

2012-07-31

Mark- och miljödomstolen i Växjö

Box 81

351 03 Växjö

## **Komplettering av överklagande i mål M 2689-12**

### **Saken**

Länsstyrelsens i Skåne län beslut 515-7157-12 angående begäran om omprövning av länsstyrelsens beslut 515-1829-11 avseende delvis upphävande av föreläggande om förbud mot exploatering på Boarp 2:16 i Båstad kommun

### **Yrkande**

Mina huvudmän yrkar att Länsstyrelsens beslut upphävs och att frågan skickas tillbaka till Länsstyrelsen för prövning.

## Utveckling av talan

### *Talerätt för föreningen Norrvikens Trädgårdar*

Föreningen Norrvikens Trädgårdssällskap är part i nuvarande mål då föreningen är adressat för det överklagade beslutet. Vidare är föreningen en sådan förening som omfattas av 16 kap 13 § MB. Föreningen Norrvikens Trädgårdssällskap har under många år arbetat för att bevara Norrvikens Trädgårdar och dess närområde. Föreningen har funnits sedan 1999 och har organisationsnummer 839401 – 0741. Föreningen har i dagsläget ca 200 betalande medlemmar samt närmare 1000 icke-betalande. Utdrag ur föreningens stadgar:

### NORRVIKENS TRÄDGÅRDSSÄLLSKAPS STADGAR

#### § 1. Ändamål

Norrvikens Trädgårdssällskap är en ideell förening.

Föreningens syfte är att enligt Miljöbalken verka för att den unika naturmiljön i och omkring Rudolf Abelins ursprungliga egendom skyddas samt att Norrvikens Trädgårdar lever vidare enligt grundarens intentioner och utvecklas till en trädgårdsanläggning av hög internationell klass. Trädgårdarna skall hållas öppna för allmänheten.

#### *Talerätt för Rudolf Abelin*

Abelins farfar, även han med namnet Rudolf Abelin, grundade Norrvikens Trädgårdar. Huset som Abelin äger byggdes en gång åt Abelins farfar, och hans fastighet har sitt byggnadstekniska, historiska, kulturhistoriska, miljömässiga och konstnärliga värde framför allt i sammanhanget med Norrvikens trädgårdsanläggning. Även om dessa intressen anses som allmänna, sammanfaller de med Abelins enskilda intressen.

Den egendom som Rudolf Abelin köpte 1906 var kraftigt förfallen. Den bestod av 14 tunnland som rymdes på den övre platån samt naturbetesmark och möjligen lieslätter på den nedre nivån. Han påbörjade omedelbart markplanering för sin experimentodling i två plan med olika växtbetingelser. Den östra hälften av det område som man nu planerar bebygga låg 1- 2 meter högre än den västra och befanns bättre lämpad för fruktodling. Djupdränering eller täckdikning gjordes med all säkerhet inte. I botten fanns s k mal, d v s gammal klappersten, som i sig själv ger god vattengenomsläpplighet.

Den västra delen anges på planeringskartor från Abelins tid som ängsmark genomkorsad av en mindre bäck och markering för vattensamling. Abelin ville bevara området som naturligt äng och dikade aldrig ut det. Över ängen anlades en liten väg. Höganäsröret har sannolikt kommit från den nu uppgrävda bäcken där vägen passerade över. Naturbetesmark av denna typ var i äldre jordbruk mycket värdefull, i synnerhet om den som här låg på kalkhaltig lerbotten, vilket gjorde att mossa inte trivdes. Den behövde inte plöjas, harvas, gödslas eller

kalkas och torkade aldrig ut ens vid extrema torrår. Djupdränering skulle ha förstört den. Det kor och hästar ratade skördades med lie. Här fanns ofta en rik flora, vilket kan ha tilltalat naturvännen Abelin. Efter 40 år utan hävd av lågplatån har nässlor, syskor och andra näringskrävande arter tagit över stora delar av nedre platån och dominerat med meterhöga stänglar som tecken på att jorden i sig själv är näringsrik.

Fram till NTAB:s dränering i sommaren 2011 fanns här en fuktäng samt våtmark med vattensamlingar, vilka till viss del var beväxta med frodig och rikblommande vattenpilört (*Persicaria amphibia*) som dominerande karaktärsväxt, men där fanns även undervattensvegetation. Den leriga botten gjorde att våtmarken under större delen av året inte var framkomlig ens med stövlar. Det finns inga som helst belägg för att denna våtmark någonsin varit dränerad. Det djupa sydvästra kantdiket mot sluttningen och skogspartiet är på en 60 meter lång sträcka nygrävt till ett djup av på sina ställen upp till 2,60 meter. På det djupaste stället är bredden drygt 5 meter. Där går diket ner i stenig moränjord varifrån grävmaskinen kastat upp stora stenbumlingar, vilket tydligt markerar att detta parti aldrig tidigare har varit dikat.

Denna beskrivning visar att Rudolf Abelin (den yngre) påverkas genom Länsstyrelsens beslut så att han har talerätt enligt 16 kap 12 § MB. Värdet på Abelins fastighet riskerar att avsevärt minskas genom den exploatering som beslutet rör.

### *Bakgrund*

För det aktuella området gäller detaljplan för Elestorp 6:6 m fl. Dock medför den exploatering som detaljplanen ger grunden för negativ påverkan på habitat för den större vattensalamandern, vilket innebär att dispens enligt 14 § artskyddsförordningen (AF) erfordras. Under våren 2011 påbörjades exploateringsarbeten på fastigheten Boarp 2:16 innebärande bland annat röjning av vegetation, grävning samt rensning av diken. Efter anmälan från Norrvikens Trädgårdssällskap beslöt Länsstyrelsen i Skåne län, efter omfattande skriftväxling, med anledning av dessa arbeten i augusti samma år om förbud mot fortsatt exploatering på den aktuella fastigheten (Dnr: 515-1829-11 1278). 2012-02-04 upphävde Länsstyrelsen dock delar av detta förbud (den del som gäller de tre sk punkthusen), Dnr: 515-1829-11. Med anledning av detta beslut begärde föreningen att Länsstyrelsen enligt 27 § förvaltningslagen skulle ompröva sitt beslut.

Enligt 27 § förvaltningslagen ska en myndighet som meddelat beslut i första instans, såsom i det nu aktuella ärendet enligt 26 kap 9 § miljöbalken (MB), ändra sitt beslut om det är uppenbart oriktigt på grund av nya omständigheter eller av annan anledning och det kan ske snabbt och enkelt och utan att det blir till nackdel för någon enskild. En vanlig anledning till att ett beslut bör ändras är att beslutsmyndigheten vid beslutstillfället inte kände till alla de omständigheter som behövdes för att fatta ett riktigt beslut.

Det handlar i detta fall inte om ett gynnande beslut för någon enskild, utan om ett delupphävande av ett förbud. Enligt allmänna principer om förvaltningsbesluts rättskraft har sedan länge gällt att förbud, förelägganden och liknande betungande beslut kan ändras i både mildrande och skärpande riktning. Länsstyrelsen delar i det nu överklagade beslutet föreningens slutsats i denna fråga.

Länsstyrelsens beslut om att upphäva exploateringsförbudet grundar sig på ett felaktigt beslutsunderlag, se nedan. I detta ärende har exploatören NTAB även inkommit med vilseledande uppgifter som sedermera lagts till grund för beslut. Länsstyrelsen för även ett felaktigt resonemang när det gäller beslutets proportionalitet gentemot exploatörens enskilda intressen. Dessa faktorer talar för att en omprövning är möjlig och att en sådan bör ske. Enligt förarbetena till förvaltningslagen (prop 1985/86:80 s 42) är det viktigt att myndigheterna tar tillvara alla de möjligheter de har att snabbt och enkelt ändra sina beslut om dessa visar sig vara oriktiga.

### *Beslutsunderlaget*

I den skrivelse som NTAB inkom med som svar på Länsstyrelsens underrättelse 11-07-29 uppger bolaget att under den process som gällde detaljplanen 2009-2010 skulle såväl Länsstyrelsen som regeringen enligt bolaget funnit att den MKB, som innefattade en groddjursinventering från 2008, visat att exploateringsplanerna inte borde omprövas med hänsyn till förekomsten av större vattensalamander. NTAB förutsatte i samma skrivelse dessutom att Länsstyrelsen omgående skulle meddela dispens enligt artskyddsförordningen (AF).

Bolagets återgivande av de beslut som rörde detaljplanen är missvisande. Länsstyrelsen berörde över huvud taget inte frågan om påverkan på den större vattensalamandern i sitt beslut (403-85224, -;85233, -;85235-8). Regeringen däremot gick in på frågan om hotade arter, men fann att det underlag som förelåg var tillräckligt för ett ställningstagande om att förekomsten av större vattensalamander inom eller i närheten av planområdet inte utgjorde hinder mot genomförande av planen. Regeringen konstaterade dock att dispens kunde komma att behövas enligt 14 § AF för de enskilda arbetena. Av dessa båda beslut kan man således inte dra slutsatsen att frågan om skydd av större vattensalamander är slutligt avgjord.

Den naturutredning bolaget hänvisade till och som låg till grund för besluten angående detaljplanen är dessutom undermålig. Undersökningen utfördes under ett enda besökstillfälle i september 2008. Ekologigruppen, som utförde utredningen, kommenterade i en intervju i SVT Sydnytt 2008-09-26 sin egen utredning som otillräcklig. Eftersom den utredning som exploatören tog fram 2008 inte omfattade hela planområdet, utfördes en kompletterande undersökning av Marika Stenberg och Per Nyström, "Förutsättningar för den större vattensalamandern intill Norrvikens trädgårdar", 2008-09-26.

Den större vattensalamandern har enligt ArtDatabanken vid ett flertal tillfällen iakttagits i Norrvikenområdet. År 2010, således efter Länsstyrelsens och regeringens ovan nämnda beslut och efter det att detaljplanen vunnit laga kraft, har ArtDatabanken registrerat fynd på den nu tilltänkta byggplatsen Boarp 2:16.

NTAB uppmanades i nuvarande ärende även att inkomma med kompletterande uppgifter. Bolaget lät Calluna göra en utredning som enligt bolaget visade att punkthusen inte skulle komma att skada eller störa den större vattensalamandern. Efter att Länsstyrelsen åter besökt platsen tillskrevs bolaget i ärende 515-24515-11 angående ytterligare frågor om de avvattande åtgärderna samt påverkan på större vattensalamander och våtmarkerna. Av bolagets svar 120127 framkommer bl a att vattenförsörjningen till våtmarken minskat på grund av bolagets åtgärder, att ytterligare påverkan på våtmarken är att vänta, att inga åtgärder för att minska negativ påverkan på våtmarken har vidtagits eller planeras, att det fördjupade diket tar övervintringsplatser för groddjur i anspråk samt att arbetsföretaget kommer att störa arten större vattensalamander. Bolaget ansökte samtidigt återigen om dispens enligt 14 § AF.

Efter bolagets senaste yttrande, där det således klart framgår att otillåten påverkan på större vattensalamander förekommer och riskerar fortsätta, beslutade Länsstyrelsen ändå att upphäva förbudet mot exploatering inom del av området. Länsstyrelsen tycks mena att det rör sig om olika områden, och att detta område inte skulle utgöra habitat för den större vattensalamandern. Detta är en missuppfattning. Här är det fråga om ett och samma område som i sin helhet utgör ett viktigt habitat för den större vattensalamandern.

Det beslutsunderlag Länsstyrelsen grundar sitt beslut om upphävande av förbudet på är uppenbart oriktigt. Beslutet har därför blivit felaktigt och borde följaktligen ha omprövats. För att visa att omständigheter föreligger som talar för att beslutet är fattat på felaktig grund har Norrvikens Trädgårdssällskap låtit Daniel Gustafsson, en av landets främsta experter på den större vattensalamandern och dess livsmiljö, göra en undersökning av platsen under sista helgen i april i år. Av denna undersökning framkommer att området på fastigheten Boarp 2:16 som har exploaterats och där bostäder planeras byggas innehåller eller har innehållit miljöer av hög kvalitet för större vattensalamander. Småvattnet, som har påverkats negativt av NTAB:s otillåtna dikning 2011, har troligen nyligen varit fortplantningslokal för större vattensalamander. Den större vattensalamandern finns med stor sannolikhet kvar i närområdet. Se bilaga.

### *Den större vattensalamandern*

Den större vattensalamandern, *Triturus cristatus*, förekommer i en stor del av Europa. De svenska populationerna är spridda främst i de södra och mellersta delarna av landet och utgör en betydande andel av den fenno-skandiska

förekomsten. Trots den relativt stora geografiska utbredningen är den större vattensalamandern ovanlig i ett europeiskt perspektiv och genomgår en kontinuerlig och på vissa håll snabb tillbakagång. Arten ska skyddas enligt art- och habitatdirektivet och är därför listad i bilaga 1 till artskyddsförordningen med beteckningen N.

Den större vattensalamandern återfinns ofta i äldre, vanligen lövdominerade, skogsområden omgivna av betade eller opåverkade högrötsmarker. Som reproduktionslokaler använder salamandern vanligen småvatten som dammar, gölar och mindre fiskfria sjöar, vilka ligger inom 150-300 meter ifrån födosöks- och övervintringsområdena. Under vår och sommar vandrar djuren mellan sina landområden och reproduktionslokaler. Parningen äger rum i vattnet, där honorna lägger sina ägg invikta i skydd av vattenväxters blad. Larverna kläcks efter någon vecka. I augusti till oktober omvandlas larverna till vuxna djur och vandrar upp på land. Den större salamandern är relativt långlivad och enstaka djur kan bli upp till ca 15 år gamla.

Det aktuella området utgör således boplats och fortplantningsområde för den större vattensalamandern. Det är enligt 4 § AF förbjudet att avsiktligt störa denna art, särskilt under djurens parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttperioder. Det är vidare förbjudet att skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplats. Enligt EU-kommissionens vägledningsdokument (Vägledning för strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen, slutlig version februari 2007) måste även fortplantningsområden och viloplats skyddas när de inte används. Det är vidare viktigt att platsens ekologiska funktion bibehålls. Gemensamt för åtgärder rörande djurens olika uppehållsplatser är att dessa inte får påverkas av mänskliga aktiviteter på ett sådant sätt att platserna förlorar sin kontinuerliga ekologiska funktion för den berörda arten. Med detta avses att ingreppet inte får vara så omfattande att området tappar de egenskaper som gör det betydelsefullt för arten i fråga. Bestämmelsen gäller oavsett om åtgärden är avsiktlig eller ej. Det finns i det nu aktuella ärendet en uppenbar risk för att exploateringen innebär en bortträngning av den större vattensalamandern från habitatet, vilket även riskerar en stor påverkan på reproduktionen. Habitategenskaper som är viktiga för just den större vattensalamandern är att det finns våtmarker, särskilt små och grunda dammar eller tjärnar, men även tillgång till goda landmiljöer i anslutning till dessa våtmarker. Den planerade exploateringen kommer att ändra hela området ekologiska funktion.

### *Proportionalitetsprincipen enligt 26 kap 9 § MB*

Enligt 26 kap 9 § MB ska ingripanden begränsas till vad som behövs i det enskilda fallet. Länsstyrelsen hänvisar i det nu överklagade beslutet till att vid beslut om föreläggande eller vid ändring av sådana beslut ska det allmänna intresset vägas mot det enskilda intresset, den s k proportionalitetsprincipen. Länsstyrelsen hänvisar även till ett antal äldre domar från Regeringsrätten<sup>1</sup>.

I detta fall rör det sig om ett skydd för en hotad art som grundar sig helt och hållet på EU-rätten, nämligen art- och habitatdirektivet artikel 12 och 16. Dessa bestämmelser har implementerats genom artskyddsförordningens bestämmelser om fridlysning och dispens.

Dispens får endast lämnas under vissa i förordningen upptagna förutsättningar.

Dessa är att:

- det inte finns någon annan lämplig lösning
- dispensen inte försvårar upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus hos artens bestånd i dess naturliga utbredningsområde, och
- dispensen behövs
  - a) för att skydda vilda djur och växter eller bevara livsmiljöer för sådana djur eller växter,
  - b) för att undvika allvarlig skada, särskilt på gröda, boskap, skog, fiske, vatten eller annan egendom
  - c) av hänsyn till allmän hälsa och säkerhet eller av andra tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse
  - d) för forsknings- och utbildningsändamål
  - e) för återinplantering eller återinförsel av arten eller för den uppfödning av en djurart eller den artificiella förökning av en växtart som krävs för detta eller
  - f) för att under strängt kontrollerade förhållanden selektivt och i liten omfattning tillåta insamling och förvaring av vissa exemplar i liten mängd.

Dispens innebär att en myndighet befriar från något, som egentligen följer av lag. Ett förbud är alltså här det egentliga rättsläget. Från detta förbud kan man befrias. Man kan då skilja mellan å ena sidan situationer där en författning reglerar vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda eller föreligga för en sådan befrielse, å andra sidan författningar som i och för sig ger utrymme för dispens men inte reglerar dess förutsättningar utan endast anger vilket organ som har kompetensen att medge dispens. Om de materiella förutsättningarna är reglerade som i nu aktuellt fall, krävs för att dispens ska kunna ges att dessa förutsättningar också är uppfyllda i det enskilda fallet och att beslutsunderlag finns för att visa detta. När det gäller dispens

---

<sup>1</sup> Jag utgår från att Länsstyrelsen här menar de omdiskuterade domar som rörde efterbehandling och strandskydd som kom 1996, RÅ 1996 ref 57 respektive mål nr 6300-1992 m fl, och som sedermera genom lagändring numera kan anses vara ointressanta i sammanhanget.

från fridlysningsförbudet ska samtliga tre förutsättningar i 14 § AF vara uppfyllda och bestämmelsen ska tillämpas restriktivt.

I den mån proportionalitet hör till rätten, och inte bara utgör ett synsätt utifrån vilken man skulle kunna analysera rätten, krävs en rättsgrund. Den "proportionalitetsprincip" som Länsstyrelsen tyckts ha tillämpat i ärendet kan inte tillämpas på absoluta förbud, och särskilt inte om dessa bygger på unionsrätten. Varken artskyddsförordningen eller art- och habitatdirektivet innehåller bestämmelser som skulle tillåta att artskyddet skulle kunna förbigås genom en avvägning mot ett enskilt exploateringsintresse. Tvärtom saknas förutsättningar för avvägningar och skyddet ska vara absolut i den mån förutsättningar för dispens enligt 14 § AF (art 16 direktivet) inte finns. I nu gällande ärende finns inte förutsättningar att ge dispens. Det finns andra lämpligare lösningar, dispensen skulle försvåra upprätthållande av gynnsam bevarandestatus av arten och ingen av de övriga förutsättningarna är aktuella. NTAB har heller inte visat att så skulle vara fallet. Fortsatt exploatering och markavvattning kan, i brist på aktuellt kunskapsunderlag som vederlägger detta, befaras orsaka irreversibla skador på artens fortplantningsområden. För att upprätthålla detta skydd ska samtliga beslut fattas som behövs, inkluderande förelägganden och förbud enligt 26 kap 9 § MB.

Det handlar här således inte om en avvägningssituation. Avvägningen är redan gjord i och med att rådet beslutat om skyddet för bl a den större vattensalamandern i art- och habitatdirektivet. Det stadgade förbudet är absolut, och en myndighet eller domstol kan därefter inte anlägga något proportionalitetstänkande i tillämpningen på frågan huruvida det vore skäligt att upprätthålla förbudet i ett visst fall, som myndigheten eller domstolen har fått att bedöma. Att istället tillämpa en proportionalitetsprincip såsom Länsstyrelsen gjort där *syftet* med bestämmelserna sätts åt sidan eftersom genomdrivandet av syftet i ett enskilt fall enligt Länsstyrelsen tycks skada den enskilde oproportionerligt mycket skulle i praktiken bli mycket likartat en lagprövning. En sådan lagprövning ingår inte i Länsstyrelsens eller svenska domstolars uppgift.

Även om det nu överklagade beslutet inte innebär att dispens i dagsläget ges, blir effekten ändå detsamma. Beslutet innebär att ett område som enligt expertisen utgör habitat för den större vattensalamandern trots detta undantas från AF:s förbud. Att på detta sätt kringgå det på EU-rättslig grund lagstadgade skyddet för arten kan inte anses förenligt med vare sig nationell rätt eller unionsrätt.

### *Slutsatser*

Mot bakgrund av ovan angivna omständigheter – registrerat fynd av större vattensalamander på den tilltänkta byggplatsen Boarp 2:16, Daniel Gustafsons utlåtande vilket Länsstyrelsen i sitt beslut helt förbisett, NTAB:s bristfälliga och missvisande information, Länsstyrelsens missuppfattning av habitatets omfång och



felaktiga användande av proportionalitetstänkande – måste Länsstyrelsens beslut att upphäva förbudet om exploatering för de tre punkthusen anses felaktigt. En omprövning som leder till att ett effektivt skydd av den större vattensalamandern och dess habitat kan upprätthållas är nödvändig för att Sverige ska leva upp till sina åligganden enligt art- och habitatdirektivets krav. I detta sammanhang kan nämnas att EU-kommissionen för närvarande har ett flertal ärenden under utredning som rör Sveriges bristande tillämpning av just detta direktiv.

Dag som ovan

Gunilla Högberg Björck

## **Bilaga**

Utlåtande över exploatering av ett salamanderhabitat på fastigheten Boarp 2:16, Båstads kommun, 2012-05-03