



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060202

DOM
2016-04-01
Stockholm

Mål nr
M 7542-15

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Vänersborgs tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2015-08-12 i mål nr M 4718-14, se bilaga

KLAGANDE

1. Länsstyrelsen i Hallands län
301 86 Halmstad

2. Sveriges Sportfiske- och Fiskevårdsförbund
Svartviksslingan 28, 167 39 Bromma

Ombud: föreningsjuristen TB

3. Älvräddarnas Samorganisation
Kläppvägen 2 B, 880 30 Näsåker

Ställföreträdare: CB

MOTPART

HE

Ombud: WJ

SAKEN

Föreläggande att söka tillstånd till vattenverksamhet på fastigheten X, Y och Z i Laholms kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

1. Mark- och miljööverdomstolen avslår Älvräddarnas Samorganisations begäran om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.

2. Med ändring av mark- och miljödomstolens dom fastställer Mark- och miljööverdomstolen Länsstyrelsens i Hallands län beslut den 11 december 2014, dnr 535-8896-14, med den ändringen att ansökan ska ges in till mark- och miljödomstolen senast den 2 oktober 2017.

Dok.Id 1246662

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

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.

HE har motsatt sig ändring. Han har yrkat att det ska prövas huruvida Älvräddarna och Sportfiskarna har talerätt i målet.

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 vattenregleringar. Länsstyrelsen i Hallands län prioriterade därefter ett antal vattenanläggningar/ vattenverksamheter för vidare tillsynsinsatser. Den nu aktuella anläggningen, har tidigare varit föremål för begäran om tillsyn vid ett flertal tillfällen då den naturliga åfåran torrlagts. Mark- och miljödomstolens påstående att ”anläggningarnas påverkan på fiskintresset är begränsad” är förhastad och föregriper en utredning i en tillståndsprövning. Allareds mölla är ett mindre vattenkraftverk och producerar, enligt uppgift, årligen ca 50 000 kWh för eget behov. Eftersom det saknas ett säkerställt minimiflöde av vatten längs 1 500 meter av ån har 6 000–8 000 kvadratmeter mycket lämpliga lek- och uppväxtområden för laxartad fisk tagits bort. På grund av detta kan inte heller fisk vandra upp och ner längs denna del av ån och de kan inte heller passera

dammen under en stor del av året. Dessutom orsakar turbinen dödlighet på utvandrande fisk. Utöver en del av ån som saknar säkerställd vattenföring så orsakar hålldammen en indämning av lämpliga lek- och uppväxtområden. Länsstyrelsen bedömer med anledning av detta att den skada som verksamheten orsakar på fisk- och naturvärden är av allvarligt slag. Förekomsten av lax och öring påverkas starkt av torrläggning av den naturliga huvudfåran som sker till följd av avregleringen av vatten i intagskanalen, varför ett upphörande eller en prövad reglering av vattenavledningen bedöms som väl motiverat. Detta är bakgrunden till varför Allareds mölla valdes ut som ett av objekten för länsstyrelsens utökade tillsyn. Huvudfrågan i målet är dock att verksamhetsutövaren bedriver tillståndspliktig vattenverksamhet utan tillstånd och redan ur denna synpunkt finns det fog för ett föreläggande om att ansöka om tillstånd. De miljöstörningar som uppkommit på grund av verksamheten och den skada som anläggningen orsakar är frågor som får behandlas närmare vid en tillståndsprövning. 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. Att ursprunglig kvarnverksamhet har pågått i 150 år med stöd av urminnes hävd kan inte jämföras med ett tillstånd enligt miljöbalken. Den tillståndspliktiga verksamheten är dessutom avledande av vatten för turbindrift och det har inte gjorts gällande att verksamheten har tillståndsprövats när turbinen installerades under 1900-talets första hälft. Verksamhetsutövaren har således inte visat att något tillstånd enligt miljöbalken eller de tidigare vattenlagarna finns för verksamheten. Handlingar från 1932 och verksamhetsutövaren HEs minnen sedan barnsben är inte tillräckligt för att styrka ett påstående om urminnes hävd, dvs. om hur förhållandena var före den 1 januari 1882. Att utifrån nämnda underlag dra slutsatsen att anläggningen är laglig och därmed skyddad av rättskraft är alltför långtgående.

Sportfiskarna har anfört i huvudsak följande. Sportfiskarna är en icke vinstdrivande ideell förening med tydligt fokus på miljövårdsarbete för friska vatten. Av rättsfallet MÖD 2014:30 framgår att miljöorganisationer bör ges klagorätt med avseende på tillsynsbeslut som kan anses ha en koppling till beslut om tillstånd och dispens.

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 (MP), 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 tillståndsprovning som sätter ramarna för rättskraften genomförts. Vid urminnes hävd, ännu mindre än vid utfärdande av privilegiebrev, har det skett någon sådan provning. 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 en nationell rätt inte ger något entydigt svar bör en föredragskonform tolkning av 5 § MP enligt EU-rätten innebära att urminnes hävd inte ska anses vara en 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. Urminnes hävd gäller endast för anläggning som anlagts före år 1882 och i de delar som inte ändrats därefter. I Allareds mölla har en invändig förändring av anläggningen skett efter år 1882 då det bl.a. installerades en turbin, varvid verksamheten ändrade karaktär från kvarnverksamhet till elproduktion. Enligt mark- och miljödomstolen har den hålldamm som finns i anslutning till anläggningen betydelse för förhållandena på åsträckan mellan dammen och avloppskanalens mynning. Det finns inget skäl att göra skillnad på förändring av anläggningen utvändigt och invändigt. Förutsättningen för urminnes hävd, att anläggningen inte ändrats sedan år 1882, är därmed inte uppfyllt.

Älvräddarna har anfört i huvudsak följande. Ett tillstånd i nutida mening innebär någon form av provningsprocess 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 baserad på en numera upphävd bestämmelse i 1734 års lag att ingen i gångna tider klagat på en verksamhet som saknar all form av rättslig prövning eller dokumentation som explicit berör verksamheten såsom den påstås ha bedrivits sedan hävden uppstod. Urminnes hävd kan alltså 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 ett 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 jämföra med ett rättskraftigt tillstånd enligt miljöbalken kan det inte tillämpas i förevarande fall. Enligt ingiven dom av Vattenöverdomstolen från 1934 bedömdes dammen ha fått dåvarande utformning och höjd år 1897, vilket gör att urminnes hävd inte kan åberopas eftersom 1882 är det år från vilket urminnes hävd kan åberopas. Dessutom visar domen att intagskanalen har förändrats i samband med att anläggningen byggts om för turbindrif. Förutsättningen för urminnes hävd, dvs. att anläggningen inte har ändrats sedan 1882, är därmed inte uppfylld.

HE har anfört i huvudsak detsamma som hos mark- och miljödomstolen och tillagt bl.a. följande. En ideell förening får bedriva näringsverksamhet, men den får inte drivas för att främja medlemmarnas ekonomiska intressen utan ska ha ett ideellt syfte. Älvräddarna har ett stort antal sponsorer, varav i huvudsak samtliga är företag inom sportfiskebranschen. Indelningen av de olika sponsorgrupperna är beroende på hur mycket man betalar till Älvräddarna. Det är en självklarhet att sponsorerna vill ha ett ekonomiskt utbyte av sina sponsorpengar och det torde helt styra Älvräddarnas agerande i de olika miljömålen. Sportfiskarna är en stor organisation med ett trettiotal

heltidsanställda. Med så många heltidsanställda är det inte längre fråga om en ideell förening, utan en vinstdrivande organisation. Sportfiske innebär inte något positivt för natur- och miljöskyddsintressen, utan innebär snarare en utökad miljöpåkaning. I aktuellt ärende innebär Älvräddarnas och Sportfiskarnas agerande att kultur- och industrihistoria raderas liksom en ovärderlig lokal kulturmiljö. Han hemställer om att domstolen bortser från vad som har anförts av Älvräddarna och Sportfiskarna.

Den aktuella dammbyggnaden med delning av vatten har funnits sedan mitten av 1850-talet och omfattas av tillstånd enligt urminnes hävd. Länsstyrelsens agerande får till följd att en 300–400 år gammal kulturmiljö och kulturhistoria utplånas. På grund av de naturligt låga och ojämna flödena i Brotorpsån får man nakna stränder i vattendraget oavsett om det finns ett vattenkraftverk eller inte. Det finns möjlighet för fisken att vandra förbi dammbyggnaden i det befintliga omlöpet där det alltid rinner vatten. Fisken tar sig också med lätthet förbi dammkonstruktionen vid normala flöden. Han har svårt att se vad det gör för skillnad om avledande av vatten sker för mekanisk drift (vattenhjul) eller elektrisk drift (turbin) när det gäller påverkan på ett vattendrag. Med den tolkning som myndigheter gör i dag av miljöbalken efter Mark- och miljööverdomstolens domar i MÖD 2012:26–28 är ca 90–95 procent av alla vattenanläggningar tillkomna före 1918 års vattenlag olagliga och ska rivas ut alternativt nyprövas enligt 11 kap. miljöbalken. De anläggningar det är fråga om är kraftproduktionsanläggningar och dammbyggnader som tillkommit under perioden 1500–1850-talet och som omfattas av urminnes hävd. Det ligger i sakens natur att det inte finns några skriftliga tillstånd. De är mycket små och tål inte de kostnader som är förenade med att söka tillstånd enligt miljöbalkens bestämmelser. Omkring industrianläggningarna har det oftast vuxit upp en ovärderlig kulturmiljö vid sidan av kraftanläggningar och dammar som påminner om forna tiders industriverksamheter och historia. Detta utgör ett kulturarv som ska förvaltas till nästa generation, vilket motarbetas av länsstyrelserna med stöd av miljöbalken. Vid en jämförelse av genomförda provfisken mellan uppströms och nedströms Allareds mölla kan det konstateras att det inte är någon större skillnad mellan fisken som har utförts under åren 2006 och 2007. Antal lax hade större förekomst nedströms än uppströms medan förekomsten av öring var högre uppströms än nedströms. Slutsatsen kan dras att Allareds mölla inte utgör något större hinder i dag.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Mark- och miljööverdomstolen finner att både Älvräddarna och Sportfiskarna uppfyller de kriterier som anges i 16 kap. 13 § miljöbalken för vilka organisationer som får överklaga domar enligt miljöbalken (jfr MÖD 2014:30).

En verksamhetsutövare som bedriver verksamhet som kräver tillstånd enligt miljöbalken eller enligt föreskrifter som har meddelats med stöd av miljöbalken har att visa att giltigt tillstånd föreligger. Ett tillstånd enligt tidigare lagstiftning kan fortfarande vara gällande men även i detta fall är det verksamhetsutövaren som har att visa att så är fallet.

HE har åberopat urminnes hävd som stöd för att det föreligger tillstånd för vattenverksamheten vid Allareds mölla. Frågan i målet är om urminnes hävd omfattas av 5 § MP och därmed kan ha rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken.

Genom miljöbalken upphävdes vattenlagen (1983:291), VL. Före VL gällde vattenlagen (1918:523), ÄVL. Enligt ÄVL var vissa angivna vattenföretag skyldiga att söka förhandstillstånd. I 2 kap. 41 § ÄVL stadgades dock att ”Genom vad i detta kap. finnes föreskrivet göres ej rubbning i den rätt och frihet, som är förunnad bergverk, kvarnar och fiskeverk, ej heller i annan rättighet att stänga eller uppdämma vattendrag eller i övrigt förfoga över vattnet; dock vare den, som njuter sådan rättighet till godo, icke fri från skyldighet att, efter ty förut är i detta kap. stadgat, tåla förlust, skada eller intrång till förmån för den, som äger eller vill verkställa byggnad i vatten, eller till fiskets befrämjande.” De rättigheter som avses i 2 kap. 41 § ÄVL kan vara av offentligrättslig natur, dvs. de grundar sig på exempelvis privilegiebrev, dom eller skattläggning, eller rättigheten kan ha uppkommit genom privaträttsligt avtal eller grundas på urminnes hävd (se L. af Klintberg, Om byggande i vatten enligt 2, 3 och 5 kap. vattenlagen, 1955). Genom ÄVL infördes en generell tillståndsplikt för vattenverksamhet.

I 19 § första och andra styckena lagen (1983:292) om införande av vattenlagen, VP, stadgades följande. ”Ett tillstånd enligt vattenlagen (1918:523) eller motsvarande äldre bestämmelser till ett vattenföretag eller någon annan åtgärd som avses i den nya vattenlagen,

anses med avseende på vad som föreskrivs i 15 kap. nya vattenlagen som ett tillstånd enligt denna med de avvikelser som följer av 20 och 21 §§. Första stycket gäller även en sådan särskild rättighet att förfoga över vattnet som avses i 2 kap. 41 § vattenlagen (1918:523).” Av 5 § MP framgår att tillstånd ska fortsätta att gälla, om de har meddelats genom beslut enligt bestämmelser i VL eller motsvarande bestämmelser i äldre lag samt att besluten ska anses meddelade med stöd av motsvarande bestämmelser i miljöbalken. Av 24 kap. 1 § första stycket miljöbalken framgår att om en meddelad dom eller ett beslut avser tillstånd till en verksamhet enligt miljöbalken gäller tillståndet mot alla, såvitt avser de frågor som prövats i domen eller beslutet.

Mark- och miljööverdomstolen har i tidigare avgöranden funnit att en rätt enligt privilegiebrev utgör en särskild rättighet att förfoga över vattnet men att den inte kan jämföras med ett tillstånd enligt miljöbalken (jfr MÖD 2012:26–28). Mark- och miljööverdomstolen anser att detta för den verksamhet som bedrivs även gäller urminnes hävd. Någon rättsverkan enligt 24 kap. 1 § miljöbalken kan heller inte erhållas eftersom inga frågor prövats. Vid denna bedömning saknas det behov av förhandsavgörande från EU-domstolen i enlighet med Älvräddarnas begäran.

De anläggningar HE förfogar över vid Allareds mölla förutsätts, med hänsyn till den långa tid anläggningen nyttjats, ha tillkommit och brukats med omgivningens godtagande. Mark- och miljööverdomstolen finner dock att den verksamhet som i dag bedrivs där saknar tillstånd i den mening som avses i miljöbalken. Mark- och miljööverdomstolen anser också, till skillnad mot mark- och miljödomstolen, att bytet till turbindrift innebär att förändringar av anläggningarna och driften vid dessa har ägt rum sedan anläggningarna anlades och driften påbörjades. Något tillstånd till sådana ombyggnader och till driften av nutida anläggningar i den mening som avses i miljöbalken har inte presenterats i målet. Eftersom det således är fråga om tillståndspliktig vattenverksamhet som bedrivs utan tillstånd har det funnits fog för att förelägga HE att ansöka om tillstånd till framtida drift av vattenkraftverket. Vid prövningen av en sådan ansökan blir mark- och miljödomstolens uppgift främst att fastställa föreskrifter och villkor för driften vid vattenkraftverket. 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 kunna anpassas härtill och främst inriktas på miljömässiga förhållanden och förslag till villkor som tillgodoser dessa intressen. I samband med tillståndsprövningen kan HE begära att mark- och miljödomstolen prövar frågan om lagligförklaring av anläggningarna (17 § MP).

Mot bakgrund av det anförda ska Mark- och miljödomstolens dom 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 4718-14

KLAGANDE
HE

Ombud: WJ

MOTPART
Länsstyrelsen i Hallands län
301 86 Halmstad

ÖVERKLAGAT BESLUT
Länsstyrelsens i Hallands län beslut 2014-12-11 i ärende nr 535-8896-14, se bilaga 1

SAKEN
Föreläggande att söka tillstånd till vattenverksamhet på fastigheten X, Y och Z

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen upphäver länsstyrelsens i Hallands län beslut den 11 december 2014 i ärende nr 535-8896-14.

Dok.Id 298529

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

Allareds mölla är belägen vid Brostorpaån (även kallad Göstorpsån) i Laholms kommun. I möllan finns installerad en mindre turbin som enligt uppgift producerar 50 000 kWh/år. Till möllan/kraftverket leder en ungefär 1 mil lång tilloppskanal. I anslutning till kanalens början finns en fördämning/hålldamm över Brostorpaån. I hålldammens centrala del finns en försänkning som åtminstone merparten av tiden garanterar en mindre minimitappning (okänd storlek) till åfåran. Då turbinen har en begränsad slukförmåga (300 l/s) har tilloppskanalen försetts med två sidokanaler för överskottsvatten som leder förbi kraftverket ut till åfåran. Den övre kanalen, benämnd utskovskanal, har sin början ungefär 100 m uppströms kraftverket och har vattengången på en nivå någon decimeter över tilloppskanalens bottennivå. Den nedre kanalen, som börjar strax uppströms kraftverket, sammanflyter med avloppskanalen nedströms kraftverket. I nivå med utskovskanalen finns i intagskanalen en intagsdamm.

Länsstyrelsen i Hallands län förbjöd den 24 juni 2014 HE att avleda vatten från Brostorpsån samt förelade honom bl.a. att riva ut befintlig fördämning/hålldamm. Beslutet överklagades till mark- och miljödomstolen som den 12 september 2014 i mål nr M 2669-14 undanröjde beslutet och återförvisade ärendet till länsstyrelsen för fortsatt handläggning då förbudet bedömdes vara alltför ingripande.

I det återförvisade ärendet har länsstyrelsen den 11 december 2014 förelagt HE att ansöka om tillstånd till vattenverksamhet avseende vattenkraftverk, damm och avledningskanal på fastigheterna X, Y och Z.

YRKANDEN M.M.

HE har yrkat att mark- och miljödomstolen ska upphäva länsstyrelsens beslut.

Länsstyrelsen har bestritt ändring.

HE har till stöd för sin talan anfört bl.a. följande. Det föreligger tillstånd för Allareds mölla på grund av urminnes hävd och då dammbyggnaden med vattendelning har behandlats i Vattendomstolen och i Vattenöverdomstolen med fastställelse i Högsta Domstolen. Med hänsyn till att det finns ett giltigt tillstånd med rättskraft saknas skäl att söka nytt tillstånd.

Av lagkommentaren till 5 § lag (1998:813) om införande av lagen med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet framgår att myndigheterna har hamnat snett i sina förelägganden. Det saknas förklaring till varför 90–95 procent av alla vattenverksamheter som har byggts före år 1919 har tillkommit på olagligt vis och hur denna olagliga verksamhet har fått utföras utan ingripande från myndigheter och domstolar.

Det framgår av äldre handlingar att det åtminstone har förekommit kraftutvinning sedan mitten av 1800-talet i läge för Allareds mölla. Dammbyggnaden har samma funktion idag som på mitten av 1800-talet, nämligen att upprätthålla dämning i Brostorpsån. Tillloppskanalen har samma funktion idag som för ca 150 år sedan, nämligen att leda vatten för kraftutvinning. Det har funnits en kvarn på fastigheten sedan slutet av 1800-talet. Kvarnen har sedermera ersatts med turbiner. Anläggningen har drivits med turbiner sedan före den äldre vattenlagens tillkomst, d.v.s. säga före 1919. Det har skett en insyning av verksamheten år 1858. Kvarnen lades ned 1962. Nuvarande turbin har utgjort del av anläggningen i över 70 år. Anläggningen är i dagsläget endast kopplad till klagandens hus och försörjer således endast ett hushåll med el. Länsstyrelsens argument att tillsyn inte kan utövas om det saknas tillstånd är ett svepskäl. Det är lätt att komma överens om lämpliga vattenhushållningsbestämmelser och egenkontroll. Det kan noteras EU:s vattendirektiv inte

ställer krav på att en verksamhetsutövare måste söka tillstånd enligt Miljöbalken.

Det ifrågasätts om tillsynsmyndigheten har lagligt stöd enligt bestämmelserna i 26 kap 9 § miljöbalken för föreläggande om att söka tillstånd för vattenavledning för turbindrift.

Det har inte förekommit problem med torr åfåra. Det har förekommit torka vid ett enstaka tillfälle någon gång under åren 1955-56. Annars har det inte varit problem med torka. Vattnet kan sjunka något emellanåt, men inte under någon längre tid. Länsstyrelsen påstår på väldigt lösa grunder att värdet på utebliven smoltreproduktion till ett värde av 40 000 kr/år. Här har länsstyrelsen bortsett från att det finns ett omlöp förbi kraftverket upp i tilloppskanalen. Det torde finnas möjlighet för smoltreproduktion i såväl omlöpet som i inloppskanalen, vilket länsstyrelsen tycks ha bortsett ifrån. Kraftverket ger ca 50 000 kWh, vilket används helt och hållet för eget bruk och kan därför åsättas ett värde på åtminstone 1,50 kr/kWh eller totalt ca 75 000 kr/år. Således är nyttan betydligt större än den av länsstyrelsen på mycket vaga grunder påstådda skadan på 40 000 kr/år. För övrigt måste vattenkvalitén starkt ifrågasättas i vattendraget om man har tvingats till kalkningsinsatser sedan 1988.

Länsstyrelsens föreläggande är tydligt i strid med tidigare övergångsbestämmelser och äldre lagstiftningar, av vilka det framgår att äldre beslut enligt lagar som reglerar vattenanläggningar skall anses meddelade enligt miljöbalken. Den omständigheten att den utpräglat kasuistiska lagstiftningen (som, i stället för vissa allmänna rättsregler, anför bestämmelser rörande typfall till ledning för avdömande av förekommande rättsfall) i 1734 års lagstiftning och i 1880 års vattenrättsförordning, samt i 1918 års och i 1983 års vattenlagar, ersatts av en abstrakt lagstiftning i miljöbalken, innebär inte någon förändring av rättsläget. Det framgår klart vid en noggrann genomläsning av 5 § MP.

Miljöbalken skall tillämpas på vattenanläggningar som har funnits i många hundra år, även t.ex. dammar, hamnar, kanaler, utfyllnader för byggnation etc. För ett

rättsområde där flerhundraåriga anläggningar fortfarande brukas är övergångsbestämmelser av central betydelse för rättens innehåll, för rättsäkerheten för såväl ägare av vattenanläggningar som för sakägare. Rätten till delning av vatten för industriella ändamål har inte ifrågasatts och ansetts vara lagligt under minst 156 år.

Skulle inte beslut, avgöranden eller rättsenligt handlande enligt tidigare gällande lag rörande vattenanläggningar, t.ex. pålningar för i dag flerhundraåriga palats, utfyllningar, kanalgrävningar, hamnar, broar etc. jämföras med tillstånd enligt miljöbalken, skulle många historiskt och ekonomiskt värdefulla byggnader, anläggningar och miljöer från 1600- 1700- och 1800-talet sakna tillstånd och därmed, i likhet med vattenanläggningar, utrivas. Att sådana byggnader som tillståndsgivits enligt då gällande rätt, nu genom tillämpning av en införd miljöbalk skulle bli olagliga är uppenbart i strid mot lag.

Länsstyrelsens agerande står i strid mot 11 kap 2§ miljöbalken och agerandet står även i strid mot att de inte har den lagliga möjligheten till att kräva att en verksamhetsutövare skall söka tillstånd.

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, med 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 har uppkommit 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 senare års rättspraxis. Denna bedömning 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. bortledande 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 prövningstillfällen 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 för 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 något mer betydande sätt under åren.

HE har vad gäller Allareds mölla till stöd för sin talan bl.a. åberopat en dom av Vattenöverdomstolens den 16 november 1934 och Högsta Domstolens utslag i samma angelägenhet den 28 februari 1935. Utgången i åberopad process är emellertid endast att det konstaterats att hålldammen över Brostorpaån inte vid någon vattenföring åstadkom skadlig uppdamning för en viss fastighetsägare uppströms. Avgörandena innebär således inte att någon del av befintliga vattenanläggningar befunnits vara lagliga.

Som angetts ovan är verksamhetsutövaren bevisskyldig för ett påstående om urminnes hävd. HE har i målet åberopat sina egna iakttagelser sedan barnsben, i föregående stycke nämnda avgöranden samt handlingar som upprättats 1932 inför nämnda process. Sistnämnda handlingar ger vid handen att håll- och intagsdammarna samt intags-, utskovs- och avloppskanalerna har samma utseende idag som 1932. Inget har framkommit som ger anledning anta att dessa anläggningar förändrats under halvseklet dessförinnan. Den enda förändring som

skett under den tid under vilken urminnes hävd kan ha uppstått är vid sådana förhållanden bytet till turbindrifft under 1900-talets första hälft. Här har HE uppgett att de förändringar som härvid skedde på anläggningen endast berörde förhållandena inne i befintlig byggnad/kvarn. Vad som kunnat iakttas styrker denna uppgift. Konstruktionen med sidokanaler gör vidare att det framstår som förhållandevis säkert att bytet till turbindrifft inte har påverkat vattenförhållandena mer än högst ytterst marginellt.

Hålldammen har självklart betydelse för förhållandena på åsträckan mellan dammen och avloppskanalens mynning. Särskilt vi låga vattenföringar har denna åsträcka betydligt lägre vattenföring än vid naturliga förhållanden. Hålldammen har emellertid en begränsad betydelse för möjligheterna för fiskvandring förbi kraftverket. Viss fiskvandring kan med all säkerhet ske i den naturliga åfåran via den vattenframrinning som sker i fördjupningen i hålldammens mitt, men framförallt kan fiskvandring ske via sidokanalerna till intagskanalen. Anläggningarnas påverkan på fiskeintresset är därför begränsad.

Sammanfattningsvis gör mark- och miljödomstolen bedömningen att vattenanläggningarna för Allareds mölla har varit i princip oförändrade under åtminstone ungefär 150 år och att de förändringar som skett under denna tidsperiod inte påverkat förhållandena på något beaktansvärt sätt. Vid sådana förhållanden får anses att såväl befintliga vattenanläggningar som den fortlöpande vattenverksamheten är laglig till följd av urminnes hävd och därmed skyddad av rättskraft.

Den rättskraft som gäller för ett tillstånd avser enligt 24 kap. 1 § miljöbalken de frågor som har prövats i domen eller beslutet. Den urminnes hävd som här grundar lagligheten innefattar ingen faktisk prövning av verksamheten. När urminnes hävd accepteras som en med tillstånd jämförbar rättighet måste emellertid anses att även den vattenhushållning och det sätt som verksamheten skötts i övrigt under hävdetiden omfattas av rättskraften. I förevarande fall får anses tillfredsställande utrett att driften av Allareds skett på i allt väsentligt samma sätt som nu under hävdetiden.

Som framgår av 26 kap. 9 § 3 st miljöbalken får tillsynsmyndigheten vid sådana förhållanden inte begränsa rättskraften. Länsstyrelsens föreläggande ska därför upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV427)

Överklagande senast den 2 september 2015

Göran Stenman

Roger Ödmark

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