
JAN DARPÖ

Mera om mobilmaster

2007-08 NR 3



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Mera om mobilmaster

1. Mobilmasters vara eller icke vara

I oktobernumret av Juridisk Tidskrift skrev professor Wiweka Warnling-Nerep en debattartikel om den rättsliga regleringen kring radiomaster för mobil telefoni ("Mobilmasters vara eller icke vara – en konflikt mellan motstående intressen", JT 2007–08 s. 255). Hon kritiserar lagstiftningen för att vara splittrad och präglad av "betydande regleringsosäkerhet". Verksamheten är föremål för "dubbel tillståndsplikt" och ärendena åker "karusell" i den rättsliga apparaten under många års tid. Vidare anser hon att det råder dålig samordning mellan plan- och bygglagen (PBL) och miljöbalken (MB) samt att det är svårt att förena Regeringsrättens och Miljööverdomstolens uppfattningar om "strålningsriskens rättsliga betydelse". Wiweka Warnling-Nerep anger inga egentliga alternativ eller förslag till nyordning, men citerar vissa av de slutsatser som drogs i PBL-kommitténs slutbetänkande (SOU 2005:77). Hon sammanfattar med att uttala som sin mening att *"det är väsentligt att allra största respekt visas de operatörer som skall vara beredda till fortsatta mångmiljonsatsningar i nödvändig infrastruktur genom att nuvarande rättsosäkerhet och "regleringsosäkerhet" minimeras. Detta kan innefatta såväl umbäranden för berörda enskilda, vilka kan behöva kompenseras i form av skadestånd eller inlösen, som krav på ytterligare samordning operatörer emellan, inte minst för att begränsa miljöproblemen."*

Wiweka Warnling-Nereps artikel är ett intressant vittnesmål om hur regleringen kan upplevas ur nätoperatörernas och statens perspektiv. Samtidigt medger hon att placeringen av mobilmaster är kontroversiell och kan orsaka betydande protester från närboende och andra motstående intressenter. En beskrivning ur ett granneperspektiv skulle också ge en helt annan bild av fenomenet. De närboende kunde berätta om undermåliga ansökningar med ingen eller högst schematisk utredning om konsekvenser för människor och miljö, kommunala beslut som saknar elementära inslag av insyn eller medborgerligt inflytande, om länsstyrelser som avvisar grannarnas överklaganden i strid mot klar rättspraxis på området och brister i förvaltningsdomstolarnas kontroll av myndigheternas beslutsfattande. Till detta kommer miljönämnder som deklarerar att de inte tänker utöva tillsyn över verksamheten enligt MB eftersom masterna och strålningen inte är farlig för miljön.

Avsikten med detta inlägg är att teckna en motbild till den som Wiweka Warnling-Nerep ger av den rättsliga regleringen och förfarandet vid utbyggnaden av mobilnätet. Mot slutet presenteras också några idéer om hur prövningssystemet kunde effektiviseras, samtidigt som rättsäkerheten upprätthålls för de motstående intressena. Jag tror att det är naturligt att bilderna blir olika när vi beskriver

kontroversiella förhållanden. Däremot bör vi kunna ena oss om en relativt samstämmig beskrivning av systemet och reglerna. En relativt okontroversiell redogörelse bör kunna se ut som följer.

2. Besluten och överprövningen

Den stora utbyggnaden av mobilnätet för 3G-nätet är nu i stort sett slutförd. Cirka 10.000 basstationer har byggts, varav 6.500 är fastighetsmonterade och 3.500 bygglovspliktiga master. Det är tre stora aktörer som har tillstånd enligt lagen om elektronisk kommunikation (2003:389, LEK) och som är aktiva idag; bolagen Hi3G Access AB ("Tre"), Telenor och Telia/Tele2. Villkor för dessa tillstånd har meddelats i särskilt ordning och innehåller bl.a. ett allmänt formulerat täckningskrav. Lokaliseringen av de enskilda mobilmasterna som hör till näten bedöms i bygglovsärenden enligt PBL. Vid denna prövning tillämpas givetvis den lagens regler och – genom en direkt hänvisning i lagtexten (2 kap. 1 § 2 st. PBL) – de s.k. hushållningsreglerna i 3 och 4 kap. MB. Materiellt sett är det egentligen bara när ett mastbygge förläggs i ett område som är utpekad som ett riksintresse för naturvård eller kulturmiljövård som de senare reglerna inverkar på lokaliseringen av en mast (3 kap. 6 § MB).¹ I dessa fall omfattas området emellertid ofta av någon form av områdesskydd enligt MB. Ett betydligt mera praktiskt hinder är risken för störningar på flygtrafiken eller totalförsvarets intressen, som normalt sett väger tyngre (3 kap. 8–10 §§ MB). Mastbyggnationerna kräver överlag inte detaljplan enligt 5 kap. 1 § PBL. Däremot kan det bli nödvändigt att ändra eller upphäva en detaljplan om masten måste uppföras i ett område som omfattas av en sådan som inte medger detta slag av markanvändning (RÅ 2002 ref. 63).

Att ett mastbygge i de allra flesta fall prövas som ett bygglovsärende betyder att överprövningen sker i den vanliga linjen från länsstyrelse till förvaltningsdomstol (länsrätt-kammarrätt-Regeringsrätt). Det krävs prövningstillstånd för att komma längre än till länsrätt. Rätt att överklaga dessa beslut har sökanden och berörda sakägare. Som berörd räknas ägare till grannfastighet ("rågrannar"), oavsett hur långt bort bostadshuset ligger från masten (RÅ 2005 ref. 36). Ett beslut att upphäva detaljplan kan bara angripas genom laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen (13 kap. 1 § PBL). Endast i de relativt sällsynta fall som det blir fråga om att ändra en detaljplan, kan ärendet hamna på Regeringsrättens bord som ett rättsprövningsmål (1 § lagen (2006:304) om rättspröv-

¹ Jag har svårt att se att någon av reglerna i 4 kap. skulle kunna utgöra något hinder mot ett mastbygge, möjligen med undantag för skyddet av stadsparkerna i Stockholm i 4 kap. 7 §. Bestämelsen i 4 kap. 5 § om skyddet av vissa fjällområden är så luddig och försedd med så många undantag att den knappast blir aktuell.

ning av vissa regeringsbeslut, RPL). Det är ju numera bara dessa beslut enligt PBL som slutligt avgörs av regeringen.

Samtidigt som ansökan om bygglov ges in till den kommunala byggnämnden, gör operatören de övriga anmälningar som kan behövas för att varsko andra myndigheter (Luftfartsverket, Försvaret m.fl.). Om masten är över 20 meter hög och ligger i ett naturområde görs också anmälan om samråd enligt 12 kap. 6 § MB till länsstyrelsen. Länsstyrelsen har därefter sex veckor på sig att ge synpunkter eller – vilket sker ytterst sällan – förelägga om de försiktighetsåtgärder som behövs för att tillvarata naturvårdsintressena. Om masten är tänkt att bli placerad i ett särskilt skyddat område (t.ex. naturreservat eller landskapsskyddsförordnande enligt 1968 års naturvårdslag) eller i ett strandskyddsområde, krävs givetvis tillstånd eller dispens för detta (MÖD 2006:43, MÖD 2003:121 resp. MÖD 2003:125).² Sådana meddelas av länsstyrelsen eller i vissa fall av kommunen (strandskyddsdispenser). Dessa beslut överklagas inom miljödomstolslinjen, dvs. från länsstyrelse till miljödomstol och slutligen (efter prövningstillstånd) till Miljööverdomstolen. Att märka är dock att grannar inte har klagorätt i dessa ärenden, oavsett hur störda de blir av verksamheten. Det bakomliggande motivet för denna begränsning är att dessa ärenden anses angå enbart det allmänna intresset av naturvård, kulturmiljövård och strandskydd (MÖD 2001:29, MÖD 2005:8 m.fl.).

Mobilmaster ger ifrån sig radiovågor eller icke-joniserande strålning och det finns gränsvärden för att förhindra skadliga hälsoeffekter. Även om faran för sådan skada är liten, utgör risken – tillsammans med den oro som de närboende kan känna – en olägenhet för omgivningen. Mobilmaster faller därför inom den definition av sådan markanvändning som är ”miljöfarlig verksamhet” enligt 9 kap. 1 § 3 p. MB (MÖD 2005:55). Den kommunala miljönämnden ska därför utöva tillsyn enligt MB över verksamheten (26 kap. 3 § 3 st. MB).

Slutligen bör det nämnas att en nätoperatör numera har möjligheter att skaffa sig tvångsrätt över annans mark med stöd av ledningsrättslagen (1973:1144), vars regler har reformerats i omgångar. Syftet har varit att snabba på utbyggnaden och att möjliggöra för flera operatörer att kunna samutnyttja master och andra anordningar som ingår i det elektroniska kommunikationsnätet.

² Om byggandet av en mobilmast strider mot föreskrifterna i ett naturreservat kan bygglov vägras redan på den grunden, något som illustreras av Regeringsrättens avgörande i RÅ 2007 ref. 69. Föreskrifterna för Sandsjöbacka naturreservat i Lindome innehöll visserligen ingenting om sådana master då de var från 1973, men Regeringsrätten ansåg att ”[m]ed hänsyn till ändamålet med reservatet och syftet med föreskrifterna samt den kategori av undantag som medger användning av marken får [...] uppförandet av mobiltelefonnätet och teknikbodarna dock anses strida mot föreskrifterna”.

3. Wiweka Warnling-Nereps beskrivning

3.1 Om den dubbla tillståndsplikten

Inledningsvis betecknar Wiweka Warnling-Nerep verksamheten som ”dubbelt tillståndspliktig”, ett uttryck som jag menar lätt leder fel. Tillstånd enligt LEK och PBL är av olika slag och prövningen omfattar olika saker. Tillståndet enligt den förra lagen med tillhörande villkor ger en rätt och skyldighet att bedriva viss verksamhet inom ett område.

Prövningen innefattar emellertid inte något ställningstagande till den närmare utformningen av de basstationer som ingår i systemet eller lokaliseringen av dessa. Som framgått ovan, *prövas lokaliseringen av en mobilmast enbart i bygglovsärendet enligt PBL*. Det är givetvis därför som konflikterna med närboende och andra uppstår i samband med bygglovsprövningen. Först då finns ett förslag till utplaceringen av mobilmasten och först då blir detta allmänt känt, om än inte alltid för de mest berörda (se nedan). All miljö rätt – inte minst den som är grundad på EG-rättsliga imperativ – utgår från att det ska göras en lokaliseringsbedömning av en vald placering. LEK-prövningen är i stället ett slags ursprunglig ”koncessionsprövning”, vilka sällan beaktar grannelagsrättsliga aspekter. Domstolarna har också konsekvent ställt sig avvisande till att en sådan prövning skulle ha någon betydelse i en efterföljande lokaliserings- eller störningsbedömning.³

3.2 Om den betydande regleringsosäkerheten

Wiweka Warnling-Nerep menar vidare att lagen ger låg grad av styrning och att det råder en ”betydande regleringsosäkerhet”. Dessutom åker ärendena ”karusell” genom ett omständligt förfarande. Jag uppfattar i stället reglerna som relativt tydliga. Mastens utformning och placering prövas mot reglerna i 2, 3 och 8 kap. PBL. Av den rättspraxis som har utvecklats under PBL framgår att det väsentligen är fråga om att bedöma det s.k. anpassningskravet (3 kap. 1 §) och om fara eller annan betydande olägenhet kan uppstå av mastbygget (3 kap. 2 §). Reglerna är av givna skäl allmänt hållna – de gäller ju lokaliseringen av alla slags byggnader och anläggningar – men praxis är förhållandevis stabil. Ett tidigt uttalande från Regeringsrätten klargjorde att risken för hälsoeffekter p.g.a. exponering av radiovågor normalt bedömdes vara så små att det knappast kan inverka på lokaliseringsbedömningen (RÅ 1999 not. 217).

³ Se t.ex. Miljödomstolen i Växjö:s dom (2002-06-25; M 87-01) i målet om Ringsjö Energi, där domstolen godtog miljönämndens krav på utredning av magnetiska störningar från en kraftledning vid ett barndaghem (Miljööverdomstolen meddelade inte prövningstillstånd).

En ganska typisk beslutsmotivering är den som ges av länsstyrelsen i RÅ 2005 not. 147. Man inleder med att konstatera att höga radiomaster knappast är estetiskt tilltalande, men måste ibland accepteras i närheten av bebyggelse p.g.a. kravet på god täckning överallt i landet. Eftersom bygglovet inte heller stred mot lämpligheten med hänsyn till landskapsbild, naturvård och kulturminnesvård ansågs det förenligt med anpassningskravet i 3 kap. 1 §. När det sedan gällde frågan om betydande olägenheter menade länsstyrelsen att det måste finnas konkreta omständigheter som visar på störningsrisk. De estetiska olägenheterna kunde inte anses betydande och det var inte visat att strålningen från mobilmaster medförde en sådan fara eller olägenhet för omgivningen att bygglov kunde vägras. Då inte heller masten inverkade på trafiksäkerheten ansågs placeringen vara förenlig med 3 kap. 2 § PBL.

Några av de exempel som Wiweka Warnling-Nerep anger som exempel på ”regleringsosäkerheten” i materiellt hänseende är inte heller så tydliga. Så polemiserar hon t.ex. mot ett avgörande av Länsrätten i Skåne om lokaliseringen av en mast i Trelleborg.⁴ Att en domstol gör en annan bedömning än författaren har gjort i ett mål kan visserligen kritiseras, men att beteckna det som ”klar trotsproblematik” är överdrivet. Det hör trots allt till spelets regler att man kan göra olika bedömningar och att domskäl inte alltid är glasklara. Det kan väl inte vara så att benämningen ”betydande regleringsosäkerhet” avser de ytterst få fall då domstolarna inte har accepterat en lokalisering? Betydligt vanligare är ju att de i stället utan vidare har godtagit placeringar som varit klart kontroversiella. I rättsfallen RÅ 2006 not. 185 resp. 186 nekade Kammarrätten i Göteborg prövningstillstånd för överprövning av mastplaceringar som var i ena fallet 120 meter från bostad och 30–40 meter från anlagd trädgård och i det andra 50 meter från en lekplats och 55 meter från bostad, 35 meter från fastighetsgränsen. Här skulle masten dessutom placeras på en kulle som var av riksintresse för kulturmiljövården enligt 3 kap. 6 § MB. Det är också intressant att notera att nätbolaget i det senare fallet motsatte sig prejudikatdispens eftersom man ansåg att regeringens praxis kring tillämpningen av 3 kap. PBL i dessa fall gjorde att rättsläget var ”klart”.

3.3 Om krångligt förfarande

Vid en läsning av Wiweka Warnling-Nereps artikel framstår förfarandet kring prövningen av master som krångligt. Onekligen har också vissa ärenden blivit avsevärt utdragna genom överprövningar och återförvisningar. Till viss del har

⁴ Länsrätten i Skånes dom 2006-05-22 i mål 14997-04 (på s. 272 i Wiweka Warnling-Nereps artikel). I nätoperatörens överklagande av domen till Kammarrätten i Göteborg har hon själv avgivit sakkunnigutlåtande där hon argumenterar emot länsrättens tolkning av rättsläget. Denna uppgift borde enligt min mening ha framgått i artikeln.

detta orsakats av agerandet från motvilliga kommuner. Denna fråga rör dock betydelsen av det kommunala självstyret, vilken jag återkommer till nedan. Den viktigaste orsaken till ett krångligt förfarande har emellertid varit den instansordning som upphörde vid halvårsskiftet 2003. Dessförinnan överprövades vissa bygglovsärenden av förvaltningsdomstolarna medan andra gick till regeringen och eventuellt till Regeringsrätten för rättsprövning. Som framgått ovan är instansordningen idag betydligt enklare. Endast i de fall som det blir fråga om att anta en ny detaljplan för att möjliggöra ett mastbygge kan det bli en fråga för regeringen. Den nya instansordningen försvinner i Wiweka Warnling-Nerep beskrivning. Dessutom bör särskilt lyftas fram att en begäran om rättsprövning har inte någon suspensiv effekt på det givna bygglov, om inte Regeringsrätten tar särskilt beslut därom. Instrumentet kan alltså inte med framgång användas för mindre seriösa ändamål.

Andra fördröjningar är snarast orsakade av nätoperatörernas taktiska överväganden. Här får man inte glömma vilka aktörerna är i dessa ärenden. På ena sidan står tre operatörer som verkar över hela landet och som har betydande ekonomiska resurser och erfarenhet av processföringen i mål som dessa. De tar dessutom ofta hjälp av teknisk och juridisk expertis. Mot dessa aktörer står grannar och organisationer⁵ som varken har ekonomiska, tekniska eller juridiska resurser eller erfarenheter på området.⁶ Det är alltså ingen överdrift att påstå att rättsområdet kännetecknas av en kraftig obalans när det gäller styrkeförhållandena mellan aktörerna.

När alltså ett överklagande bemöts med ett påstående om bristande talerätt och denna fråga vandrar hela vägen upp till Regeringsrätten, är detta ingen olycklig omständighet. I stället är det fråga om att nätoperatören – som givetvis har god kännedom om rättsläget – inledningsvis har gjort en talerättsinvändning. Det är alltså fråga om ett val av en medveten aktör mellan att få frågan avgjord i sak eller det strategiska värdet av att få kretsen av talerättsberättigade bedömd i högre rätt.

Något liknande kan sägas om det faktum att operatörerna ofta tar byggloven i anspråk innan dessa har vunnit laga kraft. Att göra detta i ett tidigt skede här rättsläget är kontroversiellt är ett val av operatören, väl medveten om att beslutet

⁵ Miljöorganisationer kan bara agera inför ett bygglovsbeslut, de har inte klagorätt enligt PBL. De har endast rätt att överklaga vissa tillståndsbeslut enligt miljöbalken (16 kap. 13 § MB) och ett antal speciallagar med knytning till balken. De har vidare rätt att begära rättsprövning av regeringens beslut med avseende på sådana tillstånd som anges i art. 9.2 i Århuskonvention (2 § RPL). Regeringens s.k. tillåtighetsbedömningar enligt 17 kap. MB är sådana, men aldrig detaljplaneändringar för att möjliggöra byggandet av mobilmaster.

⁶ Den ende som har bedrivit ett mera organiserat arbete till förmån för närboende till mobilmaster är Björn Gillberg vid Miljöcentrum. Gillberg har även tagit ett av dessa fall till Europadomstolen för prövning om kränkning skett enligt EKMR (det som slutligt avgjordes genom RÅ 2006 not 6). Mer om detta i Fredrik Aldmos uppsats Bygglovets förvaltningsrättsliga ställning och dess förenlighet med tilläggsprotokoll 1 i Europakonventionen för mänskliga rättigheter. Juridicum/Uppsala universitet, ht 2007 (stencil).

kan bli vräkt vid överprövningen. Omständligheten i systemet ligger här snarast i att förvaltningsdomstolarna accepterar att denna möjlighet utnyttjas. Detta särskilt mot bakgrund av att hela idén om att kunna ta tillstånd i anspråk innan ärendet är slutligt avgjord är kontroversiell inom miljörätten, där ju flera parter regelmässigt berörs av besluten. Miljööverdomstolen tog tidigt ställning för att synsättet inte var tillämplig på täkttillstånd enligt miljöbalken, till skillnad från vad som hade ansetts gälla under den äldre naturvårdslagens tid (MÖD 2002:91).⁷ Den sökande som har tungt vägande skäl för att få utnyttja ett bygglov innan det har vunnit laga kraft kan ju alltid begära att få ett uttryckligt beslut om detta med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291, FPL).

Det finns givetvis också förfaranderegler som är illa konstruerade och som därför borde ses över. I det avslutande avsnittet lyfter jag några idéer om att reformera dessa. Här vill jag dock peka på att en stelbent regeltillämpning ofta drabbar de motstående intressena i ett mastärende. Jag har redan nämnt att länsstyrelserna i flera fall har gått emot praxis när de har avvisat överklaganden. Det finns också en annan tillämpning av förfaranderegler som jag menar vittnar om dålig känsla för skyddet av de närboendes intressen. Jag tänker här på den smått absurda ordningen att nätoperatörerna kan söka bygglov på annans mark utan att informera markägaren. Det händer också att den kommunala byggnadsnämnden inte heller kommunicerar markägaren i ärendet, men väl hennes grannar. Denna praxis tillämpades av vissa nätbolag och kommuner under flera år fram till att regeringen markerade att detta inte var en godtagbart. I beslutet om Borrsjön (Sunne kommun) uttalade regeringen att *”(ä)ven om ett bygglov i sig inte ger någon rätt att disponera mark i strid mot annans dispositionsrätt får, mot bakgrund av bl.a. de särskilda omständigheter som gäller vid byggandet av master för elektronisk kommunikation, enligt regeringens mening även ägaren till berörd mark anses som sådan sakägare som skall beredas tillfälle att yttra sig innan beslut om lov fattas”*.⁸

Emellertid, samma dag som regeringen tog beslutet om Borrsjön, prövade man även motsvarande frågeställning i ett mastärende på en annan fastighet. Där godtog regeringen hanteringen eftersom markägaren hade blivit kommunicerad i ärendet som granne. Det beslutet gick alltså till Regeringsrätten som ett rättsprövningsärende (RÅ 2006 not. 6). Regeringsrätten godtog också hanteringen med följande skrivning: *”Ett beslut om bygglov innebär inte ett ställningstagande till frågan om sökanden har uppfyllt alla de krav som kan finnas för att få bygga på en viss plats. En fråga som inte prövas i ärenden om bygglov är om den som ansöker om bygglov har rätt att förfoga över den mark som ansökningen avser (se RÅ 1975 ref. 99). Vad (klaganden) har anfört i denna del innebär alltså inte att det begåtts något fel vid bygglovsprövningen.”*

⁷ Uttalandet gällde tillstånd till miljöfarlig verksamhet och idag kan sökanden begära verkställighetsförordnande enligt 22 kap. 28 § MB.

⁸ Miljödepartementet 2004-11-04 (dnr M2003/4038/F/P).

Regeringsrätten kunde uttryckt sig tydligare. Hänvisning till det gamla rättsfallet från 1975 – som gällde om byggnadsnämnden skulle *pröva eller avvisa* en ansökan – tyder på att man menar att rådighetsfrågan inte inverkar på bygglovsprövningen *i sak*. Mot bakgrund av att kommunikationsfrågan var uppe i regeringens prövning, får vi nog också utgå från att domstolen godtog den formella hanteringen. Även om markägarens argumentation i rättsprövningsmålet var inriktat på sakfrågan – dvs. att bygglov över huvud taget inte kan meddelas om inte sökanden har rådighet över platsen – är bristande kommunikation ett sådant ”fel i förfarandet” (1 § RPL) som domstolen skulle ha slagit ned på ändå. Vi kan därför utgå från att Regeringsrätten åtminstone ansåg att det räckte att markägaren var kommunicerad som granne. Det hade emellertid varit välkommet om domstolen hade argumenterat lite utförligare i kommunikationsfrågan som har varit så kontroversiell i just mastmålen. Det får väl anses som en självklarhet, inte minst mot bakgrund av Europakonventionen om skyddet av de mänskliga rättigheterna (EKMR), att markägaren i alla fall måste ges tillfälle att komma till tals i ett tidigt skede genom att bli kommunicerad i bygglovsärendet.⁹

Sedan har jag svårt att förstå varför den som söker bygglov på annans fastighet för ändamål som dessa inte först ska skaffa sig rådighet över marken. Det är inte alltid så lätt att övertyga en markägare att ett bygglov inte påverkar hennes planer för marken, särskilt som nätoperatören kan tilltvinga sig tvångsrätt över fastigheten. Ett bygglov kan ha en ”prejudicerande verkan” vid en efterföljande ledningsrättsförättning. Vidare påverkas möjligheterna att utnyttja angränsande marker för framtida utveckling. Fastighetsägaren kan visserligen i teorin få skadestånd för den värdeminskning som masten orsakar. I praktiken är emellertid den möjligheten ytterst begränsad, bl.a. beroende på uppskattningen av skada och den avräkning för orts- och allmänvanlighet som görs i dessa sammanhang.¹⁰ De små framgångsutsikterna för en sådan talan, tillsammans med den kraftiga obalansen i styrkeförhållandena mellan aktörerna och risken att få betala motpartens rättegångskostnader, gör att dessa mål knappast existerar idag.

3.4 Om förhållandet mellan PBL och MB

Wiweka Warnling-Nerep säger vidare i sin artikel om förhållandet mellan PBL och MB att Regeringsrättens och Miljööverdomstolens praxis spretar och att den senare lagens regler kan utgöra ”ren dynamit” i händerna på en motvillig kommun. Om detta vill jag säga följande.

⁹ PBL-kommittén, som pekar på att det förhållande att bygglov kan sökas utan markägarens kännedom av många anses vara ”anmärkningsvärt eller rent av anstötligt”, lägger fram ett förslag om en sådan kommunikationsskyldighet i 8 kap. 22 § PBL.

¹⁰ I rättsfallet NJA 1988 s. 376 fick fastighetsägaren tåla en värdeminskning av fastigheten med 7,5 % p.g.a. psykiska och estetiska störningar från en kraftledning.

Uttrycket ”miljöfarlig verksamhet” myntades 1969 och är en juridisk-teknisk beskrivning av definitionen i 9 kap. 1 § MB, tidigare 1 § miljöskyddslagen (1969:387, ML). I den del av definitionen som är intressant i dessa sammanhang, talas om markanvändning ”som kan medföra olägenhet för omgivningen genom buller, skakningar, ljus, joniserande eller icke-joniserande strålning eller annat liknande” (9 kap. 1 § 3 p. MB). Förutom de störningsformer som uppräknas, får ledning sökas i grannelagsrättslig praxis från tiden före 1969 för närmare förståelse av vad som ingår i ”annat liknande” (rök, estetiska och psykiska immissioner m.m.).¹¹ Att något är ”miljöfarlig verksamhet” enligt 9 kap. 1 § MB är förutsättningen för viss reglering, t.ex. att miljönämnderna kan utöva tillsyn enligt 26 kap., att de kan ta ut avgifter för detta, att en viss verksamhet *kan* vara anmälnings- eller tillståndspliktig. Detta har belysts i många avgöranden, inte minst genom Regeringsrättens dom i det s.k. Nora-målet (RÅ 2003 ref. 63).¹² *Däremot har uttrycket ingenting att göra med den materiella bedömningen i miljömål.* Denna görs utifrån de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB. Det leder därför fel att säga att ”olika” bedömningar har gjorts om av vad som är miljöfarlig verksamhet eftersom Regeringsrätten och Miljööverdomstolen har tittat på olika saker. Det är väl f.ö. ganska självklart att miljömyndighetens möjlighet att bedriva tillsyn måste vara *vidare* än dess möjlighet att meddela förelägganden. Det förra syftar ju bl.a. till att undersöka om det behövs ingripanden i det enskilda fallet. En annan ordning blir ju som att säga att trafikpolisens tillsyn endast omfattar dem som kör för fort. Den självklara förvaltningsrättsliga utgångspunkten är i stället att trafikpolisens tillsyn omfattar all trafik i akt och mening att kunna identifiera fortkörarna och ingripa mot dem.

Idag är alltså miljönämnderna oförhindrade att meddela de förelägganden som behövs enligt miljöbalken för att motverka störningar från mobilmaster. Utsikterna till framgång måste mot bakgrund av hittillsvarande rättspraxis bedömas som små, om det inte rör sig om särskilt olyckliga lokaliseringar. Wiweka Warnling-Nereps exempel från miljödomstolen i Vänersborg (s. 269) illustrerar just detta. Man nog lugnt påstå att om ett bygglov har bedömts efter överklagande av förvaltningsdomstol, är möjligheterna att ställa ytterligare krav om försiktighetsåtgärder på nätoperatören ytterst begränsade, om det inte gäller krav på upplysningar eller annan utredning. Man bör också observera att utrymmet för obefogade förelägganden från miljönämndernas sida är litet. Förelägganden har ju inte heller någon suspensiv effekt om adressaten väljer att överklaga, vilket nätoperatören i likhet med alla andra ekonomiskt starka och processvana aktörer oftast gör.

¹¹ Se t.ex. avgörandet om Araslövs golfklubb (MÖD 2007:28), där Miljööverdomstolen fastslog att miljönämnden – efter anmälan av en berörd enskild – måste utöva tillsyn över verksamheten och se till att utslagsplatserna inte är farliga för allmänheten.

¹² Målet gällde kommunens befogenhet att ta ut tillsynsavgift för miljöfarlig verksamhet i form av skogsbruk, som ju kan medföra vattenförorening. Regeringsrättens avgörande bekräftade praxis från MLs tid och var knappast överraskande.

Slutligen nämner Wiweka Warnling-Nerep några andra avgöranden av Miljööverdomstolen i mastmål. I dessa har det emellertid varit fråga om mastlokalisering på platser som omfattats av områdesskydd enligt 7 kap. MB. Det rör sig om ett fåtal ärenden där de motstående allmänna intressena har vägt tyngre än intresset av den valda placeringen. Ska man dra någon slutsats av denna praxis, är det snarast att de allmänna intressena måste väga mycket tungt för att utgöra hinder för en föreslagen placering. Master kan i vissa fall t.o.m. lokaliseras till naturreservat, vilket avgörandet om Kinnekulle visar (MÖD 2006:43).¹³

4. Inför framtiden

4.1 Kommunalt rättstillämpning

Jag menar att om man tittar närmare på Wiweka Warnling-Nereps beskrivning av prövningen av mobilmaster, framträder bilden av ett system som har de grundläggande rättsskyddsmekanismer som behövs för att hantera konflikter mellan olika intressen. Att sedan utbyggnaden inte går så fort som lagstiftaren utgick från i sina prognoser, det är en annan sak.¹⁴ Jag anser också att Wiweka Warnling-Nereps berättelse illustrerar att på detta område reser systemet effektiva hinder för godtycklig kommunal rättstillämpning. Aktörerna kan initiera rättslig överprövning av de kommunala ställningstagandena i domstol, varvid såväl förvaltningsdomstolarna som miljödomstolarna vräker besluten om de gör en annan bedömning i sak eller hittar formella fel.

Nu menar jag inte att kommunal rättstillämpning i allmänhet är oproblematiskt. Jag menar bara att kontrollen av att den sker under lagarna fungerar i bygglovssituationen, åtminstone om man ser det ur nätoperatörernas perspektiv. Då kan det vara betydligt sämre ställt för motintressenas möjligheter att komma till tals i de fall som prövningen gäller placering av master i skyddade områden. Detta gäller för övrigt alla slags ”gröna beslut” enligt miljöbalken, men kan illustreras med strandskyddsfrågan som är aktuell just nu. Förra året slogs rekordet för antalet meddelade strandskyddsdispenser, närmare 5.000 beslut. Majoriteten av dessa fattas av kommunerna. Många av dispenserna meddelas i sådana områden om vilka det råder stark politisk konsensus att stränderna bör bevaras obebyggda till glädje för allmänheten; kring storstäderna, utefter Östersjökusten och på Västkusten och vid de stora sjöarna i landet. När Naturvårdsverket för några år sedan gjorde en genomgång av besluten, visade det sig att nära 70 %

¹³ Kinnekulle naturvårdsområde. Sådana områden ska vid tillämpningen av miljöbalken anses som reservat (9 § 1 st. lagen (1998:811) om införande av miljöbalken, MBP).

¹⁴ Att den långsamma utbyggnadstakten också har andra förklaringar än långa handläggningstider, bl.a. tekniska och marknadsmässiga problem, är knappast kontroversiellt att påstå.

var klart lagstridiga eller så oklara att de borde överklagas.¹⁵ Emellertid är det enbart verket och de miljöorganisationer som har 2.000 medlemmar som kan överklaga, i praktiken bara Svenska Naturskyddsföreningen och Sveriges Ornitologiska Förening.¹⁶ Det är mest Naturvårdsverket som överklagar strandskyddsdispenser, vilket givetvis främst har med resurser att göra.¹⁷ År 2007 blev det 154 fall (3 % av alla beslut) som verket agerade i, framgångsprocenten brukar ligga kring 80 %. Nu är emellertid strandskyddsbestämmelserna under översyn, kommunerna har tryckt på och regeringen har flaggat för ett ”differentierat strandskydd”.¹⁸ Många av förslagen har goda skäl för sig och kommer att öka systemets legitimitet. Vad som emellertid är ytterst förvånande är att det diskuteras att Naturvårdsverket inte längre ska ha möjligheten att överklaga dessa beslut. Därmed stängs systemet helt, eftersom – vilket jag redan har pekat på – allmänheten eller närboende inte har klagorätt. Någon möjlighet för allmänheten att begära laglighetsprövning enligt kommunallagen (1991:900, KL) finns heller inte. Överprövningsmöjligheterna genom förvaltningsbesvär och laglighetsprövning är ju alternativa (10 kap. 3 § KL). I dessa fall finns ju förvaltningsbesvär – visserligen till förmån för någon annan – och konsekvensen är att allmänheten och de närboende över huvud taget inte kan utmana besluten. Det måste betecknas som stötande att inte ens lagligheten i den kommunala rättstillämpningen kan ifrågasättas.¹⁹

Exemplet strandskydd visar att system som brister i överprovbarhet inte kan upprätthålla ens elementär standard på regelföljsamhet.²⁰ Strandskyddet är emellertid främst en nationell lagstiftning. Det finns dock andra exempel där lagstiftningen grundas på EG-direktiv, t.ex. artskydd, Natura 2000 och krav på luftkvalitet. Den svenska inställningen är att de EG-rättsliga kraven gäller, men att ingen kan utmana myndigheters eller kommuners passivitet att tillämpa dem. Jag menar att denna linje inte är hållbar, men den diskussionen får dröja till annat tillfälle.²¹ En utgångspunkt som vi bör kunna enas om är dock att kommunalt självstyre ska utövas under lagarna.

¹⁵ Naturvårdsverkets rapport 5185 ”Kartläggning m.m. av strandskyddsbestämmelserna” (NV april 2002).

¹⁶ Man kan också tänka sig att Friluftsrådet skulle försöka hävda att de möter kriterierna i 16 kap. 13 § MB, men de har varit förvånansvärt passiva.

¹⁷ Det kan också spela en viss roll att de har svårt att veta när besluten fattas, eftersom de inte kungörs och bara expedieras till Naturvårdsverket (27 och 28 §§ förordningen (1998:1252) om områdesskydd enligt miljöbalken m.m.).

¹⁸ Huvudlinjerna i reformen återfinns i den inaktuella Ds 2005:23 Ett förnyat strandskydd. En ny Ds kommer inom kort.

¹⁹ En sådan möjlighet finns i vårt förvaltningsrättsliga grannland Finland.

²⁰ Detta var också den viktigaste slutsatsen som drogs i den ovan nämnda rapporten från Naturvårdsverket.

²¹ Jag har behandlat frågan i förhållande till Natura 2000 i två artiklar i JT 2007–08 s. 3 och s. 295.

4.2 Förbättringar av prövningssystemet

Wiweka Warnling-Nereps artikel är skriven i en tid då starka krafter verkar för regelförenkling och krav på minskade administrativa bördor för företagen. I den allmänna debatten förekommer många överdrifter om det svenska systemets krångligheter och hur mycket bättre det är i andra länder. Ett sådant är att i Danmark har grannar inte överklaganderätt vid etableringen av vindkraftverk. Sådana påståenden kan vara direkt felaktiga²² eller bara överoptimistiska, vilket inte hindrar att de får bilda utgångspunkt för vidare lagstiftning. Ett exempel på det senare är att borttagandet av tillståndsplikten för ett stort antal verksamheter skulle frigöra resurser för tillsynsmyndigheterna att ägna sig åt ”verkligt miljöarbete”.²³ Jag tror att var och en som har erfarenhet av handläggningen av ett anmälningsärende i en kommunal miljönämnd inser att så alls inte blir fallet. Då förfaranderegler saknas finns stor risk att handläggningen i stället blir oklarare, krångligare och rättsosäkrare för alla inblandade. Varför resurser skulle frigöras genom att miljönämnderna – som ju utgör fotfolket i nästan allt miljöarbete – i stället för att yttra sig i ett tillståndsärende hos länsstyrelsen, ska handlägga hela ärendet själv, framstår som en gåta. Till detta kommer att flera branschorganisationer nu rekommenderar verksamhetsutövarna att först anmäla och bygga, därefter ansöka om frivilligt tillstånd till verksamheten för att uppnå det starkare rättsskydd som följer av 24 kap. MB. Detta har resulterat i att miljödomstolarna i dag får hantera en ansenlig mängd sådana frivilliga ansökningar om tillstånd till vindkraftverk. Så mycket för administrativa bördor!

Den allmänna debatten kring dessa frågor i Sverige har också fått en inriktning som gör att det europarättsliga perspektivet riskerar att gå förlorat. Här menar jag att Wiweka Warnling-Nereps artikel inte heller är tydlig. Hon hänvisar till förslag som lagts av PBL-kommittén utan vidare kommentar, trots att vissa av dem kommer i konflikt med just den europarätt som hon tidigare har skrivit så mycket om. Jag tänker här på resonemanget om att klagorätten för grannar skulle begränsas. Här kan det vara på plats att fästa uppmärksamheten på att EKMR numera är kompletterad av den s.k. Århuskonventionen²⁴ som såväl EU som Sverige har tillträtt.²⁵ Den senare konventionen ger en grundlägg-

²² I exemplet med de danska vindkraftverken finns tillgång till förvaltningsbesvär i 58 § i den danska planloven. Till detta kommer den allmänna möjligheten att i domstol begära laglighetsprövning av ett myndighetsbeslut med stöd av 62 § grundloven.

²³ Detta var en av utgångspunkterna för den genomgripande avlövningsen av tillståndsplikten enligt förordningen (1998:899, FMH) om miljöfarlig verksamhet och hälsoskydd som trädde i kraft vid årsskiftet.

²⁴ FN/ECE:s konvention om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor, UN Doc. ECE/CEP/43 (1998).

²⁵ Konventionen har givit upphov till åtminstone ett halvt dussin lagstiftningsärenden i vårt land, däribland en ny lydelse i 16 kap. 13 § MB. Lydelsen i 2 § den nya RPL hänvisar också direkt till konventionen, vilket gör att Regeringsrätten kommer att få göra en självständig och konventionsenlig tolkning av lagstiftningens räckvidd.

gande standard för vad som är acceptabelt när det gäller närboendes och andra berördas rätt till rättslig prövning av miljöbeslut. Som framgår av den rapport som är utlagd på EU-kommissionens hemsida,²⁶ ligger Sverige efter de flesta länderna inom gemenskapen i flera avseenden. En väsentlig brist i förhållande till våra grannländer är att det inte är möjligt att ens pröva lagligheten i vissa myndigheters ställningstaganden. En annan är de ytterst begränsade möjligheten för miljöorganisationerna att agera rättsligt. Att märka är också Lagrådets återkommande kritik för bristerna i genomförandet av Århuskonventionen. När vi därför diskuterar frågor kring regelförenkling, får vi inte glömma de konventionsmässiga kraven till förmån för de motstående intressena.²⁷

Nu tror jag visst inte att allt är bra när det gäller lagstiftningen kring utbyggnaden av mobilnätet. Den stora utmaningen ligger i att utveckla regleringen så att onödig administration undviks och prövningen förenklas, samtidigt som vi varken slår av på miljökraven eller försämrar de rättsskyddsmekanismer som finns för de berörda intressena av olika slag. Redan med dagens regler kan systemet effektiviseras med lite ”processuell fantasi”. En omgång ligger t.ex. i att ärendet tas igen från början när förvaltningsdomstolarna underkänt ett nekande besked från kommunen i ett bygglovsärende. Här kan man jämföra med strandskyddsärenden som sällan återförvisas. Om den överprövande myndigheten/ domstolen gör en annan bedömning än den ursprungliga, meddelas dispens direkt. Utredningsproblematiken kring en mastlokalisering kan knappast vara mer komplicerad än i det normala strandskyddsärendet. I många fall är det ju inte fråga om annat än en mast och två teknikbodar. Länsstyrelsen eller förvaltningsdomstolarna – som ju prövar ärendet i sin helhet – måste rimligen kunna ta de mått och steg som behövs för att kunna meddela beslutet själva.

Andra effektivitetsvinster kan ligga i en aktivare tillämpning av dagens regler. Telekommunikationsintresset är ju ett sådant som omfattas av hushållningsreglerna i 3 kap. 8 §. Om en placering verkligen måste ske på en viss plats, kan denna anges som ett riksintresse för ändamålet. Därmed öppnas möjligheten för länsstyrelsen att ingripa ex officio mot kommunala planbeslut som går på tvärs mot detta intresse med stöd av reglerna i 12 kap. PBL. En annan förenkling som kan åstadkommas med små förändringar av regelverket är en samordning av det kommunala bygglovsbeslutet och länsstyrelsens beslut i samrådsfrågan enligt 12 kap. 6 § MB.

Andra reformer kräver något större grepp. Så bör det ligga i såväl verksamhetsutövares som närboendes och andras intresse att man i en kommun tar ett samlat grepp om lokaliseringen av master. Denna typ av verksamhet passar egentligen illa för att prövas en och en. Här kunde planinstrumentet utvecklas för att bli mer likt det i Danmark, med starkare *skyldigheter* för kommunerna att

²⁶ http://ec.europa.eu/environment/aarhus/study_access.htm.

²⁷ Här kan också påpekas att den demokratiska aspekten, dvs. rätten till medbestämmande för de som berördes, var något som Regeringsrätten lyfte fram som ett argument för att inte tillåta alltför stora ändringar i en gällande detaljplan (RÅ 2002 ref. 63).

planera för vissa verksamheter. Samtidigt bör planerna kunna göras betydligt mer detaljerade när det gäller lokaliseringen i vissa områden, avstånd till bebyggelse, störningsnivåer m.m. Det är slutligen också möjligt att åstadkomma en samordnad prövning för detta slags verksamheter inom ramen för bygglovsärendet ("one-stop-shop"), varvid alla slags frågor skulle bedömas i ett sammanhang (strandskydd, områdesskydd m.m.). En sådan ordning måste givetvis förenas med en möjlighet för de närboende och andra att ifrågasätta beslutet rättsligt. Därvid kommer samtliga aspekter på en lokalisering att bedömas i ett sammanhang, vilket klart skulle öka såväl effektiviteten som förutsebarheten i systemet.²⁸

Jan Darpö

²⁸ Jfr RÅ 2005 ref. 44 och RÅ 2006 ref. 88.