

Målnummer: M4344-10 **Avdelning:** 6
Avgörandedatum: 2012-01-12
Rubrik: Borttagande av kreosotimpregnerad slipersmur -----
Länsstyrelsen förelade efter överklagande av granne en fastighetsägare att ta bort en stödmur av kreosotbehandlade sliprar i fastighetsgränsen. Mark- och miljööverdomstolen fann att Reachförelagandet är framåtsyftande och inte har till syfte att åtgärda eventuella risker med redan befintliga installationer. Muren var därför inte otillåten enligt bestämmelserna i Reach. Inte heller mot bakgrund av de allmänna hänsynsreglerna fann Mark- och miljööverdomstolen skäl att förelägga fastighetsägaren att ta bort muren.

Lagrum:

- 2 kap. miljöbalken (1998:808)
- Kommissionens förordning (EG) nr 1907/2006, bilaga XVII punkt 31

Rättsfall:

REFERAT

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE Nacka tingsrätts, miljödomstolen, dom 2010-04-30 i mål nr M 348-09, se bilaga A

KLAGANDE 1. C.H. 2. J.H.

Ombud för båda: Advokaten N.R.

MOTPARTER 1. J.R. 2. P.R.

Ombud för 1 och 2: Advokaten P.M. och jur.kand. K.B. 3. Miljö- och bygglovsnämnden i Järfälla kommun 177 80 Järfälla

SAKEN Föreläggande att ta bort slipersmur på fastigheten XX 1:17 i Järfälla kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT Mark- och miljööverdomstolen avslår överklagandet.

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

C.H. och J.H. har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen bifaller deras yrkande om föreläggande för J. R. och P.R. att ta bort slipersmuren.

J.R. och P.R. har bestritt bifall till överklagandet. Miljö- och bygglovsnämnden i Järfälla kommun har bestritt bifall till överklagandet.

UTVECKLING AV TALAN M.M. I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Utredningen är i allt väsentligt densamma som vid miljödomstolen. Kemikalieinspektionen har yttrat sig här. Parterna har fört sin talan på samma sätt som vid miljödomstolen, med i huvudsak följande tillägg och förtydliganden.

C.H. och J.H.

Slipersmurens anläggande och existens strider mot bestämmelserna i 2 kap. miljöbalken och de föreskrifter som meddelats med stöd av miljöbalken. Sedan den 1 juni 2009 regleras begränsningar avseende användning av kreosot i EU:s kemikalieförordning (EG) nr 1907/2006, (Reach). I punkten 31.1 i bilaga XVII till Reach finns ett generellt förbud mot försäljning av kreosotbehandlat trä. Punkten 31.2 i bilagan anger ett antal undantag från förbudet t.ex. vad avser trä som behandlats före den 31 december 2002 och som släpps ut på marknaden för återanvändning. Av punkten 31.3 framgår dock att sådant trä som omfattas av undantagen inte får användas i bl.a. trädgårdar där det finns risk för ofta förekommande hudkontakt. Förordningen innehåller inga övergångsbestämmelser som medger undantag från förbudet för redan påbörjad användning. Begränsningen i fråga måste därmed anses gälla även sådant trä som satts på plats före ikraftträdandet. Den aktuella muren ligger i direkt anslutning till en villatomt och omringar tomten på baksidan samt vid sidan av det bostadshus som finns på tomten. Avståndet mellan bostadshuset och muren är som minst ca en meter och som mest ca 12 meter. Mellan huset och muren finns umgänces- och planteringsytor. Mot bakgrund av att muren omgärdar den del av tomten där de boende i huset huvudsakligen vistas samt av det begränsade avståndet mellan bostadshuset och muren föreligger risk för ofta förekommande hudkontakt. Den omständigheten att muren har klätts in med utomhusplywood förändrar inte bedömningen då sliprarna ändå läcker kreosot och på flertal ställen är fullt synliga och åtkomliga. De åtgärder som har vidtagits för att förhindra läckage från muren, nämligen täcklasering samt inklädnad av muren med utomhusplywood, har visat sig vara otillräckliga då oacceptabla föroreningshalter uppmätts intill muren. Kreosotvätska pressas ur sliprarna då tjälen går ur jorden. Eftersom plywooden endast täcker den översta slipern och utsidan av muren har den liten betydelse. Deras fastighet är belägen på en lägre marknivå än den angränsande fastigheten varpå muren ligger, vilket innebär att kreosot från sliprarna rinner bakom och mellan sliprarna in på deras fastighet. För att förhindra dylikt läckage krävs att muren avlägsnas. Då muren fyller en begränsad funktion och dessutom kan ersättas av t.ex. en betongmur kan detta inte anses vara ett orimligt krav. Kostnaderna kan inte anses vara oskäliga i förhållande till nyttan av åtgärden.

P.R. och J.R.

Leverantörerna av sliprarna har angett att dessa är impregnerade med kreosot och att minst 30 år har förflutit sedan de impregnerades. Slipermuren anlades under åren 1998-2000. Vid tiden för uppförandet gällde

Kemikalieinspektionens föreskrifter 1998:8, vilka föreskrev att trä som behandlats med kreosotprodukter före den 18 oktober 1976 fick användas av privatpersoner i trädgårdar. Dessa bestämmelser ändrades genom KIFS 2003:1, men av övergångsbestämmelserna framgår att ändringen inte gäller trä som satts på plats innan ikraftträdandet. Deras slipersmur kan således inte ifrågasättas med hänsyn till dessa föreskrifter. Det framstår som orimligt att tillämpa föreskriften så att alla befintliga kreosotimpregnerade slipermurar i trädgårdar förbjöds från och med den 1 juni 2008. Med hänvisning till proportionalitetsprincipen och principerna om rättssäkerhet och skyddet av berättigade förväntningar ska förbudet i Reach mot användande av trä som behandlats med vissa impregneringsämnen i trädgårdar, inte träffa förhållanden som förelåg vid ikraftträdandet. Ytterligare skäl för att Reach-förordningens kreosotförbud inte är avsett att tillämpas på befintlig anläggning kan utläsas av begreppet "användning". Användning av slipers sker när muren anläggs. När muren väl anlagts sker inget ytterligare användande. Användandet av de förbjudna ämnena kan inte anses pågå efter anläggandet och något förbud mot den redan uppförda slipersmuren finns inte enligt Reach. Muren är inte den sannolika källan till de föroreningshalter som har uppmätts på C.H:s och J.H:s tomt, utan snarare resultatet av en diffus spridning av normal omfattning. H:s tomt består till del av fyllnadsmassor vars ursprung inte är närmare känt. Det är mer sannolikt att de uppmätta föroreningsnivåerna härrör från dessa massors tidigare användning än från slipersmuren. Det har inte visats och är inte heller sannolikt att kreosot från sliprarna rinner bakom och mellan sliprarna in på H:s fastighet. De har täcklaserat sliprarna och klätt in muren med utom-husplywood. Vidtagna åtgärder måste, mot bakgrund av att murens negativa betydelse för miljön kan ifrågasättas och i enlighet med försiktighetsprincipen och produktvalsprincipen samt efter den skälighetsavvägning som ska göras, anses utgöra tillräckliga åtgärder. Det vore oskäligt att förordna att muren ska avlägsnas vid en jämförelse mellan de kostnader som det skulle medföra för dem (minst 150 000 kr) och den mycket ringa miljönytta det skulle medföra. Miljö- och bygglovsnämnden i Järfälla kommun har anfört bl.a. följande. Föroreningssituationen klassas inte som "allvarlig" eftersom det antagandet baseras på indelningen enligt gamla riktvärden för PAH. Sedan 2008 gäller nya generella riktvärden och sedan 2009 finns även storstadsspecifika riktvärden för PAH. Indelning enligt aktuella riktvärden ger att provtagen jord klassas som "mindre allvarligt" till "måttligt allvarligt". C.H. och J.H. jämför i sitt diagram över utförda provtagningar dessa med de gamla riktvärdena. Endast ett prov är klart över dagens riktvärde KM (3,1 mg/kg TS) och två prover knappt över (1,6 respektive 1,2 mg/kg TS). Såvitt nämnden kan bedöma föreligger ingen risk för hudkontakt med muren.

Remissinstans

Kemikalieinspektionen har anfört bl.a. följande. De nu gällande bestämmelserna om kreosotbehandlat virke finns i Reachförordningen (EG) nr 1907/2006, bilaga XVII punkt 31. De infördes i Reach genom Kommissionens

förordning (EG) nr 552/2009 och tillämpas från den 27 juni 2009. I aktuellt hänseende är reglerna identiska med de regler som tidigare fanns i Kemikalieinspektionens föreskrifter (KIFS 2008:2, 8 kap. 38 §). En fråga av betydelse för det aktuella målet verkar vara om de nu gällande reglerna innebär något krav på att ta bort befintliga installationer med träskyddsbehandlat virke. Detta synes bero på tolkningen av ordet "användning" i punkten 3 i punkt 31 bilaga XVII. I punkten 3 sägs bl.a. att virke som har kreosotbehandlats enligt punkt 2 b och c "får inte användas i parker, trädgårdar och anläggningar för friluftsliv där det finns risk för ofta förekommande hudkontakt". Ordet "användas" i denna bestämmelse kan enligt Kemikalieinspektionens mening inte gälla virke som redan har infogats eller installerats. "Användning" i bestämmelsen avser den tidsmässigt avgränsade åtgärden att utnyttja kreosotbehandlat virke för det angivna ändamålet. Ordet syftar inte på att en trädgårdsmur i någon mening fortlöpande används därefter. För denna tolkning talar att en viss fortlöpande användning faktiskt förbjuds i den sjätte strecksatsen. Ordet "användning" skulle inte ha behövts där om ordet när det tillämpas i början av punkterna redan hade den vidare betydelsen. Reglerna är framåtsyftande och har inte till syfte att åtgärda eventuella risker med redan befintliga installationer. Tolkningen av EU-reglerna bör vara avgörande för tillämpningen i Sverige. I handlingarna i målet finns ett antal slutsatser i en konsultrapport (aktbilaga 9), som Kemikalieinspektionen delvis instämmer i. Det går att hålla med om att de uppmätta halterna i jord inte är anmärkningsvärt höga. De är visserligen högre än bakgrundsnivån och högre än det värde som Kemikalieinspektionen har angett som PNEC ("predicted no effect concentration" för jordlevande organismer på 0,34 mg kreosot/kg/TS, men de är ändå inte anmärkningsvärt höga. Det är få jordprover som tagits vid den aktuella slipersmuren och spridningen i jord från impregnerat trä i mark sker inte alltid jämnt och förutsägbart. Det går också att hålla med om att PAH-sammansättningen i jordproverna inte klart tyder på kreosotförorening utan mer på atmosfäriskt nedfall. Dock visar det jordprov som har högst halter i och för sig lite mer influens av kreosotförorening. Det går dock inte att utesluta att jorden som innehåller de högst uppmätta halterna har påverkats av PAH-läckage från sliprarna. De prover som tagits relativt nära slipersmuren och som visar förhöjda PAH-halter skulle kunna komma från gammalt läckage av kreosot med tanke på att de högmolekylära PAH:erna i princip inte bryts ner och stannar relativt nära markytan medan de mer rörliga lågmolekylära PAH:erna (som kreosot till större delen består av) bryts ner, förångas eller transporteras ner till djupare marklager. Därmed fås en PAH-profil som är mer lik förbränningsprofiler (dvs. atmosfäriskt nedfall) trots att ursprunget kan vara av s.k. kreosotprofil.

Kemikalieinspektionen håller inte med om att mängden PAH:er i mark är större än vad som rimligen kan ha läckats ut med tillgänglig vattenmängd (dvs. nederbörd). Det verkar som om kreosot läcker ut som en olja ur träet och då följer alla PAH:er med dvs. de läcker inte bara utifrån sin vattenlöslighet. Sammanfattningsvis kan man inte utesluta att uppmätta förhöjda halter

kommer från läckage från slipersmuren. Andra föroreningskällor är dock också möjliga. Det är heller inte uteslutet att prover närmare muren skulle visa på betydligt högre halter. De prover som tagits är för få för att säkert fastställa om marken är förorenad p.g.a. läckage från slipersmuren eller inte.

När det gäller hälsorisker på grund av exponering behöver man i allmänhet inte oroa sig vad gäller slipers i trädgårdar. En eventuell lukt behöver inte betyda att materialet är farligt. Sannolikt finns endast låga halter kvar av flyktiga komponenter i gamla sliprar. Det är framförallt vid en frekvent hudkontakt som en hälsorisk kan föreligga. Man bör dock inte odla grödor avsedda för konsumtion i omedelbar närhet till slipersmuren då ett eventuellt upptag av kreosot i växterna inte kan uteslutas.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Frågan i målet är om J.R. och P.R. ska föreläggas att ta bort den stödmur som till viss del består av kreosotbehandlade sliprar som finns på deras fastighet i gränsen mot C.H:s och J.H:s fastighet.

Sedan den 27 juni 2009 gäller Reach-förordningen som svensk lag och den är tillämplig i målet. Enligt punkt 31 i bilaga XVII till förordningen får kreosot inte användas som ämne eller i beredningen till behandling av trä, och trä som har behandlats på detta sätt får inte släppas ut på marknaden. Undantag görs för trä som har behandlats före den 31 december 2002 och som släpps ut på andrahandsmarknaden för återanvändning. Trots undantaget får sådant trä dock inte användas bl.a. i trädgårdar där det finns risk för ofta förekommande kontakt med huden.

Av uppgifterna i målet framgår att åtminstone större delen av slipersmuren anlades under åren 1998-2000. J.R. och P.R. har också gett in intyg till utvisande av att sliprarna kreosotbehandlades före den 31 december 2002 och således undantas från förbudet. Bestämmelsen om att sliprar inte får användas i trädgårdar är enligt Kemikalieinspektionen framåtsyftande och har inte till syfte att åtgärda eventuella risker med redan befintliga installationer. Mark- och miljööverdomstolen finner inte skäl att göra någon annan bedömning i denna del. Mot denna bakgrund finner Mark- och miljööverdomstolen att slipersmuren inte är otillåten enligt bestämmelserna i Reach.

Frågan är då om de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken innebär att det kan ställas krav på att ta bort slipersmuren. Mark- och miljööverdomstolen konstaterar att det är fråga om en begränsad förhöjning av PAH-halten i jorden i jämförelse med Naturvårdsverkets riktvärden för förorenad jord - känslig markanvändning - och att halterna inte är anmärkningsvärt höga, bland annat med hänsyn till vad som annars förekommer i tätortsmiljö. Det är också osäkert i vilken utsträckning haltförhöjningen kan knytas till muren. Mot denna bakgrund finner Mark- och miljööverdomstolen att det inte är rimligt att

med stöd av de allmänna hänsynsreglerna förelägga J.R. och P.R. att ta bort muren.

C.H:s och J.H:s överklagande ska således avslås.
Domen får enligt 5 kap. 5 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättsrådet Henrik Löv, tekniska rådet Anna-Lena Rosengardten samt hovrättsråden Vibeke Sylten, referent, och Eywor Helmenius. Domen är enhällig.

Föredragande har varit Åsa Talvik.

BILAGA A

NACKA TINGSRÄTTS, MILJÖDOMSTOLEN, DOM

KLAGANDE 1. J.R. 2. P.R.

Ombud för 1 och 2: advokaten P.M. och jur. kand. A.Å. 3. Miljö- och bygglovsnämnden i Järfälla kommun 177 80 Järfälla

MOTPARTER 1. C.H. 2. J.H.

ÖVERKLAGAT BESLUT Länsstyrelsens i Stockholms län beslut den 18 december 2008, dnr. 505-05-58151 och 505-06-82191, se domsbilaga 1

SAKEN Skyddsåtgärder avseende slipersmur samt sanering av mark på fastigheterna XX 1:17 och 1:307

DOMSLUT

Med bifall till överklagandena upphäver miljödomstolen länsstyrelsens beslut i den del som avser föreläggande att ta bort slipersmuren.
Överklagandena ska i övrigt avslås, vilket innebär att målet ska återförvisas för vidare utredning till Miljö- och bygglovsnämnden i Järfälla kommun i den del som avser krav på sanering av mark.

BAKGRUND

Efter klagomål från C.H. lät Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Järfälla kommun utreda eventuell påverkan på mark från en kreosotimpregnerad slipersmur uppförd 1998 mellan fastigheterna XX 1:17 och 1:307. Prover togs som visade att marken påverkats av cancerogena polyaromatiska kolväten (PAH). I beslut den 30 augusti 2005, § 59, lämnande miljö- och hälsoskyddsnämnden kravet

på sanering av XX 1:307 utan åtgärd. Vidare beslutade miljö- och hälsoskyddsnämnden att inte behandla ärendet i den del det avsåg skyddsåtgärder för slipersmuren i avvaktan på prövning av murens laglighet enligt plan- och bygglagen (1987:10).

I beslut den 5 september 2006, § 45, lämnade Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Järfälla kommun, C.H:s på skyddsåtgärder för kreosotimpregnerad slipersmur på fastigheten X 1:17 utan åtgärd.

Besluten överklagades till länsstyrelsen av J. och C.H. Med bifall till överklagandet upphävde länsstyrelsen beslutet och förelade ägarna till fastigheten X 1:17, J. och P.R. att ta bort slipersmuren i sin helhet senast fyra månader efter beslutet har vunnit laga kraft. Såvitt överklagandet avsåg krav på sanering återförvisades ärendet för vidare utredning.

Det noteras att Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Järfälla kommun numera heter Miljö- och bygglovsnämnden i Järfälla kommun.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

J. och P.R. har överklagat och yrkat att beslutet upphävs samt att miljö- och bygglovsnämndens beslut att lämna kraven på att vidta skyddsåtgärder avseende slipersmur samt sanering av marken på fastigheten X 1:307 utan åtgärd fastställs.

Länsstyrelsen beslut har även överklagats av miljö- och bygglovsnämnden som har yrkat att beslutet upphävs.

J. och C.H. har, såsom det får förstås, bestritt ändring.

GRUNDER

J. och P.R. har som grund för sin klagan anfört följande. Förbudet i 8 kap. 38 § Kemikalieinspektionens föreskrifter om kemiska produkter och biologiska organismer (KIFS 2008:2) (2008 års föreskrifter) är inte tillämpligt på förhållanden som inträffade före den 30 juni 2003. Föreskriften kan därför inte läggas till grund för ett föreläggande att ta bort slipersmuren, som ostridigt uppfördes före den 30 juni 2003 i enlighet med då gällande föreskrifter.

Del av stödmuren har beklänts med utomhusplywood och del av slipersmuren har täcklaserats för att förhindra direktkontakt med kreosotmaterial och att muren "svettas". Med hänsyn till vad som är känt om sliprarnas ålder är de vidtagna skyddsåtgärderna tillräckliga för att undvika att slipersmuren medför olägenhet för människors hälsa och miljön.

Den analyserade föroreningsituationen på fastigheten X 1:307 är inte av den arten att det föreligger någon risk för människors hälsa eller miljö. De halter som uppmätts ligger inom det spann som allmänt förekommer i urban miljö och sammansättningen av de PAH:er som analyserats på fastigheten överensstämmer inte med sammansättningen för kreosot. De undersökningar som skäligen kan krävas har redan utförts.

UTVECKLING AV TALAN

J. och P.R. har närmare utvecklat sin talan enligt följande.

Föreläggandet att ta bort slipersmuren

Vid tidpunkten för byggandet av slipersmuren gällde Kemikalieinspektionens föreskrifter om kemiska produkter och biologiska organismer (KIFS 1998:8) (1998 års föreskrifter). Enligt dessa föreskrifter fick kreosotimpregnerat virke användas om 30 år förflutit sedan impregneringen av virket och under förutsättning att det fanns ett särskilt behov av användningen, t.ex. om virket var nedgrävt och i varaktig kontakt med fuktig mark eller vatten. Förbudet mot att använda kreosotimpregnerat virke i trädgårdar infördes i 1998 års föreskrifter den 30 juni 2003 till följd av ny EG-rättslig lagstiftning. I övergångsbestämmelserna till 1998 års föreskrifter angavs att kreosotimpregnerat trä som satts på plats innan den 30 juni 2003 inte omfattades av förbudet. På förhållanden dessförinnan har istället de tidigare bestämmelserna tillämpats enligt praxis (se Miljööverdomstolen, MÖD 2002:45).

Inom EG-rätten anses på grund av rättsäkerhetsskäl samt skyddet av berättigade förväntningar att ändringar i materiell rätt som huvudregel inte träffar förhållanden som ligger i tiden före ikraftträdandet annat än när det uttryckligen inte framgår att en retroaktiv tillämpning varit åsyftad. Detta innebär att när t.ex. ett direktiv ska implementeras i svensk rätt ska inte lagstiftningen tillämpas retroaktivt om inte direktivet uttryckligen ger stöd för det.

Den 1 juni 2008 infördes 2008 års föreskrifter till följd av EU:s nya kemikalielagstiftning. Materiellt sett har det inte skett någon förändring såvitt avser kreosot. De nya föreskrifterna saknar dock en övergångsbestämmelse motsvarande den i 1998 års föreskrifter. Detta har av länsstyrelsen felaktigt tolkats som om att 2008 års föreskrifter ska tillämpas på all användning av kreosotimpregnerat virke, även användning före den 30 juni 2003. Länsstyrelsens tolkning innebär att det numera skulle råda ett absolut och retroaktivt förbud mot att använda kreosotimpregnerat virke i trädgårdar. I själv verket är rättsläget oförändrat. Enligt Kemikalieinspektionen är det alltjämt fråga om ett förbud mot användning efter den 30 juni 2003. Kemikalieinspektionen har underhand på direkt förfrågan med anledning av detta ärende uppgett att det inte ansåg det nödvändigt att förse den nya

föreskriften med en övergångsbestämmelse eftersom det inte skett någon förändring i sak. Av Kemikalieinspektionens faktablad från september 2008 framgår vidare att reglerna enligt 2008 års föreskrifter inte omfattar virke som satts på plats före den 30 juni 2003.

Användningen av kreosotimpregnerat trä i trädgårdar är mycket utbredd. Om länsstyrelsens tolkning av 2008 års föreskrifter får genomslag skulle detta medföra omfattande konsekvenser för de som före 2003, i enlighet med då gällande rätt, använt kreosotimpregnerat virke i sina trädgårdar. En sådan rättstillämpning skulle även strida mot allmänna förvaltningsrättsliga grundsatser som förbudet mot retroaktiv tillämpning av betungande förvaltningsbeslut (jfr. RÅ 1996 ref. 57).

Sammanfattningsvis ska bestämmelserna i 2008 års föreskrifter inte tillämpas i detta fall och kan därför inte läggas till grund för ett föreläggande att ta bort den aktuella slipersmuren. Föreläggandet att ta bort slipersmuren ska därmed upphävas.

Behovet av skyddsåtgärder

Leverantörerna av de sliprar som använts till muren har lämnat uppgift om att minst 30 år har förflutit sedan virket impregnerades med kreosot. Det saknas anledning att ifrågasätta de utfärdade åldersintygen för sliprarna. Med tanke på den tid som förflutit sedan impregneringen och eftersom sliprarna delvis har beklätts med utomhusplywood och i övrigt täcklackerats är det osannolikt att slipersmuren skulle medföra någon risk för människors hälsa eller miljön. Eftersom de skyddsåtgärder som rimligen kan krävas redan har vidtagits finns inte skäl att föreskriva om ytterligare åtgärder.

Behovet av ytterligare utredningar

Provtagning av jord i slipersmurens närområde har skett vid två tillfällen. Vid den första provtagningen i oktober 2003 uppmättes halterna cancerogena PAH:er i två samlingsprover till 0,49 mg/kg TS respektive 2,9 mg/kg TS. I ett expertutlåtande har dock tillbakavisats att PAH-halterna härrör från slipersmuren utan visar istället möjligheten till diffus påverkan från trafik som trolig källa till föroreningarna. Den andra provtagningen i juli 2004 avsåg att kartlägga bakgrundshalten cancerogena PAH:er i området. I två av de tre samlingsproverna var halten cancerogena PAH:er under detektionsgränsen 0,15 mg/kg TS. Det tredje samlingsprovet visade en halt på 0,24 mg/kg TS. Vid denna provtagningspunkt framgick av anteckning i rapporten att jorden lades dit 2001. Provtagningsförfarandet har inneburit att ytjorden med ett förhöjt innehåll av organiskt material har "spätts ut" med jord från större djup som har ett lägre innehåll av organiskt material. Det är väl känt att PAH:er binds hårt till organiskt material och därför rör sig ytterst långsamt nedåt jordprofilen. Data från ett stort antal mätningar på sådana platser i tätorter

som inte är påverkade av punktkällor visar att detekterbara halter av PAH:er sällan återfinns under det ytligaste lagret. De uppmätta halterna kan därför inte anses vara representativa bakgrundsvärden för yttlig jord i området. I oktober 2005 gjordes även en fördjupad analys av jordproverna. Av analysen framkom att slipersmuren inte var en trolig källa till föroreningen på grund av sammansättningen av PAH:er. Flera alternativa möjligheter till förekomsten av PAH utpekades.

J. och C.H. har tagit två nya prover av marken vid slipersmuren. Dessa har analyserats för att fastställa om förekomsten av PAH:er har ett samband med slipersmuren. Av utlåtandet framgår sammanfattningsvis att PAH:ernas sammansättning och de uppmätta mängderna visar att slipersmuren inte är en sannolik källa till halterna av PAH:er.

Sammantaget visar analysresultaten att det saknas samband mellan slipersmuren och förekomsten av PAH:er. Med beaktande av de uppmätta halterna PAH och med vad som är känt ämnenas spridningsbenägenhet samt att möjligheten till exponering minskats på grund av vidtagna skyddsåtgärder tyder allt på att den samlade risken för människa och miljö är mycket liten. Det finns således inte skäl att genomföra ytterligare provtagningar eller vidta några andra åtgärder.

Miljö- och bygglovsnämnden har närmare utvecklat sin talan enligt följande.

Föreläggandet att ta bort slipersmuren

Länsstyrelsens grundar sig felaktigt på 2008 års föreskrifter. Föreskriften ska förstås som att det inte föreligger något generellt förbud att använda kreosotimpregnerat trä i trädgårdar. Enligt länsstyrelsen skulle föreskrifterna gälla retroaktivt på en slipersmur uppförd i slutet av 1990-talet. Vidare har länsstyrelsen bortsett från risken för ofta förekommande kontakt med huden får anses undanröjd eftersom slipersmuren klätts med ett annat material samt att slipers utan markkontakt avlägsnats och muren laserats. Vidare rör sig användningen om tillräckligt gammalt virke och på ett sätt som var tillåten enligt då gällande lagstiftning.

Behovet av ytterligare utredningar

I ärendet har noggrant utretts eventuella hälsorisker med avseende på föroreningar i mark. Det har konstaterats att det inte föreligger någon sådan risk. Att vidare utreda utbredningen av markföroreningar påverkar inte denna bedömning.

J. och C.H. har närmare utvecklat sin talan enligt följande.

Såsom länsstyrelsen konstaterat stred anläggandet av slipersmuren mot bestämmelserna i bland annat miljöbalken. Åtgärder som riskerar andra människors hygien, hälsa eller miljön får inte vidtas. Materialvalet i muren är och var olämpligt och belastar människors hälsa och miljön. Sliprarna är inte yttorra utan läcker och svettas ut kreosot, även genom lasyren. De allmänna råden till 1998 års föreskrifter anger dessutom att sliprar är direkt olämpliga i närheten av bostadshus och på platser där barn ofta vistas.

Vidare har länsstyrelsen beslutat att upphäva bygglovets som beviljats i efterhand för slipersmuren eftersom den anlagts utan grannintyg, bygglov eller utan att konsultera berörda grannar, utan att överväga materialval, kontroll av sliprarnas ålder eller utan att ta reda på vad som är lämpligt eller tillåtet. Endast i efterhand har intyg och godkännande erhållits från slipersleverantör och grannar. Detta för att undvika ansvar för den förorening av cancerframkallande ämnen som de närboende familjerna utsätts för. Det åldersintyg J. och P.R. visat på sliprarnas ålder upprättades av två leverantörer i mars 2004. Vid uppföljning på telefon har leverantörerna dock medgett att de inte har fullständig kontroll på sliprarnas ursprung. Åldersintygen är alltså ogrundade. På förfrågan erbjöd sig dessutom leverantörerna att skriva åldersintyg samt att sälja ett parti slipers med okänt ursprung. Ytterligare en anledning till att ifrågasätta sliprarnas ålder är att den expert kommunen anlitat uppgett att sliprar som är 30 år inte läcker kreosot. J. och P.R. har anlagt slipersmuren genom att stapla sliprarna på varandra och därefter fyllt upp med dränerande material för att planera tomten. Det var således inte på grund av speciellt behov, fuktig miljö eller brygganläggning som slipersmuren uppfördes. Dessutom saknades det behov av att anlägga en slipersmur eller något annat långvarigt skydd mellan de två fastigheterna. Överenskommelsen var att fastigheterna skulle anslutas med den existerande naturliga slänten.

Eftersom 1998 års föreskrifter endast tillät privatpersoner att använda sliprar äldre än 30 år och endast i brygganläggningar eller vid särskilda behov i fuktiga miljöer var användandet av kreosotimpregnerade slipers i förevarande fall förbjudet redan vid anläggandet av slipersmuren. Användandet av kreosotimpregnerades slipers har därefter inte mildrats och det är uttryckligen förbjudet att använda slipers i t.ex. allmänna parkanläggningar.

Behovet av ytterligare skyddsåtgärder

Anläggandet av slipersmuren har inneburit en belastning för grannfastigheten. De skyddsåtgärder som J. och P.R. har vidtagit är inte tillräckliga eftersom dessa endast ser till beröringsrisken. Det är inte tillräckligt att endast se till beröringsrisken är otillräckligt och inte förenligt med Naturvårdsverkets eller Kemikalieinspektionens syn. För att avgöra vilken föroreningsnivå som är hälsovådlig väger Naturvårdsverket in exponering via hud/beröring, genom jord/odling och luft/inandning vid riktvärdesberäkningar för cancerogena

PAH:er.

Det har inte varit en tillräcklig åtgärd att lasera slipersmuren eftersom kreosotet har fortsatt att läcka från sliprarna. Det är inte heller varit en tillräcklig åtgärd att klä in slipersmuren med utomhusplywood eftersom kreosotet fortsatt att rinna bakom och mellan sliprarna in på den lägre belägna fastigheten X 1:307. Det är inte heller möjligt att odla grönsaker invid slipersmuren eller vistas i dess närhet p.g.a. kreosotlukten. Vid kontakt med fem olika miljökonsulter i april 2004 svarade samtliga att det enda sättet att skydda sig var att avlägsna slipersmuren och sanera marken.

Behovet av ytterligare utredning

Tillsynsmyndigheten har att värna om kommuninnevärnarnas hälsa och miljö samt tillse att svensk miljölagstiftning efterlevs. Det ankommer dock inte på tillsynsmyndigheten att avgöra vad som är hälsovådligt. Bara misstanken om en förorening och att en förorenare bryter mot gällande lagstiftning borde initiera t.ex. en utredning av föroreningen. Det är Naturvårdsverket och Kemikalieinspektionen som ska avgöra vad som är hälsovådligt genom att fastställa riktvärden samt riktlinjer för hantering av föroreningar och klassificering av olika ämnens farlighet. Det kan konstateras att kommunen på en fastighet avsatt för bostäder och på vilken kreosotimpregnerade elstolpar har lagrats, refererat till Naturvårdsverkets gällande riktvärden, och begärt ytterligare provtagning när halterna cancerogena PAH:er överskrider riktvärdena och sedan sanering av den förorenade marken.

Halten cancerframkallande PAH:er längs med slipersmuren uppmättes 2003 till ett värde som var 10 gånger högre än Naturvårdsverkets riktvärde och 20 gånger högre än bakgrundshalten i området. Riktvärdena är beräknade av Naturvårdsverket som en nivå som inte kan överskridas utan att riskera människors hälsa. Man har ingen rätt att förorena upp till gränsvärdet, och speciellt inte utsätta andra människor. En bedömning av föroreningssituationen i enlighet med Naturvårdsverkets rapport 4918 klassificerar föroreningssituationen längs slipersmuren som "mycket allvarlig" och visar också att föroreningen kommer från en föroreningsskälla, dvs. att den inte är en bakgrundshalt.

Därtill kommer att av nya provtagningar utförda i maj 2008 på två provtagningspunkter på 20 cm djup invid slipersmuren utmed garagesidan respektive skaftvägen, uppvisar halter av cancerogena PAH:er, 1,60 mg/kg TS respektive 1,20 mg/kg TS, som klart överskrider Naturvårdsverkets riktvärden. Resultaten bekräftar att slipersmuren läcker kreosot i hälsovådliga doser. Sedan februari 2008 är fastigheten X 1:307 upptagen i länsstyrelsens register över förorenade områden på grund av kreosotläckaget från slipersmuren. Föroreningarna från slipersmuren gör att fastigheten inte kan användas såsom planerats för att odla grönsaker eller anlägga en uteplats. Det är inte heller

möjligt att vistas i slipersmurens närhet på grund av kreosotlukten. Det finns flera fall av astma och cancer i släkten varför familjen inte ska utsättas för cancerframkallande ämnen i närmiljön. Ett hus med höga halter cancerframkallande ämnen i trädgården är säkerligen svårt att sälja idag när miljön blir allt viktigare. Med vetskapen om detta är det psykiskt påfrestande att ha och varje dag behöva se slipersmuren som läcker cancerframkallande ämnen i trädgården.

De halter cancerogena PAH:er som uppmätts längs slipersmuren förekommer inte, såsom J. och P.R. påstått, normalt i en urban miljö. Naturvårdsverkets mätningar i Stockholm (rapport nr 4640) och motsvarande mätningar gjorda i Göteborg av Göteborgs miljöförvaltning visar att högsta halt cancerogena PAH:er i centrala Stockholm var 0,79 mg/kg TS och i Göteborg var 1,20 mg/kg TS. Längs med slipersmuren har som högsta halt av cancerogena PAH:er uppmätts 2,90 mg/kg TS. Bakgrundshalten i närområdet, < 0,15 mg/kg TS, ligger på liknande nivå som i förorter till Stockholm och Göteborg. Tvärtemot vad J. och P.R. påstått så stämmer sammansättningen av PAH:er som uppmätts längs slipersmuren mycket väl överens med sammansättningen från kreosotläckage uppmätt i jord vid andra slipersmurar, t.ex. i Partille kommun och från jord där kreosotimpregnerade elstolpar lagrats i Järfälla. Att slipersmuren bidrar till föroreningarna på fastigheten X 1:307 får anses vara helt klart. Dock måste omfattningen och utbredningen av föroreningarna från slipersmuren utredas ytterligare för att kunna sanera på rätt avstånd och djup. Ett föreläggande om sanering borde innebära att fastigheten saneras från cancerogena PAH:er ned till bakgrundshalten i Barkarby, dvs. < 0,15 mg/kg TS.

Den konsult som J. och P.R. anlitat har förklarat föroreningen med omgivande trafik. Efterföljande mätningar visade dock att trafiken inte var en källa eftersom bakgrundshalten låg mycket under Naturvårdsverkets riktvärden. Någon verksamhet har inte bedrivits på fastigheten som innefattat kreosot eller att någon jord lagts på provtagningspunkterna. Detta kan intygas med bilder och av grannar. Eftersom halterna cancerogena PAH:er ökar ju närmare slipersmuren man kommer och med ökad höjd på slipersmuren så finns det ett samband mellan slipersmuren och föroreningen.

DOMSKÄL

Föreläggandet att ta bort slipersmuren Miljödomstolen tar inledningsvis upp frågan om möjligheten att förelägga J. och P.R. att ta bort slipersmuren. Enligt 26 kap. 9 § första stycket miljöbalken får en tillsynsmyndighet bl.a. meddela de förelägganden som behövs i ett enskilt fall för att balken och föreskrifter som har meddelats med stöd av balken ska efterlevas. Av andra stycket samma bestämmelse framgår att mer ingripande åtgärder än vad som behövs i det enskilda fallet får inte tillgripas.

I förevarande fall har länsstyrelsen meddelat föreläggandet med stöd av Kemikalieinspektionens föreskrifter om kemiska produkter och biologiska organismer (KIFS 2008:2) som trädde i kraft den 1 juni 2008. Länsstyrelsen har i beslutet anfört att det i övergångsbestämmelserna till de tidigare föreskrifterna (KIFS 1998:8) angavs att trä som satts på plats innan den 30 juni 2003 inte omfattas av förbudet att använda trä i trädgårdar. Länsstyrelsens slutsats var att det från och med den 1 juni 2008 har inträtt ett omedelbart förbud att använda kreosotimpregnerat trä i bl.a. trädgårdar pga. att någon motsvarande övergångsbestämmelse inte finns till de nu gällande föreskrifterna. Mot denna bakgrund förelade länsstyrelsen J. och P.R. att ta bort muren.

Tidigare gällde Kemikalieinspektionens föreskrifter om kemiska produkter och biologiska organismer (KIFS 1998:8). Av övergångsbestämmelserna till en ändring av föreskrifterna som trädde i kraft den 30 juni 2003 framgår att föreskrifterna i dess lydelse före detta datum ska tillämpas på kreosotimpregnerat trä som satts på plats före ikraftträdandet av de nya föreskrifterna. Av föreskrifterna i dess lydelse före den 30 juni 2003 framgår att begagnat kreosotimpregnerat virke får användas av privatpersoner förutsatt att det behandlats med kreosot före den 18 oktober 1976. Före den 1 juni 2008 kunde ägare av kreosotimpregnerat trä i trädgårdar som redan satts på plats inte föreläggas att ta bort detta. Frågan är nu om de nya föreskrifterna (KIFS 2008:2) ska tillämpas på sådant sätt att J. och P.R. ska föreläggas att ta bort den aktuella slipersmuren.

Av allmänna förvaltningsrättsliga grundsatsar har ansetts följa att bestämmande för vilka förvaltningsrättsliga föreskrifter som ska tillämpas i ett mål eller ärende som regel är vilka föreskrifter som är i kraft när prövningen sker. Det anförda har ansetts gälla även vid prövning av besvär över beslut som fattats före ikraftträdandet av de föreskrifter som gällde vid besvärprövningen. Undantag från dessa grundsatsar kan dock vara uttryckligen föreskrivna i övergångsbestämmelser eller följa av uttalanden i motiven till lagstiftningen. Fall kan också tänkas där det av omständigheterna framgår att lagstiftaren inte avsett att de nya bestämmelserna ska tillämpas helt enligt de angivna grundsatserna i ett övergångsskede. (jfr RÅ 1988 ref. 132).

Kemikalieinspektionens föreskrifter (KIFS 2008:2) har införts med stöd av EG-rätt. Inom EG-rätten har, med hänvisning till proportionalitetsprincipen och till principerna om rättssäkerhet och skyddet av berättigade förväntningar, ansetts att ändringar i materiellrättsliga regler normalt inte träffar förhållanden som ligger före ikraftträdandet annat än då det på olika sätt, såsom av bestämmelsens ordalydelse, klart framgår att en retroaktiv tillämpning har varit åsyftad. Även i sådant fall krävs att de berördas berättigade förväntningar har behörigen respekterats (jfr. RÅ 1996 ref. 57). Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Av EG-

domstolens praxis framgår att bedömningen ska genomföras som "en strukturerad avvägning" mellan motstående intressen.

Enligt miljödomstolens mening bör en allmän utgångspunkt vara att till grund för prövningen av ett mål eller ärende ska ligga de föreskrifter som är i kraft vid tidpunkten för denna prövning. Det framstår dock inte som rimligt att till den enskildes nackdel tillämpa den aktuella lagstiftningen av det i målet aktuella slaget retroaktivt, i vart fall inte om inte detta är föreskrivet i särskilda övergångsbestämmelser eller av regelsystemet i övrigt tydligt kan utläsas att en sådan tillämpning är åsyftad (jfr RÅ 1988 ref. 132) . Med hänsyn till det ovan anförda finner miljödomstolen att det vid avsaknad av övergångsbestämmelser för (KIFS 2008:2) inte framstår som rimligt att tillämpa föreskriften retroaktivt så att alla befintliga kreosotimpregnerade slipersmurar i trädgårdar skulle vara förbjudna från och med 1 juni 2008. Miljödomstolen anser således att länsstyrelsen i detta fall saknat grund för beslutet att med stöd av Kemikalieinspektionens föreskrifter om kemiska produkter och biologiska organismer (KIFS 2008:2) förelägga J. och P.R. att ta bort den befintliga slipersmuren. Länsstyrelsens beslut i den del det avser föreläggandet ska därför upphävas.

Behovet av ytterligare skyddsåtgärder

Ett föreläggande kan även grundas direkt på de allmänna hänsynsbestämmelserna i 2 kap. miljöbalken. I förevarande fall är av särskild betydelse för bedömningen av föreläggandets laglighet 2 kap. 3 och 7 §§ miljöbalken av vilka bl. a. följer att alla som ska utföra de skyddsåtgärder som behövs för att förebygga, hindra eller motverka att verksamheten medför skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön i den utsträckningen det inte kan anses orimligt. Vid denna bedömning ska beaktas nyttan av skyddsåtgärder och andra försiktighetsmått jämfört med kostnaderna för sådana åtgärder.

Av utredningen i målet har framkommit att J. och P.R. har vidtagit skyddsåtgärder genom att bl.a. klä in slipersmuren med utomhusplywood och täcklaserat sliprar. Vid en rimlighetsbedömning enligt ovan anser miljödomstolen att de åtgärder som nu vidtagits är tillräckliga.

Behovet av ytterligare utredningar

Det återstår därefter för miljödomstolen att ta ställning till om länsstyrelsen har haft fog för att återförvisa ärendet till miljö- och bygglovsnämnden för vidare utredning.

Av de provtagningar som har gjorts i slipersmurens närhet och som redovisats för i målet framgår bland annat att vid provtagningen 2003 uppmättes som högsta värdet cancerogena PAH:er 2,9 mg/kg TS. Vid provtagningen 2008 var

motsvarande värde 1,6 mg/kg TS. Vid en jämförelse med tabell 1, bilaga 4, Naturvårdsverkets rapport 4918, Metodik för inventering av förorenade områden, tyder dessa värden på att tillståndet i den förorenade marken kan betecknas som allvarligt. Bakgrundshalten cancerogena PAH:er i området uppmättes 2004 till 0,15 mg/kg TS. Vid jämförelse med tabell 4, bilaga 5, nämnda rapport, innebär detta att det finns en trolig påverkan från punktkällan, dvs. slipersmuren.

Miljödomstolen finner därför i likhet med länsstyrelsen att det i detta fall finns fog för återförvisa ärendet till miljö- och bygglovsnämnden för ytterligare utredning. Överklagandet ska således avslås i denna del.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se domsbilaga 2 (DV 427)

Överklagande ska ges in till Nacka tingsrätt, miljödomstolen, senast den 21 maj 2010 och vara ställt till Svea hovrätt, Miljööverdomstolen. Prövningstillstånd krävs.

Karin Erkenstam

Jan-Olof Arvidsson

I domstolens avgörande har deltagit tingsfiskalen Karin Erkenstam och miljørådet Jan-Olof Arvidsson. Enhälligt. Föredragande har varit beredningsjuristen Alexandra Venander.

Sökord: Reach; Kreosot; PAH

Litteratur:
