

Hitta vilse i skogen 1 – analys

Reflektioner kring höstens underrättsavgöranden om det EU-rättsliga artskyddet vid skogsbruk, del 1

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 delen 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 Mark och miljööverdomstolen 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 EU:s så kallade naturvårdsdirektiv, det vill säga fågeldirektivet ([2009/147/EG](#).1) respektive art- och habitatdirektivet ([92/43/EEG](#).2). 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](#) 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, med mera. 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

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 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 lavskrikans 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 kap. 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](#) Bombmurklan 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 kap. 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 bland annat 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 kap. 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 Vänersborg och Växjö följer samma 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 kap.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, det vill säga 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 bland annat visas genom att den är föremål för jakt. Vidare menade klaganden att 4 § 4 AF inte täcks av bemyndigandet i 8 kap.1 § MB och därför inte ska tillämpas, att de förelagda restriktionerna är alltför långtgående för en enskild markägare – bland annat 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 kap. 9 §](#) MB i dessa situationer.

SKS 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 2007.9, att arten inte har gynnsam bevarandestatus regionalt främst på grund av 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 SKS 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 MÖD:s praxis ses som en precisering av de allmänna hänsynsreglerna i [2 kap.](#) MB och SKS kan använda sig av både 26 kap. 9 § och 12 kap. 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 §§](#) miljötillsynsförordningen (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 kap.6 § MB för åtta listade arbetsföretag i skogen, bland annat avverkning. Att SKS har tillsynen över artskyddet vid avverkning anser domstolen framgår 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 kap.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 4.4). Därmed anser domstolen att regleringen i 4 § AF fullt ut har stöd i fågeldirektivet och därigenom i 8 kap.1 § MB. Markägaren hävdade även att föreläggandet gått utöver 4 § 4 på så vis att det inte avsåg att skydda tjäderns 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. Tjäderns 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 SVL:s ramar. Lagstöd för föreläggandet finns emellertid i 12 kap.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 bland annat 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 stämningsmål 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 §](#) första stycket 7 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”

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 kap.1 § MB och Sveriges implementering av naturvårdsdirektiven samt förhållandet mellan det inhemska och det EU-rättsliga artskyddet vid tillämpningen av bestämmelserna.

[Jan Darpö](#),

Professor i miljörett, Uppsala universitet