

VÄXJÖ TINGSRÄTT	
Ink. 1994-12-09	
Pr.	Dossie

IMIR Institutet för miljörett

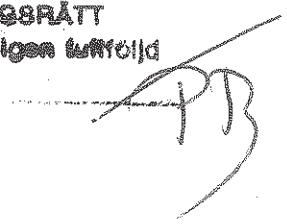
Staffan Westerlund, professor i miljörett

Ink. till Svea Hovrätt
AKTUARIEKONTORET

VÄXJÖ TINGSRÄTT
Till den rätteligen fullföljd

1994-12-13

8942



8 december 1994

Till Vattenöverdomstolen

Ink. till Vattenöver- domstolen 29. 12. 1994
Mål nr TV 2093/94:53
Aktbil. /

Överklagad dom: Växjö Tingsrätt, Vattendomstolen, Dom 11 nov 1994 DVA 47/1994 i mål nr VA 9/1993.

Klagande: Norrköpings kommun

Ombud: Staffan Westerlund, Stora Åmyra, 740 30 BJÖRKLINGE; tel m.m enligt nedan (fullmakt har sänts direkt till Vattendomstolen från kommunen).

Motpart: Klas Adsell, Box 76, 616 21 ÅBY

Motpartens ombud: Lars-Erik Schwartz, Strömkarlsvägen 48, ¹⁶¹~~106~~-38 BROMMA

Yrkande: Upphävande av domen m.m i vad avser lagligförklaring av 1992 års vattenföretag.

Bakgrund

Vattendomstolen lagligförklarade i den överklagade domen *dels en* 1992 utförd rörkulvertering av Torshagsån inom fastigheterna Kvarntorp 1:1, 1:3 och 1:46 i Kvillinge församling, Norrköpings kommun, (i denna besvärsskrivelse angiven som *1992 års vattenföretag* eller bara *vattenföretaget*) *dels en* år 1982 utförd betongöverbyggnad över en tidigare stensatt del av Torshagsån (av vattendomstolen betecknad som kanal) inom nyss nämnda fastigheten Kvarntorp 1:3 (i fortsättningen i denne besvärsskrivelse angiven som *1982 års betongöverbyggnad*). Vattendomstolen föreskrev samtidigt vissa skadeförebyggande åtgärder.

Kommunen avstyrkte ansökan *dels* med hänvisning till att 1992 års vattenföretag stred mot gällande byggnadsplan, *dels* med hänvisning till att vattenföretaget i fråga skadade Torshagsån på sätt som var av stor betydelse för det allmänna intresset, *dels* därför att företaget enligt kommunens uppfattning inte uppfyllde kravet i 3 kap 4 § vattenlagen.

Vattendomstolen fann att kulverteringen på det som i handlingarna benämndes sträckan A - B utgör ett vattenföretag. Asfalteringen är däremot inte del av vattenföretaget enligt vattendomstolens ställningstagande.

Vattendomstolen ansåg att byggnadsplanen inte utgjorde hinder. Nedan återkommer kommunen till detta.

Vattendomstolen fann ingen skada eller olägenhet av större betydelse enligt 3 kap 3 § första stycket vattenlagen. Kommunen avser inte att ifrågasätta detta.

Vattendomstolen ansåg att hinder inte förelåg enligt 3 kap 4 § vattenlagen men utvecklade ingen motivering härför. Nedan sid 5 återkommer kommunen till detta.

Kommunens grunder för besvärskandena

Inledning

Kommunen hävdar att 1992 års vattenföretag var och är olagligt och otillåtligt därför att det strider mot byggnadsplan och därmed strider mot 3 kap 2 § vattenlagen.

Kommunen hävdar vidare att det inte fanns grund för lagligförklaring även därför att vattendomstolen inte hade tillgång till utredning som visade att kravet i 3 kap 4 § vattenlagen är uppfyllt.

Kommunen hävdar att den sammanlagda nackdelen, plus kostnaderna för vattenföretaget, vida överstiger nyttan av detsamma.

Enligt kommunens uppfattning innefattar båda vattenföretagen även täckningen med betong respektive asfalt etc — *överfyllnaden*. Vad gäller 1982 års vattenföretag behöver den frågan inte behandlas närmare i detta mål. Däremot kan frågan om överfyllnaden ha betydelse vad gäller 1992 års vattenföretag. Länsstyrelsen hävdade synbarligen i vattenmålet inför Vattendomstolen (se bl.a protokollet i målet s 8) att själva kulverten inte skulle ligga inom planområdet. Kommunen hävdar motsatsen.

Emellertid, om det skulle anses att kulverten ensam utgör vattenföretaget, skulle överfyllnaden falla därutanför. I så fall skulle överfyllnaden ändå inte ha något rättsligt skydd till följd av vattendomen. Om då kommunen ålägger markägare att ta bort denna, är nyttan av kulverten obefintlig. I så fall är det helt uppenbart att vattenföretaget redan därför inte skulle uppfylla 3 kap 4 § vattenlagen.

3 kap 2 § vattenlagen

För ett område som bland annat inkluderar delar av den Adsell tillhöriga fastigheten Kvarntorp 1:3 gäller sedan 1964 en byggnadsplan. Enligt denna ska den del av Kvarntorp 1:3 som ingår i planen utgöra parkmark. I planområdets östra del finns enligt planen och planbeskrivningen (som inges samtidigt med denna besvärsskrivelse) en bäckravin. Planområdets östra gräns går i ravinen. I ravinen finns ett litet vattendrag — Torshagsån. Intill Torshagsån ligger Adsells byggnad där han bedriver försäljning m.m av husvagnar. Byggnaden är relativt nyuppförd efter att en betydligt äldre industribyggnad brunnit ner. För området där byggnaden ligger finns varken detaljplan eller äldre plan.

Byggnadsplanen täcker, vad gäller 1992 års företag, området fram till fastighetsgränsen för 1:46. Denna gräns går i huvudsak i bäckfåran.

Enligt byggnadsplanen ska det område som utgör parkmark utvecklas till område med bl.a strövstig. Bäckravinen ska bevaras. I planbeskrivningen anges att parkmarkssyftet ska förverkligas successivt. 1992 års vattenföretag med kulvertering och täckning berör del av byggnadsplaneområdet. Detta vattenföretag innebar att bäcken och bäckravinen/bäckfåran söder om Adsells byggnad och ner till trumman under vägen täcktes. Detta medförde att vattendraget på den sträckan blev helt underjordiskt och att därövanför det blev en sammanhängande asfalterad parkeringsyta.

I början av 1980-talet hade Adsell täckt den del av bäcken som går intill hans verksamhetsbyggnad med betong m.m (1982 års betongöverbbyggnad). Dessförinnan hade denna del varit täckt med trämaterial.

Av byggnadsplanen framgår, som redan antytts, att bäckravinen är en faktor av betydelse samt att området vid och väster om denna utgör parkmark av betydelse för rekreation m.m. Rekreativsvärdet är särskilt högt när det i området finns sådana komponenter som vattendrag m.m som i sin tur drar till sig, eller hyser, biologiska värden. Enligt kommunens mening är det särskilt värdefullt med små biotoper nära bebyggelse där envar kan möta sådant som strömstare och forsärla. Betydelsen för dem som bor i närheten av att veta att det finns öring i bäcken, och kanske till och med få se någon ibland, har givetvis ett mycket stort rekreativsvärde.

Av kommunens översiktsplan ÖP-90, av Norrköpings kommunfullmäktige antagen 20 juni 1990, framgår vidare att kommunen inom ramen för tillgängliga resurser går vidare på satsning på närrekreativsområden, och det aktuella byggnadsplaneområdet ligger inom ett sådant område. Parkmarken där är ett led i ett stråk som ligger mycket centralt i Åby.

Av ovanstående följer att kommunens intentioner att förverkliga rekreativ- och naturvårdssyftet med den aktuella parkmarken inte är inaktuella samt att 1992 års vattenföretags verkningar på ett väsentligt sätt strider mot planen.

Väster om vattendraget finns ett stort tält för vilket Adsell upprepade gånger har beviljats tillfälligt bygglov.

Bygglov ska vara definitivt såvida det inte gäller bygglov som uppfyller två kriterier samtidigt: för det första ska det röra sig om en tillfällig byggnad och för det andra måste denna strida mot plan. Såväl kommunen som Adsell har således varje gång tillfälligt bygglov har getts för tältet varit på det klara med att byggnadsplanen gäller och att tältet strider mot densamma.

Varken PBL eller vattenlagen innehåller några särregler för något som där benämns "obsoleta detaljplaner".

Man får inte blanda samman frågan om hur länge planbestämmelser gäller med regler om genomförandetid (se PBL 5 kap 5 § fjärde stycket). Efter genomförandetidens utgång gäller alltså ändå planens bestämmelser. Det enda som följer av att genomförandetiden går ut är

att *markägarens rätt* att bygga enligt planen upphör, inte att planen upphör att gälla (i övrigt).

Det närmaste svensk rätt har kommit att tillmäta betydelse åt att en plan är äldre var i 1972 års ändringar i naturvårdslagen m.fl, när det bestämdes (via uttalanden i förarbeten) att planer som inte längre var "aktuella" inte skulle anses utvisa vad som där kallades pågående markanvändning. Även denna särregel var till markägarens nackdel, inte kommunens eller någon annans. Den innebar att om det fanns en gammal plan, enligt vilken bebyggelse var tillåten (och därmed bebyggelserätt fanns), så skulle trots detta ett förordnande enligt naturvårdslagen eller fastställelse av generalplan (som då hade rättsverkan) inte medföra ersättningsrätt för markägaren om det inte längre var aktuellt att genomföra planen.

I övrigt finns inga regler om vad som händer med detaljplaner som blir gamla eller förblir genomförda under en lång tid.

Av detta följer rimligtvis att Vattendomstolens åsikt att byggnadsplanen skulle vara obsolet bygger på något slags tillämpning av ett allmänt och lite obestämt obsolescensbegrepp. Emellertid visar dels översiktsplanens intentioner 1990 angående närrekreation (där det aktuella området ingår, se karta A 6 tillhörig översiktsplanen), dels det förhållandet att endast tillfälliga bygglov getts för tält, att byggnadsplanen utan uppehåll har tillmätts rättsverkan. Därmed kan den helt enkelt inte ha blivit obsolet. Byggnadsplanen gäller fortfarande.

Enligt 3 kap 2 § vattenlagen är det ett *hinder* för ett vattenföretag att det strider mot detaljplan (och som sådan ska även äldre byggnads- och stadsplaner räknas). Det enda undantag som där nämns är att mindre avvikelser får medges om detta inte medför att syftet med planen motverkas.

I vattenmålet har det inte påståtts att vattenföretaget endast skulle vara en sådan mindre avvikelse som avses i 3 kap 2 § vattenlagen. Om ett sådant påstående ändå skulle göras, kan konstateras att eftersom planbeskrivningen uttryckligen tar upp bäckravinen samt tydligt anger syftet med parkmarken, så innebär avvikelserna helt klart att syftet med planen motverkas och därmed är det givetvis ingen mindre avvikelse. Detta förefaller i och för sig även vara länsstyrelsens uppfattning (se protokollet från huvudförhandlingen, s 8). Det rör sig alltså inte om en mindre avvikelse.

3 kap 4 § vattenlagen

Enligt domen kostade kulverteringen för 1992 års vattenföretag omkring 150.000 kronor medan inga uppgifter om kostnaderna för betongöverbyggnaden hade getts in. Enligt protokollet (s 7) uppgav sökanden att nyttan var att man fick båda fastigheterna i ett plan och att man därmed uppnådde ett effektivare utnyttjande av dessa.

Varken den ingivna utredningen eller annat som har förekommit i målet ger något underlag för slutsatsen att avvägningen enligt 3 kap 4 § vattenlagen skulle innebära samhällsekonomisk nyttoövervikt för av vattenföretaget. Tvärtom innebär de sammanlagda nackdelarna, från närområdesrekreationssynpunkt, liksom från naturvårdssynpunkt med hänsyn till Torshagsåns betydelse för vissa fiskarter och fågelarter, att företaget rimligtvis orsakar större skada än nytta.

Att även sådana slags aspekter ska vägas in, följer bl.a av Högsta Domstolens dom NJA 1989:581.

Att 3 kap 4 § vattenlagen därtill har självständig betydelse, och att alltså en brist vad gäller detta lagrum ensam är tillräcklig för att avslå en ansökan, följer av inte bara 3 kapitlets konstruktion utan därtill också av hur Vattendomstolen i Växjö avgjorde en ansökan, där sökanden inte gav in utredning för hur företaget förhöll sig enligt 3 kap 4 § vattenlagen. Vattendomstolen avslög där ansökan enbart på den grunden att sökanden inte genom utredning eller på annat sätt visat att kravet i det lagrummet var uppfyllt (Växjö tingsrätt, Vattendomstolen, i mål VA 22/1991, 22 feb 1994).

Sammanfattning m.m.

Kommunen hävdar att den utredning och övriga dokument som redan finns i målet, och som härmed åberopas, jämte det som kommunen framhävt och argumenterat i denna besvärsskrivelse, visar

dels att 1992 års vattenföretag enligt ovan (kulvertering och övertäckning m.m) strider mot byggnadsplan och därmed mot 3 kap 2 § vattenlagen,

dels att 1992 års vattenföretag enligt ovan inte uppfyller kravet på samhällsekonomisk övervikt i 3 kap 4 § vattenlagen. De åtgärder för att underlätta för fiskvandring genom kulverten är otillräckliga för att undanröja hindret enligt 3 kap 4 § vattenlagen.

Kommunen hävdar vidare att det i vattenrättsliga sammanhang inte finns någon rättsgrund för att beteckna en byggnadsplan (eller detaljplan) som obsolet samt att, i vart fall, föreliggande byggnadsplan inte kan betecknas som i någon mening obsolet, dels eftersom dess intentioner passar in i vad översiktsplanen senare anger för närreklamationsområdet, dels eftersom de bygglov som har getts för tältet inom parkområdet hela tiden har avsett tillfällig byggnad och därmed gjorts tidsbegränsat — något som endast får förekomma när den aktuella byggnaden strider mot plan.

Kommunen ger samtidigt in en kopia av den aktuella byggnadsplanen.

Rättegångskostnader

Kommunen begär ersättning för sina kostnader i målet med belopp som senare preciseras.

Enligt insänd fullmakt



Staffan Westerlund