



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060301

DOM
2017-09-07
Stockholm

Mål nr
M 9231-16

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Östersunds tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2016-10-07 i mål nr M 129-16, se bilaga A

PARTER

Klagande

CJ

Ombud:

MEK

Motpart

Länsstyrelsen i Jämtlands län
83186 Östersund

SAKEN

Förbud mot drift av vattenkraftverk m.m. i Edsån i Strömsunds kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

1. Med ändring av mark- och miljödomstolens dom upphäver Mark- och miljööverdomstolen Länsstyrelsens i Jämtlands län beslut den 20 maj 2015, dnr 535-4377-14.
2. Mark- och miljööverdomstolen avslår CJs yrkande om rättegångskostnader.

Dok.Id 1353637

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

CJ har i första hand yrkat att Mark- och miljööverdomstolen, med ändring av mark- och miljödomstolens dom, upphäver länsstyrelsens beslut. I andra hand har han yrkat att i den mån Mark- och miljööverdomstolen inte anser sig kunna avgöra målet ska mark- och miljödomstolens dom undanröjas och målet återförvisas till mark- och miljödomstolen. Slutligen har CJ yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Länsstyrelsen i Jämtlands län (länsstyrelsen) har motsatt sig ändring och bestritt yrkandet om ersättning för rättegångskostnader.

CJ har anfört huvudsakligen följande: Det behövs inte något tillstånd för anläggningen då den omfattas av 11 kap. 12 § miljöbalken. Även om tillstånd skulle krävas innebär tillämpningen av proportionalitetsprincipen att föreläggandet inte är proportionerligt. Av 4 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken framgår vidare att förbudet mot vattenverksamhet i första och andra stycket inte omfattar vattenverksamheter som förorsakar endast obetydlig miljöpåverkan. Han förfogar över att montera sättbrädor i dammen men de behövs inte hela året. Under vårflod är det tillräckligt med vatten ändå. Tas sättarna bort kommer vattenflödet bli för lågt för att fisken ska kunna vandra uppströms. Han anser sig inte äga dammen men han anser sig med vägföreningens samtycke förfoga över att montera sättar för viss dämning till förmån för kraftverket. Han har dock inte rätt att riva ut dammen. För att kunna driva kraftverket räcker det med en vattennivå om +98,8 meter. Han kan inte uttala sig om huruvida det i övrigt finns en kvarvarande dämning upp till +100,0 meter. Dock finns en skyldighet att hålla en miniminivå på +98,8 meter. Dammen är den bestämmande sektionen avseende vattennivån i sjön uppströms och det finns inte någon annan sådan bestämmande sektion uppströms. Dammens fasta bottenklack har nivån +98,3 meter.

Länsstyrelsen har anfört huvudsakligen följande: Vattenkraftverket är tillståndspliktigt. Föreläggandet omfattar bl.a. de vinkelrätt mot ån anlagda sättluckorna/sättarna och de ledarmar som leder vatten mot kraftverkets intag. Ur ett vattendragsperspektiv är kraftverket illa placerat allra längst nedströms i

avrinningsområdet. Det är ungefär 30 km lekområden som kan nås av fisk, bl.a. öring, om vandringshindret tas bort. Efter de höga flödena under vårfloden spärras hela vattendraget av. Den nuvarande fiskvägen fungerar inte. CJ har endast förelagts att ta bort de lösa delar han förfogar över. Om intressen uppströms dammen skulle klaga på för låg vattennivå med anledning av att lösa delar tas bort är det Ede vägsamfällighet som skulle bli föremål för en eventuell tillsynsåtgärd. Länsstyrelsen anser att den regleringsrätt som beslutats i Mellanbygdens vattendomstols dom den 21 april 1952 (Ans.D. 4/1952) inte längre gäller. I stället gäller den överenskommelse som i augusti 1988 träffades mellan Ångermanälvens flottledsförvaltning och Ede vägsamfällighet. Enligt överenskommelsen har vägföreningen en skyldighet att hålla en nivå på +98,8 m och se till att lägre vattenföringar koncentreras till befintlig fiskväg. Dock är den bestämmande sektion som reglerar vattennivån i sjön lokaliserad uppströms dammen och dammen utgör ingen bestämmande sektion.

Mark- och miljööverdomstolen har hållit sammanträde och syn i målet.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Den enskilda lösa installation som har störst påverkan på vattendraget är de sättluckor/sättar som under vissa perioder är anlagda tvärs över vattendraget. Länsstyrelsen har hävdats att CJ har rätt att ta bort denna lösa installation och att CJ är rätt adressat för föreläggandet. CJ har å sin sida hävdats att han för Ede vägsamfällighets räkning sköter dammen i enlighet med avtalet från 1988 men att han inte har rätt att riva ut de lösa delarna.

Den grundläggande frågan i målet är således om CJ är att anse som sådan verksamhetsutövare att det finns en faktiska och rättslig möjlighet för honom att i enlighet med föreläggandet riva ut de lösa delarna.

Begreppet verksamhetsutövare är inte definierat i miljöbalken utan frågan om vem som ska betraktas som verksamhetsutövare har överlämnats till rättstillämpningen. I praxis har den som har de faktiska och rättsliga möjligheterna att vidta åtgärder mot störningar och olägenheter ansetts som verksamhetsutövare. Vikt har också lagts vid

vem som ansvarar för underhåll och drift. Det är inte uteslutet att två eller flera fysiska eller juridiska personer kan anses vara verksamhetsutövare på samma gång. Av praxis framgår att bedömningen måste göras utifrån förhållandena i det enskilda fallet (se MÖD 2005:64, MÖD 2010:23 och MÖD 2010:43 och MÖD 2013:34).

Mark- och miljödomstolen kan konstatera att Ede vägsamfällighet är part i den överenskommelse som i augusti 1988 träffades med Ångermanälvens flottledsförvaltning. Dessutom kan tilläggas att länsstyrelsen anser att om konsekvenser för intressen uppströms skulle uppstå vid en utrivning skulle ett eventuellt föreläggande om att vidta åtgärder i sådant fall riktas mot Ede vägsamfällighet. CJ synes visserligen ha rätt att göra vissa åtgärder vid dammen. Av utredningen i målet kan dock inte anses framgå att denna rätt är så långtgående att han har sådan faktisk och rättslig möjlighet som krävs för att föreläggas att permanent ta bort sättluckor/sättar. Vid detta förhållande finns inte skäl att i målet pröva vilken rätt till reglering som finns i dag.

Sättluckor/sättar är som ovan sagts den enskilda installation som har störst påverkan på vattendraget. Det finns därmed enligt Mark- och miljööverdomstolen nu inte tillräckliga skäl för att föreläggandet i övrigt ska gälla. Med ändring av mark- och miljödomstolens dom ska därför länsstyrelsens beslut upphävas i dess helhet.

Av 5 kap. 1 § andra stycket lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar framgår att i mål som överklagats till mark- och miljödomstol gäller inte rättegångskostnadsbestämmelsen i 32 § lagen (1996:242) om domstolsärenden. Någon rätt att få ersättning för rättegångskostnader finns därmed inte. CJs yrkande om rättegångskostnader ska därmed avslås.

Domen får enligt 5 kap. 5 § lagen om mark- och miljödomstolar inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Lars Borg, Hans Nyman och Johan Svensson, referent, samt tekniska rådet Dag Ygland.

Föredragande har varit David Sandberg.



ÖSTERSUNDS TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2016-10-07
meddelad i
Östersund

Mål nr M 129-16

KLAGANDE
CJ

Ombud: MEK

MOTPART
Länsstyrelsen i Jämtlands län
831 86 Östersund

ÖVERKLAGAT BESLUT
Länsstyrelsen i Jämtlands läns beslut 2015-05-20 i ärende nr 535-4377-14,
se **bilaga 1**

SAKEN
Förbud mot drift av vattenkraftverk i Edsån, Strömsunds kommun, m.m.

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen, som inte finner erforderligt att företa syn eller undersökning, avslår överklagandet. Förbudet att driva vattenkraftverket m.m. träder i kraft två år efter det att denna dom har vunnit laga kraft och utrivningen ska vara fullgjord senast två år och sex månader efter det att denna dom har vunnit laga kraft. Öppningen i ena ledarmen till kraftverket ska genomföras senast tre månader efter det att denna dom har vunnit laga kraft.

Dok.Id 255365

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 708 831 28 Östersund	Storgatan 6	063-15 06 00 E-post: mmd.ostersund@dom.se www.ostersundstingsratt.domstol.se	063-15 06 88	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

CJ har yrkat att mark- och miljödomstolen upphäver länsstyrelsens beslut och genomför undersökning alternativt syn på platsen. Till stöd för sin talan har han anfört bl.a. följande.

Tillstånd, preskription och hävd

Ombyggnaden av den dåvarande Ededammen prövades i Mellanbygdens vattendomstol år 1952. Sökande var Ångermanälvens flottningsförening och en av motparterna var hans morfar, JE I domen redogörs för det som benämns som Es kraftstation, vilken är den i målet aktuella anläggningen. Som domstolen fann hade Es anläggning anbragts utan tillstånd. Flottningsföreningen ansåg emellertid att anläggningen kunde vara kvar om den byggades på sätt som anges i domen. Flottningsföreningen erbjöd t.o.m. E ersättning för detta, vilket han också tillerkändes. Vattendomstolen skrev bl.a. "E måste här åtnöjas med flottningsföreningens medgivande att kraftstationen får bibehållas efter ombyggnaden samt att E erhåller ersättning för flyttning av kraftstationshuset." Kammarkollegiet hade inte anledning att föra talan i målet för bevakande av det allmännas rätt och intressen. Fiskeriintendenten hade vissa synpunkter på dammen men inga avseende kraftstationen. Vattendomstolen fann det tillräckligt till fiskets skydd med anordnande av en fiskväg i dammen och viss minimitappning.

Staten måste, genom sina tjänstemän, redan då vattenkraftverket byggdes ha varit medveten om bygget. Detsamma gäller den upprustning som gjordes av E under 50-talet då anläggningen renoverades i samband med dammrenoveringen.

För fem år sedan prövade mark- och miljödomstolen, mål M 3172-11, förhållanden kring en fiskdamm vid Edsån, efter föregående prövning av länsstyrelsen. Av domen i målet, som meddelades den 8 juni 2012, framgår att såväl länsstyrelsens tjänstemän som domstolens ledamöter varit på plats och inspekterat dammen. De har då passerat över Edsån på den bro där anläggningen finns.

Det allmännas agerande (domstol, Kammarkollegiet och fiskeriintendenten) innebär att det allmänna i praktiken har godkänt den aktuella anläggningen och inte nu, mer än 60 år senare, kan komma att kräva något annat. Det är dock inget som hindrar att parterna kommer överens om hur fiskvägen ska vara konstruerad för att fungera om nu länsstyrelsen menar att den nu inte är effektiv. Det föreligger hinder för länsstyrelsens beslut i anledning av hävd alternativt preskription och det är inget som en senare lagstiftning kan ändra när hävd eller preskription väl har inträtt.

Fisket

Klassningen, som länsstyrelsen själv gjort, bygger på teoretiska bedömningar som saknar grund i verkligheten. Fisket är mycket bra i Kärnässjön. De flesta öringarter leker uppströms även om det finns de som leker nedströms. Edsån är inte helt avstängd ens när ledarmarna är utlagda. Fisken letar sig alltid fram till fritt strömmande vatten, varför det finns en naturlig fiskväg som uppfyller moderna krav.

Rådighet

Det är uppenbart att han har rådighet. Det torde räcka med att åberopa den ingivna domen från Mellanbygdens vattendomstol i vilken det konstateras att flottningsföreningens medger att kraftstationen får bibehållas efter ombyggnaden. Därtill kommer att J E t.o.m. erhöll ersättning från föreningen för flyttning av kraftstationshuset.

Proportionalitetsprincipen

Vid alla prövningar där en enskilds rätt till sin egendom och sitt boende står i konflikt med allmänna intressen ska proportionalitetsprincipen gälla. Detta mål avser ett kraftverk som funnits i mer än 80 år utan att några problem avseende de allmänna intressena har noterats. Han har rätt att liksom andra ha en jämn tillgång på viss mängd av elektricitet. Det är uppenbart att länsstyrelsens beslut är oproportionerligt.

Länsstyrelsen har anfört bl.a. följande. CJ lyfter fram att staten, bl.a. länsstyrelsen, varit medveten om kraftverket ända sedan det uppfördes och att det därför föreligger hinder mot länsstyrelsens beslut. Vad gäller det aktuella kraft-

verket har länsstyrelsen haft kännedom om detta, dock inte i detalj. Detta är också anledningen till att det aktuella tillsynsärendet initierades.

Vad gäller den dom som CJ refererar till (Ans. D 4/1952, 1952-04-21) så är det kraftverk som omnämns i domen, Es kraftstation, inte samma kraft-verk som i förevarande ärende. Av domen framgår att den gamla kraftstationen låg i anslutning till dammens vänstra landfäste medan det nu aktuella kraftverket ligger mitt i ån i höjd med det gamla kraftstationsläget. Även den gamla kraftstationen saknade tillstånd, vilket även framgår av domen, sid. 8, sista stycket;

”Vattendomstolen finner sig icke kunna ålägga flottningsföreningen att ställa några garantier för driften av den kraftstation som E utan tillstånd anlagt i flottningsföreningens damm.” Att länsstyrelsen, domstolen eller annan statlig myndighet haft kännedom om en vattenverksamhet kan aldrig betraktas som liktydigt med ett ”godkännande” eller tillstånd. Har en vattenverksamhet tillkommit och drivits utan tillstånd är det verksamhetsutövaren som har bevisbördan avseende verksamhetens effekter. Någon preskriptionstid av vattenverksamheter som tillkommit utan tillstånd finns inte. För vattenanläggningar som tillkommit före miljöbalken finns emellertid möjlighet att ansöka om lagligförklaring av anläggningen i samband med att verksamheten prövas enligt miljöbalkens bestämmelser, vilket följer av 17 § lagen om införande av miljöbalken.

Vad gäller fisket bedömer länsstyrelsen att kraftverket med dämme utgör hinder för fiskens fria vandring under större delen av året förutom vid högvatten utan sätтар (ledarmar) på plats. Länsstyrelsen vill i sammanhanget referera till i ärendet förekommande bilder över anläggningen från den 24 juli 2007 där det tydligt framgår att hela vattendraget spärras av förutom det begränsade flöde som dels går genom kraftverket och denilrännan, dels läcker mellan sätтарna.

Denilrännan bedöms inte utgöra fullgod fiskvandringssväg, även om det troligen inte är omöjligt för större fisk att passera genom den. I vattensystemet Ströms Vattudal finns vattudalsöring, klassad som nationellt särskilt värdefull av f.d. Fiskeriverket. Det är därför av stor vikt att fiskens och vattenorganismers möjligheter till fri vandring för bl.a. födosök och lek i vattensystemet inte hindras.

Som CJ anför ska ett ingrepp i annans rätt vara proportionerligt. Detta kommer till uttryck bl.a. genom 26 kap. 9 § miljöbalken som slår fast att en tillsyns-myndighet får besluta om de förelägganden och förbud som behövs för att balken m.m. ska efterlevas, dock att sådana åtgärder, enligt andra stycket, inte får vara mer ingripande än vad som behövs i det enskilda fallet.

Då vattenkraftverk är en verksamhet som inte får bedrivas utan tillstånd enligt 11 kap. miljöbalken har länsstyrelsen haft att ta ställning till om klaganden ska föreläggas att ansöka om tillstånd till verksamheten alternativt föreläggas förbud och utrivning. Länsstyrelsen har vid denna bedömning även utgått från bestämmelsen i 11 kap. 6 § miljöbalken med den samhällsnyttoavvägning som ska göras för alla vattenverksamheter. Kraftverkets nytta för klaganden är mycket stor men för det allmänna obefintlig då det inte tillför någon kraft till det allmänna elnätet. Inte heller bedöms det medföra någon annan samhällsekonomisk nytta genom dess effekter på vattendraget. Vad klaganden i övrigt anför om bl.a. statens ansvar för elförsörjningen av enskilda fastigheter är inget som berör ärendet i sak. Med nedfällda sättrar utgör kraftverket även hinder för fiskens fria vandring i vattensystemet under stora delar av året varjämte det försvårar möjligheterna att uppnå dels miljö kvalitetsnormen ”God ekologisk status” för vattendraget enligt EU:s vattendirektiv, dels det nationella miljö kvalitetsmålet ”Levande sjöar och vattendrag”. Länsstyrelsen har mot bakgrund av ovanstående vid sin intresse- och proportionalitetsavvägning valt att förelägga om förbud och utrivning av vattenkraftverket. Då CJ under ärendets handläggning har signalerat att han avser att söka tillstånd för vattenkraftverket har länsstyrelsen beaktat detta i sitt föreläggande genom att ge honom tillräcklig tid för att upprätta och ansöka om tillstånd, alternativt finna andra kraftkällor. Länsstyrelsen anser sammanfattningsvis att proportionalitetsprincipen beaktats och att föreläggandet i övrigt anpassats för att ge CJ möjlighet till en långsiktig lösning.

Utförande eller bedrivande av en vattenverksamhet kräver som huvudregel tillstånd enligt 11 kap. 9 § miljöbalken. Förutsättningarna för att tillämpa undantagsbestämmelsen i 11 kap. 12 § miljöbalken är mycket begränsade och utgår från att det ska

vara uppenbart att verksamheten inte medför skada på motstående intressen. Förutsättningar att tillämpa undantagsbestämmelsen saknas i detta ärende då kraftverket med ilagda ledarmar i princip helt stänger av, dämmer upp och leder om vattenflödet i ån till kraftverket och därmed hindrar fiskens fria vandring i ån. Det är även oklart hur sättarnas dämning inverkar på uppströms liggande områden. I 3 § punkt 3 a förordningen om miljökonsekvensbeskrivningar stadgas att ett minikraftverk eller annat vattenkraftverk alltid ska antas medföra en betydande miljöpåverkan.

DOMSKÄL

I målet är klarlagt att något tillstånd för den av CJ bedrivna verksamheten inte har beviljats. CJ har därvid invänt att anläggningen inte varit tillståndspliktig, varken år 1930 då den byggdes eller år 1952 då den renoverades, enligt då gällande vattenlagstiftning. Även om CJ skulle ha fog för sin invändning innebär detta inte annat än att det inte föreligger någon skyldighet för honom att på eget initiativ söka lagligförklaring eller tillstånd. Han är däremot inte skyddad mot sådana förelägganden från tillsynsmyndigheten som, vid påföljd av förbud, kan avse bl.a. skyldighet att ansöka om lagligförklaring eller tillstånd eller att föranstalta om utrivning.

Som länsstyrelsen påpekat krävs som huvudregel tillstånd enligt 11 kap. 9 § miljöbalken för bedrivande av vattenverksamhet. Av 11 kap. 12 § miljöbalken framgår dock att tillstånd inte erfordras om det är uppenbart att varken allmänna eller enskilda intressen skadas genom vattenverksamhetens inverkan på vattenförhållandena. I förarbetena (prop. 1997/98:45 del 2 sid. 134) till sistnämnda stadgande uttalas att verksamhetsutövaren har bevisbördan för att förutsättningarna i bestämmelsen ska vara uppfyllda. Beviskravet är mycket starkt. Kravet på att förhållandet ska vara uppenbart innebär att tillståndsplikten omfattar i princip all slags vattenverksamhet av någon betydelse. Beträffande viss verksamhet av sådant slag, exempelvis dammar, får kravet på tillstånd anses vara undantagslöst. Mark- och miljödomstolen bedömer mot denna bakgrund den av CJ bedrivna vattenverksamheten som tillståndspliktig.

Vad gäller CJs invändning om hinder mot länsstyrelsens beslut på grund av preskription eller hävd kan konstateras att varken miljöbalken eller tidigare vattenlagstiftning innehåller några bestämmelser om preskription av tillståndsplikten. Invändningen om preskription saknar därför fog. Urminnes hävd kan utgöra en med tillstånd jämförbart rättighet vad gäller vattenanläggningar, varvid det ankommer på verksamhetsutövaren att styrka hävden. Enligt praxis krävs att hävden utövats i minst 90 år. Ombyggnader av någon omfattning av en äldre vattenanläggning medför en ny startpunkt för beräkning av hävdetiden. Reglerna om urminnes hävd utmönstrades ur svensk rätt år 1972 i samband med införandet av nya jordabalken. CJ har uppgett att kraftverket har funnits i Edeån sedan 1930-talet och att anläggningen renoverades och flyttades år 1952. Till följd av dessa omständigheter finner domstolen att den verksamhet som idag bedrivs vid Edeån inte kan anses tillståndsgiven till följd av urminnes hävd.

Mark- och miljödomstolen har ingen annan uppfattning än länsstyrelsen vad gäller tillämpning av proportionalitetsprincipen och kraftverkets inverkan på fisket i vattendraget.

Sammanfattningsvis finner mark- och miljödomstolen att CJs vattenverksamhet är tillståndspliktig, att något tillstånd för verksamheten inte föreligger och att länsstyrelsen haft fog för sitt föreläggande. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV427)

Överklagande senast den 28 oktober 2016. Prövningstillstånd krävs.

På mark- och miljödomstolens vägnar

Göran Simonsson

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Göran Simonsson och tekniska rådet Lars-Gunnar Sjölund. Föredragande har varit beredningsjuristen Therese Fällgren.