



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060202

DOM
2016-04-01
Stockholm

Mål nr
M 7539-15

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Vänersborgs tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2015-08-12 i mål nr M 4524-14, se bilaga A

KLAGANDE

1. Länsstyrelsen i Hallands län
301 86 Halmstad
2. Sveriges Sportfiske- och Fiskevårdsförbund
S

Ombud: föreningsjuristen T B

3. Älvräddarnas Samorganisation

Ställföreträdare: C B

MOTPART

Y R

SAKEN

Föreläggande om att söka tillstånd till vattenverksamhet vid Horsabäcks kvarn på fastigheten X i Laholms kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

1. Mark- och miljööverdomstolen avslår Y Rs begäran om syn.
2. Mark- och miljööverdomstolen avslår Älvräddarnas Samorganisations begäran om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.
3. Med ändring av mark- och miljödomstolens dom fastställer Mark- och miljööverdomstolen Länsstyrelsens i Hallands län beslut den 10 november 2014, dnr 535-130-13, med den ändringen att ansökan ska ges in till mark- och miljödomstolen senast den 2 oktober 2017.

Dok.Id 1246587

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 50 E-post: svea.avd6@dom.se www.svea.se	08-561 675 59	måndag – fredag 09:00-15:00

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Länsstyrelsen i Hallands län (länsstyrelsen), **Sveriges Sportfiske- och Fiskevårdsförbund** (Sportfiskarna) och **Älvräddarnas Samorganisation** (Älvräddarna) har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva mark- och miljödomstolens dom och fastställa länsstyrelsens beslut.

Sportfiskarna har i andra hand yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva mark- och miljödomstolens dom och återförvisa målet till länsstyrelsen för fortsatt handläggning.

Älvräddarna har vidare yrkat att Mark- och miljööverdomstolen, för det fall domstolen inte anser att det går att avgöra huruvida urminnes hävd står i strid med EU-rätten, inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen.

Y R har motsatt sig ändring. Hon har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska hålla syn.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Länsstyrelsen har anfört i huvudsak följande. I regleringsbrevet 2012 fick länsstyrelserna i uppdrag att utöva utökad tillsyn enligt miljöbalken av vattenverksamheter med fokus på kraftverk, dammar och vattenreglering. Länsstyrelsen i Hallands län prioriterade därefter ett antal vattenanläggningar och vattenverksamheter för vidare tillsynsinsatser. Den nu aktuella anläggningen, Horsabäcks kvarn, ligger i Smedjeån, vilken har pekats ut som ett särskilt värdefullt vattendrag ur nationellt perspektiv av både Naturvårdsverket och av dåvarande Fiskeriverket (sträckan Ränneslöv-Hishult). Ån utgör en viktig livsmiljö för ett antal hotade arter som t.ex. havsnejonöga och ål. Länsstyrelsen valde därför ut Smedjeån och de tillståndslösa vattenanläggningarna där för sina tillsynsinsatser inom ramen för uppdraget enligt regleringsbrevet. Valet gjordes i syfte att få till stånd relevanta villkor

och regleringar vid kraftverken så att fortsatta skador på fisk- och naturvårdsintressen knutna till ån ska kunna motverkas och begränsas.

Länsstyrelsen bedömer med ledning av bl.a. Mark- och miljööverdomstolens domar i mål nr M 6301-13 (Lövdala kvarn) och M 7192-14 (Skogsbo kraftverk) att avledning av vatten för turbindrift utgör tillståndspliktig vattenverksamhet. Den verksamhet som bedrivs vid anläggningen kan inte anses laglig eftersom det inte är styrkt att urminnes hävd kan åberopas. Härav torde följa att verksamheten ska bli föremål för en tillståndsprövning enligt 11 kap. miljöbalken. Länsstyrelsen delar mark- och miljödomstolens uppfattning att vattenverksamheten inte kan anses laglig då den intermittenta vattenbortledningen för kvarnverksamheten ersatts med en mer kontinuerlig turbindrift. Länsstyrelsen delar dock inte uppfattningen att en domstolsprövning framstår som föga angelägen med anledning av att en fiskväg, som på lösa grunder anses fullt fungerande, redan finns på platsen. Ett sådant ställningstagande innebär att tillsynsmyndigheten inte har möjlighet att få en verksamhet prövad och miljökonsekvenser utreda på ett betryggande sätt, trots att verksamheten är konstaterad olaglig. Inga villkor eller regleringar finns att utöva tillsyn över. Mark- och miljödomstolen har genom sin dom föregripit en tillståndsprövning och därutöver, helt utan prövning, lagligförklarat anläggningen och verksamheten. Vad gäller dämmets laglighet vidhåller länsstyrelsen sin bedömning att bevisningen inte är tillräcklig för att styrka ett påstående om urminnes hävd, dvs. om hur förhållandena var före den 1 januari 1882. Verksamhetsutövaren bedriver tillståndspliktig vattenverksamhet utan tillstånd och det finns fog för ett föreläggande om att ansöka om tillstånd. Det behövs ett klagande av den principiellt viktiga frågan om på vilket sätt tillsynsmyndigheten ska kunna bedriva sin tillsyn så att risken för skador på allmänna och enskilda intressen motverkas.

Sportfiskarna har anfört i huvudsak följande. Det saknas skäl att tolka rättsverkan av urminnes hävd på annat sätt än rättsverkan av privilegiebrev som den uttolkats i rättsfallet MÖD 2012:26. Tvärtom bör det finnas goda skäl att tolka en rätt baserad på urminnes hävd som ännu längre från ett tillstånd enligt 5 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, eftersom urminnes hävd bygger på en av andras passivitet given rättighet medan privilegiebrev bygger på ett aktivt beslut av statsmakt. Vidare

omfattar ett tillstånds rättskraft endast vad som prövats i domen eller beslutet. En förutsättning för att hävda rättskraft är därmed att en tillståndsprövning som sätter ramarna för rättskraften genomförts. Vid urminnes hävd, ännu mindre än vid utfärdande av privilegiebrev, har det skett någon sådan prövning. Själva innebörden av ordet tillstånd, som det tolkas med normalt språkbruk, samt de rättshandlingar som krävs för att ett sådant ska uppstå, är inte förenligt med institutet urminnes hävd. Urminnes hävd bör därmed inte anses vara en med tillstånd jämförbar rättighet enligt 5 § MP. Då nationell rätt inte ger något entydigt svar bör en fördragskonform tolkning av 5 § MP enligt EU-rätten innebära att urminnes hävd inte ska anses vara ett med tillstånd jämförbar rättighet. Om Mark- och miljööverdomstolen skulle komma till slutsatsen att urminnes hävd är att jämföra med ett tillstånd enligt motsvarande bestämmelser i 5 § MP är kriterierna för urminnes hävd ändå inte uppfyllda i detta fall. Då delar av anläggningen har ändrats under de senaste 100 åren och verksamheten inte är densamma i dag som före 1882 är kriterierna för urminnes hävd inte uppfyllda. En berättigad förväntan från verksamhetsutövaren att få fortsätta driva sin verksamhet på visst sätt kräver rättskraftigt tillstånd. Då det inte finns något rättskraftigt tillstånd finns inte någon för den enskilde berättigad förväntan att få fortsätta driva sin verksamhet på visst sätt. Länsstyrelsens föreläggande kan därför inte anses alltför ingripande.

Älvräddarna har anfört i huvudsak följande. Ett tillstånd i nutida mening innebär någon form av prövningsprocess och beslut som fästs på papper. Av bland annat det skälet kan inte urminnes hävd jämföras med en rättighet enligt 5 § MP. Frågan om urminnes hävd ska anses vara en med tillstånd likvärdig rättighet ges inget svar i förarbetena till miljöbalken eller MP. Enligt rättsfallen MÖD 2012:26–28 kan inte ens privilegiebrev jämföras med ett tillstånd enligt miljöbalken. Ett privilegiebrev har utfärdats av Kunglig majestät en gång i tiden. Urminnes hävd är däremot baserat på en numera upphävd bestämmelse i 1734 års lag. Urminnes hävd kan än mindre än ett utfärdat privilegiebrev sägas motsvara ett tillstånd enligt miljöbalken. För att den nationella rätten inte ska vara ett hinder för de åtaganden som följer av EU-fördraget måste den tolkas EU-konformt. Skulle urminnes hävd jämföras med ett rättskraftigt tillstånd blir konsekvensen att Sverige inte kan följa de krav som ställs av EU eftersom de två rättsliga åtgärder som kan användas mot en verksamhet där rättskraften vilar på urminnes hävd, omprövning och återkallelse, inte är möjliga att faktiskt tillämpa.

Mark- och miljödomstolens beslut att felaktigt slå fast att urminnes hävd är en med ett rättskraftigt tillstånd jämförbar rättighet står i strid med förhandsavgörande från EU-domstolen, eftersom någon prövning inte har skett av hur verksamheten påverkar statusklassningen eller underliggande kvalitetsfaktorer enligt ramvattendirektivet. Mark- och miljööverdomstolen bör göra en EU-konform tolkning av 5 § MP genom att slå fast att urminnes hävd inte är en med tillstånd jämförbar rättighet. Även om urminnes hävd skulle vara att jämföras med ett rättskraftigt tillstånd enligt miljöbalken kan det inte tillämpas i förevarande fall. Den ändrade vattenhushållningen gör att verksamheten inte kan sägas vara densamma som år 1882, vilket gör att urminnes hävd inte kan åberopas. Förutsättningen för urminnes hävd, dvs. att anläggningen inte har ändrats sedan 1882, är därmed inte uppfylld.

Y R har anfört i huvudsak detsamma som i underinstanserna och tillagt bl.a. följande. Såväl anläggningarna som verksamheten är lagliga och vilar på urminnes hävd. Mark- och miljödomstolen har funnit att dämme och anläggningshöjd är lagliga. Även den fortgående vattenverksamheten ska anses omfattad av urminnes hävd. Vattenbortledningen till kraftverket vid elproduktion är i vart fall inte större än vid kvarndrift. För det fall Mark- och miljööverdomstolen inte skulle instämma i hennes uppfattning avseende urminnes hävd, har hon samma åsikt som mark- och miljödomstolen att länsstyrelsens föreläggande får med hänsyn till omständigheterna anses vara för ingripande. Hon uppfyller de miljömässiga krav som kan ställas på verksamheten. Det har inte framkommit att några allmänna intressen träds för när genom skadlig inverkan på miljön av den i vart fall sedan 145 år bedrivna verksamheten vid Horsabäcks kvarn. Dessutom har länsstyrelsen vid sina tillsynsbesök hittills inte funnit skäl att anmärka mot vattenverksamheten utan har tvärtom varit nöjd med sina iakttagelser av vattenföringen. Länsstyrelsen ska inte utan några bärande skäl kunna förelägga en verksamhetsutövare att söka tillstånd för en verksamhet då verksamheten i allt väsentligt ändå genom tillsyn kan följas upp och kontrolleras. Till detta kommer den egenkontroll som åvilar verksamhetsutövaren. En tillståndprocess om vattenverksamhet är förenad med en inte oansenlig kostnad för verksamhetsutövaren. Ett föreläggande måste därför vara miljömässigt motiverat. Länsstyrelsens föreläggande är vid tillämpning av proportionalitetsprincipen alltför ingripande mot henne. För det fall Mark- och miljööverdomstolen inte håller syn utgår

hon från att domstolen har tillgång till de fotografier som mark- och miljödomstolen tog i samband med sin syn.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

I målet finns, genom protokollet från mark- och miljödomstolens syn och övriga handlingar, tillräckligt underlag för den prövning som Mark- och miljööverdomstolen har att göra i detta mål. Syn på platsen behövs därmed inte. Y Rs begäran om syn ska därför avslås.

De anläggningar Y R förfogar över vid Horsabäcks kvarn förutsätts, med hänsyn till den långa tid anläggningen nyttjats, ha tillkommit och brukats med omgivningens godtagande. Mark- och miljööverdomstolen finner dock, i likhet med underinstanserna, att den verksamhet som i dag bedrivs vid Horsabäcks kvarn saknar tillstånd i den mening som avses i miljöbalken. Vid denna bedömning saknas det behov av förhandsavgörande från EU-domstolen i enlighet med Älvräddarnas begäran.

Huvudregeln är att det krävs tillstånd för vattenverksamhet, men i den mån det är särskilt föreskrivet är det tillräckligt att vattenverksamheten anmäls innan den påbörjas (11 kap. 9 § och 9 a § miljöbalken). Sådant tillstånd eller anmälan behövs inte om det är uppenbart att varken allmänna eller enskilda intressen skadas genom vattenverksamhetens inverkan på vattenförhållandena (11 kap. 12 § första stycket miljöbalken). Mark- och miljödomstolen har inte funnit att det är fråga om anmälningspliktig vattenverksamhet eller att undantagsregeln i sistnämnda bestämmelse skulle vara tillämplig.

Eftersom det således är fråga om tillståndspliktig vattenverksamhet som bedrivs utan tillstånd har det funnits fog för att förelägga Y R att ansöka om tillstånd till den framtida driften av vattenkraftverket. Ett sådant föreläggande kan inte anses vara mer ingripande än vad som behövs. I samband med ansökan om tillstånd kan ansökan göras om prövning av anläggningarnas laglighet (17 § MP). Den vattenrättsliga rådigheten till det framrinnande vattnet och den civilrättsliga rätten till dämning torde i allmänhet inte kunna ifrågasättas med hänsyn till anläggningarnas

ålder och att verksamheten inte tidigare har ifrågasatts. Ansökan till mark- och miljödomstolen bör till viss del kunna anpassas härtill och främst inriktas på miljömässiga förhållanden och förslag till villkor som tillgodoser dessa intressen.

Mark- och miljödomstolens dom ska således upphävas och länsstyrelsens beslut fastställas. Tiden för när ansökan ska ha getts in till mark- och miljödomstolen ska dock flyttas fram till den 2 oktober 2017.

Domen får enligt 5 kap. 5 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Lars Borg, Mikael Hagelroth, och Peder Munck, referent, samt tekniska rådet Dag Ygland.

Föredragande har varit Ulrika Agerskans.



VÄNERSBORGS TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2015-08-12

Mål nr M 4524-14

KLAGANDE
Y R

MOTPART
Länsstyrelsen Hallands län
301 86 Halmstad

ÖVERKLAGAT BESLUT
Länsstyrelsens i Hallands län beslut 2014-11-10 i ärende nr 535-130-13, se bilaga 1

SAKEN
Föreläggande om att söka tillstånd till vattenverksamhet vid Horsabäcks kvarn
på fastigheten Laholm Y

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen upphäver länsstyrelsens beslut 2014-11-10 i ärende nr
535-130-13

Dok.Id 288248

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1070 462 28 Vänersborg	Hamngatan 6	0521-27 02 00 E-post: mmd.vanersborg@dom.se	0521-27 02 30	måndag – fredag 08:00-16:00 -

BAKGRUND

Länsstyrelsen i Hallands län förelade den 10 november 2014 Y R att senast den 31 maj 2016 vid mark- och miljödomstolen ansöka om tillstånd till vat-tenverksamhet avseende vattenkraftverket på fastigheten Laholm X med tillhörande damm i outrett vattenområde.

YRKANDEN M.M.

Y R har yrkat att länsstyrelsens föreläggande ska undanröjas och ärendet eventuellt återförvisas till länsstyrelsen för ny prövning.

Länsstyrelsen har bestritt ändring.

Y R åberopat vad hon anfört i länsstyrelsen samt har anfört bl.a. följande till utveckling av sin talan.

Det framgår inte på något sätt att länsstyrelsen beaktat hennes bemötanden och nya uppgifter i en andra skrivelse till länsstyrelsen. Hon vet därför inte länsstyrelsens inställning till vad hon framfört och att hon är hänvisad att få argumenten prövade först i andra instans. Hon hade muntligt anstånd att yttra sig till den 7 november 2014 och föreläggandet är daterat första arbetsdagen därefter. Det är inte lämpligt att bristen ska läkas genom skriftväxlingen i andra instans med hänsyn till att det fordras prövningstillstånd för att få saken prövad i nästa domstolsinstans. Vidare utesluter såväl utformningen av beslutet i föreläggandet som vad länsstyrelsen anför i sin motivering till beslutet möjligheten att ansöka om lagligförklaring av vattenanläggningen. En sådan ändring bör ske i första instans.

Vidare ska föreläggandet undanröjas på den grunden att hon med tillräcklig säkerhet visat att verksamheten kan bedrivas med stöd av urminnes hävd och därmed omfattas av 5 § införandelagen och att verksamheten till följd härav har rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken och således är att jämställa med en tillståndsgiven verksamhet.

Slutligen ska föreläggandet undanröjas på den grunden att det inte är rimligt att ålägga henne att söka tillstånd till verksamheten, när hon löper risk att utan egen förskyllan göra sig skyldig till brott mot ett till tillståndet kopplat villkor, som är straffsanktionerat, och som hon i vissa lägen saknar faktisk och praktisk möjlighet att följa.

Det är numera klarlagt att urminnes hävd är att jämställa med ett gällande rättskraftigt tillstånd enligt 5 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken (se bl.a. mark- och miljödomstolens avgörande den 19 augusti 2014 i mål nr M 2239-14). Det ankommer på henne att styrka att urminnes hävd föreligger, dvs. att vattenverksamheten inte förändrats efter 1881 med avseende på såväl anläggningen som verksamheten.

Vattenverksamhetsutredningen hänvisar i sitt delbetänkande till den av henne hos länsstyrelsen åberopade kommentaren av Klintberg och anför att när det gäller urminnes hävd föreligger inte något absolut krav på skriftlig dokumentation, utan bevisningen kan fullgöras även genom utredning om att viss vattenhushållning sedan lång tid tillbaka tillämpats vid byggnaden utan invändning från motstående intressen.

Det har bedrivits verksamhet vid Horsabäcks kvarn sedan 1700-talet. Hon vill framhålla det avtal från 1896 som styrker att i vart fall från 1875 har en jordfast sten bestämt dämmningsgränsen. I senare tid har denna dämmningsgräns med modern mätning uttryckts till att vara 60 m. Någon invändning mot dämningen och dammen har inte gjorts i gången tid. Istället har markägaren på andra sidan av ån lämnat sitt medgivande. Dessutom har fiskevårdsområdesföreningen inte haft något att invända mot skibordets krön i vår överenskommelse om anläggning av fiskvägen. Den snickare som 1996 bytte ut delar av dämnet har nu uppgett att min far Robert Rudinsson noga påpekat för honom att dämnet inte på något sätt fick bli högre eller dämna mer än det befintliga dämnet före reparationen. Såväl det tidigare dämnet som det nuvarande är utfört i tjocka ekbrädor, vilket talar för lång hållbarhet. En nära släkting född 1925 och uppväxt på fastigheten, har uppgett att någon reparat-

ion av dämnet inte utfördes 1940. Det är därför troligt att den fotodokumenterade reparationen utfördes vid moderniseringen 1930. Efter 1896 har således dämnet reparerats 1930 och 1996. Vid reparationen 1996 ersattes vissa trästockar i dammen av nya sådana. Det talar för att skibordets krön alltsedan 1875 ligger på samma nivå. Sammanfattningsvis är det med tillräcklig styrka visat att dämnet och därmed den naturliga dammen varit oförändrad i vart fall sedan 1875 och att anläggningen därmed vilar på hävdvunnen rätt som är att jämställa med ett tillstånd och att hon således har rätt att bibehålla dammen i nuvarande skick och att fortsätta att dämna till nivån 60 m. År 1926 ersattes det tidigare vattenhjulet av två turbiner, varav en likströmsturbin. I samband härmed skedde viss ombyggnation. Årsproduktionen vid kraftverket uppgår idag till ca 160 000 kWh.

Före 1882 fanns inte några kraftverk för elproduktion. Den omständigheten att vattenkraften då användes för att driva kvarn och såg och numera för kraftproduktion är enligt de av mig i länsstyrelsen åberopade avgörandena i Högsta domstolen inte något hinder för att anse att den nuvarande vattenbortledningen kan grundas på urminnes hävd. Enligt den av mig i länsstyrelsen åberopade utredningen från 1946 av P. Johanssons Ingenjörbyrå i Växjö fanns vid den tiden installerade två turbiner med en kapacitet om 38 kW samt en mindre turbin för produktion av el. Turbindrift inleddes enligt artiklar 1930. De renoverade turbiner som nu är i drift från 1997 har också utifrån de förhållanden som gäller en kapacitet om 38 kW. Enligt det företag som skötte installationerna 1997 är turbinernas slukförmåga vid maximalt utnyttjande ca 1,6 m³/s. Slukförmågan för de tidigare insatta turbinerna är beräknad något högre. Fallhöjden, mätt utifrån vattenståndet i turbinavloppet vid full drift, ligger enligt 1946 års utredning på 2,95 m. Eftersom skibordet legat på samma höjd i vart fall från 1875, får det antas att de vattenhjul som fanns vid den tiden var anpassade att maximalt utnyttja vattentillgången och att vattenbortledningen var densamma som vid turbindrift. Rätt till nuvarande avledning föreligger enligt urminnes hävd.

I fråga om vattenbortledningens kan konstateras att under perioden oktober till och med april är vattenföringen i ån så stor att varken förr eller nu allt vatten kan tillgodogöras i verksamheten, utan det har varit och är en kontinuerlig avbördning över

skibordet. Under perioden maj - september åberopar hon vad hon anfört till länsstyrelsen. Under denna period kan kraftverket nu vara avstängt i omgångar under ett inte oansenligt antal dagar. Under 2013 var exempelvis kraftverket avstängt ca 60 dagar på grund av ringa tillrinning från Oxhultssjön. Sammantaget visar det anförda att kontinuiteten i vattenbortledningen är i stort densamma sett över dygnet nu som tidigare med det undantaget som jag angivit rörande dagtid under sommaren. Å andra sidan följs rådande praxis rörande vattenhushållning. Det är styrkt att verksamheten har stöd i urminnes hävd.

Det förekommer fiskvandring i Smedjeån; bl.a. av lax. 1996 uppfördes en fiskväg vid anläggningen. Fiskvägen utfördes i samråd med länsstyrelsens fiskeriintendent och var när den byggdes den modernaste i sitt slag.

DOMSKÄL

Frågan om lagligheten av äldre vattenanläggningar och den verksamhet som bedrivs vid sådana är och har varit föremål för en rad processer. Frågan har även behandlats i praxis och i Vattenverksamhetsutredningens betänkande SOU 2013:69. Åsikterna är många och då inte minst när verksamhetsutövaren som grund för att anläggningarna och verksamheten är laglig åberopar urminnes hävd.

Urminnes hävd är ett institut som förekommer i tidigare lagstiftning (1734 års jordabalk). Grunden för urminnes hävd är en lång och obestridd (okvald och ohindrad) besittning. Den som med äganderätt hävdat ett område under lång tid kan således åberopa urminnes hävd. Enligt fast praxis krävs att hävden utövats i minst 90 år (motsvarande två mansåldrar) för att urminnes hävd ska kunna göras gällande. Institutet urminnes hävd utmönstrades genom 1972 års jordabalk, men sådan urminnes hävd som då förelåg är fortfarande giltig.

Reglerna om urminnes hävd återfanns, som angetts ovan, i jordabalken, vilken lagstiftning främst tar sikte på grannelagsrättsliga förhållanden. Vidare ligger i sakens natur att urminnes hävd inte uppkommer till följd av någon domstols- eller myndighetsprövning. Det kan därför hävdas att urminnes hävd inte utgör en sådan

rättighet som kan åberopas gentemot det allmänna och inte heller omfattas av 5 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken (MP; enligt vilken bestämmelse tillstånd m.m. som meddelats före miljöbalkens ikraftträdande ska fortsätta att gälla och anses meddelade med stöd av motsvarande bestämmelser i miljöbalken).

Sådana synpunkter har även framförts i doktrinen (se bl.a. Christina Olsen Lund: Tvenne gånger tvenne ruttna gärdesgårdar (CERGU 2013) och Kammarkollegiets PM, Frågor angående institutet urminnes hävd och dess betydelse i ljuset av miljöbalkens bestämmelser, den 18 december 2012). Även motsatta åsikter har emellertid framförts (se bl.a. Rolf Strömberg: Vattenlagen med kommentar, 1984, s. 360 och Lennart af Klintberg: Om byggande i vatten enligt 2,3 och 5 kap. Vattenlagen, 1955, s. 173 f.)

Åsikten att urminnes hävd är en rättighet som kan jämföras med ett tillstånd har fått gensvar i rättspraxis. Bedömningen får anses ha visst fog för sig då det är rimligt att ge det enskilda intresset företräde då det föreligger osäkerhet beträffande rättsläget. De rättsfall som f.n. får anses vägledande beträffande urminnes hävd (och privilegiebrev) är Mark- och miljööverdomstolens domar den 19 april 2012, MÖD 2012:26 – 28. Ledning kan även hämtas bl.a. från rättsfallen rörande Lövdala kvarn (M 6301-13), Blomfors kraftverk (MÖD 2007:39) och Blankaströms kraftverk (M 632-13).

Sammanfattningsvis gäller enligt praxis att urminnes hävd anses utgöra en med tillstånd jämförbar rättighet vad gäller vattenanläggningar, men att det ankommer på verksamhetsutövaren att styrka att urminnes hävd föreligger och att senare ombyggnader av någon omfattning av en äldre vattenanläggning inte sällan gör att vattenanläggningen inte längre har sådan utformning att urminnes hävd kan åberopas. Då de flesta äldre vattenanläggningar för utvinning av vattenkraft har byggts om och modifierats för turbindrift efter förra sekelskiftet gör sistnämnda förhållande att urminnes hävd mycket sällan kan åberopas framgångsrikt.

Vad gäller den fortgående vattenverksamheten vid en vattenkraftsanläggning – dvs. bortledning av vatten samt reglering av vattenstånd och vattenframrinning – har i de

ledande rättsfallen korrekt konstaterats att en ansökan om lagligförklaring endast kan avse en vattenanläggning (jmf 18 § MP) och att en prövning av den fortgående vattenverksamheten därför ska ske enligt de vid prövningstillfället gällande bestämmelserna. Samma förhållande gällde enligt 1983 års vattenlag (jfr Rolf Strömberg: Vattenlagen, en kommentar s 77). Det anförda tar emellertid endast sikte på vad som gäller vid prövning och har ingen bäring på omfattningen av urminnes hävd. Istället gäller att urminnes hävd – om institutet accepteras som en med tillstånd jämförbar rättighet – även omfattar den fortlöpande vattenverksamheten. Även här gäller emellertid självklart att det åligger verksamhetsutövaren att visa att vattenverksamheten bedrivits på samma sätt och inte ändrats på beaktansvärt sätt under åren.

Som angetts ovan är verksamhetsutövaren bevisskyldig för ett påstående om urminnes hävd. Y R har i målet gjort gällande att verksamheten vid Horsabäcks kvarn bedrivits på ungefär samma sätt sedan åtminstone 1880 och i sammanhanget presenterat en del handlingar. Av vad som sålunda och i övrigt framkommit får anses utrett att det sedan länge funnits ett dämme över Smedjeån vid kvarnstället. Det är omöjligt att slå fast vid vilken tidpunkt dämmet uppfördes, men tillgängliga uppgifter tyder på att det funnits ett dämme på platsen före 1880. Vad gäller dämmets höjd tyder vidare innehållet i det återopade köpebrevet från 1896 (vari hänvisas till en jordfast sten) på att den restaurering som skedde vid denna tidpunkt inte ändrade den dänningsnivå som gällt sedan tidigare. Vad Y R anför talar vidare för att dänningsnivån inte heller ändrats senare. Mer ingående bevisning i nämnda frågor torde inte kunna uppbringas och Y R får här anses ha fullgjort den bevisbörda hon rimligen kan åläggas. Angivna uppgifter om dämme och dänningshöjd får därför tas för goda. Dämmet är idag utfört av grovhuggna ekbrädor/stockar och det saknas anledning anta att det varit utfört på ett annat sätt tidigare.

Vattenbortledningen på slutet av 1800-talet skedde för drift av kvarn och såg. Under 1900-talet har verksamheten successivt förändrats och utgörs nu helt av elkraftsproduktion. Y R har gjort gällande att sättet för och

omfattningen av vattenbortledning inte har förändrats när verksamheten som sådan har förändrats. Detta påstående framstår dock inte som sannolikt. Istället torde det helt säkert vara så att – som även länsstyrelsen anfört – den tidigare mera intermittenta vattenbortledningen har ersatts av en mer kontinuerlig sådan. Detta har ofrånkomligen medfört konsekvenser för vattenframrinningen förbi kvarnen. Anläggningen och driften av denna har också förändrats när en fiskväg utfördes 1996.

Det anförda leder till bedömningen att den verksamhet som idag bedrivs vid Horsabäcks kvarn inte kan anses laglig till följd av urminnes hävd. Samtidigt gäller emellertid att dämnet, den i sammanhanget mest betydelsefulla anläggningsdelen, får anses laglig och att anläggningen kompletterats med en modern och – såvitt framkommit – väl fungerande fiskväg genom vilken enligt uppgift släpps ett flöde motsvarande medellågvattenföringen (eller tillrinningen om den är mindre). En tillstånds/laglighetsprövning av anläggningen skulle därför sannolikt inte medföra någon beaktansvärd förändring varken vad gäller driften eller anläggningarnas utseende. En domstolsprövning framstår därför som föga angelägen. Vid sådana förhållanden får länsstyrelsens föreläggande anses vara mer ingripande än vad som behövs (jfr 26 kap. 9 § miljöbalken). Länsstyrelsens beslut bör därför upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se [bilaga 2](#) (DV427)

Överklagande senast den 2 september 2015

Göran Stenman

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Göran Stenman, ordförande, och tekniska rådet Roger Ödmark. Föredragande har varit beredningsjuristen Frances Voon.