



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060103

DOM
2014-06-27
Stockholm

Mål nr
M 9141-13

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Nacka tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2013-09-17 i mål nr M 6583-11, se bilaga

KLAGANDE

Sennebyfladens samfällighetsförening

MOTPARTER

1. X

2. Länsstyrelsen i Stockholms län
Box 22067
104 22 Stockholm

SAKEN

Återställande av vattenområde på fastigheten X i Norrtälje kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

1. X yrkanden om komplettering av länsstyrelsens föreläggande och om föreläggande att återställa muddring avvisas.
2. Med ändring av mark- och miljödomstolens dom punkten 2 upphäver Mark- och miljööverdomstolen Länsstyrelsens i Stockholms län beslut den 2 november 2011 i ärende nr 535-2008-3068 i den del som avser återställande av vattenområde inom vilket pirar har anlagts.

Dok.Id 1147673

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

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Sennebyfladens samfällighetsförening (föreningen) har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen, med ändring av mark- och miljödomstolens dom, ska upphäva länsstyrelsens beslut även i den del som avser återställande av vattenområde inom vilka pirar anlagts (punkten 2 i domslutet).

X har motsatt sig ändring.

X har för egen del i första hand yrkat att länsstyrelsens föreläggande ska kompletteras med att även botten i hamnbassängen ska återställas och att hänsyn vid återställandet ska tas till enskildas rättigheter i form av servitut. I andra hand har hon yrkat att överklagandet ska lämnas utan bifall och – om domstolen finner det lämpligt – att återställandet preciseras ytterligare. I tredje hand, för det fall Mark- och miljööverdomstolen skulle anse att pirarna inte behöver återställas, har hon yrkat att föreningen föreläggs att återställa den muddring som utfördes 2003 i hamnbassängen.

Länsstyrelsen i Stockholms län (länsstyrelsen) har motsatt sig ändring.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Parterna har åberopat samma omständigheter och grunder som i mark- och miljödomstolen samt tillagt bl.a. följande.

Föreningen

I första hand görs gällande att det inte är möjligt att förelägga om att återställa pirarna till samma storlek som de hade före 1988 års påbyggnad inte är möjligt eftersom dessa åtgärder skedde före miljöbalkens ikraftträdande och därmed inte omfattas av miljöbalkens tillsynsregler. Pirarna (vattenanläggningen) skulle i sig kunna vara föremål för miljöbalkens tillsynsregler, men för att kraven enligt 26 kap. 9 § miljöbalken ska anses uppfyllda och ett föreläggande om återställande därmed kan aktualiseras krävs att det kan visas att pirarna strider antingen mot miljöbalken eller beslut som meddelats med stöd av miljöbalken. Det är inte tillräckligt för ett föreläggande att en icke tillståndsprövad vattenanläggning som tillkommit före miljöbalkens ikraftträdande inte är laglighetsprövad. Då anläggningen inte strider mot

ingen bestämmelse i miljöbalken, eller beslut grundat på miljöbalken, är förutsättningarna i 26 kap. 9 § miljöbalken inte uppfyllda och något föreläggande kan därmed inte riktas mot föreningen.

I andra hand görs gällande att föreläggandet att återställa pirarna till den storlek de hade 1987 strider mot proportionalitetsprincipen då de allmänna intressen som föreläggandet tillgodoser inte står i proportion till hur pass betungande föreläggandet är för föreningen. Den tid som har förflutit sedan 1988 då pirarna fick sin nuvarande utformning måste beaktas och föreläggandet måste därmed ses som extra betungande. Naturvårdsverket har närmast förutsatt att det är oproportionerligt att vidta stränga förbud och förelägganden gentemot äldre befintliga anläggningar (Handbok 2008:5 Vattenverksamheter, s. 99 f.). Beslutet om föreläggande måste tillgodose ett tydligt allmänt intresse, vilket det inte gör här. Återställandet kommer endast i ringa omfattning innebära förbättringar av miljön. Pirarna kommer även fortsättningsvis inverka på vattenförhållandena i en icke obetydlig omfattning. Länsstyrelsen ansåg redan 2003 att pirarna utgjorde en "befintlig anläggning vilken utgör utgångspunkten för den fortsatta planeringen och bedömningen i området" samt att det är positivt för den "akvatiska miljön" om båtplatser samlas till en anläggning istället för att varje fastighet anordnar egen båtplats.

X servitutsrätt kränks inte av pirarnas nuvarande utformning.

I tredje hand görs gällande att föreläggandet inte är tillräckligt preciserat, då några längd-, bredd- eller höjdangivelser inte finns. Flygfotot ger inte en tillräckligt tydlig bild av hur pirarna såg ut 1987 för att det ska gå att använda som underlag vid ett återställande. Någon dialog med länsstyrelsen avseende förtydligande av föreläggandet har inte förts. Föreningen har i förhållande till utfärdat föreläggande inte någon bevisbörda för vilken storlek och utformning pirarna hade före 1988 års åtgärder.

I fjärde hand görs gällande att föreläggandet inte har utformats med hänsyn till att det kan krävas tillstånd för att utföra den vattenverksamhet som återställandet till 1987 års förhållanden innebär. Återställande av vågbrytarna till 1987 års storlek utgör tillståndspliktig vattenverksamhet enligt 11 kap. miljöbalken. Av denna anledning talar

övervägande skäl för att återställandet bör föregås av en tillståndsprovning i mark- och miljödomstolen. De korta tidsramar som följer av mark- och miljödomstolens dom medger inte en sådan provning. Dessutom är pirarna belägna inom ett V-betecknat område enligt gällande detaljplan som inte får utfyllas eller överbyggas. Den anläggning som återskapas i och med länsstyrelsens beslut om återställande strider således mot gällande detaljplan. Beslutet skulle därmed kunna strida mot 2 kap. 6 § tredje stycket miljöbalken.

X

Till grund för X yrkanden i första hand anføres att botten i hamnbassängen bör återfå sitt vattendjup samt bli stabil och badbar, exempelvis genom tillförsel av grus och sand eller dylikt utöver material från pirarna.

Till grund för yrkandet i andra hand görs gällande att föreläggandet har stöd i 26 kap. 9 § miljöbalken då det grundar sig i att pirarnas påverkan på vattenmiljön är pågående. Detta då pirarna ändrar vattenförhållandena genom sin påverkan på vattenströmningen vilket hindrar stabiliseringen av bottenområdet. Pirarna saknar tillstånd som krävs enligt både miljöbalken och tidigare tillämplig vattenlag. Anläggningen strider dessutom mot detaljplan. Enbart det faktum att pirarna utan tillstånd påbyggdes 1988 och strider mot detaljplan ger självständigt länsstyrelsen rätt till tillsynsbeslutet mot pirarna. Miljödomstolens dom den 28 oktober 2005 i mål nr M 154-03, där man funnit vattenverksamheten 2003 otillåten, omfattar även pirarna eftersom dessa var del i den anläggning som omfattades av den otillåtna vattenverksamheten. Detta medför en skyldighet för länsstyrelsen att ingripa mot den vattenverksamhet som skedde 2003. Vid tillsyn ska anläggningen bedömas i sin helhet. Genom ett återställande finns möjlighet att uppnå ett lagligt tillstånd vilket inte finns om anläggningen får vara kvar.

Pirarna påverkar rätten till att utnyttja strandområdena till båt- och badplats i enlighet med det officiälservitut som hon innehar.

Vid tillsynsärenden saknas vidare möjlighet att väga olika intressen mot varandra på det sätt som sker i ansökningsmål, varför vad föreningen anfört om anläggningens värde saknar relevans. Vad föreningen anfört om att hänsyn bör tas till den tid som förflutit sedan pirarnas anläggning 1987 saknar betydelse då föreningen själv är

ansvarig för fördröjningarna. Det är istället syftet med att upprätthålla miljöbalkens krav på tillstånd mot tyngden av återställandekravet som ska prövas. Ett återställande av den omfattning som länsstyrelsen angett i precisering till mark- och miljödomstolen innebär en väsentlig förbättring av miljön då öppningen ut mot havet kommer att bli betydligt större och därmed förbättras vattencirkulationen och sannolikheten ökar att botten mellan pirarmarna och rännan kan stabiliseras. Återställandekravet har även ett allmänpreventivt syfte genom att hindra att nu orörda bottnar på andra ställen påverkas av mänsklig verksamhet eftersom man inte kan räkna med att få tillgodogöra sig en olaglig anläggning.

I förhållande till föreläggandets precisering, har föreningen bevisbördan för hur området såg ut innan anläggningen. Om föreningen ansöker om tillstånd för utrivningen så kommer villkoren därmed att fastställas. Vid återställandet bör dock den norra piren vara 24-25 meter och inte 30 meter lång såsom länsstyrelsen angett, eftersom flygfotot från 1987 togs när vattenståndet var lågt. Vid återställande bör hänsyn också tas till att den södra piren inkräktar på fastighetens X vattenområde. Flygfotot från 1974 är bättre lämpat att använda som utgångspunkt för föreläggandet.

Att det eventuellt krävs tillstånd för återställandet är inte skäl för att upphäva beslutet utan endast för att ändra tidpunkten till vilket återställningsarbetet ska vara avslutat.

Till grund för *yrkandet i tredje hand* görs gällande att länsstyrelsens föreläggande är en direkt konsekvens av miljödomstolens dom den 28 oktober 2005 i mål nr M 154-03, eftersom den otillåtna vattenverksamheten återställs genom att material från pirarna sprids i den muddrade hamnbassängen och genom naturligt återställande genom ökad vattencirkulation. Om pirarna av någon anledning inte kan utrivas bör syftet med miljöbalken fortfarande uppfyllas genom krav på återställande av det område som muddrades 2003.

Länsstyrelsen

Den avvägning enligt proportionalitetsprincipen som gjorts i föreläggandet är väl gjord och hänsyn har tagits till föreningens förutsättningar såsom de förts fram i överklagandet. Preciseringen av föreläggandets omfattning är tillräcklig och länsstyrelsen har i yttrande till mark- och miljödomstolen angett måttuppgifter som

tagits fram genom mätningar på flygfotot i föreläggandet. Dessutom kunde länsstyrelsen vid mark- och miljödomstolens syn av pirarna förtydliga preciseringen i dialog med domstolen och föreningen. Vid ett föreläggande som detta behövs inte tillstånd för utrivningen.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Fråga om avvisning av X

Av grundläggande processrättsliga principer följer att en part som inte klagat på ett avgörande inte längre är berättigad att i högre instans framställa egna yrkanden som syftar till att åstadkomma en ändring i sak av avgörandet såvida ingen ny omständighet inträffat sedan avgörandet i lägre instans.

X har inte överklagat mark- och miljödomstolens dom. Hon har i svarsskrivelse till Mark- och miljööverdomstolen framställt yrkanden som dels syftar till en ändring i sak av nu aktuellt föreläggande (förstahandsyrkandet och den del av andrahandsyrkandet som hänför sig till att föreläggandet ska preciseras ytterligare), dels hänför sig till den lagakraftvunna del av mark- och miljödomstolens dom där tidigare förbud avseende muddring upphävts (tredjehandsyrkandet). X kan inte anses ha framställt dessa yrkanden i behörig ordning. Mark- och miljööverdomstolen är därför förhindrad att pröva X yrkanden. Av 10 § andra stycket ärendelagen (1996:242) följer att X talan därmed ska avvisas i dessa delar. Mark- och miljööverdomstolen uppfattar dock att vad X yrkat i andra hand, att föreningens överklagande ska lämnas utan bifall, är att hänföra till hennes inställning till överklagandet.

Länsstyrelsens föreläggande om att återställa vattenområde inom vilket pirar anlagts

Mark- och miljööverdomstolen instämmer i mark- och miljödomstolens bedömning avseende tillämpligheten av 26 kap. 9 § miljöbalken, att den omständigheten att vattenanläggningen tillkommit innan miljöbalkens ikraftträdande inte utgör hinder för tillsynsmyndigheten att ingripa. Vidare gör Mark- och miljööverdomstolen inte heller

någon annan bedömning än mark- och miljödomstolen i fråga om att tillsynsmyndigheten haft skäl att meddela ett föreläggande då anläggningen tillkommit genom verksamhet som saknat tillstånd och därefter inte varit föremål för laglighetsprövning (jfr MÖD 2012:26-28), samt att föreläggandet bedöms vara rimligt och inte mer ingripande än vad som behövts i det aktuella fallet. Överklagandet kan därmed inte bifallas utifrån de grunder föreningen åberopat i första och andra hand.

Ett föreläggande som tillsynsmyndigheten med stöd av 26 kap. 9 § miljöbalken beslutat om ska emellertid vara tillräckligt preciserat så att adressaten inte behöver tveka om vad det är denne ska göra eller underlåta. Av motiven till bestämmelsen framgår att förelägganden som anger att ett begränsningsvärde eller en störningsnivå inte får överskridas eller att vissa tekniska funktionskrav ska följas som huvudregel är tillräckligt preciserat och klart. Vidare underströks behovet av att villkoren utformas så att de är entydiga och lätta att kontrollera och vid överträdelse beivra (se prop. 1997/98:45 del 1 s. 495 f.). Frågan som Mark- och miljööverdomstolen härmed har att ta ställning till är om föreläggandets utformning uppfyller de krav på tydlighet som ställs på tillsynsmyndigheten.

Till en början kan konstateras att aktuellt föreläggande inte innehåller några längd-, bredd- eller höjdangivelser för pirarnas omfattning efter återställandet. Ett flygfoto från 1987 är istället bifogat för att visa den storlek och utformning pirarna ska ha efter att ett återställande har skett. Flygfotot har dock inga angivelser om längd, bredd eller höjd av pirarna efter återställande. Av flygfotot framgår vidare att det 1987 fanns fler än nuvarande två pirar inom det aktuella området, men av föreläggandet framgår inte hur många pirar som ska finnas inom området efter återställandet. Några klara slutsatser om återställandets omfattning går därmed inte att dra utifrån fotot. Enligt Mark- och miljööverdomstolens mening medför dessa brister att föreläggandet är alltför otydligt utformat. Att länsstyrelsen under prövningen i mark- och miljödomstolen kompletterat med vissa längdangivelser samt uppgett att samråd skett med föreningen om återställandets utformning kan enligt Mark- och miljööverdomstolens mening inte kompensera för dessa brister, särskilt inte då föreningen bestritt att något samråd ägt rum. Inte heller vad X anført om bevisbördans placering i fråga om för hur området såg ut 1987 eller att

återställandets omfattning kommer att visa sig om föreningen ansöker om tillstånd för utrivningen inverkar på bedömningen av vilka krav på tydlighet som bör ställas i tillsynsmyndighetens verksamhet. Mark- och miljööverdomstolen noterar även att tidsperioden för efterkommande av föreläggandet inte har anpassats till att tillstånd för utrivning kan komma att behöva sökas (se MÖD 2002:28). Sammanfattningsvis ska föreningens överklagande därmed bifallas och föreläggandet avseende återställande av vattenområde inom vilket pirar är anlagda ska, med ändring av mark- och miljödomstolens dom i denna del, upphävas.

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

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Anna Tiberg, Peder Munck (skiljaktig) och Margaretha Gistorp, referent, samt tekniska rådet Dag Ygland.

Föredragande har varit Anna Harrysson.

Skiljaktig mening; se följande sida

SKILJAKTIG MENING I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Hovrättsrådet Peder Munck är skiljaktig och vill fastställa mark- och miljödomstolens dom i överklagad del. Det kan inte krävas av en tillsynsmyndighet att ha en mer exakt uppfattning om hur ett område gestaltade sig innan ett olovligt byggande i vatten. Ett återställande bör dessutom alltid ske i samråd med tillsynsmyndigheten för att ett gott resultat ska uppnås och för att undvika onödig kapitalförstöring.



KLAGANDE

Sennebyfladens samfällighetsförening

MOTPARTER

1. X

2. Länsstyrelsen i Stockholms län
Box 22067
104 22 Stockholm

ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsen i Stockholms läns beslut den 2 november 2011 i ärende nr 535-2008-3068, se bilaga 1

SAKEN

Återställande av vattenområde på fastigheten X

DOMSLUT

1. Mark- och miljödomstolen upphäver det överklagade beslutet i den del beslutet avser förbud att utföra underhållsåtgärder i den ränna som muddrades 2003.
2. I den del det överklagade beslutet avser återställande av det vattenområde inom vilket pirar har anlagts ändrar mark- och miljödomstolen beslutet endast på så sätt att tidpunkten för när återställningsarbetet ska vara avslutat ändras till den 30 november 2014.

BAKGRUND

Sennebyfladens samfällighetsförening (föreningen) utförde i mars 2003 muddring av en ränna intill en småbåtshamn på fastigheten X. Ansökan om muddring hade tidigare lämnats in av föreningen till Miljö- och hälsoskydds-nämnden i Norrtälje kommun (nämnden) som noterade att verksamhet i form av uppläggning av muddermassor var anmälningspliktig. X, som är delägare i fastigheten X, anförde inledningsvis i yttrande till nämnden bl.a. att hon inte motsatte sig muddring, under förutsättning att den gjordes så att hennes båt- och badplats inte berördes. Länsstyrelsen i Stockholms län (länsstyrelsen) angav i remissvar till nämnden att den planerade muddringen rymdes inom undantagsregeln i 11 kap. 12 § miljöbalken.

Nämnden beslutade i oktober 2002 att muddermassor fick deponeras på land och meddelade vissa försiktighetsmått avseende muddringen. Vidare informerade nämnden om att beslutet inte befriade från skyldigheten att iaktta vad som föreskrivs i 11 kap. miljöbalken men att nämnden, med hänvisning till ett remissvar från länsstyrelsen, bedömde att krav på prövning enligt 11 kap. miljöbalken inte ställdes. I februari 2003 inkom X med en begäran om att nämnden skulle ompröva sitt beslut. Nämnden beslutade dock att inte ompröva beslutet.

X begärde även att länsstyrelsen skulle göra en förnyad prövning av om den muddring som föreningen avsåg utföra krävde tillstånd enligt 11 kap. miljöbalken. Länsstyrelsen fattade med anledning härav beslut att inte vidta någon ytterligare åtgärd. Beslutet överklagades till miljödomstolen som i dom den 28 oktober 2005 (M 154-03) fann att den genomförda muddringen utgjorde sådan vattenverksamhet för vilken tillståndsplikt förelåg och återförvisade ärendet till länsstyrelsen för vidare handläggning.

Länsstyrelsen beslutade 2007 enligt 6 kap. 5 § miljöbalken att muddringen inte kunde antas ha medfört betydande miljöpåverkan. Under 2007 prövade länsstyrelsen även pirarnas förhållande till detaljplanens bestämmelser i samband med överklagade nämndbeslut enligt plan- och bygglagen.

I april 2010 ansökte föreningen om dels tillstånd enligt miljöbalken i efterhand för den muddring som utfördes 2003, dels lagligförklaring av de pirar som uppförts 1988 och som omger småbåtshamnen. Sedan miljödomstolen i ett föreläggande bl.a. framfört att det är tveksamt om miljödomstolen kan pröva ansökan såvitt avser muddringen återkallade föreningen sin ansökan. Miljödomstolen avskrev målet (M 1992-10).

X begärde i januari 2008 att länsstyrelsen skulle förelägga föreningen att återställa det muddrade området och avlägsna pirarna. I januari 2011 vidhöll hon sin begäran och begärde även att strandområdet, som i dag utgörs av småbåtshamnen, återställs så att det återfår den funktion för bad och båtplatser det hade före anläggningsarbetena 1988. I hennes fastighet ingår ett servitut för bad- och båtplats vid stranden nedanför.

Länsstyrelsen fattade den 2 november 2011 det nu överklagade beslutet att förbjuda föreningen att utföra underhållsåtgärder i den ränna som muddrades 2003. Länsstyrelsen förelade föreningen att återställa det vattenområde inom vilket pirar har anlagts och föreskrev att återställandet ska ske genom

- att pirarna återställs till den storlek de hade år 1987 och som framgår av bilagt flygfoto,
- att stenar och mindre block av natursten från pirarna får, i stället för att transporteras bort, placeras i den muddrade hamnbassängen innanför pirarna, samt att dessa stenar ska bredas ut jämnt inom bassängens yta,
- att återställningsarbetet ska utföras i ett sammanhang under perioden 1 september till den 30 november och vara avslutat den 30 november 2013, samt
- att när återställandet slutförts ska detta meddelas till länsstyrelsen, som har att godkänna återställandet.

YRKANDEN M.M.

Föreningen har yrkat i första hand att mark- och miljödomstolen ska upphäva det överklagade beslutet och i andra hand att domstolen ska skjuta på verkställighetsdatumet.

Länsstyrelsen har yrkat att överklagandet ska avslås.

X har yrkat att överklagandet ska avslås. Om möjligt vill hon att föreläggandet preciseras så att hänsyn tas till bl.a. servitutsrättigheter. Hon vidhåller skadeståndskrav men kan inte precisera detta i dagsläget eftersom kravet beror på hur och när återställandet sker.

UTVECKLING AV TALAN

Parterna har till utveckling av sin talan anfört i huvudsak följande.

Föreningen

Rättslig grund för beslutet

Länsstyrelsen saknar rättslig grund för att meddela ett beslut om förbud och föreläggande på det sätt som skett.

Länsstyrelsens motivering i förbudsdelen hänvisar endast till 26 kap. 9 § första stycket miljöbalken. Den bestämmelsen utgör inte en självständig grund för tillsynsmyndigheten att meddela förelägganden och förbud utan dessa måste grundas antingen på en bestämmelse i miljöbalken eller på föreskrifter, domar och andra beslut som meddelats med stöd av miljöbalken. Om länsstyrelsen som grund för att meddela förbudet inte angett något annat lagstöd än 26 kap. 9 § miljöbalken är beslutet i denna del inte lagligen grundat.

Länsstyrelsens beslut har inte heller stöd i 26 kap. 9 § första stycket miljöbalken då det inte tillgodoser att miljöbalken eller något därpå grundat beslut efterlevs. Länsstyrelsen tillgodoser inte genom sitt beslut att miljödomstolens dom den 28 oktober 2005 (M 154-03), där det fastslogs att det inte var uppenbart att 2003 års muddring varken stred mot enskilda eller allmänna intressen, efterlevs. Återläggande av muddermassorna hade i vart fall i någon mån tillgodosett att miljödomstolens dom efterlevdes men ett återställande av vågbrytarna till 1987 års storlek kan knappast sägas tillgodose detta syfte alls.

Föreläggandet att återställa vågbrytarna till 1987 års storlek, har länsstyrelsen grundat på att anläggningen står i strid med 11 kap. 6 § miljöbalken. Bestämmelsen tar endast sikte på vattenverksamhet. Föreningen bedriver ingen vattenverksamhet eftersom vågbrytarna i princip enbart används till att förtöja små fritidsbåtar i vågskyddad miljö. Sådan verksamhet utgör inte vattenverksamhet enligt miljöbalken.

Möjligen avser länsstyrelsen med sin hänvisning till 11 kap. 6 § miljöbalken att föreläggandet grundas på att den vattenverksamhet genom vilken anläggningen tillkom inte uppfyllde den intresseavvägning som ska göras enligt samma bestämmelse. Det är i så fall värt att beakta att vågbrytarna fick sin nuvarande utformning genom vattenverksamhet som utfördes 1988, dvs. före miljöbalkens ikraftträdande. Länsstyrelsen kan inte utfärda förbud eller föreläggande enligt 26 kap. 9 § balken, som ju har som syfte att garantera miljöbalkens efterlevnad, baserat på händelser som skedde före miljöbalkens ikraftträdande om det inte finns övergångsbestämmelser som medger sådant förfarande. Länsstyrelsen har inte hänvisat till sådana övergångsbestämmelser i sitt beslut och såvitt föreningen kan se finns heller inga sådana.

Länsstyrelsens hänvisning till 17 § i lagen (1988:811) om införande av miljöbalken skulle kunna tolkas som att länsstyrelsen menar att enbart den omständigheten att en vattenanläggning inte är tillståndsprövad är ett förhållande som i sig utgör grund för föreläggande och förbud enligt 26 kap. 9 § miljöbalken. Föreningen noterar dock att underlåtelse att ansöka om lagligförklaring inte synes vara ett brott mot miljöbalken eftersom det är frivilligt.

Tillämpning av 11 kap. 6 § miljöbalken

Länsstyrelsen har även tillämpat bestämmelsen i 11 kap. 6 § miljöbalken felaktigt. Bedömningen att anläggningens fortlevnad saknar båtnad är inte riktig.

Huvudsyftet med bestämmelsen är enligt motiven till miljöbalken att hindra vattenverksamhet som inte är samhällsekonomiskt motiverad (se prop. 1997/98:45, del 2, s. 129). Prövningen om regeln är uppfylld ska enligt föreningen ta sin utgångspunkt

i nutiden och blicka framåt. Eftersom vågbrytarna redan finns på plats måste anläggningskostnaderna för att behålla anläggningen i sitt befintliga skick bedömas vara lika med noll. Kostnader för underhåll är i sammanhanget dessutom små.

Föreningen bestrider att X har sådan exklusiv rätt till den plats som hon kallar sin badplats, att man kan tala om ett intrång i hennes servitut eller att "föreningen försvårat utnyttjandet" av detsamma. Länsstyrelsen har inte utrett vilka rättigheter servitutet medför, vilket omöjliggör ett fastställande av att servitutet har blivit svårare att utnyttja. Det framgår inte av servitutet var någonstans på fastigheten X som bad- och båtplatserna ska vara lokaliserade. Den plats som X kallar sin badplats ligger dessutom på ett område som i plan- och bygghänseende är att betrakta som en båtuppdagnings- och båtuppläggningsplats vid vilken har bedrivits båtverksamhet i över 30 år. När det gäller rätten till båtplats ser föreningen inte hur två vågbrytare, som ju möjliggör båtplats i vågskyddad miljö, kan försvåra för X att utnyttja sitt servitut i detta hänseende.

När det gäller det allmänna intresset av att bevara strandområdet opåverkat så var området inte ett från plan- och bygghänseende opåverkat område före 1988 års ändring av vågbrytarna. En av anledningarna till att man utförde vattenverksamheten 1988 var att kunna ta bort de båtar som låg uppdagna på strandområdet då de ansågs ge ett skräpigt intryck till nackdel för, framför allt, de fyra strandnära fastigheterna (inklusive fastighet X). När förtöjningsplatser i vågskyddad miljö skapades kunde man således ta bort båtarna och uppdagningsanordningarna från strandområdet. Länsstyrelsens beslut innebär att dessa förtöjningsplatser nu försvinner och i den mån servitutsinnehavare och övriga föreningsmedlemmar vill fortsätta att använda sina båtar efter det att vågbrytarna har tagits bort, är det föreningens uppfattning att dessa båtar fortfarande kan dras upp och förvaras på strandområdet. Föreningen vill således ifrågasätta om länsstyrelsens beslut verkliggör det allmänna intresset att bevara strandområdet oberört.

Berört bottenområde

Det berörda bottenområdet omfattar cirka 1 200 kvadratmeter innanför vågbrytarna samt en smal ränna på cirka 60 meter från vågbrytarnas mynning ut till en annan muddrad ränna. Som en jämförelse kan nämnas att efter 2005 års lagändring av 11 kap. 9 a § miljöbalken krävs inte längre tillstånd för muddring som understiger en area på 3 000 kvadratmeter, det är tillräckligt att endast anmälan görs, se 19 § förordningen (2007:168) om vattenverksamhet m.m.

I och med att muddring skett vid två tillfällen saknas det i praktiken möjlighet att återskapa den ursprungliga miljösituationen, i vart fall på kort eller mellanlång sikt. Föreningen vill också erinra om att det, varken vid 1988 eller 2003 års muddringar, från myndighetshåll ansetts existera ett allmänintresse att bevara just detta bottenområde orört. Detta framgår av länsstyrelsens yttrande till miljödomstolen i maj 2003 (M 154-03). Föreningen undrar följaktligen vilka omständigheter som nu har fått länsstyrelsen att ändra uppfattning i så hög grad att det anses påkallat att återställa en 23 år gammal vattenanläggning till förmån för det allmänna intresset att bevara cirka 1 200 kvadratmeter havsbotten orörd.

Nyttan av att låta vattenanläggningen vara kvar i befintligt skick

Det som anförts i det föregående ska vägas mot nyttan av att ha kvar vågbrytarna och den muddrade rännan. Vågbrytarna tillhandahåller för föreningens medlemmar och andra rättighetshavare, sammanlagt 22 fastigheter, möjlighet till båtplats i vågskyddat område. Fyra medlemmar i föreningen har servitut på bad- och båtplats och ungefär 20 medlemmar har avtal med föreningen om båtplats. Den muddrade rännan försäkrar dessutom säker passage till öppet vatten. Rekreativa värden som kan kopplas samman med båtliv, friluftsliv och fritidsfiske för 22 fastigheter skulle gå om intet om föreningen tvingas minska vågbrytarna enligt länsstyrelsens beslut och upphöra med att underhålla den muddrade rännan. Det måste dessutom beaktas att vågbrytarnas livslängd torde vara närmast evig och om de får stå kvar kommer de kunna vara till nytta för generationer framöver.

Föreningen har inte tillgång till några andra båtplatser på sätt som länsstyrelsen har angett i det överklagade beslutet. Föreningen äger endast det strandområde som hör till fastigheten X och den enda möjlighet föreningens medlemmar har till båtplats är vid de vågbrytare som länsstyrelsens beslut rör. Enligt föreningens bedömning finns det heller inte någon annan plats på fastigheten X som, utan stora ingrepp i naturen, skulle kunna erbjuda möjlighet till förtöjningsplatser i vågskyddad miljö.

Avslutningsvis måste de kostnader på flera hundra tusen kronor som föreningen slipper genom att inte tvingas återställa vågbrytarna för att efterkomma länsstyrelsens beslut ingå i beräkningen samt den värdeminskning på föreningens fastigheter som orsakas av att båtplats inte medföljer fastigheten. Beslutet saknar proportionalitet då det är synnerligen betungande för föreningens medlemmar och det inte är självklart att några intressen, utom möjligen X, tillgodoses. X intressen utgör emellertid inte ett sådant allmänt intresse som ska ingå i proportionalitetsavvägningen.

Faktisk och rättslig möjlighet att efterkomma föreläggandet

Föreläggandet är inte tillräckligt preciserat för att föreningen ska kunna efterkomma det. Föreningen ifrågasätter även huruvida det på objektiva grunder kommer att vara möjligt att avgöra om föreningen har efterkommit föreläggandet. Länsstyrelsen har dessutom inte beaktat att återställandet kan kräva tillståndsprövning. Föreningen skulle således kunna vara rättsligen förhindrad att efterkomma föreläggandet.

Det 20 x 29 cm stora flygfoto från 1987 som länsstyrelsen har bifogat till sitt beslut är taget på långt avstånd rakt uppifrån och det går varken att avläsa vågbrytarnas längd, bredd eller höjd från fotot då det inte finns någon uppgift om skala.

Föreningen ifrågasätter att den bristfälliga preciseringen kan lösas genom att det förs en dialog mellan länsstyrelsen och verksamhetsutövaren om detaljer i återställandet i samband med att återställandet utförs. Någorlunda precisa längd-, bredd- och höjdangivelser uttryckta i meter utgör inte en detalj utan är snarare en grundförutsättning för att det överhuvudtaget ska gå att bedöma huruvida föreningen har efterkommit föreläggandet enligt objektiva fastställbara kriterier. Om beslutet inte

upphävs hamnar föreningen i en rättsosäker position där föreningen kommer bedömas efter i huvudsak skönsmässiga grunder fastställda av länsstyrelsen.

Länsstyrelsen

Vad förening anfört angående båtnaden för båthamnen och om avvägningen enligt proportionalitetsprincipen föranleder ingen ändrad uppfattning från länsstyrelsen.

Uppgiften att föreningen har tillgång till båtplatser har länsstyrelsen fått muntligen i samband med utredningen. Oavsett om uppgiften stämmer eller inte anser länsstyrelsen att båtplatserna vid pirarna endast använts i liten utsträckning. Länsstyrelsen bedömde att det är rimligt att återställa till de förhållanden som gällde 1987. De pirar som blir kvar utgör en vattenanläggning för vilken lagligförklaring kan sökas.

Länsstyrelsen har tillräckligt preciserat föreläggandets omfattning i och med att flygfoton finns som visar situationen innan den tillbyggnad som ska avlägnas utfördes. Med tanke på förutsättningarna fann länsstyrelsen det inte möjligt att exakt på metern precisera föreläggandet. Det är inte heller så avgörande för miljön. Det är vidare normalt att det förs en dialog mellan länsstyrelsen och verksamhetsutövaren om detaljer i återställandet i samband med att återställandet ska utföras.

Om mark- och miljödomstolen anser att en precisering med måttuppgifter krävs, kan länsstyrelsen acceptera följande mått. Den södra pirarmen bör efter återställandet ha längden 40 meter och bredden 4 meter, och avsmalnandet (då piren i dag är bredare) bör ske genom att material tas bort på dess södra sida. Den norra pirarmen bör efter återställandet ha längden 32 meter, och då pirarmens bredd i dag skiljer sig lite från bredden 1987 är ett avsmalnande här inte motiverat. Denna beräkning är gjord med hjälp av flygfotot från 1987 och baseras på avstånd till den bebyggelse som syns i fotot och inte vattenlinjen eftersom denna varierar.

Vid ett föreläggande om återställande som detta behövs inte något tillstånd för utrivningen. Jämför med Miljööverdomstolens dom den 8 februari 2011, mål nr M 2893-10.

X

Återställandet

Hon vill ha möjlighet att framföra synpunkter på återställandet i samband med detaljutformningen av detta. Ett återställande kan knappast ske utan att berörda rättighetshavare och grannar får möjlighet att påverka. Hon anser att länsstyrelsen redan i beslutet tydligt borde ha angett att hänsyn till servitutsrättigheterna måste tas i samband med återställandet för att undvika senare konflikter. Det finns flera fastigheter inklusive fastigheten X som har nyttjanderättigheter i området.

Vid återställandet måste man ta hänsyn till att alla stenar inte kommer från vattenområdet utan från strandområdet och från "tippen" på land. Stenarna som fanns var inte heller jämnt utspridda längs botten, främst beroende på att området rensats tidigare från sten i anslutning till de båt- och badplatser som anlagts med stöd av servitut. För deras del är det stenar från dessa rensningar som kom att utgöra den ursprungliga norra piren. Före 1988 var botten fast och bestod av lera täckt med några centimeter sand och småsten. Detta ytskikt grävde man bort 1988 (och återigen 2003) och den botten som finns i dag är enbart lera och gyttja. En sådan botten är inte lämplig som badplats. Därför måste även botten stabiliseras i samband med återställandet och detta kan kräva en insats inte bara en gång utan flera.

Om man bara kortar ner, smalnar av och sänker befintlig pir finns stor risk att det enda som kommer vara kvar är en kärna av lera. De ursprungliga stenarna ligger spridda i hela piren. I samband med pirbyggandet 1988 la man denna lera på piren då stenen från närområdet inte räckte till. Något år senare la man på piren med sten från "tippen" eftersom lera sköljdes bort. Leran som finns kvar gör piren tät mot genomströmmande vatten och påverkar cirkulationen negativt.

Servitutet

Orsaken till att det i dag inte går att fastställa badplatsens läge på plats är att föreningen grävde bort badplatsen 1988, och trots att föreningen har bevisbördan för hur området såg ut före 1988 så har den inte visat någon dokumentation av området.

De foton hon har gett in är ett försök att visa var badplatsen var belägen och hur den var beskaffad. Hennes badplats ligger på insidan av norra piren, dvs. precis söder om denna mellan pirarmarna. Området bestod tidigare av tre pirar med mellanliggande vattenområde som syns på flygfotot från 1974 liksom den stig de använde för att ta sig till badplatsen. Fotot vid lågt vattenstånd visar att botten var rensad och norra pirens dåvarande utseende syns tydligt liksom vattenområdet i övrigt. Fotona liksom flygfotot visar att platsen var avgränsad.

Orsaken till att hennes far inte uppmärksammade föreningen på att vattenverksamheten kunde inskränka badplatsen var att han aldrig informerades eller tillfrågades om vattenverksamheten 1988 innan den utfördes. Förutom hennes fastighets servitut så finns ytterligare tre servitut för båt- och badplats, fastigheter A, B, C och D som gäller området mellan pirarna.

När det gäller hennes båtplats så innebär pirarna inte att hon har svårare att använda denna, men den fungerade rätt bra tidigare också. Däremot har förtöjda båtar vid norra piren inneburit problem eftersom de varit rädda för skador på dessa. Vattenområdet är grunt och en roddbåt kräver mycket utrymme i sidled för att ta sig ut. Båtplatsen i sig har funnits på samma plats sedan minst 1913, dvs. från den tid då fältspatsgruvan användes. Foto från slutet av 1950-talet visar att något fanns redan då och senare bilder visar att piren innan 1988 användes som båtbygga åtminstone någon gång.

Båtuppläggningsplatsen i anläggningsbeslutet är grusplanen på vägens västra sida och båda dessa anläggningars placering framgår av kartan till anläggningsbeslutet. Av ansökan om bygglov framgår det att platsen var olämplig som hamn och att ansökan skedde efter överlåtelsen av fastigheten X. Av denna ansökan framgår vad som avseddes med föreningens båtverksamhet och vad som inte avsågs, nämligen att man inte skulle ha några båtplatser i vattnet utan att båtarna skulle släpas ner inför varje användning. Det framgår också av anläggningsbeslutet att föreningen inte förvaltar några pirar, någon hamn eller liknande.

Föreningens bemötande

Länsstyrelsens tillägg med precisering av föreläggandet reparerar, oaktat att det av processekonomiska skäl inte bör tillåtas, inte föreläggandets brister. De av länsstyrelsen angivna måtten utgör i bästa fall en grov uppskattning. Det torde finnas flera felkällor eftersom det till beslutet bilagda fotot är så litet och saknar skala. Av rättssäkerhetsskäl bör domstolen inte fästa någon vikt vid länsstyrelsens ändring av beslutet.

Länsstyrelsens villfarelse såvitt avser frågan om föreningen har båtplatser på annat håll har haft en avgörande påverkan på länsstyrelsens bedömning huruvida de allmänna intressen som föreläggandet tillgodoser står i proportion till hur pass betungande föreläggandet är för föreningen. Det får förutsättas att länsstyrelsen utgått från att de av föreningens medlemmar som har båtplatser vid de aktuella vågbrytarna bara kunde flytta sina båtar till föreningens övriga båtplatser efter det att anläggningen återstälts till 1987 års förhållanden. I själva verket omintetgör länsstyrelsens beslut möjligheten för föreningens medlemmar att ha båt i anslutning till sina fastigheter. Länsstyrelsens proportionalitetsbedömning är således baserad på felaktiga premisser. De intressen beslutet tillgodoser kan knappast anses stå i proportion till hur pass betungande det är för föreningens medlemmar.

DOMSKÄL

Mark- och miljödomstolen har den 25 april 2013 hållit syn vid småbåtshamnen.

Tillämpningen av 26 kap. 9 § miljöbalken

Bestämmelserna i 26 kap. 9 § miljöbalken ger tillsynsmyndigheten möjlighet att besluta om de förelägganden och förbud som behövs för att miljöbalkens bestämmelser ska följas. Grunden för ett föreläggande eller förbud kan vara t.ex. att en verksamhet bedrivs eller en anläggning tillkommit utan tillstånd, men ett föreläggande eller förbud kan också grundas direkt på de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken.

Föreningen har invänt att ett tillsynsinskrivande inte är möjligt på grund av att det inte bedrivs någon vattenverksamhet i dag och länsstyrelsens beslut rör åtgärder som vidtagits före miljöbalkens ikraftträdande. Mark- och miljödomstolen konstaterar att föreläggandet att återställa det vattenområde inom vilket pirar har anlagts rör en vattenanläggning som kan kräva tillstånd enligt både miljöbalken och äldre bestämmelser i vattenlagen (1983:291). Anläggningen inverkar alltså på vattenförhållandena på platsen. Enligt praxis finns det inget hinder för tillsynsmyndigheten att ingripa med stöd av 26 kap. 9 § miljöbalken i fall som rör utrivning av en otillåten vattenanläggning (jfr rättsfallen MÖD 2002:28, MÖD 2006:2 och Miljööverdomstolens dom 2011-02-08 i mål M 2893-10). I det sammanhanget noteras att det enligt kommentaren till 1983 års vattenlag anges att bestämmelserna i vattenlagen om underhåll, tillsyn och besiktning utan vidare också gäller beträffande äldre vattenföretag och vattenanläggningar (Strömberg, Vattenlagen med kommentar, Publica, s. 371). Domstolen finner att ett tillsynsinskrivande inte hindras av att åtgärderna vidtagits före miljöbalkens ikraftträdande.

Förbudet mot fortsatt underhåll av ränna

I det överklagade beslutet har länsstyrelsen, med hänvisning till miljödomstolens dom den 28 oktober 2005 (M 154-03), funnit att muddringen av rännan 2003 har krävt men saknat tillstånd. Mark- och miljödomstolen finner inte skäl att göra någon annan bedömning.

Föreningen har visserligen påpekat att 19 § förordningen (1998:1388) om vattenverksamhet m.m. föreskriver anmälningsplikt i stället för tillståndsplikt för bl.a. muddring i ett annat vattenområde än vattendrag under förutsättning att den bottenyta som muddringen omfattar i vattenområdet uppgår till högst 3 000 m². Även om den muddring som utfördes i rännan 2003 numera endast skulle ha varit anmälningspliktig kan dock länsstyrelsen ställa krav på skyddsåtgärder och försiktighetsmått enligt de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken. Även bestämmelsen i 11 kap. 6 § miljöbalken kan medföra att en vattenverksamhet, såsom framtida rensning i rännan, inte får bedrivas om dess fördelar från allmän och enskild synpunkt inte överväger kostnaderna samt skadorna och olägenheterna av

den. Bestämmelsen i 19 § förordningen om vattenverksamhet m.m. hindrar alltså inte att länsstyrelsen meddelar föreläggande eller förbud avseende den muddrade rännan.

Mark- och miljödomstolen instämmer i länsstyrelsens bedömning att ett återställande av rännan kan anses medföra viss miljönytta. Länsstyrelsen har dock funnit att det omfattande arbetet att återställa rännan inte står i proportion till den miljönytta som därmed uppnås.

Den fråga som mark- och miljödomstolen därmed har att ta ställning till är om det har varit miljömässigt motiverat och rimligt att förbjuda föreningen att utföra underhåll i rännan.

Det förbud mot framtida underhåll som länsstyrelsen beslutat om skulle visserligen kunna säkerställa att ett naturligt återställande sker. Det har dock inte framkommit annat än att den aktuella platsen har använts för båttrafik, åtminstone för mindre båtar, sedan längre tid tillbaka. Eftersom ett återställande dessutom har ansetts orimligt bör syftet med tillsynsinsatserna inte vara att säkerställa en återgång till naturliga förhållanden utan att tillse att åtgärder inte vidtas som medför skada eller olägenhet för miljön eller människors hälsa.

Eftersom rännan inte har något gällande tillstånd med föreskriven bottenhöjd får rensning av rännan, även utan ett förbud, inte påbörjas utan att anmälan görs eller, beroende på åtgärdens omfattning, tillstånd ges (jfr 11 kap. 9 b § tredje stycket, 10 och 15 §§ miljöbalken). En prövning av den åtgärd som anmälan eller ansökan avser sker då och beslut kan fattas om de förelägganden eller förbud som är nödvändiga för att säkerställa att kraven i 2 kap. och 11 kap. 6 § miljöbalken uppfylls (jfr 23 § förordningen om vattenverksamhet m.m.).

Eftersom syftet med förbudet i stället kan uppnås i samband med en sådan prövning av åtgärder i rännan finner mark- och miljödomstolen att ett förbud mot underhålls- åtgärder är mer ingripande än vad som behövs i det aktuella fallet.

Mark- och miljödomstolen kommer därför fram till att det överklagade beslutet i den del beslutet avser förbud att utföra underhållsåtgärder i rännan som muddrades 2003 ska upphävas.

Föreläggandet att återställa vattenområdet

Utförandet av pirarna 1988 innebar uppförande av en vattenanläggning samt fyllning i vattenområdet och syftade till att förändra vattnets djup eller läge. Detta utgjorde ett sådant vattenföretag som har krävt tillstånd enligt vattenlagen (1983:291). Mark- och miljödomstolen instämmer därvid i den bedömning som länsstyrelsen har gjort att utförandet av pirarna har haft inverkan på såväl allmänna som enskilda intressen. Undantagsbestämmelsen i 4 kap. 2 § vattenlagen som innebar att tillstånd inte krävdes, om det var uppenbart att varken allmänna eller enskilda intressen skadades genom företagets inverkan på vattenförhållandena, var alltså inte tillämplig.

Miljöbalkens bestämmelser om vattenverksamhet är principiellt inriktade på att verksamheter ska förprövas. Någon möjlighet att i efterhand ansöka om tillstånd för det vattenföretag som själva utförandet av pirarna utgjorde finns därför inte (se prop. 1997/98:45, del 2, sidan 390 f.). Enligt 17 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken får i stället den som äger en vattenanläggning, som har tillkommit utan tillstånd enligt vattenlagen, eller avser att utnyttja den för vattenverksamhet begära prövning av anläggningens laglighet hos mark- och miljödomstolen. Pirarna, i den del de tillkom 1988, utgör en sådan vattenanläggning för vilken laglighetsprövning kan sökas (prop. 1997/98:45, del 2, sidan 128).

Eftersom vattenanläggningen (pirarna) har tillkommit genom en verksamhet som saknat tillstånd och någon laglighetsprövning av pirarna inte har skett har tillsynsmyndigheten haft skäl att förelägga om åtgärder.

Frågan om fördelarna från allmän och enskild synpunkt med utförandet av pirarna övervägde kostnaderna samt skadorna och olägenheterna enligt 3 kap. 4 § vattenlagen (det s.k. båtnadskravet) ska prövas vid en eventuell laglighetsprövning av

pirarna. För att förelägga om åtgärder är det dock tillräckligt att tillstånd saknats och laglighetsprövning inte har skett. Oavsett om båtnadskravet anses uppfyllt eller inte, anser mark- och miljödomstolen därför att länsstyrelsen haft fog för att förelägga om återställande av vattenområdet. Huruvida föreningen har tillgång till båtplatser på annan plats får alltså inte en avgörande betydelse i målet.

Mark- och miljödomstolen konstaterar att länsstyrelsen förelagt föreningen att återställa det vattenområde inom vilket pirar har anlagts och i de två följande punkterna begränsat och förtydligat omfattningen av återställandet. Det är alltså inte ett återställande av hela hamnbassängen som åsyftas. Mark- och miljödomstolen finner att föreläggandet är rimligt och att det inte kan anses mer ingripande än vad som behövs i det enskilda fallet.

Det foto som länsstyrelsen har bifogat sitt beslut, se förstoring av fotot i bilaga 2 till denna dom, är ett tillräckligt underlag för att bedöma hur ett återställande ska ske. Den omständigheten att det förelagda återställandet kan kräva tillstånd eller anmälan enligt miljöbalken eller annan rättslig reglering innebär inte att föreningen inte ska anses ha möjlighet att efterkomma föreläggandet (jfr Miljööverdomstolens dom den 8 februari 2011, mål nr M 2893-10).

Sammantaget kommer mark- och miljödomstolen fram till att överklagandet ska avslås i den del det avser föreläggande att återställa vattenområdet. På grund av den tid som förflutit sedan länsstyrelsen fattade sitt beslut bör dock tidpunkten för när återställningsarbetet ska vara avslutat flyttas fram till den 30 november 2014.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 3 (DV427)

Överklagande senast den 8 oktober 2013.

Anders Lillienau

Ingrid Johansson

I avgörandet har deltagit rådmannen Anders Lillienau och tekniska rådet Ingrid Johansson. Föredragande har varit beredningsjuristen Li Axrup.