

Hitta vilse i skogen 1

Reflektioner kring höstens underrättsavgöranden om det EU-rättsliga artskyddet vid skogsbruk

Del 1

Inledning

Domen om lavskrikan i Hälsingland fick stor medial uppmärksamhet när den meddelades för någon månad sedan. Här underkände Mark- och miljödomstolen i Östersund ett artskyddsföreläggande av Skogsstyrelsen med hänvisning till att myndigheten gått utöver sina befogenheter. Under hösten har emellertid flera artskyddsavgöranden kommit från andra mark- och miljödomstolar som förtjänar att lyftas fram, inte minst därför att de talar i motsatt riktning. I denna artikel ger Jan Darpö, professor i miljö rätt vid Uppsala universitet, en övergripande kommentar till de motstridiga domarna om fågelskyddet i skogen. I den första delen ges en kort bakgrundsteckning och beskrivning av målen. I den andra – som kommer på torsdag (23/11) drar författaren några slutsatser. Den viktigaste är kanske att den heta debatten om det inhemska och EU-rättsliga artskyddet knappast minskar efter dessa avgöranden, varför MÖD nu har getts ett gyllene tillfälle att begära förhandsavgörande av EU-domstolen i några av de frågor som aktualiseras.

Bakgrund

Som läsarna känner till, regleras skyddet av arter i 8 kap. miljöbalken (1998:808, MB) och artskyddsförordningen (2007:845, AF). Reglerna i förordningen omfattar dels ett nationellt artskydd, dels vår implementering av EUs s.k. naturvårdsdirektiv, dvs. fågeldirektivet (2009/147/EG¹) respektive art- och habitatdirektivet (92/43/EEG²). Frågan om artskyddet har gett upphov till en intensiv debatt de senaste åren. Först gällde frågan om hur begreppet ”avsiktligt” skulle tolkas i skrivningen om förbud mot avsiktligt dödande och störande i 4 § 1-3 pp. AF när tillstånd ska ges till verksamheter som innebär en risk för en sådan effekt på en skyddad art. Den frågan kan nu betraktas som besvarad genom den rättspraxis som Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) har utvecklat.³ Här har domstolen betonat att det avgörande är att myndigheten kan försäkra sig om att skada i form av dödande eller störande av en skyddad art inte uppkommer som ett resultat av beslutet. Om detta inte låter sig göras och verksamheten ändå bedrivs, betraktas de negativa konsekvenserna som avsiktliga. Utgångspunkten för bedömningen är vidare att det är effekten på populationen som är av betydelse. Det är fråga om en konkret riskbedömning kring områdets betydelse som fågelokal, närheten till bon och födosöksområden, flygvägar, m.m. Om det trots möjliga försiktighetsmått och skyddsåtgärder fortfarande finns en förhöjd risk för kollisioner med känsliga fåglar är lokaliseringen inte godtagbar. I dessa situationer krävs alltså dispens enligt 14 § AF. Det är också så som bestämmelserna tolkas i de flesta medlemsstater.⁴

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar.

² Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter.

³ Främst MÖD 2013:13 *Holmsjöåsen* och MÖD 2015:3 *Örndalen*, senast till uttryck i MÖD 2017-11-06; M 3892-17 *Hyllstorp*.

⁴ Se Darpö & Lindahl i *Vindkraft, fåglar och brister i höjden. Om artskyddet vid prövningen av vindkraftverk*. JPMiljönet 2015-10-15.

I debatten om artskyddet har företrädare för de areella näringarna också lagt stor vikt vid de skillnader som finns mellan bestämmelserna i fågeldirektivet och hur de genomförts i den svenska artskyddsförordningen. Problemet sägs vara att vi har ”överimplementerat” fågeldirektivet genom att fridlysningsbestämmelsen i 4 § AF är en sammanskrivning av artskyddet i fågeldirektivet och art- och habitatdirektivet. EU-rättsligt ges ju fåglar som är listade i bilaga 1 och för regelbundet förekommande flyttfåglar skydd för sina livsmiljöer i artikel 4 i fågeldirektivet. Vidare är det enligt artikel 5 förbjudet att avsiktligt förstöra eller skada eller bortföra fåglars bon samt att avsiktligt störa fåglarna – särskilt under deras häcknings- och uppfödningstid – i den mån störningarna inte saknar betydelse för att uppnå syftet med direktivet. Motsvarande bestämmelse i art- och habitatdirektivet ger istället ett förbud mot att avsiktligt störa arterna, särskilt under deras parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttperioder samt mot att skada eller förstöra deras parnings- eller rastningsplatser. Dessa bestämmelser har smälts samman till ett allmänt förbud i 4 § AF – som alltså gäller till skydd för alla slags djurarter – mot att avsiktligt störa djur, särskilt under deras parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttperioder samt mot att skada deras fortplantningsområden eller viloplats. Detta starkare skydd av fåglarna har inte betraktats som särskilt problematiskt i praxis, då den EU-rättsliga regleringen utgörs av ett minimidirektiv som kan skärpas genom nationell lagstiftning. Att den inställningen inte är självklar blir dock tydligt i det första av de avgöranden som ska avhandlas här.

Lavskrikan i Hälsinge-skogarna

Fem markägare anmälde till Skogsstyrelsen (SKS) om avverkning av ett antal skogsområden i trakten av Arbrå. Anmälningarna gjordes enligt 14 § skogsvårdslagen (1979:429, SVL) och inkom till myndigheten hösten-vintern 2015/16. Då de avverkningsanmälda trakterna låg inom ett område med utpekade revir för lavskrikan behandlades anmälningarna som samrådsärenden enligt 12 kap. 6 § MB och skickades till länsstyrelsen och ArtDatabanken vid SLU för synpunkter. Efter besök i fält bedömde SKS att områdena behövdes för lavskrikan fortlevnad i regionen och att det var fråga om åtgärder som utlöste dispensplikt enligt 14 § AF. Avverkningarna förbjöds därför, dock med tillägget att förbudet inte gäller om länsstyrelsen lämnar sådan dispens. I de fem besluten betonade SKS att AF innehåller ett förbud mot att skada en arts fortplantningsområden eller viloplats på sätt som gör att platserna förlorar sin ”kontinuerliga ekologiska funktion”. Med detta avses att ingreppet inte får vara så omfattande att området i sin helhet tappar de egenskaper som är betydelsefulla för arten. Då Hälsingland ligger på gränsen av lavskrikans utbredningsområde där trenden är nedåtgående och andra lämpliga habitat för arten saknades i området, ansåg myndigheten att de planerade avverkningarna skulle påverka dess bevarandestatus negativt. Då det inte ansågs vara tillräckligt med andra och mindre ingripande försiktighetsåtgärder förbjöds avverkningarna. Slutligen bedömde SKS att besluten – som alltså meddelades med stöd av 12:6 MB – inte utlöste någon ersättningsrätt.

Skogsägarna överklagade till Mark- och miljödomstolen i Östersund. De hävdade att områdena redan var påverkade på ett sätt som var negativt för lavskrikan och att de planerade avverkningarna skulle ha marginell betydelse för arten. Arten bevarandestatus är god och populationen har ökat sedan slutet av 1990-talet. Mot denna bakgrund ansågs besluten vara mer långtgående än nödvändigt, samtidigt som de medför omfattande konsekvenser för skogsbruket i området. Dessutom var besluten grundade på bristfälliga och otydligt redovisade underlag. Vidare går den aktuella bestämmelsen i AF utöver bemyndigandet i 8 kap. 1 § MB och avser heller inte att genomföra EU-rätten, varför en rimlighetsavvägning måste göras. Enligt MÖD 2017:7 *Bombmurkan* ska artskyddsbestämmelserna alltid tillämpas proportionerligt, vilket innebär att den pågående markanvändningen inte får avsevärt försvåras. Ett totalt avverkningsförbud är alltid oproportionerligt i avsaknad av ersättning.

MMD/Östersund meddelade dom i de fem målen samtidigt.⁵ Man började med några allmänna uttalanden om artskyddet och skogsbruket som skyddsvärda intressen. Därefter konstaterar domstolen att avverkningsområdena ligger i utkanten av lavskrikans utbredningsområde och att fågeln kräver viss hänsyn. När det emellertid gäller ärendehantering menar man att SKS genom sin bedömning i 12:6-samrådet i realiteten gjort sig själv till beslutsmyndighet för artskyddsfrågorna. Sedan övergår mark- och miljödomstolen till bemyndigandet i 8:1 MB och uttalar att AF sträcker sig längre än skyddet i fågeldirektivet genom att förbudet även omfattar sådana störningar som inte är avsiktliga eller som saknar betydelse för att uppnå syftet med direktivet. Därmed uppstår frågan om regeringen har överskridit sin normgivningskompetens genom att gå utöver bemyndigandet. Då emellertid SKS inte haft att ta ställning till ett artskyddsärende saknar frågan betydelse i de överklagade målen, varför den istället får besvaras av länsstyrelsen när den tar ställning till om avverkningarna är dispenspliktiga enligt AF. När det sedan gäller intrång i egendomsskyddet uttalar domstolen att inskränkningar kan göras bl.a. av miljöskäl. Vid samtliga slag av äganderättsintrång måste emellertid en proportionalitetsbedömning göras, där naturvårdsintresset vägs mot egendomsskyddet. Så har emellertid inte skett i dessa mål. Här pekade domstolen på *Bombmurklan*, där MÖD uttalade att om myndigheterna finner att tillämpningen av fridlysningsbestämmelserna i AF i det enskilda fallet leder till att pågående markanvändningen avsevärt försvåras bör åtgärden bedömas som tillåten, alternativt undersöka om skyddet kan uppnås genom områdesskydd eller på annat sätt som ger markägaren rätt till ersättning. Dessa principer skulle enligt MMD/Östersund tillämpas även i de aktuella målen.

Sammantaget menade domstolen alltså att SKS genom att förbjuda avverkningarna indirekt hade intagit ställning till att dispens krävdes enligt AF för de anmälda åtgärderna. Det saknade myndigheten emellertid förutsättningar att göra, då man inte är prövningsmyndighet för eller har tillsynsansvaret för artskyddet. Därmed kan man heller inte göra den proportionalitetsbedömning som MÖD uttalat måste till i dessa mål. SKS borde enbart ha bedömt anmälan om avverkning i enlighet med SVL och de regler i MB som myndigheten har att bevaka, varefter man kunde uppmärksamma länsstyrelsen på ärendet. På så vis skulle den myndigheten ta ställning till artskyddsfrågan inom ramen för ett dispensärende. Av dessa skäl undanröjde mark- och miljödomstolen beslutet att förbjuda de anmälda avverkningarna.

Tjädrarna i Bollebygden

Samtliga avgöranden som gällt artskydd och skogsbruk som kommit från andra mark- och miljödomstolar under sommaren och hösten har gällt tjädrar i Västra Götaland. Först ut var MMD/Växjö i ett mål som gällde ett föreläggande av SKS enligt 12:6 MB om försiktighetsåtgärder till skydd för en spelplats för en population i Härryda.⁶ Därefter kom MMD/Vänersborg med ett avgörande om samma tjäderpopulation som i och för sig handlade om dispens från förbudet i 4 § AF, men som väsentligen gällde samma frågor som de andra målen.⁷ Slutligen kom Växjö tillbaka med en dom som meddelades tio dagar efter Östersunds avgörande i lavskrikemålet, där domstolen tydligt adresserar alla de frågor som varit uppe i de tidigare målen.⁸ Då de tre domarna från Växjö och Vänersborg följer samma

⁵ Mark- och miljödomstolen i Östersunds domar 2017-10-06 i målen M 1853-16, M 1854-16, M 1855-16, M 1859-16 och M 2210-16. I två av målen – M 1855-16 och M 2210-16 hade SKS medgivit överklagandena, men domstolen menade att de ändå skulle prövas materiellt då parterna inte förfogar över processföremålet i mål som dessa.

⁶ Mark- och miljödomstolen i Växjö, dom 2017-07-13 i mål nr M 514-17.

⁷ Mark- och miljödomstolen i Vänersborg, dom 2017-09-06 i mål nr M 4856-16.

⁸ Mark- och miljödomstolen i Växjö, dom 2017-10-17 i mål nr M 5370-16.

argumentationslinjer utgår min redogörelse från det sistnämnda fallet, särskilt som den domen är mera omfattande och argumentationen alltigenom seriös.

Även detta mål gällde ett föreläggande enligt 12:6 MB om försiktighetsåtgärder vid avverkning till skydd för tjäderpopulationen, denna gång i Bollebygd strax öster om Härryda. Markägaren överklagade och argumenterade i stort sett på samma sätt som skogsägarna i de övriga målen, dvs. att det berörda området inte är ett fortplantningsområde, att den anmälda avverkningen inte medför skada och att de förelagda försiktighetsåtgärderna heller inte är ägnade att skydda tjädern, samt att det inte är någon beaktansvärd risk för artens bevarandestatus i området eftersom den är i stadig ökning, vilket bl.a. visas genom att den är föremål för jakt. Vidare menade klaganden att 4 § 4 p. AF inte täcks av bemyndigandet i 8:1 MB och därför inte ska tillämpas, att de förelagda restriktionerna är alltför långtgående för en enskild markägare – bl.a. för att de utlöser ersättningsrätt – och då bör områdesskydd istället beslutas. Slutligen anförde markägaren att SKS inte är behörig att fatta ett artskyddsbeslut inom ramen för ett 12:6-ärende och inte heller får tillgripa beslut enligt 26:9 MB i dessa situationer.

SKSs och länsstyrelsens argumentation i målet är också utförlig. Man hävdar att det är ovanligt med en så hög tjäderförekomst på en spelplats som den som påverkas av den planerade avverkningen, att restriktionerna gäller ett fortplantningsområde för arten i enlighet med den definition som ges i EU-kommissionens vägledning från 2007⁹, att arten inte har gynnsam bevarandestatus regionalt främst pga. fragmenteringen av lämpliga biotoper, att avverkningarna skulle göra så att områdets kontinuerliga ekologiska funktion skulle gå förlorad samt att MÖDs avgörande i *Bombmurklan* inte kan tillämpas i dessa situationer då det rör en EU-rättsligt skyddad art. SKS menar också att man har ett operativt tillsynsansvar för artskyddet och hänvisar till 30 § SVL och SKSs föreskrifter om naturvårdshänsyn i skogsbruket (7 kap. 19 § i SKSFS 2011:7), samt de allmänna råd som är meddelade under dessa bestämmelser. Vidare ska artskyddet i enlighet med MÖDs praxis ses som en precisering av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB och SKS kan använda sig av både 26:9 och 12:6 för beslut i dessa frågor. SKS pekar även på att bemyndigandet i 8:1 MB omfattar sådana regler som behövs för att inte riskera arter försvinner även regionalt. Man hävdar också att om ett områdes kontinuerliga ekologiska funktion för en art kan upprätthållas vid en avverkning aktualiseras inte förbudet i 4 § AF, vilket innebär att endast områden som har betydelse för artens bevarandestatus omfattas. Slutligen anser SKS att ersättningsfrågan inte aktualiseras i målet.

I domen tar MMD/Växjö först ställning till om SKS kan utfärda förelägganden om artskydd. Här pekar man på 2 kap. 6-10 §§ miljö tillsynsförordningen (2011:13, MTF), där fördelningen av tillsynsansvaret för artskyddet regleras under ”Skydd av områden samt djur- och växtarter”. Enligt 8 § har länsstyrelsen ansvar för artskyddet enligt 8:1-4 MB. I 10§ anges att SKS har ansvar för samråd under 12:6 MB för åtta listade arbetsföretag i skogen, bl.a. avverkning. Att SKS har tillsynen över artskyddet vid avverkning anser domstolen framgå av en samläsning av dessa bestämmelser, och detta ansvar blockeras inte av att även länsstyrelsen utövar en sådan funktion. Om flera myndigheter har tillsynsansvaret för en verksamhet eller åtgärd ska de enligt 2 kap. 2 § MTF samarbeta, vilket kan ske genom överenskommelse dem emellan.

När det sedan gäller om AF är meddelad utan stöd i bemyndigandet i 8:1 MB, pekar domstolen på att tjädern enligt artiklarna 3 och 5 i fågeldirektivet ska ges ett generellt skydd. Därutöver ska artens livsmiljö skyddas, dels genom att särskilda skyddsområden utses (inom ramen för Natura 2000), dels genom att medlemsstaterna ska sträva efter att undvika förorening och försämring av dessa miljöer även utanför de särskilda skyddsområdena (artikel

⁹ Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats directive 91/43/EEC, February 2007.

4.4). Därmed anser domstolen att regleringen i 4 § AF fullt ut har stöd i fågeldirektivet och därigenom i 8:1 MB. Markägaren hävdade även att föreläggandet gått utöver 4 § 4 p. på så vis att det inte avsåg att skydda tjädernas fortplantningsområde eller viloplats. Här uttalade Mark- och miljödomstolen att den definition av fortplantningsområde som ges i kommissionens vägledning om artskydd är ändamålsenlig och relevant även för fåglar.¹⁰ Med stöd av vägledningen menade domstolen att fortplantningsområdet för tjäder inbegriper lämpliga biotoper för boetablering och uppfödning av kycklingar i närheten av lekplatser. Tjäders status i regionen och landet ansågs emellertid sakna betydelse vid bedömningen av om fortplantningsområden eller viloplats förstörs, liksom det faktum att jakt bedrivs på arten. Här uttalade domstolen att skyddet av områdena är direkt reglerat i 4 § AF och att bestämmelsen är klar och tydlig. Däremot kan förutsättningarna för tjädern att finna nya biotoper i närheten få betydelse för bedömningen av om områdets kontinuerliga ekologiska funktion kan bibehållas, vilket kan medföra att en avverkning kan ske utan att vara förbjuden enligt 4 § AF. I det aktuella fallet hade klaganden emellertid inte visat på några angränsande områden som kunde värderas som likvärdiga biotoper.

När det slutligen gällde om beslutet var alltför ingripande eller annars oproportionerligt uttalade domstolen att det visserligen gick utöver ersättningsgränsen och därför inte rymdes inom SVLs ramar. Lagstöd för föreläggandet finns emellertid i 12:6 MB. Därmed kan det finnas en rätt till ersättning, men det får prövas som ett separat stämningssmål.

Domstolens sammanfattande är alltså:

Skogsstyrelsen har genom 2 kap. 10 § i miljötillsynsförordningen uttryckligt stöd för att utöva tillsyn över artskyddsfrågor i den mån de hänger ihop med avverkningar som anmälts enligt skogsvårdslagen vilket är fallet i nu aktuellt mål. Regeringen har haft lagstöd för att införa 4 § 4 artskyddsförordningen.

De områden som berörs av det överklagade beslutet utgör sådana fortplantningsområden som avses i 4 § 4 artskyddsförordningen då de bl.a. behövs för att föda upp kycklingarna. Fortplantningsområdena omfattas av ett skydd enligt nämnda lagrum.

Domstolen finner inte skäl att göra annan bedömning än den Skogsstyrelsen gjort om omfattningen av skyddet. Det har därvid beaktats att om omfattningen av intrånget innebär att pågående markanvändning avsevärt försvåras så kan markägaren ha rätt till ersättning. Frågan om ersättning avgörs inte i det aktuella målet utan prövas som stämningssmål enligt 31 kap. miljöbalken.

De andra målen från Växjö och Vänersborg följer som sagt samma spår. Den sistnämnda domstolen uppehåller sig särskilt vid *Bombmurklan* och dess betydelse. Man pekar på att MÖD anser att dispens ska meddelas i de fall som försiktighetsmått medför att ersättningströskeln överskrids. Det framgår inte av ordalydelsen i 14 § AF att det finns utrymme för en sådan tillämpning, men MÖD har förstått att det måste ha varit lagstiftarens avsikt. För egen del uttalar MMD/Vänersborg att även om de försiktighetsåtgärder som markägaren måste tåla skulle medföra att den pågående markanvändningen avsevärt försvåras, är han oförhindrad att väcka talan om ersättning enligt 31 kap 4 § 1 st. 7 p MB. Mot denna bakgrund anser Vänersborg att en nekad dispens inte kan anses vara så oproportionerlig ”att det i strid emot AFs ordalydelse finns skäl att överväga huruvida åtgärden ska bedömas som tillåten på den grunden”

¹⁰ Här refererade man till MÖD 2014:48 *Boge* där avsiktsbegreppet i de två naturvårdsdirektiven ansågs ha samma betydelse.

Avslutning av del 1

I del 2 av artikeln ger jag några kommentarer till underrättsavgörandena om artskyddet i skogsbruket. Diskussionen är inriktad på de centrala frågeställningarna i målen, som bemyndigandet i 8:1 MB och Sveriges implementering av naturvårdsdirektiven samt förhållandet mellan det inhemska och det EU-rättsliga artskyddet vid tillämpningen av bestämmelserna.

2017-11-20

Jan Darpö/JPMiljönet

Jan Darpö

Professor of Environmental Law

Faculty of Law/Uppsala Universitet

PO Box 512, SE-751 20 UPPSALA, Sweden

Tel. +46 739 137824

E-mail: jan.darpo@jur.uu.se

On the web: www.jandarpo.se

Hitta vilse i skogen 2

Reflektioner kring höstens underrättsavgöranden om det EU-rättsliga artskyddet vid skogsbruk

Inledning

I denna andra del av kommentaren kring artskyddet i skogsbruket behandlar Jan Darpo, professor i miljörett vid Uppsala universitet, de frågeställningar som aktualiseras i höstens mål i mark- och miljödomstolarna. Kommentaren är upplagd i följande ordning; täcker bemyndigandet i 8:1 MB skyddet för fåglars fortplantningsområden och viloplats i 4 § 1 st. 4 p. AF; har SKS behörighet att besluta om artskydd inom ramen för sitt tillsynsansvar under SVL och 12:6 MB; har Sverige ”överimplementerat” fågeldirektivet så att vi har fått ett överdrivet ”bofinksskydd”; och vilken betydelse har MÖDs avgörande i *Bombmurklan* i mål om EU-rättsligt skyddade arter? Som avslutning ges några tankar inför fortsättningen på artskyddsmålen, MÖDs EU-rättsliga ansvar och behovet av att lagstiftaren agerar.

Bemyndigandet i 8:1 MB

Bemyndigandet i 8:1 MB täcker ”föreskrifter om förbud att inom landet eller del av landet döda, skada, fånga eller störa vilt levande djur eller att ta bort eller skada sådana djurs ägg, rom eller bon eller att skada eller förstöra sådana djurs fortplantningsområden och viloplats” om ”det finns risk för att en vilt levande djurart kan komma att försvinna eller utsättas för plundring eller om det krävs för att uppfylla Sveriges internationella åtaganden om skydd av en sådan art”. Om jag har förstått kritikerna rätt så menar de att 4 § 4 p. AF går utöver bemyndigandet genom att skyddet är en ”överimplementering” av fågeldirektivet och därmed *inte behövs* för att uppfylla våra internationella förpliktelser. Även MMD/Östersund öppnade för att så kunde vara fallet, men ansåg att man inte behövde ta ställning. För egen del tycker jag att den här argumentationen är långsökt. Som MMD/Växjö påpekar i sin senaste dom, framgår ju av artikel 4.4 i fågeldirektivet att skyddet även gäller arternas livsmiljöer utanför utpekade Natura 2000-områden. Bestämmelsen innebär en tydlig skyldighet för medlemsstaterna att de *ska vidta lämpliga åtgärder* för att skydda livsmiljöerna mot förorening och försämring. Mot denna bakgrund förefaller det inte särskilt troligt att en domstol skulle anse att vår utökning av skyddet för boet i artikel 5 i fågeldirektivet till att omfatta arternas fortplantningsområden och viloplats skulle vara att gå utöver vad som behövs för att möta våra internationella förpliktelser. Det är ju rimligt att utgå från att även biotopen runt omkring boet bör beaktas i detta sammanhang eftersom ett fågelbo inte kan vara placerat i tomma intet. Ett skydd av omgivningen behövs alltså för att boet ska kunna fylla sin funktion.¹¹ Om man ändå inte nöjer sig med den förklaringen finns fortfarande skrivningen i 8:1 MB om att bemyndigandet täcker föreskrifter om förbud att döda/störa arter om det finns risk för att de kan försvinna inom ”*del av landet*”. Då en sådan påverkan är en central del i tillämpningen av 4 § AF i skogsbruket har jag lika svårt att tro att en domstol skulle underkänna regleringen på den grunden, vilket ju skulle förutsätta att man gjorde en egen naturvetenskaplig bedömning. Enligt erfarenhet brukar den typen av invändningar inte nå framgång när det gäller frågan om lagstöd i ett bemyndigande.

¹¹ Jfr. finska HFDs dom om miljötillstånd till torvproduktion på fyra skiften som låg i närheten av en fiskgjuses häckningsplats; 9.1.2015/31 HFD:29015:3.

Artskyddsmyndighet

MMD/Östersund underkände SKSs föreläggande med motiveringen att myndigheten i praktiken gjort sig till artskyddsmyndighet och därmed gått utöver sin behörighet. MMD/Växjö och Vänersborg å sin sida hade inga problem med att myndigheten meddelade förelägganden om artskydd under 12:6 MB. För skogsnäringens del måste Östersunds inställning vara allt annat än välkommen, då man i 20 års tid har arbetat för att ha att göra med *en* myndighet i skogen (och den ska vara SKS). Även i denna del har jag svårt att förstå kritiken. Som den senaste Växjö- domen visar är tillsynsansvaret för artskyddet i skogsbruket fördelat mellan länsstyrelsen och SKS i enlighet med 2 kap. 8 resp. 10 §§ MTF. Det är alltså fråga om ett *parallellt ansvar* för dessa frågor vid skogliga arbetsföretag. Att SKS har ett sådant ansvar redan enligt SVL framgår också av myndighetens föreskrifter och allmänna råd under den lagen, se 7 kap. 19 och 33 a §§ i SKSFS 2011:7. Dessutom stadgas i 4 § SVL att dess bestämmelser inte får tillämpas i strid med 8:1 MB, vilket ju förutsätter kunskap om när förbuden i AF slår till. När tillsynsansvaret är fördelat över flera myndigheter ska de samverka, vilket framgår dels av den allmänna bestämmelsen i 6 § förvaltningslagen (1986:223), dels genom preciseringar i 1 kap. 16 och 17 §§ MTF. Dessutom anges uttryckligen i 2 kap. 2 § MTF att tillsynsansvaret kan vara fördelat på flera myndigheter och att de då kan komma överens om hur arbetet ska fördelas. Den här samordningen beskrivs noggrant i de riktlinjer om artskyddet i skogsbruket som SKS och Naturvårdsverket gemensamt beslutat.¹² Här framgår att myndigheterna ska kommunicera med varandra när artskyddsfrågor uppkommer i skogsbruket och att de *ska vara överens* i sin bedömning. Visserligen är det länsstyrelsen som har sista ordet på så vis att den myndigheten alltid kan förbjuda en åtgärd som man anser strider mot förbudet i 4 § AF, men ordningen utgår från att det är SKS som i första hand handlägger och beslutar i ärendena. Enligt 6 § samrådsförordningen (1998:904) räknas en avverkningsanmälan enligt 14 § SVL som en anmälan om samråd enligt 12:6, vilket också är lämpligt för handläggningen mellan myndigheterna, markägaren och den berörda allmänheten i artskyddsfrågor (se MÖD 2016-02-03; M 2114-15 *Norrviken*). I samrådsärendet ska SKS tillämpa de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. MB, varav artskyddet är en del (MÖD 2013:13 *Holmsjöåsen*). Om avverkningen kan anpassas så att den inte strider emot 4 § AF, kan sådana försiktighetsåtgärder beslutas med stöd av 12:6 MB. Att såväl länsstyrelsen som SKS även kan använda sig av 26:9 MB framgår av MÖD 2014:32.

Samarbetet mellan SKS och länsstyrelserna i de ärenden som bedömts av mark- och miljödomstolarna under hösten framstår därför som skolboksexempel på hur det ska gå till enligt de gemensamma riktlinjerna. Den juridiska bedömningen i riktlinjerna håller hög standard när det gäller metod med rikliga hänvisningar till olika MÖD-avgöranden. I jämförelse med den texten framstår enligt min mening MMD/Östersunds dom som ett fritt tyckande, vilket inte är acceptabelt. Om vi nu ska ha överprövning av centrala myndigheters beslut i regionala mark- och miljödomstolar är det avgörande för domstolarnas trovärdighet att de håller motsvarande hög standard i den rättsliga analysen. I det här fallet blir det ju närmast särskilt anmärkningsvärt då Mark- och miljödomstolen underkänner SKSs behörighet att besluta i artskyddsfrågor, samtidigt som man missar att Östersund är fel forum. Av 3 kap. 1 § 5 st. lagen (2010:921) om mark och miljödomstolar ska nämligen överklaganden av SKSs beslut handläggas av den mark- och miljödomstol där myndigheten har sitt *säte*.¹³ Då SKS har huvudkontoret i Jönköping är det alltså MMD/Växjö som ska överpröva myndighetens beslut i samtliga fall.

¹² Gemensamma riktlinjer för handläggning av artskyddsärenden i skogsbruket. 21 juni 2016 Version 1.1 2016-07-05 Naturvårdsverket/Skogsstyrelsen; <https://www.skogsstyrelsen.se/sok/?query=riktlinjer+f%C3%B6r+samar%C3%A5d>

¹³ Jfr. 14 § 2 st. lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar och den rättspraxis som bildats under den bestämmelsen, t.ex. RÅ 2006 ref. 40

Bofinksskydd..?

I inledningen av domskälen skriver MMD/Östersund att "(d)et kan ifrågasättas om någon anmälningspliktig avverkning kan ske utan att påverkan på vilda fåglar blir sådan att en dispens måste sökas". I jämförelse med SKS och länsstyrelsernas argumentation i målen och de gemensamma riktlinjerna om artskydd framstår uttalandet som märkligt. Det är ju helt tydligt att myndigheterna menar att förbudet i 4 § 4 p. AF slår till först när ett skogligt arbetsföretag riskerar att medföra negativa effekter på förutsättningarna att bibehålla eller återställa den gynnsamma bevarandestatusen för en art. Den inställningen stämmer väl överens med den rättstillämpning som utvecklats kring artskyddet.¹⁴ Även EU-kommissionens vägledning från 2007 stödjer en sådan förståelse av reglerna. Resonemangen utgår från att det finns en kvalifikationströskel, då syftet är att undvika minskning av lokala populationer av fåglar som behöver skydd mot åtgärder som hotar deras existens, t.ex. genom att fortplantningsområden som är svåra att ersätta förstörs eller fragmentering sker av nödvändiga livsmiljöer. SKS och NVs riktlinjer ger också flera exempel på hur den bedömningen bör göras och hur utredningen i ärendena kan inhämtas, med exempel på skydd av kungsörn, guckusko, talltita och fladdermöss i lövskog. Beskrivningen i riktlinjerna av skyddet för tjäderpopulationer har uppenbarligen fått stå modell för SKS rättstillämpning i de mål som kommenteras här. Vid en läsning av de överklagade besluten framstår myndigheternas ställningstaganden som välgrundade då man poängterar att det är fråga om att bedöma påverkan på fåglarnas bevarandestatus i och med att avverkningarna ska utföras i närheten av viktiga livsmiljöer. Inriktningen är att områdenas kontinuerliga ekologiska funktion inte ska gå förlorad. SKS och länsstyrelserna menar nämligen att först i den situationen slår förbudet i 4 § 4 p. AF till. Det är intressant att notera att MMD/Växjö argumenterar lite annorlunda i den delen. Domstolen pekar på att skyddet av fortplantningsområdena och viloplatserna enligt bestämmelsen är absolut och inte ger utrymme för att hänsyn ska tas till den lokala eller regionala förekomsten eller det faktum att det bedrivs jakt på arten. Däremot, uttalar man vidare, kan det förhållandet att det i närområdet finns andra och likvärdiga biotoper ha betydelse för bedömningen om områdets kontinuerliga ekologiska funktion kan bibehållas, vilket kan göra att förbudet inte aktualiseras. Jag ska inte påstå att jag alldeles förstår skillnaden i de olika resonemangen, men det verkar som att Växjö främst ville markera mot synsättet att alla slags åtgärder är acceptabla så länge som arten har gynnsam bevarandestatus. Såväl den domstolen som myndigheterna anser att det avgörande vid bedömningen av om förbudet slår till är om den kontinuerliga ekologiska funktionen kan upprätthållas i området trots att åtgärderna utförs, vilket jag också tror är en riktig utgångspunkt. Det är dock rimligt att artens bevarandestatus kan inverka indirekt på den bedömningen, men i vilken mån är en fråga som MÖD får ta ställning till så småningom.

Från de areella näringarnas sida talat man gärna om att de svenska reglerna är en "överimplementering" av fågeldirektivet. Här bör det inledningsvis sägas att ingenting hindrar att Sverige genomför eller behåller strängare regler om artskydd, då det är fråga om implementeringen av ett minimidirektiv. Att tala om "överimplementering" menar jag därför för tanken fel, då vi är fria att utforma de nationella reglerna efter våra egna naturvårdsbehov, så länge som vi uppfyller de EU-rättsliga kraven. I det avseendet är vi dessutom inte ensamma bland medlemsstaterna, vilket ibland påstås.¹⁵ Som redan nämnts, är det också rimligt ur ekologisk synvinkel med en utvidgning, som att ett skydd av omgivningen behövs för att ett fågelbo ska kunna fylla sin funktion. Det är heller inget konstigt att de två

¹⁴ MÖD 2016:1 *Klinthagen*, MÖD 2016-02-03; M 2114-15 *Norrvikens trädgårdar*. Bedömningen av en verksamhets påverkan på en tjäderpopulation i de mål som diskuteras här har f.ö. mycket stora likheter med den som gjordes för ett knappt år sedan av MÖD i målet om *Holmevattnet* (MÖD 2016-12-21; M 1413-16).

¹⁵ Se bl.a. de underrapporter som producerats inom ramen för forskningsprogrammet Claws and Laws, som belyser flera länders strängare skydd för de stora rovdjuren; www.clawsandlaws.eu

naturvårdsdirektiven skrivs samman, då bestämmelserna är mycket lika och båda genomför artskyddsbestämmelserna i Bernkonventionen. Det gemensamma syftet är att bevara den biologiska mångfalden inom EU. Båda direktiven innehåller bestämmelser om artskydd och områdesskydd och de använder sig av gemensamma begrepp. Det är också därför som rättspraxis under det ena direktivet ofta är tillämpligt på det andra. Här kan man också peka på att även EU har utvidgat skyddet av fåglarnas livsmiljöer i vissa situationer, ett faktum som gärna förbises. I miljöansvarsdirektivet (2004/35, ELD) definieras miljöskada som skada på regelbundet förekommande flyttfåglar och fåglar i bilaga 1 till fågeldirektivet – där flera skogliga arter ingår, bl.a. kungsörn, tjäder och nattskärna – och deras livsmiljöer även utanför Natura 2000-områdena. Skadan kvalificeras genom att den ska ha betydande negativ effekt när det gäller att uppnå eller bibehålla gynnsam bevarandestatus (artiklarna 2.1.a, 3.a) -3.b)). Miljöansvaret är strikt för verksamheter som är listade i bilaga III, eller baserat på oaktsamhet ("fel eller försummelse") vid andra slags aktiviteter (artikel 3.b)). Ansvarets omfattning regleras i artiklarna 5-9. Kraven i ELD har genomförts i 10 kap. MB, där motsvarande definitioner ges i 1 § 1 st. 3 p. b). Här framgår att ansvaret gäller för den som i en betydande omfattning skadar eller försvårar bevarandet av en djur- eller växtart eller livsmiljön för en sådan art, om skadan avser ett djurs fortplantningsområde eller viloplats som skyddas enligt föreskrifter som har meddelats med stöd av 8 kap. 1 §. I denna bestämmelse återfinns alltså många av de ingredienser som diskuterats i höstens underrättsavgöranden, dvs. att en verksamhet kan orsaka en kvalificerad skada på arter och deras livsmiljöer på så vis att deras bevarandestatus riskeras, vilket enligt praxis ska bedömas även på regional och lokal nivå. Det kan inte uteslutas att större avverkningar i känsliga miljöer som sker trots att det finns uttalade risker kring arternas bevarandestatus omfattas av ett oaktsamhetsansvar under dessa regler. Sammanfattningsvis anser jag alltså att sammansmältningen av skyddet för arternas livsmiljöer i en och samma kravregel i 4 § AF har alla skäl för sig. Att det inte möter några EU-rättsliga hinder är inte ens kontroversiellt.

Betydelsen av MÖDs avgörande om bombmurklan

I målen diskuteras slutligen vilken betydelse MÖDs avgörande i *Bombmurklan* har för EU-rättsligt skyddade arter och deras livsmiljöer. Här uttalade ju domstolens majoritet (två ledamöter) att övervägande skäl talade för att det inte varit lagstiftarens avsikt att de nationella fridlysningsbestämmelserna ska ges en sådan tillämpning att ersättningströskeln överskrids. De menade att en av proportionalitetsbedömning därför måste ske inom ramen för dispensförfarandet, vilket innebär att om artskyddet skulle medföra att pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten måste åtgärden ändå bedömas som tillåten och dispens ges. Minoriteten (två ledamöter) menade däremot att om det allmänna intresset i ett enskilt fall är så starkt att det väger tyngre än intresset för den enskilde markägaren att inte drabbas av inskränkningen, bör avvägningen leda till att dispensansökan avslås trots att det saknas ersättningsbestämmelser. Markägaren har i så fall att föra talan om ersättning mot staten. Minoriteten menade dock att om det enskilda intresset väger tyngre bör avvägningen leda till att åtgärden, trots att den strider mot de nationella fridlysningsbestämmelserna, ändå får utföras.

Som redan framgått, är avgörandet i *Bombmurklan* kontroversiellt. Redan majoritetens "lagstiftning genom domstolsaktivism" har väckt berättigad uppmärksamhet. Dess förståelse av dispensmöjligheterna under AF finns ju inte beskriven i förordningstexten, vilket flera av underrätterna noterat. Till det kommer att tillämpningen av bestämmelsen är kontroversiell i sig, då den medför att de areella näringarnas ansvar för utarmningen av arter kopplas ur. Att tillämpa resonemanget i *Bombmurklan* på EU-rättsligt skyddade arter bör därför som utgångspunkt vara uteslutet, då det klart skulle strida mot våra internationella förpliktelser. Inriktningen bör i de fallen istället vara den som anges av MÖDs minoritet och i

MMD/Växjö och MMD/Vänersborgs artskyddsavgöranden, dvs. att ett artskyddsföreläggande kan utlösa rätt till ersättning, men att den frågan får prövas separat i en senare process. Mot den bakgrunden tror jag heller inte att majoritetens inställning är hållbar i längden, då vi därmed skulle få ett system som fick tillämpas olika beroende på om arten är EU-rättsligt skyddad eller enbart nationellt fridlyst. Om denna dubbelhet tillåts spilla över till de delar av AF som går utöver vad som följer av artikel 5 i fågeldirektivet, skulle rättstillämpningen leda till absurda skillnader i skyddet av arter i ett och samma ärende, t.ex. mellan fåglar och fladdermöss. Det tror jag inte är en ordning som något av de inblandade intressena är betjänta av.

Jag tror alltså att systemet bör bygga på följande utgångspunkter: Skyddet av arterna – oavsett om det är EU-rättsligt eller nationellt – bygger på en kvalifikationströskel med syfte att undvika att bevarandestatusen försämras eller att livsmiljöernas kontinuerliga ekologiska funktion går förlorad. Om de försiktighetsmått som behövs vid olika arbetsföretag leder till pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten bör markägaren vara hänvisad till att söka ersättning genom att väcka särskild talan mot staten enligt reglerna i 31 kap. MB. I vilken utsträckning som det därutöver kan göras en proportionalitetsbedömning till skydd för den enskilda markägaren kan diskuteras, då ju reglerna utgår från att den bedömningen redan är gjord av lagstiftaren. Alldeles oavsett vad man tycker i den frågan rör det sig emellertid om ett helt annat slags bedömning än den som utlöser ersättning i svensk rätt. Proportionalitetsavvägningen ska skydda den enskilda från ingripanden i markanvändningen som slår särskilt hårt mot näringsverksamheten på ett sätt som framstår som orimligt i det enskilda fallet. Det är alltså fråga om en säkerhetsventil som skulle kunna tillämpas i en situation som är väsensskild från den som var aktuell i *Bombmurklan*, där det var fråga om skydd av ett 1,5 hektar stort område i ett fastighetsinnehav på många hundra hektar.

När det sedan gäller rätten till ersättning menar jag å ena sidan att den inte är beroende på valet av lagrum för myndighetens ingripande. I de situationer där det saknas en uttrycklig rätt till ersättning kommer domstolarna att ändå ta ställning till frågan genom tillämpning av ”allmänna rättsgrundsatser”. Sedan gammalt har det synsättet ansetts omfatta bl.a. naturminnen och det kan också härledas ur HDs avgörande om torneälvsfiskarna (NJA 2014 s. 332). En ordning där myndigheterna skulle ha valmöjlighet att ställa artskyddskrav med stöd av endera AF eller 12:6 med sikte på ersättningsfrågan skulle medföra oklarheter i rättstillämpningen och vore inte i linje med vad som anses vara god förvaltning på miljöområdet. Myndigheterna är ålagda att agera lojalt för att säkerställa förutsebarheten för dem som berörs.

När det å andra sidan gäller förståelsen av ersättningsreglerna finns en mängd frågor att ta ställning till. En inledande är om försiktighetsåtgärder till skydd för arter bör räknas som ”laglig markanvändning” och alltså inte ge rätt till ersättning.¹⁶ En annan är vad som är ”berörd del av fastigheten” i dessa sammanhang. Ersättningsreglernas konstruktion inbjuder nämligen till ”snuttifiering” genom att enbart det skyddsvärda området anmäls för avverkning. Från skogsägarens synpunkt är ett sådant tillvägagångssätt enbart sund ekonomisk politik, vilket knappast är något att uppröras över.¹⁷ Man bör heller inte glömma att de svenska ersättningsreglerna är ytterst gynnsamma för markägarna också på andra sätt; man har rätt till 125 % av ett marknadsvärde som varierar starkt i den beräkning som görs av sökanden (markägaren) och staten. Den senare befinner sig emellertid i ett tydligt underläge,

¹⁶ Se Forsberg, M: *Skogen som livsmiljö: En rättsvetenskaplig studie om skyddet för biologisk mångfald*. Akademisk avhandling (Juridicum/Uppsala universitet 2012), avsnitt 4.5.4.

¹⁷ Inställningen kan illustreras med det gamla rättsfallet RÅ 1993 not 714 *Bastmora*. Det gällde visserligen den tidens motsvarighet till 12:6 MB (20 § naturvårdslagen (1964:822)) som enbart kunde användas för förelägganden under ersättningströskeln, men frågan om hur den ”berörda delen” ska avgränsas är densamma.

då sökanden har rätt till ersättning för sina rättegångskostnader i första instans. Vid en tvist om t.ex. artskyddsföreläggande som gäller ett litet område skogsmark kommer det följaktligen att löna sig för staten att göra upp i godo på den nivå som markägaren begär, då rättegångskostnaderna annars kan bli högre än den omtvistade skillnaden i ersättningen.¹⁸ Jag menar avslutningsvis att de svenska ersättningsreglerna sammantaget kan ge effekter som är tveksamma ur ett EU-rättsligt statsstödsperspektiv. Visserligen finns i många medlemsstater ersättningsregler för naturskydd i de areella näringarna, men frågan har mig veterligt aldrig varit föremål för något avgörande av EU-domstolen eller uppmärksamhet från kommissionens sida. Den bör därför utredas.

Fortsättning följer...

Tre av Mark- och miljödomstolen i Östersunds avgöranden i lavskrikemålen är nu överklagade av SKS och Naturvårdsverket. Det bör observeras att domstolen undanröjde SKS hela beslut, vilket medför att även verkställighetsförordnandet är borta. Just nu är det alltså fritt fram för markägarna att avverka om inte de klagande begär att MÖD förordnar om annat. MÖD kan å sin sida knappast låta bli att meddela prövningstillstånd, då ju klagandena har påpekat att Östersund är fel forum.¹⁹ Om MÖD anser att Mark- och miljödomstolen har bedömt hela artskyddsfrågan kan man döma av målet i sak, annars blir det återförvisning till Växjö. Den domstolens avgörande om den sista tjädern är också överklagat, i det fallet av markägaren. I den bästa av världar skulle alltså MÖD kunna ta upp båda målen samtidigt för att ge vägledning när det gäller artskyddets tillämpning i skogen. Då frågorna i målen är EU-rättsliga och rör sådant där vägledande avgöranden av EU-domstolen saknas, bör MÖD ta tillfället i akt och begära förhandsavgörande enligt artikel 267 TFEU. På så vis kan frågor ställas om avsiktlighetsbegreppet i naturvårdsdirektiven, innebörden av ”fortplantningsområden” och ”livsmiljöer”, liksom om ersättningsreglerna och utrymmet för en proportionalitetsbedömning vid tillämpningen av det strikta artskyddet. Även mot bakgrund av att tolkningen av reglerna är kontroversiell inom miljödomstolsvärlden är en sådan begäran av MÖD lämplig, då man ju annars riskerar att en av underrätterna går i bräsch för ett besked från Luxemburg.

Slutligen något om lagstiftarens roll. Jag har genomgående i kommentaren visat förståelse för hur reglerna om artskydd i skogsbruket tillämpas i enlighet med SKSs och Naturvårdsverkets riktlinjer. Det hindrar inte att jag också är kritisk till utformningen av regelverket, då mycket är oreglerat och förblir oklart. Lagstiftaren bör alltså agera för att formalisera och klara ut ärendehantering. En förenkling kan vara att överlåta hela det skogliga artskyddet till SKS, dvs. även dispensererna under AF. Emellertid kan en sådan ordning också medföra gränsdragningsproblem, varför en utredning bör tillsättas. En sådan utredning kunde också titta på hur ärendegången mellan SVL och 12:6 MB kan formaliseras på ett tydligare sätt. Därigenom kan man åstadkomma ett mera transparent system där miljöorganisationernas deltagande och rätt till överklagande garanteras i syfte att möta de krav som har formulerats de senaste åren under inflytande av den internationella rättsutvecklingen.²⁰ Den frågan förtjänar en mera seriös behandling än vad som blev fallet i den nyss avslutade Utredningen om översyn av skogsvårdslagstiftningen (SOU 2017:81).

2017-11-23

¹⁸ Se MÖD 2003:75 för en illustrativ belysning av de låga krav som ställs på en enskild för att hen ska anses ha ”tillräckliga skäl” för att inleda rättegång och därigenom få sina kostnader ersatta av det allmänna.

¹⁹ Se 3 kap. 3 § lagen (2010:921), jfr HFD 2013 ref. 41.

²⁰ T.ex. HFD 2014:8 *Änok* och en lång rad MÖD-avgöranden, senast MÖD 2017-10-11 i mål nr M 7306-17.

Jan Darpö/JPMiljönet

Jan Darpö

Professor of Environmental Law

Faculty of Law/Uppsala Universitet

PO Box 512, SE-751 20 UPPSALA, Sweden

Tel. +46 739 137824

E-mail: jan.darpo@jur.uu.se

On the web: www.jandarpo.se