

Vad är egentligen artskydd, och hur ska det tillämpas?

Som vägledning för intresserade lämnas här nedan en bakgrund och nulägesbeskrivning samt översiktlig redogörelse för grundläggande naturvårdslagstiftning och nu gällande rättspraxis.

Svensk naturvårdslagstiftning stipuleras i miljöbalken (1999) som övergripande syftar till att främja en hållbar utveckling. Detaljerade regler finns i miljöbalkens förordningar och kopplingar till miljöbalken finns inskrivna i flera andra lagar.

Inom ramen för allmänna hänsynsregler definieras kunskapskravet i 2 kap. 2 § miljöbalken: *"Alla som bedriver eller avser att bedriva en verksamhet eller vidta en åtgärd skall skaffa sig den kunskap som behövs med hänsyn till verksamhetens eller åtgärdens art och omfattning för att skydda människors hälsa och miljön mot skada eller olägenhet."* En viktig anledning till att kunskapskravet debatterats tämligen livligt på sistone är att markägare som vill avverka skog anser det orimligt att uppfylla kunskapskravet genom att anlita en konsult som inventerar naturvärden inom avverkningsanmälan. Visst bör staten genom sina myndigheter ha ett övergripande ansvar för kunskap om våra gemensamma naturresurser och ekosystem, men debatten kan förefalla paradoxal eftersom markägarorganisationer starkt har pådrivit att nyckelbiotopsinventeringarna skulle upphöra.

Direkt påföljande paragraf (2 kap. 3 § miljöbalken) beskriver försiktighetsprincipen: *"Alla som bedriver eller avser att bedriva en verksamhet eller vidta en åtgärd skall utföra de skyddsåtgärder, iaktta de begränsningar och vidta de försiktighetsmått i övrigt som behövs för att förebygga, hindra eller motverka att verksamheten eller åtgärden medför skada eller olägenhet för människors hälsa eller miljön."* I vidare bemärkelse används försiktighetsprincipen i många olika sammanhang (inte minst i vårt dagliga leverne), men när det gäller exploatering av natur får den ofta stå tillbaka för ekonomiska intressen. Detta trots att Mark- och miljööverdomstolen slagit fast att försiktighetsprincipen ska tillämpas frikostigt, inte minst då betydande osäkerheter föreligger, vilket ofta är fallet vid exempelvis vindkraftsexploatering och kraftledningsbyggen.

Den sjätte paragrafen i miljöbalkens andra kapitel behandlar lokaliseringsprincipen (även denna rubriceras som allmän hänsynsregel), som också är av stor vikt för naturvärden: *"För en verksamhet eller åtgärd som tar i anspråk ett mark- eller vattenområde ska det väljas en plats som är lämplig med hänsyn till att ändamålet ska kunna uppnås med minsta intrång och olägenhet för människors hälsa och miljön."* Faktum är att domstolar påfallande ofta hänvisar till just detta i domskäl som avslår tillstånd för exploateringsåtgärder.

I 8 kap. 1 § miljöbalken finns bestämmelser om skydd för biologisk mångfald: *"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 viloplatsar får meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer. Sådana föreskrifter får meddelas, 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."* Det är sådana förbud som meddelas i artskyddsförordningen (2008). *"Artskyddsförordningen är att se som en precisering av vad som kan följa av de allmänna hänsynsreglerna när det gäller skydd av arter."*

Enligt 4 § artskyddsförordningen är det förbjudet att:

1. avsiktligt fånga eller döda vilda fåglar,
2. avsiktligt förstöra eller skada vilda fåglars bon eller ägg eller bortföra sådana fåglars bon,
3. samla in vilda fåglars ägg, även om de är tomma, och
4. avsiktligt störa vilda fåglar, särskilt under deras häcknings- och uppfödningsperiod, om inte störningen saknar betydelse för att
 - a) bibehålla populationen av fågelarten på en tillfredsställande nivå, särskilt utifrån ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov, eller
 - b) återupprätta populationen till den nivån.

Viktigt att notera är att ALLA vilda fåglar är fridlysta, där föreskrivna jakttider för vissa arter utgör det mest uppenbara undantaget. Det är 4 § artskyddsförordningen (främst punkterna 2 och 4) som vi i första hand använder för att överklaga diverse beslut som får negativa konsekvenser för fåglar. Den svåra avvägning som oftast orsakar kontroverser är punkt 4, inte minst med avseende på svårigheterna att veta vad som krävs för att "bibehålla populationen på en tillfredsställande nivå" (och vilken nivå som avses?).

Formuleringen kommer från artikel 2 i EU:s fågeldirektiv (2009/147/EC), unionens första regelrätta naturlagstiftning, som ända sedan tillkomsten (1979) syftat till att stoppa minskningen av Europas fåglar, enligt angivna skäl:

- (3) Ett stort antal arter av vilda fåglar som förekommer naturligt inom medlemsstaternas europeiska territorium minskar i antal, i vissa fall mycket snabbt. Denna minskning utgör ett allvarligt hot mot bevarandet av den naturliga miljön, särskilt eftersom den medför att den biologiska jämvikten hotas.*
- (4) De arter av vilda fåglar som förekommer naturligt inom medlemsstaternas europeiska territorium är till största delen flyttfågelarter. Sådana arter utgör ett för medlemsstaterna gemensamt arv. Ett effektivt skydd av fåglar är ett typiskt gränsöverskridande miljöproblem som medlemsstaterna har ett gemensamt ansvar för.*
- (8) För att bevara samtliga fågelarter är det helt nödvändigt att skydda, upprätthålla och återställa tillräckligt varierande och stora livsmiljöer för fåglar. Vissa fågelarter bör skyddas genom att särskilda åtgärder avseende deras livsmiljöer vidtas för att säkerställa deras överlevnad och fortplantning inom det område där de förekommer. Sådana åtgärder måste också ta hänsyn till flyttande fåglar och samordnas i syfte att åstadkomma en sammanhängande helhet.*

Artikel 3 fågeldirektivet föreskriver medlemsstaterna att vidta åtgärder som är nödvändiga för att skydda, bevara och återställa tillräckligt varierande och stora livsmiljöer för samtliga fågelarter. Det ska i första hand innefatta följande åtgärder:

- a) att avsätta skyddade områden,*
- b) att i enlighet med livsmiljöernas ekologiska behov vidta underhålls- och skötselåtgärder inom och utanför de skyddade områdena,*
- c) att återställa förstörda biotoper,*
- d) att skapa nya biotoper.*

I artikel 4 fågeldirektivet specificeras att särskilda åtgärder ska vidtas för bevarande av livsmiljöer för arter som anges i bilaga 1, för att säkerställa deras överlevnad och fortplantning inom det område där de förekommer.

Rättspraxis från EU-domstolen

EU-domstolens dom i de förenade målen C-473/19 och 474/19 *Skydda skogen* (2021-03-04) tydliggjorde bl.a. att Sveriges tillämpning av naturvårdslagstiftningen har lagt för mycket fokus på bevarandestatus och att större vikt ska tillskrivas vilken skada som den planerade verksamheten/åtgärden utgör för den aktuella livsmiljön. Skyddet ska gälla även om det inte är säkert – eller ens troligt – att en arts eller livsmiljös bevarandestatus upphör att vara god på grund av planerad åtgärd. Med andra ord måste kontinuerlig ekologisk funktionalitet (KEF) för aktuell art upprätthållas inom ett enskilt område genom konkreta och specifika skyddsåtgärder (punkt 75), även om risk för försämrad bevarandestatus saknas ur ett större (regionalt/nationellt) perspektiv. För att upprätthålla ett områdes kontinuerliga ekologiska funktionalitet kan det bli nödvändigt att i större utsträckning än idag tillämpa förbuden i artskyddsförordningen på individnivå¹. EU-domstolen befäste (genom svar på den fjärde frågan som Mark- och miljödomstolen vid Vänersborgs tingsrätt hänsköt) den tolkning av förbudet mot att skada eller förstöra parningsplatser eller rastplatser som domstolen tidigare gett uttryck för², nämligen att ge parningsplatser och rastplatser ett

¹ Se p. 54 i de förenade målen C-473/19 och 474/19 *Skydda skogen* avseende förbudet i 12.1 a och c livsmiljödirektivet.

² Se exempelvis mål C-477/19 *Europeisk hamster*.

förstärkt skydd mot handlingar som förstör eller försämrar dem³. Det strikta skydd som föreskrivs i artikel 12.1 d i livsmiljödirektivet är tillämpligt oberoende av det antal exemplar av den berörda arten som förekommer inom det berörda området⁴.

Även om EU-domstolen inte skriver det i klarspråk så måste konsekvensen bli att utbrett trakthyggesbruk inte är förenligt med EU-lagstiftning och rättspraxis. Jämfört med innan Skydda skogen måste större hänsyn tas i samband med exploateringar som tydligt riskerar att utgöra negativ påverkan på särskilt viktiga områden för fåglar och andra naturvärden.

EU-domstolen klargjorde i *Skydda skogen* att svenska myndigheter i enskilda ärenden måste pröva om planerad (metodspecifik) skogsavverkning kan utföras på ett sådant förebyggande och hållbart skogsbruk som är förenligt med bevarandekraven i naturvårdsdirektiven (p. 70). Den hänsyn som meddelas måste vara rättsligt bindande för markägaren och vara kopplad till sanktionsmöjligheter. Svenska myndigheter måste bedriva ett förebyggande arbete (p. 75–76). I en efterföljande dom⁵ förtydligar EU-domstolen att parningsplatsernas ekologiska funktionalitet omfattar tillräckligt stora områden för att arten med framgång ska kunna fortplanta sig, d.v.s. ett funktionellt revir. Skyddet ska gälla så länge som det och omfattar även parningsplatser som inte längre används, om det finns en tillräckligt stor sannolikhet för att nämnda djurart kommer att återvända till dessa parningsplatser. Begreppen "skada" och "förstörelse" avser även en gradvis minskning av den ekologiska funktionaliteten hos en skyddad djurarts parningsplats eller rastplats, oberoende av om sådan skadlig inverkan är avsiktlig eller inte.

Skydda skogen bekräftar delar av C-441/17 *Białowieża*, där Polen har pekat ut ett Natura 2000-område, men efter några år vidtog åtgärder (Polen angav angrepp av granbarkborre för att tillåta skogsbruk) som innebar skada för de skyddsvärda intressena i urskogen Białowieża utan att göra den konsekvensbedömning som krävs enligt art- och habitatdirektivet. EU-domstolen slog fast att Polen underlåtit att vidta "nödvändiga bevarandeåtgärder som motsvarar de ekologiska behoven hos hosfågelarter som anges i bilaga I till fågeldirektivet och för flyttfågelarter som inte omfattas av nämnda bilaga och som är regelbundet förekommande, för vilka det område av gemenskapsintresse och det särskilda skyddsområdet som utgör Natura 2000-området Puszcza Białowieska har utsetts". EU-domstolen biföll också EU-kommissionen i fråga om att Polen inte hade säkerställt ett skydd för bland annat sparvuggla, pärluggla, vitryggig hackspett och tretåig hackspett, genom att "underlåta att se till att dessa arter inte dödas eller störs under häcknings- och uppfödningssperioden och att deras bon och ägg inte avsiktligt förstörs, skadas eller bortförs i skogsdistriktet Białowieża... Att det är möjligt att hitta ett större antal vitryggiga hackspettar och tretåiga hackspettar inom andra Natura 2000-områden i Polen kan inte påverka slutsatsen att planerade skogsbruksåtgärder kan hota stabiliteten i populationerna av dessa båda arter inom Natura 200-området Puszcza Białowieska."

Liksom svenskt skogsbruk har även det polska varit föremål för EU-domstolens prövning. I mål C-432/21 behandlas bl.a. skogsbruksplaner grundade på en framtagna "skogspraxis", med anledning av att Polen antagit ny lagstiftning som ska reglera skogsbruket gentemot kraven i EU:s naturvårdsdirektiv. Polen hade sedan tidigare, liksom Sverige, införlivat naturvårdsdirektivens krav i en särskild lag. EU-domstolen gav emellertid EU-kommissionen rätt i att den nya polska lagstiftningen strider mot EU-direktiven och försöker runda naturvårdsdirektiven genom att skogsbrukare som antar skogsbruksplaner grundade på "god skogsbrukspraxis" anses ha uppfyllt artskyddets krav och då slipper prövas enligt Polens naturvårdslag. Detta förfarande påminner om förslag kring skogsbruksplaner som svenska myndigheter har lagt fram.

Svensk rättspraxis

När det gäller ideella organisationers möjlighet att överklaga kan Östersunds TR mål M 853-22 citeras: "Skogsstyrelsens ställningstagande att inte vidta någon åtgärd med anledning av avverkningsanmälan utgör

³ Se p. 82 i de förenade målen C-473/19 och 474/19 *Skydda skogen*.

⁴ Se p. 83 i de förenade målen C-473/19 och 474/19 *Skydda skogen*.

⁵ Mål C-357/20 *Europeisk hamster II*.

ett överklagbart beslut, trots att ställningstagandet inte kommit till uttryck i något formellt beslut (se Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 28 oktober 2020 i mål nr 13871-19). Eftersom Skogsstyrelsens ställningstagande är överklagbart borde myndigheten låtit ställningstagandet komma till uttryck i ett formellt beslut, med angivande av skälen för beslutet. I annat fall är det svårt för klagoberättigade parter och överprövande domstolar att värdera om ställningstagandet är korrekt. Av utredningen i förevarande fall framgår att det i närområdet finns en känd spelplats för tjäder samt att det eventuellt finns andra skyddade arter som kan påverkas av den anmälda avverkningen. Enligt domstolen är utredningen i ärendet otillräcklig för att bedöma om avverkning kan ske på ett sätt som är förenligt med artskyddsförordningen och övrig miljölagstiftning. Av dessa skäl finner domstolen att Skogsstyrelsens handläggning har sådana brister, både vad gäller utredningen i ärendet och den formella hanteringen, att det överklagande ställningstagandet ska undanröjas och målet återförvisas till myndigheten för fortsatt handläggning. Mark- och miljödomstolen har den 30 december 2021 beslutat att interimistiskt förbjuda avverkning i anmält skogsområde till dess att målet avgjorts eller annat har beslutats. Med hänsyn till risken för irreparabla skador bör detta gälla även fortsättningsvis till dess att ett lagakraftvunnet avgörande föreligger. Om det skulle framkomma nya avgörande omständigheter har dock Skogsstyrelsen möjlighet att ändra det interimistiska förordnandet."

I fråga om kunskapsunderlag står prejudikat att finna i Mark- och miljööverdomstolens dom i mål P 10706-21. I domskälen skriver MÖD: "Mindre hackspett är nationellt rödlistad som nära hotad, vilket talar för att populationen av fågelarten inte är på tillfredsställande nivå i Sverige och att undantagen i a) och b) från störningsförbudet inte är tillämpliga. Även om EU-domstolen uttalat att artikel 5 d i fågeldirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar), som 4 § 4 artskyddsförordningen avser att genomföra, främst avser att skydda häcknings- och rastplatser (Kommissionen mot Polen i mål nr C-441/17, EU:C:2018:255, punkt 252) kan enligt motiven till den nya lydelsen av 4 § 4 artskyddsförordningen (Fm 2022:5) även negativ påverkan på en livsmiljö utgöra en störning... Sammantaget bedömer Mark- och miljööverdomstolen att avsaknaden av utredning angående förekomsten av mindre hackspett och vilka konsekvenser ett genomförande av planen kan få för arten innebär att det saknas förutsättningar för att anta planen. Beslutet om detaljplanen ska därför upphävas."

Nödvändigheten av bibehållen kontinuerlig ekologisk funktionalitet (KEF) för aktuella arter inom ett enskilt område, även om risk för försämrad bevarandestatus saknas ur ett större (regionalt/nationellt) perspektiv har bland annat slagits fast i Mark- och miljööverdomstolens dom i mål M 3276-20. Detta är särskilt viktigt att följa vid enskilda avverkningsanmälningar, eftersom dessa i mindre eller obefintlig utsträckning tar hänsyn till landskapsplanering.

I ett mål⁶ om tillstånd för en bergtäkt i Sigtuna motsatte sig kommunen tillstånd och länsstyrelsen avstyrkte dispens enligt 14 § AF. Enligt kommunen kommer bergtäkten sannolikt att innebära att tjädern försvinner från trakten. MÖD bifaller i fråga om påverkan på lokal nivå och att den sammanlagda påverkan från verksamheten är av den omfattningen att förbudet att avsiktligt störa fåglar (4 § 4 p. AF) aktualiseras, även fast tjädern bedöms vara livskraftig (LC) på nationell nivå (sämre i Uppland). MÖD uttrycker att bedömningen av lokala förekomster och regional status behöver beaktas i förhållande till förekomsten på nationell nivå. Populationerna ska vara långsiktigt stabila på samtliga nivåer. Domstolen anser att den sökta verksamhetens påverkan på tjäderpopulationen inom och utanför verksamhetsområdet är bristfälligt redovisad i ansökan. Ansökt verksamhet skulle innebära att ett område som är viktigt för tjädern fragmenteras ännu mer utöver vad pågående verksamheter (skogsbruk, bergtäkter och flygplatsen) redan medfört.

Under de senaste åren har BirdLife Sverige drivit ett stort antal (ca 50) ärenden för att försöka skapa en rättspraxis som innebär en förändring av svenskt skogsbruk, bl.a. när det gäller kunskapsunderlag, fragmentering och vilken hänsyn som krävs för specifika arter (främst tretåig hackspett men det finns domar som gäller även för mindre hackspett, spillkråka, talltita, lavskrika och tjäder). Vi har i hyfsat stor utsträckning

⁶ MÖD mål M 11988-21.

varit framgångsrika i detta arbete, vilket framgår av exempelvis Mark- och miljödomstolen i Östersund mål M 3606-22: *"Domstolen konstaterar att vissa typer av skogliga miljöer av betydelse för nämnda fågelarter, exempelvis kontinuitetsskog, återbildas mycket långsamt eller inte alls inom överskådlig tid efter avverkning. Mot denna bakgrund drar domstolen slutsatsen att även enskilda avverkningar successivt över tid bidrar till minskade ytor habitat och fragmentering av habitat. Därmed påverkas möjligheten för att både nå upp till samt att bibehålla livskraftiga populationer av arter som är beroende av dessa miljöer... Mark- och miljödomstolen uppfattar att Skogsstyrelsens handläggning i allt väsentligt grundas på en uppfattning av övergripande förhållanden före avverkning, snarare än en bedömning av den anmälda åtgärden. Handläggningen har till synes gjorts utan hänsyn till uppgifter såsom typen av skog, avverkningsområdets storlek eller skötselmetod."*

Så här kan ett domslut från mark- och miljödomstolen vara formulerat (Östersunds TR mål M 3240-22): *"Av miljöbalkens 26 kap. 1 § framgår bland annat att berörd myndighet genom tillsyn ska säkerställa att syftet med miljöbalken efterlevs. Skogsstyrelsen har alltså haft en skyldighet att bedöma om det föreligger risk för skada på en fridlyst art och att, under vissa förutsättningar, förelägga om åtgärder. Under Skogsstyrelsens handläggning av målet har uppgifter om spår från tretåig hackspett samt artfynd av tretåig hackspett, talltita, lavskrika och hökuggla rapporterats av ideell miljöorganisation. Av målet framgår att Skogsstyrelsen inte har fattat beslut rörande dessa arter. Med hänsyn till det anförda framstår det som nödvändigt att utreda vilka skyddsåtgärder som kan vidtas för att förbuden i 4 § 4 p. artskyddsförordningen inte ska riskera att överträdas. Sådan utredning bör utföras i första instans. Överklagandet ska således bifallas på så sätt att målet återförvisas till Skogsstyrelsen för fortsatt handläggning. Behovet av skydd för i vart fall de arter som träffas av 4 § första stycket 4 artskyddsförordningen är sådant att avverkning, i avvaktan på nytt beslut, ska vara fortsatt förbjudet... Enligt domstolen krävs att verksamhetsutövaren presenterar en undersökning som innefattar frågan om betydande miljöpåverkan riskeras. Skogsstyrelsen ska vid den fortsatta handläggningen således se till att underlaget i fråga om berörda arter kompletteras så att det är möjligt att bedöma om kontinuerlig ekologisk funktionalitet för arterna kan upprätthållas."*

Miljödomar anses emellertid inte som avgjort prejudicerande förrän de har vunnit laga kraft efter beslut från Mark- och miljööverdomstolen. Därvid utgör MÖD- domen mål M 9596-22 en viktig referens. Denna slår fast att det måste finnas ett underlag som medger en tillräckligt säker bedömning av risken för påverkan på skyddade arter, och vilka skyddsåtgärder som måste till för att de inte ska ta skada. Genom att domstolen tar hänsyn till en häckning (av tretåig hackspett) 250 meter från det avverkningsanmälda området skapar MÖD också ny rättspraxis, eftersom Skogsstyrelsens metod med automatgranskning bara sträcker sig 100 meter utanför ett avverkningsanmält område och inte heller tar hänsyn till rapporter med mer än 100 meters noggrannhet för lokalangivelsen. MÖD tilldömer också BirdLife Sveriges habitatmodell för tretåig hackspett relevant som bevisvärde: *"Habitatmodellen, som är framtagen på initiativ av BirdLife via Sveriges lantbruksuniversitets uppdragsverksamhet, indikerar att den norra delen av avverkningsområdet kan utgöra del av ett lämpligt habitat för tretåig hackspett. Mot denna bakgrund bedömer Mark- och miljööverdomstolen att det i detta fall finns skäl att göra ytterligare utredning och en förnyad bedömning av om arten påverkas av avverkningen samt vad detta i så fall ska leda till."*

Slutsats: *"Mot bakgrund av det ovanstående gör Mark- och miljööverdomstolen bedömningen att det finns en risk att den anmälda avverkningen kommer i konflikt med bestämmelserna i 4 § artskyddsförordningen och att målet därför bör återförvisas till Skogsstyrelsen för fortsatt behandling... Med hänsyn till att en ny bedömning av hela det anmälda området som ännu inte avverkats ska göras... bör fortsatt avverkning tills vidare förbjudas i ett större område än vad Skogsstyrelsens interimistiska beslut omfattar. Mark- och miljööverdomstolen förordnar därför om förbud mot avverkning enligt vad som framgår av domslutet."*

Vi väntar nu närmast framöver på ett flertal domar från Mark- och miljööverdomstolen i fråga om hur enskilda avverkningar ska hanteras i förhållande till omkringliggande landskap (t.ex. naturreservat). Dessutom väntar förhandsavgöranden från EU-domstolen gällande skogsbruk under fåglarnas häckningstid (Estland) samt allmän påverkan från exempelvis vägbygge genom fågelrika habitat (Österrike).