



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
060307

DOM
2019-01-15
Stockholm

Mål nr
M 8563-17

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Vänersborgs tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2017-09-21 i mål nr M 2776-16, se bilaga A

PARTER

Klagande

1. Länsstyrelsen i Värmlands län
651 86 Karlstad
2. Sveriges Sportfiske- och fiskevårdsförbund
Svartviksslingan 28
167 39 Bromma
3. Älvräddarnas Samorganisation
Kläppvägen 2 B
880 30 Näsåker

Motparter

1. AL

2. ML

Ombud för 1 och 2: Jur.kand. CR

SAKEN

Föreläggande att ansöka om lagligförklaring eller tillstånd för dammen Högboda i Lerbodaälven i Kils kommun

Dok.Id 1454416

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 09:00–16:30
		E-post: svea.avd6@dom.se www.svea.se		

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Mark- och miljööverdomstolen avslår överklagandena.

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Länsstyrelsen i Värmlands län har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva mark- och miljödomstolens dom och antingen fastställa länsstyrelsens beslut eller återförvisa målet till mark- och miljödomstolen för ny prövning.

Sveriges Sportfiske- och fiskevårdsförbund (Sportfiskarna) har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva mark- och miljödomstolens dom och fastställa länsstyrelsens beslut.

Älvräddarnas Samorganisation (Älvräddarna) har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen i första hand ska upphäva mark- och miljödomstolens dom och fastställa länsstyrelsens beslut och i andra hand återförvisa målet till mark- och miljödomstolen för ny prövning.

AL och **ML** har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Länsstyrelsen har anfört i huvudsak samma skäl som i mark- och miljödomstolen med följande tillägg:

En rättighet som uppkommer genom urminnes hävd kan inte likställas med ett tillstånd enligt miljöbalken och det utgör därför inget hinder mot ett föreläggande att ansöka om lagligförklaring eller tillstånd. Om urminnes hävd kan likställas med ett tillstånd så kan det konstateras att kriterierna för att göra gällande urminnes hävd inte är uppfyllda i detta fall eftersom både dammen och vattenverksamheten vid denna har genomgått förändringar över tid. Den som gör gällande en rättighet enligt urminnes hävd har bevisbördan för påståendet och beviskravet är inte lägre bara för att det rör sig om äldre förhållanden. Bevisbördan gäller både förekomsten av ett giltigt tillstånd och vad det innehåller.

För att anläggningen och verksamheten ska vara i överensstämmelse med EU:s ramdirektiv för vatten är det nödvändigt med en tillståndsprövning där villkor föreskrivs för miljöförbättrande åtgärder såsom exempelvis faunapassage och minimitappning.

Älvräddarna har anfört i huvudsak detsamma som länsstyrelsen med följande tillägg: Konnektivitet är ett absolut krav för att uppnå god ekologisk status och bedömningen ska göras utifrån ett referensförhållande som är i stort sett opåverkat av människan. En dämning av aktuellt slag är därför inte förenlig med gällande miljökvalitetsnorm. Av samma skäl utgör dämningen en allvarlig miljöskada enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/35/EG av den 24 april 2004 om miljöansvar för att förebygga och avhjälpa miljöskador. Det finns inget rättskraftshinder mot ett föreläggande att söka tillstånd och lagligförklaring. Länsstyrelsens föreläggande är proportionerligt och lämpligt utformat.

Sportfiskarna har anfört i huvudsak detsamma som länsstyrelsen.

AL och **ML** har anfört i huvudsak samma skäl som i mark- och miljödomstolen med följande tillägg: Högbodadammen kan inte förväxlas med någon konkurrerande anläggning eller verksamhet och den utredning som har lagts fram är fullt tillräcklig för att styrka dammens ursprung. Att såg- och kvarnverksamheten inte längre finns kvar innebär inte att ny vattenverksamhet bedrivs vid dammen. Det EU-direktiv Älvräddarna har hänvisat till har implementerats i svensk rätt genom en möjlighet att anpassa villkoren genom en omprövning av en befintlig verksamhets tillstånd. Det finns därför inte skäl för länsstyrelsens föreläggande.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Mark- och miljööverdomstolen delar underinstansernas bedömning att det bedrivs tillståndspliktig vattenverksamhet vid den aktuella dammen. Som mark- och miljödomstolen redovisat är det verksamhetsutövaren som har att visa att giltigt

tillstånd för verksamheten föreligger. Ett tillstånd att utföra en vattenanläggning innebär också en rätt att bibehålla anläggningen (24 kap. 1 § miljöbalken).

Den 1 januari 2019 trädde lagen (2018:1419) om ändring i lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, MP, ikraft. Lagen innehåller en ny 5 a § med följande lydelse:

En verksamhet som bedrivs i enlighet med en urminnes hävd, ett privilegiebrev eller en annan sådan särskild rättighet att förfoga över vatten som avses i 2 kap. 41 § vattenlagen (1918:523) ska anses bedrivas med stöd av en rättighet som har tillkommit enligt motsvarande bestämmelser i miljöbalken eller i föreskrifter som har meddelats med stöd av miljöbalken, om det inte följer något annat av denna lag eller av föreskrifterna.

Bestämmelsen innebär att äldre rättigheter såsom urminnes hävd kan likställas med tillstånd enligt miljöbalken. Enligt förarbetena har den som påstår sig ha stöd för sin verksamhet i en äldre rättighet bevisbördan för rättighetens existens och dess innehåll. I de flesta fall bör skriftlig dokumentation kunna krävas. Eftersom det beträffande urminnes hävd oftast saknas skriftlig dokumentation får bevisningen i stället fullgöras t.ex. genom en utredning som visar på vilket sätt verksamheten har bedrivits sedan lång tid tillbaka utan invändning från motstående intressen. Den som inte kan styrka sin rätt, är inte skyddad mot tillsynsmyndighetens krav på att tillstånd ska sökas eller krav på att vidta skyddsåtgärder eller andra försiktighetsmått. En äldre rättighet i form av urminnes hävd har rättskraft endast beträffande de frågor som kan visas vara tillåtna i förhållande till hur anläggningen är konstruerad och verksamheten bedrivits (se prop. 2017/18:243 s. 110).

Under lagstiftningsarbetet anfördes vidare att beviskraven i fråga om vad den äldre rättigheten omfattar inte ska ställas så höga att det i praktiken blir omöjligt att bevisa vad som är rättskraftigt avgjort. För urminnes hävd bör det räcka med att verksamhetsutövaren med hänsyn till omständigheterna kan göra sannolikt att den verksamhet som bedrivs i dag inte i något väsentligt avseende skiljer sig från hur den

kan antas ha bedrivits före införandet av de tillståndskrav som miljöbalken sedan ersatte (se Civilutskottets betänkande 2017/18:CU31 s. 19).

AL och ML har gjort gällande att verksamheten omfattas av urminnes hävd och därmed sådan rättskraft som motsvarar tillstånd enligt miljöbalken. Till stöd för detta har de åberopat bl.a. överlåtelsehandlingar och kartor. Mark- och miljööverdomstolen anser att AL och ML genom åberopade handlingar har visat att den verksamhet som bedrivs vid dammen i dag inte i något väsentligt avseende skiljer sig från hur den kan antas ha bedrivits före införandet av de tillståndskrav som miljöbalken sedan ersatte. Urminnes hävd måste därför anses ha uppkommit. Eftersom dammens läge och funktion samt dess inverkan på vattenförhållandena i allt väsentligt förefaller ha varit desamma sedan uppförandet innebär omständigheten att vattenavledningen till såg och kvarn upphörde på 1970-talet inte att hävden har brutits. Inte heller är detta följderna av att byggnadsmaterial i dammbyggnaden bytts ut sedan uppförandet.

Enligt den nya bestämmelsen i 5 a § MP motsvarar urminnes hävd ett tillstånd enligt miljöbalken. Eftersom lagändringen inte har några övergångsbestämmelser ska den tillämpas direkt vid ikraftträdandet, oavsett när ett mål eller ärende har inletts. Det är i målet fråga om att ansöka om lagligförklaring och tillstånd till vattenverksamhet inom viss tid och när föreläggandet ska fullgöras har lagändringen trätt ikraft. Domstolen tillämpar därför den nya bestämmelsen i målet.

Mot bakgrund av det anförda bedömer Mark- och miljööverdomstolen att tillsynsmyndigheten saknat grund för att förelägga AL och ML om att ansöka om lagligförklaring och tillstånd för vattenverksamheten vid Högbodadammen. Följaktligen var det korrekt av mark- och miljödomstolen att upphäva länsstyrelsens beslut om föreläggande. Överklagandena ska därför avslås.

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

I avgörandet har deltagit hovrättsrådet Henrik Löf, tekniska rådet Dag Ygland, hovrättsrådet Christina Ericson och tf. hovrättsassessorn Anders Wallin, referent.

Föredragande har varit Harry Hodzic.



VÄNERSBORGS TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2017-09-21
meddelad i
Vänernsborg

Mål nr M 2776-16

KLAGANDEN

1. ML

2. AL

Ombud för 1 och 2:
Jur.kand. CR

MOTPART

Länsstyrelsen i Värmlands län
651 86 Karlstad

ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsen i Värmlands län beslut den 20 juni 2016, i ärende nr 535-7224-2013,
se bilaga 1

SAKEN

Föreläggande att ansöka om lagligförklaring eller tillstånd för bibehållande av
dammen Högboda i Lerbodaälven, Kils kommun

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen upphäver Länsstyrelsen i Värmlands län beslut den 20
juni 2016 i ärende 535-7224-2013.

Dok.Id 339154

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

BAKGRUND

Länsstyrelsen i Värmlands län beslutade den 20 juni 2016 att med stöd av 11 kap. 9 §, 26 kap. 9 § och 26 kap. 14 § miljöbalken förelägga AL och ML att vid vite om 50 000 kr vardera inom 18 månader från delfående av detta beslut hos mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt

- Dels ansöka om lagligförklaring enligt 17 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken eller tillstånd enligt 11 kap. 9 § miljöbalken (1998:808) för bibehållande av dammen Högboda, vilken är belägen på fastigheten Lerboda 1:100 i Kils kommun, dels ansöka om tillstånd enligt 11 kap. 9 § miljöbalken för bedrivande av vattenverksamheten vid dammen i form av dämning av vatten.

Länsstyrelsen förelade vidare AL och ML att för varje period om 6 månader, räknat från den dag som ansökan enligt föreläggandet ovan senast skulle vara inkommen till mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt, om de i föreläggandet ovan angivna åtgärderna inte har utförts, betala ett vite om 50 000 kr vardera.

Beslutet skulle gälla omedelbart även om det överklagades.

Mark- och miljödomstolen förordnade den 17 januari 2017 att länsstyrelsens beslut om att föreläggandet ska gälla omedelbart tills vidare inte ska gälla.

YRKANDEN M.M.

ML och AL har, såvitt nu är av intresse, yrkat i första hand att beslutet såvitt avser föreläggande om ansökan om lagligförklaring och ansökan om tillstånd upphävs. I andra hand yrkar de att beslutet om att föreläggandet ska förenas med vite upphävs. De har anfört bl.a. följande. Såvitt avser beslutet att föreläggandet ska förenas med vite enligt 26 kap. 14 § miljöbalken ska här särskilt anmärkas att det ankommer på länsstyrelsen att noga ange skäl och motivera sitt beslut om vite som alltså måste vara särskilt påkallat. Vite kan inte vara motiverat om ohörsamhet i förhållande till ett lagakraftvunnet föreläggandet samtidigt är straffsanktionerat. Beslutet att föreläggandet ska förenas med vite ska

på ovan redovisade grunder upphävas. Föreläggandet om ansökan om laglig förklaring och tillstånd inskränker den rätt som rättskraften i urminnes hävd i aktuellt fall ostridigt föreligger. Sådan inskränkning står i strid med bestämmelsen i 26 kap. 9 § tredje stycket miljöbalken. Skulle domstolen inte finna att den pågående verksamheten (dämning) omfattas av rättskraft baserad på urminnes hävd åberopas till grund för överklagandet att föreläggandet är mer ingripande än vad som behövs i det enskilda fallet (se 26 kap. 9 § andra stycket miljöbalken). De har i skriftväxling till länsstyrelsen åberopat omfattande dokumentation om den aktuella dammanläggningens bakgrund och historia. Länsstyrelsen har i sitt beslut i väsentliga delar återgivit nämnda historik. Sättet på vilket länsstyrelsen har beaktat redovisade fakta ger inte anledning till annan slutsats än att det är otvistigt att dammanläggningen och dess dämmande funktion letar sig tillbaka cirka 350 år (eller längre). De har anfört och anför nu alltjämt att dammanläggningen och den verksamhet som kan anses fortgå (dämning) omfattas av urminnes hävd och därmed sådan rättskraft som motsvarar tillstånd enligt miljöbalken. Dammanläggningen har inte efter 1882 genomgått någon påtaglig och ur miljösynvinkel ändrad utformning och inte heller verksamheten som bedrivs vid dammen (dämning). En vattenanläggning (t.ex. en dammanläggning) och verksamheten som är förenad med denna tillkommit och bedrivits under så lång och okändrad tid att urminnes hävd kan åberopas med de rättsverkningar detta medför har bl.a. prövats och avgjorts i flertal avgöranden. Av dessa avgöranden som visar på såväl likheter som skillnader med nu aktuell fall är två domar meddelade av Mark- och miljööverdomstolen. Dom meddelad den 1 april 2016, M 7539-15, överprövning av mark- och miljödomstolen i Vänersborgs dom den 12 augusti 2015, M 4524-14, Horsabäcks kvarn. Inledningsvis är värt att notera att mark- och miljödomstolen i domskälen redovisar vad urminnes hävd är för rättsfigur och vilka rättsverkningar som detta medför. Även om olika synsätt och uppfattningar kan göras gällande så finns det skäl att numera anse att urminnes hävd är en rättighet som kan jämföras med tillstånd. Ett sådant tillstånd får då även anses omfatta den verksamhet som följer av den anläggning som tillkommit. I det aktuella målet har emellertid mark- och miljödomstolen konstaterat att verksamhetens inriktning har förändrats genom att utrusta anläggningen med turbiner för kraftproduktion. Med denna utgångspunkt

kan därför den nu pågående verksamheten inte omfattas av tillstånd grundad på urminnes hävd. Mark- och miljödomstolen fann samtidigt att det på grund av särskilda omständigheter att fiskväg fanns anlagd och att en tillståndsprövning inte kunde förväntas medföra ”någon beaktansvärd förändring” och ”därmed föga angelägen”. Till följd av denna bedömning ansågs föreläggandet vara mer ingripande än vad som var nödvändigt. Föreläggandet upphävdes därför. Mark- och miljööverdomstolen å sin sida anförde i domskälen att vare sig anmälningspliktig eller undantagsregeln om tillståndsplikt var tillämplig. Vidare uttalade Mark- och miljööverdomstolen att eftersom det således är fråga om tillståndspliktig vattenverksamhet som bedrivs utan tillstånd har det funnits fog för ett föreläggande att ansöka om tillstånd till den framtida driften av vattenkraftverket. Ett sådant föreläggande kan inte anses vara mer ingripande än vad som behövs. Av de möjliga slutsatser som kan dras är att Mark- och miljööverdomstolen, liksom även mark- och miljödomstolen, riktat sitt fokus på den ändrade utformningen av dammanläggningen genom att utrusta denna med turbiner samt den därmed ändrade inriktningen av verksamheten. Avgörande Mark- och miljööverdomstolen den 1 april 2016, M 7542-15, överprövning av mark- och miljödomstolens Vänersborgs dom den 12 augusti 2015, M 47-18. Allareds mölla. Även i detta avgörande ansåg mark- och miljödomstolen att rättskraften i urminnes hävd medförde hinder att förelägga om förbud att fortsätta pågående verksamhet vid dammen. Dammen hade dock under 1900-talets första hälft utrustats med turbiner för kraftproduktion. Mark- och miljödomstolen ansåg emellertid 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”. Länsstyrelsens beslut att förbjuda fortsatt vattenavledning samt föreläggandet att riva ut dammen upphävdes då beslutet inskränkte rättskraften. Mark- och miljööverdomstolen å sin sida gjorde en annan bedömning än mark- och miljödomstolen och fastställde länsstyrelsens föreläggande om att söka tillstånd. Mark- och miljööverdomstolens resonemang fäste framförallt avseende vid den ändrade utformningen och driften av

dammanläggningen. ”De anläggningar [...] 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 [...] att ansöka om tillstånd till framtida drift av vattenkraftverket”. Av de möjliga slutsatser som kan dras är att Mark- och miljööverdomstolen, liksom även mark- och miljödomstolen, riktat sitt fokus på den ändrade utformningen av dammanläggningen genom att utrusta denna med turbiner samt den därmed ändrade inriktningen av verksamheten. Mark- och miljööverdomstolen och mark- och miljödomstolen drog emellertid olika slutsatser med anledning av den ändrade utformningen. Mark- och miljööverdomstolens avgöranden med resultat att dammägaren och tillika verksamhetsutövaren inte kan åberopa urminnes hävd som jämförbart med tillstånd enligt miljöbalken med avseende på den (ändrade) alltjämt pågående vattenavledningen för turbindrift och kraftproduktion. Till följd därav fastställdes länsstyrelsens beslut och föreläggande om att söka tillstånd för verksamheten. I nu aktuellt fall skiljer sig förutsättningarna för bedömning av länsstyrelsens beslut och föreläggande. Det synes obestritt att Högboda dammanläggning tillkommit för möjligtvis mer än 350 år sedan och att kriterierna för att åberopa urminnes hävd med råge föreligger. Det framstår vidare obestritt att dammanläggningen inte i något avseende byggts om eller att verksamheten i övrigt förändrats över tid. Med verksamheten åsyftas här uppdamning av uppströmsvattenytan. Någon reglering av ytan bedrivs överhuvudtaget inte. Tillrinning passerar över dammsättarna. Med hänsyn till att anläggningen och verksamheten är av sådan ålder att urminnes hävd kan åberopas så utgör länsstyrelsens beslut inskränkning av rättskraften och därför ska beslutet och föreläggandet upphävas (26 kap. 9 § tredje stycket miljöbalken). Beslutet och

föreläggandet är mer ingripande än vad som behövs. Skulle emellertid mark- och miljödomstolen finna att det trots vad som ovan anförts att det saknas hinder att förelägga om att söka tillstånd med beaktande av rättskraftfrågan så är det deras mening att beslutet och föreläggandet är mer ingripande än vad som är nödvändigt. Länsstyrelsen har i sitt beslut antytt att värdefulla intressen påverkats negativt av den vid dammen pågående verksamheten genom dämning. Vad som då tydligt framhålls är att verksamheten utgör vandringshinder för fisk och vattenlevande varelser. De vill inledningsvis i denna del framhålla att vissa uppgifter som länsstyrelsen lämnat om förekomst av exempelvis flodkräftor m.m. inte kan vitsordas. Även vissa andra fakta eller detaljuppgifter som uppgivits av länsstyrelsen är felaktiga eller bristfälliga. Dessa påpekas inte särskilt här då dessa uppgifter för närvarande inte bedöms vara av betydelse för bedömning av överklagandet. Inte heller vitsordas att förutsättningar för fiskvandring föreligger med hänsyn till att sådan vandringsfisk inte är nämnvärt förekommande. Att dammen och dämningen skulle medföra miljömässiga olägenheter kan inte heller vitsordas av fiskevårdsområdesföreningen i det aktuella området. Enligt inlämnade uppgifter från Säveln-Rinnens fiskevårdsområde (nedströms), Tomas Utter och Bråtsjöns fiskevårdsområde Tomas Iderströms (uppströms) så utgör dammen inget hinder för fisket. Skulle mark- och miljödomstolen ändå finna att länsstyrelsens redovisade påpekande om dammens och verksamhetens negativa inverkan på upp- och nedvandring förbi dammen så saknas inga alternativa förfaranden. Ett förbuds- föreläggande enligt 26 kap. 9 § miljöbalken om fortsatt dämning skulle medföra skyldighet att lyfta befintliga sättar och borttagande av dammtröskel och därmed undanröja vandringshindret och i princip återställa en naturlig strömvattenregim förbi dammen. (Möjligtvis en anmälningspliktig åtgärd.) Vissa begränsade och kompletterande biotopåtgärder skulle möjligtvis erfordras, vilka inte skulle erfordra tillståndsprövning. Länsstyrelsens beslut och föreläggande är baserat på och motiverad av slentrianmässiga överväganden och påståenden om miljöproblem förenat med diffust redovisade skäl. Med hänvisning till vad som här ovan framhållits så framstår det som att det saknas särskilt påvisade miljöproblem som inte kan övervinnas på annat mindre ingripande sätt än genom en full tillståndsprövning enligt 11 kap. 9 § miljöbalken. Länsstyrelsens beslut och föreläggande

anses vara för ingripande än vad som behövs och ska till följd härav upphävas (26 kap. 9 § andra stycket miljöbalken). De ifrågasätter att de av länsstyrelsen åberopade rättsfallen kan anses stödja länsstyrelsens uppfattning i nu aktuellt hänseende. Som tydligt framgår av Mark- och miljööverdomstolens avgörande i mål M 7542-15 har fråga varit om en ombyggnad och helt ny och förändrad verksamhet i och med installation av turbiner och drift av dessa för produktion av elektrisk kraft. Högbodadammen har inte tillnärmelsevis genomgått motsvarande förändringar och inte heller har verksamheten på så sätt förändrats att dämning numera sker till förmån för annat ändamål. Vad som har skett är att det ursprungliga ändamålet, kvarn och såg, har upphört. Vattnet har därefter utan något nytt syfte på ett säkert sätt låtit framrinna över och förbi dammen. Någon aktiv verksamhet med avseende på variation av uppströms -vattenytan bedrivs inte. Någon vattenreglering i lagens mening bedrivs inte heller (se definition i 11 kap. 5 § miljöbalken). Sammantaget hävdas att urminnes hävd i detta fall har rättsverkan på sätt som avses i 24 kap. 1 § miljöbalken. Länsstyrelsen har uttalat tveksamheter beträffande de av dem åberopade urkunderna. Tveksamheterna synes bero på att det med vissa svårigheter kan helt utläsas vad som i dessa urkunder visas på samt att det inte kan anses klargjort att nu aktuell dammanläggning är densamma som åsyftas i urkunderna. Det kan sägas att det inte är förvånande att urkunder av sådan ålder erbjuder vissa utmaningar beträffande dessas fullständiga läsbarhet och uttolkande. Vad som enligt länsstyrelsen dock har kunnat utläsas av urkunderna är att flera kvarnar synes ha funnits. Detta talar till ingen del för att den aktuella dammen inte är densamma som omtalas i berörda urkunder. Vattnets dämning och framsläppning har kunnat ledas nedströms till förmån för flera vattenverk. Några andra dammanläggningar än den nu aktuella kan inte konkurrera om att vara den som urkunderna åsyftar. Såväl kartmaterial som åberopad dokumentation i övrigt stödjer deras påstående. Det ska därtill tilläggas att beviskravet för att visa på dammens ålder och ursprung inte kan ställas alltför högt. De har ändå förebringat såväl omfattande som trovärdigt underlag. Urkunderna visar dessutom på att den verksamhet som varit föremål för bedömningar och prövning visserligen var kvarn och såg, men i detta sammanhang påvisades som förutsättning dessa den nu aktuella dammen. Denna dammanläggning förutan så skulle frågan om kvarndrift och såg

inte varit möjlig att pröva. Dammanläggningen torde därmed vara att anses som väl beskriven (mått, höjder, dämning m.m.) och beaktad på ett sätt som motsvarar en prövning av dammen som sådan och driften av denna. En något mer detaljerad redovisning av urkunderna, till vissa delar möjligtvis upprepning, hänvisas till bilaga till yttrandet. Såvitt avser fiskevårdsområdesföreningens redovisade utlåtande om att Högbodadammen inte medför några miljömässiga hinder eller problem har numera undertecknats, inte bara av Säveln-Rinnens FVOF, nedströms dammen utan även av Gösjöns-Bråtsjöns FVOF uppströms dammen. Av det åberopade utlåtandet kan man dra slutsatsen att ett omlöp eller annan teknisk anordning skulle, om ens någon fördel skulle kunna påvisas, vara en åtgärd som är mer långtgående och orimlig i den bemärkelse som anges i 2 kap. 7 § miljöbalken. Då sådana skyddsåtgärder inte framstår som angelägna så saknas anledning att förelägga om lagligförklaring och tillstånd. Länsstyrelsen hänvisar till behovet av snara åtgärder för att uppnå fastställda miljö kvalitetsnormer (MKN) för ytvatten, d.v.s. ”god status”. Det framgår inte av länsstyrelsens inlägga vilken vattenförekomst som är direkt berörd. Det kan då konstateras att Lerbodaälven består av tre vattenförekomster av vilka en redan har uppnått god status och två måttlig status med målsättning att uppnå god status till 2021. Av Handlingsplan för vattenförvaltning i Kils kommun framgår att åtgärder som är prioriterade för berörda vattenförekomster inte syftar på konnektivitetsproblem utan mer på förhöjda halter av näringsämnen och fosfor. De bifogar handlingsplanen och hänvisat till vad som där står om framförallt Lerbodaälven. De kan inte finna att länsstyrelsen har stöd för att föreläggandet är en förutsättning för att uppnå miljö kvalitetsnormen. Länsstyrelsen hänvisar till att vitesföreläggandet är förenligt med gällande praxis. Detta tämligen omsvepande påstående kan inte accepteras av dem. De anser även att vitesföreläggandet ska tillämpas restriktivt och då med särskilt redovisade goda skäl. Det har länsstyrelsen i detta fall inte gjort.

Länsstyrelsen har bestritt bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Urminnes hävd är ett civilrättsligt institut och avser civilrättsliga rättigheter. Urminnes hävd rör med andra ord endast civilrättsliga förhållanden mellan olika parter, t.ex. markägare, och mellan parterna kan institutet ha viss rättsverkan.

Urminnes hävd utgör dock inte en rättighet i sig (eller ett laga fång) utan utgör endast ett bevis – en presumtion – för den rättmätiga uppkomsten av den rätt till stöd för vilken urminnes hävd åberopas. För att urminnes hävd ska föreligga krävs att det ursprungliga rättsförhållandet inte kan utredas (ingen ska kunna minnas detta). Urminnes hävd är alltså inte ett grundläggande rättsligt förhållande. Rättigheter grundade på urminnes hävd är alltså inte heller ett offentligrättsligt tillstånd som meddelats genom beslut av behörig myndighet eller domstol enligt bestämmelser i en lagstiftning som upphävts genom miljöbalken eller motsvarande bestämmelser i äldre lagstiftning. Det går inte någonstans i äldre rätt att utläsa att urminnes hävd skulle vara att betrakta som något som kan liknas vid ett tillstånd. Att det inte går att återfinna några spår av ett sådant synsätt stämmer väl överens med att vattenfrågor enligt äldre rätt betraktades som civilrättsliga frågor. Mark- och miljööverdomstolen har genom tre domar den 1 april 2016 i mål M 2767-15, M 7539-15 och M 7542-15 befast att urminnes hävd inte kan jämföras med tillstånd enligt miljöbalken. I mål nr 2767-15 uttalade Mark- och miljööverdomstolen bl.a. följande: ”Mark- och miljööverdomstolen har i tidigare avgöranden funnit att både en rätt enligt privilegiebrev och urminnes hävd utgör en särskild rättighet att förfoga över vattnet men att den inte kan jämföras med ett tillstånd enligt miljöbalken”. I alla tre målen hade länsstyrelsen förelagt verksamhetsutövaren att ansöka om tillstånd för den vattenverksamhet som bedrevs. Det finns inte heller grund för att jämföra en rättighet på grund av urminnes hävd med en lagligförklaring enligt 17 § lagen om införande av miljöbalken. Länsstyrelsen konstaterar att både att bibehålla den aktuella dammanläggningen - som tillkommit genom vattenverksamhet - och att bedriva vattenverksamhet i form av dämning är tillståndspliktigt enligt 11 kap. miljöbalken. Något undantag från tillståndsplikten är inte tillämpligt. Om mark- och miljödomstolen trots allt anser att rättigheter på grund av urminnes hävd kan jämföras med ett tillstånd enligt miljöbalken menar länsstyrelsen att klagandena inte har visat att det föreligger några sådana rättigheter på grund av urminnes hävd som kan konstituera ett tillstånd enligt balken eller jämföras med en lagligförklaring. Institutet urminnes hävd utmönstrades i och med att jordabalken trädde i kraft 1972. Urminnes hävd som uppkommit före 1972 gäller dock fortsatt enligt 15 kap. 1-4 §§ i 1734 års jordbalk. Om urminnes hävd ska

kunna åberopas med framgång måste därför tidskriteriet (inom jordabalkens tillämpningsområde) vara uppfyllt redan vid jordabalkens ikraftträdande, d.v.s. förhållandet ska visas ha bestått i vart fall sedan 1882 (90 år) (OL s. 92 med hänvisning till U). Klagandena har gett in bilder på ett kalvskinn som uppges vara från 1680 och utdrag ur en bok som återger delar av innehållet i kalvskinnet. Någon kopia av kalvskinnet och fullständig och läsbar återgivning av innehållet i kalvskinnet har inte getts in i målet. I de återgivna delar ur kalvskinnet som finns i det utdrag ur en bok som getts in redogörs för en försäljning av en kvarn och ett kvarnfall till TA, Lerbodatorp. Någon damm omnämns över huvud inte i texten och det går inte att utifrån den återgivna texten sluta sig till var kvarnen eller kvarnfallet var beläget. Klagandena har vidare gett in en kopia av ett syneprotokoll från 1842. Kopian är dålig. Den är svår och i delar omöjlig att läsa på grund därav. I bevishänseende drabbar detta de klagande som bör inge en ny tydligare kopia av syneprotokollet och en avskrift med modernt typsnitt om detta ska få något starkare bevisvärde i målet. Klagandena har i överkanten av kopian av syneprotokollet antecknat ”ansökan om damm, kvarn och såg”. I dokumentet anges dock att synen avsåg en ”ansökning att få, uti Vattendraget Lerboda Elf kalldt, anlägga en Mjölqvarn för Tvänne par Stenar till för malning av Spannemål...jämte en Legosåg”. I dokumentet anges att ”Sökandena förklarade, det de icke äskade bygga dammen högre, än den förut varit”. Ansökan har således inte avsett någon damm. Av syneprotokollet framgår att ansökan ifrågasattes och bestreds bl.a. på grund av att ”Sågspån troligen skulle komma att stoppa eller hindra vattnet i fritt lopp från Sjön Bråten” och på grund av att ”uppdämningen skulle förorsaka skada å deras utmed Elfven belägna ägor”. I syneprotokollet anförs – såvitt länsstyrelsen lyckats utläsa och som kan vara av visst intresse – bl.a. följande.

- ”Och befinnes derstädes redan förut, och för längre tid tillbaka uppbyggda Fyra stycken serskilda Husbehofsqvarnar, af hvilka likväl allenast en varde tillhörig Bodatorps Hemmansägare, befunnes i brukbart skick, Hvaremot de öfriga voro gamla och förfallna samt i följd deraf, nästan helt och hållet oanvändbara”

- ”enär vattentillgången fördelas då icke långvarig och stark torcka inträffar, samt när en för vattnets innehållande ändamålsenlig damm inrättas, synes blifva tillräcklig”
- ”Dammen, hvilken Naturen själf tycktes hafva danat, befunnes omgifven på tvenne sidor af berg, hvarifrån fallet, beräknadt efter dess lodrätta höjd utgjorde Sex alnar”.

Länsstyrelsen har svårt att utläsa att det är den i målet aktuella dammen som behandlas i syneprotokollet. Av protokollet framgår också att det funnits flera, äldre kvarnar i vattendraget. Det ger också anledning att ifrågasätta om den kvarn och det kvarnfall som beskrivs i kalvskinnet från 1680 avser samma plats där den nu aktuella dammen är belägen. I protokollet finns också formuleringar som ger vid handen att en ny damm ska ersätta den damm som behandlas i protokollet.

Klagandena bör peka på vilka avsnitt och formuleringar som verkligen visar att det är den i målet aktuella dammen som avses i protokollet. Vad som i syneprotokollet anges om att dammen tycks vara skapad av naturen ger vid handen att det inte är den i målet aktuella dammen som behandlas i protokollet. Den i målet aktuella dammen består bl.a. av betong, murade stenpartier och järnkonstruktioner (se länsstyrelsens protokoll daterat den 7 november 2013 i tillsynsärendet med dnr 535-7224-2013). Beskrivningen av fallet och dammen i syneprotokollet ger också anledning att ifrågasätta om det rör sig om samma plats och samma damm.

Dammens höjd och dämningshöjd m.m. finns beskrivet på flera ställen i syneprotokollet. Länsstyrelsen är inte övertygad av den bevisning som klagandena presenterar och efterlyster större precision i deras talan, varvid de på ett tydligare sätt – ur innehållet i de handlingar som de åberopar eller på annat sätt – bör härleda tillkomsten av dammen, dammens belägenhet, användning och historia. Det är dock på sin plats att länsstyrelsen erinrar om att myndighetens inställning i grunden är att det inte är meningsfullt för klagandena att göra ytterligare ansträngningar för att styrka en rätt grundad på urminnes hävd, eftersom rättigheter grundade på urminnes hävd inte kan jämföras med tillstånd enligt miljöbalken. Den i målet aktuella dammen har säkerligen funnits på platsen under relativt lång tid, men det synes inte finnas några säkra uppgifter om när dammen tillkommit. Klagandenas påståenden om att dammen t.ex. har funnits på platsen sedan 1600-talet kan inte anses styrka.

Vad klagandena anfört om att anläggningen inte ändrats sedan 1882 synes således inte heller riktigt. I vart fall dammens betongdelar och järnkonstruktioner är av betydligt yngre datum. Dammens nya konstruktion ger också vid handen att dammen genomgått väsentliga förändringar sedan sin tillkomst. Klagandena har uppgett att dammen tidigare använts för drift av en kvarn och en såg. De har också uppgett att kvarn- och sågverksamheten upphörde cirka 1970 och att ingen verksamhet har bedrivits vid dammen sedan dess. Detta innebär att även den vattenverksamhet som bedrivits på platsen - i motsats till vad klagandena hävdar - är väsentligt annorlunda i dag, då dammen fungerar som en överfallsdamm, jämfört med den vattenverksamhet som ursprungligen har bedrivits vid dammen, då vattnet reglerades till förmån för kvarn och såg. Denna förändring har också skett efter 1882 och det är nu nästan 50 år sedan kvarn- och sågverksamhet bedrevs på platsen. Det är en väsentlig skillnad mellan att bedriva en vattenverksamhet med ändamålet att driva en kvarn och såg att och bedriva en vattenverksamhet med ändamålet att hålla en mindre vattenspegel. För att det över huvud ska vara aktuellt att tillämpa reglerna om urminnes hävd har mark- och miljödomstolen i tidigare mål uttalat att det krävs att det är fråga om en fortgående verksamhet (mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätts mellandom den 2 mars 2016 i mål nr M 830-15). Det är det således inte fråga om i förevarande fall. Tidskriteriet för att rättigheter på grund av urminnes hävd ska kunna föreligga är inte uppfyllt, varken i förhållande till anläggningen eller vattenverksamheten. Klagandena har alltså inte visat att de har en rätt enligt urminnes hävd som gäller som tillstånd enligt miljöbalken. Det är tillståndspliktigt att bibehålla anläggningen och bedriva den aktuella vattenverksamheten och att det inte kan anses mer ingripande än vad som behövs att kräva att de iakttar den tillståndsplikt som föreligger enligt gällande lagstiftning. Klagandena har en skyldighet enligt gällande lagstiftning att ansöka om laglig förklaring och tillstånd för Högbodadammen och den vattenverksamhet som bedrivs vid dammen. I och med Mark- och miljööverdomstolens avgöranden den 1 april 2016 har det blivit helt klart att urminnes hävd (och privilegiebrev) inte gäller som tillstånd enligt miljöbalken. Den som har en vattenanläggning eller bedriver en vattenverksamhet under åberopande av rätt enligt urminnes hävd (eller privilegiebrev) har efter detta datum inte längre någon giltig ursäkt att inte omedelbart tillse

att erforderligt samråd genomförs och att ansökan om tillstånd att bibehålla anläggningen eller lagligförklaring av densamma och tillstånd till vattenverksamhet, så snart som möjligt därefter ges in till mark- och miljödomstolen alternativt att ansökan om tillstånd till utrivning av anläggningen ges in till mark- och miljödomstolen (eller, om det i det enskilda fallet kan anses tillräckligt, att en anmälan om vattenverksamhet avseende utrivningen ges in till tillsynsmyndigheten). Omständigheter i målet talar för att anläggningen funnits och vattenverksamhet bedrivits på platsen under lång tid utan gällande tillstånd. Att föreläggandet förenats med vite är helt i enlighet med gällande praxis. De vitesbelopp som bestämts är väl avvägda och proportionerliga.

Mark- och miljödomstolen har den 25 april 2017 haft sammanträde med syn.

DOMSKÄL

Tillämplig lagstiftning framgår av länsstyrelsens beslut.

Mark- och miljödomstolen delar länsstyrelsens bedömning att aktuell damm och dämning av vattenytan utgör tillståndspliktig vattenverksamhet. 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.

ML och AL har gjort gällande att vattenverksamheten är laglig och bedrivs med stöd av s.k. urminnes hävd.

I 5 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, MP, anges att tillstånd m.m. enligt äldre lagstiftning ska fortsätta att gälla om det har meddelats i enlighet med tidigare gällande bestämmelser och att beslutet i så fall ska anses meddelat med stöd av miljöbalken. Vattenverksamhetsutredningen har delbetänkande Ny tid ny prövning, SOU 2013:69, dragit slutsatsen att särskilda rättigheter som privilegier

och urminnes hävd omfattas av 5 § MP och att de därmed har rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken. Detta gäller enligt utredningen de frågor som prövatas i den särskilda rättigheten. Efter genomgång av äldre lagstiftning och nyare praxis har utredningen gjort bedömningen att urminnes hävd utgör en sådan rättighet som omfattas av nämnda bestämmelse och föreslagit att bestämmelsen ändras så att detta framgår uttryckligen.

Om begreppet urminnes hävd över huvud taget ska vara aktuellt måste det emellertid, enligt mark- och miljödomstolens mening, röra sig om en vattenverksamhet som inte förändrats under i vart fall de senaste 135 åren. (Enligt praxis krävs åtminstone två mansåldrar om sammanlagt ungefär 90 år för urminnes hävd. För att kunna göra gällande urminnes hävd måste den ha uppkommit åtminstone 90 år före det att institutet utmönstrades ur den svenska lagstiftningen 1972, dvs. före 1882.)

Domstolen anser att det framkommit i målet har det funnits anläggningar för tillgodogörande av vattenkraft på aktuell plats sedan en lång tid före år 1882. Det saknas emellertid uppgifter om hur anläggningen såg ut på den tiden. Av vad som redovisats i målet framgår att nu aktuell damm, Högbodadammen, är intakt och inte förändrats med avseende på dess dämmande funktion sedan 1882.

Vad gäller den fortlöpande bedrivna vattenkraftsverksamheten vid Högbodadammen har denna bestått i avledning av vatten för att driva kvarn och såg. Verksamheten har av vad som visats pågått obrutet historiskt och fram till 1970-talet då kvarn och sågverksamheten upphörde. Anläggningen har fungerat som en överfallsdamm och där avledningen till kvarn och såg bedrevs under vissa perioder. Efter 1970-talet har dammen fungerat enbart som en överfallsdamm. Enligt domstolen får det anses visat att den verksamhet som idag bedrivs och som bedrivits vid dammanläggningen i allt väsentligt och med all sannolikhet är påtagligt lik den vattenverksamhet som bedrevs för så lång tid sedan att en giltig urminnes hävd måste anses ha uppkommit.

Vid angivna förhållanden är det alltså visat att befintliga anläggningar och befintlig verksamhet bedrivs och har bedrivits under så lång tid att klagandena har en rättighet på grund av urminnes hävd. Tillståndskravet enligt miljöbalken är därför uppfyllt.

Mot bakgrund av ovanstående ska länsstyrelsens beslut upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 427)

Överklagande senast den 12 oktober 2017.

Susanne Mörkås

Roger Ödmark

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Susanne Mörkås, ordförande, och tekniska rådet Roger Ödmark. Föredragande har varit beredningsjuristen Maria Aldegren.