SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
060308

DOM
2019-06-20
Stockholm

Mål nr
M 9558-18

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Växjö tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2018-10-01 i mål nr M 1206-18, se bilaga A

PARTER

Klagande
1. Länsstyrelsen i Kronobergs län

2. Älvräddarnas Samorganisation

Motparter
1. L K O

2. I O

SAKEN
Föreläggande att söka tillstånd m.m. för vattenverksamhet på fastigheten X i Tingsryds kommun

---

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Mark- och miljööverdomstolen ändrar mark- och miljödomstolens dom endast på så sätt att punkten 2 upphävs.

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 50 **E-post**: svea.hovratt@dom.se www.svea.se	08-561 675 59	måndag – fredag 09:00–16:30

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Länsstyrelsen i Kronobergs län (länsstyrelsen) och **Älvräddarnas Samorganisation** (Älvräddarna) har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen ska upphäva mark- och miljödomstolens dom och fastställa länsstyrelsens beslut.

L K O och **I O** har vidhållit sin tidigare inställning att länsstyrelsens beslut ska upphävas.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Länsstyrelsen har utöver det som tidigare anförts tillagt bl.a. följande: Förändringar i vattenverksamheten, i form av installation av elkraft m.m., har skett sedan anläggningen ursprungligen uppfördes. Med hänsyn till gällande praxis om urminnes hävd kan vattenanläggningen och vattenverksamheten därför inte anses omfattas av hävd.

Älvräddarna har anfört bl.a. följande: Anläggningen är inte lagligförklarad och det saknas tillstånd till vattenverksamheten. Utredningen visar inte på urminnes hävd och urminnes hävd är inte heller att likställa med tillstånd enligt miljöbalken. Vattenhushållningsbestämmelser ska fastställas i ett tillstånd. Länsstyrelsens föreläggande är lämpligt utformat och i enlighet med gällande rätt och praxis.

L K O och **I O** har i huvudsak anfört detsamma som tidigare.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

I aktuellt mål har länsstyrelsen i februari 2018 förelagt L K O och I O att inom viss tid bl.a. ansöka om tillstånd till vattenverksamhet kopplad till driften av vattenkraftverket på fastigheten X i Tingsryds kommun. L K O och I O har invänt att verksamheten omfattas av urminnes hävd.

I januari 2019 trädde nya regler i kraft som innefattar ett nytt prövningssystem för tillståndspliktiga vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel. Reglerna innebär att tillståndspliktiga vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel som saknar tillstånd enligt miljöbalken ska prövas på verksamhetsutövarens initiativ för att få moderna miljövillkor. Prövningen ska präglas av ett nationellt helhetsperspektiv och ske utifrån en nationell plan (se prop. 2017/18:243 Vattenmiljö och vattenkraft). De verksamhetsutövare som bedriver vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel, och som uppfyller vissa angivna förutsättningar, har möjlighet att senast den 1 juli 2019 anmäla sig till länsstyrelsen för att omfattas av den nationella planen. Därefter ska regeringen fatta beslut om planen. Av planen kommer att framgå bl.a. vilka grupper av verksamheter som ska prövas i ett sammanhang och när ansökan om prövning i de olika prövningsgrupperna senast bör ha getts in. En verksamhet som omfattas av den nationella planen får, som huvudregel, bedrivas utan att ha moderna miljövillkor till dess det är dags för prövning enligt planen (se 11 kap. 27 – 28 §§ miljöbalken samt 24 – 44 §§ förordning [1998:1388] om vattenverksamheter).

Enligt definitionen i 11 kap. 6 § miljöbalken avses med vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel bl.a. en vattenverksamhet som innebär vattenreglering, vattenbortledning, vattenöverledning eller annan påverkan på vattnets flöde och är avsedd för produktion av el genom omvandling av energin i strömmande vatten.

Enligt 11 kap. 27 § miljöbalken ska den som bedriver tillståndspliktig vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel se till att verksamheten har moderna miljövillkor. Med detta avses, som utgångspunkt, att tillståndets villkor eller bestämmelser till skydd för människors hälsa och miljön har bestämts enligt miljöbalken genom en dom eller i ett beslut som inte är äldre än fyrtio år. En verksamhet får dock fortsätta att bedrivas till dess en prövning är klar om (1) verksamhetsutövaren har ansökt om tillstånd eller omprövning för att förse verksamheten med moderna miljövillkor, eller (2) verksamheten omfattas av en nationell plan för moderna miljövillkor enligt föreskrifter som regeringen meddelar och verksamhetsutövaren inte är försenad med att ansöka om prövning enligt planen.

Enligt 36 § förordningen om vattenverksamheter ska en vattenverksamhet omfattas av den nationella planen för moderna miljövillkor, om verksamheten (1) är en sådan verksamhet som avses i 11 kap. 6 § miljöbalken, (2) har påbörjats före utgången av 2018, (3) inte har tillståndsprövats eller omprövats enligt miljöbalken efter utgången av 1998, och (4) senast den 1 juli 2019 är anmäld till länsstyrelsen för att omfattas av planen.

Det har även införts en ny bestämmelse, 5 a §, i lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, som innebär att vissa äldre särskilda rättigheter såsom urminnes hävd ska anses vara meddelade med stöd av motsvarande bestämmelser i miljöbalken och omfattas av rättskraft. Eftersom särskilda rättigheter inte är detsamma som tillstånd enligt miljöbalken gäller emellertid ovan nämnda krav på moderna miljövillkor även tillståndspliktiga vattenverksamheter för produktion av vattenkraftsel som bedrivs med stöd av sådana rättigheter, t.ex. urminnes hävd.

Av utredningen framgår att det bedrivs tillståndspliktig vattenverksamhet för produktion av vattenkraftsel på platsen. Verksamheten omfattas således av kravet på moderna miljövillkor. Den nya regleringen har trätt i kraft i tiden efter länsstyrelsens föreläggande. Tiden för att anmäla sig till den nationella planen har ännu inte gått ut och det är oklart om verksamheten kommer att omfattas av planen. Mark- och miljööverdomstolen anser därför att L K O och I O, med hänsyn till den bedömning som ska göras enligt 26 kap. 9 § miljöbalken, inte i nuläget bör föreläggas att söka tillstånd m.m. på sätt som skett. Länsstyrelsens beslut ska således upphävas i dess helhet i enlighet med punkten 1 i mark- och miljödomstolens dom. Vid dessa förhållanden ska även punkten 2 i mark- och miljödomstolens dom upphävas.

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

I avgörandet har deltagit hovrättsrådet Fredrik Ludwigs, tekniska rådet Dag Ygland, hovrättsrådet Li Brismo, referent och tf. hovrättsassessorn Lina Lundgren.

Föredragande har varit Liselotte Haraldsson.

VÄXJÖ TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2018-10-01
meddelad i
Växjö

Mål nr M 1206-18

PARTER

Klagande
1. L K O

2. I O

Motpart
Länsstyrelsen i Kronobergs län

ÖVERKLAGAT BESLUT
Länsstyrelsens i Kronobergs län beslut från den 26 februari 2018 i ärende nr 535-1851-2016, se bilaga 1

SAKEN
Föreläggande om tillstånd m.m. för vattenverksamhet på fastigheten X, Tingsryds kommun

---

DOMSLUT

1. Mark- och miljödomstolen upphäver Länsstyrelsens i Kronobergs län beslut av den 26 februari 2018, ärendenummer 535-1851-2016, gällande punkterna 1 och 2 om föreläggande att söka tillstånd.

2. Mark- och miljödomstolen återförvisar målet i övrigt till länsstyrelsen för att utreda vattenhushållningen i dammen på fastigheten Tingsryd X

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 81 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-560 100 **E-post**: mmd.vaxjo@dom.se www.vaxjotingsratt.domstol.se	0470-253 46	måndag – fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

Den 5 april 2016 inkom ett klagomål till länsstyrelsen angående lågt vattenstånd i Stångsmålaån. I Stångsmåla ligger en gammal kvarn där vattenståndet i Stångsmålaån regleras. Varje vinter och vår står vattnet högt i ån och ett ganska stort område fylls och bildar en mindre sjö/våtmark. I början på maj varje år töms området på vatten för att odlingsmarker uppströms ska bli odlingsbara och för att djur skall beta på det avvattnade området. Den snabba avsänkningen har pågått mycket länge. Klaganden framförde att den snabba avsänkningen gav upphov till skada på fågelarter som häckar vid dammen.

Länsstyrelsen i Kronobergs län (länsstyrelsen) har den 26 februari 2018 beslutat att förelägga I O och L K O (ägarna till dammen) att inom 18 månader efter att beslutet vunnit laga kraft,

1. Söka tillstånd för avledande av vatten för turbindrift och för att bedriva vattenreglering på X i Tingsryds kommun, samt ansöka om till-stånd eller lagligförklaring av vattenanläggningen med tillhörande manövreringsanordningar på samma fastighet.
2. Som alternativ till punkten 1, ska tillstånd för utrivning av vattenanläggningen med tillhörande manövreringsanordningar och i fall det att tillstånd medges, senast 18 månader efter det att detta beslut vunnit laga kraft, ha rivit ut anläggningen.

Ansökan enligt punkt 1 och 2 ska senast vid ovan nämna tidpunkt, ha sådant innehåll att den kan tas upp till prövning av domstolen och kungöras.

YRKANDEN M.M.

I O och L K O har, som det förstås, yrkat att länsstyrel-sens beslut ska upphävas.

Till stöd för sin talan anför de i huvudsak följande. År 2009 fick de ett skriftligt meddelande från länsstyrelsen som gav klartecken till att diva vattenkraftverksamheten vidare. Med detta besked i handen rustades anläggningen upp för ca en miljon kronor. Sju år senare får de veta att länsstyrelsen ångrat sig och att de överväger att tvinga dem att riva allt de har byggt upp. De har fått ett skriftligt besked på att få driva detta och det är med utgångspunkt i det som de investerat en förmögenhet i pengar och tid på detta vattenkraftverk i syfte att bevara den gamla kvarnen och driva miljövänlig elproduktion. De fick tillåtelse att återta vattenkraftverket i kombination med den hävdvunna rätten. Nu hävdar länsstyrelsen att detta inte gäller.

Stångsmåla kvarn har funnits sedan 1700-talet och gått i släkten sedan 1800-talet. Redan för 100 år sedan lokalproducerades el till byn och grannbyn.

Lagändringar och prejudicerande domar gäller framåt i tiden, inte retroaktivt. Det är som att ge bygglov till ett hus, för att sedan nio år senare meddela att huset måste rivas på grund av en prejudicerande dom som nyligen meddelats.

Länsstyrelsen har yttrat sig i målet och anfört i huvudsak följande. Ett beslut i ett tillsynsärende är inte ett rättskraftigt tillstånd som utgör skydd mot kommande föreläggande. Som länsstyrelsen angett i det överklagade beslutet finns det flera rättsfall till stöd för denna uppfattning. Av dessa framgår bl.a. att ett ställningstagande i en prejudiciell fråga om huruvida ett giltigt tillstånd finns kan ha viss bevisverkan vid en senare prövning av samma fråga, men kan inte i sig medföra att ett rättskraftigt tillstånd ska anses ha uppkommit.

Vad gäller det meddelande som lämnades 2009 avseende att verksamheten bedrivs med stöd av urminnes hävd vill länsstyrelsen förtydliga följande. Länsstyrelsen bedömer idag, efter att Mark- och miljööverdomstolen i bl.a. målen MÖD M 2027:12 och M 7539-15 fastställt att urminneshävd inte är att jämställa med ett tillstånd enligt miljöbalken.

Länsstyrelsen har förståelse för att det beslut som meddelades klagandena 2009 i kombination med det nu aktuella föreläggandet innebär stora konsekvenser för den enskilda och beklagar detta. Länsstyrelsen är dock enligt 26 kap. 1 § miljöbalken skyldig att efter klagomål bedriva tillsyn och har inte befogenhet att avstå att ställa de krav som krävs för skyddet av miljön i enlighet med balken. Länsstyrelsen vill, även om detta inte berör den aktuella prövningen, erinra om att det finns möjlighet att bl.a. begära skadestånd för skada som uppstått för det fall länsstyrelsen begått fel vid handläggningen. En sådan begäran kan ställas till Justitiekanslern.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser framgår av länsstyrelsens beslut.

Tillstånd för vattenverksamhet

Den första frågan i målet är huruvida kraftverket med anläggningsdelar är lagligen tillkomna, eller om det ska anses i sin helhet olagligt. Det var först genom 1918 års vattenlag (VL), som trädde i kraft den 1 januari 1919, som tillståndsplikt infördes för byggande i vatten. Dessförinnan gällde 1880 års vattenrättsförordning (VF), enligt vilken det var olagligt att bygga i vatten endast om verksamheten innebar skada för annan. VF trädde i kraft den 1 maj 1881. Före dess var det enligt 1734 års lag inte olagligt att bygga i vatten utan tillstånd, dock fick man inte bygga så att men uppkom för annan.

Enligt utredningen i målet har inget tillkommit efter tillståndspliktens införande 1918 förutom återuppbyggnad efter brand samt underhåll. Vattenanläggningar har funnits på platsen sedan mycket länge. Vad domstolen kunnat finna framgår det inte någonstans att anläggningen har orsakat skada med undantag för det klagomål som inkom 2014 och som föranlett länsstyrelsens överklagade beslut. Därmed ska den anses vara lagligen tillkommen.

Nästa fråga att ta ställning till är tillstånd för verksamheten. Länsstyrelsen har, i beslut från den 30 november 2009, lämnat I O och L K O tillåtelse till vattenverksamhet rörande kraftverksutbyggnad i befintlig anlägg-

ning utifrån att tillstånd finns i form av hävd. Av länsstyrelsens beslut framgår också att verksamheten ska fortsätta bedrivas utifrån de tidigare hävdangivna försiktighetsmåtten samt med tillägg av kontroller för verksamhetsutövarens egenkontroll.

Vattenlagarna har inte förändrats sedan länsstyrelsens beslut år 2009, även om tillämpningen och praxis har förändrats. Mark- och miljödomstolen noterar att länsstyrelsen år 2009 ansåg att verksamheten var tillåtlig. För att kunna förelägga om att söka tillstånd för en vattenverksamhet som redan är laglig och tillståndsgiven måste lagarna ändras. Ett sådant förslag till lagändring finns men kan inte tillämpas förrän lagen träder i kraft.

Mark- och miljödomstolen upphäver därför länsstyrelsens föreläggande om att söka tillstånd för vattenverksamhet på fastigheten X, Tingsryd kommun.

Tillsynsärende gällande klagomål

Ärendet hos länsstyrelsen uppkom till följd av ett klagomål gällande vattenstånd i Stångmålaån. Klaganden i ärendet ansåg att avsänkningen av dammen, som görs i början av maj varje år, sker för snabbt så att häckande fåglar vid dammen tar skada. Utredning av sakfrågan, huruvida avsänkningen ger upphov till skada, har länsstyrelsen inte utrett. Ärendet initierades som ett tillsynsärende men länsstyrelsen har inte prövat ärendet som en tillsyn över verksamheten. Målet ska därför återförvisas till länsstyrelsen för utredning i tillsynsärendet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 427)

Överklagande senast den 22 oktober 2018.

Anders Enroth Catharina Hederström

I domstolens avgörande har deltagit f.d. rådmannen Anders Enroth, ordförande, och tekniska rådet Catharina Hederström. Föredragande har varit beredningsjuristen Anna Fridh.