

Hitta vilse i skogen 2 – analys

Reflektioner kring höstens underrättsavgöranden om det EU-rättsliga artskyddet vid skogsbruk, del 2

I denna andra del av kommentaren kring artskyddet i skogsbruket behandlar Jan Darpö, professor i miljö rätt vid Uppsala universitet, de frågeställningar som aktualiseras i höstens mål i mark- och miljödomstolarna. Kommentaren är upplagd i följande ordning; täcker bemyndigandet i 8 kap. 1 § MB skyddet för fåglars fortplantningsområden och viloplatsen i 4 § första stycket artskyddsförordningen; har Skogsstyrelsen behörighet att besluta om artskydd inom ramen för sitt tillsynsansvar under skogsvårdslagen och 12 kap. 6 § MB; har Sverige ”överimplementerat” fågeldirektivet så att vi har fått ett överdrivet ”bofinksskydd”; och vilken betydelse har Mark- och miljööverdomstolens (MÖD) avgörande i Bombmurklan i mål om EU-rättsligt skyddade arter? Som avslutning ges några tankar inför fortsättningen på artskyddsmålen, MÖD:s EU-rättsliga ansvar och behovet av att lagstiftaren agerar.

BEMYNDIGANDET I 8 KAP. 1 § MB

Bemyndigandet i [8 kap. 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 viloplatsen” 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](#) artskyddsförordningen (2007:845, AF) går utöver bemyndigandet genom att skyddet är en ”överimplementering” av fågeldirektivet ([2009/147/EG](#)) 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 viloplatsen 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 kap. 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.

ARTSKYDDSMYNDIGHET

MMD/Östersund underkände Skogsstyrelsens (SKS) föreläggande med motiveringen att myndigheten i praktiken gjort sig till artskyddsmyndighet och därmed gått utöver sin behörighet.¹² MMD/Växjö och MMD/Vänersborg å sin sida hade inga problem med att myndigheten meddelade förelägganden om artskydd under [12 kap. 6 § MB](#).¹³ 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 Växjödomen visar är tillsynsansvaret för artskyddet i skogsbruket fördelat mellan länsstyrelsen och SKS i enlighet med [2 kap. 8 resp. 10 §§](#) miljötillsynsförordningen (2011:13, MTF). Det är alltså fråga om ett parallellt ansvar för dessa frågor vid skogliga arbetsföretag. Att SKS har ett sådant ansvar redan enligt skogsvårdslagen (1979:429, 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 kap.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.¹⁴ 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 kap. 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 kap.6 § MB. Att såväl länsstyrelsen som SKS även kan använda sig av [26 kap. 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 särskilt anmärkningsvärt då Mark- och miljödomstolen underkänner SKS behörighet att besluta i artskyddsfrågor, samtidigt som man missar att Östersund är fel forum.

Av [3 kap. 1 §](#) femte stycket lagen (2010:921) om mark och miljödomstolar ska nämligen överklaganden av SKSs beslut handläggas av den mark- och miljödomstol där myndigheten har sitt säte.¹⁵ Då SKS har huvudkontoret i Jönköping är det alltså MMD/Växjö som ska överpröva myndighetens beslut i samtliga fall.

BOFINKSSKYDD..?

I inledningen av domskälen skriver MMD/Östersund att "(d)et kan ifrågasättas om någon anmälningsskyddig 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 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.¹⁶ Även EU-kommissionens vägledning från 2007 stödjer en sådan förståelse av reglerna. Resonemangen utgår från att det finns en kvalifikationsströskel, då syftet är att undvika minskning av lokala populationer av fåglar som behöver skydd mot åtgärder som hotar deras existens, till exempel genom att fortplantningsområden som är svåra att ersätta förstörs eller fragmentering sker av nödvändiga livsmiljöer. SKS och Naturvårdsverkets 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 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 MMD/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.¹⁷ 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 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/EG](#)), ELD) definieras miljöskada som skada på regelbundet förekommande flyttfåglar och fåglar i bilaga 1 till fågeldirektivet – där flera skogliga arter ingår, bland annat 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 § första stycket 3 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 § MB. I denna bestämmelse återfinns alltså många av de ingredienser som diskuterats i höstens underrättsavgöranden, det vill säga 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 MÖD:S AVGÖRANDE OM BOMBMURKLAN

I målen diskuteras slutligen vilken betydelse MÖD:s avgörande i Bombmurklan ([MÖD 2017:7](#)) 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 MÖD:s minoritet och i MMD/Växjös och MMD/Vänersborgs artskyddsavgöranden, det vill säga 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, till exempel 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 att 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 bland annat naturminnen och det kan också härledas ur HD:s avgörande om torneälvsfiskarna ([NJA 2014 s. 332](#)). En ordning där myndigheterna skulle ha valmöjlighet att ställa artskyddskrav med stöd av endera AF eller 12 kap. 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.¹⁸ 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.¹⁹ 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, då sökanden har rätt till ersättning för sina rättegångskostnader i första instans. Vid en tvist om till exempel 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.²⁰ 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.²¹ 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 [FEUF](#). 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 bräschen 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 SKS 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, det vill säga även dispenserna 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 kap. 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.²² Den frågan förtjänar en mera seriös behandling än vad som blev fallet i den nyss avslutade Utredningen om översyn av skogsvårdslagstiftningen ([SOU 2017:81](#)).

[Jan Darpö](#),

Professor i miljö rätt, Uppsala universitet