägaren motsatte sig detta. I målet vid Mark- och miljööverdomstolen stod således två fastighetsägares intressen mot varandra. I det mål som nu prövas är det länsstyrelsen som påstår att bl.a. privatpersoner skulle bli ansvariga för en damm som de tidigare inte haft någon befattning med och som för dem skulle innebära ett stort ansvar och kostnader. De aktuella fastighetsägarna har inte invänt mot Fortum Sveriges ansökan utan tvärtom lämnat nyttjanderätter och medgivande till de åtgärder som ansöks. Det åberopade avgörandet måste därför ses i ljuset av dessa omständigheter.

Länsstyrelsen har också anført att det inte skulle vara ovanligt att Fortum Sverige använder dammar som utgör fastighetstillbehör till annans fastighet, med referens till mål M 5614-20 (mark-och miljödomstolen Vänersborg). Fortum Sverige vill för domstolen klargöra förhållandena, vilka länsstyrelsen borde känna till då Fortum Sverige i det åberopade ärendet varit i kontakt med länsstyrelsen. Den aktuella dammen, Hyttdammen, ligger i Uvån som är en reglerad älv. Fortum Sverige innehar ett uppströmsliggande kraftverk. Om luckorna i Hyttdammen inte står öppna året runt måste aktiv reglering av denna ske för att undvika fara. Då reglering inte utfördes av dammägaren var Fortum Sveriges underhållsentreprenör nödgad att vid vissa flödessituationer reglera Hyttdammen. Fortum Sverige har inget som helst

intresse i eller nytta av dammen. Åtgärderna har utförts för att avvärja fara. Någon relevans i referensen till det av länsstyrelsen åberopade målet finns således inte.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan samt tidigare i målet lämnar Fortum Sverige till domstolens avgörande om dammen vid Badasjöarna efter överlåtelsen från Billerud är att anses som Fortum Sveriges.

Rådighet

Länsstyrelsen har invänt att de nyttjanderätter och medgivanden som lämnats för de ansökta åtgärderna inte utgör tillräcklig rådighet. Fortum Sverige vill här påminna länsstyrelsen om att utöver de ingivna avtalen med fastighetsägarna har bolaget även vid huvudförhandlingen åberopat urminnes hävd som grund för rådigheten.

När det gäller typen av upplåtelse har det inte varit möjligt för Fortum Sverige att upprätta servitut för nu ansökta åtgärder då Fortum Sverige inte har någon lämplig förmånsfastighet. Det finns inte någon fastighet som Fortum Sverige äger som kommer att ha nytta av de ansökta åtgärderna. Nyttan uppstår för de boende kring sjön. Utifrån dessa omständigheter anser Fortum Sverige att de nyttjanderätter samt medgivanden som lämnats, tillsammans med urminnes hävd, innebär att Fortum Sverige har rådighet för de ansökta åtgärderna.

Fastighetsförhållanden och sakägare

Vad det gäller vattenområde utanför fastigheten XXX på västra sidan av Badasjöns utlopp hänvisar Fortum Sverige till avstyckningsakt 1737-14/54, Bilaga 6, då fastigheten bildades 2014. Här framgår att XXX erhåller vattenområde i Badasjön och Badaälven som angränsar till figur 1 enligt 1 kap. 5 § jordabalken från fastigheten XXZ.

Vad gäller vattenområdet utanför fastigheterna YYX och YXY på östra sidan av Badasjöns utlopp är förhållandena följande.

Tillhörigheten för det utanför fastighetens YYX markinnehav liggande

vattenområdet har varit föremål för gränsbestämning i samband med laga skifte på lägenheten XZX, fastställt 1952-06-11, akt 17-FRE-1586. Vid gränsbestämningen bestämdes bl.a. gränsen utmed strandlinjen mellan XZX och

YYY. Genom detta skulle det således vara avgjort att vattenområdet utanför YYX som utlades vid skiftet och angränsar till vattnet, skulle tillhöra YYY.

Vattenområdet utanför YXY berördes inte vid gränsbestämningen men motsvarande ställningstagande skulle vara överförbart även på YXY, vilket skulle leda till att allt vatten utanför YYX och YXY skulle tillhöra YYY med avgränsning i Badaälvens mitt. Normalt sett bör gränsbestämningen från 1952 accepteras, i detta fall ser det dock inte ut som att föregående förrättningsåtgärder beaktats på rätt sätt.

Laga skifte på hemmanet Öneby fastställdes den 22 augusti 1843, akt 17-FRE-125, här omnämns inget om vatten, grund eller fiske. Presumptionsregeln innebär då att vattnet delades med stranden enligt tidigare 12 kap. 4 § jordabalken och fisket blev samfällt för skiftesdelägarna. Vid detta laga skifte uppmärksammades inte försäljningen av det så kallade Dammvaktartorpet, där lagfart gavs den 5 mars 1836. Med torpet följde ”Bada sjödamm med dess grund, landfäste och privilegier”, syftet med köpet var att behärska dammen och vattenflödet i älven till förmån för Bada Bruk och det måste anses att med avsöndringen följde rätten till vatten och grund utanför torpet. Till följd av utredning och beslut i Lantmäteristyrelsen år 1949, infördes avsöndringen i dåvarande jordregistret som XXY.

Delning av lägenheten Dammvaktartorpet, fastställt den 29 februari 1868, vid detta skifte utlades dammfästet som en samfällighet. Nytt skifte fastställdes den 10 april 1900, akt 17-FRE-346.

Inget sägs om vatten och grund eller fiske i 1868 års delning eller 1900 års skifte. Detta betyder att vattnet delades med stranden och kom att tillhöra strandlotterna, då registrerade som XXY och XZX. Ovan omnämnda laga skifte från den 11 juni 1952 genomfördes, XZX delades i tre lotter, registrerade som YYX, ZXX och XYY, akt 17-FRE-1586. Enligt ovan gjorda

genomgång är ståndpunkten att vatten och grund i Badasjön och i Badaälven tillhörde XZX. Skifteslagets gräns gick således inte vid strandlinjen utan efter älvens mitt. Eftersom vattnet av naturliga skäl inte behandlas vid skiftet blir tolkningen den att vattnet delats med stranden och alltså tillföll strandlotterna. Vattnet utanför samfälligheten bör också ingå i samfälligheten med gränser mot YYX:s vatten enligt reglerna i 1 kap. 5 § jordabalken.

Utifrån ovan lämnade redogörelse har således avtal ingåtts med rätt fastighetsägare och i målet inlämnad sakägarförteckning är korrekt.

Nytta av dammen i den ansökta utformningen

Utöver de synpunkter från länsstyrelsen som bemötts ovan har länsstyrelsen återigen gjort invändningar om att det inte skulle finnas ett giltigt tillstånd till dammen, att det finns brister i ansökans utformning, att ansökta åtgärder inte skulle uppfylla de krav som följer av hänsynsreglerna samt miljö kvalitetsnormerna för vatten. Fortum Sveriges har redan bemött dessa invändningar och hänvisar till de tidigare bemötanden som bolaget gjort.

Länsstyrelsen gör vidare gällande att den samhällsekonomiska nyttan med åtgärderna inte skulle överstiga kostnaderna för dessa.

Fortum Sverige har i samverkan med sakägare och berörda runt Badasjöarna tagit fram den nu ansökta ombyggnaden. Det är tydligt i målet att den ansökta lösningen funnit acceptans, då det i målet finns ett mycket stort antal fastigheter som berörs av åtgärden och några invändningar från fastighetsägare runt sjön inte gjorts. Tvärtom har den för ändamålet bildade intresseföreningen ställt sig bakom Fortum Sveriges förslag. Den samhällsekonomiska nyttan torde för alla blivit tydlig vid huvudförhandlingen genom det anförande som gjordes av kommunordföranden i Torsby kommun i vilket dammens betydelse för bygden, både ur ekonomiskt, historiskt och landskapsbildsmässigt perspektiv betonades.

DOMSKÄL

Mark- och miljödomstolen har den 25 och 26 november 2021 hållit huvudförhandling i målet och syn på platsen.

Är bolaget behörigt att ansöka om tillstånd till ombyggnad av dammen?

Frågan om rådighet över vattnet

Av 2 kap. 1 § lagen (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet (restvattenlagen) framgår att verksamhetsutövaren för att bedriva vattenverksamhet ska ha rådighet över vattnet inom det område där verksamheten ska bedrivas. Att sökanden har erforderlig rådighet över vattnet utgör en processförutsättning vid tillståndsprövning (se prop. 1981/82:130 s. 269 och NJA 1993 s. 331).

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

Av fastighetskartan framgår att marken väster om det berörda vattendraget invid dammen tillhör fastigheten XXX i Torsby kommun och att området öster om dammen utgörs av ett samfällt markområde. Samfälligheten gavs i samband med Lantmäteriets registreringsbeslut den 15 november 2021 beteckningen YXY. Den ombyggnad av dammen som tillståndsansökan avser innebär att en del av dammen, rampen för fiskvandring, efter ombyggnaden berör även ett vattenområde invid stranden till fastigheten YYX.

Fortum Sverige har till stöd för att bolaget har erforderlig rådighet åberopat avtal med ägarna till fastigheterna XXX, YYX samt med ägarna till de fastigheter bolaget anser deltar i YXY, YYY och XXY.

I fråga om vilka fastigheter som deltar i YXY har bolaget åberopat ett omfattande underlag, bl.a. en utredning utförd av en lantmätare/fastighetskonsult (Svefa) och som avser ägarförhållandena till samfälligheten jämte utdrag från lantmäteriakter. Det framgår av Svefas utredning att YXY har sitt ursprung i en år 1868 fastställd delning av det s.k. Dammvaktartorpet. Bakgrunden till den genomförda delningen var en överlåtelse 1835 i vilken ingick Bada Nedre Bruk och hälften i Bada sjödamn med dess grund, landfäste och privilegier. Vid delningen 1868 avsattes som samfällighet för de två ägolotterna ett 100 fot brett arbetsområde och en väg till dammen. Ägolotterna blev sedermera registrerade som fastigheterna XXY och XZX. Den senare fastigheten är numera avregistrerad och marken uppdelad på fastigheterna YYX, XYY och YXX. Enligt Svefas utredning deltar fastigheterna YYY och XXY med hälften var i samfälligheten.

Enligt länsstyrelsen framgår det av fastighetsregistret att fastigheterna XXY, YYX, XYY och YXX har del i samfälligheten. Länsstyrelsen har gett in ett utdrag från registreringen av samfälligheten där nämnda fastigheter anges delta i samfälligheten. Utifrån utredningen från Svefa och övriga lantmäteriakter är det emellertid sannolikt att det snarare förhåller sig på det sätt bolaget har hävdad, dvs. att i samfälligheten deltar fastigheterna XXY och YYY med vars ägare bolaget har tecknat avtal om rådighet. Någon invändning mot bolagets påståenden rörande ägarförhållandena i samfälligheten har inte gjorts från berörda fastighetsägare.

Frågan är då om vattenområdet invid stranden tillhör YXY och hur det förhåller sig med vattnet invid stranden till YYX. Fortum Sverige har uppmärksammat att vattenområdet invid stranden till YYX inte nödvändigtvis tillhör den fastigheten. Liksom beträffande vattenområdet invid YXY kan vattenområdet vid YYX beroende på omständigheterna tillhöra YYY. Enligt mark- och miljödomstolens bedömning har bolagets påstående om att vattnet invid de berörda fastigheterna tillhör dessa enligt 1 kap. 5 § jordabalken visst fog för sig. Domstolen kan också konstatera att åberopade

rådighetsavtal under alla förhållanden har ingåtts med ägarna till de fastigheter som vattenområdena tillhör.

Fortum Sverige har efter huvudförhandlingen kompletterat tidigare ingivna nyttjanderättsavtal, som avsåg markåtkomst, med nyttjanderättsavtal som avser tillgång till vatten. Genom avtalen upplåts de aktuella vattenområdena. Bolaget ges rätt att ta i anspråk och nyttja vattenområdet för tillträde till dammen. Avtalen gäller för en tid om fem år från och med tillståndsgiven miljödom.

Bolaget har även gett in avtal rubricerade som medgivande från berörda fastighetsägare. Enligt avtalen ges bolaget rätt att ta i anspråk erforderliga vattenområden för anläggande av en ramp i betong för att skapa fiskpassage och att vidta de åtgärder som bolaget anser erforderliga för utförande av rampen. Enligt medgivandet gäller det för all framtid för det fall tillstånd meddelas. Vad gäller medgivandeavtalen kan noteras att det inte är fråga om avtalsservitut. Avtalen får betraktas som någon form av nyttjanderättsavtal. Ett sådant avtal är enligt 7 kap. 5 § jordabalken inte bindande för längre tid än femtio år från det att avtalet slöts oaktat att avtalen stipulerar att de gäller för all framtid.

Bolaget har till stöd för att bolaget har erforderlig rådighet även åberopat urminnes hävd. I enlighet med vad som redogörs för nedan bedömer mark- och miljödomstolen att bolaget med stöd av en urminnes hävd har rätt att bibehålla en damm vid Badasjön och att inom vissa nivåer reglera vattnet i sjön. Mark- och miljödomstolen bedömer att detta i förening med de åberopade nyttjanderättsavtalen ger bolaget sådan rådighet över vattnet som krävs för att ansöka om tillstånd till att bygga om dammen (jfr MÖD 2015:52).

Tillhör dammen Fortum Sverige?

Länsstyrelsen har ifrågasatt att Fortum Sverige är behörigt att ansöka om tillstånd till att bygga om dammen även på den grunden att bolaget inte har visat att det äger dammen eller annars har rätt att förfoga över den. Enligt länsstyrelsen har annat inte

framkommit än att dammen utgör fast egendom som ägs av annan än bolaget. Bolaget har å sin sida hävdat att dammen utgör lös egendom och tillhör bolaget.

Behörighet att ansöka om tillstånd till att bygga om dammen torde endast den som förfogar över dammen ha (se Bengtsson, Miljöbalken, En kommentar, Juno 2021-06-03, avsnittet för 2 kap. 1 § restvattenlagen).

Bolaget har härlett sin rätt till dammen närmast från en överlåtelse från Billeruds Aktiebolag som skedde 1986. Av det ingivna överlåtelseavtalet framgår att överlåtelsen avsåg flera vattenkraftverk och dammar, bl.a. dammen vid Badasjöarna som antecknades som belägen på ”främmande mark”. Bolaget har även gett in underlag som gör det möjligt att härleda hur Billeruds Aktiebolag blev ägare till det bruk och kraftverk för vilka den aktuella dammen sedan länge tjänat som regleringsdamm.

Av ingivna förrättningshandlingar är det möjligt att i viss utsträckning följa hur ägarförhållandena avseende dammen och dess omgivning har sett ut under 1800- och 1900-talet. Som framgår ovan skedde det 1834 en överlåtelse vari ingick Bada nedre bruk och hälften i Bada sjödamm med dess grund, landfäste och privilegier. Även om utredningen inte ger full visshet om dammen utgör lös egendom och ägs av Fortum Sverige framstår det utifrån utredningsunderlaget som sannolikt att det förhåller sig så. Det kan konstateras att ingen av berörda fastighetsägare eller någon annan har gjort anspråk på dammen. Fortum Sverige får därmed anses behörigt att ansöka om tillstånd till att bygga om dammen.

Frågan om tillstånd ska ges

Finns det tillstånd till dammanläggningen och den befintliga verksamheten

Av 5 a § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken framgår att en verksamhet som bedrivs i enlighet med en urminnes hävd, ett privilegiebrev eller en annan sådan särskild rättighet att förfoga över vatten som avses i 2 kap. 41 §

vattenlagen (1918:523) ska anses bedrivas med stöd av en rättighet som har tillkommit enligt motsvarande bestämmelser i miljöbalken eller i föreskrifter som har meddelats med stöd av miljöbalken.

Den som påstår sig ha stöd för sin verksamhet enligt en äldre rättighet har bevisbördan för att rättigheten har uppkommit och vad den består i, dvs. att det finns ett tillstånd och vad tillståndet innebär. I fråga om urminnes hävd kan bevisbördan fullgöras t.ex. genom en utredning som visar på vilket sätt verksamheten har bedrivits sedan åtminstone två mansåldrar före jordabalkens ikraftträdande (se prop. 2017/18:243 s. 236). Urminnes hävd kan omfatta anläggningar och verksamheter som tillkommit 90 år före jordabalkens ikraftträdande 1972, dvs. före år 1882. Urminnes hävd som ska anses vara ett tillstånd enligt miljöbalken har rättskraft endast beträffande de frågor som kan visas vara tillåtna i förhållande till hur anläggningen är konstruerad och verksamheten bedrivits (se a. prop. s. 103 och 110).

I Mark- och miljööverdomstolens praxis har i fråga om urminnes hävd domstolen godtagit att vissa förändringar skett avseende en verksamhet, så länge dammens läge och funktion samt dess inverkan på vattenförhållandena i allt väsentligt förefaller ha varit desamma sedan dammens uppförande (se t.ex. avgörandet den 15 januari 2019 i mål M 8563-17).

Det har inte framkommit att den befintliga dammen och verksamheten som bedrivs genom denna har tillståndsprövats enligt miljöbalken eller någon av vattenlagarna. Bolaget har till stöd för att verksamheten bedrivs enligt en sådan särskild rättighet som avses i 2 kap. 41 § äldre vattenlagen åberopat bl.a. utdrag från flera äldre domar och beslut.

Ett av de domstolsavgöranden som åberopats är ett domsprotokoll från Värmlands lagmansbesiktningsrätt från 1809. I domen har en förlikning fastställts mellan dåvarande ägaren av Bada bruk och vissa jordägare i trakten. Enligt förlikningen ägde bruksägarna en fri och oinskränkt dispositionsrätt av vattnet i Badasjöarna

med undantag för under perioden från slutet av maj till den 1 augusti då vattnet inte fick överstiga dammbyggnadens befintliga flodutlopp samt nedre kanten av ett utstakat sjömärke. I förlikningen anmärktes att detta var i enlighet med en överenskommelse som hade träffats 1722. I ett domsutdrag från nämnda årtal framgår att en företrädare för bruket inför rätten ska ha visat upp ett avtal om fri dispositionsrätt avseende vattnets innehållande genom hålldammen med visst undantag.

Domen från 1809 avser en civilrättslig prövning avseende utnyttjandet av vattnet vid Badasjöarna (jfr dåvarande 20 kap. i 1734 års byggningsbalk). Domen torde visserligen utgöra en sådan särskild rättighet som avses i 2 kap. 41 § äldre vattenlagen. Oavsett vad domen anger ifråga om hur verksamheten får bedrivas har domen emellertid liten självständig betydelse för de frågor som nu är av intresse. Detta då dess rättskraft är begränsad till de tvistande parterna (jfr prop. 2017/18:243 s. 235 f.). Övriga åberopade myndighetshandlingar och rättigheter kan inte heller anses ha någon självständig betydelse såsom en särskild rättighet enligt 2 kap. 41 § då det inte framgår av dessa vad rättigheten i sådana fall skulle bestå i och innebära.

Domen från 1809 liksom övriga myndighetsbeslut har dock betydelse som underlag för att verksamheten bedrivs enligt en urminnes hävd. Det underlag som sökanden har åberopat visar att det funnits en damm på den aktuella platsen under en mycket lång tid. Enligt 1809 års dom hade bruksägaren rätt att gentemot motparterna fritt disponera över vattnet med undantag för under sommaren, då dämning inte fick ske till över en viss nivå. Detta förefaller överensstämma med vad som gällde även dessförinnan. De referenspunkter som det hänvisas till i domen har dock inte kunnat återfinnas.

I ett utslag från Kunglig Majestäts Befallningshavande i Värmlands län av år 1894, vilket avsåg en tvist avseende dammens inverkan på flottning i vattendraget finns en beskrivning av hur dammen såg ut vid denna tidpunkt. Dammen i dess nuvarande utförande förefaller visserligen i vissa avseenden skilja sig från hur dammen då såg ut och de ändringar av dammen som blev en följd av utslaget. Det framstår dock

som sannolikt att den reglering av vattnet som dammen idag möjliggör inte i något väsentligt avseende skiljer sig från hur verksamheten kan antas ha bedrivits före 1882. Enligt mark- och miljödomstolen har bolaget visat att det med stöd av en urminnes hävd i vart fall har rätt att genom en dammanläggning på platsen dämma vattnet till den nivå som följer av den tillståndssökta ombyggnaden av dammen.

Utgångspunkter för prövningen

Bolaget angav vid huvudförhandlingen att anläggningen i dess nuvarande utformning har viss nytta om än liten för nedströms liggande kraftverk och att anläggningen utgör en vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel.

Verksamheten omfattas enligt bolaget av den nationella planen för moderna miljövillkor. Det har inte framkommit något som ger anledning att utgå från annat än att dammanläggningen och verksamheten utgör en vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel enligt 11 kap. 6 § miljöbalken.

Nämnda paragraf infördes genom en större lagstiftningsreform som trädde i kraft i januari 2019. Reformen innebar bl.a. att för tillståndspliktiga vattenverksamheter där syftet är att producera vattenkraftsel gäller krav på att verksamheten ska ha moderna miljövillkor, vilket innebär att tillståndets villkor eller bestämmelser till skydd för människors hälsa och miljön har bestämts enligt miljöbalken genom en dom eller i ett beslut som enligt huvudregeln inte får vara äldre än fyrtio år (se 11 kap. 27 §).

Ett huvudsyfte med reformen var att tydliggöra det svenska genomförandet av ramdirektivet för vatten i fråga om prövning och omprövning av verksamheter och åtgärder som kan påverka vattnets status på ett icke acceptabelt sätt eller äventyra att beslutade miljö kvalitetsnormer kan nås. En förändring som reformen innebar var att det i 16 kap. 2 b § infördes en bestämmelse om att tillstånd till vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel får begränsas till att enbart avse ändringen. Syftet var att åstadkomma en förändring av prövningen av sådana verksamheter så att den sker utifrån samma förutsättningar som för miljöfarliga verksamheter. Som huvudregel ska det ske en samlad prövning av hela verksamheten när en

verksamhetsutövare vill ändra den på något sätt, men i vissa undantagsfall kan tillståndet begränsas till att omfatta endast ändringen. Det gällande tillståndets rättskraft enligt 24 kap. 1 § ska inte hindra att det vid en ansökan om ändring görs en samlad prövning av hela verksamheten om det krävs för att prövningen ska bli ändamålsenlig. (Se prop. 2017/18:243 s. 131 ff. och 205 f.)

I enlighet med de redovisade förarbetsuttalandena bör utgångspunkten för tillståndsprövning avseende en anläggning av förevarande slag vara att det ska ske en samlad prövning av hela verksamheten även vid en ändring av den. En begränsad prövning enligt 16 kap. 2 b § som endast avser ändringen torde knappast kunna bli aktuell för en verksamhet som, såsom den aktuella, inte tidigare har tillståndsprövats. De skyddsåtgärder och försiktighetsmått som kan komma ifråga vid en samlad prövning av verksamheten behöver således inte nödvändigtvis vara hänförliga endast till de miljömässiga konsekvenser som är en följd av ändringen (jfr MÖD 2010:52 och MÖD 2012:56).

Det framgår av 2 kap. 3 § att alla som bedriver eller avser att bedriva en verksamhet eller vidta en åtgärd ska utföra de skyddsåtgärder, iaktta de begränsningar och vidta de försiktighetsmått i övrigt som behövs för att förebygga, hindra eller motverka att verksamheten eller åtgärden medför skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön. I samma syfte ska vid yrkesmässig verksamhet användas bästa möjliga teknik. Dessa krav gäller i den utsträckning det inte kan anses orimligt att uppfylla dem (se 2 kap. 7 §). Strängare krav kan dock ställas om det behövs för att följa en miljökvalitetsnorm. Enligt 5 kap. 4 § får en myndighet inte tillåta att en verksamhet ändras om detta, trots åtgärder för att minska föroreningar eller störningar från andra verksamheter, ger upphov till en sådan ökad förorening eller störning som innebär att vattenmiljön försämras på ett otillåtet sätt eller som har sådan betydelse att det äventyrar möjligheten att uppnå den status eller potential som vattnet ska ha enligt en miljökvalitetsnorm. Vid prövning för ett nytt tillstånd ska de bestämmelser och villkor beslutas som behövs för att verksamheten inte ska medföra en sådan försämring eller ett sådant äventyr.

I 11 kap. 8 § finns särskilda bestämmelser om att den som vill bedriva en vattenverksamhet som kan skada fisket är skyldig att utan ersättning vidta och för framtiden underhålla behövliga anordningar för fiskens framkomst eller fiskets bestånd, släppa fram vatten för ändamålet samt iaktta de villkor i övrigt som på grund av verksamheten kan behövas till skydd för fisket i det vatten som berörs av vattenverksamheten. Vid bedömningen av skyddsåtgärder enligt denna paragraf ska nyttan av anordningen vägas mot kostnaden för den.

Krav på innehåll i en tillståndsansökan och miljökonsekvensbeskrivningen m.m.

En ansökan om tillstånd i ett ansökningsmål ska innehålla bl.a. förslag till skyddsåtgärder eller andra försiktighetsmått samt de övriga uppgifter som behövs för att bedöma hur de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. följs (se 22 kap. 1 § miljöbalken). Den tillståndssökta verksamheten är sådan som kan antas medföra en betydande miljöpåverkan och omfattas därmed av kraven på en specifik miljöbedömning i 6 kap. Det följer av 6 kap. 35 § att miljökonsekvensbeskrivningen i sådana fall ska innehålla uppgifter om alternativa lösningar för verksamheten eller åtgärden (se andra punkten). Den ska även innehålla uppgifter om de åtgärder som planeras för att förebygga, hindra, motverka eller avhjälpa de negativa miljöeffekterna samt uppgifter om de åtgärder som planeras för att undvika att verksamheten eller åtgärden bidrar till att en miljökvalitetsnorm enligt 5 kap. inte följs, om sådana uppgifter är relevanta med hänsyn till verksamhetens art och omfattning (se 5 och 6 punkten). Kravet på redovisning av alternativ enligt andra punkten i nämnda paragraf avser även undersökta möjliga alternativa skyddsåtgärder, begränsningar och försiktighetsmått (se 17 § miljöbedömningsförfordningen, 2017:966).

Tillståndsmyndigheten ska vid tillståndsprövning som omfattas av kraven på specifik miljöbedömning i samband med att den prövar tillståndsfrågan i ett särskilt beslut eller i samband med att tillståndsfrågan avgörs ta ställning till om miljökonsekvensbeskrivningen uppfyller de krav som ställs på en sådan. Om den innehåller väsentliga brister – som inte har avhjälpats under processens gång – så att en bedömning av verksamhetens inverkan på miljön inte kan göras, kan ansökan

komma att avvisas. Även om en materiell prövning är möjlig kan bristerna i miljökonsekvensbeskrivningen leda till att det inte går att bedöma om hänsynsreglerna i 2 kap. är uppfyllda. Detta leder till att ansökan ska avslås (jfr NJA 2009 s. 321).

Ansökans avgränsning, miljökonsekvensbeskrivningens innehåll och förutsättningarna för tillstånd

Länsstyrelsen har invänt att bolagets ansökan inte är utformad på ett sätt som medger en sammanhållen och ändamålsenlig miljöprövning och att ansökan av det skälet ska avvisas. Invändningar har också framförts om att miljökonsekvensbeskrivningen är bristfällig och inte kan godkännas.

Av ansökningshandlingarna kan utläsas att bakgrunden till ansökan är att dammen inte längre är intressant ur vattenkraftssynpunkt och att underhållsansvaret för dammen medför en administrativ och ekonomisk börda för bolaget. I ett tidigt skede hade bolaget för avsikt att istället riva ut dammen och anlägga ett naturligt sjöutlopp på platsen. Ägarna till fastigheter runt sjön motsatte sig dock utrivning eftersom det skulle innebära en sänkning av vattennivån i sjön. Syftet med ombyggnaden är att upprätthålla dammens dämmande funktion av Badasjöarna genom en passiv dämning där avrinningen är självreglerande.

De åtgärder Fortum Sverige har ansökt om tillstånd till innebär en i det närmaste total ombyggnad av dammanläggningen. Någon aktiv reglering kommer inte längre att vara möjlig efter ombyggnaden. Något behov av att vid tillståndsprövningen förena tillståndet med sådana villkor som normalt kan komma ifråga vid en aktiv reglering och som uppfyller miljöbalkens krav finns således inte.

En damm till den tröskelnivå som följer av ansökan kommer utgöra ett definitivt vandringshinder för uppströmsvandrande arter förutsatt att dammen inte förses med anordningar som möjliggör vandring. Frågan om vandring uppströms anläggningen kan säkerställas genom anläggande av någon form av fiskväg etc. är central vid tillståndsprövningen.

Den tillståndssökta ombyggnaden av dammen innebär att en ramp för fiskvandring ska anläggas. Även om ansökan således innefattar utförande av en skyddsåtgärd för att säkerställa konnektivitet i vattendraget kan det sättas i fråga om ansökan är avgränsad på ett sätt som ger utrymme för en sådan samlad prövning som ska ske vid ändring av en verksamhet för produktion av vattenkraftsel. Bolaget har framhållit att i det tillstånd bolaget ansöker om ingår fiskrampen som en del i verksamheten, inte som ett villkor för verksamheten. Avgränsningen av ansökan innebär att valet av skyddsåtgärd i berört hänseende i princip är låst till den som följer av bolagets ansökan. Det är inte möjligt att förena tillståndet med villkor om att det istället ska anordnas en annan liknande tänkbar skyddsåtgärd för att säkerställa konnektivitet i vattendraget såsom exempelvis ett naturliknande omlöp, inlöp eller annan mer teknisk fiskpassagelösning.

Att möjligheterna att reglera verksamheten så att den uppfyller miljöbalkens krav är begränsade, måste enligt mark- och miljödomstolens mening inte nödvändigtvis föranleda att ansökan avvisas. Enligt domstolen är det i och för sig möjligt att pröva ansökan med den valda avgränsningen förutsatt att avgränsningen inte ger upphov till lägre ställda krav på verksamheten än vad som hade blivit följden vid en mer förutsättningslös prövning. För att tillstånd ska ges behöver den fiskväg som följer av ansökan således uppfylla kravet på bästa möjliga teknik. Om det finns andra möjliga fiskvägar som hade varit bättre ur miljösynpunkt med beaktande också av kostnaderna för åtgärderna kan tillstånd inte ges (jfr 2 kap. 3 och 7 §§ miljöbalken). Tillstånd kan inte heller komma ifråga om dammen efter ombyggnaden och med den valda fiskväglösningen äventyrar uppnåendet av miljökvalitetsnormerna för berörda vattenförekomster.

Vattendraget och uppströms närliggande sjöar är indelade i vattenförekomsterna Badaälven, Nedre Badasjön, Mellan Badasjön och Övre Badasjön.

Miljökvalitetsnormen för vattenförekomsten Badaälven är god status senast år 2027. För den närmast liggande sjön, Nedre Badasjön, är miljökvalitetsnormen god status senast år 2045. Vattenförekomsterna har enligt den senaste statusklassningen

måttlig ekologisk status. Detta med hänsyn till bl.a. den biologiska kvalitetsfaktorn fisk och den hydromorfologiska kvalitetsfaktorn konnektivitet. Möjliggörande av upp- och nedströmspassage är utpekade som åtgärder för att förbättra vattenkvaliteten.

Av ansökningshandlingarna framgår att rampen för fiskvandring ska vara i betong med ingjutna stenar och block. Rampen ska konstrueras så att den kräver lite underhåll, är robust och inte riskerar att skadas vid högflöden till följd av drivgods vilket innebär att den inte innehåller några rörliga eller utbytbara delar. I den tekniska beskrivningen redovisas en ramp med en längd om cirka 30 meter och bredd om cirka 3,5 meter. Bolaget har, såsom det får uppfattas, slutligt angett att rampen får en lutning på maximalt fem procent. Den ska enligt bolaget vidare utformas så att det finns en lågflödesränna. Den exakta utformningen av rampen är avsedd att bestämmas senare i samråd med en fiskevårdssakkunnig.

Enligt bolaget innebär utformningen av en ramp med ingjutna block att det kommer att finnas områden med både högre och lägre vattenhastigheter. Hur stenar och block är tänkta att placeras för att sänka vattenhastigheten för svagsimmande arter är inte redovisat i handlingarna. Enligt bolaget kommer vattenflödet i rampen vid normala flöden understiga maximal kritisk simhastighet för samtliga i vattendraget förekommande arter. Då sträckan som ska passeras över rampen är kort bör det enligt bolaget vara möjligt även för svagsimmande arter att passera, då passagen inte kräver någon större uthållighet. Enligt bolaget är rampen dock inte optimerad för svagsimmande arter och är svårpasserbar vid högre flöden.

Mark- och miljödomstolen kan konstatera att hur lutningen på en fiskväg påverkar passerbarheten beror av flera faktorer såsom typ av fiskväg, längd, förekomst av viloplatser och bottensubstrat. Generellt anses två till tre procent lutning vara optimalt för omlöp för att vandringsbenägna arter ska kunna passera i tillräcklig utsträckning (jfr Havs- och vattenmyndighetens vägledning för fisk- och faunapassage, bilaga 5.5). Några långvandrande fiskarter har inte påträffats i vattendraget, men flertalet arter i vattendraget och sjön är svagsimmande. Enligt

mark- och miljödomstolens bedömning kan det ifrågasättas att en ramp med en så hög lutning som upp till fem procent skulle fungera tillfredställande för svagsimmande arter, särskilt vid höga vattenflöden. Det gäller inte minst eftersom fiskvägens utformning – en betongramp med fastgjutna block och stenar – inte framstår som optimal för att främja fiskpassage. Mark- och miljödomstolen noterar vidare att fastgjutning av sten och block försvårar möjligheterna till justering i efterhand för det fall fiskvägen inte skulle visa sig fungera på avsett sätt.

Vid huvudförhandlingen framkom att ål historiskt har förekommit i vattendraget. Det framgår inte av utredningen i vilken utsträckning rampen skulle fungera väl för ålvandring.

Som framgår ovan tar kravet på redovisning i miljökonsekvensbeskrivningen av alternativa lösningar för verksamheten även sikte på alternativa skyddsåtgärder. I den ursprungliga ansökan och miljökonsekvensbeskrivningen saknades helt sådan redovisning. Domstolen förelade under handläggningen av målet bolaget att komplettera utredningen i detta hänseende. Som svar på föreläggandet angav bolaget att tekniska eller naturliknande fiskvägslösningar (omlöp) inte var möjliga eftersom sådana kräver reglerbara flöden, vilket inte uppfyller syftet med en passiv, självreglerande avrinning. Att anlägga ett omlöp utan möjlighet till reglering av flödet i omlöpet skulle enligt bolaget leda till erosionsskador med återkommande reparations- och underhållsbehov. Dessutom skulle in- och utloppet från omlöp/teknisk fiskväg behöva variera med ett varierande vattenstånd.

Bolaget angav under huvudförhandlingen att för att svagsimmande arter ska ha optimala förutsättningar att vandra uppåt förbi dammen skulle fiskrampen behöva ha en lutning på ungefär två procent vilket skulle innebära att rampen skulle bli två och en halv gånger längre än den föreslagna. Enligt bolaget vore det i och för sig tekniskt möjligt att förlänga rampen men den skulle då bli betydligt dyrare och innebära en större och svårare konstruktion och bli så lång att den skulle nå ned över en naturlig tröskel nedströms. Det är visserligen möjligt att det förhåller sig på det sätt bolaget har angett och att den ökade kostnaden inte skulle framstå som

miljömässigt motiverad vid en avvägning enligt 2 kap. 7 §. Det är utifrån det befintliga utredningsunderlaget emellertid inte möjligt att dra en sådan slutsats.

Mark- och miljödomstolen delar inte bolagets slutsats att tekniska eller naturliknande fiskvägar helt kan avfärdas som tänkbara alternativa skyddsåtgärder vid ombyggnad av en damm till en viss tröskelnivå. Det kan inte heller uteslutas att det finns andra alternativ som ger bättre förutsättningar för fiskvandring än den fiskväg som redovisas i ansökan.

Det kan ifrågasättas om de berörda bristerna ifråga om redovisningen av alternativa skyddsåtgärder är så allvarliga att det kan anses föreligga ett processhinder. I övriga avseenden bedöms miljökonsekvensbeskrivningen vara godtagbar och kunna ligga till grund för prövning. De invändningar Kammarkollegiet m.fl. har framfört om att miljökonsekvensbeskrivningen och det redovisade nollalternativet borde utgå från förhållandena i strömmande vatten utan mänsklig påverkan kan lämnas utan avseende redan av det skälet att verksamheten får anses bedrivas med stöd av en urminnes hävd. Vid en sammantagen bedömning och med beaktande av prövningsramen i målet bedömer domstolen att miljökonsekvensbeskrivningen kan godtas.

I enlighet med vad som anförts ovan finns det enligt mark- och miljödomstolens bedömning skäl att betvivla att den föreslagna fiskvägen skulle fungera tillfredställande för uppströms vandring av framförallt svagsimmande fiskarter. Med hänsyn till att fiskrampen skulle vara svår att justera finns det också begränsade möjligheter att efter ombyggnaden säkerställa funktionen av den. Enligt domstolen har bolaget inte förmått visa att det inte finns andra möjliga fiskvägslösningar som bättre tillgodoser behovet av fiskvandring i vattendraget till en rimlig kostnad eller att den valda fiskvägen möjliggör sådan uppströmsvandring som krävs för att miljökvalitetsnormerna för de berörda vattenförekomsterna ska kunna uppnås. Det finns därför inte förutsättningar att ge tillstånd till den tillståndssökta ombyggnaden av dammen.

Bolaget framställde vid huvudförhandlingen, efter att det vid synen noterats att dammen läckte, även ett yrkande om tillstånd till att utföra mindre tätningsåtgärder av dammen. Med hänsyn till Badajöns intresseförenings påpekande att läckan härrör från ett rör genom dammen som tidigare var knuten till en ålkista torde det inte vara fråga om en sådan underhållsåtgärd som en dammägare är skyldig och har rätt att utföra enligt 11 kap. 17 §. Av samma skäl som anförts beträffande övriga ombyggnadsåtgärder finns det inte förutsättningar att ge tillstånd till åtgärden.

Rättegångskostnader

Länsstyrelsen och Kammarkollegiet har yrkat ersättning för rättegångskostnader. Myndigheterna har rätt till ersättning för sina rättegångskostnader. Ersättningen ska enligt 18 kap. 8 § rättegångsbalken fullt motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande jämte arvode till ombud eller biträde, såvitt kostnaden varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt.

Länsstyrelsen har yrkat ersättning för rättegångskostnader med 30 000 kr, varav 28 800 kr avser arbete och 1 200 kr resekostnader. Bolaget har medgett kostnadsyrkandet. Mark- och miljödomstolen bedömer att den yrkade ersättningen är skälig.

Kammarkollegiet har yrkat ersättning för rättegångskostnader med 29 941 kr, varav 21 600 för arbete, 7 200 kr för tidspillan och 1 141 kr för utlägg. Fortum Sverige har inte angett någon inställning till kostnadsyrkandet. Mark- och miljödomstolen bedömer att den yrkade ersättningen är skälig.

Övrigt

Det saknas skäl att sätta ned prövningsavgiften.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (MMD-01)

Överklagande senast den 22 juni 2022.

Rickard Forsgren

Erik Cardell

Daniel Isaksson

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Rickard Forsgren, ordförande, tekniska råden Erik Cardell och Daniel Isaksson samt den särskilda ledamoten Ola Broberg.



Hur man överklagar

Dom i mark- och miljödomstol som första instans

MMD-01

Vill du att domen ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Ditt överklagande ska ha kommit in till domstolen inom 3 veckor från domens datum. Sista datum för överklagande finns på sista sidan i domen.

Överklaga efter att motparten överklagat

Om ena parten har överklagat i rätt tid, har den andra parten också rätt att överklaga även om tiden har gått ut. Det kallas att anslutningsöverklaga.

En part kan anslutningsöverklaga inom en extra vecka från det att överklagandetiden har gått ut. Ett anslutningsöverklagande måste alltså komma in inom 4 veckor från domens datum.

Ett anslutningsöverklagande upphör att gälla om det första överklagandet dras tillbaka eller av något annat skäl inte går vidare.

Så här gör du

1. Skriv mark- och miljödomstolens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att Mark- och miljööverdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn samt aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till mark- och miljödomstolen. Du hittar adressen i domen.

Vad händer sedan?

Mark- och miljödomstolen kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att domen gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar mark- och miljödomstolen överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Mark- och miljööverdomstolen.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning, kan även Mark- och miljööverdomstolen skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i Mark- och miljööverdomstolen

När överklagandet kommer in till Mark- och miljööverdomstolen tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Mark- och miljööverdomstolen ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att mark- och miljödomstolen dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om mark- och miljödomstolen har dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller den överklagade domen. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med mark- och miljödomstolen om du har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i domen.

Mer information finns på www.domstol.se.



Hur man överklagar Mark- och miljööverdomstolens avgörande

Den som vill överklaga Mark- och miljööverdomstolens avgörande ska göra det genom att skriva till Högsta domstolen. Överklagandet ska dock skickas eller lämnas till Mark- och miljööverdomstolen.

Senaste tid för att överklaga

Överklagandet ska ha kommit in till Mark- och miljööverdomstolen senast den dag som anges i slutet av Mark- och miljööverdomstolens avgörande.

Beslut om häktning, restriktioner enligt 24 kap. 5 a § rättegångsbalken eller reseförbud får överklagas utan tidsbegränsning.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar Mark- och miljööverdomstolen överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta domstolen.

Prövningstillstånd i Högsta domstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta domstolen ska pröva ett överklagande. Högsta domstolen får meddela prövningsstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rätts-tillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen eller om
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning, att domvilla förekommit eller att målets utgång i Mark- och

miljööverdomstolen uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Överklagandets innehåll

Överklagandet ska innehålla uppgifter om

1. klagandens namn, adress och telefonnummer,
2. det avgörande som överklagas (domstolens namn och avdelning samt dag för avgörandet och målnummer),
3. den ändring i avgörandet som klaganden begär,
4. de skäl som klaganden vill ange för att avgörandet ska ändras,
5. de skäl som klaganden vill ange för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som klaganden åberopar och vad som ska bevisas med varje bevis.

Förenklad delgivning

Om målet överklagas kan Högsta domstolen använda förenklad delgivning vid utskick av handlingar i målet, under förutsättning att mottagaren där eller i någon tidigare instans har fått information om sådan delgivning.

Mer information

För information om rättegången i Högsta domstolen, se www.hogstodomstolen.se