

Yttrande

Datum
2016-05-16

Dnr
3486-14
Ert Dnr
M 3924-16
Direkt
010-698 60 86

Mottagare
Mark- och miljööverdomstolen
Box 2290
103 17 Stockholm

Handläggare
Niklas Egriell

Avdelningen för havs- och vattenförvaltning
n.klas.egriell@havochvatten.se

Överklagande av Mark- och miljödomstolen vid Växjö tingsrätts dom den 5 april 2016 (M 3595-14) gällande lagligförklaring av anläggningsdelar tillhöriga Blankaströms kraftverk i Emån, Högsby kommun

Havs- och vattenmyndigheten har i samband med myndighetens överklagande av ovan nämnda dom ansökt om anstånd att precisera yrkandena, utveckla grunderna för överklagandet samt ange skälen för prövningstillstånd. Härmed inkommer myndigheten med denna komplettering.

Yrkanden

Havs- och vattenmyndigheten yrkar i första hand att Mark- och miljööverdomstolen upphäver mark- och miljödomstolens dom från den 5 april 2016 och avvisar alternativt avslår ansökan.

I andra hand yrkar Havs- och vattenmyndigheten att Mark- och miljööverdomstolen ändrar villkoren 1-4 i enlighet med följande.

1. Kraftverksägaren ska senast tre år efter lagakraftvunnen dom ha anlagt och tagit i drift ett omlöp med två utlopp i enlighet med förslag från Fiskevårdsteknik AB i PM 2015-12-07, bilaga 4 (se bilaga 1 till detta yttrande).
2. I omlöpet ska under perioden april till och med november tappas en vattenmängd om totalt 4 m³/s, varav 2 m³/s ska rinna i det ena utloppet och 2 m³/s i det andra utloppet. Under övrig tid på året ska en vattenmängd om totalt 1 m³/s tappas, varav 0,5 m³/s ska rinna i det ena utloppet och 0,5 m³/s i det andra utloppet. Vid mindre tillrinning ska tillrinningen tappas på det sätt som bestäms av tillsynsmyndigheten.
3. Intagsområdet till kraftverket ska senast tre år efter lagakraftvunnen dom ha försetts med ett fingaller av beta- eller alfatyp, med en spaltvidd om maximalt 15 mm och en vinkel mot botten (alfa) alternativt stranden (beta) om maximalt 35°, utrustat med avledningsanordning för nedvandrande fisk. För

avledningsanordningens funktion ska en vattenmängd om minst 0,5 m³/s tappas året om. Placering och utformning ska bestämmas i samråd med länsstyrelsen.

4. Kontrollprogram för anläggningsarbeten och anordningarnas funktion, ska tas fram av bolaget i samråd med länsstyrelsen före arbetenas påbörjande. Länsstyrelsen ska godta kontrollprogrammet.

Dessutom yrkar Havs- och vattenmyndigheten att följande tillkommande villkor föreskrivs.

6. Allt övrigt vatten ska tappas i naturfåran fram till dess att det finns ett lagakraftvunnet tillstånd till drift av nuvarande eller effektiviserat vattenkraftverk, och slutliga vattenhushållningsbestämmelser är fastställda.

7. För natur- och fiskevårdens bästa får länsstyrelsen, efter samråd med bolaget, besluta om omfördelning av minimitappningen mellan de olika vattenvägarna.

Havs- och vattenmyndigheten yrkar ersättning för nedlagd tid och kostnader, med belopp som senare kommer att anges.

Utveckling av talan

En sammanhållen prövning

Enligt HaVs mening klargör Mark- och miljööverdomstolen i domen den 16 oktober 2013 (M 632-13) att sökanden inte visat att 1889 års dom innefattar tillstånd att anlägga och driva det befintliga vattenkraftverket med de anordningar som, förutom dammen, krävs för driften. Domstolen klargör också att ansökan om tillstånd bör omfatta ansökan om lagligförklaring av kraftverket och dess anordningar. Havs- och vattenmyndigheten anser att det är mycket olyckligt att mark- och miljödomstolen godtagit att pröva endast frågan om lagligförklaring. Visserligen är det sökanden, som genom sin ansökan, anger ramarna för prövningen, men det ankommer ytterst på domstolen att ta ställning till om ansökan kan godtas för att prövningen ska bli ändamålsenlig. Enligt myndigheten visar skriftväxlingen i nu aktuella mål och de tidigare prövningar som skett, tydligt hur olämpligt det är att ansökan om lagligförklaring inte sker samordnat med ansökan om tillstånd till verksamheten. Förutom processtekniska och administrativt besparande skäl till en sådan samordnad prövning så finns det fiskevårdstekniska och ekologiska skäl. Detta beskrivs mer nedan.

Miljökvalitetsnormerna och Weserdomen

För att lagligförklaringen inte ska medverka till att gällande miljökvalitetsnormer för vatten inte kommer kunna följas måste tillräckliga villkor föreskrivas. För flera av de närmast anslutande vattenförekomsterna uppströms Blankaströms kraftverk råder måttlig ekologisk status, exempelvis SE634446-150679 och SE634934-150674 (se bilaga 2). En av de viktigaste anledningarna är att fiskstatus är sämre än god på grund av bristande konnektivitet vid kraftverksdammar i Emån.

Gällande miljökvalitetsnormer i närmast berörda vattenförekomster är god ekologisk status år 2021. Det finns därför starka skäl att nu säkerställa passagelösningar som uppfyller bästa möjliga teknik, enligt den kunskap som finns idag. Även torrläggning av naturfårar bedöms få negativa effekter på förutsättningarna att uppnå god ekologisk status och ska därför förhindras

EU-domstolens dom i mål C 461/13 den s.k. Weserdomen innebär att domstolarna är skyldiga att i den enskilda prövningen neka tillstånd om det föreligger en risk för försämring av statusen, alternativt ställa så stränga krav att sådan risk utesluts. Med ”försämring av status” avses en försämring på kvalitetsfaktornivå. Så snart statusen hos en enskild kvalitetsfaktor

riskerar att försämrats med en klass ska det alltså bedömas som en icke tillåten försämring, även om statusen som helhet inte påverkas. I motsats till vad sökanden framfört tydliggör alltså Weserdomen att det inte bara är genom åtgärdsprogrammen som åtgärder ska genomdrivas för att uppnå miljökvalitetsnormerna. Tillståndsmyndigheterna har en skyldighet att i enskilda prövningar tillse att nödvändiga skyddsvillkor föreskrivs för att miljökvalitetsnormerna ska kunna följas. Havs- och vattenmyndigheten anser att detta även måste beaktas i nu aktuella ansökan om lagligförklaring.

Många har analyserat EU-domen (se text borttagen uppgift enligt GDPR) och alla är eniga om att svensk lagstiftning behöver ändras för att efterleva skyldigheterna i direktivet. Fram tills att så sker har domstolarna att antingen ge direktivets bestämmelser direkt effekt alternativt tillämpa befintlig svensk lagstiftning i ljuset av EU-domstolens dom, så att EU-domens slutsatser och EU-rättens företräde får genomslag.

Natura 2000 och riksintresse naturvård

Berört område omfattas av riksintresse för naturvården (NRO08017) enligt 3 kap. 6 § miljöbalken. I registerbladet för riksintresset (se bilaga 3) anges att Emån är sydöstra Sveriges största vattendrag med ca 30 fiskarter, bl.a. ursprungliga bestånd av havsöring och lax samt den akut hotade malen. Såsom förutsättningar för bevarande anges bland annat att öring och lax, genom lämpliga åtgärder, bör ges möjligheter till längre vandringar uppför ån.

Naturvärdena i vattendraget är så höga att ett Natura 2000-område (SE0330160) har bildats i och utmed ån. Särskilt utpekade naturtyper och arter är Naturligt eutrofa sjöar med nate- eller dybladsvegetation, Naturliga större vattendrag av fennoskandisk typ, Vattendrag med flytbladsvegetation eller akvatiska mossor, flodpärlmussla, tjockskalig målarmussla, lax, asp, nissöga, stensimpa och utter. I bevarandeplanen för området (se bilaga 4) anges vattenreglering och vandringshinder i form av dammbyggnationer som verksamheter som kan påverka naturtyperna och arterna negativt. Det framkommer att en tät serie kraftverksdammar, varav Blankaström idag är nummer fem från havet räknat, hindrar fisk att nå stora ursprungliga lek- och uppväxtområden i ån och dess biflöden. Det framkommer att åtminstone så mycket som 65 000 m² lek- och uppväxtområden för laxfisk finns uppströms Blankaström. Såsom mål anges i bevarandeplanen bland annat att vattenlevande organismer ska ha fria naturliga vandringsvägar och att havsvandrande fisk ska kunna nå upp till Jönköpings län där en väsentlig andel av de 65 000 m² lek- och uppväxtområden finns.

För berörda livsmiljöer och arter gäller att gynnsam bevarandestatus ska uppnås. Vad som avses med gynnsam bevarandestatus för en livsmiljö respektive art anges i 16 § förordningen (1998:1252) om områdesskydd.

Utvecklingen av de havsvandrande bestånden av lax och öring och åtgärderna för en god konnektivitet i Emån är än så länge inte tillräckliga för att gynnsam bevarandestatus kan anses vara uppfyllt.

Enligt Naturvårdsverkets vägledning för Natura 2000-naturtypen "Vattendrag med flytbladsvegetation eller akvatiska mossor" (se bilaga 5) så utgör konnektivitet (fria vandringsvägar och flöde) i vattendraget en av de viktiga strukturerna och funktionerna. Vattenreglering med tillhörande fragmentering/vandringshinder anges som en särskild hotbild för naturtypen. Enligt Naturvårdsverkets vägledning för arten lax (se bilaga 6) anges bland annat att skador vid både vuxen fisk och smolts nedströmsvandring förbi vattenkraftverk utgör en hotbild.

Havs- och vattenmyndigheten anser att domstolen, genom att godta en separat prövning av lagligförklaringen i detta fall, inte kunnat göra en bedömning av huruvida den samlade verksamheten riskerar att motverka uppnåendet av gynnsam bevarandestatus och därmed inte uppfyller de krav som följer av art- och habitatdirektivet. Även detta visar på olämpligheten i att dela upp prövningen på det sätt som nu gjorts. Av än större vikt blir då att föreskriva villkor som säkerställer att lagligförklaringen inte medverkar till att gynnsam bevarandestatus eller miljö kvalitetsnormerna god ekologisk status 2021 inte kan nås.

Bästa möjliga teknik

Sökanden har föreslagit en lösning från en ca 13 år gammal utredning av konsulten Fiskevårdsteknik AB. Samma konsult har på uppdrag av Havs- och vattenmyndigheten tagit fram ett reviderat och miljömässigt förbättrat förslag, baserat på dagens kunskap om bästa möjliga teknik och lämpliga försiktighetsmått. Sökanden valde ändå att yrka att den gamla lösningen skulle fastställas som skyddsvillkor, vilket den gjorde i mark- och miljödomstolens dom.

I nedre delen av Emån är det relativt glest med strömsträckor. Varje strömsträcka, bedöms som viktiga för att strömvattenberoende fauna i nedre Emån ska kunna bevaras och sprida sig i enlighet med dagens kunskap om grön infrastruktur. Detta gäller även naturfåror vid kraftverk, åtminstone dem på hundratals meter. Ett kontinuerligt flöde i naturfåran vid Blankaström bedöms som en grundförutsättning för att miljö kvalitetsnormerna ska kunna följas och gynnsam bevarandestatus uppnås på sikt. Samtidigt, vilket är av avgörande betydelse i detta mål, är en

fullgod fiskpassage upp- och nedströms avhängig hur flödena fördelas mellan kraftverk, naturfåra och fiskpassager.

Vad som framhålls om miljökvalitetsnormer, konnektivitet, gynnsam bevarandestatus och vikten av fungerande upp- och nedströmsvandring bör enligt Havs- och vattenmyndighetens bedömning resultera i krav på mycket väl fungerande passager för både upp- och nedströmsvandring i enlighet med dagens kunskap om bästa möjliga teknik. För att de relativt omfattande lek- och uppväxtområdena uppströms Blankaström ska medföra ett betydande tillskott av utvandrande smolt till havet och för att huvuddelen av den lekvandrande fisken, utan skada eller fördröjning, ska kunna vandra mellan havet och lekområdena krävs en hög total effektivitet för både upp- och nedströmspassage. Det finns passagelösningar som givit en total passageeffektivitet på över 90 % både upp- och nedströms. Dessutom rekommenderar forskarna att fördröjningen av laxfiskens uppströmsvandring begränsas till maximalt tre dygn vid ett hinder, se HaV:s rapport 2013:14¹. Detta för att inte försvåra att lekfisken hinner nå de längst uppströms belägna lek- och uppväxtområdena innan leken. Av ovan nämnd rapport framgår att lekvandrande lax generellt söker efter den kraftigaste vattenströmmen och att denna ofta finns nedom turbinerna. Det framkommer också att multipla fiskvägar för uppströmsvandring rekommenderas där arter med olika beteende behöver vandra eller där andra svårigheter att finna fiskvägen råder. Det framhålls också lockvattnets betydelse och att detta bör utgöra 6-23 % av vattenföringen på platsen. Dessutom finns behov för värdfiskarna för flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla att oskadade kunna passera dammar och kraftverk för att på så sätt effektivt sprida mussellarverna mellan olika uppväxtområden. Dessa värdfiskar består av öring- och laxungar på under 15 cm samt. Det är alltså inte bara smolt som behöver kunna vandra nedströms förbi kraftverket. Den tjockskaliga målarmusslan är, enligt de bedömningar som forskarna gjort, beroende av värdfiskar såsom löja, mört, lake, färna, elritsa, sarv, stensimpa och abborre. Dessa måste också kunna passera kraftverket utan att skadas i turbinerna. Tjockskalig målarmussla har ett särskilt starkt skydd enligt artskyddsförordningen (2007:845) och utgör en N-art enligt 4 § i denna förordning.

I Mark- och miljööverdomstolens dom den 18 oktober 2011 i mål M 9756-10 gällande tillstånd till Ålanda kraftverk ställdes krav på en spaltvidd om 15 mm, främst med hänsyn till ålen. Havs- och vattenmyndigheten bedömer att behovet att ställa krav på mindre spaltvidd än 18 mm till och med är än mer angeläget i Emån än i Ålanda ström. Detta med anledning av de många olika fiskarterna med vandringsbehov, särskilt smolten och värdfiskarna för stormusslorna i ån.

¹ Havs- och vattenmyndighetens rapport (2013:14) ”Anordningar för upp- och nedströmspassage av fisk vid vattenanläggningar”

De tester med alfagaller, med en spaltvidd på 18 mm, som utförts vid Finsjö i Emån, har visserligen fungerat relativt väl för öringsmolt men större fisk har till låg andel lockats in i avledningsanordningen (borttagen uppgift enligt GDPR muntligen, maj 2015). I den avledningsanordningen var dock flödet så lågt som 150-200 l/s vilket minskar sannolikheten för större fisk att anlockas. Noteras bör också att laxsmolt, som måste kunna vandra oskadade nedströms, ofta är något mindre än den öringsmolt som användes i försöken vid Finsjö.

I Havs- och vattenmyndighetens ovan nämnda rapport framgår exempelvis på sidan 52 att normalt mellan 2-10 % av kraftverkets slukförmåga bör tappas genom nedströmspassagen. Att detta intervall är vad som funnits lämpligt vid forskningsbaserade undersökningar runt om i världen har verifierats av svenska ledande forskare på området (borttagen uppgift enligt GDPR muntligen, april 2015). Mark- och miljödomstolens nu överklagade dom fastställer ett flöde på 0,2 m³/s till nedströmspassagen vid Blankaströms vattenkraftverk. Detta motsvarar endast ca 0,5 % av det flöde som i dagsläget leds in i kraftverket. Dessutom kommer behovet av att erbjuda en säker nedströmspassage för utlekt lax och havsöring att öka när lekområdena uppströms nås. Därför är det angeläget att beakta Fiskevårdsteknik AB, (borttagen uppgift enligt GDPR) s förslag, att minst 0,5 m³/s bör gå genom avledningsanordningen. De senaste erfarenheterna från utvärderingen av betagaller med avledningsanordningen vid Hertings kraftverk i Ätran (se länk nedan, ²) visar att den där använda tekniken med betagaller, med en spaltvidd om 15 mm och ett flöde i avledningsanordningen på 0,6 m³/s, inte bara fungerar bra för smolt, utan även för utlekt lax och öring som ska vandra åter till havet. En avledningseffektivitet, med avseende på utlekt stor fisk, på 96 % erhöles då.

Funktionen med avseende på nedströmsvandring beror av en kombination av gallerlösning och hydrauliska förutsättningar. I vissa fall kan därför 18 mm spaltvidd fungera relativt väl för vissa storlekar av smolt. De hydrauliska förhållandena kan dock vara svåra att förutspå helt i detalj när det gäller Blankaströms vattenkraftverk och försiktighetsprincipen är mycket viktig att beakta, särskilt i så värdefulla vatten som Emån.

I tabell 5 i ovan nämnda rapport 2013:14 framgår att både öring och lax har en bredd som utgör 10 % av dess längd. För att helt säkert förhindra en smolt på 15 cm att passera genom gallret in i turbinerna, krävs då en spaltvidd på maximalt 15 mm. Den tjockskaliga målarmusslans värdfiskar, såsom löja, mört och färna (bredden utgör 10-11 % av längden), har vid elfisken i Emån haft en medellängd på <150 mm (se bilaga 8). Med hänsyn till försiktighetsprincipen, och att många av de ovan nämnda fiskarterna

² <https://www.havochvatten.se/hav/vagledning--lagar/vagledningar/provning-och-tillsyn/dammar-och-vattenkraftverk/nya-ron-om-basta-mojliga-teknik-for-vattenkraften.html>

obehindrat måste kunna passera kraftverket oskadade, så delar Havs- och vattenmyndigheten Fiskevårdstekniks bedömning. Spaltvidden bör således inte överstiga 15 mm och flödet i fiskavledningsanordningen bör vara minst 0,5 m³/s. Då finns goda förutsättningar för en väl fungerande nedströmsvandring för smolt, stormusslornas värdfiskar, mal, ål och utlekta laxfiskar.

Det enda expertunderlag som är inlämnat i målet, gällande lämpliga försiktighetsmått för en god ekologisk funktion i naturfåran och en väl fungerande fiskvandring, är Fiskevårdstekniks PM daterat den 7 december 2015 och Jönköpings fiskeribiologs utlåtande i mars 2015. Båda experterna rekommenderar en provtappning och gör den preliminära bedömningen att en provtappning mellan flöden om LLQ och MLQ, naturlig, bör göras och att behovet för ekosystemet sannolikt ligger någonstans däremellan. Havs- och vattenmyndigheten vill i sammanhanget påpeka att sökanden och mark- och miljödomstolen tycks ha utgått från fel karakteristiska vattenföringar i bedömningsarbetet. I domen står att medellågvattenföring (MLQ) är 2,0 m³/s och medelvattenföring (MQ) är 24 m³/s. Vid närmare eftersökning har Havs- och vattenmyndigheten funnit att SMHI, på vattenweb, anger att MLQ naturlig är 7,38 m³/s och MLQ, stationskorrigerad är 7,81 m³/s (se utdrag i bilaga 7). Det är osäkert om de felaktiga vattenföringsuppgifterna haft betydelse vid mark- och miljödomstolens bedömning i målet.

Havs- och vattenmyndigheten vill också hänvisa till Mark- och miljödomstolen vid Växjö tingsrätts dom 2014-08-28 (M 4315-13) gällande Tararps vattenkraftverk, i vilken en minimitappning på 170 l/s fastställdes för naturfåran. Detta motsvarade ca 8,5 % av kraftverkets slukförmåga som är 2 m³/s. Här kan också nämnas Mark- och miljööverdomstolens dom den 27 mars 2013 gällande borttagen uppgift enligt GDPR (M 2227-12). I det fallet, i likhet med här överklagad dom, hade sökanden inte presenterat någon särskild utredning som visade vilka behov av minimitappning i naturfåran som fanns. I den sistnämnda domen fastställde domstolen en minimitappning om medellågvattenföring, naturlig, i naturfåran.

Trots ovan angivna expertunderlag gällande behoven av miljöhänsyn går mark- och miljödomstolen i den nu överklagade domen emot expertisens rekommendationer, som sker med stöd av dagens kunskap gällande bästa möjliga teknik. Domstolen beaktar inte, vilket är allvarligt, att fiskpassagers funktion är starkt beroende av flödesfördelning och anlockningsförmåga. För att säkerställa en god passageeffektivitet krävs enligt Havs- och vattenmyndigheten att en helhetslösning tas fram som beaktar de vattenhushållningsbestämmelser som ska gälla för anläggningen. Återigen visas på olämpligheten av att godta en prövning av enbart frågan om lagligförklaring i nu aktuella fall.

Samlad bedömning

Om lagligförklaring och frågan om tillstånd till verksamheten inte hanteras samlat riskerar en icke ändamålsenlig lösning för fiskpassager att fastställas. Vattenhushållningsbestämmelserna är av avgörande betydelse för att kunna bedöma om skyddsvillkoren är tillräckliga för att nå gynnsam bevarandestatus och följa miljö kvalitetsnormerna god ekologisk status 2021. Här bör särskilt noteras att gynnsam bevarandestatus för naturtypen "Vattendrag med flytbladsvegetation och akvatiska mossor" förutsätter att god ekologisk status enligt vattenförvaltningen nås. Domstolen har enligt Havs- och vattenmyndighetens mening inte tagit tillräcklig hänsyn till de av experterna framtagna underlagen gällande de ekologiska behoven i naturfåran och bästa möjliga teknik för att erhålla väl fungerande fiskpassager. Detta försvårar både uppfyllandet av gynnsam bevarandestatus för utpekade arter och naturtyper i Natura 2000-området liksom uppfyllandet av god ekologisk status i naturfåran och omgivande vattenförekomster. Om den av mark- och miljödomstolen tillåtna otillräckliga lösningen för fiskpassage och ekologisk funktion i naturfåror godtas i fler liknande fall i Emån, bedöms detta medföra en påtaglig skada på naturmiljön i riksintresseområdet.

Mot bakgrund av ovanstående yrkar HaV i första hand att mark- och miljödomstolens dom upphävs och ansökan avvisas alternativt avslås.

För det fall domstolen anser att lagligförklaring kan ske, yrkar Havs- och vattenmyndigheten att villkor föreskrivs i enlighet med myndighetens andrahandsyrkande.

Skäl för prövningstillstånd

Havs- och vattenmyndigheten anser att prövningstillstånd ska meddelas då det finns anledning att betvivla riktigheten av det domslut som mark- och miljödomstolen har kommit till. Det är dessutom inte möjligt att, utan prövningstillstånd, bedöma riktigheten av domstolens dom. Bedömningen av anläggningens förenlighet med miljö kvalitetsnormerna för vatten framgår inte. Det finns även anledning att betvivla riktigheten när det gäller beslutad minimitappning i naturfåran. Enligt praxis har det ansetts som rimlig naturvårdshänsyn att medellågvattenföring utgör minimitappning i en naturfåra. Den nu överklagade domen innebär även att kravet på bästa möjliga teknik inte efterlevs.

Det är vidare av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt. Det är av vikt att få prövat vad som gäller när domstolen går emot expertisens rekommendationer utifrån den senaste kunskapen om bästa möjliga teknik för vattenkraften, särskilt då det kan leda till skada på ett redan påverkat Natura 2000-område och

riksintresseområde för naturvården samt riskera att miljökvalitetsnormerna inte följs.

Beslut om detta yttrande har fattats av avdelningschefen Björn Sjöberg efter föredragning av utredaren Niklas Egriell. I den slutliga handläggningen av ärendet har även deltagit enhetschefen Ann Lundström, verksjuristen Jenny Liökel och utredaren Anders Skarstedt.

Björn Sjöberg

Niklas Egriell

Bilagor

1. PM 2015-12-07 av Fiskevårdsteknik AB
2. Exempel, utdrag ur VISS för SE634934-150674
3. Registerblad för Emåns riksintresse för naturvården
4. Bevarandeplanen för Emåns Natura 2000-område i Kalmar län
5. Naturvårdsverkets vägledning gällande ”Mindre vattendrag”
6. Naturvårdsverkets vägledning gällande lax
7. Utdrag från SMHI:s Vattenweb med karakteristiska vattenföringar vid Blankaström.
8. Storleksfördelning för potentiella värd fiskar för tjockskalig målarmussla. SLU, sammanställning 2016-05-02.