



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060304

DOM
2018-12-19
Stockholm

Mål nr
M 4798-17

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Vänersborgs tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2017-05-02 i mål nr M 3844-16, se bilaga A

PARTER

Klagande och motpart

1. A

2. B

Samma adress

Ombud för 1 och 2:

Advokaten x

Klagande och motpart

Länsstyrelsen i Värmlands län
651 86 Karlstad

SAKEN

Föreläggande att ansöka om lagligförklaring eller tillstånd för dammarna vid Acktjärn och Lillälgsjön i Storfors kommun samt föreläggande att ansöka om tillstånd för vattenverksamhet vid dammarna

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Med ändring av mark- och miljödomstolens dom upphäver Mark- och miljööverdomstolen Länsstyrelsens i Värmlands län beslut den 14 september 2016, dnr 535-655-2016.

Dok.Id 1395824

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.hovratt@dom.se www.svea.se		

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

A och **B** har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva föreläggandet att ansöka om lagligförklaring eller tillstånd för dammen vid Acktjärn och nedre dammen vid Lillälgsjön. De har vidare yrkat att Mark- och miljööverdomstolen i första hand ska upphäva föreläggandet om att ansöka om laglig-förklaring och tillstånd avseende dammen och vattenverksamheten vid övre dammen vid Lillälgsjön och i andra hand att föreläggandet ändras så att det utformas som ett förbud mot bedrivande av vattenverksamhet vid dammen om inte erforderlig tillståndsprövning av verksamheten sker.

Länsstyrelsen i Värmlands län har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska ändra mark- och miljödomstolens dom på så sätt att **A** och **B** även föreläggs att ansöka om tillstånd till vattenverksamhet avseende dammen vid Acktjärn och nedre dammen vid Lillälgsjön.

Parterna har motsatt sig varandras ändringsyrkanden.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

A och **B** har till stöd för sin talan vidhållit vad de har anfört tidigare och tillagt i huvudsak följande.

Föreläggande om lagligförklaring

Det finns inget avgörande från Mark- och miljööverdomstolen som avser föreläggande om lagligförklaring utan att det samtidigt utfärdats ett föreläggande om tillståndsprövning av en pågående vattenverksamhet i form av vattenkraftproduktion.

Länsstyrelsens föreläggande är utfärdat med stöd av 26 kap. 9 § miljöbalken. Lagligförklaring regleras emellertid inte i miljöbalken utan genom lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, MP. Ett föreläggande med stöd av nämnda bestämmelse kan därför inte meddelas enbart avseende lagligförklaring utan måste även ha sin grund i

miljöbalkens bestämmelser, såsom i samband med krav på tillståndsprövning av en vattenverksamhet enligt 11 kap. miljöbalken. Vidare framgår av ordalydelsen i 17 § MP att en ägare av en vattenanläggning "får" ansöka om lagligförklaring av anläggningen. Det finns inga bestämmelser som föreskriver att en anläggning ska lagligförklaras annat än om ägaren avser att förändra denna.

Dammarna är vattenanläggningar som otvetydigt omfattas av miljöbalkens bestämmelser om tillsyn enligt 26 kap. miljöbalken och de begränsningar som anges där. Länsstyrelsen har också inledningsvis angivit att motivet till föreläggandet varit att underlätta tillsynen av anläggningarna. Det har således funnits möjlighet för tillsynsmyndigheten att begära in uppgifter inom ramen för tillsynen, exempelvis uppgifter om dämmningsnivåer och dammarnas status. För detta krävs inte att dammarna lagligförklaras och ett föreläggande om lagligförklaring är oproportionerligt betungande för den enskilde.

Mark- och miljööverdomstolen har uttalat sig rörande äldre rättigheters rättskraft och konstaterat att sådana rättigheter (såsom urminnes hävd och privilegiebrev) kan ge en vattenrättslig rådighet till vattnet och en civilrättslig rätt till dämning men inte ses som tillstånd enligt miljöbalken för en pågående vattenverksamhet. Att äldre rättigheter, såsom urminnes hävd, kan grunda en rätt till vidmakthållande av en dammanläggning framgår exempelvis av Mark- och miljööverdomstolens dom rörande Blomfors kraftverk (rättsfallet MÖD 2007:39).

Det kan även konstateras att lagligförklaring ska ske med stöd av bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst. En ansökan om lagligförklaring innebär därmed att det inte kan bli aktuellt med skyddsåtgärder som kan motiveras utifrån miljöbalkens bestämmelser vid dammarna.

Mark- och miljödomstolen gör bedömningen att mycket talar för att anläggningarna omfattas av äldre rättigheter, företrädesvis urminnes hävd. Utifrån den dokumentation som presenterats i målet kan snarare konstateras att anläggningarna inte enbart omfattas av urminnes hävd utan tydlig dokumentation återfinns som visar att i vart fall två av dammarna har uppförts med erforderliga tillstånd och godkännanden. I

protokollet från Göta hovrätt 1630 rörande Ackkärrsdammen fastslår rätten till vatten och ”vattenverk” samt ägarnas och deras arvingars lagliga rätt att fritt, obehindrat och efter egen vilja bruka dem, torp och hamrar. Denna rätt ska enligt dokumentet fasthållas och inte olagligen återgå, förbjudas eller klandras.

Frånsett de formella invändningarna mot ett föreläggande om lagligförklaring kan konstateras att även de aktuella dammarna faktiskt omfattas av sådana äldre rättigheter som anses ha rättskraft enligt miljöbalken. Tillståndssituationen vid dammarna är inte oklar och någon ändring av dammarna planeras inte vilket innebär att de kriterier som uppställs för att ansöka om lagligförklaring inte föreligger (jfr 17 § MP).

Föreläggande att ansöka om tillstånd

Vad gäller frågan om det bedrivs vattenverksamhet vid dammen vid Acktjärn och den nedre dammen vid Lillälgsjön kan följande anföras. Byggande i vatten är som huvudregel tillståndspliktig verksamhet och påverkan på vattnet av uppförandet av en damm, dvs. dämningen till en ny vattennivå, prövas i samband med att dammen uppförs. Som framgår av ordet är en ”uppdämning” inte en pågående verksamhet utan en konsekvens av en åtgärd och som därefter består. Men även om själva uppdämningen som sådan skulle anses utgöra en pågående vattenverksamhet måste denna verksamhet rimligen ha prövats i samband med att dämningen sker. Något annat vore märkligt eftersom tillståndsprövningen av dammens uppförande annars skulle sakna mening.

Utöver detta kan tilläggas att definitionen av vad som utgör vattenverksamhet är en uttömmande uppräkningslista, som inte omfattar begreppet ”bibehållande” av en vattenanläggning. Länsstyrelsen avstår från att kommentera 24 kap. 1 § miljöbalken där det anges att ett tillstånd till utförande av en vattenanläggning även innefattar en rätt att bibehålla anläggningen. Vidare, i fråga om tolkningen av begreppet ”annan åtgärd” kan detta knappast avse bibehållande av en damm eller en pågående uppdämning då det med ordet ”åtgärd” enligt sedvanligt språkbruk avses en aktiv handling. Att bibehålla en damm kan aldrig innebära ändring av vattnets djup och läge.

Länsstyrelsens resonemang med påståenden som att ”uppdämning av vatten är en åtgärd som innebär förändring av vattnets djup eller läge” eller ”bibehållande av

dammar innebär alltid vattenverksamhet” leder till begreppsförvirring genom att begreppen vattenanläggning och vattenverksamhet samt konsekvenser av en vattenverksamhet sammanblandas. Anläggande av en vattenanläggning och andra åtgärder för att ändra vattnets djup eller läge utgör vattenverksamheter. Konsekvenserna av dessa vattenverksamheter prövas vid utförandet. Resultatet av en vattenverksamhet kan bli en vattenanläggning för vilken innehavaren har ett underhållsansvar.

Det saknas alltså stöd i lagtexten för en tolkning som innebär att det ska anses pågå en verksamhet i form av uppdämning vid en befintlig damm. Det finns snarare tydliga indikationer på att det inte har varit avsikten att göra anläggningar eller pågående äldre vattenverksamheter tillståndspliktiga. Att prövningen av vattenverksamheter avser just ”åtgärder” och inte anläggningar framgår på flera sätt i lagtexten och systematiken exempelvis vad gäller arbetstid, rättskraftsbestämmelsen och själva utformningen av tillståndsplikten som innebär prövning av uppdämningen vid en damm när denna anläggs. En åtgärd innefattar naturligtvis en aktiv handling som en part väljer att vidta.

Det bedrivs heller ingen vattenverksamhet vid den övre dammen i Lillälgsjön och därmed saknas rättslig grund för föreläggande om tillståndsprövning samt, av de skäl som anges ovan, rättslig grund för föreläggande om lagligförklaring. Syftet med dammen är att hålla uppe en hävdvunnen vattennivå i uppströmsliggande sjö. Den öppning som sker av luckor avser enbart att skydda mot skada för omgivningen vid mycket höga vattenflöden. Att förhindra skada på omgivande fastigheter är en skyldighet som åvilar varje fastighetsägare enligt bestämmelser i 3 kap. jordabalken.

Även om det skulle anses utgöra en vattenverksamhet att öppna luckor för att undvika översvämning anser de att verksamheten faller under undantagsbestämmelsen i 11 kap. 12 § miljöbalken, då syftet med åtgärden just är att inte skada allmänna och enskilda intressen genom vattenverksamhetens inverkan på vattenförhållandena. Åtgärden torde även vara försumbar ur ett miljöperspektiv.

Vidare kan konstateras att öppningen av luckan inte är något som sker till förmån för fastighetsägarnas intressen utan för att bibehålla hävdvunna nivåer i sjöarna vid höga flöden och för att motverka översvämning. Skulle öppningen av luckor vid höga flöden

anses utgöra tillståndspliktig vattenverksamhet måste även finnas en motsvarande rätt för dem att avstå från att bedriva denna verksamhet. Föreläggandet borde således ha utformats som ett förbud mot att bedriva den tillståndspliktiga verksamheten alternativt att ansöka om tillståndsprövning av denna. Ett förbud hade varit betydligt mindre ingripande för dem och därmed strider föreläggandet om tillståndsprövning mot proportionalitetsprincipen.

De aktuella dammarna anlades under 1600-1700-talen och har sedan dess delvis underhållits och reparerats men bibehållit sin huvudsakliga utformning och påverkan på vattenförhållandena. Anläggningarnas tillkomst och tillstånd är väl dokumenterade i flera handlingar vilka också har tillställts länsstyrelsen och en sammanfattning har ingivits till mark- och miljödomstolen.

Vid denna dämning etablerades en vattennivå som idag utgör ett etablerat vattenstånd till vilket naturmiljön och markanvändningen i övrigt anpassats. Denna nivå utgör det nollalternativ som eventuella förändringar ska jämföras mot. Det kan knappast vara samhällsekonomiskt önskvärt eller ens lagstiftarens avsikt att på ett generellt plan kräva att innehavare av historiskt etablerade vattenanläggningar ska tillståndspröva anläggningarna och återställa vattenmiljön till förindustriella förhållanden samt även tvingas bära ett kostnadsansvar för detta.

Det torde vara ställt utom tvivel att dammarna är lagliga och att i vart fall Acktjärndammen och övre dammen vid Lillälgsjön har tillståndsprövats enligt dåvarande rättsregler. Samtliga dammar omfattas således av sådana äldre rättigheter som har ansetts motsvara tillstånd enligt de äldre vattenlagarna och som även Vattenverksamhetsutredningen i sitt betänkande SOU 2013:69 konstaterat är gällande enligt miljöbalken (för tydlighets skull kan påpekas att detta inte innebär att tillstånden ska anses motsvara sådana tillstånd enligt miljöbalken som krävs för att bedriva vattenverksamhet).

Som tidigare redovisats i målet hos mark- och miljödomstolen har vissa reparationsåtgärder skett i modern tid men dessa har inte haft någon inverkan på vatten-

förhållandena och bedöms inte ha varit tillståndspliktiga enligt den lagstiftning som gällde vid utförandet.

Till stöd för sin talan har A och B bifogat en sammanfattning av dammarnas utformning samt tillståndsdokumentation, protokoll från Göta hovrätt, beslut från länsstyrelsen om bildande av naturreservatet Stor-Älgsjön, uppgifter om hydrologiska förhållanden vid och nedströms Lillälgsjön m.m.

Länsstyrelsen har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

Tillståndspliktig vattenverksamhet

Länsstyrelsen hänvisar till förarbetena till bestämmelsen i 11 kap. 3 § miljöbalken där det bland annat anförs att ”Även andra former av regleringar omfattas än sådana som i 5 § andra stycket benämns vattenreglering. Som exempel kan nämnas höjning av vattennivån i en sjö eller en våtmark i naturvårdssyfte samt omgrävning av en åfåra” (se prop. 1997/98:45 del 2 s. 126, jfr prop. 1981/82:130 s. 392 f och 395). I samband med införandet av en samlad reglering av frågor om dammsäkerhet i miljöbalken, varvid begreppet damm kom att definieras, anfördes bl.a. följande i förarbetena. ”Den första delen av den definition som regeringen föreslår, dvs. en vattenanläggning vars syfte är att dämna upp vatten, medför att alla typiska dammar innefattas i definitionen. [...] Därmed omfattas alla dammar i naturligt vatten av definitionen av damm. En damm är alltså anläggning som dämmer upp vatten” (se prop. 2013/14:38 s. 12, 18 f och 56).

Att bibehålla överfallsdammar innebär en reglering av vattnet i sjöar och vattendrag. Faktorer som påverkar vilken reglering som sker vid sådana dammar är både dammens utformning, inklusive på vilken höjd den fast anlagda överfallströskeln är belägen, och vattenföringen på platsen. Uppdämning och reglering av vatten på det sätt som anförs är en åtgärd i ett vattenområde som innebär en förändring av vattnets djup eller läge. En överfallsdamm anläggs naturligtvis också i syfte att förändra vattnets djup eller läge och så länge som dammen bibehålls får syftet anses vara detsamma.

Mark- och miljööverdomstolen har i dom den 21 januari 2015 mål nr M 2008-14 bl.a. uttalat följande: ”Också höjning av vattennivån i en sjö eller en våtmark, liksom dammar vilka innebär en kontinuerlig reglering av vattnet kan innebära vattenverksamhet”. Enligt dessa tidigare uttalanden i Mark- och miljööverdomstolens rättspraxis har det ansetts möjligt att betrakta t.ex. överfallsdammar som vattenanläggningar vid vilka det bedrivs vattenverksamhet. Detta bekräftas även genom rättsfallet MÖD 2017:45. Domstolen har därutöver i rättsfallet MÖD 2008:16 uttalat att en anläggning som uppförs i ett vattenområde är definitionsmässigt vattenverksamhet enligt 11 kap. 2 § första stycket 1 miljöbalken.

När en damm uppförs i ett vattenområde anläggs normalt en fångdamm så att arbetet med uppförandet av dammen kan ske i torrhet. Uppförandet av vattenanläggningen är en tillståndspliktig vattenverksamhet och den dämning och reglering som sedermera sker med dammen när fångdammen rivits är också en vattenverksamhet. Båda kräver tillstånd var för sig.

Med mark- och miljödomstolens tillämpning av begreppen vattenverksamhet och damm skulle ett stort antal dammar komma att falla utanför tillämpningsområdet för bestämmelserna om dammsäkerhet i 11 kap. 24–26 §§ miljöbalken. Länsstyrelsen har svårt att överblicka de fulla konsekvenserna av mark- och miljödomstolens tolkning, men är av uppfattningen att det är en stor och betydelsefull ändring av rättsläget om tolkningen ska anses riktig.

Om den dämning och reglering av vatten som sker vid dammarna inte är att betrakta som vattenverksamhet kan det även diskuteras om tillsynsmyndigheten har något tillsynsansvar över anläggningarna. Tillsynsansvaret gäller nämligen vattenverksamheter (se 2 kap. 29 § miljötillsynsförordningen (2011:13) och jfr även 3 kap. förordningen (1998:940) om avgifter för prövning och tillsyn enligt miljöbalken).

Sammanfattningsvis anser länsstyrelsen att den uppdamning och reglering av vatten som sker vid de aktuella överfallsdammarna vid Acktjärn och Lillälgsjön är att betrakta som vattenverksamhet. Det är uppenbart att något undantag från tillståndsplikten enligt 11 kap. miljöbalken inte föreligger för den aktuella vattenverksamheten.

Föreläggande om lagligförklaring

A och B argumenterar, med hänvisning till ett uttalande i författningskommentaren till 18 § MP som är något ryckt ur sitt sammanhang (prop. 1997/98:45 s. 391), för att ”[n]ågon tillståndsprövning av en vattenanläggning som är att anse som laglig enligt äldre bestämmelser behöver [...] inte ske enligt miljöbalken.” För att en anläggning ska kunna konstateras vara laglig måste det dock efter en ansökan om lagligförklaring ske en prövning av frågan om anläggningen är laglig. Att det inte skulle krävas tillstånd enligt miljöbalken eller lagligförklaring för tillståndspliktiga vattenanläggningar som saknar tillstånd är således felaktigt. När en befintlig anläggning väl blivit lagligförklarad finns däremot inte något krav på att anläggningen dessutom ska tillståndsprövas enligt miljöbalken.

Länsstyrelsen har enligt 26 kap. 1 § miljöbalken en skyldighet att vidta de tillsyns-åtgärder som behövs för att se till att bl.a. bestämmelserna om tillståndsplikt för vattenverksamheter iakttas (Mark- och miljööverdomstolens dom den 29 december 2015 i mål nr M 4313-15). En verksamhetsutövare som har en befintlig tillståndspliktig vattenanläggning som saknar tillstånd kan vidta rättelse på frivillig väg antingen genom att utverka ett tillstånd enligt 11 kap. miljöbalken eller en lagligförklaring enligt 17 § MP. När detta skett får tillståndsplikten enligt miljöbalken anses ha iakttagits. Ett föreläggande att ansöka om (tillstånd eller) lagligförklaring är därför ett sådant föreläggande enligt 26 kap. 9 § miljöbalken som behövs för att miljöbalken ska följas. Länsstyrelsens föreläggande att ansöka om (tillstånd eller) lagligförklaring har således – även om det kan noteras att det inte råder något analogiförbud inom miljörätten – rymts inom ordalydelsen och haft laga stöd i 26 kap. 9 § miljöbalken, även om institutet lagligförklaring regleras i MP.

Om dammarna tillkommit i enlighet med äldre bestämmelser och varit att betrakta som lagliga vid sin tillkomst eller om de varit att betrakta som olagliga vid sin tillkomst saknar betydelse för frågan om de är tillståndspliktiga enligt miljöbalkens bestämmelser, se ovan nämnda dom. Av den domen kan även konstateras att det enligt praxis är möjligt att förelägga en verksamhetsutövare att ansöka om lagligförklaring av en anläggning.

Mark- och miljööverdomstolen upphävde i dom den 12 maj 2016 i mål nr M 4466-15 länsstyrelsens beslut och mark- och miljödomstolens dom i sin helhet och förelade verksamhetsutövaren att ”ansöka om tillstånd till den vattenverksamhet som är nödvändig för driften vid Gullsby kraftverk, avseende de två kraftstationerna och dammen”. I domskälen uttalade Mark- och miljööverdomstolen bl.a. att ”I samband med ansökan om tillstånd kan ansökan göras om prövning av anläggningarnas laglighet (17 § MP).” Länsstyrelsens beslut hade även i detta fall avsett föreläggande att ansöka om tillstånd enligt miljöbalken eller lagligförklaring för bibehållande av de två kraftstationerna och dammen.

Länsstyrelsens uppfattning är, såsom framgår av föreläggandet, att prövningen av frågan om lagligförklaring (eller tillstånd) avseende anläggningarna bör ske samtidigt som tillståndsprövningen av den vattenverksamhet som bedrivs vid anläggningarna (jfr Mark- och miljööverdomstolens dom den 3 maj 2017 i mål nr M 3924-16).

Det kan aldrig vara oproportionerligt att kräva att en verksamhetsutövare, som har en tillståndspliktig vattenanläggning som saknar tillstånd, iakttar den tillståndsplikt som föreligger enligt gällande miljölagstiftning. Bestämmelserna om undantag från kravet på tillstånd är uppenbarligen inte tillämpliga i förevarande fall (11 kap. 9 a § och 12 § miljöbalken) och någon bestämmelse som medger undantag från tillståndsplikten därför att det framstår som oproportionerligt finns inte i miljöbalken.

A och B anför att de hellre avstår från att bedriva det som betraktas som tillståndspliktig vattenverksamhet vid övre dammen vid Lillälgsjön och att föreläggandet därför borde ändras och utformats som ett förbud att bedriva vattenverksamhet om inte erforderlig tillståndsprövning av vattenverksamheten sker.

Bibehållande av dammar innefattar alltid vattenverksamhet. Detta gäller oavsett om det är fråga om en överfallsdamm, om det är fråga om en damm med luckor som inte används eller om det är fråga om en damm med luckor som används. A och B kommer oavsett om de avstår från att använda luckorna i övre dammen vid Lillälgsjön att bedriva tillståndspliktig vattenverksamhet vid dammen.

Omfattas dammarna av äldre rättigheter?

Som förutsättning för att lagligförklaring av en anläggning ska kunna ske gäller att anläggningen har tillkommit utan tillstånd eller att tillståndsfrågan är oklar (17 § MP). A och B gör gällande att dammarna har tillståndsprovats enligt äldre rätt och att det därför inte är möjligt att kräva att anläggningarna laglig-förklaras. De menar även att dammarna omfattas av äldre rättigheter, företrädesvis urminnes hävd, som har rättskraft enligt miljöbalken.

Länsstyrelsen konstaterar att det numera genom rättspraxis är klargjort att varken rätt enligt urminnes hävd, privilegiebrev eller andra äldre rättigheter kan jämföras med tillstånd enligt miljöbalken (se t.ex. MÖD 2012:26–28, Högsta förvaltningsdomstolens dom den 14 oktober 2014 i mål nr 3127-14 och Mark- och miljööverdomstolens domar den 1 april 2016 i mål nr M 2767-15, M 7539-15 och M 7542-15).

Om Mark- och miljööverdomstolen, mot förmodan, anser att rättigheter på grund av urminnes hävd eller andra äldre rättigheter kan jämföras med ett tillstånd enligt miljöbalken (dvs. som tillstånd i efterhand avseende anläggande av anläggningarna), menar länsstyrelsen att A och B inte har visat att det föreligger några sådana rättigheter på grund av urminnes hävd eller andra äldre rättigheter som kan konstituera ett tillstånd enligt miljöbalken eller jämföras med en laglig-förklaring.

A och B påstår även att deras anläggningar har tillstånds-prövats enligt äldre rätt. En verksamhetsutövare som har en vattenanläggning eller bedriver en verksamhet som kräver tillstånd enligt miljöbalken har att visa att giltigt tillstånd föreligger för både vattenanläggningen och verksamheten (rättsfallen MÖD 2012:26–28 och Mark- och miljööverdomstolens dom den 29 december 2015 i mål nr M 4313-15). Det ankommer också på verksamhetsutövaren att styrka sina påståenden om innehållet i och rättskraftens omfattning hos det tillstånd som åberopas (Naturvårdsverkets rapport 5126. Tillsyn över vattenverksamheter. Genomgång av vissa rättsfrågor, R. Strömberg, Naturvårdsverket 2000 s. 16 och SOU 2013:69 s. 196).

En doms eller ett besluts rättskraft ska bedömas enligt de bestämmelser som gällde vid tiden för domens eller beslutets tillkomst (rättsfallet MÖD 2003:134 och Mark- och miljööverdomstolens dom den 3 februari 2016 i mål nr M 619-15). Det bör betyda att om rättsverkan var av en art som inte kan jämföras med rättskraften enligt 24 kap. 1 § miljöbalken bör inte domen eller beslutet anses ha någon rättskraft vid tillämpningen av miljöbalkens rättskraftsregel. Det betyder också att om rättskraftens räckvidd var snävare i något avseende enligt äldre rätt, har domen eller beslutet motsvarande eller, till följd av utformningen av 24 kap. 1 § miljöbalken, ännu snävare rättskraft idag.

Det är enligt 24 kap. 1 § miljöbalken bara ”frågor som har prövats i domen eller beslutet” som har rättskraft. Frågor som inte har redovisats i domen eller beslutet omfattas inte av rättskraften (rättsfallet MÖD 2013:50 och Naturvårdsverkets rapport 5126. Tillsyn över vattenverksamheter. Genomgång av vissa rättsfrågor, R. Strömberg, Naturvårdsverket 2000 s. 16).

I äldre rätt var frågor om uppförande av vattenanläggningar reglerade i civillag som tillhörde den näringsrättsliga lagstiftningen. Även 1880 års vattenrättsförordning betraktades som civilrättslig lagstiftning (NJA II 1882 nr 1 Inledning. s. 1-6). Äldre civilrättslig lagstiftning bör inte anses utgöra sådana ”motsvarande bestämmelser” i äldre lag som kan omfattas av 5 § MP. Utslag enligt äldre civilrättslig lagstiftning bör således inte vara att jämföras med tillstånd enligt miljöbalken.

Länsstyrelsen kan svårligen se att de dokument som A och B åberopat utgör tillstånd till någon av dammanläggningarna som kan jämföras med tillstånd enligt miljöbalken. Länsstyrelsen har inte ens kunnat utläsa att någon damm omnämns i dokumenten. Det är i stället industrin som fokus ligger på i dokumenten. Vattenverk som omnämns i ett av de åberopade dokumenten avsåg annat än dammar. Att vattenverk inte avsåg dammar framgår av t.ex. 10 § i 1880 års vatten-rättsförordning som föreskriver om anmälningsplikt om ”[n]ågon vill för vattenverk göra ny eller förändra äldre damm”.

Länsstyrelsen anser inte att A och B har visat att det finns något tillstånd för de aktuella anläggningarna som kan jämföras med ett tillstånd enligt miljöbalken som har en rättskraft av ett sådant omfång som i någon del medför hinder för länsstyrelsens föreläggande.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Bakgrund

I målet är fråga om tre dammar. Dammen vid Acktjärn (även kallad Ackkärrsdammen) och den nedre dammen vid Lillälgsjön vilka är överfallsdammar utan möjlighet att reglera vattnet, samt den övre dammen vid Lillälgsjön med viss möjlighet att reglera vattnet. Länsstyrelsen har förelagt A och B att ansöka om lagligförklaring eller tillstånd att bibehålla dammarna samt ansöka om tillstånd för bedrivande av vattenverksamhet vid samtliga tre dammar. Mark- och miljödomstolen har bedömt att det inte bedrivs någon vattenverksamhet som det måste sökas tillstånd för vid Acktjärnsdammen och den nedre dammen vid Lillälgsjön, varför domstolen ändrat länsstyrelsens beslut i denna del till att endast omfatta föreläggande att ansöka om tillstånd till vattenverksamheten vid övre dammen vid Lillälgsjön.

Av den utredning A och B har åberopat i målet framgår huvudsakligen följande om dammarna:

- Acktjärnsdammen uppfördes för bergsbruk och togs i drift 1630. Tillhörande vattenränna och vattenhjul revs ut på 1920-talet. Dammen förändrades genom att en mindre flottningslucka anlades för över hundra år sedan. Denna hade ingen vattenreglerande funktion och torrhållet bakom den sattes igen av säkerhetsskäl 1989. Dammen betongskoddes runt 1955 utan att vattenförhållandena påverkades. För smedjan finns tillståndshandlingar från 1625 och handlingar från Göta hovrätt från 1630 utvisande äganderätt och att anläggningarna var uppförda.
- Den övre dammen vid Lillälgsjön byggdes omkring 1699. Den ersattes 1978 av en ny damm på samma plats med samma funktion av dåvarande ägaren Domänverket. Detta utfördes som en underhållsåtgärd som inte ansågs tillståndspliktig.

- Den nedre dammen vid Lillälgsjön tillkom sannolikt under tidigt 1700-tal för att ge en fast höjd för inlopp till vattenrännan som ledde från dammkrönet till ett vattenhjul som var i funktion från tidigt 1700-tal till 1962. Vattenhjulet drev ursprungligen blåsbälgar och senare såg. Någon gång i början av 1900-talet ersattes hjulet av en turbin. Anläggningen revs 1962. Den nedre dammen ägdes av Kronan och underhölls under första halvan av 1900-talet utan ändrad funktion, läge eller dämning. Dammarna vid Lillälgsjön omfattas av ett privilegiebrev från 1683 innefattande rätt att driva Konungsskogens bruk med masugn.

Länsstyrelsens föreläggande

Med vattenverksamhet avses bl.a. uppförande av en anläggning i ett vattenområde, fyllning, bortledande av vatten och en annan åtgärd i ett vattenområde som syftar till att förändra vattnets djup eller läge (11 kap. 3 § miljöbalken). För vattenverksamhet krävs som huvudregel tillstånd (11 kap. 9 § miljöbalken). Den 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 gälla men även i detta fall är det verksamhetsutövaren som har att visa att så är fallet (rättsfallen MÖD 2012:26–28). Ett tillstånd att utföra en vattenanläggning innebär också en rätt att bibehålla denna anläggning (24 kap. 1 § miljöbalken).

Den övre dammen vid Lillälgsjön är försedd med dammluckor och är reglerbar. Viss reglering sker också. Det bedrivs alltså vattenverksamhet vid denna damm. Av den utredning som finns i målet framgår att verksamheten har bedrivits på platsen under mycket lång tid. Det finns privilegiebrev som avser rätt att driva bruk. Dammen får i vart fall anses omfattas av urminnes hävd. Även den vattenverksamhet som anläggandet av dammen medförde får anses omfattas av urminnes hävd. Den renovering som utfördes av dammen 1978 påverkade såvitt framgår inte vattenhushållningen och inte heller dammens läge eller dess funktion. Den hävd som fanns att reglera vattnet har därmed inte brutits.

Det har varit oklart om urminnes hävd kan likställas med andra äldre tillstånd och rättigheter som ska jämföras med tillstånd enligt miljöbalken, särskilt eftersom hävd inte räknas upp i 5 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, MP. När 1918 års vattenlag (1918:523), ÄVL, infördes påverkades inte äldre rättigheter, se 2 kap. 41 § ÄVL. Vattenverksamhetsutredningen föreslog ett förtydligande av 5 § MP (SOU 2013:69 s. 187ff) och nu införs en ny bestämmelse, 5 a § MP, där det anges att urminnes hävd, privilegiebrev och andra särskilda rättigheter att förfoga över vatten som avses i 2 kap. 41 § ÄVL är att jämföras med tillstånd enligt miljöbalken. Verksamheter som omfattas av urminnes hävd ska därmed anses ha miljöbalks-tillstånd. För att en samlad prövning av en sådan verksamhet ska ske krävs att verksamhetsutövaren själv tar initiativ till det eller att en myndighet begär omprövning enligt 24 kap. 5 § miljöbalken. För verksamheter som har eller har tillkommit för att ha en funktion för produktion av vattenkraftsel införs däremot krav på moderna miljö-villkor (prop. 2017/18:243, s. 102). Lagändringen träder i kraft den 1 januari 2019 och det saknas särskilda övergångsbestämmelser för ändringen i MP. Detta innebär att bestämmelsen ska tillämpas direkt vid ikraftträdandet, oavsett när ett mål eller ärende har inletts.

Det är i målet fråga om ett föreläggande att ansöka om tillstånd till vattenverksamhet inom viss tid och när detta föreläggande ska fullgöras har lagändringen trätt i kraft. Domstolen tillämpar därför bestämmelsen redan nu. Eftersom den verksamhet som bedrivs vid den övre dammen i Lillälgsjön och den verksamhet som anläggandet av dammen innebar omfattas av urminnes hävd saknas det grund för länsstyrelsens föreläggande rörande den övre dammen vid Lillälgsjön.

Även den nedre dammen vid Lillälgsjön och Acktjärnsdammen har funnits på platsen under mycket lång tid och det finns inga uppgifter om att dämningen har förändrats över tid. Det finns ett privilegiebrev för dammen vid Lillälgsjön och tillstånd till att driva smedja vid Acktjärnsdammen. Om bibehållandet av dammarna skulle anses vara pågående vattenverksamhet som kräver tillstånd enligt miljöbalken, omfattas denna verksamhet i vart fall av urminnes hävd. Även den vattenverksamhet som anläggandet av dammarna medförde omfattas av urminnes hävd. Det saknas alltså grund för länsstyrelsens föreläggande även rörande dessa dammar.

Sammanfattning

Mark- och miljööverdomstolen instämmer i underinstansernas bedömning att det bedrivs tillståndspliktig vattenverksamhet vid den övre dammen vid Lillälgsjön. Denna verksamhet omfattas av urminnes hävd, som från och med den 1 januari 2019 jämföras med ett miljöbalkstillstånd. Det saknas skäl att bedöma frågan om det bedrivs någon vattenverksamhet vid de passiva dammarna vid Acktjärn och nedre Lillälgsjön, eftersom vattenverksamheten i så fall omfattas av urminnes hävd. Även den vattenverksamhet som anläggandet av dammarna medförde får anses vara hävdvunnen.

Länsstyrelsens föreläggande ska därmed upphävas.

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

I avgörandet har deltagit hovrättsrådet Lars Borg, tekniska rådet Dag Ygland, hovrättsrådet Christina Ericson, referent, samt tf. hovrättsassessorn Ida Ståhle.

Föredragande har varit Vilma Herlin



VÄNERSBORGS TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2017-05-02
meddelad i
Vänernsbor

Mål nr M 3844-16

KLAGANDE

1. A

2. B

Samma adress

Ombud för 1 och 2: Advokaten x

MOTPART

Länsstyrelsen i Värmlands län
651 86 Karlstad

ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsen i Värmlands län beslut 2016-09-14 i ärende nr 535-655-2016, se bilaga 1

SAKEN

Föreläggande att ansöka om lagligförklaring respektive tillstånd för vattenverksamhet vid dammarna Acktjärn och Lillälgsjön i Storfors kommun

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen ändrar länsstyrelsens beslut till följande lydelse.

A, och B, föreläggs med stöd av 26 kap. 9 § miljöbalken, att hos Mark- och miljödomstolen vid Vänernsborgs tingsrätt inom 18 månader efter lagkraftvunnet avgörande ansöka om lagligförklaring enligt 17 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken eller tillstånd enligt 11 kap. 9 § miljöbalken för dammen vid Acktjärn och nedre dammen vid Lillälgsjön samt ansöka om lagligförklaring och tillstånd avseende dammen och vattenverksamheten vid övre dammen vid Lillälgsjön.

Dammarna är belägna på

Dok.Id 351419

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

fastigheterna Y, Z och Å i Storfors kommun.

BAKGRUND

Länsstyrelsen i Värmlands län beslutade den 14 september 2016 att förelägga A och B, att vid vite om 100 000 kr vardera, inom 18 månader från mottagandet av beslutet dels ansöka om lagligförklaring eller tillstånd för bibehållande av dammarna Acktjärn och Lillälgsjön i Storfors kommun, dels ansöka om tillstånd för bedrivande av vattenverksamhet vid dammarna i form av dämning av vatten.

Länsstyrelsen beslutade vidare att förena föreläggandet med ett löpande vite om 75 000 kr vardera för varje period om 6 månader som åtgärderna inte utförts.

Länsstyrelsen beslutade också att beslutet skulle gälla omedelbart även om det överklagades, se bilaga 1.

Mark- och miljödomstolen beslutade den 28 november 2016 att inhibera länsstyrelsens beslut.

YRKANDEN M.M.

A och B har överklagat länsstyrelsens beslut och yrkat att det ska upphävas. Till stöd för sin talan har de anfört i bl.a. följande.

Föreläggandet saknar laglig grund. Att bibehålla en damm utgör inte tillståndspliktig vattenverksamhet. Det är inte heller möjligt för tillsynsmyndigheten att förelägga om lagligförklaring för bibehållande av dammarna enligt 17 § MP. Lagligförklaring får enligt nämnda bestämmelse ske på ansökan av ägaren och ska avse anläggningen som sådan. En sedan flera hundra år tillbaka pågående dämning utgör inte tillståndspliktig vattenverksamhet. Av definitionen av vattenverksamhet i 11 kap. 3 § MB framgår att det ska vara fråga om en ”åtgärd” för att något ska ses som

en vattenverksamhet, exempelvis anläggande av en damm, bedrivande av en reglering eller bortledning av vatten.

Föreläggandet är fel i sak. Dammarna tillkom under 1600-1700-talen och har sedan dess delvis underhållits och reparerats men bibehållit sin huvudsakliga utformning och påverkan på vattenförhållandena. Anläggningarna omfattas av urminnes hävd och deras tillkomst är väl dokumenterad i bl.a. protokoll från Göta hovrätt, bergsprivilegier, jordaböcker, historiska kartor och lagfarter. En lagligförklaring av dammarna fyller knappast någon funktion, då en sådan ska prövas enligt de bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst. Det finns inget vattenkraftverk på platsen och någon verksamhet vid dammarna har inte bedrivits på lång tid.

De förvärvade de fastigheter inom vilka dammarna är belägna 1988 respektive 2006 och har sedan dess, bland annat genom damminspektioner 2012 och 2016 tillsett att dammarna är i fullt tillfredsställande skick och inte utgör någon fara för person eller egendom.

Föreläggandet är oproportionerligt. Att ett föreläggande syftar till att undanröja en icke önskvärd situation utgör knappast skäl för att förena detta med vite.

Föreläggandet syftar inte heller till att undanröja en överhängande eller allvarlig risk för skada och det finns inte heller skäl för länsstyrelsen att anta att de inte skulle rätta sig efter ett lagakraftvunnet beslut. Att vitesbelägga ett föreläggande av det aktuella slaget med så höga vitesbelopp, med hänsyn till rådande rättsläge och då inte ens länsstyrelsen har den rättsliga systematiken klart för sig, är inte förenligt med ansvarsfull myndighetsutövning. Det är uppenbart att det saknas skäl att förordna att beslutet ska gälla omedelbart.

Ett föreläggande är mycket betungande för en enskild fastighetsägare, då kostnaderna förenade med tillståndsprövning riskerar att uppgå till flera hundratusentals kronor. Ett föreläggande om domstolsprövning bör därför vara väl genomtänkt från myndigheternas sida, med korrekta faktauppgifter och en saklig

redogörelse för de rättsliga förhållandena. Det kan även ifrågasättas vilken nytta en lagligförklaring eller tillstånd innebär för länsstyrelsens möjlighet att bedriva tillsyn när det är fråga om dammar där ingen reglering sker.

De domar som länsstyrelsen hänvisar till avser pågående vattenverksamheter i form av vattenkraftverk med tillhörande vattenanläggningar. Det finns inte någon praxis från Mark- och miljööverdomstolen som avser ett föreläggande om lagligförklaring utan att det samtidigt utfärdats ett föreläggande om tillståndsprovning av en pågående vattenverksamhet i form av vattenkraftproduktion. Att äldre rättigheter kan grunda en rätt till vidmakthållande av en dammanläggning framgår exempelvis av Mark- och miljööverdomstolens (MÖD:s) avgörande i MÖD 2007:36. Även Vattenverksamhetsutredningen har konstaterat att sådana rättigheter har rättskraft enligt 24 kap. 1 § beträffande de frågor som prövats i den särskilda rättigheten.

Ackkärsdammen, som ursprungligen tillkom under åren 1624-1630, förstärktes med betong omkring 1955 i samband med att vägbron intill byggdes och 1989 kompletterades flottningsluckan i trä av säkerhetsskäl med betong på uppströmssidan (ovanför vattenytan). Dessa reparationsåtgärder har inte haft någon inverkan på vattenförhållandena och bedöms inte ha varit tillståndspliktiga enligt den lagstiftning som gällde vid utförandet eller som är tillämplig idag. Dammen i dess nuvarande utformning och uppdämningen av vatten vid denna omfattas således av en sådan äldre rättighet som är att jämställa med tillstånd enligt äldre vattenlagstiftning och har rättskraft enligt miljöbalken.

Övre dammen vid Lilla Älgsjön finns markerad i officiell dokumentation från 1699. 1978 var dammen i stort behov av reparation och byggdes därför om av dåvarande ägaren, Domänverket, men på samma plats och i samma huvudsakliga utformning som tidigare anläggning. I samband med detta skedde kommunikation med vattendomstolen men något tillstånd söktes inte. Sannolikt bedömdes att tillstånd inte erfordrades och dammen utformades efter av vattendomstolen uppgiven rådande dämningshöjd och försågs vid ombyggnaden med luckor för att på samma sätt som skett tidigare kunna hålla dessa öppna om det krävdes för att förebygga

skada för markägare upp- och nedströms dammen, jfr 2 kap. 29 § ÄVL).
Dämningshöjden i sjön är densamma som framgår av historiska dokument.
Dammen i dess nuvarande utformning och uppdämningen omfattas av en sådan äldre rättighet som har rättskraft enligt miljöbalken. De arbeten som skedde 1978 förändrade inte dammens huvudsakliga utformning och funktion i vattenområdet.

Den nedre dammen vid Lilla Älgsjön består av morän och slaggsten med en betongpågjutning på uppströmssidan, som bedöms ha skett under första delen av 1900-talet. Dammen tillkom i samband med verksamheten i hyttan, dvs sannolikt tidigt 1700-tal. Dammen har ingen reglerande funktion utan avsikten var att ha en fast höjd för ränna till vattenhjul, senare turbin, för att erhålla tillräcklig kraft för att driva hyttan. Efter nedläggningen har den använts som sågverksdamm. Dammen åtnjuter skydd av en sådan äldre rättighet som har rättskraft enligt miljöbalken.

Sjöarna Ackkärr och Hållsjön utgör i likhet med ett stort antal andra sjöar i området konstgjorda dammar som anlades under 1620-talet och all bebyggelse i området är tillkommen i relation till sjöarna. Både Ackkärr och Hållsjön är i översiktsplanen för Storfors kommun (2013) utpekade som nationellt värdefullt vatten ur kulturmiljöhanseende. Länsstyrelsens påståenden om att det föreligger allvarlig skada på grund av uppdämning av vatten, samt önskemålet om utrivning av dammarna, framstår redan mot denna bakgrund som förvånande och ogenomtänkt. Klassificeringen av vattenförekomsterna i VISS utgår enbart från hydromorfologiska kvalitetsfaktorer medan de biologiska kvalitetsfaktorerna, som är styrande för klassificeringen, inte ens har klassificerats då det saknas underlag. Hela vattenområdet karaktäriseras emellertid av höjdskillnader som skapar naturliga fall. Att vid arbete inom vattenförvaltningen inte ta hänsyn till naturliga vandringshinder såväl som sedan 1600-talet etablerade förhållanden kan möjligen förklaras av otillräckliga myndighetsresurser för utredningsarbete och därmed ett ofullständigt underlag. Att däremot grunda ett föreläggande med vite mot enskild på det aktuella underlaget är anmärkningsvärt. Det finns inget rättsligt stöd för att övervältra utredningsansvaret inom vattenförvaltningen på enskilda. Det är myndigheternas ansvar att tillse att de målsättningar som ramvattendirektivet uppställer genomförs

genom att utarbeta ett relevant och realistiskt åtgärdsprogram och sedan genomföra detta med stöd av de bestämmelser i svensk rätt som står till buds.

Länsstyrelsen i Värmlands län har bestridit bifall till överklagandet men medgett att förordnandet att föreläggandet ska gälla omedelbart upphävs.

Länsstyrelsen har anfört bl.a. följande. Definitionen av en vattenanläggning är en anläggning som har tillkommit genom en vattenverksamhet och uppförandet av de i målet befintliga anläggningarna innebar också vattenverksamhet, vilket utgör grunden för att anläggningarna måste tillståndsprövas eller lagligförklaras. Både att bibehålla de aktuella dammanläggningarna – som tillkommit genom vattenverksamhet – och att bedriva vattenverksamhet i form av dämning och reglering är tillståndspliktigt enligt 11 kap. miljöbalken. Att det görs åtskillnad mellan uppförandet av en vattenanläggning och den vattenverksamhet som ska bedrivas vid anläggningen, dvs. den verksamhet för vars syfte vattenanläggningen uppförs, är grundläggande inom vattenrätten. Att överfallsdammar/dammar vid vilka det inte bedrivs någon ”aktiv reglering” inbegriper vattenverksamhet finns det också exempel på i rättspraxis. Beträffande den övre dammen vid Lilla Älgsjön kan det också noteras att de klagande har uppgett att dammen används till viss reglering för att undvika översvämningar. Av MÖD:s dom den 29 december 2015 i mål nr M 4313-15 framgår att det krävs tillstånd eller lagligförklaring för att bibehålla en befintlig vattenanläggning vars uppförande är tillståndspliktigt enligt miljöbalkens bestämmelser.

Numera är det genom rättspraxis klagat att varken rätt enligt urminnes hävd, privilegiebrev eller andra äldre rättigheter kan jämföras med tillstånd enligt miljöbalken. Vattenverksamhetsutredningens uttalanden i fråga om huruvida äldre rättigheter kan jämföras med rättskraftiga tillstånd är därmed överspelade.

Urminnes hävd rör endast civilrättsliga förhållanden mellan olika parter och rättigheter grundade på urminnes hävd är således inte heller ett offentligrättsligt tillstånd som meddelats genom beslut av behörig myndighet eller domstol. MÖD

har uttalat att en rätt enligt privilegiebrev utgör en särskild rättighet att förfoga över vattnet men att detta inte kan jämföras med ett tillstånd enligt miljöbalken. B och A har inte visat att det finns något tillstånd enligt miljöbalken eller enligt bestämmelser i en lagstiftning som upphävts genom miljöbalken eller motsvarande bestämmelser i äldre lagstiftning för anläggande och bibehållande av de aktuella dammarna och inte heller för den vattenverksamhet som bedrivs vid desamma. De har inte heller visat att anläggningarna har lagligförklarats enligt 17 § MP.

Urminnes hävd föreligger inte i detta fall. Av utredningen i målet framgår att dammarna ändrats i väsentliga avseenden sedan sin tillkomst och under den tid som skulle ha kunnat kvalificera dammarna för urminnes hävd. Delar av dammarnas konstruktion har således också tillkommit efter 1882. Övre dammen vid Lilla Älgsjön byggdes enligt vad som framgår av utredningen på 1970-talet. Vad B och A anfört ger vid handen att dammen byggdes "för att spara en redan existerande damm - vägbro i omedelbar anslutning till dammen" och att det är fråga om en ny damm som uppförts på en ny plats. Tidskriteriet är således inte uppfyllt med avseende på dammarna eftersom förhållandena inte har bestått under i hela kvalifikationstiden.

När det gäller den vattenverksamhet som bedrivs vid dammarna kan det också konstateras att den förändrats i väsentliga avseenden under kvalifikationstiden för urminnes hävd. Övre dammen vid Lilla Älgsjön har två luckor och används idag enligt B och A endast för viss reglering för att undvika översvämningar. Dammen Acktjärn och nedre dammen vid Lilla Älgsjön fungerar idag som överfallsdammar.

B och A har i målet uppgett att den tidigare vattenkraftproduktion upphörde för 94 år sedan vid dammen Acktjärn. De har uppgett att vattenkraften vid denna damm tidigare använts till förmån för ett frörenseri och som kraft till gården fram till 1924, då elproduktionen lades ner. Dammen Acktjärn har också tidigare varit försedd med en flottningslucka och

uppenbarligen även använts för den flottning som enligt vad som uppgetts i målet i östra Värmland avslutades 1966.

Nedre dammen vid Lilla Älgsjön användes enligt uppgifter i målet till förmån för turbindrifft vid en hytta innan denna lades ner 1876 och har därefter använts till förmån för en sågverksamhet som lades ner 1962. Även övre dammen vid Lilla Älgsjön bör ha reglerats till förmån för sågverksamheten. B och A anför också att inte heller någon verksamhet som har samband med övre dammen vid Lilla Älgsjön har bedrivits sedan 1960-talet. De uppger att vatten-verksamhet bedrivs sedan över 50 år inte alls vid dammarna vid Lilla Älgsjön. Motsatsvis kan det konstateras att B och A är av uppfattningen att det bedrevs vattenverksamhet vid dessa dammar för 50 år sedan.

Tidskriteriet är således inte uppfyllt med avseende på den vattenverksamhet som bedrivs vid de i målet aktuella dammarna eftersom förhållandena med avseende på verksamheten inte har bestått under hela kvalifikationstiden.

I HydroTerras rapport om fördjupad damminspektion, daterad den 5 november 2012, konstateras beträffande övre dammen vid Lilla Älgsjön – som i rapporten benämns Älgsjöns regleringsdamm – i fråga om dämningen och vattennivåmätningen vid dammen följande.

Dämningsgräns är okänd. Magasinsnivån förefaller åtminstone stundtals vara högre än dammen konstruerats för.

Pegelskala saknas, dämningsgräns är okänd, vattennivåmätningen sker informellt relativt odefinierad referenspunkt.

Även avseende nedre dammen vid Lilla Älgsjön anføres i en rapport upprättad av HydroTerra samma datum att *dämningsgräns är okänd* och att *pegelskala saknas*.

Mot bakgrund av dessa uppgifter kan B och A knappast heller anses ha visat de har rätt enligt urminnes hävd till vattenverksamhet i form av dämning och reglering mellan vissa vattennivåer vid dammarna vid Lilla Älgsjön.

Det kan inte anses mer ingripande än vad som behövs att kräva att B och A iakttar den tillståndsplikt som föreligger enligt gällande lagstiftning.

Dammarna skapar bl.a. bristande konnektivitet vilket gör att miljö kvalitetsnormen god ekologisk status inte uppnås. De i målet aktuella dammanläggningarna – anläggningar av ett slag som typiskt sett orsakar allvarliga miljöskador – måste rivas ut alternativt måste miljöförbättrande åtgärder vidtas.

Om miljö kvalitetsnormerna ska kunna uppnås i tid bör onödig förhållning av de processer som måste föregå de miljöåtgärder som krävs för iakttagande av normerna och de EU-rättsliga förpliktelser som följer av ramvattendirektivet för vatten undvikas. En inte oviktig aspekt är härvid att Sverige inte ska drabbas av EU:s sanktioner på grund av fördragsbrott. Den tidsfrist som verksamhetsutövarna har på sig att efterleva föreläggandena är väl tilltagen. Det saknas skäl att inhibera föreläggandet och det är viktigt att verksamhetsutövarna är medvetna om att föreläggandet hela tiden gäller och inrättar sitt beteende för att kunna iaktta de förpliktelser som följer av föreläggandena inom den föreskrivna tidsfristen. Trots information om rättspraxis har B och A menat att de har rätt att bibehålla anläggningen och fortsatt bedriva verksamheten utan att behöva ansöka om tillstånd eller lagligförklaring. Tillräcklig effektivitet i tillsynen har bedömts endast kunna nås genom att förena föreläggandena med vite, vilket är helt i enlighet med gällande rättspraxis. Enligt miljöbalkens förarbeten är en ökad användning av vitesförelägganden åsyftad för att effektivisera tillsynsverksamheten. De vitesbelopp som bestämts är också väl avvägda och proportionerliga i förhållande till de kostnader som är förenade med de förpliktelser i form av att ansöka om tillstånd/lagligförklaring och krav på miljöförbättrande åtgärder alternativt utrivning.

Enligt grundläggande miljörettsliga principer bör det i första hand ankomma på verksamhetsutövarna att, om dammarna ska bibehållas, vidta och bekosta de miljöförbättrande åtgärder som krävs vid dammarna för att gällande miljölagstiftning ska efterlevas alternativt att riva ut anläggningarna. Det är i nuläget upp till B och A att avgöra om de vill ha kvar dammarna eller riva ut dem. Det saknas skäl, eller ens möjlighet, att tillämpa bestämmelserna i 24 kap. miljöbalken. De närmare kraven på vilka miljöförbättrande åtgärder som är erforderliga får utredas i eventuell kommande tillstånds- och lagligförklaringsprocess och någon möjlighet att ge avkall på de krav på tillstånd och lagligförklaring som följer av gällande lagstiftning med hänsyn till den villighet att diskutera åtgärder som ägarna manifesterat finns inte.

Det är inte frivilligt för verksamhetsutövare att välja att ansöka om tillstånd eller att bibehålla anläggningen utan att söka tillstånd. Länsstyrelsen har därför förelagt B och A att ansöka om tillstånd enligt miljöbalken, men då det enligt lagstiftningen finns en möjlighet för verksamhetsutövare att lagligförklara anläggningar och det alternativet kan innebära fördelar för verksamhetsutövaren, har länsstyrelsen utformat föreläggandet så att de i stället för att söka tillstånd enligt miljöbalken kan välja att ansöka om lagligförklaring av anläggningarna.

Om det finns andra dammar uppströms och nedströms de nu aktuella dammarna, om det finns naturliga vandringshinder, om det finns nationellt värdefulla vatten ur kulturmiljösynpunkt etc. saknar betydelse för frågan om B och A har giltiga tillstånd.

DOMSKÄL

Länsstyrelsens föreläggande avser tre olika dammar. Parterna har i domstolen fört en omfattande argumentation för sina respektive ståndpunkter gällande länsstyrelsens föreläggande. Domstolen koncentrerar sina domskäl till det som

framstår som väsentligt och relevant i målet utifrån domstolens uppfattning om gällande rätt.

Ackkärrsdammen är en överfallsdamm där det saknas möjlighet att reglera vattnets djup eller läge med luckor eller dylikt. Något vattenkraftverk finns inte vid dammen. Det har inte framkommit att någon vattenverksamhet som det måste sökas tillstånd för bedrivs där. Anläggningen som skapar dämningen tillkom för flera hundra år sedan och har i allt väsentligt varit oförändrad sedan dess. Enligt vad som framkommit av utredningen i målet är det mycket som talar för att anläggningen omfattas av en äldre rättighet, företrädesvis urminnes hävd. Något hinder att förelägga makarna A och B att ansöka om lagligförklaring av anläggningen finns enligt domstolens mening inte (jfr SOU 2013:69 s. 203 f.). Denna kan förenas med villkor enligt 17 § fjärde stycket MP. Makarna A och B kan istället ansöka om tillstånd om de föredrar det.

För den nedre dammen vid Lillälgsjön är omständigheterna liknande de vid Ackkärrsdammen och det saknas skäl att göra annan bedömning än den som gjorts ovan för sistnämnda damm

Vad gäller övre dammen vid Lillälgsjön skiljer den sig från de båda andra genom att det där bedrivs tillståndspliktig vattenverksamhet av B och A genom att de ibland öppnar två luckor vid höga flödessituationer för att undvika översvämning uppströms och nedströms dammen. Med hänsyn härtill finns det fog för att förelägga makarna A och B att ansöka om tillstånd till denna vattenverksamhet och ansöka om laglighetsförklaring eller tillstånd för anläggningen.

Föreläggandet avser ett förhållande som varat under mycket lång tid. Det handlar inte om att skador eller olägenheter måste förhindras genom omedelbara åtgärder. Föreläggandet avser inte någon åtgärd som konkret gäller skydd för miljön utan det är fråga om upprättande och inlämnande av en ansökan om tillstånd eller lagligförklaring. Med hänsyn till det nu anförda saknas skäl att låta föreläggandet

gälla omedelbart. Föreläggandet ska därför ändras i denna del, vilket länsstyrelsen också medgett.

Det finns inget som tyder på att makarna A och B inte kommer att rätta sig efter en lagakraftvunnen dom. Föreläggandet bör bl.a. därför inte förenas med vite utan även i denna del ska länsstyrelsens beslut ändras.

Tiden för fullgörande av föreläggandet ska förlängas på sätt som framgår av domslutet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 427)

Överklagande senast den 23 maj 2017.

Stefan Mattsson

Nils-Göran Nilsson

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Stefan Mattsson, ordförande, och tekniska rådet Nils-Göran Nilsson. Föredragande har varit beredningsjuristen Marina Fagermoen.