

Referat av MÖD:s dom den 12 juni 2018 i mål M 5186-17 gällande anpassad tappning i Mölndalsån

MÖD konstaterar i en ny dom att de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna inte får försämrats.

MÖD tydliggör att vattendirektivets krav på att vattenstatus inte får försämrats (icke försämrings-kravet) gäller på kvalitetsfaktornivå, oavsett vilken kvalitetsfaktor det är fråga om. MÖD delar alltså inte mark- och miljödomstolens bedömning att det endast är försämringar av "bärande kvalitetsfaktorer" (biologiska eller fysikalisk-kemiska) som ska tillmätas betydelse. Även försämringar av någon av de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna är att anse som otillåtna.

Underinstansen, Mark- och miljödomstolen i Vänersborg konstaterade i en dom den 12 maj 2017 (M 900-13) att EU domstolens slutsatser om att icke försämrings-kravet gäller på kvalitetsfaktornivå, inte ska tillämpas för de hydromorfologiska faktorerna, såvida det inte också kan konstateras att någon av de biologiska (eller fysikalisk-kemiska) kvalitetsfaktorerna försämrats med en klass. Detta eftersom de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna endast har en *stödjande* roll vid bedömningen av den samlade (ekologiska) statusen.

Ett liknande resonemang fördes även av MÖD i målen gällande Lasele och Långbjörn kraftverk (dom den 21 april 2017, mål M 2650-16, M 2649-16).

Detta synsätt ansåg **HaV** vara i strid med slutsatserna i Weserdomen. I ett yttrande till MÖD framförde HaV att myndigheten tolkar Weserdomen på så sätt att bedömningen av vad som ska anses vara en "försämring av status" ska göras på kvalitetsfaktornivå, oavsett vilken kvalitetsfaktor det är fråga om. Det saknas stöd i Weserdomen för tolkningen att "försämring av status" bara skulle träffa de biologiska kvalitetsfaktorerna. Sker en försämring av någon av de hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna med en klass, är den försämringen således att betrakta som otillåten. När det däremot gäller hydromorfologins roll i *sammanvägningen*, dvs när man bedömer den samlade (ekologiska) statusen enligt 2 kap 2 § i HaV:s föreskrifter (HVMFS 2013:19), då har dessa kvalitetsfaktorer en "stödjande roll". Det innebär helt enkelt att de hjälper till att upprätthålla ett visst tillstånd för biologin. Den stödjande rollen får enligt HaV:s bedömning betydelse först vid sammanvägningen av den samlade (ekologiska) statusen och inte vid bedömningen av försämring.

De hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna ska spegla de biologiska, på så sätt att om en hydromorfologisk kvalitetsfaktor försämrats ska detta även leda till en effekt i biologin. De hydromorfologiska kvalitetsfaktorerna finns alltså som stöd för de biologiska faktorerna. Med "stöd" menas att de hydromorfologiska förhållandena ska göra det möjligt att uppnå en viss status för biologin (se närmare i bilaga V avsnitt 1.2 i vattendirektivet). God status för hydromorfologin är således en förutsättning för att god status för biologin ska kunna nås men även upprätthållas.

Mark- och miljööverdomstolen uttalar nu i sin dom bl.a. följande. Weserdomen kan inte tolkas på annat sätt än att varje försämring av en kvalitetsfaktor, oavsett vilken kvalitetsfaktor det är fråga om, med minst en klass är otillåten. MÖD delar alltså inte mark- och miljödomstolens bedömning att det endast är försämringar av för statusbedömningen "bärande kvalitetsfaktorer" som ska tillmätas betydelse.

I sakfrågan delar MÖD HaV:s slutsats att den aktuella vattenförekomstens morfologiska tillstånd i dagsläget har god status och att det stödjer ekosystemet så att de biologiska kvalitetsfaktorerna kan ha god status. MÖD instämmer vidare i HaV:s bedömning att statusen, efter genomförda planerade åtgärder, kommer försämrats till måttlig. Enligt MÖD:s bedömning har sökanden inte visat att åtgärderna kan genomföras utan att kvalitetsfaktorn morfologiskt tillstånd försämrats med en klass. Med utgångspunkten att varje försämring av en kvalitetsfaktor är otillåten innebär det att tillstånd till sökta åtgärder skulle stå i strid med de krav som följer av vattendirektivet, om inte förutsättningarna för undantag enligt artikel 4.7 i direktivet (jmf 4 kap 11 § vattenförvaltningsförordningen) är uppfyllda.

Därefter gör MÖD en bedömning av om kriterierna för ett sådant undantag är uppfyllda. Eftersom domstolen, med nu gällande rätt, inte har möjlighet att i en enskild prövning tillämpa bestämmelsen i 4 kap 11 § vattenförvaltningsförordningen använder sig domstolen istället av rimlighetsavvägningen i 2 kap 7 § första stycket miljöbalken. Vid den bedömningen kommer domstolen fram till att kriterierna för undantag enligt art 4.7 i vattendirektivet är uppfyllda och tillstånd kan därmed meddelas till sökta åtgärder. MÖD gör en ytterligare koppling till direktivets krav genom att i domskälen påpeka att det ankommer på vattenmyndigheten att i aktuell förvaltningsplan nu redogöra för anledningen till att tillstånd givits.

Med kommande lagstiftning (prop. 2017/18:243) blir kopplingen mellan reglerna om undantag och tillståndsprövningarna av enskilda projekt tydligare. Prövningsmyndigheterna kommer att få tillgång till nya bestämmelser som reglerar detta, istället för att behöva använda utrymmet i 2 kap 7 § miljöbalken. MÖD:s dom visar dock hur prövningsmyndigheterna kan agera fram till dess att ny lagstiftning trätt i kraft och eventuella övergångsbestämmelser slutat att gälla.