

Artskydd och beslutsprocesser

Ett interdisciplinärt forskningsprogram om integreringen av naturvetenskaplig kunskap och riskvärdering i förvaltning och domstolsprövning – Slutrapport

Jan Darpö, Jonas Sandström

RAPPORT 7009 | OKTOBER 2021



Artskydd och beslutsprocesser

Ett interdisciplinärt forskningsprogram om integreringen
av naturvetenskaplig kunskap och riskvärdering i förvaltning
och domstolsprövning – Slutrapport

av Jan Darpö och Jonas Sandström

Beställningar

Ordertel: 08-505 933 40

E-post: natur@cm.se

Postadress: Arkitektkopia AB, Box 110 93, 161 11 Bromma

Internet: www.naturvardsverket.se/publikationer

Naturvårdsverket

Tel: 010-698 10 00

E-post: registrator@naturvardsverket.se

Postadress: Naturvårdsverket, SE-106 48 Stockholm

Internet: www.naturvardsverket.se

ISBN 978-91-620-7009-0

ISSN 0282-7298

© Naturvårdsverket 2021

Tryck: Arkitektkopia AB, Bromma 2021

Omslagsfoto: Jonas Sandström



Förord

I den här rapporten presenteras resultaten av forskningsprojektet ”Artskydd och beslutsprocesser”, ett av fyra projekt som genomförts inom ramen för forsknings-satsningen Miljölagstiftningen som styrmedel.

Projektet har finansierats med medel från Naturvårdsverkets miljöforsknings-anslag vilket syftar till att finansiera forskning till stöd för Naturvårdsverkets och Havs- och vattenmyndighetens kunskapsbehov.

Författare är Jan Darpö, Uppsala universitet och Jonas Sandström, SLU.
Författarna ansvarar för rapportens innehåll.

Stockholm 17 september 2021

Maria Ohlman
Avdelningschef
Hållbarhetsavdelningen
Naturvårdsverket

Innehåll

Förord	3
1. Sammanfattning	7
2. Summary	10
3. Inledning	13
3.1 Programmetts upplägg	13
3.1.1 De två scenarierna	13
3.1.2 Rättsvetenskaplig och naturvetenskaplig metod	13
3.2 Närmare om projekten	16
3.2.1 Tillstånd till vindkraft	16
3.2.2 Artskyddet i skogsbruket	18
3.3 Bilagorna till slutrapporten	20
3.3.1 Bilaga 1: Understanding the nuts and bolts	20
3.3.2 Bilaga 2: Hur många fick lov?	21
3.3.3 Bilaga 3: Vindkraften och hänsynen till arterna	21
3.3.4 Bilaga 4: Hitta vilse i skogen	22
3.3.5 Bilaga 5: Konsumenten och knäroten	23
3.3.6 Bilaga 6: Soppa eller soppor i skogen	23
3.4 Till vägledning för en god artskyddsförvaltning	24
3.4.1 Inledning	24
3.4.2 Naturvetenskapliga utgångspunkter	24
3.4.3 Beslutsprocessen	26
3.4.4 Summering	28
3.5 Tack	29
Källförteckning	30
Bilaga 1: Understanding the Nuts and Bolts	31
B1.1 Introduction	31
B1.2 Characteristics of environmental law	32
B1.3 EU environmental law and scientific assessments	34
B1.3.1 Review of both procedural and substantive requirements	34
B1.3.2 Case-law and legal doctrine	34
B1.3.3 Starting-point for the discussion about the intensity of review in environmental cases	35
B1.3.4 Conclusions about the intensity of review in environmental matters ³⁷	
B1.4 Actors in environmental cases	38
B1.4.1 The public concerned; individuals, groups and organisations	38
B1.4.2 Experts in environmental litigation	39
B1.5 Procedural autonomy of Member States	41
B1.5.1 Different legal systems and traditions	41
B1.5.2 The intensity of review	41
B1.5.3 The competence of the court	43
B1.5.4 The costs of the proceedings	44
B1.6 Conclusions and predictions	45

Bilaga 2: Hur många fick lov?	47
B2.1 Inledning om PROSPEC och rapporten	47
B2.2 Närmare om ärendekategorierna i bilagan	48
B2.2.1 Metoden för insamling	48
B2.2.2 Beslut om tillstånd och ändringstillstånd	48
B2.2.3 Andra ärendekategorier	49
B2.3 Statistiken över meddelade tillstånd och avslag	50
B2.3.1 Inledning	50
B2.3.2 Avgränsningar	50
B2.3.3 Avslag på olika grunder	51
B2.3.4 Annan information i bilagan	52
B2.3.5 Tillstånd i vatten	52
B2.4 Statistik vindkraft på land och till havs	53
B2.4.1 På land: Lagakraftvunna beslut om tillstånd per miljöprövningsdelegation och år	53
B2.4.2 Samtliga MPD, antal landbaserade vindkraftverk	56
B2.4.3 Vindparker i vatten	59
B2.4.4 Sammanfattningsvis om statistiken	59
B2.5 Allmänna observationer kring tillståndssystemet för vindkraft	60
B2.5.1 Inledning	60
B2.5.2 Systemet för miljöprövning av vindkraft	60
B2.5.3 Riksintressena och klimatfrågan	62
B2.5.4 Tillståndsprövningarna och tillståndsbesluten	62
B2.5.5 Boxmodellen	63
B2.5.6 Det kommunala vetot	65
B2.5.7 Rennäringen	67
B2.5.8 Förlängning av igångsättningstider	69
B2.5.9 Tillsyn och omprövning	70
B2.5.10 Regeringsprövningar	73
B2.6 Slutord	76
B2.7 Den efterföljande debatten	77
Bilaga 3: Vindkraften och hänsyn till arterna	84
B3.1 Inledning	84
B3.2 Material och metoder	84
B3.3 Resultat och diskussion	86
B3.3.1 Övergripande	86
B3.3.2 Ansökan med miljökonsekvensbeskrivning (MKB)	88
B3.3.3 Dataunderlag – databaser	91
B3.3.4 Dataunderlag – inventeringar	92
B3.3.5 Dataunderlag – expertis	92
B3.3.6 Synpunkter och yttranden – betydelse för utfallet	92
B3.3.7 Vindkraft vs skogsbruk	95
B3.3.8 Förlust av habitat	96
B3.3.9 Lokal påverkan eller påverkan på population	96
B3.3.10 Bedömning av arter generellt	97
B3.3.11 Fåglar	97
B3.3.12 Fladdermöss	99
B3.3.13 Skyddsavstånd	99
B3.3.14 Anpassad drift	101
B3.3.15 Avskräcka/varna	101
B3.3.16 Avvärja/Avstyra	101
B3.3.17 Kompensation	102

B3.3.18	Regionala skillnader	102
B3.3.19	Uppföljning – kontrollprogram	103
B3.4	Källförteckning	104
Bilaga 4: Hitta vilse i skogen		106
B4.1	Inledning av del 1	106
B4.2	Bakgrund	106
B4.3	Lavskrikan i Hälsinge-skogarna	107
B4.4	Tjädrarna i Bollebygden	109
B4.5	Avslutning av del 1	111
B4.6	Inledning av del 2	112
B4.7	Bemyndigandet i 8:1 MB	112
B4.8	Artskyddsmyndighet	113
B4.9	Bofinksskydd?	114
B4.10	Betydelsen av MÖDs avgörande om bombmurklan	116
B4.11	Fortsättning följer...	118
Bilaga 5: Konsumenten och knäroten		119
B5.1	Inledning	119
B5.2	Regleringen	120
B5.2.1	Skogsvårdslagen	120
B5.2.2	Samråd enligt miljöbalken	122
B5.2.3	Artskyddet	123
B5.2.4	Rättspraxis kring artskyddet i skogen	125
B5.3	PROSPECs undersökning av artskyddet i skogsbruket	128
B5.3.1	Den stora bilden	128
B5.3.2	Undersökningen	129
B5.3.3	Observationer om handläggningen av artskyddsärenden	130
B5.4	Skogsutredningen	133
B5.4.1	Skogsutredningen (M 2019:02)	133
B5.4.2	Nyckelbiotoper och ”områden med höga naturvärden”	133
B5.4.3	Ärendehandläggningen enligt SVL och MB	134
B5.5	Diskussion	135
B5.5.1	Allmänt om de EU-rättsliga kraven genomförandet av artskyddet	135
B5.5.2	Kunskapsförsörjningen i skogen	136
B5.5.3	Avverkningsanmälningar och samråd	138
B5.5.4	Överklagande av vägledningar och beslut	140
B5.5.5	Rättspraxis i mark- och miljödomstolarna om möjligheten att överklaga ”nollbeslut”	141
B5.5.6	Administrativ passivitet och EU-rätten	143
B5.6	Vägen framåt	144
B5.6.1	Ett svagare artskydd i skogen?	144
B5.6.2	En rättssäker ordning för både skogsbrukare och arter	145
B5.7	Slutord	147
Bilaga 6: Soppa eller soppar i skogen?		149
B6.1	Målet i Mark- och miljödomstolen	149
B6.1.1	Avverkningarna och besluten	149
B6.1.2	Regleringen av artskyddet i EU-rätt och nationell lagstiftning	150
B6.1.3	Frågorna från Mark- och miljödomstolen i Vänersborg	151
B6.2	Målen i EU-domstolen (C-473/19 och C-474/19)	152
B6.2.1	Generaladvokatens yttrande	152
B6.2.2	Domstolens svar	152
B6.2.3	Vad uttalade sig domstolen egentligen om?	154

1. Sammanfattning

Forskningsprojektet PROSPEC har studerat hur skyddet av djur- och växtarter hanteras inom ramen för två helt olika beslutsprocesser i Sverige; dels i tillståndprocesser under miljöbalken (MB) för vindkraftverk, dels vid beslut under skogsvårdslagen (SVL).

Tillståndprocessen för vindkraft är formaliserad och genomsyrad av EU-rättens krav på utredning genom miljökonsekvensbeskrivningar (MKB) och samråd med den berörda allmänheten och dess organisationer. I tillståndprocessen får de EU-rättsliga och inhemska kraven på skydd av arter och andra intressen tydligt genomslag. I vår studie – som omfattar samtliga tillståndsbeslut under femårsperioden 2014–18 – har vi kunnat konstatera att processen fungerar väl och att rättspraxis utvecklas i linje med kraven på artskydd. Av de ansökta vindkraftverken fick 72 procent tillstånd och de flesta som fick avslag strandade på det kommunala vetot (12,6 procent). Avslaget av hänsyn till arter känsliga för vindkraft – rovfåglar, övriga långsamflygande fåglar och fladdermöss – stod för enbart 9,3 procent räknat i antal vindkraftverk.

Vid en djupare analys av ett urval av dessa ärenden har vi emellertid noterat att ansökningarna varierade kraftigt i kvalitet och var stundtals undermåliga. MKB-processen var i vissa fall lång, vilket skulle kunna undvikas om tydliga signaler gavs från början av de ansvariga myndigheterna om brister i utredningen. Utöver fåglar och fladdermöss togs mindre hänsyn till svampar, lavar, mossor, kärlväxter, och insekter som är bundna till naturskog och andra höga värden. Under tillståndprocesserna gavs dock goda möjligheter för intresserade att ge synpunkter och komma med kompletterande utredningen som togs till vara i beslutsfattandet. Slutligen framgick att villkoren för uppföljning (kontrollprogram) var otillräckliga eller otydliga.

Utifrån dessa observationer rekommenderar vi därför att de data som samlas in i arbetet med MKB:n borde tillgängliggöras bättre och att krav ställs på övergripande analyser som inkluderar landskapet och arters populationer. När flera vindparker byggs måste det vara möjligt att bedöma kumulativa effekter, barriärer och fragmentering för de berörda arterna och deras livsmiljöer. Detta ofta en eftersatt och svår aspekt att bedöma vid prövningen av en enskild vindkraftpark.

Undersökningen av skogliga artskyddsbeslut omfattar fyra distrikt inom Skogsstyrelsen under tvåårsperioden 2018–19. Vi har studerat alla beslut enligt 30 § SVL som rör artskyddsfrågor och samtliga protokoll och beslut vid samråd enligt 12:6 MB som rör skogsbruksåtgärder i områden som har mycket höga naturvärden av stor betydelse för skogens flora och fauna. Sammanlagt rör det sig om närmare 300 beslut.

Utifrån detta material har vi kunnat konstatera att de geografiska skillnaderna mellan de norra och de södra distrikten är påtagliga. Den främsta anledningen till detta är att det också är en av de viktigaste svagheterna i systemet, nämligen kunskapsförsörjningen när det gäller skyddade arter. Det finns helt enkelt betydligt fler observationer av prioriterade fågelarter och andra naturvärden i den södra delen av landet. Då Skogsstyrelsen inte haft någon systematisk inventering av områden med mycket höga naturvärden sedan 2006 blir systemet helt beroende på de rapporteringar som görs till Artportalen, vilket vi finner anmärkningsvärt då informationen

där är beroende av besöksstäthet och rapportörens intresse. Denna negativa utveckling förstärks nu genom beslutet att upphöra med nyckelbiotopsregistrering vid tillsyn vid årsskiftet 2020/21. En annan notering är att relativt få samråd under MB utlöses av artskydd, trots att skogsbruksåtgärder som kan påverka skyddade arter uttryckligen nämns i Skogsstyrelsens föreskrifter. Vidare är besluten i artskyddsärenden väldigt ensartade, variationen liten och informationen gles. Innehållsmässigt rör det sig om förbudstider, anpassning av skogsbruksåtgärder, skyddszoner eller att hela områden ska sparas. När det gäller samråd under MB föregås för det mesta besluten av fältbesök och muntlig kontakt med markägaren eller avverkningsföretaget, såvida det inte rör sig om kända artlokaler eller generella förbudstider. Beroende på värdet av ”naturvårdsintranget” fattas beslutet under SVL eller MB, vilket medför otydligheter i regleringen.

Vi har slutligen jämfört utvecklingen mot avregleringen av skogsbruket och de otillräckliga naturvärdesinventeringarna med de artskydds krav som tydliggjordes i domen från EU-domstolen i målet om *Skydda skogen* (2021). Vår slutsats är att den nuvarande utformningen av artskyddet inom skogsbruket är otillräcklig för att leva upp till EU-rätten. Av domen följer nämligen krav på ett rättsligt bindande system för artskyddet, ett fullgott kunskapsunderlag vid beslutsfattandet, liksom transparens och möjligheter för den berörda allmänheten att komma till tals. I samtliga dessa frågor har det under det senaste året skett en försvagning av det rättsliga systemet för beslutsfattande i skogen. Vi menar därför att den regleringen måste klargöras och skärpas för att Sverige ska kunna hävda att skogsbruket är hållbart och att vi lever upp till de förpliktelser som följer av EU-rätten.

Avsikten med vår jämförelse av de två typsituationerna för artskyddsbeslut har varit dels att illustrera skillnaden och dra slutsatser om effektiviteten i regleringen, dels att utforma ett slags standard för ”god förvaltning” med avseende på artskydd som kan vara giltig i skilda situationer. I denna senare del har vi identifierat följande faktorer som avgörande:

- Planering i ett landskapsperspektiv så att ett gemensamt ansvar kan tas. Planer finns idag i arbetet med övergripande grön infrastruktur och regionala handlingsplaner, liksom i branschspecifika gröna skogsbruksplaner och vindkraftsplaner. Sådana planer måste dock få större betydelse i beslutsfattandet för att artskyddet ska kunna upprätthållas och förstärkas.
- Utredningskrav på den som vill genomföra en verksamhet eller aktivitet som kan påverka arter och deras livsmiljöer på kort och lång sikt. Detta är viktigt då kunskapsläget är fragmentariskt i landskapet. Obligatoriska skogsbruksplaner över större områden kan vara en del i att fullgöra ett sådant utredningskrav. Därmed kunde man också uppnå en rättvisare ansvarsfördelning då markägare med bättre kunskaper inte missgynnas.
- En beslutsmyndighet som har självständigt ansvar för att inventera miljövärden som har betydelse för beslutsfattandet. Ett sådant ansvar kompletterar det ansvar som bör läggas på markägaren att ta fram behövligt underlag för planering av verksamheten.
- Tillstånds- eller anmälningsplikt med tillräckligt tidsutrymme för den ansvariga myndigheten att kontrollera verksamhetens påverkan och meddela beslut om försiktighetsåtgärder, alternativt meddela dispens.

- Enhetlig reglering genom miljöbalken med en prövningsram som möjliggör för myndigheten att beakta påverkan i ett landskapsperspektiv och därmed kunna ställa krav på hänsyn och anpassning av åtgärder inom ett område i relation till omgivningens värden.
- Transparens och deltagande för den berörda allmänheten och andra intresserade, gärna genom digitala plattformar.
- Kommunikationer och remisser med regionala och nationella myndigheter med fackkunskaper gör att befintlig kunskap kan tillvaratas på bästa sätt...
- Beslut som tydligare förklarar myndighetens ställningstaganden såväl när det gäller att inte ingripa som att meddela försiktighetsåtgärder eller dispenser.
- En vid möjlighet att överklaga för såväl vissa fackmyndigheter som den berörda allmänheten i en och samma domstolslinje (mark- och miljödomstolarna).

2. Summary

Environmental law must deal with technical and natural science knowledge and risk assessment in the evaluation of the impact of human activities upon the environment. Legal criteria often include concepts such as “the continued ecological functionality of breeding sites”, “significant effect on the environment” or “favourable conservation status”, all relating to natural science factors. Accordingly, one must be able to manage scientific knowledge and uncertainty at various stages of decision-making procedures, from the first level of the administration to the courts. This research has been joint project between Jan Darpö at the Faculty of law, Uppsala Universitet and Jonas Sandström at the Species Information at SLU in Uppsala. The project concerned the use of natural science knowledge in cases concerning land-use and species protection, focusing on two scenarios; permits for wind farms and forestry. The same set of EU species protection provisions apply, but the decision-making procedures differ greatly.

The permit procedure for wind farms in Sweden is strictly formalized under the Environmental Code and the procedure is characterized by the requirements of EU law on environmental impact assessments (EIA) and consultation with expert authorities and the public concerned. In substance, the EU nature directives – that is the Bird Directive (2009/147) and the Habitats Directive (92/43) – are applied in line with the case-law of the CJEU. The permits are issued by Regional Licensing Boards with experts of their own and the decisions are appealed to the environment courts where technical judges work together with law trained judges on an equal footing. In this project, we have studied all permit cases on wind farms from 2014 to 2018 in Sweden, all in all more than 500 decisions and judgements. We have concluded that the permit procedure is well-functioning with respect to the effectiveness of EU law. During this five-year period, applications have been made in 211 cases for 4,535 wind turbines, out of which 72 percent were granted permit. Out of those 28 percent which were denied permit, species protection concerns represented 9,3 percent only. Further, we have performed an in-depth analysis of 19 applications on wind farming from different regions of the country located in the forest landscape. We found that when assessing the impact of wind power, considerations was taken to species that are directly affected by collisions, such as certain birds and bats. In contrast, there was less consideration to values of the forest landscape with regard to species that are linked to natural forests and other high conservation values, such as fungi, lichens, mosses, vascular plants and insects. These species are directly affected by damage to habitat by the infrastructure surrounding the wind turbines, but also indirectly by increased exploitation. These impacts are often referred to as cumulative effects, barriers, and fragmentation and are often neglected and considered to be difficult to assess. Moreover, the EIAs and applications vary greatly in quality concerning species assessment, although some of the cases include large inventories of species. Data collected in this work could be of greater use if they were made accessible to the public. There are good opportunities for the public concerned to express their opinions in the process. We have also noted that the decision-makers and environment courts listen to these arguments, especially if they are based on validated observations and other kinds of objective information.

The permit procedure for wind farms is contrasted by the decision-making procedure in Swedish forestry. The relation between the Forestry Act and the Environmental Code is unclear, resulting in differing requirements for the investigation of the impacts of clear-cutting operations on sensitive species and their habitats. The procedure is untransparent and still regarded as an affair between the authority and the operator without any participation from the public concerned. Formal decisions are seldom made and traditionally very few cases go to court. Recent years, however, there has been an increase of cases in the environmental courts concerning forestry and species protection due to pressure from EU law.

Our study covered 300 cases concerning clear-cutting operations from four forest districts of the National Forest Agency during the period 2018–19; two districts to the north of the country and two to the south. From this material, we concluded that there are substantial differences between the regions concerning the presence of sensitive species. Very few cases concerned species protection in the north, whereas as birds such as the capercaillie, certain frogs and orchids was subject of controversies in the south. The main reason for this is the lack of data and observations reported by the public to the Artportalen, the main source for species information. As the competent authorities' own inventories of species and their habitats have been down-prioritized since the early 2000s, relevant information is lacking in the north. This downward trend has increased recent years in line with a general development towards weaker implementation of the species protection requirements in Swedish forestry. Also the compensation scheme for forest protection is counterproductive in that sense, as it encourages the landowners to notify small areas of great biodiversity for clear-cutting operations. This piecemeal approach is further strengthened by the fact that the landowner is reimbursement with 125 percent of the market value. Within the framework of the forest project, we have also analyzed the effects of the recent judgement from the CJEU in the case C-473/19 *Skydda skogen* (2021). We concluded that it follows from this judgement that the Member States must have a scheme of binding legislation on species protection in the forest and that the basis for decision-making must be comprehensive in line with the precautionary principle. Further, the public concerned must have an opportunity to participate in the decision-making procedure, including a right to appeal to a court of law. In all these aspects, it is doubtful if the Swedish system for decision-making concerning forestry and species protection meets the requirements.

Finally, we have synthesized our conclusions to form a proposal for a common standard of “good governance” for environmental decision-making and judicial review on species protection. In sum, we have identified the following key elements:

- Planning on a landscape level is necessary to ensure that continuous ecological functionality may be preserved for areas impacted by large scale land-use activities. Regional wind development plans and forest management plans may be an important component in such a system.
- In line with the precautionary principle, operators must be obliged to furnish the competent authorities with comprehensive investigations on species and their habitats in the area before such operations are performed.
- The competent authorities must also build a knowledge bank on species and habitats by inventories of their own.
- When operations which may impact species and their habitats are notified to the competent authority, there must be sufficient time to investigate the case in order secure well informed and clearly reasoned decisions.

- Transparent decision-making with public participation is a key factor for providing the competent authorities with high quality information in many cases, not least on the existence of species and their habitats.
- And finally, access to justice is crucial for the effective implementation of the legal requirements in the area of environmental law.

3. Inledning

3.1 Programmets upplägg

3.1.1 De två scenarierna

Forskningsprogrammet PROSPEC är ett av Naturvårdsverket finansierat samarbete mellan Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet och ArtDatabanken vid Sveriges lantbruksuniversitet (SLU) i Uppsala. Vi har studerat hur skyddet av djur- och växtarter hanteras inom ramen för två helt olika beslutsprocesser i Sverige;

1. Artskyddet i tillståndprocesser under miljöbalken (1998:808, MB) för vindkraftverk, och
2. Artskyddet i skogsbruket under skogsvårdslagen (1979:429, SVL) och MB.

Valet av dessa två olika beslutssituationer där artskyddet aktualiseras har gjorts utifrån att vi velat studera hur reglerna tillämpas i situationer som är varandras motpoler; den ena väl reglerad med höga krav på utredning och beslutsunderlag, transparens och deltagande från miljöorganisationer och andra som representerar motstående intressen vid beslut om exploatering (vindkraft); den andra med en otydlig gränsdragning mellan sektorslagstiftningen och artskyddsreglerna i miljöbalken, varierande beslutsunderlag och icke-transparent beslutsprocess utan deltagande från andra än myndigheten och exploitören. Avsikten har varit dels att illustrera skillnaden och dra slutsatser om effektiviteten i regleringen, dels att utforma ett slags standard för ”god förvaltning” med avseende på artskydd som kan vara giltig i skilda situationer.

I denna inledning beskriver vi projektets olika delar och drar några övergripande slutsatser om artskyddet i rättstillämpningen. Vi inleder med ett avsnitt om rättsvetenskaplig och naturvetenskaplig metod (3.1.2). Därefter beskrivs hur vindkraftsprojektet är upplagt och vilka slutsatser som kan av våra studier i den delen (3.2.1). Därefter följer motsvarande beskrivning och diskussion om det skogliga projektet (3.2.2). De artiklar och rapporter som ligger till grund för vår diskussion ingår i slutrapporten som bilagor (1–6), vilka presenteras kort i avsnitt 3.3. Vi avslutar med ett avsnitt med några preliminära tankar kring den standard för god artskydds-förvaltning som nämndes ovan (3.4). Vi vill avslutningsvis göra läsaren uppmärksam på arbetsfördelningen i projektet. I texterna använder vi uttrycken ”jag” och ”vi” i olika sammanhang allteftersom de passar in i texten. Projektet beskrivs exempelvis genomgående som ”vårt”. Det bör emellertid göras klart från början att även om vi har diskuterat texterna sinsemellan under projektets gång, står Jan Darpö för huvudansvaret i de rättsvetenskapliga delarna och Jonas Sandström för de naturvetenskapliga.

3.1.2 Rättsvetenskaplig och naturvetenskaplig metod

Forskningsprojektet är alltså ett samarbete mellan rättsvetare och ekologer. Det övergripande syftet är att närmare utreda och analysera hur naturvetenskaplig kunskap används och kan användas i miljöbeslutsprocesser, både på myndighetsnivå och i domstolarna. För att mer konkret illustrera hur kunskap hanteras i miljöbeslutsprocesser har två typsituationer valts som båda påverkar skyddet av

arter, nämligen tillstånd till vindkraftparker och beslut om skogsbruksåtgärder. Det grundläggande regelverket till skydd för arterna utgår från EU:s tvåså kallade naturvårdsdirektiv – det vill säga fågeldirektivet (2009/147) och art- och habitatdirektivet (92/43), ibland kallat livsmiljödirektivet – och är gemensamt för båda situationerna. Vad som skiljer är genomförandet; i den ena situationen en öppen tillståndsprövning där allmänheten och externa experter deltar och som avslutas med ett beslut, i den andra ett samråd mellan myndigheter med liten insyn och som ofta avslutas utan ett formellt ställningstagande.

Enligt den projektbeskrivning som låg till grund för vår ansökan avsåg vi att besvara följande forskningsfrågor:¹

- I vilken utsträckning uttrycker EU-rätten krav på naturvetenskaplig utredning – såväl med avseende på data som på osäkerhet – vid miljöbeslut?
- Hur sker sådan kunskapsförsörjning inom ramen för förvaltningens och domstolarnas beslut på rättsområdet? Sker detta på ett rationellt, konsekvent och transparent sätt?
- Vilka andra källor för naturvetenskaplig kunskap och riskvärdering används vid sidan av traditionella källor hos myndigheter och andra aktörer.
- Är det möjligt att utveckla nya instrument och kanaler för naturvetenskaplig kunskapsinhämtning som vore bättre att hantera komplexa miljöförhållanden som utvecklas över tiden och i samverkan med andra faktorer?
- Kan meningsfullt deltagande och ökad transparens säkerställas i miljöbeslutsprocesser där de naturvetenskapliga sammanhangen är svårbedömda och experterna spelar en allt viktigare roll?

För att besvara dessa frågor har vi använt en kombination av rättsvetenskaplig metod och naturvetenskaplig metod. Den rättsvetenskapliga metoden har varit traditionellt rättsdogmatisk och delvis komparativ. Den rättsdogmatiska metoden utgår i sin analys av gällande rätt från den nationella och EU-rättsliga lagstiftningen. När författningstexten inte ger klart besked söker vi ledning i förarbeten, rättspraxis och andra rättskällor som godtas som ”tolkningsdata” inom disciplinen, det vill säga de övergripande principerna och ”mjuka styrmedel” som vägledningar från kommissionen och nationella myndigheter samt artiklar ur den juridiska doktrinen. Onekligen inverkar även vår egen erfarenhet av och värderingar kring det svenska prövningssystemet på våra slutsatser. En given utgångspunkt är att Sverige är bundet av EU-rätten. Det innebär bland annat att EU-rätten har företräde framför nationell rätt på de områden som omfattas av den gemensamma regleringen och att Sverige måste ha minst samma krav i den nationella lagstiftningen som följer av naturvårdsdirektiven. Vi måste också säkerställa att direktiven genomförs i praktiken. En annan utgångspunkt för analysen är att rättstillämpningen ska syfta till att genomföra de miljöpolitiska målen. De miljö kvalitetsmål som aktualiseras i vårt projekt är främst ”Begränsad klimatpåverkan”, ”Ett rikt djur- och växtliv” samt ”Levande skogar”. Den komparativa delen av den rättsvetenskapliga metoden finns i vår utblick mot EU-domstolens avgöranden som diskuterat kunskapskraven under olika miljödirektiv och jämfört hur de kraven implementerats i olika medlemsstater. Jämförelsen har gjorts genom studier av den tillgängliga litteraturen på området.

¹ Ansökan sid. 6 på engelska.

För att få en uppfattning om de två typsituationerna har vi läst in oss på ett stort antal beslut och domar. Metodmässigt har det varit en utmaning att det är så stor skillnad mellan de olika scenarierna. När det gäller vindkraftsstudien har vi studerat samtliga beslut som gällt tillståndsrelaterade frågor som fattats under tidsperioden 2014–18 och följt deras överprövning i mark- och miljödomstolarna fram till att besluten vunnit laga kraft (drygt 300 ärenden och mål). För den skogliga delen har det av givna skäl inte varit möjligt att ta ett sådant grepp då det årligen rör sig om ca 65 000 avverkningsanmälningar och 6 000 separata anmälningar om samråd enligt 12 kap. 6 § miljöbalken (1998:808, MB). Vi har därför avgränsat studien till fyra distrikt av Skogsstyrelsen under tidsperioden 2018–19 (ca 300 beslut). En annan skillnad är att 3 av 4 tillstånd till vindkraft överklagas, varför det totala antalet beslut och domar ligger på omkring 500. Endast enstaka av besluten i de skogliga ärendena i vår studie överklagades och inget bedömdes av domstolarna i sak. För att få tydligare uppfattning om den faktiska gången i Skogsstyrelsens ärendehantering genomförde vi också intervjuer med konsulenter och beslutsfattare (distriktschefer) inom myndigheten. Kortbeskrivningar över samtliga ärenden som omfattas av de två studierna är redogjorda för i två listor som publicerades.² Utifrån studiet av besluten, domarna och intervjuerna har vi därefter dragit slutsatser utifrån den sedvanliga rättsvetenskapliga metoden som beskrevs ovan.

I den naturvetenskapliga delen har vi studerat alla diarieförda dokument som rör arter och naturtyper i 19 av vindkraftärendena, från miljökonsekvensbeskrivning till slutgiltigt beslut. Vi har tittat på vilka arter eller artgrupper som förekommit i underlagen i relation till dem som kan förväntas. Vi har studerat dialogen mellan sökande, berörda parter och beslutsmyndigheter och försökt se vilka bedömningar av arter och naturvärden som gjorts i processen. Varför har vissa arter, eller frågeställningar, varit i fokus medan andra kanske marginaliserats? Vilken metodik har använts i bedömningarna? Vems bedömningar, eller åsikter, väger tungt i besluten? Varje ärende som studeras är unikt utifrån berörda arter och förutsättningar på platsen vilket försvårar jämförelser. Innehållet har därför kategoriserats för att underlätta objektiva jämförelser. Ofrånkomligt är dock att man väger in egna erfarenheter i bedömningen.

När det gäller slutsatserna och rekommendationerna om en standard för ”god artskyddsförvaltning” (avsnitt 3.4) har vi samarbetat över disciplingränserna. Vi har försökt att identifiera vilka typiska tendenser och problem som uppstår när miljöbeslut ska tas som rör arter, varefter vi har diskuterat lösningar. Diskussionerna har förts främst mellan deltagarna i projektet, men också på olika möten och seminarier med deltagare från Juridicum i Uppsala, Artdatabanken vid SLU, näringen och dess advokatbyråer, EU-kommissionen, Naturvårdsverket, Energimyndigheten, Skogsstyrelsen, Havs- och vattenmyndigheten samt den ideella naturvärden. Delar av texten har också remitterats för synpunkter från dessa aktörer.

På grund av yttre omständigheter (corona) har vi inte haft möjlighet att utföra en djupstudie av artskyddsärendena i skogsbruket, då detta hade krävt att vi studerade akterna i ärenden på plats i de fyra distrikten.

² De finns beskrivna i två listor med kortbeskrivningar som kan nås dels på PROSPECs hemsida, dels på Naturvårdsverkets nätsida för denna slutrapport. Det bör observeras att uppgifterna i listorna kan omfattas av artskyddssekretess (20 kap. 1 § OSL (2009:400)), varför de är avidentifierade och gallrade. Den som vill få ut samtliga uppgifter från ett visst ärende får alltså göra en formell begäran hos någon av deltagarna i projektet.

3.2 Närmare om projekten

3.2.1 Tillstånd till vindkraft

Vår första studie avsåg tillståndsprocesser under miljöbalken (1998:808, MB) för vindkraftverk. Här är beslutsfattandet formaliserat och genomsyrat av EU-rättens krav på utredning genom s.k. miljökonsekvensbeskrivningar (MKB). I tillståndsprocessen får också de EU-rättsliga och inhemska kraven på skydd av arter och andra intressen tydligt genomslag, liksom de internationella förpliktelserna gentemot samerna som urfolk. Vidare är de berörda intressena och allmänheten garanterade insyn, deltagande och tillgång till rättslig prövning. Tillståndsbesluten fattas av miljöprövningsdelegationerna vid tolv av landets länsstyrelser. Besluten överklagas i stort sett alltid av sökanden eller de motstående intressena i en ganska jämn fördelning, varefter den slutliga bedömningen görs av mark- och miljödomstolarna. Rättspraxis är i stort sett enhetlig och besluten och domarna är lättillgängliga på olika nätsidor.³

Studiematerialet i denna del av projektet har varit samtliga beslut om tillstånd och tillståndsrelaterade frågor som gäller vindkraftverk på land och i vatten under femårsperioden 2014–18. Utifrån detta material har vi upprättat statistik över meddelade tillstånd och avslag. Under femårsperioden var det fråga om 211 tillståndsärenden om sammanlagt 4 535 vindkraftverk, varvid fördelningen mellan givna tillstånd och avslag i de ärenden som prövades i sak (4 145 vindkraftverk) var 72 procent – 28 procent räknat i antal vindkraftverk (2 985 tillstånd, 1 160 avslag). Den inbördes fördelningen av avslagsgrunder i de 28 procenten var följande: Kommunalt veto: 521 (12,6 procent), artskydd: 384 (9,3 procent), rennärning: 120 (2,9 procent) och försvar: 108 (2,6 procent). Landskapskydd och hänsyn till närboende ger ytterst sällan anledning till avslag: 24 (0,6 procent) respektive: 3 (0,1 procent).

Statistiken är kompletterad med några observationer kring tillståndssystemet. Dessa är främst miljöprocessuella, dvs. de gäller systemet för tillståndsprövningen av vindparker i allmänhet. Avsikten med observationerna är att sätta in artskyddet i det större prövningssammanhanget, vilket vi menar är viktigt för förståelsen av regleringen och dess effektivitet. Rubrikerna i denna del gäller frågor som systemet för tillståndsprövning, riksintressen och klimatfrågan, tillsyn och omprövning, mm. En slutsats är att miljöprövningssystemet för vindkraft på land fungerar väl och är robust. Ansökningarna prövas av beslutsmyndigheter som är självständiga i sin myndighetsutövning. Vid prövningen har miljöprövningsdelegationerna tillgång till naturvetenskaplig och teknisk expertis från länsstyrelserna. Överprövningen sker i fem mark- och miljödomstolar samt i MÖD, vilka samtliga har tillgång till tekniker eller naturvetare som är insatta i frågorna. Processen är reformatorisk och kan därför utvecklas under resans gång genom de olika instanserna. Detta är en fördel för alla parter, inte minst för sökanden som kan anpassa ansökan och yrkande allteftersom utan att drabbas av återförvisningar. MÖD meddelade prövningstillstånd i något mindre än 20 procent av de mål som överklagas, vilket är ganska normalt på ett rättsområde som ”satt sig” i praxisbildningen. I de flesta fall rör det sig om frågor där det behövs vägledning för underinstanserna. Under den

³ Besluten från miljöprövningsdelegationerna är tillgängliga på dessa sidor enbart i de fall som de överklagas då de finns bilagerade till domarna i målet. Om besluten inte överklagas måste de begäras ut av myndigheten direkt.

studerade femårsperioden har miljöprövningsdelegationerna och miljödomstolarna tagit till sig vägledningen från överinstanserna, varför praxis i kontroversiella frågor har stabiliserats. Givetvis kan systemet förbättras i delar, men helheten är positiv. Vid en jämförelse med den politiserade processen med rättsprövning i domstol som är dominerande i andra medlemsstater i EU har den svenska miljöprövningen för vindkraft stora fördelar när det gäller beslutens kvalitet och systemets transparens, förutsebarhet och rättssäkerhet.⁴ Dessutom säkerställer det svenska modellen EU-rättens genomslag bättre, vilket är en självklar utgångspunkt i en diskussion om miljöprövningssystemets effektivitet i förhållande till artskyddet. Slutligen är regelverket för tillstånd till landbaserad vindkraft relativt integrerat genom att prövningen i de flesta delar sker enligt miljöbalken i en och samma process. Det hindrar inte att man kan diskutera ytterligare samordning, exempelvis genom att nätkoncessionerna under ellagen (1997:857) också bedöms samtidigt.

Vid prövning av vindkraft till havs utanför territorialgränsen är ordningen en annan och bilden något mer splittrad. Det är heller inte alltid lätt att avgöra vilken lag som ska tillämpas eller vilka prövningar som ska ske. Tillståndsprövningen av vindparker inom territorialgränsen (12 sjömil, dvs. drygt 22 km) sker enligt miljöbalken, utanför är det lagen om Sveriges ekonomiska zon (1992:1140, LEZ) som gäller. För undersökningar i havsbotten och dragningen av ledningar på allmänt vatten krävs ett separat tillstånd enligt kontinentalsockellagen (1966:314, KSL). Prövningarna enligt såväl LEZ som KSL sker hos regeringen. Beredningen görs emellertid av olika departement (Miljödepartementet respektive Näringsdepartementet) vilket har lett till en viss diskrepans i förhållande till Natura 2000-prövningen. Vidare kan handläggningen i Regeringskansliet ta lång tid. Bland hindren för utbyggnad av vindkraft till havs dominerar hänsynen till totalförsvaret, men artskyddet för tumlare och vissa fåglar är också viktiga motintressen. Till det kommer ekonomiska överväganden, liksom att rådighetsfrågorna är oreglerade. Alldeles oavsett om hindren är rättsliga eller av ekonomiska eller tekniska slag så går det trögt med utbyggnaden till havs.

Då antalet tillstånd till havsbaserad vindkraft är ytterst få under studieperioden 2014–18, har vi valt att göra en fördjupad studie av artskyddet i tillståndsprövningen för vindkraft på land (Jonas Sandström vid Artdatabanken vid SLU). Djupstudien omfattar 19 tillståndsärenden och slutsatserna är bland annat att det generellt sett tas god hänsyn till fåglar och fladdermöss som drabbas direkt genom kollisioner. Sämre hänsyn tas till skogslandskapets naturvärden avseende arter (svamp, lavar, mossor, kärlväxter, insekter) som är bundna till naturskog och andra höga värden. De drabbas direkt av skador på habitat vid anläggning av infrastrukturen kring vindkraftverken men påverkas även indirekt genom ökad exploatering. Miljökonsekvensbeskrivningar (MKB) och ansökningar varierar stort i kvalitet, i flera fall håller de inte måttet när det gäller objektiviteten rörande bedömningen av artpåverkan. Under beslutsprocessen har allmänheten goda möjligheter att ge synpunkter, vilka beaktas om de stöds av objektiv information. De rekommendationer som ges i artikeln är bland annat att data som MKB:n stöds på borde i större utsträckning tillgängliggöras samt att det vore önskvärt med en mer övergripande analys som inkluderar landskapet och arters populationer (kumulativa effekter,

⁴ Se t.ex. Darpö, J: *Should locals have a say when it's blowing? The influence of municipalities in permit procedures for windpower installations in Sweden and Norway.* (Darpö i *Nordic Environmental Law Journal* 2020:1, sid. 59–79).

barriärer, fragmentering). Idag är detta ofta en eftersatt och svår aspekt att bedöma vid prövningen av en enskild vindkraftpark. En slutlig observation var att kraven på uppföljningen (kontrollprogram) i tillståndsbesluten generellt sett var otydliga eller dåligt dokumenterade.

3.2.2 Artskyddet i skogsbruket

Som kontrast till den formaliserade processen för tillstånd till vindkraft har vi studerat ärendehanteringens hos Skogsstyrelsen med avseende på avverkningar och andra skogsbruksåtgärder som berör skyddsvärda arter. Utgångspunkten är här ganska annorlunda, även om artskyddsreglerna är desamma; regleringen återfinns främst i skogsvårdslagen (1979:429, SVL), men också MB tillämpas i dessa situationer. Vid sidan om hänsynsreglerna i SVL måste artskyddsförordningen (2007:845, AF) beaktas, för vilken länsstyrelsen är huvudman. Ärendehandläggningen är inte formaliserad utöver vad som gäller enligt förvaltningslagen (2017:900, FL) och insynen från den berörda allmänheten liten eller obefintlig. Det är förhållandevis sällan som ett ärende avslutas med ett formellt beslut. I kontroversiella situationer är rådgivning den förhärskande metoden, emellanåt dokumenterad i vägledning, råd, protokoll eller skrivelser av annat slag. Dessa ställningstaganden kan enligt den rättspraxis som utvecklats i förvaltningsdomstolarna inte överklagas av miljöorganisationer som företrädare för naturvårdsintressena. Om ärendet emellertid gäller en sådan situation då Skogsstyrelsen borde ha initierat ett samråd enligt miljöbalken – till exempel för att avverkningar påverkar ett område med höga naturvärden eller en skyddad art – kan organisationerna överklaga såväl myndighetens beslut som underlåtenhet att fatta beslut. Överklagandefrekvensen har traditionellt varit väldigt låg, men har ökat senare år under inverkan från EU-rätten.

Den skogliga undersökningen omfattade ärenden som rör naturvård och artskydd i fyra distrikt inom Skogsstyrelsen under perioden 2018–19; Norra Jämtland, Södra Jämtland, Skaraborg-Fyrbodalen och Göteborg. Vi har studerat alla beslut enligt 30 § SVL som rör artskyddsfrågor och samtliga protokoll och beslut vid samråd enligt 12:6 MB som rör skogsbruksåtgärder i områden som har mycket höga naturvärden av stor betydelse för skogens växt- och djurarter. Sammanlagt rör det sig om närmare 300 beslut. Efter läsningen av besluten har vi genomfört intervjuer med skogskonsulenter och distriktschefer i de fyra distrikten och på Skogsstyrelsen centralt.

Utifrån detta material har vi kunnat konstatera att de geografiska skillnaderna mellan de norra och de södra distrikten är påtagliga. Skaraborg-Fyrbodalen och Göteborg har betydligt flera artskyddsärenden. Det finns ingen anledning att tro att förklaringen till dessa skillnader ligger i skilda ambitioner eller olika personella och finansiella resurser hos distrikten, även om faktorer som kortare fältsäsong och längre farvägar spelar in. Istället står nog orsaken att finna i en av de viktigaste svagheter i systemet, nämligen kunskapsförsörjningen när det gäller skyddade arter. Det finns helt enkelt betydligt fler observationer av prioriterade fågelarter och andra naturvärden i den södra delen av landet, där såväl Göteborg som Skaraborg-Fyrbodalen har skogsområden som är flitigt frekventerade av ornitologer, biologer och andra intresserade.

En annan notering är att relativt få samråd utlöses av artskydd, trots att skogsbruksåtgärder som kan påverka skyddade arter uttryckligen nämns i Skogsstyrelsens föreskrifter. Den helt dominerande orsaken är istället att Skogsstyrelsen har lyft en

avverkningsanmälan till samråd för att den berör en nyckelbiotop. Övriga fall gäller andra höga naturvärden, fornlämningar, kulturmiljöintressen eller närheten till skyddade områden och Natura 2000. Nästan alla sådana samråd avslutas med en skrivning om att man är överens om vilka åtgärder som kan eller inte kan vidtas. I ett litet antal fall anges i protokollet bara att man inte är överens, varefter ärendet avslutas utan åtgärd. I de fall som skyddade arter föranleder samråd, resulterar ärendet oftast i ett formellt beslut under SVL eller MB.

Besluten i artskyddsärenden är väldigt ensartade, variationen liten och informationen tunn. Oftast nämns vilken art det är fråga om, men inte alltid. Innehållsmässigt rör det sig om förbudstider, anpassning av skogsbruksåtgärder, skyddszoner eller att hela områden ska sparas. För det mesta föregås besluten av fältbesök och muntlig kontakt med markägaren eller avverkningsföretaget, i vart fall om det inte rör sig om kända artlokaler eller generella förbudstider. Beslut fattas även om man är överens med markägaren vilket också ligger i linje med de riktlinjer som utfärdats gemensamt av Skogsstyrelsen och Naturvårdsverket.

I de fall som "naturvårdsintrånget" ryms under tröskeln för ersättning fattar Skogsstyrelsen beslut enligt 30 § SVL, varvid en beräkning av intrångsvärdet görs i jämförelse med avverkningsvärdet. Oftast rör det mindre anpassningar av avverkningen eller förbudstider av hänsyn till lek eller fortplantning hos arterna. Om intrånget däremot ligger över toleranströskeln fattas beslutet enligt 12:6 MB. Typiskt sett gäller dessa beslut skydd av livsmiljöer eller arternas fortplantningsområden eller lekplatser. Det är främst två arter som varit aktuella, båda fåglar; tjäder och lavskrika. Annars förekommer lavar, mossor och svampar samt orkidén knärot som uppmärksammas allt oftare. Andra känsliga arter i skogen är fladdermöss, järpe, norna samt större vattensalamander och tjockskalig målarmussla i vattenmiljöer. Då det är markägaren som styr vilket område som anmäls för avverkning och därmed indirekt intrångets värde, kan uppdelningen mellan SVL och MB bli beroende av subjektiva faktorer. Den här uppdelningen medför otydligheter i regleringen.

Tillsynsansvaret för artskyddet är delat mellan länsstyrelsen och Skogsstyrelsen. Den senare myndigheten har ansvaret på skogsmark så länge det inte krävs dispens enligt AF för att utföra en skogsbruksåtgärd. Det innebär oftast att Skogsstyrelsen ställer krav på anpassningar av arbetsföretaget eller försiktighetsåtgärder så att dispensplikten inte utlöses. Om det inte är möjligt meddelar man förbud mot åtgärden. Ansvarig för att meddela dispenser enligt AF är dock länsstyrelsen. Den här ordningen medför att Skogsstyrelsen initialt måste ta ställning till vad som krävs enligt AF, även om sista ordet när det gäller om en sådan anpassning fungerar, ligger på länsstyrelsen. Det delade tillsynsansvaret är i och för sig inte konstigt i ett miljö-rättsligt sammanhang och gäller även för skyddade områden och Natura 2000. Samtidigt betyder det här att ömsesidig kommunikation och samarbete mellan myndigheterna är nödvändiga för att reglerna ska fungera. Samråd ska därför ske mellan Skogsstyrelsen och länsstyrelsen, om än inte nödvändigtvis vid varje avverkningsanmälan eller samråd. I vår undersökning framstår samarbetet mellan myndigheterna som välfungerande. Ingen av de intervjuade kunde påminna sig en situation där de båda myndigheterna inte kommit överens i en artskyddsfråga, annat än undantagsvis. Men till syvende og sidst är allt beroende på vilket resurser som står till myndigheternas förfogande.

Inom ramen för PROSPEC har vi också analyserat betydelsen av domen från EU-domstolen i C-473/19 *Skydda skogen* (2021). Det är ett förhandsavgörande med svar på frågor i två mål vid Mark- och miljödomstolen i Vänersborg om tillämpningen

av EU:s två ”naturvårdsdirektiv”, det vill säga fågeldirektivet och livsmiljödirektivet (art- och habitatdirektivet). I sitt svar berör EUD flera rättsliga frågor som har stor betydelse för Sveriges genomförande av artskyddskraven i skogen, bland annat avsiktsbegreppet, skyddets omfattning och förhållandet mellan de två direktiven. Vid en jämförelse med de senaste årens utveckling inom skogsbruket med nedmonteringen av nyckelbiotopsinventeringen och försvagningen av länken mellan SVL och MB menar vi att den nuvarande utformningen av artskyddet inom skogsbruket är otillräcklig för att leva upp till de EU-rättsliga kraven. Av domen i *Skydda skogen* följer nämligen krav på ett *rättsligt bindande system* för artskyddet, ett *fullgott kunskapsunderlag* vid beslutsfattandet, liksom *transparens och möjligheter för den berörda allmänheten att komma till tals*. I samtliga dessa frågor har det under det senaste året skett en försvagning av det rättsliga systemet genom ett samspel mellan Skogsstyrelsen, Skogsutredningen (SOU 2020:73) och den splittring av rättspraxis mellan SVL och MB som uppstått med avseende på vem som får klaga på beslut om artskydd. Vår slutsats är att även om den rättsliga regleringen finns på plats, måste den klargöras och tillämpningen skärpas för att Sverige ska kunna hävda att skogsbruket är hållbart och att vi lever upp till de förpliktelser som följer av EU-rätten. Systemet främjar heller inte planering av skogsbruket, vilket bidrar till att försvaga artskyddet.

3.3 Bilagorna till slutrapporten

Förutom denna inledning innehåller slutrapporten sex bilagor med bidrag under separata rubriker. Dessutom finns två länkar till de ärendelistor där vårt undersökningsmaterial redovisas. Av bidragen i bilagorna är fyra redan publicerade, medan bilaga 2 och 3 har fått sin slutliga utformning inför publiceringen av denna slutrapport.

3.3.1 Bilaga 1: Understanding the nuts and bolts

Den första bilagan utgörs av en artikel på engelska som på ett allmänt och EU-rättsligt plan diskuterar naturvetenskap och juridik på miljörettens område; *Understanding the Nuts and Bolts – Scientific and Technical Knowledge in Environmental Litigation* (Darpö i *Managing facts and feelings in environmental governance*. Ed. Squintani & Darpö & Lavrysen & Stoll. Edward Elgar Publishing 2019, sid. 82–102). Texten är granskad genom s.k. peer review genom förlagets försorg.

Artikeln belyser vilka krav som EU-rätten ställer på beslutsfattandet i artskyddsfrågor med fokus på domstolarnas överprövning av myndigheternas ställningstaganden. Först lyfts fram att miljöretten är ett komplext område med stark knytning till naturvetenskaplig kunskap, varför så kallade juridiskt-tekniska standarder ofta används för att uttrycka krav på utredning och bedömning av miljöpåverkan av olika verksamheter. Exempel på sådana är ”betydande miljöpåverkan” enligt MKB-direktivet (2011/92), ”gynnsam bevarandestatus” enligt art- och habitatdirektivet (92/43) och ”god ekologisk status” enligt ramdirektivet för vatten (2000/60). Den närmare förståelsen av dessa standarder har utvecklats i EU-domstolens rättspraxis på området, där det också har getts anvisningar för tillämpningen av försiktighetsprincipen och fördelningen av bevisbördan vid det administrativa beslutsfattandet. Vidare har EU-domstolen satt minimikrav för de nationella domstolarnas överprövning, nämligen att den möjliggör en bedömning av de tillämpliga unionsrättsliga

principerna och bestämmelserna. Det måste följaktligen vara möjligt för domstolarna att kunna pröva både formella frågor kring förvaltningens beslut och beslutets innehåll.

Mot den bakgrunden diskuteras i artikeln hur domstolsprövningen fungerar i en jämförelse mellan olika medlemsstater. De faktorer som lyfts fram är domstolarnas kompetens och erfarenhet, betydelsen av olika processer (förvaltningsprocess eller civilprocess), fördelningen av utredningsansvaret (ex officio-prövning eller partsansvar), användningen av egna eller externa experter för utredningen i målen, remisser till nationella expertmyndigheter, aktörerna i miljöprocessen och vilken kunskap de kan erbjuda samt kostnadsansvaret i målen. Analysen i artikeln syftar till att identifiera vilka faktorer som bidrar till att EU:s miljöregler får ett effektivt genomslag i den faktiska tillämpningen i medlemsstaterna.

3.3.2 Bilaga 2: Hur många fick lov?

Vindkraftsdelen av projektet återfinns i bilaga 2 och 3. Bilaga 2 är en bearbetning av den preliminära rapporten *Hur många fick lov?* (Darpö, Faculty of Law/Uppsala Universitet, Working Paper Series 2020:1).

I artikeln redogörs för vår undersökning av tillståndprocessen för vindkraft på land och till havs. Studiematerialet omfattar en stor mängd beslut och domar om vindkraft med fokus på tillståndsbeslut som fattats under tidsperioden 2014–18. Samtliga ärenden finns redovisade med en kort beskrivning av ursprungsbeslutet och efterföljande överprövning, allt upplagt i en lista som är tillgänglig på en länk. Som redan nämnts finns här, förutom statistiken, allmänna observationer kring tillståndssystemet och artskyddet för dessa verksamheter.

Vår undersökning gavs ut som preliminär rapport i april 2020 och lades samtidigt ut på PROSPECs hemsida.⁵ Inför publiceringen av slutrapporten från forskningsprojektet skickade branschorganisationen Svensk Vindenergi ett brev till generaldirektörerna för Energimyndigheten och Naturvårdsverket med kritik av den statistik vi publicerat.⁶ Här framhåller organisationen att det är viktigt att pågående utredningar i frågor som rör vindkraftens framtid utgår från korrekta uppgifter, varför man låtit konsultföretaget Westander Klimat och Energi granska vår statistik. Utfallet av deras genomgång visar helt andra siffror än våra. I ett avslutande avsnitt (5.7) bemöter vi kritiken. I korthet beror de stora skillnaderna i siffrorna på att vi mäter helt olika saker. Vi argumenterar också för att vår undersökning ger en rättvisande bild då den skiljer på land- och havsbaserad vindkraft och är baserad på objektiv och verifierbar information från miljöprövningsdelegationerna och miljödomstolarna om de ansökningar om tillstånd som faktiskt är prövade i sak i dessa ärenden.

3.3.3 Bilaga 3: Vindkraften och hänsynen till arterna

Bilaga 3 är vår redovisning av djupstudien om artskyddet i ärenden om tillstånd till vindkraft på land; *Vindkraften och hänsynen till arterna* (Sandström). Artikeln är opublicerad, men en engelsk version är planerad till hösten 2021.

⁵ *Hur många fick lov? Och varför fick de andra nobben? – statistik och betraktelser över tillstånd till vindkraft på land och till havs*. Rapport inom forskningsprogrammet PROSPEC. Faculty of Law/Uppsala Universitet, Working Paper Series 2020:1 (2020-04-27).

⁶ E-post från Tomas Hallberg (Svensk Vindenergi) till Björn Risinger (Naturvårdsverket) 2021-04-22, ämne: *Darpös statistik är missvisande – 59 % av vindkraftverken får avslag*.

Djupstudien omfattar 19 av de totalt 327 ärendena med vindkraftsanläggningar från perioden 2014–2018. Urvalet är fokuserat på landbaserad vindkraft då de havsbaserade vindkraftsparkerna är få i Sverige. Urvalet av de 19 ärendena är baserat på ett antal kriterier; artskyddsfrågorna ska vara centrala i beslutet, ärendena ska ha en representativ fördelning geografiskt och de ska vara slutgiltiga – det vill säga lagakraftvunna. Vi har valt 1–3 ärenden från var och en av de tolv länsstyrelser som är värddar för en miljöprövningsdelegation (MPD), beroende på hur många ärenden de hanterat under perioden. Utifrån denna djupstudie av ett representativt urval av ärenden har vi sedan dragit slutsatser om artskyddet i tillståndsprocessen. Dessa slutsatser har legat till grund för de tankar kring en god artskyddsförvaltning som presenteras nedan i avsnitt 3.4.

3.3.4 Bilaga 4: Hitta vilse i skogen

Skogsdelen av projektet består av tre artiklar, bilaga 4–6. Bilaga 4: *Hitta vilse i skogen. Reflektioner kring höstens underrättsavgöranden om det EU-rättsliga artskyddet vid skogsbruk* (Darpö i Nättidningen JPMiljönet 2017-11-21 (del 1) och 2017-11-23 (del 2)) är en redogörelse för den rättspraxis som bildats i mark- och miljödomstolarna kring artskyddet i skogsbruket. Det bör observeras att då den skrev för mer än tre år sedan är den redan förbisprungen i enskilda delar av den starka utvecklingen av praxis, exempelvis, med avseende på rätt forum för överklagande av skogliga beslut enligt miljöbalken (se avsnitt B5.2.4 (fotnot 18) i bilaga 5: *Konsulenten och knäroten*). Artikelns skrevs också före EU-domstolens avgörande i C-473/19 *Skydda skogen* (2021), men bildar ändå en bakgrund till diskussionen om artskyddet i skogsbruket som är nödvändig för förståelsen av den svenska implementeringen.

I artikeln redogörs först för den motstridiga rättspraxisen i mark- och miljödomstolarna kring tillämpningen av artskyddet i skogen. Efter redogörelsen av dessa avgöranden förs i artikeln en diskussion om artskyddet i skogen under fyra rubriker. Först behandlas påståendet att de svenska artskyddsreglerna utgör en ”överimplementering” fågeldirektivet (2009/147) respektive art- och habitatdirektivet (92/43). Påståendet avvisas utifrån två grunder. Dels är det fråga om minimidirektiv, vilka tillåter att medlemsstaterna har mera ambitiösa regler. Dels har den svenska harmoniseringen av de två direktiven goda naturvetenskapliga skäl för sig, då de olika arterna under de två direktiven ofta måste bedömas samtidigt i beslut om en viss verksamhet. Därefter diskuteras tillsynsansvaret för artskyddet i skogen som delas mellan Skogsstyrelsen och länsstyrelsen. Den tredje rubriken gäller hur de strikta artskyddsreglerna kan kombineras med rationellt skogsbruk genom tillämpningen av konceptet ”kontinuerlig ekologisk funktionalitet”. Slutligen ifrågasätts om inte de svenska generösa ersättningsreglerna kan utgöra ett förtäckt statsstöd till skogsbruket som bryter mot EU-rätten. En avslutande anmärkning i artikeln är att flera av de frågor som diskuteras är sådana där det råder oklarhet om förståelsen av EU-rätten, vilket borde föranleda en begäran om förhandsavgörande av EU-domstolen. Det var också vad som hände i juni 2019, då Mark- och miljödomstolen i Vänersborg gjorde en sådan framställan i C-473/19 *Skydda skogen* (2021). EU-domstolens dom i det målet kommenteras i artikeln *Soppa eller soppar i skogen* som ingår som bilaga 6 i slutrapporten.

3.3.5 Bilaga 5: Konsumenten och knäroten

Bilaga 5 innehåller artikeln *Konsumenten och knäroten. Om Skogsstyrelsens handläggning av artskyddsärenden* som publicerades i Förvaltningsrättslig Tidskrift 1/2021 (sid. 101–137). Den är skriven av Jan Darpö och utgör den huvudsakliga rapporteringen av vår granskning av artskyddet i skogsbruket. Artikeln är peer review-granskad genom förlagets försorg.

Konsumenten och knäroten redogör för handläggningen hos Skogsstyrelsen av ärenden om skogsbruk och artskydd med utgångspunkt i en undersökning i fyra distrikt under perioden 2018–19. Inledningsvis ges en bild av regleringen och tillsynsansvaret på området, där en traditionell förvaltningsmodell möter moderna miljökrav och principen om god förvaltning. Därefter diskuteras vilka slutsatser som kan dras från undersökningen ur ett bredare miljörättsligt perspektiv mot bakgrund av kraven på rättssäkerhet och tydlighet för de inblandade, principen om EU-rättens effektiva genomslag och idéerna om transparens, deltagande och tillgång till rättslig prövning. Här lyfts också fram och kritiserar några av de förslag som presenteras av den nyligen avslutade Skogsutredningen (SOU 2020:73). Diskussionen i artikeln gäller främst Skogsstyrelsens nuvarande handläggning i dessa ärenden, men det ingår även en analys av konsekvenserna av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2020 ref. 12, liksom av Skogsutredningens förslag om de förverkligas. Slutsatsen är att artskyddet i skogsbruket riskerar att försvagas genom förslagen om gallring av miljöinformation från Skogsstyrelsens register, försvagningen av sambandet mellan SVL och MB – och därigenom artskyddsreglerna i AF – samt de minskade möjligheterna för allmänheten att komma till tals i dessa ärenden. Sammantaget är det fråga om en avreglering av skogsbruket som kan medföra problem för Sverige i mötet med EU-rätten.

3.3.6 Bilaga 6: Soppa eller soppor i skogen

Slutligen ingår artikeln *Soppa eller soppor i skogen? Om EU-rätten och artskyddet i skogen*. Del 1 (Darpö i InfoTorg Juridik-Rättsbanken, 2021-04-07) som bilaga 6.

Artikeln är en kort kommentar till EU-domstolens dom i C-473/19 *Skydda skogen* (2021). Den inleds med en beskrivning av EU:s naturvårdsdirektiv och målet vid Mark- och miljödomstolen i Vänersborg med de frågor som ingick i begäran om förhandsavgörande. Generaladvokatens yttrande behandlas r, varefter EU-domstolens överväganden diskuteras. I några delar verkar domstolen ha missuppfattat eller medvetet undvikit att svara på frågorna – vilket också kan bero på hur de var formulerade – samtidigt som man är tydlig i de viktigaste avseendena. Författaren drar därför slutsatsen att avgörandet kan få långtgående konsekvenser för svenskt skogsbruk. Av skrivningarna i avgörandet kan utläsas – direkt och indirekt – krav på ett *rättsligt bindande system* för artskyddet, ett *fullgott kunskapsunderlag* vid beslutsfattandet, liksom *transparens och möjligheter för den berörda allmänheten att komma till tals*. Som nämndes ovan vid redogörelsen för *Konsumenten och knäroten* har det i samtliga dessa frågor under det senaste året skett en försvagning av det rättsliga systemet för artskydd i skogen genom ett samspel mellan olika faktorer. Det är alltså hög tid att lagstiftaren ingriper för att skärpa och tydliggöra reglerna för att uppnå ”god artskyddsförvaltning” i skogen. Vi presenterar några idéer om detta i det följande avsnittet.

3.4 Till vägledning för en god artskyddsförvaltning

3.4.1 Inledning

Dagligen fattas många beslut i samhället som kan påverka miljön. Ärendena handlar i stort sett om att pröva om verksamheter och åtgärder som har omgivningspåverkan kan utföras utan att det äventyrar miljön för nutida och framtida generationer. Ofta är det förenat med stor osäkerhet att bedöma vilken påverkan en verksamhet kan få, både på kort och på lång sikt. Sambanden i naturen är komplicerade och det är svårt att förutse effekterna av till exempel ett större uttag av naturresurser eller ett utsläpp av förorenande ämnen. Mot den bakgrunden ställs i miljölagstiftningen krav på att vissa verksamheter och aktiviteter ska söka tillstånd eller göra en anmälan innan de får påbörjas. Syftet med sådan förprövning är att en ansvarig myndighet ska få möjligheten att bedöma om verksamheten är förenlig med lagstiftningens mål och regler. I många fall ställer regelverket krav på att utreda förhållanden som kräver vetenskaplig expertis, till exempel för att avgöra om en verksamhet på ett ”betydande sätt kan påverka miljön” eller om ”gynnsam bevarandestatus” hos en art kan upprätthållas trots den planerade aktiviteten. För sådana bedömningar krävs alltså att myndigheten har tillgång till aktuell och relevant kunskap om naturvetenskapliga samband.

I vårt forskningsprogram har vi undersökt hur naturvetenskapliga kunskaper och värderingar används i två helt olika beslutssituationer; den ena en genomreglerad tillståndprocess med höga krav på utredning och beslutsunderlag, transparens och deltagande från miljöorganisationer och andra motstående intressen (vindkraft); den andra med en otydlig gränsdragning mellan sektorslagstiftningen och artskyddsreglerna i miljöbalken, varierande beslutsunderlag och icke-transparent beslutsprocess utan deltagande från andra än myndigheten och exploatören (skogsbruk). Vår avsikt har varit att illustrera skillnaden och dra slutsatser om effektiviteten i regleringen. Utöver det vill vi också formulera ett slags standard för ”god förvaltning” med avseende på artskydd som kan vara giltig i olika situationer. Det rör sig alltså om vilka generella rekommendationer som kan dras från vår undersökning om den naturvetenskapliga kunskapsförsörjningen vid beslutsfattande på miljöområdet på ett mer allmänt plan. Det bör nämnas att då rättsområdet är mycket vidsträckt och vår undersökning är begränsad till två typsituationer, bör läsaren ta dessa rekommendationer för vad de är, nämligen ett inledande försök och utgångspunkt för en vidare diskussion.

3.4.2 Naturvetenskapliga utgångspunkter

För att kunna formulera en standard för kunskapsförsörjningen i miljöbeslutsprocesser på olika områden som gäller artskyddet börjar vi med att ge några naturvetenskapliga utgångspunkter. I många beslutsprocesser är det stort fokus på arter och naturvärden som påträffas i det aktuella utredningsområdet. Landskapet är i regel ofullständigt dokumenterat med avseende på naturvärden och riktade inventeringar fokuserar ofta mot förväntade värden. Därför vore det önskvärt att större hänsyn tas till värden som finns i det omkringliggande landskapet vid bedömning av ett enskilt ärende. Finns det kända förekomster av arter eller naturtyper i det aktuella området kan det bli en del av en värdekärna och bör bevaras och helst

förstärkas. I annat fall riskeras en fragmentering av förekomster som på sikt leder till lokalt utdöende. Detta blir då ett gemensamt ansvar för alla markägare i området.

Inom vindkraft och skogsbruk är det fokus på vissa artgrupper och naturtyper som i olika sammanhang pekats ut som centrala. Det inrättas någon form av nationell praxis som tillämpas på lokal nivå. Inom skogsbruket är det fokus på nyckelbiotoper och åtgärder som inkluderar strukturer som exempelvis högstubbar och aspdungar. Inom vindkraft handlar det om hänsyn till arter, främst fåglar och fladdermöss, som dödas av kollisioner med rotorblad. De skyddsåtgärder som föreskrivs är värdefulla men ofta bara för en speciell grupp av arter. I vindkraften är det exempelvis. Vindvals rapporter med skyddsavstånd som slår igenom. På så vis blir krav på hänsyn inte alltid optimala, då alla slags åtgärder inte passar överallt. Det gäller att göra rätt åtgärd på rätt plats, vilket ger bäst naturvårdsnytta till lägst kostnad. Det vore därför önskvärt att vid besluten ta hänsyn till regionala behov och konsekvenser. Det är även viktigt att se till kumulativa effekter när verksamheter breder ut sig i landskapet, även om varje enskildhet enbart bidrar med en liten del som i ett större sammanhang och på längre sikt har mycket stor påverkan. Resultaten blir exempelvis degradering av habitatens kvalitet, direkt förlust och fragmentering av livsmiljöer samt migrationshinder. Indirekta effekter andra än de kumulativa är också viktiga. Inom såväl vindkraft som skogsbruk innebär infrastruktur som vägar att man öppnar upp för ytterligare påverkan i form av intensivare bruk av mark, mer störning, och exploatering i olika former. När det gäller större vindparker kan det röra sig om flera mil ny väg i obanad terräng. För att motverka detta vore det önskvärt att det fanns planer med kartor som anger förvaltningsområden för artgrupperingar eller naturtyper. Dessa kan sedan ligga till grund för beslut. Det är vidare viktigt att planeringsunderlaget är sektorsövergripande så att flera störningskällor omfattas, vilket också kan underlätta för olika slags verksamheter att samordna sina åtgärder till förmån för ett artskydd i ett landskapsperspektiv.

En stor del av de observationer som används i beslutsprocesserna är inrapporterade av allmänheten. Dessa data är inte alltid objektiva och neutrala i sitt urval. Det är rapportörens intresse och värderingar som styr vad som utforskas och rapporteras. Detta är tydligt, sett till den geografiska spridningen av artfynden. Det är områden med hög besöksfrekvens som rapporteras mest, främst de södra delarna av landet och områden med högre tillgänglighet. Stora skogsområden utanför allfarvägarna har betydligt lägre rapporteringsfrekvens. Det ska naturligtvis inte tolkas som att dessa områden saknar naturvärden.⁷ Mot denna bakgrund är det avgörande att myndigheterna bygger upp egen kunskap om artförekomster och naturvärden, till exempel genom egna inventeringar. Det är vidare önskvärt att alla artobservationer som genereras i olika ärenden hamnar i databaser som därefter kan samvisas i system som myndigheterna har tillgång till. Det borde vara självklart att data som tas fram i inventeringar, andra utredningar och i miljökonsekvensbeskrivningar lagrades på ett lättillgängligt sätt så att informationen kan användas i framtida ärenden och i större sammanhang. Här kan inspiration hämtas från hur data i VISS (Vatteninformationssystem Sverige) byggs upp och används i den Nationella planen för moderna miljövillkor för vattenkraften (NAP). En sådan visning skulle även främja transparensen och möjligheten för allmänheten att delta i processen.

⁷ Vilket framgår i vindkraftsärendena i samma trakter, se t.ex. listan över beslut 2014–18 av MPD/Västernorrland.

3.4.3 Beslutsprocessen

När det sedan gäller handläggningen av olika artskyddsärenden har vi redan konstaterat att tillståndsprocessen för vindkraft fungerar väl. Sökanden har bevisbördan för att en lokalisering är godtagbar och det finns ett obligatoriskt krav på MKB med samråd med kommuner, myndigheter och den berörda allmänheten. Tillståndsansökningarna prövas av beslutsmyndigheter som är självständiga i sin myndighetsutövning och har tillgång till naturvetenskaplig och teknisk expertis. Beslutsprocessen är öppen och de flesta frågor bedöms i ett sammanhang. Överprövningen sker i miljödomstolar som också har tillgång till tekniker eller naturvetare som är insatta i frågorna och som dömer jämte juristdomare. Mark- och miljööverdomstolen prövar de mål som är principiellt intressanta eller där av andra skäl det behövs vägledning, vilket bildar en rättspraxis som är tydlig för alla inblandade. Den här modellen för prövning menar vi måste behållas för sådana verksamheter som kan ha stor inverkan på arternas fortlevnad eller annan miljöpåverkan av betydelse. Däremot bör man diskutera hur en bättre planering över större områden kan uppnås för att möjliggöra bedömningen av samverkande och kumulativa effekterna av olika verksamheter. När det gäller vindkraft kunde en sådan samlad bedömning exempelvis omfatta närliggande parker och nätdragningarna i regionen. I praktiken tillämpas en sådan ordning i Norge.⁸ Även möjligheten att anpassa villkoren i redan givna tillstånd borde förbättras, men det ligger lite utanför diskussionen i detta projekt.⁹

I kontrast till detta finns det mycket att önska när det gäller artskyddet i skogsbruket, vilket också gäller rent allmänt för de övriga areella näringarna. Som redan nämnts medför EU-domstolens dom i C-473/19 *Skydda skogen* (2021) krav på de nationella systemen att det i dessa situationer finns ett *rättsligt bindande system* för artskyddet, ett *fullgott kunskapsunderlag* vid beslutsfattandet, liksom *transparens och möjligheter för den berörda allmänheten att komma till tals*. För att det ska fungera måste det finnas en *vitt formulerad anmälningsplikt* som fångar upp verksamheter som kan medföra påverkan på arter och deras livsmiljöer. Kunskapskravet på den som gör en sådan anmälan måste vara möjligt att anpassa till situationen, där åtgärder i områden med höga naturvärden bör omfattas av en skyldighet att i förväg bifoga en *utredning om arter, värdeförekomster och påverkan*. Utifrån anmälan måste myndigheten därefter ha *tillräckligt med tid* för att utreda frågan mera grundligt och möjlighet att besluta att åtgärden inte får genomföras innan myndigheten gett besked. En enhetlig rättstillämpning talar vidare för att miljöbalkens regler måste gå före sektorslagstiftningen i dessa situationer. Vi menar emellertid att det är fortsatt EU-rättsligt godtagbart att tillsynsmyndigheten förelägger om *skyddsåtgärder* så att förbuden enligt AF inte utlöses. Om det inte är möjligt att föreskriva sådana försiktighetsåtgärder eller anpassningar bör den tillsynsmyndigheten kunna ta ställning till om det finns förutsättningar att meddela *dispens från artskyddet* i samma ärende. Som vi har utvecklat i våra artiklar om artskyddet i skogen finns det emellertid ytterst sällan möjligheter att meddela dispens för verksamheterna i de areella näringarna. Det är mot den

⁸ Se Darpö, J. *Should locals have a say when it's blowing? The influence of municipalities in permit procedures for windpower installations in Sweden and Norway*. *Nordisk Miljörettslig tidskrift* 2020:1, sid. 59–79 med hänvisningar till norsk litteratur.

⁹ Vi kommer att fokusera på den frågan i en kommande studie om tillsyn och uppföljning, se PROSPECS hemsida angående forskningsprogrammet VIPA (Artdatabanken-Juridicum).

bakgrunden som krav på försiktighetsåtgärder och anpassningar är inriktade på att upprätthålla den kontinuerliga ekologiska funktionaliteten (KEF) i området.

I de naturvetenskapliga utgångspunkterna angav vi att möjligheten att kunna pröva en verksamhet i ett större sammanhang är avgörande för att kunna fånga in kumulativa verkningar på skyddsvärda arter och andra naturvärden. Med den utformning som det svenska systemet för beslutsfattande och ersättningsrätt i skogsbruket har, blir effekten den motsatta. Det är markägaren som genom sin anmälan helt styr vad myndigheten kan besluta om och hur ersättningen ska beräknas utifrån ”berörd del”. Om markägaren alltså avverkningsanmäler enbart det skyddsvärda området i ett innehav om många hundra hektar skogsmark, avgörs såväl möjligheten till ingripande som ersättningsnivån genom denna avgränsning. En sådan ”snuttifiering” är enbart sund ekonomisk policy från anmälarens sida, men omöjliggör på samma gång ett effektivt artskydd och naturvård. För att kunna bedöma den kontinuerliga ekologiska funktionaliteten (KEF) i ett område krävs *planering utifrån ett landskapsperspektiv*, vilket i sin tur förutsätter gröna skogsbruksplaner. Här vill vi särskilt peka på den intressanta diskussionen i forskningsprogrammet ”*Landskapsplanering för att främja biologisk mångfald och ett varierat skogsbruk*” där idén om en övergripande plan som har en styrande effekt på skogsbruksplaner presenteras.¹⁰ Även länsstyrelsernas arbete med handlingsplaner för grön infrastruktur kan användas i ett sådant planeringsarbete, särskilt om de utvecklas till sådana ”livsmiljöunderlag” som uppdateras var femte år i enlighet med det förslag som nyligen lagts av Artskyddsutredningen.¹¹ Vi har svårt att se hur den skogliga beslutsprocessen för skogsbruk och artskydd kan klara denna konflikt utan att sådana skogsbruksplaner som täcker större områden blir obligatoriska. Sådana underlag är även avgörande för att den beslutande *myndigheten ska kunna bygga upp ett eget kunskapsunderlag* för att kunna ta ställning i artskyddsfrågor. I den delen krävs såväl myndighetssamarbete som *inventeringar och fältbesök*.

En annan ingrediens av stor betydelse är *transparens och deltagande* i beslutsprocesserna. För att allmänheten ska kunna delta krävs till att börja med att ärenden om planer och verksamheter är tillgängliga, vilket enkelt låter sig göras genom kungörelser på myndigheternas hemsidor. Erfarenheten från våra undersökningar visar tydligt att särskilt miljöorganisationerna bidrar med viktig kunskap i beslutsprocesserna, inte minst när det gäller artskyddet. *Processreglerna måste anpassas* därefter så att den konstlade uppdelningen mellan ”parter” och andra intresserade upphör, vilket får betydelse för tillgången till utredningar och skrivelser, kostnader, mm. Det är vidare mycket viktigt att den nuvarande ordningen med att *fackmyndigheterna på området behåller sina processuella rättigheter*. Den svenska förvaltningsmodellen bygger nämligen på att statens intressen försvaras genom att de regionala och nationella myndigheterna kan agera, inledningsvis genom att delta i remissförfarande i ärenden, men också genom att kunna *överklaga miljöbesluten*.¹² Att beslut och underlåtelse är möjliga att överklaga även för andra representanter för den berörda allmänheten följer av EU-rätten. Överklaganderegler måste dock gälla

¹⁰ Michanek, G & Bostedt, G & de Jong, J & Ekvall, H & Forsberg, M & Hof, A & Sjögren, J & Zabel von Felten, A: *Landskapsplanering av skog – för biologisk mångfald och ett varierat skogsbruk*. Naturvårdsverket/Miljöforskning Rapport 6909, december 2019; <https://www.naturvardsverket.se/Documents/publ-filer/978-91-620-6909-4.pdf?pid=25937>

¹¹ SOU 2021:51 *Skydd av arter – vårt gemensamma ansvar*. Betänkande av artskyddsutredningen.

¹² För en genomgång av Naturvårdsverkets roll i miljöärenden, se *Myndighet för miljön* (SOU 2008:62), kapitel 9 (sid. 255ff).

generellt, då det medför orimliga konsekvenser för alla inblandade att ha en ordning som gör skillnad på inhemska och EU-rättsliga regler i ett och samma mål.

Vi menar alltså att en given utgångspunkt är att miljöbalken bör tillämpas på varje verksamhet som kan påverka arter och andra naturmiljöer av betydelse. Det innebär i sin tur att överprövningen av besluten sker i en och samma domstolslinje, vilket är en fördel med avseende på förutseende och rättssäkerhet för alla inblandade. Här finns emellertid en fråga som vi menar bör lyftas fram och diskuteras, nämligen domstolarnas kompetens och erfarenhet. Vid läsningen av ett stort antal beslut och domar har vi sett att domstolarna emellanåt gör missar i rättstillämpningen som knappast kan förklaras med annat än att sitsen är oerfaren och/eller saknar den rätta kompetensen. En återkommande sådan miss i underrättspraxis har varit att utgå från att alla fåglar inte omfattas av det strikta skyddet i AF eller att sätta artskyddsfrågan på provotid.¹³ En diskussion om en standard för god artskyddsförvaltning kan därför inte blunda för kravet att de ledamöter som ska pröva dessa frågor har den nödvändiga naturvetenskapliga utbildningen och erfarenheten av sådana miljömål. Illusionen om att det finns en allvetande domare som kan döma i alla frågor passar särskilt illa inom miljörätten. Hur den nödvändiga erfarenheten och utbildningen – inte minst inom naturvetenskap och ekologi – ska uppnås är en fråga om storleken på domstolarnas upptagningsområden, måltillströmning och internutbildning, vilket får diskuteras vidare i ett annat sammanhang. Slutligen bör vi också diskutera om det finns möjligheter att stimulera mark- och miljödomstolarna till att mera frekvent *begära förhandsavgöranden av EU-domstolen*. Idag sker det väldigt sällan, även om Sverige inte sticker ut i det avseendet jämfört med andra medlemsstater.¹⁴

3.4.4 Summering

På detta preliminära stadium kan vi identifiera följande ingredienser i en standard för god artskyddsförvaltning:

- Planering i ett landskapsperspektiv så att ett gemensamt ansvar kan tas av olika näringar och myndigheter. Planer finns idag i arbetet med övergripande grön infrastruktur och regionala handlingsplaner, liksom i branschspecifika gröna skogsbruksplaner och vindkraftsplaner. Sådana planer måste dock få större betydelse i beslutsfattandet för att artskyddet ska kunna upprätthållas och förstärkas...
- Utredningskrav på den som vill genomföra en verksamhet eller aktivitet som kan påverka arter och deras livsmiljöer på kort och lång sikt. Detta är viktigt då kunskapsläget är fragmentariskt i landskapet. Obligatoriska skogsbruksplaner över större områden kan vara en del i att fullgöra ett sådant utredningskrav. Därmed kunde en rättvisare ansvarsfördelning uppnås, då markägare med bättre kunskaper inte missgynnas...

¹³ Jfr. MÖD 2021-05-06; M 5584-20 Kroknäs kraftstation.

¹⁴ Mark- och miljödomstolens begäran om förhandsavgörande i C-473/19 *Skydda skogen* (2021) var det första målet sedan fågeldirektivet såg dagens ljus 1980 som avsåg avsiktsbegreppet i artikel 5 FD, trots att frågan är central för dess tillämpning. För färsk statistik om antalet begäran om förhandsavgöranden från de olika medlemstaterna 2008–2020, se Darpo, J: *Can nature get it right? A study on the Rights of Nature in the European context* (European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs at the request of the JURI Committee, Brussels 2021-03-01), avsnitt 5.4, på sid. 55; https://www.europarl.europa.eu/thinktank/sv/document.html?reference=IPOL_STU%282021%29689328

- En beslutsmyndighet med självständigt ansvar för att inventera miljövärden som har betydelse för beslutsfattandet. Ett sådant ansvar kompletterar det ansvar som bör läggas på markägaren att ta fram behövligt underlag för planering av verksamheten...
- Tillstånds- eller anmälningsplikt med tillräckligt tidsutrymme för den ansvariga myndigheten att kontrollera verksamhetens påverkan och meddela beslut om försiktighetsåtgärder, alternativt meddela dispens...
- Enhetlig reglering genom miljöbalken med en prövningsram som möjliggör för myndigheten att beakta påverkan i ett landskapsperspektiv och därmed kunna ställa krav på hänsyn och anpassning av åtgärder inom ett område i relation till omgivningens värden...
- Transparens och deltagande för den berörda allmänheten och andra intresserade, vilket kan ske genom användningen av digitala plattformar...
- Kommunikationer och remisser med regionala och nationella myndigheter med fackkunskaper gör att befintlig kunskap kan tillvaratas på bästa sätt...
- Beslut som tydligare förklarar myndighetens ställningstaganden såväl när det gäller att inte ingripa som att meddela försiktighetsåtgärder eller dispenser...
- En vid möjlighet att överklaga för såväl vissa fackmyndigheter som den berörda allmänheten i en och samma domstolslinje (mark- och miljödomstolarna)...

3.5 Tack

Till sist vill vi tacka alla som varit behjälpliga under arbetet. Stödet från de vindkraftsansvariga på länsstyrelserna och de tekniska råden inom miljödomstolsvärlden har varit ovärderligt, såväl vid insamlingen av materialet som i utvärderingar av texten och sammanställningen av beslut. Detsamma kan sägas om de skogskonsulenter, distriktschefer och handläggare på nationell nivå inom Skogsstyrelsen som varit oss behjälpliga; alla har varit mycket öppna, intresserade och samarbetsvilliga. Vi vill också uttrycka vår tacksamhet till alla som varit engagerade från myndighets-håll för att rapporten ska bli rättvisande; handläggare på Naturvårdsverket, Energi-myndigheten, Havs- och vattenmyndigheten, Skogsstyrelsen och länsstyrelserna. Lika glada är vi för den hjälp vi fått med läsning av texten från kollegor inom akademien, vindkraftsansvariga i näringslivet, skogsvårdare och den ideella natur-vården. Ni ska alla ha ett varmt tack för det goda samarbetet!

Källförteckning

Här är enbart angiven den litteratur som fanns med i vår ansökan till Naturvårdsverket om finansiering av PROSPEC (2016). Övrig och efterkommande litteratur framgår av avsnitt 1–3 och bilagorna till slutrapporten.

- Darpö, J: *Natura 2000 i Sverige I och II*. Juridisk tidskrift 2007/08 s. 3 resp. s. 295.
- Darpö, J: *The Public Interest and Biological Diversity*. Ur De Lege 2009, Iustus 2009, s. 201
- Darpö, J: *Rätten att klaga på miljöbeslut i EU-rättslig belysning. Del 1 och II: Europarättslig Tidskrift* 2013 p. 217 resp. p. 481
- Darpö, J: *Effective Justice? Synthesis report of the study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in the Member States of the European Union*. European Commission 2013-10-11. European Commission 2013-10-11/Scandinavian Studies of Law Volume 59: Environmental Law, p. 351
- de Sadeleer, N: *Environmental principles: from Political Slogans to Political Rules*. Oxford University Press 2002
- de Sadeleer, N: *The Precautionary Principle in European Community Health and Environmental Law*. In Implementing (...), Earthscan 2007
- de Sadeleer, N: *Assessment and authorisation of plans and projects having significant effect on Natura 2000 sites*. JEEPL 2016, pp. 263–282
- Fisher, E & Lange, B & Scotford, E: *Environmental law – Text, cases and materials*. Oxford University Press 2013
- Forsberg, M: *Skogen som livsmiljö – En rättsvetenskaplig studie om skyddet av biologisk mångfald (The Forest Habitat – A Legal Study on the Protection of Biological Diversity)*. Written in Swedish with summary in English, 326 p. Uppsala University 2012
- Haila, Y., Henle, K., 2014. *Uncertainty in biodiversity science, policy and management: a conceptual overview*. Nature Conserv. 8, 27–43.
- Jans, J & Vedder, H: *European Environmental Law after Lisbon*. Europa Law Publishing, 4th ed. 2012
- Krämer, L. *EU Environmental Law*. Sweet & Maxwell, 7th ed. 2011
- Michanek, G & Zetterberg, C: *Den svenska miljörätten*. Iustus, 3:e uppl. 2012
- Pring, G & Pring, C: *Twenty-first century environmental dispute resolutions – is there an ECT in your future?* (2015) 33 Journal of Energy and natural resources law 10
- Tamas, I., Klasson, L.M., Näslund, K., Eriksson, A.-S., Canbäck, B., Wernegreen, J. J., Sandström, J. P., Moran, N.A., & Andersson, S.G.E. 2002. *50 Million Years of Genome Evolution in Endosymbiotic Bacteria*. Science 296: 2376–2379.
- Sandström, J., Bjelke, U., Carlberg, T. & Sundberg, S. 2015. *Tillstånd och trender för arter och deras livsmiljöer – rödlistade arter i Sverige 2015*. ArtDatabanken Rapporterar 17. ArtDatabanken, SLU. Uppsala
- Strengbom, J., Dahlberg, A., Larsson, A., Lindelöv, Å., Sandström, J., Widenfalk, O. & Gustafsson, L. 2011. *Introducing Intensively Managed Spruce Plantations in Swedish Forest Landscapes will Impair Biodiversity Decline*. Forests 2(4):610–630.
- Westerlund, S: *Miljörättsliga grundfrågor 2.0*, Åmyra Förlag, 2003

Bilaga 1: Understanding the Nuts and Bolts

Scientific and Technical Knowledge in Environmental Litigation: National solutions, EU requirements and current challenges

B1.1 Introduction

As the reader is well aware, environmental decision-making under EU law is often based on complex scientific assessments made by administrative authorities. Those assessments may be challenged in court by different actors who oppose environmentally hazardous activities and non-sustainable use of natural resources, contesting the legality of the decisions at stake. Against this backdrop, the ability for the national courts to independently evaluate scientific and technical information is of the utmost importance for the effectiveness of EU obligations in this field of law.

It is evident that when analysing how different legal systems within the Union use scientific evidence in environmental cases, we must deal with an (other) encounter between the *procedural autonomy* of Member States and the EU law requirement for *effective justice*. In this article I shall discuss what this encounter means when environmental decision-making is challenged in court in some of the legal systems of the EU. I shall start with a few remarks on the *characteristics of environmental law* and the use of legal-technical standards in this sphere of law. This is followed by a couple of conclusions that can be drawn from the case-law of the CJEU concerning *what requirements EU law set up* for how national courts should take scientific and technical information into account on environmental litigation. Thereafter, I will discuss a couple of key issues concerning the use of scientific and technical evidence in environmental litigation in the national courts. To begin with, *who are the providers* of scientific evidence in environmental cases and *what obstacles* litigants may meet in different legal systems, for example; concerning costs and the availability of independent experts. The next key issue concerns the possibilities different legal systems provide for the *national courts to make their own evaluation of scientific and technical information*. Here, I shall discuss issues concerning both the *competence* of the reviewing court itself, and the potential for them *to ask for advice* from independent experts and expert panels outside the administration. To a certain degree, this question is related to how deeply the national courts will examine the administrative decision-making, the so-called *intensity of review* in environmental litigation. In this respect, the legal systems of the Member States show significant varieties which can be partly explained by different traditional legal philosophies concerning the relationship between policy-makers and judiciary. The article is closed with a couple of conclusions about the main challenges concerning scientific and technical evidence in environmental litigation.

B1.2 Characteristics of environmental law

The answer to, “What are the main characteristics of environmental law?” will depend upon whom one asks. Nevertheless, most will probably point to some of these key aspects:

- It is an area of law that deals with *sustainable development*, the needs of future generations and the use of nature resources...
- Environmental law is heavily influenced by – or even almost entirely rests upon – *international law and EU law obligations*...
- It also deals with *strong economic interests*, where conflict between operators and the public is often intense. Testimony on this is evident in all Member States – for example, concerning nuclear power, permits for water operations, species protection, etc...
- The requirements established by the legislation in this area of law, are commonly an expression of *public interests of conflicting nature*. Typically, it has an environmental aim such as the protection of water, air and soil or nature conservation or a sustainable use of natural resources, but these are also balanced against other interests of societal importance such as economic development, social and cultural requirements and regional and local interests. Sometimes, even the environmental interests expressed in the legislation are conflicting among themselves, for example, between the promoting of renewable energy and species protection...
- Basically, we are dealing here with *mandatory law* with little room for derogations or agreements between parties. In many legal systems the courts are obliged to undertake investigation of cases of their own accord by way of the *ex officio* (inquisitorial) principle. Consequently, the court is not only required to arrive at the correct interpretation of applicable law, but also to a certain extent the facts in the case...
- And those facts contain *significant features of nature science and/or technical assessments*...

Thus, environmental law deals with different activities and their factual or more or less foreseeable impacts on today’s and tomorrow’s environment, and – to a certain extent – human health. In order to evaluate such impacts and risk assessments, environmental law makes wide use of “legal-technical” standards and “proxies”. Such standards are; for example, “significant impact on the environment” (EIA Directive¹), “good ecological status” (WFD²) or “likely to have a significant effect on the conservation objectives” (Habitats Directive³). In addition, “soft” guidelines or “proxies” are used to operationalize the requirements in law. BREFs and BAT Conclusions under the IED⁴ cannot be described as guidelines, as they

¹ Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, OJ L 26.

² Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy.

³ Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the Conservation of Natural Habitats and of Wild Fauna and Flora.

⁴ Directive 2010/75/EU of 24 November 2010 on industrial emissions (integrated pollution prevention and control), OJ L 334.

are outwardly strict, but commonly leave room for a different understanding in the national application of permit requirements for large installations. Examples of “soft” guidelines with substantial effect on the understanding of EU law are the Common Implementation Strategies (CIS) under the WFD, negotiated outcomes from meetings of the “water directors” from the Member States.⁵ Further, different guidelines and positions from the Commission apparently have a great impact on the understanding of EU law – either they are official documents or positions in cases before the CJEU. The different guidance documents under the Habitats Directive – most importantly the ones on the managing of Natura 2000 sites and the strict protection of animal species of Community interest – can be used as illustrative examples of the former.⁶ Examples of the latter can be found in infringement cases brought by the Commission or interventions in other cases in the CJEU. There are also other kinds of documents, which may have been described as “best practices” by the Commission, but their legal values are less clear. In addition to this, the use of “proxies” is widespread among the different areas of environmental law. Those are indicators of the status of key elements of the environmental, such as IUCN’s Red List of threatened species. Another example is, the use of “key habitats” and “indicator species” in nature conservation law.

One of the problems related to the use of legal-technical standards is that they may seem quite clear and concise, yet are quite dubious in relation to their application. One such example is, “Favourable Conservation Status (‘FCS’) for species, the definition given in Article 1(i) of the Habitats Directive. According to this provision, the conservation status of a species means the sum of the influences acting on the species that may affect the long-term distribution and abundance of its populations within the European territory. The conservation status is favourable when the population dynamics data indicate that the species is maintaining itself on a long-term basis as a viable component of its natural habitats, the natural range of the species is neither being reduced nor is likely to be reduced for the foreseeable future, and there is, and continues to be, a sufficiently large habitat to maintain its populations on a long-term basis. For a lawyer, this is a clear-cut definition based on ecological criteria. However, from the ecological point of view, definitions such as “viable component of its natural habitats”, “maintain itself” or “long-term basis” are legal definitions which require additional information. This can be illustrated by the wolf debate.⁷ What does long-term mean for such a species; are we talking about 100 or 1,000 years? And what about “maintain itself”? Does that include human intervention, such as the translocation of wolves from one area to another, the placing out into the wild of puppies from zoological gardens or creating corridors through the reindeer herding areas? In addition to this, even if we manage to clarify those issues, the application of the FCS concept is very complex in many situations, including assessments of the importance of populations at the outer range of their distribution areas, national responsibility for the protection of

⁵ It is noteworthy that these directors commonly do not have any mandate or assignment from the Member State, a fact that has been criticized; see Josefsson, H: *Ecological Status as a Legal Construct—Determining Its Legal and Ecological Meaning*. 27 *Journal of Environmental Law* 23 (2015).

⁶ *Managing Natura 2000 sites: The provisions of Article 6 of the ‘Habitats’ Directive 92/43/EEC* (European Commission, 2000) and *Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitats directive 91/43/EEC* (European Commission, 2007).

⁷ See Y. Epstein, J.V. López-Bao and G. Chapron, *A Legal-Ecological Understanding of Favorable Conservation Status for Species in Europe*, *Conservation Letters* (2015), pp. 81–88.

certain species and the “continued ecological functionality” of habitats, and so on. In summary, while the use of legal-technical standards is an essential tool in environmental decision-making, it does require close cooperation between law and the science of different disciplines.

B1.3 EU environmental law and scientific assessments

B1.3.1 Review of both procedural and substantive requirements

A reasonable starting-point for the discussion about scientific evidence in environmental litigation in the Member States is that EU environmental law requires that the legal systems of Member States offer the public concerned the possibility of obtaining a legality control of administrative decisions and omissions on *both procedural and substantive requirements* of that law. In some pieces of legislation this is expressly prescribed, whereas in others it follows from the principle of useful effect (*effet utile*). An obvious example of such an express provision is Article 11.1 of the EIA Directive, which states that the public concerned shall have access to a review procedure before a court of law or another independent and impartial body to challenge the substantive or procedural legality of decisions, acts or omissions under that directive.

However, it is not always an easy task to distinguish these two aspects from each other. Normally, when we discuss procedural legality we deal with formal requirements for permit applications or notifications, such as time limits, transparency, consultation of different authorities, as well as open hearings and communications with the public and other stakeholders. Procedures under the EIA Directive and the Habitats Directive give many examples of such procedural requirements, and this can perhaps also be said – at least superficially – about the content of EIAs and Appropriate Impact Assessments (AIA). According to the case-law of the CJEU, the public must be able to *invoke any procedural defect* in support of an action challenging the legality of decisions covered by the EIA Directive. It is permissible for national courts to dismiss arguments concerning minor errors in procedural matters with little or no impact on the outcome of the case, but it is up to the administration to show such insignificance in the case.⁸

B1.3.2 Case-law and legal doctrine

In going further on the issue of how intensively the national courts are obliged to review substantive issues according to EU environmental law, things become more complex. This question about “the scope of review” has not been discussed much in the legal scholarship of environmental law, but mostly in other areas of law, commonly taking stock from how the CJEU has dealt with the matter. The general conclusion seems to be that it suffices if the national systems offer a judicial review enabling a control whether the administration has committed any “manifest

⁸ C-72/12 *Altrip* (2012), pp. 48–54.

errors” in the decision-making under EU law along the lines expressed already in the *Upjohn* case from 1999.⁹ Although a complete review is thus not required, the national courts should as a minimum be able to establish whether the evidence relied on by the administration is accurate, reliable and consistent. The information must also be so complete and of such a quality that it is possible to evaluate if the conclusions drawn by the administration can be substantiated from it.¹⁰ This is also the point of departure for Mariolina Eliantonio in a recent article, where the reasoning is expanded to environmental litigation, making reference to C-293/97 *Standley* (1999), C-72/12 *Altrip* (2012) and C-137/14 *Commission v. Germany* (2015).¹¹ She concludes that there is no case-law which clearly sets a minimum standard of review for national courts in environmental litigation and that the standard of review performed at the European level has never officially departed from the ‘manifest error’ threshold. But even so, she emphasises that the CJEU has made clear that this entails checking the reliability and accuracy of the evidence presented before them. She then argues that this threshold should equally be applicable before national courts, requiring them to have adequate procedural means to access the scientific knowledge necessary to review the technical choices of the public authorities.

To a certain extent, the scope of review in environmental proceedings is also touched upon in the 2017 Commission’s Notice on access to justice.¹² The Notice mainly refers to the case-law of the CJEU, but also draws some cautious conclusions from that jurisprudence.¹³ Here reference is made to C-71/14 *East Sussex* (2015), which dealt with the requirements for access to environmental information according to Directive 2003/4 (EID¹⁴). In this case, the CJEU made clear that judicial procedures in the Member States must enable the national court *to effectively apply the relevant principles and rules of EU law* when reviewing the lawfulness of an administrative decision to deny such access.¹⁵

B1.3.3 Starting-point for the discussion about the intensity of review in environmental cases

For my own part, I think that a sensible starting-point is that each field of EU law must be understood by way of its own characteristics. Therefore, one must be cautious when drawing conclusions from other fields of EU law and especially from the CJEU’s own attitude to “the scope of review” in cases before it. After all, there is a difference between that Court’s scrutiny of the Commission’s doings or

⁹ C-120/97 *Upjohn* (1999), C-92/00 *Krankenhaustechnik* (2002), C-55/06 *Arcor* (2008), C-71/14 (2015), C-12/03 *Tetra Laval* (2010), see Jans; J & Widdershoven, R & de Lange, R & Prechal, S: *Europeanisation of Public Law*. Europa Publishing 2007, pp. 90–95.

¹⁰ C-12/03 *Tetra Laval* (2005) p. 39.

¹¹ Eliantonio, M: *The Impact of EU Law on Access to Scientific Knowledge and the Standard of Review in National Environmental Litigation: A Story of Moving Targets and Vague Guidance*, European Energy and Environmental Law Review (2018), pp. 115–124.

¹² Commission Notice on Access to Justice in Environmental Matters. Communication from the Commission (Brussels, 28.4.2017 C (2017) 2616 final), Official Journal 18/8-17; 2017/C 275/01.

¹³ See Darpö, J: *On the Bright Side (of the EU’s Janus Face). The EU Commission’s Notice on Access to Justice in Environmental Matters*. Journal of European Environmental and Planning Law (JEEPL) 2017, p. 373.

¹⁴ Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC.

¹⁵ C-71/14 *East Sussex* (2015), p. 58.

the national implementation of EU law requirements, compared with the national courts' review of the administrative decision-making under EU law. This is all the more important as the CJEU has, in recent years, clearly emphasised the responsibility for the national courts to act as protectors of the rule of EU law. In truth, very little has been expressly said by the CJEU about what is required from the national courts when they are scrutinizing administrative decisions under EU environmental law. But when one looks closer into the CJEU's jurisprudence in this field of law, some conclusions can be drawn on the reasoning on the specifics of some cases. In this way, at least a minimum standard may be created.

To begin with, in C-263/08 *Djurgården*, the Court made clear that the access to justice requirements in the EIA Directive included the possibility to challenge the outcome of those proceedings; that is, the decision to authorize the project.¹⁶ Later on, more guidance from the Court was given in a couple of cases concerning the implementation of the EIA Directive in Germany, most importantly C-115/09 *Trianel* (2011) and C-137/14 *Commission v. Germany* (2015). In *Trianel*, the CJEU said that the access to justice provision in the EIA Directive made clear that decisions, acts or omissions by the administration must be reviewable in court as regards their substantive or procedural legality, "without in any way limiting the pleas that could be put forward in support of such an action".¹⁷ As the reader is well aware, this was the case where the CJEU clarified that environmental non-governmental organisations (ENGOS) by definition have rights and interests to protect the environment and that the national procedures therefore must enable them to challenge both national legislation implementing EU law requirements, as well as provisions in EU law having direct effect.¹⁸ Thus, as the ENGOS have "rights" that may be infringed upon if the administration does not correctly apply such rules, they must be able to obtain a review in the national court on both the procedural and substantive aspects of the decision in its entirety.¹⁹ Yet another important step was taken in late 2017 by the CJEU in C-664/15 *Protect*. In this case, the Court first made the often repeated statement from the *Slovak Brown Bear* case about Article 9(3) of Aarhus not having direct effect in EU law.²⁰ But then it added that Article in conjunction with Article 47 of the Charter and the substantive provision at stake – that is Article 14(1) of the Water Framework Directive (WFD²¹) – shall be interpreted as meaning that a duly constituted environmental organization must be able to contest before a court a decision granting a permit for a project that may be contrary to the obligation to prevent the deterioration of the status of bodies of water as set out in Article 4 of the WFD. If the procedural rules in the Member State do not allow for this under the doctrine of compliant interpretation, it would then be for the national court to disapply those provisions.²² In my view, this judgement is a step forward compared with the *Slovak Brown Bear*, as the CJEU emphasizes that the principle of judicial

¹⁶ C-263/08 *Djurgården*, p. 42.

¹⁷ C-115/09 *Trianel*, p. 37, reiterated in C-72/12 *Altrip* (2012), p. 36 and 47, also C-137/14 *Commission v. Germany* (2015), p. 47.

¹⁸ C-115/09 *Trianel*, pp. 45 and 48.

¹⁹ C-137/14 *Commission v. Germany* (2015), pp 61 and 80.

²⁰ C-664/15 *Protect*, p 45. A summary of the case can be found on the website of the Task Force on Access to Justice under the Aarhus Convention; <https://www.unece.org/env/pp/tfaj/jurisprudenceplatform.html>

²¹ Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy.

²² C-664/15 *Protect*, pp 55–58.

protection applies generally as regards unconditional and sufficiently precise provisions of environmental directives. In her opinion, Advocate general Kokott empathized that this is not giving Article 9(3) direct effect in EU law “by the back door” so to say, but rather the logical consequence of the *effet utile* of Article 4 of the WFD, applied in the light of the principle of judicial protection.²³ I can hardly contest her conclusion, but only point to the fact that the legal protection of the provisions at stake equals a situation when Article 9(3) of Aarhus do have direct effect into EU law.

B1.3.4 Conclusions about the intensity of review in environmental matters

Thus, I contend that when comparing what is said as a starting-point for the discussion with the specific requirements for a permit, for example, the “second Waddenzee criterion” – where it is said that a project that may have a significant effect on a protected site under Natura 2000 can only be authorized if the administration has ascertained that “no reasonable scientific” doubt remains as to the absence of adverse effects to the integrity of site²⁴ – this seems to leave very little room for administrative discretion. I find it hard to understand how a judicial review only controlling whether the administration has committed a manifest error in the permitting of a such project is compatible with this criterion, which clearly is formulated by the CJEU for the Member States’ courts to apply. If the national court neglects to make an evaluation of its own on this issue, how would it be able to control whether there remained any reasonable scientific doubt concerning such effects? Similar arguments may be raised concerning other technical or nature scientific formulas in environmental law, such as the evaluation of the non-deterioration criterion in Article 4(1) WFD when permitting activities with negative impact on water bodies or risk assessments for chemicals.

Does this mean that the national courts are obliged to undertake investigations of their own accord on the technical or nature scientific matters in environmental cases? The Commission’s Notice on access to justice answers this to the negative.²⁵ In my understanding, this conclusion is based upon the *Kraaijeveld* case, where CJEU said that the ex officio principle only shall be applied when it is required by national law.²⁶ Mariolina Eliantonio criticizes the conclusion in the Commission’s Notice as contradicting requirements expressed in other judgements from the CJEU, where it is made clear that national courts must be able to establish not only that the evidence before them is accurate, reliable and consistent, but also whether it contains all the information necessary. Although I tend to agree with Eliantonio, perhaps there is no contradiction between the two view-points depending on what is meant by “own accord”. The judicial review in these situations may be done by way of the court’s scrutinizing the material in the case. Generally, as illustrated in Article 6(3) of the Habitats Directive, permit requirements in EU environmental law is based upon the precautionary principle. If the court in applying this principle

²³ AG Kokott’s opinion in C-664/15, para 91.

²⁴ C-127/02 *Waddenzee* (2004), p. 59.

²⁵ Commission Notice on Access to Justice in Environmental Matters, para 139.

²⁶ C-72/95 *Kraaijeveld* (1996), p. 57, see the Commission’s Notice para 149.

finds that the information does not substantiate the findings of the administration, it can either quash the decision, or – at least in many legal systems – ask the applicant or the administration to supplement the information. Thus, even when the court is not required to investigate the case “of its own accord”, such a request would in most cases be equally effective. And even if the national system is restricted when it comes to these opportunities for the court to investigate, it is still required by EU law that the review is rather intense.

B1.4 Actors in environmental cases

B1.4.1 The public concerned; individuals, groups and organisations

Another important factor when we discuss the implementation of technical and nature science evidence in environmental decision-making concerns *the supplier of that information*. Main producers of such knowledge are, of course, the administration and the industry concerned, and normally the facts in the case are presented in EIAs or investigation material from specialized authorities or in-house expertise within the administration. In some areas of law, one may actually claim that industry is “self-regulating” since the administration cannot match the level of scientific knowledge of those who are the objects of the regulation. One such example is the nuclear industry, where the legislator tries to make up for this imbalance by conditioning the permits with very high contributions to be paid by the operators to help fund research on the area.²⁷

However, many court cases are brought by ENGOs having in-house expertise on technical and nature science issues, for example, on the ecology of species or air pollution. In these situations, the standpoints of the administration are challenged with advanced technical and scientific knowledge and the argumentation is performed at an advanced level. Examples of such ENGOs are the Vogelbescherming Vlaanderen in Belgium, Lesoochranárske Zoskupenie VLK in Slovakia, the Royal Society for the Protection of Birds (RSPB) and the Friends of the Earth in the UK, the German Bund für Umwelt und Naturschutz (BUND) and Naturschutzbund Deutschland (NABU), organisations which have all successfully brought environmental cases in national courts.²⁸

Cases brought by individuals can be more problematic, especially in those legal systems where they are allowed to invoke general environmental issues once they have been let through the gates into court. The reason for this is that individuals often lack the required expertise to evaluate the facts that the administrative decision is based upon – for example, on issues concerning pollution of water courses, the impact on species and the risks involving the use of chemicals. But of course, there are exemptions to this rule. One such renowned case is *Ron Hart v. Anglian Water*, which resulted in the highest fines ever in the history of environmental

²⁷ For example in France, see Planning Act No. 2006-739, as reported in OECD Nuclear Energy Agency (NEA), Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries – Regulatory and Institutional Framework for Nuclear Activities – France, 2011.

²⁸ For an overview, see the case-law database of the Task Force on Access to Justice, today covering more than 100 cases from a variety of countries (see footnote 20). Most of these cases have been brought by ENGOs.

crimes in the UK.²⁹ In a private prosecution – using a guidance document from the Anglers’ Association, investigations of his own and a technical consultant – Mr Hart succeeded in getting the Anglian Water company convicted of polluting the River Crouch with sewage water and fined £200,000. In addition, the company was found liable for Mr Hart’s investigation costs in the case. There are similar examples from many of the legal systems within the EU. In Sweden, individuals with standing in environmental cases are allowed to invoke any issue to advance their cause. As a result, it is not that unusual to have planning decisions quashed by the courts, not because of matters that lie close to the heart of the complainant, but for flaws in the investigation on the development’s impact on the environment, such as protected species. This is not an unusual situation concerning wind farms and their impact on birds and bats.³⁰ Other cases have involved housing developments clashing with the interests of the great crested newt (*Triturus cristatus*)³¹ or the European green toad (*Bufo viridis*).³² Also, a well-known phenomenon in several countries is that a small number of individuals with special competence can set up an ad hoc organisation for mainly litigation purposes. Perhaps the most famous of these are Surfers against Sewage, who successfully brought action in the English courts against a permit by the local authority to discharge sewage in the waters of North Cornwall.³³ The Danish animal welfare organization DØR³⁴ is another example, as well as Latvijas Ezeri³⁵ for the protection of lakes in Latvia. Furthermore, in cases concerning large scale activities or very controversial projects, the public at large may also be an important provider of evidence on a wide range of issues, not only concerning societal factors, but even on technical and nature science knowledge that the court might include in the review. The frequent environmental litigation under civil suits provisions in the USA provides us with manifold examples, such as *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe* in Tennessee³⁶ and *Children’s Trust* in Washington.³⁷ In this issue, both Goda Perlaviciute, Lorenzo Squintani & Hendrik Shoukens and Alexandra Aragão in their contributions discuss problems concerning public participation in other large scale projects.

B1.4.2 Experts in environmental litigation

The role of the experts is another key issue when discussing providers of technical and nature science evidence in environmental litigation. In some cases, there are numerous experts in the field who are assigned, not only by the administration

²⁹ *Ron Hart v. Anglian Water* (Court of Appeal 21 July 2003), [2004] Env. L.R. 10; see also ENDS (326) March 2002, s. 54 and BBC News; http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/1875563.stm

³⁰ Backes, CW and Akerboom, S., *Renewable energy projects and species protection. A comparison into the application of the EU species protection regulation with respect to renewable energy projects in the Netherlands, United Kingdom, Belgium, Denmark and Germany*, Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law, 2018 and the cases referred to therein.

³¹ RÅ 2005 ref. 44 *Kullavik* and RÅ 2006 ref. 88 *Boberg*.

³² MÖD 2014:4 *Vellinge ängar*.

³³ *R vs Carrick District Council ex p Shelley*, [1996] Env LR 273, se Jones, B & Parpworth, N: *Environmental liabilities*. Shaw & Sons 2004, p. 454ff.

³⁴ Det Økologiske Råd (The Ecological Council), see www.ecocouncil.dk

³⁵ See <https://company.lursoft.lv/latvijas-ezeri/40003576810>

³⁶ *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe* (Supreme Court; 401 U.S. 402 (1971)).

³⁷ *Foster v. Washington Department of Ecology* (Wash. Ct. App. 2017-09-05, No 75374-6-1). For those readers who are interested in US-American statistics on environmental litigation, see Salzman, J & Ruhl, JB: *Who’s number one?* The Environmental Forum (Washington DC) 2009, p. 36.

and industry, but also by the public concerned and ENGOs. However, the cost of expert advice is usually borne by the parties and can be considerable; for example, for obtaining frequently necessary factual evidence such as aerial photographs, noise measurements or laboratory analyses. These costs are widely reported as being beyond the budgets of some ENGOs.³⁸ Sometimes costs for expert advice can be reimbursed from the losing party; but even so, it can be problematic raising the necessary funds at the beginning of the proceedings. Another problem is that in some areas the experts are few and heavily dependent upon industry for their outcome. They may therefore be reluctant to accept assignments from other actors in environmental cases, something which has been reported from German ENGOs as being a problem concerning noise experts.³⁹

This issue touches upon the more general question about the independence of experts. This is an ongoing discussion and efforts have been made, for example, in the latest amendments to the EIA Directive to ensure the quality of the underlying investigations in this respect.⁴⁰ In some countries, the EIA procedure is managed by a specially assigned administrative body and concluded with a separate statement in order to guarantee the quality of the investigation. In Finland, this task is fulfilled by regional centres for economic development, transport and the environment (NTM-centraler).⁴¹ Although not binding, these statements are normally decisive when the permit cases are brought to the environmental courts. Similarly, in the Netherlands, the Commission for environmental assessment (Commissie voor de milieueffectrapportage, CMER) prepares mandatory and voluntary advisory reports for the competent authorities on the scope and quality of EIAs.⁴² In other countries, it is for the permit body to decide on the quality of the EIA. In my experience, this solution is prone to a more narrow-minded perspective, as requests for investigations about cumulative effects and suchlike are often regarded as “unnecessary” in the light of the on-going case.⁴³ In any event and whatever solution the national system offers, the competence of the court or reviewing body is decisive, including the responsibility for examining the facts in the cases in question of their own accord. I shall return to that topic later.

³⁸ See Darpö, J: *Effective Justice? Synthesis report of the study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in the Member States of the European Union*. European Commission 2013-10-11. European Commission 2013-10-11 (http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm)/Scandinavian Studies of Law Volume 59: Environmental Law, p. 351, section 2.4.

³⁹ Interview 2011-05-21 with Peter Rossner & Dirk Tessmer, Bund Naturschutz in Frankfurt.

⁴⁰ Article 5.3 in EIA Directive (2011/92).

⁴¹ http://www.ym.fi/en-US/International_cooperation/Environmental_impact_assessment

⁴² <https://www.commissiener.nl/advisering/watbiedtdecommissie>

⁴³ In a recent comparative study from the Universiteit Utrecht on the permitting of wind farms and protection of species, the English reporters (Fiona Mathews & Donald McGillivray) say that cumulative effects pose a “huge challenge, especially regarding offshore wind farms in areas like the North Sea, where a kind of ‘gold rush’ has occurred, with smaller farms coming in first and making effective decision-making (e.g. a lower number of bigger farms) difficult”, see Backes, C & Akerboom, S: *Renewable energy projects and species protection. A comparison into the application of the EU species protection regulation with respect to renewable energy projects in the Netherlands, United Kingdom, Belgium, Denmark and Germany*. Utrecht Centre for water, oceans and sustainability law. Report commissioned by the ministries of Economic Affairs and Climate and Agriculture, Nature and Food Quality, Amsterdam 2018-05-28, UK section 7, page 148.

B1.5 Procedural autonomy of Member States

B1.5.1 Different legal systems and traditions

Judicial review of the administration's decision-making under EU environmental law is (still) applied in 28 different legal systems under the concept of procedural autonomy of the Member States. Three of these – UK, Ireland and Malta – are usually described as “common law systems” and the rest belong more or less to the civil law system. There are also other ways of distinguishing the legal systems in the EU, but I would not overemphasize the differences as we are basically dealing with administrative black-letter law, implementing EU directives on environmental matters. Having said that, the traditions in each system do have an impact on how legality control is performed by the national courts, especially concerning the role of the parties in the particular case and the “intensity of review”. I would further assert that the general “trust” between the administration and the courts plays a certain role in this respect. In some countries, it is quite clear that the starting-point for any judicial review of decision-making is that the administration has the competence and knowledge to draw proper conclusions from the facts in each situation and that those who challenge this position must prove them wrong or show procedural flaws of importance to the case. In others, the court is much more willing to delve into the matters of the case in order to reach a position of its own.

B1.5.2 The intensity of review

Be that as it may, it is clear that there are substantial differences concerning the depth of judicial review of administrative decisions in the various countries within the Union. On the one hand, we have reformatory systems where the court decides the case on its merits. Commonly, this also means that the court substitutes the administrative decision with a new one of its own. This is the basic position of judicial review in both Sweden⁴⁴ and Finland.⁴⁵ This is similarly true when permits for IED installations are challenged by way of *recours contentieux* according to the French Environmental Code (and tradition).⁴⁶ Substitution also exists in certain cases in the Netherlands (“zelf in de zaak voorzien”).⁴⁷ On the other hand, we have

⁴⁴ Darpö, J: *Access to Justice in Environmental Decision-making in Sweden. Standing for the public concerned, the scope of review on appeal and costs*. Study 2015 for the German research institute Ufu on behalf of the Ministry of the Environment. In *The legal debate on access to justice for environmental NGOs*. Umweltbundesamt 99/2017, Chapter 6 (pp. 125–150), also published on www.jandarpa.se /In English.

⁴⁵ Hollo, E & Kuusiniemi, K & Vihervouri, P: *Environmental Law and Administrative Courts in Finland*. Journal of Court Innovation 2010, p. 51 (https://www.nycourts.gov/court-innovation/Winter-2010/JCI_Winter10a.pdf) and Waris, E: *Study on the Implementation of Article 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in 11 of the Member States of the European Union – Finland*. Country report under the European Commission 2012/13 Access to justice studies; http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm

⁴⁶ See the national report written by M. Prieur and included in A. Schmidt and others, *The legal debate on access to justice for environmental NGOs – A discussion of arguments and positions concerning access to justice for environmental NGOs as well as a legal comparative contribution to the further discussion of access to justice for environmental NGOs Summary and English appendices (national reports)*, Environmental Research of the Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation, Building and Nuclear Safety, 2017, available at <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen> (accessed November 2018).

⁴⁷ See de Graaf, KJ & Marseille, AT: *Final dispute resolution by the Dutch administrative courts: Slippery slope or efficient remedy?* In *On judicial and quasi-judicial independence* (eds. S Comtois & KJ de Graaf), Governance & Recht (Eleven International Publishing, Den Haag), No 7, p. 205

systems where legality control is very formal and where the court mostly focuses on procedural aspects of the environmental decision, allowing the administration almost full discretion on the substance of law. This is how I perceive the judicial review in Portugal⁴⁸ and Spain,⁴⁹ but also under different regimes based on *actio popularis* or citizen suits in other Member States. Although most legal systems lie somewhere in between these two outer positions, judicial review is commonly cassatory, meaning that the court will either accept the administrative decision or quash it.

To a certain extent, the differences in attitudes about the depth of the judicial review seems to relate to whether an administrative procedure or civil procedure is applied in court. In the civil procedure, the basic presumption is that it is up to the parties to the proceedings to make their case, without too much intervention from the court. In addition, the procedure is commonly based on oral evidence before the court, the hearing of witnesses, and so on. In contrast, the administrative procedure is mostly based on written evidence and often the court has to investigate all arguments in the case of its own accord in line with the *ex officio* (or *inquisitorial*) principle. Accordingly, elements such as site visits are much more usual in these systems, compared with those that apply civil procedural principles in environmental cases.⁵⁰ As mentioned, one would expect that courts operating according to the inquisitorial principle also have reformatory powers, but this is not always the case. For example, the Belgian Council of State has, up to a point, certain reformatory powers, but cannot substitute an administrative decision by itself. On the other hand, when a court operates according to an intense review procedure, usually the decision to remit the case back to the authority will be issued along with clear instructions about what to do next. Under such circumstances, the administrative discretion will be limited as the authority will have to respect the court's reasons for quashing the decision.

This kind of supervision from the judiciary is even more direct under the *bestuurlijke lus* (administrative loop) which has been introduced in the Netherlands,⁵¹ and to a more limited extent in the Flemish region in Belgium.⁵² The legislator's aim with this instrument is to avoid lengthy proceedings and increase legal certainty for all parties. The Dutch version of the administrative loop allows the court – at any stage of the proceedings when it finds unlawful elements in a contested

⁴⁸ In the Portuguese contribution to the 2013 report to the Commission on the implementation of Article 9(3) of Aarhus in the member States of the Union, Alexandra Aragão claimed that the courts in her country have an “obsession with formal requirements”, mainly due to an overwhelming workload and lack of training in environmental matters, see http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm; Portugal, p. 30.

⁴⁹ See Angel-Manuel Moreno Molina's country report in the above-mentioned Commission study; http://ec.europa.eu/environment/aarhus/access_studies.htm; Spain, p. 11

⁵⁰ This is of course a generalization. The Vermont Environmental Court – alone in its kind in the USA – applies civil procedural rules in environmental cases, but the process is still reformatory and site visits are commonly performed, see Merideth Wright's contribution in this issue, chapter 6.

⁵¹ Jansen, S: *The Dutch administrative loop under scrutiny: How the Dutch (do not) deal with fundamental procedural rights*. Maastricht Faculty of Law Working Paper 2017-3.

⁵² The original Flemish version of the loop was more restricted, as it only applied to formal irregularities in the decision at stake and the authority was not invited to undertake any changes in the substance of the decision, see Bortels, H: *The Belgian Constitutional Court and the administrative loop: A difficult understanding*. IUS PUBLICUM Network Review No 2/2016 (2016-06-15). That version of the legislation has however been annulled by the Constitutional Court with its judgment N° 74/2014 (<http://www.const-court.be/public/n/2014/2014-074n.pdf>). A new version of that legislation, much closer to the Dutch example, has subsequently been found to conform with the Constitution by the Constitutional Court in its judgment N° 153/2006 (<http://www.const-court.be/public/n/2016/2016-153n.pdf>).

decision – to issue an interim judgement, while informing that it will annul the decision if it is not corrected in certain aspects. While doing this, the court also gives guidance to the authority, granting the possibility to repair the irregularities in the decision by way of supplementing the material, giving better explanations to the findings or to undertake any other measure suitable for the purpose, including the issuing of a new decision. When this is done, a final judgement will be made by the court on the thus amended or restored decision. In this way, the judgement has “retroactive effects” in that respect that the original decision will be annulled and replaced by a new one.

B1.5.3 The competence of the court

Equally important is the competence of the court which deals with judicial review in environmental cases. It is worth noting that the national legal systems also vary greatly. At one end, we have countries where judicial review in environmental cases is performed by general courts with limited experience and no specific knowledge in these matters. Administrative courts exist in many Member States and one would expect such courts to have better knowledge in environmental issues as part of administrative law, at least on a general level. Then there are countries where the courts are organised in “environmental benches” – that is, general or administrative courts with law-trained judges specializing in environmental and planning law. When we get closer to the other end of the spectrum, we have courts equipped with in-house expertise in technical and nature science matters, as well as environmental courts with technical judges deciding cases on the same footing as law-trained judges.⁵³ Some of these bodies are not named “courts” but tribunals, examples being the Nature and Environmental Appeals Board in Denmark (Natur- og Miljøklagenævnet), the Planning Appeals Board (An Bord Pleanála) in Ireland, the Environmental and Development Planning Tribunal in Malta and – before 2015 – the Austrian Independent Environmental Senate (Umweltsenat).⁵⁴ Some of these tribunals are regarded as independent and impartial bodies meeting the requirements of both Article 6 European Convention on Human Rights (ECHR) and Article 267 TFEU.

However, the competence of the court cannot exclusively be evaluated from its members. In many countries, courts in environmental proceedings are required – or at least have the possibility open to them – of remitting questions to highly specialized bodies of expertise on different environmental issues. Commonly, these functions are performed by institutions within the ordinary administration, such as national agencies or institutions within the scientific community. In some countries, however, a further step has been taken by the creation of boards of independent experts, created for the sole purpose of helping the administration and courts on scientific issues. In the Netherlands, alongside the above-mentioned Commissie voor de milieueffectrapportage (CMER), there is the Foundation for advising the administrative judiciary (Stichting Advisering Bestuursrechtspraak, StAB), which

⁵³ See Mikael Schultz’ contribution in this issue, chapter 7.

⁵⁴ The above-mentioned (footnote 45) Journal of Court Innovation 2010 (https://www.nycourts.gov/court-innovation/Winter-2010/JCI_Winter10a.pdf) contains an interesting article about the Umweltsenat by Verena Madner, former president of the senate and today professor of public law, environmental law and public and urban governance at Wirtshafts Universität Wien.

is mostly used in environmental and planning law cases.⁵⁵ With some 40 independent and highly qualified “advisors”, this body provides the Raad van State (Supreme Administrative Court) and the districts courts with answers on specified questions on certain technical aspects in environmental and planning cases.⁵⁶ In my view, both the CMER and the StAB may serve as models for how to handle technical and scientific evidence in environmental litigation.

B1.5.4 The costs of the proceedings

Still another key factor when discussing technical and nature science evidence in environmental litigation concerns costs. On a general level, costs in environmental proceedings include administrative appeal fees, court fees and other court costs, lawyers’ fees, expert and witness fees and bonds for obtaining injunctive relief (also called securities or cross-undertakings in damages).⁵⁷ Most relevant here are the costs for specialized lawyers and expert advice. The principle for cost allocation is important, and most systems apply the “Loser Pays Principle” (LPP). Representation by lawyer is also the general rule in almost all systems, at least in the highest court levels. As already mentioned, expert advice can in some instances be very expensive. For France, the average figure mentioned for environmental cases some years ago was €15,000 for such advice. Concerning the larger ENGOs, they are quite often highly specialized and can contribute with advanced knowledge on technical and nature science issues in environmental cases. They are also well aware of the legal matters and are often represented by in-house lawyers. Not least, cases brought at European level by established organisations such as Greenpeace and ClientEarth are examples of this. But this is often not the situation for individuals, small ENGOs and ad hoc groups. They may be wholly depending upon the existence of legal aid to bring their cases, something which is not always available for environmental cases and rarely covers expert costs. On the contrary, the legal systems of the Member States to the EU sometimes show appalling examples of lack of “equality of arms”, a school book example being the *MacLibel* case from the UK.⁵⁸ On the other hand, one must also remember that costs for expert advice are dependent upon the competence of the reviewing court. If the court concerned has in-house expertise and applies the *ex officio* principle or makes wide use of remits to specialized bodies, this brings down the costs for litigants. But even so, the cost for expert advice is, in many cases, the main barrier to bringing action in environmental cases for the public concerned.

⁵⁵ <http://www.stab.nl/Pages/start.aspx>

⁵⁶ See Backes, C: *Organizing Technical Knowledge in Environmental and Planning Law Disputes in the Netherlands – the Foundation of Independent Court Experts in Environmental and Planning Law*, European Energy and Environmental Law Review (2018), pp. 143–150.

⁵⁷ See *Effective Justice* (footnote 38), section 2.4.

⁵⁸ *McDonald’s Corporation, McDonald’s Restaurants Limited v Helen Marie Steel and David Morris* [1997 EWHC QB 366]. In this renowned “SLAPP” case, two activists were found guilty of libel against McDonalds for the handing out of leaflets outside hamburger restaurants in London and were ordered to pay £40,000 in damages. However, for McDonalds the victory was Pyrrhic due to the public attention paid to the case and for the UK it was a loss of face, as the country at the end of the day was found in breach with both Article 6 and Article 10 ECHR (*Steel and Morris v. United Kingdom*, ECtHR 2005-02-15). For more on this case, see Hughes, D & Jewell, T & Lowther, J & Parpworth, N & de Prez, P: *Environmental law*. Butterworths, 4th ed. 2002, p. 173. The expression SLAPP – Strategic Lawsuits against Public Participation – was minted by professor George “Rock” W Pring at Sturm College of Law, University of Denver. His publication list on the subject is impressive, see <http://www.law.du.edu/index.php/profile/george-pring>

B1.6 Conclusions and predictions

In this article, I have tried to analyse some key aspects concerning the implementation of technical and nature scientific evidence in environmental litigation. Some conclusions are drawn from the case-law of the CJEU about the requirements for a judicial review on a national basis covering both procedural and substantive legality of decision-making under EU law. This was followed by sections concerning the providers of scientific evidence in environmental cases and what obstacles litigants may meet in different legal systems. The next part covered issues within different legal systems to provide for the national courts to make their own evaluation of scientific and technical information. Under that heading, I discussed the so-called intensity of review in environmental litigation, the competence of the courts and their potential to ask for advice from independent experts and expert panels outside the administration, as well as the costs for experts in environmental litigation.

However, as the careful reader may have already noticed, there are a number of key issues on this subject which I have not touched upon in this text. *Access to environmental information* is vital for the public concerned, to increase their chances of obtaining an enlightened opinion on technical and nature scientific issues required for the administrative decisions at stake. Neither have I discussed *how courts deal with conflicting scientific viewpoints* on a certain issue, such as whether eutrophication of our aquatic ecosystems caused by anthropogenic inputs of nutrients is mainly due to increased levels of nitrogen (production of fertilizers and increases in fossil fuel emissions) or phosphorus (fertilizer use, municipal and industrial wastewater). Also, questions concerning the adaptivity of the legal systems in order to meet with *developing knowledge on scientific matters* are notable by their absence in the text. Such uncertainties are related to most technical and nature scientific evaluation of a project's or a product's impact on the environment, for example, on surface water and the groundwater table, soil quality, ambient air, livestock, fish and game animals. Not least the evaluation over time can be extremely complicated, not to say close to guesswork. Although those lacunas might be regarded as major shortcomings in the text, I can only defend myself by saying that somewhere you have to draw the line. And if we reverse the issue, the lacuna can be seen as an invitation to others to take over and develop the analysis further into the procedural depths of European and Member States' environmental law.

Even so, I want to conclude with a couple of predictions for the future on this area of law. I think that specialization of courts is unavoidable in this field of law, as with any other advanced field of administrative law. Whether this can be achieved by having environmental courts or environmental divisions within administrative or general courts ("environmental benches"), in-house expertise or the possibility of remitting questions to specialized authorities and other expert bodies, or by any other procedural means, remains an open question.⁵⁹ Moreover, I think that the case-law of the CJEU will develop towards stronger requirements for the intensification of judicial review, requiring the national courts to develop an understanding of

⁵⁹ The 2018 annual conference of the EU Forum for Judges for the Environment (EUFJE) focused on the specialization of courts in environmental matters, see EUFJE Conference 16–17 November 2018 'Training and Specialisation in Environmental Law', Bulgaria; https://www.eufje.org/index.php?option=com_content&view=article&id=38&Itemid=219&lang=en

their own about the administrations decision-making in these matters. In my view, we may also expect stricter requirements for the opening up of the procedure, as well as on liability for experts' costs in environmental litigation. But then again, these speculations can be regarded as wishful thinking on my part, which calls for the closing of this text.

Bilaga 2: Hur många fick lov?

Och varför fick de andra nobben? – Statistik och observationer kring tillstånd till vindkraft på land och till havs

B2.1 Inledning om PROSPEC och rapporten

Detta är en delrapport inom forskningsprogrammet PROSPEC som är ett samarbete mellan Juridicum i Uppsala (Jan Darpö) och ArtDatabanken vid SLU (Jonas Sandström).¹ Delrapporten redogör för den inledande studien i vårt projekt om tillståndsgivning till vindkraftverk och artskydd under miljöbalken (1998:808, MB). Till rapporten hör en ärendelista som nås via naturvardsverket.se/publikationer. Sök därefter på rapportens ISBN: 978-91-620-7009-0.

Studiematerialet i projektet har främst varit beslut om tillstånd och tillståndsrelaterade frågor som gäller vindkraftverk på land och i vatten under femårsperioden 2014–18. När det gäller tidsavgränsningen avser den *tidpunkten för det första beslutet av tillståndsorganet*, det vill säga miljöprövningsdelegationen eller mark- och miljödomstolen. Rapporten inleds med en förklaring av de uppgifter som ingår i vårt material (avsnitt B2.2). I de följande avsnitten B2.3-B2.6 redovisas statistik över ansökningar hos miljöprövningsdelegationerna om tillstånd till landbaserade vindkraftverk under åren 2014–18. Statistiken omfattar inte allt material från bilagan, endast ansökningar om tillstånd och ändringstillstånd. Förutom statistiken finns här också uppgifter över de mål om tillstånd till havsbaserad vindkraft som beslutats av mark- och miljödomstolarna under samma tidsperiod. Därefter följer i avsnitt B2.7 några observationer kring tillståndssystemet som sådant. Dessa är främst miljöprocessuella, det vill säga att de gäller systemet för tillståndsprövningen av vindparker i allmänhet. Vissa observationer berör också artskydd direkt, men den frågan behandlas mera ingående i vår fördjupade analys av ett mindre antal vindkraftsärenden (se bilaga 3). Observationerna är dock viktiga för förståelsen av det sammanhang som artskyddet befinner sig i vid tillståndsprövningen av vindkraft.

Ärendelistan innehåller en lista med korta beskrivningar av de beslut och domar som legat till grund för vår studie, sammanlagt 327 fall. Det rör sig om beslutskategorier som samtliga i någon mån har att göra med tillstånd till vindkraft; ursprungliga tillståndsansökningar, ändringstillstånd, omprövningar av villkor, förlängning av igångsättningstid eller arbetstid, upphävande eller återkallande av tillstånd samt tillsyn över tillståndsgiven verksamhet. Förutom beslut och domar från miljöprövningsdelegationerna och mark- och miljödomstolarna (inklusive Mark- och miljööverdomstolen) finns här även ett mindre antal regeringsbeslut om vindkraft från 2007 och framåt. Ärendena fördelar sig enligt följande:

1. Tillstånd (187 ärenden) och ändringstillstånd (24 ärenden) till vindkraft på land, sammanlagt 211 ärenden
2. Villkorsändringar, 36 ärenden

¹ <https://jur.uu.se/forskning/forskningsamnen/miljoratt/prospec/>

3. Förlängning av igångsättningstid, 25 ärenden
4. Övriga, 12 ärenden
5. Tillstånd till vindkraft till havs, 8 ärenden
6. Tillstånd enligt Natura 2000-reglerna för vindkraft till havs, 1 ärende
7. Tillstånd till vindkraft på land som inte slutgiltiga (lagakraftvunna), 18 ärenden
8. Regeringsbeslut om vindkraft, 16 ärenden

B2.2 Närmare om ärendekategorierna i bilagan

B2.2.1 Metoden för insamling

Den metod som använts för insamling av informationen har varit enkel men tidskrävande. Uppgifterna har samlats in från vindkraftsansvariga på de tolv länsstyrelser som har en miljöprövningsdelegation,² från de fem mark- och miljödomstolarna samt Mark- och miljööverdomstolen (MÖD). Jag har också i stor utsträckning använt mig av sökningar på rättsfallsdatabasen JPMiljönät och på nätet för att kontrollera hur målen utvecklats i mark- och miljödomstolarna.³ Där finns även regeringsbesluten tillgängliga. Samtliga beslut och domar har därefter studerats, med fokus på artskydd. Slutligen har ärendena getts en kortbeskrivning enligt en mall. Ambitionen har varit att redovisa varje ärende från ursprungsbeslutet till dess att det avgjorts slutgiltigt. Det innebär att när ärendet har återförvisats från en instans till en annan är det redovisat i en och samma tråd som ursprungsbeslutet, vilket gör att vissa ärenden blir mycket omfattande med flera diarie- resp. målnummer. Då många av de 327 ärendena har överprövats i en eller två instanser rör det sig om ett betydande antal beslut och domar från 2014 och framåt, sammanlagt omkring 500 stycken.

B2.2.2 Beslut om tillstånd och ändringstillstånd

När det gäller slutgiltiga – det vill säga lagakraftvunna – beslut om tillstånd till landbaserad vindkraft omfattar ärendelistan 187 ursprungliga *ansökningar om tillstånd* till att bygga vindkraft på en angiven plats. Jag har inte gjort någon skillnad på om det har varit fråga om sådana tillstånd som är obligatoriska enligt miljöbalken (1998:808, MB) eller så kallade frivilliga tillstånd. Tillståndsplikten har varierat

² Enligt 14 § förordningen (2017:868) med länsstyrelseinstruktion ska det inom länsstyrelserna i Stockholms, Uppsala, Östergötlands, Kalmar, Skåne, Hallands, Västra Götalands, Örebro, Dalarnas, Västernorrlands, Västerbottens och Norrbottens län finnas en miljöprövningsdelegation. Delegationerna är särskilda beslutsorgan för tillståndsprövningar under 9 kap. MB. Enligt 6–17 §§ i den särskilda förordningen 2011:1237 är fördelningen av prövningsområdena för delegationerna följande: MPD/Skåne: Skåne och Blekinge län; MPD/Halland: Hallands län; MPD/Kalmar: Kalmar och Kronobergs län; MPD/Västra Götaland: Västra Götalands län; MPD/Östergötland: Östergötlands och Jönköpings län; MPD/Örebro: Örebro och Värmlands län; MPD/Stockholm: Stockholms och Gotlands län; MPD/Uppsala: Uppsala, Västmanlands och Södermanlands län; MPD/Dalarna: Dalarnas och Gävleborgs län; MPD/Västernorrland: Jämtlands och Västernorrlands län; MPD/Västerbotten: Västerbottens län; MPD/Norrbotten: Norrbottens län.

³ <https://www.jpinfo.net/se/webbtjanster/miljo/jp-miljonet/> Samtliga domar från mark- och miljödomstolarna och MÖD finns tillgängliga på nätet, även om tjänster som JPMiljönät och Infotorg/Rättsbanken är betaltjänster. Beslut från miljöprövningsdelegationerna är emellertid enbart tillgängliga om de blivit överklagade genom att de är bifogade till de domar som finns utlagda.

genom åren och det finns anledning att tro att ”den praktiska tillståndsplikten” tidvis har bestämts av finansierarnas krav på tillstånd som säkerhet för insatserna i verksamheten. En rimlig utgångspunkt är emellertid att de flesta ansökningar ändå avser tillståndspliktig verksamhet. *Ändringstillstånden* (24 ärenden) gäller nästan uteslutande ökning av höjden på vindkraftverken, typiskt sett från under 200 meter till 230–250 meter. Min ambition har varit att få med *samtliga beslut och domar i dessa två ärendekategorier under femårsperioden* för att på så vis ge en helhetsbild. Sammanlagt rör det sig alltså om 211 lagakraftvunna ärenden om ansökningar om tillstånd och ändringstillstånd.

B2.2.3 Andra ärendekategorier

För de andra beslutskategorierna i listan är informationen mera osäker, främst för att rapporteringen från miljöprövningsdelegationerna har varit ojämn. Det kan följaktligen finnas flera beslut från åren 2014–18 i kategorierna *omprövning av villkor, förlängning av igångsättningstid, upphävande av tillstånd* och *tillsyn över tillståndsgiven verksamhet* som inte är medtagna i listan. Det är nu brist som går att leva med, då projektets fokus är på tillståndsprocessen och artskyddet. Det går också att bilda sig en allmän uppfattning av rättsläget med avseende på dessa andra kategorier genom att några miljöprövningsdelegationer har lämnat ut beslut från samtliga kategorier.

I ärendekategorin *villkorsändring* finns enbart 36 beslut. Jag tror att det låga antalet beror på annat än underrapportering. Här kan det snarare vara fråga om att tillstånden är relativt nya, att samtliga är tidsbegränsade och att många inte är utnyttjade. En annan viktig faktor kan vara att det svenska tillståndssystemet rent allmänt inte är flexibelt, vilket gör att myndigheterna sällan begär omprövning av villkor. Den vanligaste kategorin är istället att tillståndshavaren begär villkorsändring enligt 24 kap. 8 § MB eller fastställande av villkor efter prøvotidsredovisning.

Begäran om *förlängning av igångsättningstiden* har blivit vanligare under senare år (25 beslut). Bakgrunden är att tiden i tillstånden oftast är satt på fem år och att nätdragningar och andra praktikaliteter inte gått att ordna inom denna tid. Andra skäl som ofta förs fram är att projekteringen inte har kommit igång på grund av att ekonomin har varit osäker eller andra marknadsmässiga orsaker. Här tror jag att listan inte är komplett då flera miljöprövningsdelegationer inte har rapporterat några sådana ärenden. De beslut som är med bör emellertid fånga de viktigaste särdragen i utvecklingen av rättspraxis för denna kategori.

Den största osäkerheten gäller ärenden som är initierade av närboende och deras föreningar med *begäran om upphävande eller omprövning av tillstånd* eller *tillsyns-ingripande mot tillståndsgiven verksamhet*. Dessa kategorier i listan omfattar enbart sådana ansökningar som närboende gjort direkt till miljöprövningsdelegationerna, vilket ger en skev bild. En begäran om ingripande kan också göras till en tillsynsmyndighet – som kan vara en länsstyrelse eller en kommunal nämnd – eller en till central myndighet som Naturvårdsverket. Dessutom kan en och samma verksamhet bli föremål för flera sådana initiativ vid upprepade tillfällen. En ytterligare osäkerhet ligger i att statistikens utfall beror på hur man rubricerar ärendena. Det är därför vanskligt att dra några bestämda slutsatser av underlaget för denna kategori. Jag har ändå tagit med de beslut som jag fått information om och samlat dem alla under samlingskategorin Övrigt, vilken omfattar 12 beslut. Här är det som sagt rimligt att tro att det finns ett mörkertal.

B2.3 Statistiken över meddelade tillstånd och avslag

B2.3.1 Inledning

Det finns en mängd sammanställningar av statistik över tillstånd till vindkraft på land och i vatten. Energimyndigheten publicerar årliga sammanställningar över antalet meddelade tillstånd, byggda verk och kapacitet, samråd i vindkraftsärenden, m.m.⁴ På myndighetens hemsida finns också information från noden Nätverket för vindbruk som fram till 2019 var placerad på Länsstyrelsen i Halland. Vidare innehåller portalen Vindlov en sammanställning av de viktigaste avgörandena i mark- och miljödomstolarna.⁵ Advokatbyrån Fröberg & Lundholm gjorde 2018 en sammanställning av mark- och miljödomstolarnas prövningar av tillståndsbeslut under åren 2014–18 som ofta hänvisas till i debatten om vindkraftens utbyggnad i Sverige.⁶ Den studien skiljer sig från vår, dels omfattar den inte sådana tillståndsbeslut av miljöprövningsdelegationerna som inte överklagades och därmed inte överprövades i domstol, dels genom att statistiken inte är uppdelad mellan tillstånd på land och sådana i vatten (som prövas direkt av mark- och miljödomstolarna). Det finns också regionala sammanställningar från länsstyrelserna genom den. Vindbrukskollen.⁷ Jag utgår från att branschorganisationerna Svensk Vindenergi och Energiföretagen sitter inne med liknande uppgifter och statistik.

B2.3.2 Avgränsningar

Trots de rika källorna av material är det inte alldeles enkelt att bilda sig en uppfattning om hur tillståndssystemet för vindkraft fungerar. Frågan är kontroversiell och det händer att man på en och samma dag eller till och med i samma artikel kan läsa både att det går väldigt bra med utbyggnaden och att systemet måste reformeras i grunden för att möta tidens krav.⁸ Min uppgift här är emellertid inte att recensera den ena eller den andra rapporten, utan bara att försöka ge en så rättvisande bild av tillståndsprövningen som möjligt med hjälp av den objektiva och verifierbara information som finns i bilagan. Utifrån det syftet har jag gjort en rad avgränsningar som givetvis kan diskuteras.

Till att börja med omfattar statistiken som redan nämnts *endast beslutskategorierna tillstånd och ändringstillstånd*, då dessa är de centrala för diskussionen om vindkraft och artskydd. Det innebär att de andra ärendekategorierna som är redovisade i bilagan – det vill säga, villkorsändringar, förlängning av igångsättnings-tiden, begäran om återkallande eller omprövning – inte ingår i de statistiska uträkningar. Det kan diskuteras om ändringstillstånden ska tas med, då ett avslag inte medför annat än att verksamhetsutövaren får förlita sig på det gamla tillståndet. Lönsamheten och energieffektiviteten i de redan tillståndsgivna vindkraftsverken

⁴ <http://pxexternal.energimyndigheten.se/pxweb/sv/Vindkraftsstatistik/>

⁵ <https://www.energimyndigheten.se/fornybart/vindkraft/vindlov/rattsfall/> Sammanställningen är gjord av Peter Ardö, rådman vid mark- och miljödomstolen i Växjö.

⁶ <https://svenskvindenergi.org/wp-content/uploads/2018/06/Sammanst%C3%A4llning-vindkraft-rev-180601.pdf>

⁷ <https://vbk.lansstyrelsen.se/>

⁸ För ett illustrativt exempel på denna dubbelhet, se debattartikeln av sex vindkraftsföreträdare i DN/Debatt (2019-04-14): *Vindkraften kan snabbt halvera klimatpåverkan*, även pressmeddelande från Svensk Vindenergi den 2019-09-30: *Investeringar på 80 miljarder sedan Energiöverenskommelsen slöts*; <https://svenskvindenergi.org/pressmeddelanden/investeringar-pa-80-miljarder-sedan-energioverenskommelsen-slots>

– de är till exempel regelmässigt lägre i höjd – kan emellertid vara sådan att tillståndet aldrig utnyttjas. Ett mindre statistiskt problem uppstår också genom att det händer att motsvarande höjning uppnås genom villkorsändring i tillståndet.⁹ Trots detta anser jag att det är mest rättvisande att ta med ändringstillstånden i statistiken. Det framgår av sammanställningen att slutsiffrorna påverkas obetydligt av denna kategori. En ytterligare avgränsning är att statistiken enbart avser sådana ärenden där *det ursprungliga tillståndsbeslutet är taget under tidsperioden 2014–18* och som är *slutgiltigt avgjorda (lagakraftvunna)*. Det kan i och för sig vara intressant med en redovisning av delar av provningssystemet eller utfallet från vissa provningsinstanser, men en utvärdering av systemets effektivitet som helhet kan bara göras utifrån det slutliga resultatet av provningen.

Tabellerna som följer för landbaserad vindkraft omfattar 211 tillståndsärenden. Besluten är fördelade på miljöprövningsdelegation och år med uppgifter om hur många vindkraftverk som omfattades av ansökan, antalet tillståndsgivna verk, hur många ansökningar som blev avvisade (oftast på grund av otillräckligt underlag), antal avslag och avslagsgrunder. Även om det alltså finns viss information om hur många ärenden som har handlagts är statistiken inriktad på *antalet vindkraftverk* som omfattats av provningen, vilket bör vara mest rättvisande. Statistiken utgår också från det antal vindkraftverk som *slutligen yrkades i ansökan*, det vill säga det antal som sökanden trodde sig få tillstånd till efter samråd med myndigheter och motstående intressen. När det sedan gäller sammanställningen av statistiken omfattar den enbart *ärenden som prövats i sak*, vilket jag menar är självklart när man diskuterar olika procentandelar mellan tillstånd och avslag. En avvisning betyder nämligen oftast bara att sökanden inte presterat tillräckligt underlag för en provning i sak och att hen är oförhindrad att återkomma med en förbättrad ansökan.

B2.3.3 Avslag på olika grunder

Avslagskategorierna är indelade i grupper efter de vanligaste skälen för avslag, där de vanligaste utgörs av det kommunala vetot, artskydd, hänsyn till rennäringens intressen och totalförsvaret. I den för vår studie mest intressanta gruppen ”A” ingår både artskydd och naturvård, inklusive Natura 2000. Det bör dock noteras att en reell Natura 2000-prövning endast har skett i ett fåtal ärenden under tidsperioden 2014–18.¹⁰

Ytterligare avgränsningar har gjorts i den slutliga sammanräkningen. Till att börja med har jag inte räknat in de fall då en tillståndsansökan ogillats därför att den så kallade boxmodellen underkänts. Ett nekat tillstånd i dessa fall är att jämställa med ett avvisningsbeslut på så vis att utredningen i ärendet inte ger tillräckligt underlag för att meddela tillstånd. I likhet med avvisningsfallen finns heller inget som hindrar att sökanden kommer tillbaka med en ansökan i samma område med tydligare placeringsangivelse.¹¹ Därefter har jag kompletterat den slutliga statistiken med uppgifter om givna tillstånd respektive avslag om man räknar bort det kommunala vetot och Forsvarsmaktens så kallade stoppområden. Att ta med dessa avslagsgrunder kan nämligen ge

⁹ Det är visserligen svårt att se hur det är förenligt med 24:8 MB, men sådana (lagakraftvunna) MPD-beslut finns likväl.

¹⁰ Det viktigaste ärendet om Natura 2000-tillstånd avsåg Stora Middelgrundet och Röde bank i Kattegatt (2017 Länsstyrelsen i Västra Götaland), men där avvisades ansökan pga. undermålig utredning.

¹¹ Så har t.ex. skett i det omtalade fallet med *Kölvallen i Ljusdal* (MÖD 2017:27), se 2015 MPD/Dalarna *Tillstånd till vindkraftverk Kölvallen, Ljusdal*. Även de pågående ärendena om Vindkraftspark Broboberget (2016 MPD/Dalarna) och Vindkraftspark Lannaberget (2016 MPD/Dalarna) är sådana exempel.

missvisande siffror, då många verksamhetsutövare över huvud taget inte ansöker om tillstånd när kommunen avstyrkt eller försvaret sagt stopp. Troligtvis är dessa två motfaktorer alltså betydligt större än vad som framgår av statistiken, då här bara anges fall när ansökan faktiskt gjorts till miljöprövningsdelegationen och ett ärende upprättats.¹² Hur stor inverkan det kommunala vetot och försvarsintressena har på möjligheten att ansöka om tillstånd till vindkraftverk bör alltså utredas särskilt, då detta inte omfattas av vår undersökning. Därefter redovisas hur statistiken över tillstånd och avslag ser ut om man räknar bort den mycket stora vindparken vid Markbygden, vilket kan vara intressant för att få en bild av prövningen utan föregående tillåtighetsbeslut av regeringen, ett beslut som dessutom togs långt före vår undersökningsperiod. Slutligen ges siffrorna för de sex miljöprövningsdelegationer som är dominerande när det gäller tillstånd till vindkraft.

B2.3.4 Annan information i bilagan

Bilagans beskrivningar av de olika ärendena innehåller alltså en mängd information som inte ingår i den upprättade statistiken. Förutom de ärendekategorier som inte medräknas, finns här uppgifter om hanteringstiderna i de olika instanserna, vilka som överklagat, villkorsfrågor, i några fall storleken på säkerheter, med mera. Jag har valt att inte göra några sammanställningar i dessa frågor, både för att det ligger utanför fokus i vårt projekt och därför att informationen är otillräcklig eller inte tillförlitlig. För att till exempel få en klar bild av tidsåtgången för tillståndsprövningen behöver man veta om det har meddelats kompletteringsförelägganden och vid vilken tidpunkt ansökan/överklagandet ansågs vara komplett. Beslut om tillstånd till vindkraftverk överklagas ofta, uppskattningsvis i minst 75 procent av fallen när det gäller ursprungsansökningar som prövats i sak av miljöprövningsdelegationen. När det gäller vem som är klagande beror det på om man räknar huvuden eller intressen, men vid en ytlig betraktelse verkar bilden vara ungefär som för andra slags miljömål, det vill säga hälften-hälften; sökanden överklagar i lika stor utsträckning som de motstående intressena, även om de senare givetvis kan vara representerade av över hundra olika individer och föreningar i stora mål. Den som är intresserad av dessa frågor bör kunna göra egna sammanställningar utifrån informationen i bilagan.

B2.3.5 Tillstånd i vatten

När det gäller tillstånd till vindkraft i vatten är sammanställningen av förklarliga skäl mycket enkel (avsnitt B2.4.3). Det är ett fåtal ansökningar och det känns inte seriöst att bygga statistik på dessa. Klart är emellertid att utbyggnaden till havs går mycket långsamt och man kan givetvis fundera på varför. Försvarsmakten sätter effektivt stopp i Östersjön och delar av Västerhavet, och de motstående artskyddsintressena är knappast mindre eller färre (tumlare och fåglar). Därutöver finns förklaringar som är av ett helt annat slag, främst de höga kostnaderna för etablering och nätdragning, svårigheter med konstruktion och underhåll och liknande förhållanden. När det gäller de rättsliga hindren för vindkraft till havs kommenteras dessa kortfattat i slutet av avsnitt B2.5.2.

¹² Möjligen kan detta också sägas om andra avslagsgrunder, men jag tror ändå att de ses som betydligt mer "förhandlingsbara" än de hinder som sätts upp genom kommunernas veto och Försvarsmaktens stoppområden.

B2.4 Statistik vindkraft på land och till havs

B2.4.1 På land: Lagakraftvunna beslut om tillstånd per miljöprövningsdelegation och år

Ansökan: Det antal vindkraftverk som slutligen yrkades i ansökningar om tillstånd till en miljöprövningsdelegation under ett år, till exempel 128 vk för 128 vindkraftverk. Observera att i denna kolumn finns både ansökningar om ursprungstillstånd och ansökningar om ändringstillstånd. I samlingstabellen på sid. 57 finns därefter ansökningarna om ändringstillstånd redovisade som en delmängd av det totala antalet ansökningar.

Tillstånd: Hur många vindkraftverk som fick tillstånd.

Avvisning: Avvisning pga. otillräcklig utredning, oftast brister i MKBn eller annan utredning.

Box: Boxmodellen har inte godtagits.

Avslagskategorier: V: Kommunalt veto, A: Arter & naturvård, La: Landskapsskydd & Friluftsliv, Nä: Störningar för närboende (buller, skuggor, osv), Fö: Försvarets stoppområden, Ren: Rennäringen.

Observera att andelen tillstånd och avslag under tabellerna först anges i förhållande till ansökta vindkraftverk, t.ex. 100 ansökta vindkraftverk, varav 80 vk (80 procent) fick tillstånd och 20 vk avslag (20 procent). Därefter fördelas den totala avslagsandelen på de olika avslagsgrunderna, t.ex. V10 (10 procent), A6 (6 procent) och F4 (4 procent). Det betyder att i det här exemplet, då den totala andelen avslag ligger på 20 procent, är det kommunala vetot anledningen i 10 procent av fallen, artskyddet i 6 procent av fallen och försvaret 4 procent av fallen.

MPD/Skåne						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	1 vk	1 vk				
2015	-					
2016	14 vk	2 vk			12 vk	A12
2017	6 vk				6 vk	A6
2018	-					
Summa	21 vk	3 vk	-	-	18 vk	A18

Ansökningar: 4 ärenden om 21 vk, inga ansökningar avvisades.

Tillstånd: Av de ansökta 21 vk fick 3 vk tillstånd (14 %).

Avslag: 18 vk av 21 vk (86 %), varav A18 (86 %).

MPD/Halland						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	-					
2015	2 vk	2 vk				
2016	-					
2017	-					
2018	10 vk	8 vk			2 vk	V2
Summa	12 vk	10 vk	-	-	2 vk	V2

Ansökningar: 2 ärenden om 12 vk, inga ansökningar avvisades.

Tillstånd: Av de ansökta 12 vk fick 10 vk tillstånd (83 %).

Avslag: 2 vk av 12 vk (17 %), varav V2 (17 %).

MPD/Kalmar						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	131 vk	86 vk	9 vk		36 vk	V7, A29
2015	37 vk	22 vk			15 vk	V10, A3, Nä2
2016	145 vk	83 vk			62 vk	V18, A44
2017	67 vk	20 vk			47 vk	V47
2018	17 vk	10 vk	6 vk		1 vk	A1
Summa	397 vk	221 vk	15 vk	-	161 vk	V82, A77, Nä2

Ansökningar: 34 ärenden om 397 vk, varav 15 vk avvisades (3 ärenden) = 382 vk prövades i sak.

Tillstånd: Av de 382 vk som prövades i sak fick 221 vk tillstånd (58 %).

Avslag: 161 vk av 382 vk (42 %), varav V82 (21 %), A77 (20 %), Nä2 (-).

MPD/Västra Götaland						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	178 vk	66 vk			112 vk	V47, Fö65
2015	62 vk	24 vk			38 vk	V7, A30, Nä1
2016	41 vk	26 vk			15 vk	A15
2017	30 vk	25 vk			5 vk	V1, A4
2018	31 vk	14 vk			17 vk	V17
Summa	342 vk	155 vk	-	-	187 vk	V72, A49, Fö65, Nä1

Ansökningar: 41 ärenden om 342 vk, inga ansökningar avvisades.

Tillstånd: Av de ansökta 342 vk fick 155 vk tillstånd (45 %).

Avslag: 187 vk av 342 vk (55 %), varav V72 (21 %), A49 (14 %), Fö65 (19 %), Nä1 (-).

MPD/Östergötland						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	110 vk	53 vk	12 vk		45 vk	V28, A17
2015	61 vk	31 vk			30 vk	V10, A13, Fö7
2016	27 vk	9 vk			18 vk	A18
2017	16 vk	4 vk			12 vk	V3, Fö9
2018	18 vk	6 vk			12 vk	A6, Fö6
Summa	232 vk	103 vk	12 vk	-	117 vk	V41, A54, Fö22

Ansökningar: 24 ärenden om 232 vk, varav 12 vk avvisades (2 ärenden) = 220 vk prövades i sak.

Tillstånd: Av de 220 vk som prövades i sak fick 103 vk tillstånd (47 %).

Avslag: 117 vk av 220 vk (53 %), varav V41 (19 %), A54 (25 %), Fö22 (10 %).

MPD/Örebro						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	45 vk	25 vk			20 vk	V20
2015	60 vk	12 vk			48 vk	V47, La1
2016	53 vk	49 vk			4 vk	V3, A1
2017	7 vk	7 vk				-
2018	11 vk	11 vk				
Summa	176 vk	104 vk	-	-	72 vk	V70, A1, La1

Ansökningar: 15 ärenden om 176 vk, inga ansökningar avvisades.

Tillstånd: Av de ansökta 176 vk fick 104 vk tillstånd (59 %).

Avslag: 72 vk av 176 vk (41 %), varav V70 (40 %), A1 (1 %), La1 (1 %).

MPD/Stockholm						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	12 vk				12 vk	A12
2015	-					
2016	-					
2017	1 vk	1 vk				
2018	17 vk	-			17 vk	A17
Summa	30 vk	1 vk	-	-	29 vk	A29

Ansökningar: 4 ärenden om 30 vk, inga ansökningar avvisades.

Tillstånd: Av de ansökta 30 vk fick 1 vk tillstånd (3 %).

Avslag: 29 vk av 30 vk (97 %), varav A29 (97 %).

MPD/Uppsala						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	-					
2015	-					
2016	33 vk	33 vk				
2017	28 vk	10 vk			18 vk	V18
2018	-					
Summa	61 vk	43 vk	-	-	18 vk	V18

Ansökningar: 3 ärenden om 61 vk, inga ansökningar avvisades.

Tillstånd: Av de ansökta 61 vk fick 43 vk tillstånd (70 %).

Avslag: 18 vk av 61 vk (41 %), varav V18 (30 %).

MPD/Dalarna						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	30 vk	17 vk			13 vk	V8, A5
2015	152 vk	50 vk		92 vk	10 vk	V10
2016	167 vk	53 vk		98 vk	16 vk	V16
2017	78 vk	78 vk		-		
2018	-					
Summa	427 vk	198 vk	-	190 vk	39 vk	V34, A5

Ansökningar: 18 ärenden om 427 vk, varav 190 vk avslogs pga. box (2 ärenden) = 237 vk prövades i sak.

Tillstånd: Av de 237 vk som prövades i sak fick 198 vk tillstånd (84 %).

Avslag: 39 vk av 237 vk (16 %), varav V34 (14 %), A5 (2 %).

MPD/Västernorrland						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	204 vk	162 vk			42 vk	A42
2015	617 vk	300 vk	15 vk	149 vk	153 vk	V64, A44, Ren12, Fö10, La23
2016	352 vk	246 vk			106 vk	V106
2017	60 vk	60 vk				
2018	160 vk	97 vk	9 vk		54 vk	A54
Summa	1 393 vk	865 vk	24 vk	149 vk	355 vk	V170, A140, Ren12, Fö10, La23

Ansökningar: 40 ärenden om 1393 vk, varav 173 vk avvisades eller avslogs pga. bristfällig MKB eller box (3 ärenden) = 1220 vk prövades i sak.

Tillstånd: Av de 1220 vk som prövades i sak fick 865 vk tillstånd (71 %).

Avslag: 355 vk av 1220 vk (29 %), varav V170 (14 %), A140 (12 %), Ren12 (1 %), Fö10 (1 %), La23 (2 %).

MPD/Västerbotten						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	141 vk	110 vk			31 vk	Ren20, Fö11
2015	110 vk	63 vk			47 vk	V7, Ren40
2016	133 vk	74 vk			59 vk	A11, Ren48
2017	47 vk	47 vk				
2018	-					
Summa	431 vk	294 vk	-	-	137 vk	V7, A11, Ren108, Fö11

Ansökningar: 21 ärenden om 431 vk, inga ansökningar avvisades.

Tillstånd: Av de ansökta 431 vk fick 294 vk tillstånd (68 %).

Avslag: 137 vk av 431 vk (32 %), varav V7 (2 %), A11 (3 %), Ren108 (25 %), Fö11 (3 %).

MPD/Norrbotten						
År	Ansökan	Tillstånd	Avvisningar	Box	Avslag	Skäl
2014	492 vk	492 vk				
2015	-					
2016	442	442 vk				
2017	79	54 vk			25	V25
2018	-					
Summa	1 013 vk	988 vk	-	-	25 vk	V25

Ansökningar: 5 ärenden om 1013 vk, inga ansökningar avvisades.

Tillstånd: Av de ansökta 1013 vk fick 988 vk tillstånd (98 %).

Avslag: 25 vk av 1013 vk (2 %), varav V25 (2 %).

B2.4.2 Samtliga MPD, antal landbaserade vindkraftverk

Ansökningar: Antal vindkraftverk som omfattas av ansökan om tillstånd enligt 9 kap. MB.

Tillstånd: Antal vindkraftverk som fick tillstånd.

(Ansökningar/Ändringstillstånd): Hur många av det ansökta antalet vindkraftverk som gällde ändringstillstånd, respektive hur många av dessa som beviljades.

Avvisningar: Ansökan avvisades beroende på bristfällig utredning/MKB.

Box: Ansökan avslogs pga. att boxmodellen inte accepterades.

Avslag: Antal verk som fick avslag, varefter skälet anges: Veto = Avsaknad av kommunal tillstyrkan, Art = Arter och naturvård, Ren = Hänsyn till renskötseln, För = Totalförsvarets intressen, La = Landskapsskydd & friluftsliv, Nä = Hänsyn till närboende.

MPD	Ansökan	Tillstånd	(Ansökningar/ Ändringstillstånd)	Avvisningar	Box	Avslag	Veto	Art	Ren	För	La	Nä
Skåne	21	3	(-/-)			18		18				
Halland	12	10	(-/-)			2	2					
Kalmar	397	221	(6/-)	15		161	82	77				2
V:a Götaland	342	155	(72/58)			187	72	49		65		
Östergötland	232	103	(-/-)	12		117	41	54		22		1
Örebro	176	104	(40/40)			72	70	1			1	
Stockholm	30	1	(-/-)			29		29				
Uppsala	61	43	(-/-)			18	18					
Dalarna	427	198	(56/56)		190	39	34	5				
Västernorrland	1 393	865	(208/72)	24	149	355	170	140	12	10	23	
Västerbotten	431	294	(25/25)			137	7	11	108	11		
Norrbottnen	1 013	988	(25/25)			25	25					
Summa	4 535	2 985	(432/276)	51	339	1 160	521	384	120	108	24	3

Ansökningar och antal verk: 211 ärenden om 4 535 vindkraftsverk.

Avvisade ansökningar: 8 ärenden om 51 vindkraftverk.

Avslag pga. att boxmodellen inte accepterades: 3 ärenden om 339 vindkraftverk

Ansökningar som prövats i sak och antal verk: 200 ärenden om 4 145 (4 535-51-339). vindkraftverk, varav 2 985 fick tillstånd (72 %).

Avslag: 1 160 (4 145-2 985) vindkraftverk (28 %)

Skäl, andel av anslag: Veto: 521 (12,6 %), Art: 384 (9,3 %), Ren: 120 (2,9 %), För: 108 (2,6 %), La: 24 (0,6 %), Nä: 3 (0,1 %).

Resultatet påverkas inte om ansökningarna om ändringstillstånd räknas bort, då antalet tillståndsgivna verk låg på ungefär samma nivå som för övriga tillstånds-ansökningar (t.o.m. något lägre): 276 vindkraftverk fick tillstånd av 432, varav 15 avvisades, dvs. 417 vindkraftverk prövades i sak, varav 276 fick tillstånd (66 procent). Om dessa avräknas från det totala antalet ovan går andelen andelen ansökta verk som fick tillstånd upp men enbart en dryg halv procent, nämligen 72,7 procent (2 709 vindkraftverk av 3 728).

Ovan har jag argumenterat för att siffrorna för det kommunala vetot och Försvarmaktens stoppområden kan vara missvisande då det är rimligt att tro att många verksamhetsutövare inte ansöker om de på ett tidigt stadium för besked om att kommunen eller försvaret har en negativ inställning. Detsamma kan nog sägas om andra avslagsgrunder där de motstående intressena blir tydliggjorda i samråds-skedet, men det kan ändå vara intressant att se hur siffrorna påverkas av att rensa statistiken från de fall då dessa två intressen medfört att tillstånd nekats. Bilden blir då följande:

Ansökningar och avslag när vindkraftverk med kommunalt veto borträknas (521 vk):

3 624 (4 145-521) vindkraftverk prövades, varav 639 fick avslag (17,6 procent). Tillstånd meddelades för 2 985 vindkraftverk (82,4 procent).

Avslag: 639 vk (17,6 %): Arter: 384 (10,6 %), Ren: 120 (3,3 %), Fö: 108 (3,0 %), La: 24 (0,7 %), Nä: 3 (0,1 %).

Ansökningar och avslag om kommunens veto (521 vk) och försvarets stoppområden (108 vk) borträknas: 3 516 (4 145-629) vindkraftverk prövades, varav 531 fick avslag, dvs. tillstånd meddelades för 2 985 vindkraftverk (85 %).

Avslag: 531 vk (15,1 %): Arter: 384 (10,9 %), Ren: 120 (3,4 %), La: 24 (0,7 %), Nä: 3 (0,1 %).

I debatten anförs det ibland att vindparken i Markbygden inte bör tas med då den hade tillåtlighetsprövats av regeringen och Mark- och miljödomstolen därmed inte kunde annat än att meddela tillstånd. Det finns en poäng i det resonemanget, lika väl som att man kan argumentera för att vindkraftverk och områden kunde avslås med tillämpning av reglerna till skydd för arter och rennäringen. Det är ändå intressant att se hur det påverkar statistiken om man exkluderar denna exploatering. Under tidsperioden 2014–18 meddelades två tillstånd i Markbygden för tillsammans 882 vindkraftverk. Om dessa lyfts ur statistiken ser det ut som följer:

Ansökningar som prövats i sak och antal verk utan Markbygden (882 vk):

198 ärenden om 3 263 vindkraftverk, varav 2 103 fick tillstånd (64,4 %).

Avslag: 1 160 vindkraftverk (35,6 %)

Skäl, andel av anslag: Veto: 521 (16 %), Art: 384 (11,8 %), Ren: 120 (3,7 %), För: 108 (3,3 %), La: 24 (0,8 %), Nä: 3 (0,1 %)...

Det kan slutligen vara intressant att se hur statistiken ser ut för de sex miljöprövningsdelegationerna som har hanterat ett större antal ansökningar om tillstånd under tidsperioden 2014–18. Miljöprövningsdelegationerna vid länsstyrelsen i Kalmar, Västra Götaland, Östergötland, Dalarna, Västernorrland och Västerbotten handlade sammanlagt 178 ansökningar om tillsammans 3 222 vindkraftverk, vilket utgör

71 procent av samtliga 4 535 vindkraftverk. Av dessa har 390 avvisats eller avslagits pga. att boxmodellen inte accepterats. Återstår alltså 2 832 vindkraftverk som prövats i sak, varav 1 836 fått tillstånd (65 procent). Antal som avslagits av dessa miljöprövningsdelegationer är 996 vindkraftverk (35 procent), med följande fördelning:

Skäl, andel av anslag: Veto: 406 (14,3 %), Art: 336 (11,9 %), Ren: 120 (4,2 %), För: 108 (3,8 %), La: 24 (0,9 %), Nä: 3 (0,1 %).

B2.4.3 Vindparker i vatten

Antalet ärenden om vindkraft i vatten är mycket begränsat under tidsperioden 2014–18. Ansökningar om tillstånd enligt 9 och 11 kap. MB till mark- och miljödomstolarna var inte fler än tre; två hos Mark- och miljödomstolen i Vänersborg och en i Växjö. Därutöver gjordes en ansökan om ändringstillstånd enligt 16:2 MB till Mark- och miljödomstolen i Växjö. Till detta kommer fyra ansökningar om förlängning av igångsättningstid för befintliga tillstånd; en för vardera mark- och miljödomstolarna i Östersund och Vänersborg, två för Växjö. Slutligen gjordes en ansökan hos Länsstyrelsen i Halland om s.k. Natura 2000-tillstånd (7:28a MB) för en vindpark till havs. Sammanlagt rör det sig alltså om nio ärenden, varav fem om tillstånd enligt miljöbalken.

Tillståndsärenden havsbaserade vindkraftverk; namn och ansökta vindkraftverk, meddelade tillstånd, avvisade, avslag med avslagsgrunder

År	MMD Lst	Vindparkens kortnamn	Tillstånd	Avvisning	Avslagsgrund
2014	Vänersborg	Favonius; T50 vk	50 vk		
2014	Vänersborg	Hakefjord; T15 vk	-		15 vk: RI; friluftsliv, 4kap, sjöfart, förorenade sediment...
2015	---				
2016	Växjö	Taggen; Ät83 vk	-		83 vk: Försvaret...
2017	Växjö	Marviken; T14 vk	-		14 vk: Arter, friluftsliv, försvaret...
2017	Lst/Halland	Stora Middelgrund; T108 vk	-	108 vk	Bristfällig MKB
Summa (5 ärenden)		270 vk	50 vk	108 vk	112 vk

Sammanlagt rörde det sig alltså om ansökan till tillstånd om totalt 270 vindkraftverk, varav 108 avvisades pga. bristfällig MKB. Av de 162 vindkraftverk som prövades i sak fick 50 st. tillstånd (Favonius), dvs. 31 procent. Hänsynen till totalförsvarets intressen är den dominerande avslagsgrunden, därefter är det mera blandat. Övervägandena i de enskilda målen framgår av kortreferaten i ärendelistan under rubriken Havsbaserade vindparker.

B2.4.4 Sammanfattningsvis om statistiken

Det sägs att man kan bevisa vad som helst med statistik och det gäller onekligen även siffrorna över tillståndsgivningen för vindkraft. Utan att tulla på "sanningen" går det att hävda att i Skåne meddelas tillstånd bara för en sjundedel av ansökningarna, vilket är lika rättvisande som att säga att i Norrbotten är siffran 98 procent.

Som framgått ovan är mina siffror betydligt mindre dramatiska, men ligger på ungefär samma nivå som dem som Energimyndigheten och Naturvårdsverket presenterar för åren 2014–18.¹³ Jag menar att siffrorna ger en god helhetsbild utifrån de avgränsningar som gjorts, vilket inbegriper uppdelningen mellan land- och havsbaserade vindparker.

B2.5 Allmänna observationer kring tillståndssystemet för vindkraft

B2.5.1 Inledning

Vid en läsning av ett omfattande material och ett stort antal beslut och domar kring en viss fråga kan man göra många observationer som leder till olika tankar och funderingar. I dessa avslutande avsnitt presenterar jag några observationer som rör miljöprocessen i allmänhet. Dessa gäller inte artskyddsfrågorna direkt, men är viktiga för förståelsen av provningssystemet som helhet och artskyddet som en del av detta. Som redan nämnts analyseras artskyddsfrågorna mera ingående i den fördjupade studie som genomförts av Jonas Sandström på Artdatabanken vid SLU (*Vindkraften och hänsyn till arterna*, se bilaga 3 nedan).

B2.5.2 Systemet för miljöprövning av vindkraft

Inledningsvis vill jag påstå att miljöprövningssystemet för vindkraft fungerar väl och är robust. Ansökningarna prövas av landets tolv miljöprövningsdelegationer som är självständiga i sin myndighetsutövning. Vid prövningen har de tillgång till naturvetenskaplig och teknisk expertis från länsstyrelserna. Överprövningen sker i fem mark- och miljödomstolar samt i Mark- och miljööverdomstolen (MÖD), där tekniska ledamöter med naturvetenskapliga kunskaper är md och dömer. Processen är reformatorisk och därför kan utvecklas under resans gång genom de olika instanserna. Detta är en stor fördel för alla parter, inte minst för sökanden som kan anpassa ansökan och yrkande allteftersom utan att drabbas av återförvisningar.¹⁴ Ett vanligt sådant exempel ur studien är att ansökan från början avser placering enligt box-modellen för att i överinstanserna utvecklas till fast placering med flyttmån.

En sammanräkning av målen i bilagan visar att MÖD meddelade prövningstillstånd i 33 av 211 mål om tillstånd till vindkraft på land mellan 2014 och 2018, dvs. i knappt 16 procent av fallen. Från de 211 målen bör emellertid avräknas sådana där ansökningar avslagits på grund av det kommunala vetot eller Försvarmaktens motstånd, då de flesta verksamhetsutövare inser att det är meningslöst att gå vidare.¹⁵ Då det rör sig om omkring 35 ärenden som stött på dessa hinder blir andelen prövningstillstånd för övriga mål närmare 20 procent, vilket är normalt på ett rättsområde som ”satt sig” i rättspraxis. I de flesta fall rör det sig om frågor där det behövs

¹³ Nulägesbeskrivning – Vindkraftens förutsättningar. Underlag till Nationell strategi för en hållbar vindkraftsutbyggnad. Energimyndigheten/Naturvårdsverket 2021-01-27, sid. 4; <https://energimyndigheten.a-w2m.se/Home.mvc?ResourceId=183601>

¹⁴ Återförvisningar förekommer givetvis ändå, se t.ex. 2014 MPD/Östergötland *Tillstånd till vindkraftverk på Häljelöt 1:18, Valdemarsvik och Söderköping*.

¹⁵ Det händer dock att man begär laglighetsprövning enligt 13 kap. kommunallagen (2017:725) av det kommunala beslutet, men också det är ovanligt (se avsnitt B2.5.6).

vägledning för underinstanserna. Frekvensen av prövningstillstånd går upp något i de sex nordligaste länen, vilket kan bero på konflikten mellan vindkraft och rennäring. Vidare uppfattar jag att miljöprövningsdelegationerna och miljödomstolarna har tagit till sig vägledningen från överinstanserna, varför praxis i kontroversiella frågor under femårsperioden har stabiliserats. När det gäller de sex stora miljöprövningsdelegationerna som nämndes ovan, kan man kanske spåra en viss ”egen” rättstillämpning i början av perioden, men så småningom har de inrättat sig efter MÖD:s rättspraxis. Detta gäller till exempel frågor kring det kommunala vetot, viktningen av riksintressena, artskyddet, boxmodellen, hänsynen till rennäringen och samernas markrättigheter, buller och andra störningar. Givetvis kan systemet förbättras i delar, men jag menar att helheten är positiv. Vid en jämförelse med den politiserade processen med kassatorisk rättsprövning i domstol som är dominerande i andra medlemsstater i EU vill jag påstå att den svenska miljöprövningen för vindkraft har stora fördelar när det gäller beslutens kvalitet och systemets transparens, förutsebarhet och rättssäkerhet. Dessutom säkerställer det svenska modellen EU-rättens genomslag bättre, vilket är en självklar utgångspunkt i en diskussion om miljöprövningssystemets effektivitet, inte minst i förhållande till artskyddet.

När väl det är sagt kan man konstatera att fördelningen mellan miljöprövningsdelegationerna är mycket ojämn. De sex stora har mellan 18 och 40 tillståndsärenden var under perioden 2014–18. Miljöprövningsdelegationerna vid länsstyrelserna i Skåne, Halland, Stockholm, Uppsala och Norrbotten har samtliga under tio tillståndsärenden var, den vid länsstyrelsen i Örebro 15 st. Om man alltså enbart tittar på vindkraftsärenden finns följaktligen mycket som talar för en koncentration av miljöprövningen till färre delegationer, men den frågan är betydligt större än så och måste bedömas utifrån samtliga tillståndskategorier under miljöbalken.

Slutligen är regelverket för tillstånd till landbaserad vindkraft integrerat genom att prövningen i sin helhet sker enligt miljöbalken i en och samma process. Det hindrar inte att man kan diskutera ytterligare samordning, till exempel genom att nätkoncessionerna under ellagen (1997:857) bedöms samtidigt, men det görliga eller lämpliga i detta går inte avgöra utifrån denna studie. Med tanke på att det ofta är fråga om olika sökanden samt att det kan skilja rejält i både tid och plats för dessa prövningar kan det möjligen vara svårt att genomföra av hänsyn till MKB-kraven i vindkraftsärenden.

När det gäller prövningen av vindkraft till havs utanför territorialgränsen (12 sjömil, dvs. drygt 22 km) är ordningen en annan och bilden något mer splittrad. Där sker tillståndsprövningen av regeringen enligt lagen (1992:1140, LEZ) om Sveriges ekonomiska zon, varvid delar av MB tillämpas. För undersökningar i havsbotten och dragningen av ledningar på allmänt vatten (i princip 300 meter utanför fastlandet) krävs ett separat tillstånd enligt kontinentalsockellagen (1966:314). Det är emellanåt inte så lätt att klargöra vilken lag som ska tillämpas eller när Natura-prövningen ska ske (se avsnitt B2.5.10). Branschen pekar även på att man inte kan få exklusiv rådgivning till havs, vilket medför osäkerhet. Dessutom kan handläggningen i Regeringskansliet ta lång tid. Alldeles oavsett om hindren är rättsliga eller av ekonomiska eller tekniska slag så går det trögt, varför utbyggnaden till havs är föremål för en intensiv debatt och ett antal förslag har presenterats för att underlätta och öka på takten. Vad som kommer ut av förslagen återstår att se.

B2.5.3 Riksintressena och klimatfrågan

Det är tydligt att systemet med avvägningar mellan olika riksintressen enligt 3 och 4 kap. MB spelar en begränsad roll när vindkraften och dess klimatnytta möter de vanligaste motintressena. Det här beror på hur lagstiftningen och EU-rätten är konstruerad i förhållande till en verksamhet som är spridd över landet med separata lokaliseringssprövningar. När riksintresset för energiproduktion och dess klimatnytta möter andra riksintressen (friluftsliv, kulturmiljö, naturvård, m.m.) trumfar det regelmässigt med stöd av avvägningsregeln i 3 kap. 10 § MB. När det emellertid möter motintressen som det kommunala vetot och totalförsvarets stoppområden, liksom det EU-rättsliga artskyddet eller det folkrättsliga skyddet av samerna och renskötelsen blir saken en annan. I denna situation – som nästan alltid uppträder vid tillståndsprövningen av vindparker – blir det istället fråga om det går att förena lokaliseringen med dessa hinder. När ärendet resulterar i ett avslag på ansökan är det följaktligen för att mark- och miljödomstolen har bedömt att vindparken på den platsen inte går att förena med dessa hänsyn, inte för att den anser att riksintresset för energiproduktion väger lättare eller att dess klimatnytta är mindre. Det finns heller inget som tyder på att den svenska lagstiftningen skulle utgöra en ”överimplementering” av EU-rätten eller att vår rättspraxis vid prövningen av vindkraft skiljer sig från den som råder i andra länder. Sveriges förståelse av reglerna delas av de flesta medlemsstater och av EU-kommissionen.¹⁶ Vill man alltså reformera den här ordningen krävs ändringar i regelverket, vilket för artskyddet och urfolkrättigheterna ligger utanför och ovanför den nationella nivån. Det lämpliga i en sådan förändring av våra internationella förpliktelser kan givetvis diskuteras.

B2.5.4 Tillståndsprövningarna och tillståndsbesluten

Tillstånden till vindkraft är regelmässigt tidsbegränsade till mellan 25 och 35 år. I ett tillståndssystem som inte är flexibelt på så vis att omprövningar av villkor är svåra, kostbara och administrativt tunga att genomföra är detta en stor fördel. Samtidigt kan man utifrån denna studie konstatera att omprövningar i de fall där det verkligen skulle behövas – till exempel för att effekterna av en lokalisering medför skador på skyddsvärda arter som inte var förutsedda i tillståndet – inte sker.¹⁷

Prövotidsförordnanden är vanliga i tillståndsbeslut. I början av undersökningsperioden kunde dessa omfatta frågor som borde ha avgjorts redan genom tillståndsbeslutet, t.ex. undersökning av naturförhållanden, villkor om artskydd eller påverkan av hindersbelysning. Den fråga som uppstår när man använder sig av uppskjutna villkor på det här viset är givetvis vad tillsynsmyndigheten kan göra om man upptäcker att det uppstår sådana verkningar att lokaliseringen av ett eller flera vindkraftverk kan ifrågasättas. Det är emellertid inte något som miljöprövningsdelegationerna verkar ha övervägt. Numera är sådana prövotidsförordnanden mera sällsynta. Det verkar också vara så att MÖD är öppen för att tillsynsmyndigheten kan reglera till exempel artskyddsfrågan i efterhand.¹⁸

¹⁶ Se EU-domstolens avgöranden i C-473/19 och C-474/19 *Föreningen Skydda skogen* (2021), även EU-kommissionen yttrande 2019-10-08 i målet (dnr sj.h(2019)6979195).

¹⁷ I en kommande studie kommer vi att fokusera på denna fråga om tillsyn och uppföljning, se PROSPECs hemsida angående forskningsprogrammet VIPA (Artdatabanken-Juridicum).

¹⁸ Se uttalandet i MÖD 2019-01-21; M 2579-17 som omnämns i fotnot 47.

En annan konstruktion som är svår att hantera rättsligt är ”åtaganden” som görs av sökanden i tillståndsansökan. Dessa antas ingå i det så kallade allmänna villkoret, men den rättsliga statusen hos sådana är oklar och frågan har aldrig ställts på sin spets. Det är emellertid svårt att se något skäl som talar emot att sådana åtaganden istället formuleras som villkor i tillståndet. En sådan ordning skulle öka tydligheten om vad som gäller i tillståndet och därmed rättssäkerheten för alla inblandade.¹⁹

Ansökningar om ändringstillstånd enligt 16:2 MB har blivit vanligare mot slutet av undersökningsperioden. Orsaken är främst den starka teknikutvecklingen på området som gör att projektörerna vill bygga allt högre vindkraftverk. Medan en höjd på 150 meter var vanliga under de första undersökningsåren kan vindkraftverken idag vara 250 meter. Även om ändringsansökningarna ofta avser ett mindre antal vindkraftverk än tidigare, kan den ökade höjden medföra andra och allvarigare störningar för omgivningen. Särskilt frågan om hindersbelysning anses vara kontroversiell vid höjningar över 150 meter, då den förändras från fast rött sken till blinkande högintensivt vitt som är synligt på betydligt längre håll. Det var därför inte förvånande när MÖD slog fast att en sådan höjning inte kan ske genom villkorsändring utan kräver en ny tillståndsansökan.²⁰ Efter viss spretighet i underrättspraxis har MÖD nu också klargjort att en ny kommunal tillstyrkan enligt 16:4 MB krävs vid ändringstillstånd.²¹ Det var ett ganska givet ställningstagande, då de högre verken ger en annan störningsbild för de närboende. MÖD pekade också på att en annan ordning skulle kunna medföra att verksamhetsutövaren rundade kravet på kommunal tillstyrkan genom att först ansöka om en vindkraftsanläggning med ganska beskedliga störningar, för att sedan göra en ändringsansökan om något annat och större.

Ändringstillstånden liknar på många sätt en vanlig tillståndsansökan. Intrycket är emellertid att prövningen ibland blir för snäv på så vis att den enbart omfattar *de tillkommande störningarna*. Det skulle kunna beskrivas som att störningarna i den redan tillståndsgivna verksamheten ”dras av” vid prövningen av de nya. Det synsättet kan komma i konflikt med EU-rätten – inte minst artskyddet – då det är den sammanlagda påverkan på arten som ska bedömas. Också i andra avseenden kan den här inställningen vara problematisk, men såvitt jag känner till har MÖD ännu inte prövat frågan i någon renodlad situation.

B2.5.5 Boxmodellen

Mycket uppmärksamhet har under perioden 2014–18 ägnats den så kallade boxmodellen. Många ansökningar var till en början gjorda i enlighet med denna, det vill säga att sökanden anger ett område där ett maximalt antal vindkraftverk ska få uppföras utan bestämda placeringar. Istället anges skyddsavstånd till känsliga miljöer för närboende, rennäring, naturvärden och arter, osv. Den slutliga placeringen sker enligt ett delegationsvillkor i samråd med tillsynsmyndigheten i ett senare skede av projekteringen. För exploatören är det en klar fördel att kunna utforma ansökan på det viset, då det ger betydande frihet när det gäller detaljprojekteringen utifrån vindförhållanden, användningen av bästa möjliga teknik

¹⁹ Se t.ex. MÖD 2021-03-09; M 2426-20 *Tvinnesheda* (tillsyn).

²⁰ MÖD 2019-01-17; M 1789-18.

²¹ MÖD 2018:6, ä ven MÖD 2018-05-15; M 6228-17 och MÖD 2018-05-14; M 9183-17.

och lösningar av infrastrukturen. Till en början var miljöprövningsdelegationerna – eller åtminstone vissa av dem – mycket förstående och meddelade tillstånd enligt ansökan. I detta skede sattes många andra frågor på provotid eller i kontrollprogram för utredning.

Boxmodellen blev dock tidigt kontroversiell. Frågan uppstod om den var förenlig med principerna för miljöprövning enligt miljöbalken, vilka bygger på att det för varje anläggning ska ske en individuell lokaliseringsbedömning. Det ifrågasattes även om utredningen i dessa ärenden levde upp till kravet på att MKBn ska vara fullständig, exakt och slutlig. Detta uppmärksammades av flera miljöorganisationer som drev frågorna upp till MÖD då man menade att det var omöjligt att göra en bedömning av påverkan på skyddade arter och fåglar om inte placeringen av vindkraftverken var bestämd. I tillståndsprövningen av *Kölvallens vindkraftpark* i Ljusdal (MÖD 2017:27) slog domstolen ned på en sådan ansökan med motiveringen att MKBn inte hade gett tillräckligt underlag för att kunna bedöma konsekvenserna av verksamheten, varför sökanden inte kunde visa att den valda platsen var lämplig enligt 2:6 MB. Domstolen uttalade att kraven på MKBn är omfattande när det gäller verksamheter som kan medföra betydande miljöpåverkan, vilket innebär att utredningen måste vara av en sådan kvalitet att det går att bedöma samtliga störningar på motintressena, inklusive kumulativ påverkan. MÖD pekade också på att tillståndsprövningen bygger på en individuell prövning och att villkoren inte får vara alltför generella. En delegation enligt 22:25 3 st. MB till tillsynsmyndigheten får dessutom enbart avse frågor av mindre betydelse. Även om det inte var uteslutet att en ansökan enligt boxmodell kunde godtas, var det inte så i det här fallet som gällde 92 stycken över 200 meter höga vindkraftverk med tillhörande väg- och ledningsnät i ett 36 km² stort projektområde som innehåller höga naturvärden. Då det heller inte gick att bedöma verksamheten om antalet vindkraftverk minskades till 59 avslogs ansökan med hänvisning till att sökanden kan söka på nytt med fasta positioner.

Detta ställningstagande upprepades därefter i tillståndsprövningen för *Fängsjön och Storsjöhöjden* i Sollefteå och Örnsköldsvik, där förhållanden var likartade (MÖD 2018:19).²² Ansökan omfattade 149 vindkraftverk i ett område dubbelt så stort som det vid *Kölvallen*. MPD/Västernorrland meddelade tillstånd för 113 vindkraftverk med villkor om skyddszoner och försiktighetsmått för fåglar och andra arter, samt delegation om slutlig placering och möjlighet att meddela ytterligare artskyddsvillkor. Mark- och miljödomstolen ändrade till 98 vindkraftverk och undantog hela Storsjöhöjden av hänsyn till rennäringen. MÖD avslög emellertid hela ansökan med hänvisning till att alla intressen måste kunna beaktas, vilket här inte var möjligt. Ansökan var heller inte så preciserad att verksamheten kunde tillåtas i delområden. Sedan uttalade domstolen att en förutsättning för att kunna medge en ansökan där verkens antal och exakta placering inte är preciserad är att det ändå går att bedöma samtliga störningar som verksamheten kan komma att ge upphov till vid olika alternativutformningar, såväl när det gäller buller och skuggor, som påverkan på natur och skyddsvärda arter i området.

Efter dessa två avgöranden låg det nära till hands att påstå att ansökningar enligt boxmodell inte var en framkomlig väg för vindkraften.²³ En sådan slutsats

²² Se 2015 MPD/Västernorrland *Tillstånd till vindkraftverk vid Fängsjön och Storsjöhöjden, Sollefteå och Örnsköldsvik*.

²³ En sådan slutsats drogs av Anna-Lena Rosengården i analysen *MÖD godtar inte boxmodellen för vindkraftpark* (JPMiljönet 2018-05-23).

var emellertid förhastad med tanke på den rättsutveckling som skedde därefter. Bara ett halvår senare i ärendet om *Vitberget* i Kramfors godtog MÖD en ansökan enligt boxmodell.²⁴ Här menade domstolen att modellen kunde accepteras då möjligheterna till placering var starkt begränsade, vilket gjorde att samtliga positioner kunde godtas med hänsyn till motstående intressen. Här godtogs alltså delegation av slutlig placering efter samråd med tillsynsmyndigheten. Även i ärendet om vindparken vid *Grönhult* i Gislaved accepterades boxmodellen med likartad motivering.²⁵ I det fallet underkände MÖD dessutom de extra skyddsavstånd som mark- och miljödomstolen ansett motiverade. I ytterligare två fall har boxmodellen legat till grund för tillstånd, men i dessa fall var det enbart störningar på rennäringsområdet som var aktuella.²⁶ De senaste avgörandena från MÖD om boxmodellen från tidsperioden 2014–18 gäller två ärenden där prövningen fortfarande pågår. Här delade domstolen underinstansen bedömning att boxmodellen inte kunde godtas, men återförvisade ärendena till miljöprövningsdelegationen med hänvisning till att ansökan hade kompletterats med angivandet av fasta positioner.²⁷

Den slutsats som idag kan dras av rättspraxis är alltså att boxmodellen kan accepteras, men endast om störningarna kan bedömas för samtliga tänkbara positioner för vindkraftverken.²⁸ De fall där så har skett har gällt områden med angivna skyddszoner som gjort att placeringsalternativen varit begränsade. Dessa zoner är ofta två till tre kilometer från känsliga miljöer som rovfågelbon och liknande, vilket gör att projekteringsområdet blir avsevärt mindre. Det här gör att antalet vindkraftverk som i praktiken går att placera i området också minskar, men det verkar inte alltid vara följden då projektören ibland kan placera flera verk på ett mindre område än vad som från början angavs vid prövningen. Slutligen kan det observeras att de som idag ansöker med box oftast har ett alternativyrkande med fast positionering med flyttmån för att undvika att få göra om allt från början om modellen inte godtas.

B2.5.6 Det kommunala vetot

Ett tillstånd till vindkraft får meddelas endast om kommunen tillstyrker ansökan. Regeln i 16 kap. 4 § MB brukar kallas det ”kommunala vetot”, vilket är lite missvisande då den ju går längre än så; tillståndet förutsätter ett positivt ställningstagande från kommunfullmäktige. Regeln infördes 2009 i syfte att säkerställa att kontrollen över markanvändningen blev kvar hos kommunen samtidigt som kravet på detaljplan och bygglov togs bort för dessa verksamheter. Systemet har länge kritiserats för att vara diskriminerande mot vindkraft och därmed hindra

²⁴ MÖD 2018-10-02; M 9618-17.

²⁵ MÖD 2019-05-09; M 4293-18, se bilagan: 2016 MPD/Västra Götaland *Tillstånd till vindkraftverk vid Grönhult, Tranemo och Gislaved*.

²⁶ MÖD 2018-05-03; M 1802-17 om Tornäs i Krokoms kommun (2015 MPD/Västernorrland) och MÖD 2018-04-13; M 3648-17 om *Storhöjden i Kramfors* (2016 MPD/Västernorrland).

²⁷ MÖD 2019-05-24; M 3305-18 om 2016 MPD Dalarna *Tillstånd till vindkraftverk på Ore 1:3 mfl (Vindkraftspark Broberget), Rättvik*, och MÖD 2019-05-24; M 3304-18 om 2016 MPD/Dalarna *Tillstånd till vindkraftverk på Ore 1:3 (Vindkraftspark Lannaberget), Ovanåker och Rättvik*. I november 2020 meddelade MPD/Dalarna tillstånd till 80 respektive 35 vindkraftverk på dessa platser, beslut som nu är överklagade till Mark- och miljödomstolen i Nacka.

²⁸ Anna-Lena Rosengården betecknar detta som att ”domstolens principiellt negativa inställning till boxmodellen kvarstår”, se hennes analys *Hur ska vindkraft och rennärings samsas enligt MÖDs senaste praxis?* JPMiljönet 2018-08-30 (del 1) och 2018-09-05 (del 2).

klimatomställningen. Kritiken går ut på att lokala opinioner får för stort inflytande på markanvändningen, att kommunerna kan svänga under tillståndsprocessen gång och att bestämmelsen kan användas som utpressning mot vindkraftföretagen för att kompensera kommunerna ekonomiskt. Dessutom påpekas att vetot används väldigt olika av landets kommuner och att systemet är oförutsägbart och därmed inte rättssäkert.²⁹

Vi har inte särskilt studerat det kommunala vetot, men det går ändå att dra några slutsatser utifrån materialet och de kommentarer som kommit från länens vindkraftsamordnare och andra insatta. Även om jag inte kan bekräfta de höga andelarna avslag på grund av det kommunala vetot som angetts i andra studier – siffran 45 procent nämndes i en rapport från Västra Götaland för åren 2009–2014³⁰ – är 12,6 procent av ansökta vindkraftverk under tidsperioden 2014–18 en förhållandevis hög siffra. Som redan nämnts är det också den vanligaste avslagsgrunden. Det går heller inte att säga att verksamhetsutövare som ansökt om tillstånd har gjort det mot bättre vetande. Utgångspunkten är att prövningsmyndigheten begär ett beslut av kommunen senast när ansökan är komplett,³¹ vilket alltså innebär att kommunen kan ändra inställning efter samrådet eller ännu senare under processen. Vissa kommuner kräver en komplett ansökan innan de ger besked. Till det kommer att i många fall verkar kommunerna ge otydliga besked eller dröja med ställningstagandet. I vilket fall medför den här ordningen ett resursslöseri, då redan en ansökan med tillhörande MKB och samråd kan medföra betydande kostnader. Det händer också att kommunen sätter egna villkor för tillstyrkan som skiljer sig från praxis som råder i miljöprövningen, till exempel att längre avståndskriterier upprätthålls eller lägre bullervärden mot bebyggda miljöer. Oavsett vad man tycker om den här rollfördelningen har kommunen därigenom ett effektivt sätt att se till att dessa villkor respekteras av miljöprövningsdelegationerna. Kommunen kan överklaga besluten till mark- och miljödomstolen samtidigt som man tar ett nytt och negativt beslut.

Som redan nämnts har den rättspraxis som bildats kring det kommunala vetot klargjort att en kommunal tillstyrkan enligt 16:4 MB är en materiell förutsättning för tillstånd och att det därför krävs ett nytt beslut vid ansökan om ändringstillstånd. Vidare framgår att det kommunala beslutets giltighet inte påverkas av att någon – oftast sökanden – utmanat det genom så kallad laglighetsprövning enligt 13 kap. kommunallagen (2017:725, KL).³² Detta ansluter till den allmänna ordningen för sådana prövningar enligt 13:14 KL. Beslutet att tillstyrka en ansökan betraktas slutligen inte som ett orubbligt gynnande förvaltningsbeslut, varför det är fritt för kommunen att ändra sig under resans gång.³³

²⁹ Se Michanek, G: *One national wind power objective and 290 self-governing municipalities*. Ur *Renewable Energy Law in the EU: Legal Perspectives on bottom-up approaches*. Red. Peters, M & Schomerus, T. Edward Elgar Publishing 2014, s. 144.

³⁰ *Användning av det kommunala vetot mot vindkraft i Västra Götalands län*. Andrea Franzén Wallberg och Lotta Göthe Miljöbyrån Ecoplan AB. På uppdrag av Power Väst, i samarbete med Länsstyrelsen Västra Götalands län. Mars 2015.

³¹ Se Energimyndighetens *Vägledning om kommunal tillstyrkan vid tillståndsprövning av vindkraft*. ER 2015:05 avsnitt 3.

³² MÖD 2016-09-21; M 10647-15.

³³ MÖD 2021-02-19; M 10193-19, se även Förvaltningsrätten i Jönköpings dom 2019-11-07 i mål nr 5313-18 angående *Vindpark Västra Kinneskogen* (se Bilagan: MPD/Västra Götaland 2017).

En annan observation från studien är att lokala planer spelar en viss roll vid prövningen av vindkraftsanläggningar, men de är inte avgörande. Under undersökningsperioden finns exempel på att tillstånd har meddelats till vindkraftsanläggningar i områden utanför sådana som angetts som lämpliga av kommunen genom översikts- eller vindbruksplan, liksom det finns exempel då sökande fått nej till att bygga i områden som ansetts lämpliga. Möjligen har det kommunala vetot fått som effekt att den roll som översiktsplanen spelade före augusti 2009 (se MÖD 2009:4) har minskat, men det bör betraktas som en relativt löst grundad hypotes. En sista observation gäller de fall då kommunen tillstyrkt tillståndet men kommer med ytterligare synpunkter under samrådsskedet eller i själva prövningen. Prövningsorganet lyssnar men det finns inget som tyder på att det kommunala intresset väger särskilt tungt i den slutliga avvägningen.

Slutligen en reflektion av mera allmänt slag om det kommunala vetot som vuxit fram under läsningen av besluten. Näringslivet och Energimyndigheten har länge förespråkade att det kommunala vetot ska tas bort helt.³⁴ Även om en sådan reform har många argument för sig, har den strandat på politiska realiteter. Det kommunala intresset – inte minst i riksdagen – har gjort att varje förslag i den riktningen stoppats på ett tidigt stadium. Det är tydligt att kommunerna inte vill släppa kontrollen över den lokala markanvändningen på det sättet. De förslag som nu diskuteras är därför inriktade på att öka förutsebarheten och rättssäkerheten i systemet genom att de kommunala besluten ska ges tidigt, vara bindande och gälla för viss tid.³⁵ Dessa idéer bör ha betydligt bättre utsikter att bli verklighet, vilket onekligen skulle öka effektiviteten i miljöprövningen. Jag tror också att man bör ta allvarligt på diskussionen om att en del av vinsten från vindkraften bör gå tillbaka till kommunerna. Visserligen betalas redan idag ofta ett slags byggedepeng till förmån för kommunala intressen – för några år sedan var det vanligt med 10 000 kr per vindkraftverk – men det kan betraktas som nålpenningar i sammanhanget. Ett mera systematiskt tillskott, genom återföring av fastighetsskatten från olika energiverksamheter kan behövas för att stimulera sådana klimatnyttigheter. Inte minst mot bakgrund av att erfarenheterna från våra grannländer visar att stöd i den lokala opinionen kan vara avgörande för en framgångsrik utbyggnad av vindkraften.³⁶

B2.5.7 Rennäringen

Rennäringen och samernas markrättigheter utgör ett intresse som har stor betydelse vid prövningen av tillstånd till vindkraft i de sex nordligaste länen (Dalarna, Gävleborg, Jämtland, Västernorrland, Västerbotten och Norrbotten). Konflikter med vindkraftsexploateringar i renbetesmarker finns i MPD/Dalarna, men blir starkare och flera i MPD/Västernorrland och MPD/Västerbotten. De uppstår också i MPD/Norrbotten, men där är ju antalet vindkraftsärenden betydligt lägre. Jag

³⁴ Se *Kommunal tillstyrkan av vindkraft*. Redovisning av regeringsuppdrag i regleringsbrevet för 2016. Skrivelse 2017-06-19; dnr NV-00099-16, EM 2016-4752.

³⁵ Se t.ex. Energimyndigheten & Naturvårdsverket 2021-01-27: *Förslag om ändring i bestämmelsen om kommunal tillstyrkan – Underlag till Nationell strategi för en hållbar vindkraftsutbyggnad*; <https://www.energimyndigheten.se/globalassets/fornybart/strategi-for-hallbar-vindkraftsutbyggnad/forslag-om-andring-av-bestammelsen-om-kommunal-tillstyrkan.pdf>

³⁶ Se Darpö, J: *Should locals have a say when it's blowing? The influence of municipalities in permit procedures for windpower installations in Sweden and Norway*. Nordisk Miljörättslig tidskrift 2020:1, sid. 59–79. Det kommunala vetot ses över av utredningen En rättssäker vindkraftsprövning (M2020:7), vars betänkande kom i juni i år (SOU 2021:53).

uppfattar att rättsutvecklingen på detta område från 2014 till 2018 har varit tydlig på så vis att samernas ställning har stärkts genom åren. I början betraktades konflikten som en avvägning mellan olika riksintressen enligt 3:5 och 3:8 MB, varvid energiproduktionen regelmässigt gavs företräde vid tillämpningen av 3:10 MB. Under senare år har MÖD emellertid betonat skyddet av rennäringsenheten och samernas ställning som urfolk som skyddas genom våra internationella förpliktelser, vilket åtminstone i någon mån har förändrat spelplanen.³⁷ Det här ligger i linje med den allmänna rättsutvecklingen mot ett starkare skydd av samernas markrättigheter. I den s.k. Girjasdomen är Högsta domstolen tydlig med att formuleringen i 1 kap. 2 § 6 st. regeringsformen (1974:152, RF) om att det samiska folkets möjligheter att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfundsliv ska förstås i ljuset av de folkrättsliga principerna om skyddet av ursprungsbefolkningar.³⁸ När man läser denna dom från början av 2020 och jämför den med den inställning som kommer till uttryck i regeringens beslut 2010 om vindkraftsexploateringen i Markbygden (se avsnitt B2.5.10) blir det tydligt att rättsläget idag är ett helt annat än för tio år sedan.

Även om fokus i vår studie inte ligger på skyddet av rennäringsenheten finns det några saker som är värda att uppmärksamma vid en allmän beskrivning av vindkraftspraxis under åren 2014–18. Det är särskilt två frågor som jag vill lyfta fram. Det ena är att villkoren till skydd för rennäringsenheten uppvisar en variationsrikedom som saknas i andra frågor. Här blandas försiktighetsmått och skyddszoner med kompensationsåtgärder, avstängning, samråd med de motstående intressena och åtaganden om att stå för kostnader för varjehanda åtgärder.³⁹ Möjligen är detta ett givet resultat av den särskilda konfliktsituationen som råder mellan vindkraftsexploatering och rennäringsenheten och den roll som samebyn har i sammanhanget. Samtidigt kan man konstatera att många av de problem som är förenade med bakomliggande civilrättsliga uppgörelser och åtaganden från sökanden som inte återspeglas i villkor i tillståndet kan komma att aktualiseras i dessa fall. Det är också så att dessa uppgörelser med vissa samebyar kan vara angivna i villkor, medan uppgörelser med andra samebyar inte omfattas eller bara är förutsedda. Här finns flera frågor som är oklara, till exempel vad som ska gälla om den förutsedda påverkan på rennäringsenheten i området blir en annan än vad som förutspåddes när tillståndet meddelades eller när en uppgörelse nåddes.

En annan fråga som emellanåt blir tydlig när det gäller en exploaterings påverkan på samernas markrättigheter gäller *vem* som förfogar över intresset och *när*. Det finns mål där samebyn ger uttryck för en inställning – oftast men inte

³⁷ Se bl.a. 2017-11-24; M 10882-16, MÖD 2018-04-05; M 10984-16 och MÖD 2019:5, även MÖD 2019-11-12; M 1769-18 som gällde nätkoncession enligt ellagen (1966:314).

³⁸ Högsta domstolen 2020-01-23 i mål nr T 853-18 *Girjas*. Enligt p. 93 i domen kommer dessa principer till uttryck i bl.a. Europarådets ramkonvention om skydd för nationella minoriteter (1995), FN:s två konventioner om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter respektive om medborgarliga och politiska rättigheter (1966), samt FN:s deklaration om urfolksrättigheter (2007). Domstolen betonar också att även om Sverige inte har ratificerat ILOs konvention nr 169 om ursprungsfolk och stamfolk i självstyrande länder (International Labour Organisation's Indigenous and Tribal Peoples Convention (no. 169)) från 1989, ger den fortfarande uttryck för sådana principer. Här kan också nämnas det pågående ärendet om Rönnbäcksgruvan som Vapstens sameby har anmält till granskningskommittén under FN:s konvention (1966) om avskaffandet av alla former av rasdiskriminering; CERD Application 54/2013 (2013-09-18) *Lars-Anders Ågren et al v. Sweden*, se CERDs yttrande 2020-11-26; https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/SWE/CERD_C_102_D_54_2013_32181_E.pdf

³⁹ Se Anna-Lena Rosengården: *Hur ska vindkraft och rennärings samsas enligt MÖDs senaste praxis*. Nättdningen JPMiljönet 2018-08-30 (del 1) och 2018-09-05 (del 2).

alltid med stöd av Sametinget⁴⁰ – medan länsstyrelsen har en annan uppfattning om den framtida påverkan på rennäringsen i området. Det kan alltså finnas en skillnad mellan den enskilda samebyns intresse av en ekonomisk uppgörelse idag och intresset av att upprätthålla rennäringsen inför framtiden. Samtliga dessa frågor är sådana att de borde diskuteras vidare i ett annat sammanhang av andra och bättre vetande.

B2.5.8 Förlängning av igångsättningstider

Ett tillstånd till miljöfarlig verksamhet ska vara försett med villkor om igångsättningstid (22:25 2 st. MB). För vindkraft gäller oftast att verksamheten ska vara i drift senast fem år efter att beslutet vunnit laga kraft. Enligt 24:2 kan tiden förlängas med högst tio år om tillståndshavaren visar att det finns giltiga skäl för dröjsmålet eller att det skulle uppstå synnerlig olägenhet om tillståndet förfaller. Avsikten med den sträva formuleringen av möjligheten till förlängning är att den prövning som ligger till grund för tillståndet ska ske mot aktuella regler. Det här klargjordes av Högsta domstolen redan under 1918 års vattenlag (1918:523), se t.ex. NJA 1982 s. 742 om utfyllnaden av Klagshamn i Malmö. Även om dagens bestämmelse ger utrymme för att föreskriva nya villkor efter vad som är skäligt, t.ex. med avseende på bästa möjliga teknik, kan en förnyad tillåtlighetsprövning av verksamheten fortfarande inte ske vid en ansökan om förlängd igångsättningstid (NJA 2004 s. 885, MÖD 2019:26).

Det sägs ibland att prövningsmyndigheterna är restriktiva med att medge förlängning av igångsättningstid för tillstånd till vindkraft.⁴¹ Om man med det menar restriktiva i förhållande till lagtext, förarbeten och rättspraxis kan påståendet inte bekräftas av vår studie. Efter en genomgång av praxisen under tidsperioden 2014–18 kan man snarare säga att utvecklingen gått från väldigt tillåtande till att närmare ansluta till avsikten med regeln, dvs. att tillåta förlängning enbart i de fall då det finns en giltig ursäkt eller att det annars skulle uppstå synnerlig olägenhet. Miljöprövningsdelegationerna och mark- och miljödomstolarna var till en början frikostiga med att medge förlängning tills MÖD markerade att krävs aktivitet från tillståndshavaren sida för att undvika dröjsmålet eller att det berott på omständigheter utanför hans kontroll. Det ska röra sig om oväntade och oförutsedda händelser som rent faktiskt hindrar verksamheten att komma igång och som tillståndshavaren inte råder över.⁴² Osäkerhet i konjunkturerna, företagsekonomiska överväganden, samordningsvinster i exploateringen och liknande har underkänts, medan problem med nätanslutning som inte tillståndshavaren kunnat påverka har godtagits, liksom långa handläggningstider för nätkoncession hos Energimarknadsinspektionen.

Det finns flera mål som visar på de principiella problem som kan vara förknippade med förlängning av igångsättningstid. Ett av dem gällde vindkraftverken på Risholmen-Arendal i Göteborg.⁴³ Här hade Göteborgs Energi ansökt om förlängning av ett tillstånd som ursprungligen meddelades 2010 efter regeringens tillåtlig-hetsförklaring av verksamheten tidigare samma år. Bolaget angav praktiska och

⁴⁰ Se t.ex. det pågående ärendet 2018 MPD/Västernorrland *Tillstånd till vindkraftverk vid Finnåberget, Ragunda och Sollefteå*.

⁴¹ Se sid. 1 i Fröberg & Lundholms studie som nämns i fotnot 6.

⁴² MÖD 2016-05-17; M 9024-15 *Tindered i Västervik*, MÖD 2018-07-09; M 6365-17 *Öjared i Lerum*, MÖD 2018-05-17; M 1762-18 *Östra Frölunda i Svenljunga*, se även det nyligt avdömda MÖD 2020-04-16; M 9995-19 *Hocksjön i Sollefteå*.

⁴³ MMD/Vänersborg 2015-04-09; M 433-15.

ekonomiska skäl för förlängningen, samt att det skulle medföra stor miljönytta om man i enlighet med tillståndet kunde byta ut ett gammalt vindkraftverk med ett nytt som producerar tio gånger så mycket energi. Man menade också att nya villkor inte behövdes. Länsstyrelsen yttrade att det näraliggande Natura 2000-området Torsviken var avsatt bland annat för att skydda salskrake, sångsvan och brushane men att arterna inte skulle påverkas av vindkraftverken. Föreningen Torsvikens Naturreservat och Göteborgs Ornitologiska Föreningen menade däremot att bolaget inte har giltiga skäl enligt 24:2 MB. Föreningarna pekade på att det nu hade tillskapats ett vadehav för fåglarna 200 meter från vindkraftsområdet och att en etablering var förbjuden enligt Natura 2000-reglerna i den förståelse som dessa har getts i senare rättspraxis i EU-domstolen. Inte heller hade bolaget gjort någon bedömning av de kumulativa effekterna med planer och program som tillkommit efter 2010, bland annat. utvidgningen av Göteborgs hamn. Mark- och miljödomstolen i Vänersborg ansåg emellertid att de praktiska och ekonomiska skäl som bolaget angett utgjorde giltiga skäl för dröjsmålet vilka – tillsammans med den uteblivna miljönyttan om de nya verken inte byggs – talade för att förlängning skulle medges till 2020. Domstolen uttalade också att det som föreningarna hade anfört inte utgjorde skäl för förnyad Natura 2000-prövning eller strängare villkor för verksamheten.⁴⁴

Målet reser flera intressanta frågor kring förlängning av tillståndsbeslut. En utvecklad förståelse av reglerna kan vara resultatet av ny rättspraxis av EU-domstolen, bland annat. om skyldigheterna att utreda påverkan på ett skyddat område. Ny kunskap kan ha erhållits, vilket under senare år har blivit tydligt när det gäller vindkraftens påverkan på fåglar och fladdermöss. Till detta kommer att nya förhållanden kan ha inträtt, här representerat genom det nya vadehavet och utbyggnaden av hamnen. Även de samhällsliga värderingarna kan ha förändrats, både med avseende på miljöskydd och klimatnytta. Om man tänker sig att de nya verken utifrån senare tids rättspraxis skulle anses kräva tillstånd enligt Natura 2000-reglerna, räcker det alltså inte med nya villkor. Istället kräver EU-rätten att ett sådant tillstånd meddelas eller att ansökan om förlängning avslås, även om sökanden kan peka på giltiga skäl för dröjsmålet eller att synnerliga olägenheter uppstår.⁴⁵

B2.5.9 Tillsyn och omprövning

Synpunkter från närboende och deras föreningar finns i så gott som alla tillstånds-ärenden. Det allmänna intrycket är att protester från grannar ytterst sällan leder till att annat än att tillstånd nekats för något enstaka vindkraftverk och att påverkan för de närboende – främst buller och skuggor – regleras genom villkor. Här har emellertid MÖD varit tydlig med att regleringen i tillstånden måste avse de kumulativa störningarna från samtliga vindparker i ett område. På så vis får alltså

⁴⁴ Ett annat ärende som illustrerar problemen med gamla tillstånd och nya miljökrav gällde de upprepade ansökningarna om förlängning av igångsättningstiden för havsvindparken vid *Utgrunden II*. Det ursprungliga tillståndet meddelades 2005, därefter förlängdes tiden två gånger (2010 och 2015, se bilagan för det sistnämnda, dvs. MMD/Växjö 2015-09-15; M 2485-15). När bolaget sedan inkom med en tredje ansökan avslögs den med hänvisning till att förlängning kan medges som längst med tio år (MMD/Växjö 2019-07-24; M 917-19).

⁴⁵ Här kan det vara på plats att hänvisa till de långtgående kraven på omprövning av givna tillstånd som EU-domstolen ger uttryck för i målet C-261/18 *Kommissionen v Irland* (2019).

vindparkerna i ett område ”dela på bullerutrymmet”, vilket är en klok strategi med tanke på att en och samma trakt kan hysa fyra eller fem parker.⁴⁶

När väl tillstånden är lagakraftvunna och vindkraftverken uppförda händer det att de närboende menar att villkoren överträds eller att det har uppstått störningar som inte förutsågs eller reglerades när beslutet fattades. Emellanåt vänder de sig då till tillsynsmyndigheten, tillståndsmyndigheten, en central sektorsmyndighet eller till och med regeringen med begäran om att den ska ingripa genom att utöva tillsyn, ändra villkoren i tillståndet eller ompröva alternativt återkalla tillståndet. Vårt material innehåller ett antal sådana ärenden som handlagts av miljöprövningsdelegationerna under 2014–18. Materialet är troligen ofullständigt, beroende dels på ojämn rapportering, dels på att samma slags initiativ från de närboende kan riktas mot olika myndigheter.⁴⁷ De slutsatser som kan dras av vårt material är därför begränsade, med ett undantag; dessa initiativ leder i stort sett aldrig till annat än att myndigheterna avslår begäran, en inställning som i hög grad accepteras av domstolarna. Ett ärende som är illustrativt i det hänseendet är när Föreningen Svenskt Landskapsskydd (FSL) begärde att Naturvårdsverket skulle ansöka hos miljöprövningsdelegationen att tillstånden till fyra vindparker i Härjedalen (*Skaftåsen, Åndberget, Ängersjökölen* och *Sandtjärnberget*) skulle återkallas eller omprövas enligt 24:3 resp. 24:5 MB. Dessutom ville föreningen att myndigheten skulle begära att regeringen ingrep. Naturvårdsverket beslutade att inte vidta några åtgärder, dels för att två av besluten inte hade vunnit laga kraft, dels för att myndighetens resurser bör reserveras för verksamheter med betydande miljöpåverkan, vilket inte ansågs vara fallet här. FSL överklagade till Mark- och miljödomstolen i Nacka som menade att Naturvårdsverket inte bara kunde hänvisa till resursbrist, utan måste ta ställning till om en skyldighet att inleda en återkallelse förelåg enligt 24:3. Verket överklagade till MÖD som istället menade att bestämmelserna och förarbetena ska tolkas så att vissa myndigheter får begära omprövning, men att de inte är skyldiga att göra det även om förutsättningarna för återkallande enligt 24:3 föreligger. Då det saknades anledning att ifrågasätta Naturvårdsverkets ställningstagande fastställdes alltså beslutet att inte begära omprövning.⁴⁸

Underrätterna har tolkat det här avgörandet som att det gäller samtliga myndigheter som omnämns i 24:11, det vill säga de nationella myndigheterna (bland annat Naturvårdsverket samt Havs- och vattenmyndigheten), länsstyrelsen och kommunen i de fall man har tillsynsansvaret för verksamheten.⁴⁹ Genomgående har domstolarna accepterat myndighetens beslut att inte vidta åtgärder, i vissa fall till och med avvisat överklaganden av myndigheternas beslut att inte ingripa. Det senare är svårt att förena med MÖD 2011:46, där Mark- och miljööverdomstolen uttalade att enskilda berörda har rätt att överklaga myndigheters beslut att inte ansöka om

⁴⁶ Se MÖD 2016:14 om tillstånd till vindparkerna i *Horshaga* respektive *Rosenholm*, båda i Uppvidinge, liksom MÖD 2016:32 om tillstånd till vindkraftverk vid *Marhult* respektive MÖD 2016-12-14; M 4596-15 om tillstånd till vindkraftverk vid *Karlskruv*, i samtliga i Uppvidinge kommun (MPD/Kalmar 2014). De senare två målen dömdes också av samtidigt, varvid hänsyn också togs till de givna tillstånden för de tre vindparkerna i omgivningen (*Tvinnesheda-Bådeboda, Rosenholm* och *Horshaga*).

⁴⁷ Det finns ett antal MÖD-avgöranden som gäller tillsynsförelägganden i vindkraftsärenden, se t.ex. MÖD 2017-02-20; M 298-16 (buller) och MÖD 2019-01-21; M 2579-17 (artskydd). Intressant är att domstolen i det sistnämnda målet uttalar att om fladdermusdödligheten är fortsatt stor vid vindparken kan tillsynsmyndigheten förelägga om ytterligare försiktighetsmått och, om detta inte är tillräckligt, förbjuda verksamheten enligt 26:9 MB.

⁴⁸ MÖD 2018-06-13; M 9150-17.

⁴⁹ Se t.ex. MMD/Växjö 2019-01-10; M 1843-19 om begäran om omprövning av tillstånd till vindbrukspark vid *Bockekulla, Kalmar*.

återkallelse eller omprövning enligt 24 kap. MB. Jag tror dock att man måste skilja på situationen när en begäran görs hos tillsynsmyndigheten och när den görs mot de övriga myndigheterna som nämns i 24:11 MB. Skillnaden illustreras i de nyligen avdömda målen om vindparken i Karsholm.⁵⁰ De närboende och en förening har i flera omgångar åtminstone sedan 2014 begärt omprövning eller återkallande av tillståndet pga. av bullerstörningar. Framstötarna har gjorts dels direkt hos miljöprövningsdelegationen, dels mot tillsynsmyndigheten, dvs. den kommunala miljönämnden. När det gällde begäran hos miljöprövningsdelegationen beslutade myndigheten att inte ompröva tillståndet, varefter överklagandet till mark- och miljödomstolen blev avvisat. Begäran hos tillsynsmyndigheten ledde efter några turer till att miljönämnden tillskrev miljöprövningsdelegationen och uttalade att det kunde finnas skäl för omprövning av bullervillkoren. Miljöprövningsdelegationen ansåg emellertid att det inte var nödvändigt då bullervärdena inte överskred Folkhälsomyndighetens riktlinjer (FoHMFS 2014:13). Mot detta reagerade mark- och miljödomstolen som menade att villkor om lågfrekvent buller numera regelmässigt föreskrivs som villkor och att det därför behövs en ny bedömning av tillståndet.

Båda målen gick därefter till MÖD som fick ta ställning till dels beslutet att avvisa den begäran som gjordes direkt till miljöprövningsdelegationen, dels beslutet att återförvisa målet till miljöprövningsdelegationen för fastställande av nya villkor för lågfrekvent buller. När det gäller avvisningen höll MÖD med underinstansen om att enskilda inte ska kunna inleda omprövning genom att vända sig direkt till tillståndsmyndigheten, då det skulle ”riskera att allvarligt äventyra verksamhetsutövarens möjligheter att bedriva den tillståndsgivna verksamheten under förutsebara former”.⁵¹ Istället får de som berörs av verksamheten och som anser att tillståndet bör omprövas eller upphävas vända sig till tillsynsmyndigheten med en sådan begäran. Tillsynsmyndigheten är i den situationen skyldig att utreda och vid behov agera med utgångspunkt i klagomålen i enlighet med vad som stadgas i 26:1 2 st. och 26:2 2 st. MB. Av dessa paragrafer framgår nämligen att myndigheten fortlöpande ska bedöma om villkoren i givna tillstånd är tillräckliga och, om så inte är fallet, begära omprövning enligt 24 kap. hos tillståndsmyndigheten.

Dessa uttalanden upprepas sedan av MÖD i avgörandet samma dag i målet som återförvisats till miljöprövningsdelegationen för fastställande av nya bullervillkor.⁵² Här pekar man först på att enskilda sedan länge har rätt att överklaga en tillsynsmyndighets beslut att inte vidta någon åtgärd i anledning av ett klagomål, inbegripet ställningstaganden att inte begära omprövning av tillstånd (MÖD 2011:46). En sådan begäran kan emellertid endast göras under de förutsättningar som anges i 24 kap. MB. Ärendet hos miljöprövningsdelegationen är dessutom begränsat till de frågor som tillsynsmyndigheten utrett och bedömt kunna ligga till grund för omprövningen. De berörda kan visserligen överklaga också miljöprövningsdelegationens beslut, men det är fortfarande tillsynsmyndighetens ansökan som utgör ramen för den processen. När det sedan gällde själva saken i målet – det vill säga villkor för lågfrekvent buller – ansåg MÖD i likhet med miljöprövningsdelegationen att ett sådant inte behövde föreskrivas eftersom villkoret för buller utomhus var tillräckligt i denna situation. I den delen hänvisade domstolen till Naturvårdsverkets nya

⁵⁰ Se bilagan om de återkommande ärendena om *Karsholms Vindpark i Kristianstad* (MPD/Skåne 2014, 2015 och 2018).

⁵¹ MÖD 2021-05-28; M 4806-20, sid. 11.

⁵² MÖD 2021-05-28; M 318-20.

vägledning i frågan.⁵³ Mot den bakgrunden ansåg MÖD att det inte var visat att det uppstått någon olägenhet av väsentlig betydelse som kunde utgöra skäl för omprövning.

Rättsläget i frågan om omprövning av givna tillstånd kan summeras så här i förhållande till vindkraft och artskydd. En fråga om omprövning kan till exempel uppstå om en tillståndsgiven vindpark orsakar oförutsedda skador i form av dödande av skyddsvärda fåglar och andra arter. Utgångspunkten är att *någon myndighet* måste fullgöra omprövningsansvaret, annars hamnar vi i ett rättsläge som inte är förenligt med kraven i Århuskonventionen och EU-rätten om att myndigheternas beslut, handlingar och *underlåtenheter* i miljöärenden ska vara överklagbara av dem som berörs. Mot den bakgrunden framstår inte MÖDs avgörande om de fyra vindparkerna i Härjedalen som särskilt kontroversiellt, då begäran gjordes hos en central myndighet (Naturvårdsverket) som rimligen måste kunna göra sina egna prioriteringar. Det finns knappast heller något att invända mot avvisandet av den begäran som gjordes direkt hos miljöprövningsdelegationen att ompröva tillståndet i Karsholm. När en motsvarande begäran görs hos tillsynsmyndigheten blir saken emellertid en annan. De uppgifter som åligger tillsynsmyndigheten enligt 26:1 2 st. och 26:2 2 st. MB bör nämligen läsas som en *skyldighet* att ingripa om förutsättningarna för omprövning föreligger. Här föreligger alltså inget administrativt skön för myndigheten att göra en egen bedömning. Det betyder att den berörda allmänheten inte bara kan klaga på myndighetens beslut att inte göra en begäran enligt 24 kap., utan också att det inom ramen för överklagandet görs en självständig bedömning av om det föreligger skäl för omprövning. Om alltså en mark- och miljödomstol finner att ett antal dödade fåglar utgör skäl för upphävande eller omprövning av ett givet tillstånd till vindkraft enligt 24:5 MB, bör den återförvisa ärendet till tillsynsmyndigheten eller miljöprövningsdelegationen med instruktioner för den vidare utredningen och prövningen. Ramen för den fortsatta processen sätts i den situationen av domstolen efter en materiell bedömning av de laggivna förutsättningarna i 24 kap. MB i ljuset av de EU-rättsliga förpliktelseerna. Den här slutsatsen kan inte utläsas direkt av MÖD:s avgöranden om Karsholms vindpark, men följer enligt min mening av rättsskyddsprincipen. Den ligger också i linje med MÖD:s praxis när det gäller Skogsstyrelsens skyldigheter att ingripa med stöd av 12:6 MB i de fall det är nödvändigt för att undvika förbudet i AF.⁵⁴ Enkelt uttryckt; att kunna överklaga ett beslut av en tillsynsmyndighet att inte ingripa vore meningslöst om det inte därmed är möjligt att få domstolarna att bedöma om det finns lagliga skäl för omprövning av tillståndet.

B2.5.10 Regeringsprövningar

Som en del av studien har jag också tagit del av samtliga regeringsbeslut sedan 2005 som gäller vindkraftverk. Sammanlagt har det blivit 14 beslut av olika slag; en överklagad detaljplan enligt den äldre plan- och bygglagen (1987:10),⁵⁵ fem tillåtlighetsbeslut efter att kommunen begärt att regeringen förbehåller sig prövningen enligt

⁵³ *Vägledning om buller från vindkraftverk*. Naturvårdsverket 2020-12-01; <https://www.naturvardsverket.se/upload/stod-i-miljoarbetet/vagledning/buller/buller-vindkraft/vagledning-om-buller-fran-vindkraftverk.pdf>

⁵⁴ Se nu senast MÖDs beslut 2021-05-10; M 3555-21 om åkergrödor och mindre hackspettar i Härryda.

⁵⁵ Regeringens (Miljödepartementet) beslut 2007-04-12 (M2005/1851/F/P) *Gabrielsberget*.

17 kap. MB,⁵⁶ sju ärenden som hänskjutits dit av miljöprövningsdelegationer eller mark- och miljödomstolar⁵⁷ samt ett beslut om vindkraft till havs enligt lagen (1966:314) om kontinentalsockeln.⁵⁸

Den överklagade detaljplanen (*Gabrielsberget*) och tre första av tillåtlighetsbesluten (*Sjiska, Markbygden, Risholmen-Arendal*) har samtliga avsett situationer då kommunen velat få tillstånd etableringen av en vindpark, antingen genom att själv fatta beslut eller genom att begära att regeringen förbehåller sig prövningen av tillåtligheten av verksamheten. Det fjärde beslutet i den här kategorin (*Lunnekullen*) var helt annorlunda, då det var miljöprövningsdelegationen som begärde att regeringen skulle avgöra konflikten mellan energiintresset och totalförsvaret, vilket utföll till det senares fördel. Det sista beslutet gällde en förlängning av igångsättningstiden för Markbygden etapp 2 och 3.

Idag har tillåtlighetsförklaringar av regeringen av vindparker i stort sett försvunnit. Istället dominerar hänskjutningar från mark- miljödomstolar enligt 21 kap. 7 § MB, antingen efter överklagande av miljödelegationens beslut (*Bustorp, Ronneby, Klappa Klev och Tofteryd-Skog*) eller direkt i ett mål där man är första instans (*Hanöbukten*). Konstruktionen i 21:7 MB är lite säregen då hela tillståndsmålet flyttas till regeringen, alltså inte bara en del av bedömningen som i ärenden enligt 17 kap.⁵⁹ Visserligen avger domstolen ett yttrande i hänskjutningsbeslutet, men därefter får regeringen klara sig på egen hand utan tillgång tekniker eller utredningsresurser i bedömningen av tillståndet och de villkor som behövs. Nu har detta knappast varit ett problem i de mål som nämns här, då de samtliga har handlat om avvägningen mellan totalförsvarets intressen och produktionen av förnybar energi. Och här har regeringen varit väldigt tydlig då man – med ett undantag – gått på Försvarmaktens linje. Detta gäller emellertid inte bara regeringen utan samtliga instanser i tillståndsprövningen av vindkraftverk.⁶⁰ Undantaget utgörs av *Klappa Klev*, där regeringen tillät 35 av de 45 verken då de låg utanför stoppområdet för Hagshults övningsflygplats.⁶¹ Sammantaget innebär det här att totalförsvaret numera utgör ett av de största hindren för utbyggnaden av vindkraft i Sverige, särskilt efter utpekandet av s.k. lågflygningsområden under 2017. Dessa är visserligen inte riksintressen, men verkar ändå i praktiken ofta som stoppområden.⁶² Till detta kommer att Försvarmakten också säger nej till vindkraftsutbyggnader

⁵⁶ Regeringens (Miljödepartementet) beslut 2007-12-19 (M2007/1617/F/M) *Sjiska i Gällivare*, regeringens (Miljödepartementet) beslut 2010-03-04 (M2009/1517/F/M) *Markbygden i Piteå*, regeringens (Miljödepartementet) beslut 2010-03-31 (M2009/2149/F/M) *Risholmen-Arendal i Göteborg*, regeringens (Miljödepartementet) beslut 2013-02-14 (M2009/1267/F/M) *Lunnekullen i Tibro* och regeringens (Miljödepartementet) beslut 2019-05-09 (M2018/02966/Me) *Markbygden, förlängning av igångsättningstid för etapp 2 och 3*.

⁵⁷ Regeringens (Miljö- och energidepartementet) beslut 2016-10-13 (M2012/03367/Me) *Bustorp*, regeringens (Miljö- och energidepartementet) beslut 2016-10-13 (M2013/02747/Me) *Ronneby*, regeringens (Miljö- och energidepartementet) beslut 2016-12-20 (M2012/00694/Me) *Klappa Klev*, regeringens (Miljö- och energidepartementet) beslut 2016-12-20 (M2013/00540/Me) *Hanöbukten*, regeringens (Miljö- och energidepartementet) beslut 2018-05-17 (M2018/00689/Me) *Tofteryd-Skog*, regeringens (Miljö- och energidepartementet) beslut 2018-10-04 (M2015/03812/Me) *Köpinge* samt regeringens (Miljödepartementet) beslut 2019-10-03 (M2015/00352/Me) *Sundborn Windpark*.

⁵⁸ Regeringens (Näringsdepartementet) beslut 2010-03-04 (M/2009/1517/F/M) *Skåne havsvindpark, Öland havsvindpark och Gotland havsvindpark*.

⁵⁹ MÖD 2005:13, MÖD 2011:30, HFD 2018-06-08; 755-17).

⁶⁰ För undersökningsperioden 2014-18 gäller det 2014 MPD/Västra Götaland *Lunnekullen*, 2015 MPD/Östergötland *Motala Hultema* och 2014 MPD/Västerbotten *Fjällbyn*.

⁶¹ Regeringen återförvisade ärendet till miljöprövningsdelegationen, men därefter återkallade bolaget ansökan.

⁶² Se dock 2018 MPD/Östergötland Ändringstillstånd till vindkraftverk på *Grevkulla* där både miljöprövningsdelegationen och mark- och miljödomstolen gick emot Försvarmakten när det gällde etableringen i ett sådant område (MÖD meddelade inte prövningstillstånd). I det fallet yttrade sig Försvarmakten, men överklagade inte.

i stora delar av Östersjön och delar av Västerhavet. Det vore därför intressant att göra en fördjupad studie om hur andra länder löser konflikten mellan totalförsvaret och produktion av förnybar energi för att se om det finns alternativa vägar som ger större utrymme för utbyggnaden av vindkraften.⁶³

Ett hänskjutningsärende som sticker ut är *Sundborn Windpark*. Det gällde konflikten mellan vindkraft och kulturmiljöintresset. Parken var planerad i Sundborn i ett område som ligger inom världsarvet Falun och Kopparbergslagen. Riksantikvarieämbetet var aktivt i målet och pekade på att Världsarvskommittén har en striktare syn på vindkraftsexploateringar i utpekade områden än den svenska hållningen som den kommit till uttryck i rättspraxis. I det här fallet bedömde regeringen att vindkraftsparken skulle skada världsarvet och avtog ansökan om tillstånd. Det bör emellertid observeras att en sådan utgång är ytterst sällsynt vid en konflikt mellan kulturmiljövärden och utbyggnaden av vindkraft. Under vår undersökningsperiod har enbart tio vindkraftverk stoppats av detta skäl, och även då gällde det påverkan på ett världsarvsområde.⁶⁴

Slutligen har jag tagit med ett regeringsbeslut enligt lagen (1966:314, KSL) om kontinentalsockeln. Tillståndsprövningen av vindkraft och anslutande anläggningar till havs sker enligt den lagen och lagen (1992:1140, SEZ) om Sveriges ekonomiska zon. Beslutet om *Skåne Havsvindspark* är intressant främst för bedömningen av när det ska ske en Natura 2000-prövning. I det beslutet utgick regeringen från att en sådan prövning ska ske separat av länsstyrelsen, samtidigt som man ger tillstånd för undersökning av två av de tre ansökta områdena. För det tredje området avslår man ansökan med hänvisning till påverkan på tumlarpopulationen. Detta är en annan inställning än den som kommer till uttryck i ett annat regeringsbeslut enligt SEZ, nämligen det om *Södra Midsjöbanken*.⁶⁵ I det fallet ansöker E.O.N. Wind Sweden om tillstånd till gruppstation för vindkraft i ett område som ligger nära Natura 2000-områdena Hoburgs bank och Södra Midsjöbankarna. I beslutet menade regeringen att bolaget först måste ansöka hos länsstyrelsen om ett tillstånd enligt 7:28b MB för att komplettera ansökan innan prövningen enligt SEZ kunde slutföras. Om diskrepansen i rättstillämpningen under KSL respektive SEZ beror på tillfälligheter, tidsskillnaden mellan besluten, olikheter i förarbetena till de två lagarna eller på att det är olika departement som ”äger” frågan är svårt att veta. Alldeles oavsett medför de olika synsätten en otydlighet i tillståndsprövningen som enkelt kan undvikas. Och även om de båda synsätten formellt sett ryms i skrivningen i 4:8 MB,⁶⁶ ger en ordning där sökanden först måste skaffa sig ett Natura 2000-tillstånd bättre förutsebarhet och resurshushållning för både sökande och motintressen.⁶⁷

⁶³ Regeringen gav i 2020 års regleringsbrev Försvarsmakten i uppdrag att ”analysera jämförbara länders och grannländers erfarenheter av fungerande samexistens mellan försvarsmakt och kraftigt utbyggt vindkraft inom samma geografiska område. Försvarsmakten ska återkomma med förslag på hur det svenska systemet kan förbättras i det avseendet” (§ 19). Därefter kom Försvarsmakten och Energimyndigheten överens om att lägga utredningsuppdraget på Totalförsvarets Forskningsinstitut (FOI), där arbetet pågår.

⁶⁴ 2015 MPD/Västernorrland *Tillstånd till vindkraftverk på Skaftåsen, Härjedalen* som berörde världsarvet Fågelsjö Gammelgård. Ytterligare tretton vindkraftverk valdes bort i den näraliggande vindparken på *Åndberget* (2015 MPD/Västernorrland), men det var för att skydda landskapsbilden i området.

⁶⁵ Regeringens (Miljö- och energidepartementet) beslut 2019-03-14 (M2012/00714/Me).

⁶⁶ Högsta förvaltningsdomstolens rättsprövning av *Förbifart Stockholm* (HFD 2011 not. 26).

⁶⁷ Något som illustreras av ärendet om Stora Middelgrund och Röde bank (2017 Länsstyrelsen i Halland Tillstånd enligt Natura 2000 till vindpark inom Stora Middelgrund och Röde bank) där ansökan om tillstånd enligt 7:28a MB (Natura 2000) avvisades tolv respektive nio år efter att regeringen gett tillstånd enligt KSL (2005) och LEZ (2008).

Under vår undersökningsperiod, som alltså gäller beslut som ursprungligen fattades under åren 2014 till 2018, är det endast tre av dem som nämns ovan som omfattas; *Lunnekullen* där miljöprövningsdelegationen avslag tillståndsansökan 2014 efter att regeringen beslutat av verksamheten inte var tillåtlig,⁶⁸ *Hanöbukten* där regeringen fattade beslut i tillståndsfrågan 2016 och *Tofteryd-Skog* där miljöprövningsdelegationen avslag hela ansökan 2017. I det senare medgav ju Försvarsmakten i överprövningen hos regeringen att fyra vindkraftverk byggdes i området och för dessa pågår prövningen fortfarande.⁶⁹ Samtliga dessa ärenden har jag kommenterat ovan.

Tillåtlighetsförklaringar har förlorat i betydelse under senare år, vilket främst har att göra med Högsta domstolens avgörande i det så kallade Bungemålet (NJA 2013 s. 613). Orsaken är att konstruktionen är svår att förena med EU-rättens krav på att en samlad bedömning som uppfyller unionsrättens krav på fullständighet, exakthet och slutlighet som måste göras i de flesta fall. Det händer visserligen att domstolarna återförvisar ett överklagat mål, varefter miljöprövningsdelegationen känner sig bunden av den ”tillåtlighetsförklaring” som gjorts av överinstansen, men det är inte så vanligt.⁷⁰ När det gäller tillåtlighetsförklaringar av regeringen enligt 17 kap. MB är det enbart beslutet om Markbygden 2010 som har omfattat prövningar under vår undersökningsperiod, nämligen de tillståndsbeslut som fattades 2014 och 2016 för etapp 2 och etapp 3.⁷¹ I det senare av dessa gör MÖD ett uttalande som är svårtolkat, då man säger – med hänvisning till NJA 2013 s. 613 (Bunge) – att ett underkännande av boxmodellen i fallet skulle strida emot tillåtlighetsbeslutets rättskraft.⁷² Samtidigt pekar MÖD på att det redan av regeringsbeslutet framgår att den efterkommande tillståndsprövningen kan resultera i ytterligare villkor för verksamheten som bl.a. kan medföra att det högst angivna antalet vindkraftverk inte kan uppföras. Vid en jämförelse med vad Högsta domstolen uttalade om tillåtlighetsförklaringar i Bunge-avgörandet – nämligen att en sådan *inte får genomföras på ett sådant sätt eller ges sådana verkningar att det hindrar en fullständig prövning*, och om den *inte bindande vid den närmare villkorbestämningen* i den efterföljande tillståndsprövningen – är det rimligt att utgå från att MÖD kände sig oförhindrad att ställa de krav som följer av EU-rätten och våra internationella förpliktelser, bland annat av hänsyn till artskyddet.

B2.6 Slutord

Denna rapport kan ses som ett bidrag till debatten om den rättsliga regleringen av tillstånd till vindkraft i Sverige. För mig är det tre slutsatser som sticker ut bland dem som kan dras av studien av besluten under femårsperioden 2014–18.

Den första slutsatsen är att den ökande tyngd som många vill ge klimatnyttan i prövningen av en verksamhet inte är så enkel att genomföra när det gäller regleringen av exploateringar som är spridda över hela landet och tar i anspråk stora markområden. Skälen för detta är dels att tillståndsprövningen enligt EU-rätten

⁶⁸ MPD/Västra Götaland 2014-07-02; 30355-2012.

⁶⁹ Se 2017 MPD/ Östergötland *Tillstånd till vindkraftverk på Tofteryds-Skog 1:4 mfl (Vindkraftpark Boarp)*.

⁷⁰ Se t.ex. 2015 MPD/Dalarna *Tillstånd till vindkraftverk på Orrberget/Stensvedberget, Ludvika*.

⁷¹ MPD/Norrbottnen 2014-05-20; 3836-2013 och MPD/Norrbottnen 2016-03-17; 8631-2014.

⁷² MÖD 2018-06-19; M 6331-17, sid. 23.

och miljöbalken bygger på individuell utredning och prövning i varje fall, dels att exploateringen möter flera motintressen som inte låter sig övertrumfas i en vanlig avvägning enligt 2–4 kap. MB. Det kommunala vetot, det EU-rättsliga artskyddet, totalförsvaret och rennärningen är samtliga av detta slag.

Den andra slutsatsen är att prövningssystemet för tillstånd till vindkraft är väl-fungerande. Ett administrativt tillståndsorgan och en full överprövning av domstolar med kunniga domare och tekniker med stor erfarenhet av miljömål – med möjlighet för en andra domstolsinstans att överpröva i särskilda fall – ger en effektiv och rättssäker miljöprocess.

Den tredje slutsatsen är den mest intressanta för vårt projekt. Skyddet av hotade arter utgör inte något stort hinder för vindkraftens utveckling. Under femårsperioden 2014–18 har endast ett litet antal vindkraftverk stoppats av detta skäl, mellan 9 och 11 procent beroende på hur man räknar. Den siffran bör kunna ge lite perspektiv i vindkraftsdebatten.

B2.7 Den efterföljande debatten

Vår undersökning gavs ut som preliminär rapport i april 2020 och lades samtidigt ut på PROSPECs hemsida.⁷³ Inför publiceringen av slutrapporten från forskningsprojektet skickade branschorganisationen Svensk Vindenergi ett brev till generaldirektörerna för Energimyndigheten och Naturvårdsverket med kritik av den statistik som vi publicerat.⁷⁴ Kritiken upprepades därefter i ett pressmeddelande från organisationen någon vecka senare.⁷⁵ Här framhåller man att det är viktigt att pågående utredningar i frågor som rör vindkraftens framtid utgår från korrekta uppgifter, varför man låtit konsultföretaget Westander Klimat och Energi granska vår statistik. Utfallet av deras genomgång visar helt andra siffror än våra, och kritiken av vår rapport gick ut på:

1. Att vår slutsats att en klimatregel i 2–4 kapitlet miljöbalken skulle få begränsad betydelse vid prövningen av vindkraftverk (se avsnitt B2.3.3) motsägs av statistiken då många beslut ändras vid överprövning i domstol.
2. Vi har inte redovisat den nationella statistiken över tid, vilket visar att antalet tillståndsgivna verk har minskat drastiskt.
3. Vi redovisar betydligt fler godkända och väsentligt färre avslagna vindkraftverk än den kompletta statistiken. Det beror i sin tur på att vi inte inkluderar havsbaserade vindparker i den totala statistiken, inbegriper den stora vindparken Markbygden, inte inkluderar avvisade eller återkallade ansökningar, exkluderar vindkraftverk som sökanden tagit bort från ansökan för att underlätta ett positivt beslut samt missade ett antal ansökningar under perioden 2014–18.

⁷³ *Hur många fick lov? Och varför fick de andra nobben? – statistik och betraktelser över tillstånd till vindkraft på land och till havs.* Rapport inom forskningsprogrammet PROSPEC. Faculty of Law/Uppsala Universitet, Working Paper Series 2020:1 (2020-04-27).

⁷⁴ E-post från Tomas Hallberg (Svensk Vindenergi) till Björn Risinger (Naturvårdsverket) 2021-04-22, ämne: *Darpös statistik är missvisande – 59% av vindkraftverken får avslag.*

⁷⁵ Svensk vindenergi: *Stor investeringsvilja i vindkraft – men 59 procent av verken avslås*; <https://svenskvindenergi.org/pressmeddelanden/stor-investeringsvilja-i-vindkraft-men-59-procent-av-verken-avslas>

Kritiken från Svensk Vindenergi ger oss ett välkommet tillfälle att klargöra hur vi har lagt upp vår undersökning och statistik samt skälen för detta. Som nämns i vår rapport finns en rad olika undersökningar som utförts genom åren och som visar på olika resultat. Vilken av dessa som ger den mest rättvisande bilden överläter vi till läsaren att bedöma.

Låt oss börja med själva statistiken. I korthet beror de olika utfallen i våra undersökningar på att vi räknar på olika saker. Vi har vinnlagt oss om att enbart använda objektiv information som är relevant i en diskussion om tillståndssystemets effektivitet. Svensk Vindenergis och Westanders kritik gäller följande punkter:

- Vi inkluderar inte de havsbaserade vindparkerna i statistiken.

Vi redogör för ärendena och utfallet för vindkraft på land och till havs var för sig i avsnitten B2.4.2 respektive B2.4.3. När det gäller landbaserade vindparker rör det sig om 211 ärenden om sammanlagt 4 535 vindkraftverk, till havs om fem ärenden och 270 vindkraftverk. Vi menar att det leder fel att blanda statistiken för dessa två kategorier, då lagstiftningen, prövningen och hindren skiljer sig åt, liksom ekonomin och förutsättningarna för nätanslutning. I Östersjön har till exempel Försvarmaktens inställning avgörande betydelse, vilket oftast inte är fallet på land. Om man vill diskutera förutsättningarna för vindkraftens utveckling och möjligheten att få tillstånd menar vi att en separat redovisning för land och till havs ger en rättvisande bild.

- Vi inkluderar vindparken Markbygden, fast den borde bortses ifrån i en statistisk redogörelse.

Här hänvisar Westander till att Energimyndigheten angett att Markbygden inte ska räknas med i utredningen om det kommunala vetot eftersom vindparken tillåtlighetsförklarats av regeringen enligt 17 kap. MB. Det är en giltig synpunkt om man vill studera frågan om vetot separat, då den bestämmelsen inte gäller när regeringen förklarar att verksamheten är tillåtlig (16 kap. 4 § 2 st. MB). Till det kommer att regeringens prövning av Markbygden skedde på initiativ av de kommuner som ville ha exploateringen. Mot den bakgrunden exemplifierade vi i avsnitt B2.4.2 hur statistiken skulle se ut om de två tillståndsbesluten om Markbygden avräknades. Om man däremot vill ha en rättvisande bild av övriga hinder – inte minst artskyddet – bör Markbygden räknas med, då det tydligt framgår av Mark- och miljööverdomstolens avgörande 2018 att tillståndsprövningen kunde resultera i att antalet vindkraftverk reducerades och att nya villkor fastställdes.⁷⁶ Den uttryckliga hänvisningen till Högsta domstolens avgörande i det så kallade Bunge-målet (NJA 2013 sid. 623) visar också att domstolen menade att den slutliga bedömningen av de EU-rättsliga intressena skedde vid tillståndsprövningarna.

- Vi inkluderar inte avvisade ansökningar eller ansökningar som avslagits på grund av att boxmodellen inte godtagits.

Som vi utvecklar i rapporten (avsnitt B2.4.2) har ett antal ansökningar blivit avvisade för att utredningen var undermålig. Det är ovanligt, men medför egentligen bara att projektören kan komma igen med en förbättrad ansökan. Detsamma gäller när en tillståndsansökan fått avslag för att boxmodellen

⁷⁶ MÖD 2018-06-19; M 6331-17.

inte godtagits. Genom att ändå räkna in dessa ansökningar uppnår Westander nästan 500 ytterligare ”avslag”, vilket givetvis påverkar statistiken. Bland annat räknar man in de 108 vindkraftverk som omfattades av ansökan om Natura 2000-tillstånd till vindparken vid Stora Middelgrund och Röde bank. I det målet avvisades ansökan av både länsstyrelsen och mark- och miljödomstolen då vindparken skulle byggas i ett Natura 2000-område och utredningen ansågs alltför svag. Mark- och miljödomstolen pekade bland annat på att MKBn hade allvarliga brister genom att inte belysa att området var skyddat, hur de särskilda naturtyperna i området skulle säkerställas eller den kumulativa påverkan som kunde uppstå genom fartygstrafiken.⁷⁷ Vi förstår inte vad man vill visa genom att inkludera ett sådant ärende då avvisningsbeslutet visar att tillståndssystemet faktiskt fungerar, nämligen genom att undermåliga ansökningar underkänns. Till det kommer att Vattenfall nu har en ny ansökan på gång om en vindpark i området.⁷⁸ Samma sak har hänt i åtminstone tre av de ärenden då ansökan har underkänts på grund av att påverkan på de motstående intressena inte kunde bedömas av domstolarna genom att boxmodellen har använts. Här har sökanden gjort förnyade försök genom att ange placeringarna tydligare i sina ansökningar, vilket så här långt har varit framgångsrikt.⁷⁹

- Vi exkluderar verk som sökanden tagit bort från ansökan för att underlätta ett positivt besked av tillståndsmyndigheten.

Här kunde vi ha varit tydligare i vår preliminära rapport. Vi har räknat på det antal som sökanden slutligt yrkat i ansökan. Det är alltså det antalet som är prövat i sak i tillståndsprocessen. Att ett antal vindkraftverk exkluderas i samrådet eller till och med när ansökan är gjord kan ha en mängd olika skäl, vilka inte är möjliga att verifiera. Det går heller inte att göra någon beräkning av avslagsgrunderna utifrån uppgifterna i ansökan om dessa reducerade antal. Vi har därför utgått från det antal vindkraftverk som sökanden trodde sig ha goda skäl för att få tillstånd till.

- Vi inkluderar inte återkallade ansökningar trots att återkallande i normalfallet beror på att exploatören vill undvika ett avslagsbeslut.

Till att börja bör det göras klart att vår metod har varit att begära ut samtliga tillståndsbeslut om vindkraft från tidsperioden 2014–18. Efter att ha upprättat en lista med redogörelser för samtliga dessa ärenden har vi bett de ansvariga handläggarna hos miljöprövningsdelegationerna att kontrollera att allt finns med. I de flesta fall har denna efterkontroll skett vid upprepade tillfällen. Om vi alltså har missat något ärende beror det på att vi inte har fått någon information om detta.

I några fall har miljöprövningsdelegationen skickat med uppgifter om återkallade ansökningar, men dessa har vi inte tagit med i statistiken. Orsaken till det framgår tydligt vid en genomgång av de ärenden som enligt Westander borde vara med i beräkningen. När vi efterfrågade diarienummer till de ansökningar som

⁷⁷ MMD/Vänersborg 2018-03-09; M 1195-17.

⁷⁸ Vattenfall: Vindkraftsprojekt Stora Middelgrund; <https://group.vattenfall.com/se/var-verksamhet/vindprojekt/stora-middelgrund>

⁷⁹ Se 2015 MPD/Dalarna *Tillstånd till vindkraftverk Kolvallen, Ljusdal* och de pågående ärendena om Vindkraftspark Brobaberget (2016 MPD/Dalarna) och Vindkraftspark Lannaberget (2016 MPD/Dalarna).

återkallats av andra skäl än att kommunen signalerat motstånd fick vi information om 13 ärenden. Vi kontrollerade dessa med miljöprövningsdelegationerna, men för några gick det inte att få fram orsaken till återkallelsen. I andra kunde vi förstå av avskrivningsbeslutet eller ansökan om återkallelse att skälen var av vitt skilda slag. I något fall ville sökanden få till en höjning av vindkraftverken genom en ändring av villkoren i tillståndet – vilket inte är möjligt då en sådan höjning kräver ändringstillstånd – i några angavs att naturvärdena i området begränsade det antal vindkraftverk som det gick att få tillstånd till eller att man ansåg att länsstyrelsen ställde för höga krav. I ytterligare andra uppgavs att kostnaden för elanslutning var för hög, att elmarknaden hade försämrats, att kommunen inte var positiv eller inte hade lämnat besked, att ekonomin i projektet var för riskabel, att förhandlingarna med markägarna gick trögt och att det därför inte var värt att gå vidare eller att Försvarsmakten var emot projektet. Det är i och för intressanta uppgifter, men vi menar att de är omöjliga att använda i en statistik som bygger på objektiv information.

- Vi har missat 17 ansökningar som uppfyller våra kriterier, dvs. som rör tillstånd till landbaserad vindkraft och som togs under tidsperioden 2014–18 och som vunnit laga kraft

Det är riktigt att vi inte har fått någon information om de ansökningar som Westander anger i denna del, vilket beror på att miljöprövningsdelegationerna har missat att lämna ut dessa. Vi är tacksamma för kompletteringen i den här delen. Samtidigt kan jag konstatera att siffrorna påverkas obetydligt när vi räknade in de 15 ärenden som blev kvar efter dubbelkontroll.⁸⁰ De är nu medtagna i statistiken, tillsammans med de fem tillståndsärenden som avslutats efter publikationen av preliminär rapporten, vilket resulterat i att andelen avslag gått från 25 procent till 28 procent. Här vill jag emellertid upprepa det som sägs i avsnitt B2.4.2, nämligen att det är svårt att beräkna andelen avslag som beror på frånvaron av ett positivt gensvar från kommunen eller Försvarsmakten. Det finns skäl att tro att många försiktiga projektörer inte går vidare om de uppfattar att det finns ”absoluta” hinder av det slaget. Även om något liknande kan sägas om artskyddet och rennäringsen så är det rimligt att tro att dessa motintressen uppfattas som mera ”förhandlingsbara”. Då vårt fokus ligger på artskyddet är det mest relevant att ta fasta på en beräkning där det kommunala vetot och försvaret räknas bort. Den statistiken finns också redovisad i statistikavsnittet och visar som följer, varvid läsaren återigen görs uppmärksam på de avgränsningar som gjorts. *Siffrorna avser tillstånd och ändringstillstånd till landbaserad vindkraft, där det första beslutet togs under tidsperioden 2014–18 och där beslutet är slutgiltigt, det vill säga, har vunnit laga kraft.* Av beräkningen framgår att det under perioden ansöktes om tillstånd till 3 516 vindkraftverk, varav 531 fick avslag, det vill säga tillstånd meddelades för 2 985 vindkraftverk (85 procent). Andelen avslag var 15 procent, varav artskyddet stod för 10,9 procent (384 vindkraftverk), rennäringsen 3,4 procent (120 vindkraftverk), landskapskyddet 0,7 procent (24 vindkraftverk) och hänsyn till närboende 0,1 procent (3 vindkraftverk). Den här bilden menar vi är den mest rättvisande för vår studie, varför den får bli vårt avslutande bidrag till debatten om statistiken över tillstånd till vindkraft.

⁸⁰ Ett ärende var redan med i statistiken, ett var pågående och ett låg utanför vår beräkning eftersom det avsåg en avvisad ansökan (2018 Lst/Halland Stora Middelgrund och Röde bank).

När det gäller kritiken i sak menar jag att vi kan kritiseras för det vi har gjort, men knappast för det vi *inte gjort*. Avgränsningarna i vår undersökning och de beräkningar som görs avsnitten B2.4.1 och B2.4.2 är tydligt redovisade. Vi har studerat en stor mängd beslut som gäller tillstånd till vindkraftverk på land och till havs. Statistiken är inriktad på att redovisa utfallet för landbaserad vindkraft över en längre tidsperiod, nämligen för sådana ärenden där det första beslutet togs 2014–18 och som idag vunnit laga kraft. När det gäller ärendena om havsbaserad vindkraft redovisades de fyra ansökningarna som prövats i sak separat i avsnitt B2.4.3. Det är riktigt att vi i våra sammanräkningar inte redogjorde för utvecklingen över tid, då vårt fokus har varit att få en helhetsbild över en femårsperiod på antalet givna respektive avslagna vindkraftverk och skälen för avslag. Emellertid framgår all information om utvecklingen över tid tydligt i tabläerna för de olika miljöprövningsdelegationerna (se avsnitt B2.4.1). Med vårt sätt att redovisa informationen är det möjligt att enkelt och snabbt dra andra slutsatser än dem som vi fokuserat på, till exempel om tendensen över åren, regionala skillnader eller utbyggnaden i olika elområden. Westander anför ett uttalande av Energimyndigheten om nedgången av ansökningar under senare år där det sägs att ”(e)n förklaring till det är troligen att vindkraftsbranschen upplever att det idag är mycket svårt att hitta nya vindkraftsprojekt i bra lägen där det bedöms troligt att tillstånd kommer att beviljas”.⁸¹ Denna slutsats är dragen utifrån intervjuer som myndigheten gjort med projektörer.⁸² Andra förklaringar som har uppgetts är den kommunala osäkerheten och att det är svårt att förutse avvägningarna som görs i tillståndsprocessen. Det här är subjektiva uppgifter och vi kan utifrån vårt undersökningsmaterial inte uttala oss om dess tillförlitlighet eller över huvud taget om orsakerna till utvecklingen över tid. Till skillnad från Westander offentliggör vi emellertid allt material som vi bygger våra slutsatser på, något som vi betraktar som ett grundläggande krav i forskning och utredningsverksamhet.

När det sedan gäller vår slutsats att en klimatregel i 2–4 kap. MB får begränsad betydelse för prövningen av vindkraft får vi konstatera att Westander inte har förstått vad vi skriver. Deras kritik går ut på att besluten om tillstånd ofta ändras vid överprövning, varför vårt påstående om att det kommunala vetot, försvaret, artskyddet och rennäringen utgör ”absoluta” hinder är felaktigt. Vi har givetvis inte påstått att dessa motintressen är absoluta i bemärkelsen att de inte är föremål för olika bedömningar, men däremot att de ligger utanför den intresseavvägning som sker inom ramen för reglerna i 2–4 kap. MB. Det är bakgrunden till att vi i avsnitt B2.5.3 skriver följande:

Det är tydligt att systemet med avvägningar mellan olika riksintressen enligt 3 och 4 kap. MB spelar en begränsad roll vid prövningen av tillstånd till vindkraft. Något liknande kan sägas om klimatfrågan. Det här beror på hur lagstiftningen och EU-rätten är konstruerad i förhållande till en verksamhet som är spridd över landet med separata lokaliseringsprövningar. När riksintresset för energiproduktion och klimatnytta möter andra riksintressen (friluftsliv, kulturmiljö, naturvård, m.m.) så trumfar det regelmässigt med stöd av avvägningsregeln i

⁸¹ Westander klimat och Energi: Statistisk granskning av Jan Darpös rapport, den 21 april 2021.

⁸² *Nulägesbeskrivning – Vindkraftens förutsättningar. Underlag till Nationell strategi för en hållbar vindkraftsutbyggnad.* Energimyndigheten/Naturvårdsverket 2021-01-27; http://www.energimyndigheten.se/globalassets/fornybart/strategi-for-hallbar-vindkraftsutbyggnad/nulagesbeskrivning_vindkraftens-forutsattningar.pdf

3 kap. 10 § MB. När det emellertid möter ”absoluta” hänsyn i form av det kommunala vetot och totalförsvarets stoppområden, liksom det EU-rättsliga artskyddet eller det folkrättsliga skyddet av samerna och renskötseln blir saken en helt annan. I denna situation – som nästan alltid uppträder vid tillståndsprövningen av vindparker – blir det istället fråga om det går att förena lokaliseringen med dessa hinder. När ärendet resulterar i ett avslag på ansökan är det följaktligen för att mark- och miljödomstolen har bedömt att vindparken på den platsen inte går att förena med dessa hänsyn, inte för att den anser att riksintresset för energiproduktion väger lättare eller att dess klimatnytta är mindre. Det finns heller inget som tyder på att den svenska lagstiftningen skulle utgöra en ”överimplementering” av EU-rätten eller att vår rättspraxis vid prövningen av vindkraft skiljer sig den som råder i andra länder. Vår förståelse av reglerna delas av de flesta medlemsstater och av EU-kommissionen. Vill man reformera den här ordningen krävs ändringar i regelverket, vilket för artskyddet och urfolksrättigheterna ligger utanför och ovanför den nationella nivån. Det lämpliga i en sådan förändring av våra internationella förpliktelser kan givetvis diskuteras.

Det här är en bedömning som vi gör efter att ha studerat ett stort antal beslut och domar om tillstånd till vindkraft. Det är fråga om en prognos utifrån en sedvanlig juridisk metod, nämligen att domstolarna kommer att döma i enlighet med regelverket som vi förstår det idag nationellt, EU-rättsligt och folkrättsligt. Det är samma bedömning som görs i det juridiska underlaget till Energimyndighetens och Naturvårdsverkets Nationella strategi för en hållbar vindkraftutbyggnad som publicerades i början av 2021, där myndigheterna skriver att det är svårt att se hur ett klimatförtydligande i portalparagrafen till miljöbalken ”skulle få någon egentlig betydelse när det kommer till situationer då vindkraftsetableringar ska prövas mot andra intressen/lagregler där utrymme för att göra den typen av avvägningar saknas”.⁸³ Vi kan givetvis ha fel på så vis att rättsutvecklingen blir en annan, men det återstår att se. Det är dock rimligt att tro att om klimatnyttan ska få genomslag i prövningar av vindkraft kommer det att ske med tillämpning av det befintliga regelverket, till exempel genom en mer generös användning av dispensregeln om ”tvingande orsaker som har ett allt överskuggande allmänintresse” i artikel 16.1(c) i art- och habitatdirektivet (92/43). En sådan utveckling ser vi redan idag i till exempel Nederländerna och Tyskland, men det är osäkert om den skulle hålla i en prövning vid EU-domstolen. Om så blir fallet, tror vi emellertid att regeln enbart kan tillämpas på det viset i undantagsfall och för mycket stora vindparker. Något allmänt undantag för artskyddet kan det knappast bli fråga om. Westander pekar vidare på ett uttalande av Försvarsmakten i en ny vägledning om vindkraft där myndigheten tillstår att det är det kan bli fråga om en avvägning av olika riksintressen.⁸⁴ Argumentet är inte övertygande. Som vi skriver i rapporten (avsnitt B2.5.10) får Försvarsmaktens intressen genomslag i prövningarna på två sätt. Till att börja med genom

⁸³ *Analys av juridiska förutsättningar för en hållbar vindkraftsutbyggnad. Underlag till Nationell strategi för en hållbar vindkraftsutbyggnad.* Energimyndigheten/Naturvårdsverket 2021-01-27, sid. 30; <http://www.energi-myndigheten.se/globalassets/fornybart/strategi-for-hallbar-vindkraftsutbyggnad/analys-av-juridiska-forutsattningar-for-en-hallbar-vindkraftsutbyggnad.pdf>

⁸⁴ Försvarsmakten: PM – *Vägledning vindkraft*. Skrivelsen är odaterad utan dnr, avsändare anton.arnesson@mil.se. På direkt fråga angav avsändaren att den skickades till Naturvårdsverket och Energimyndigheten i september 2020; <http://www.energi-myndigheten.se/globalassets/fornybart/strategi-for-hallbar-vindkraftsutbyggnad/vagledning-om-forsvarsintressen-fran-forsvarsmakten.pdf>

den materiella regeln i 3 kap. 10 § 1 st. sista meningen där det framgår att totalförsvarets riksintressen går framför alla andra. Dessutom genom den obligatoriska hänskjutningsregeln i 21 kap. 7 § 2 st. sista meningen som gör att domstolarna är tvungna att hänskjuta målet till regeringen när Försvarsmakten yrkar på detta. Och väl hos regeringen är det ingen tvekan om vem som bestämmer, något som bekräftas av såväl vår undersökning som Westanders: det är enstaka vindkraftverk som regeringen släppt fram trots Försvarsmaktens motstånd. Att sedan myndigheten gör allmänna uttalanden i en vägledning ändrar inte på detta faktum. Å andra sidan pågår ett samarbete mellan Försvarsmakten, Energimyndigheten och Naturvårdsverket för att proaktivt hitta möjligheter att etablera vindkraft i områden av betydelse för Försvaret och så kallade påverkansområden, men det har inte så mycket att göra med en klimatregel i 2–4 kap. MB. När det slutligen gäller rennärings- och samernas markrättigheter är det än svårare att förstå hur en klimatregel skulle kunna övertrumfa dessa folkrättsligt skyddade intressen (se avsnitt B2.5.7). Här får gärna Svensk Vindenergi förklara hur organisationen tänker.

Slutligen något om debatten som sådan. Branschen har länge argumenterat för att det måste bli lättare och snabbare att få tillstånd till vindkraft. Man lyfter fram att det är alldeles för stora hinder för dessa klimatviktiga investeringar, vilka kan undanröjas med förändringar i prövningen och genom att låta klimatnyttan få genomslag i avvägningen mot andra intressen. Samtidigt är det relativt tyst om att en stor andel tillståndsgiven vindkraft där tillståndet aldrig har utnyttjats. Enligt dokumentet ”Nulägesrapport – Vindkraftens förutsättningar” som hör till den Nationella strategin för en hållbar vindkraftsutbyggnad, fanns i oktober 2020 mer än 100 lagakraftvunna tillstånd till 3 254 vindkraftverk – motsvarande en elproduktion på 34 TWh årligen – som inte utnyttjats. Av dessa beräknas 44 procent att realiseras.⁸⁵ Frågan om hur detta är förenligt med påståendet att det är för svårt att få tillstånd till vindkraft borde klargöras i debatten. Den andra saken det talas tyst om är att det går bra för vindkraften, åtminstone på kort sikt. Av Energimyndighetens statistik från i april 2021 framgår att under 2020 byggdes 357 vindkraftverk med 1,4 GW i installerad effekt. Vid slutet av året fanns 4 333 vindkraftverk som bidrog med ungefär 16 procent av Sveriges elproduktion under året, motsvarande 27,5 TWh.⁸⁶ Enligt *Nulägesbeskrivningen* beräknas vindkraften stå för 45 TWh 2023.⁸⁷ Utifrån de planeringsförutsättningar som funnits hittills är detta alltså en mycket positiv utveckling. Saken kommer emellertid i ett annat läge sett till scenarioanalysen i den av Energimyndigheten och Naturvårdsverket utarbetade *Nationella strategin*, nämligen att det krävs årliga 80 TWh vindkraftsproducerad el på land plus 20 TWh till havs för att uppnå 100 procents förnybar elproduktion 2040.⁸⁸ För att möta den målsättningen räcker det knappast med att skruva i tillståndssystemet för att kunna möta konflikterna med lokalt motstånd mot vindkraft, artskydd, rennärings- och försvar, utan då krävs helt nya planeringsinstrument. Men den diskussionen får tas i ett annat sammanhang.

⁸⁵ *Nulägesbeskrivning – Vindkraftens förutsättningar. Underlag till Nationell strategi för en hållbar vindkraftsutbyggnad.* Energimyndigheten/Naturvårdsverket 2021-01-27, sid. 15f; <https://energimyndigheten.a-w2m.se/Home.mvc?ResourceId=183601>

⁸⁶ Energimyndigheten (2021-04-22): *Ny statistik över installerad vindkraft 2020*; <http://www.energimyndigheten.se/nyhetsarkiv/2021/ny-statistik-over-installerad-vindkraft-2020/>

⁸⁷ *Nulägesbeskrivningen* sid. 5.

⁸⁸ *Nationell strategi för hållbar vindkraft.* Energimyndigheten rapport ER 2021:2 framtagen i samarbete med Naturvårdsverket. Statens Energimyndighet januari 2021; http://www.energimyndigheten.se/globalassets/fornybart/strategi-for-hallbar-vindkraftsutbyggnad/er-2021_02.pdf

Bilaga 3: Vindkraften och hänsyn till arterna

Jonas Sandström, SLU Artdatabanken, Sveriges Lantbruksuniversitet

B3.1 Inledning

Vindkraftutbyggnaden i Sverige har expanderat kraftigt de senaste åren. Den här utvecklingen kan förväntas fortsätta genom visionen om klimatneutralitet och därmed behovet av omställningen bort från fossila energikällor, vilket är en central politisk målsättning i både Sverige och EU.¹ Ansökningar för vindkraft på land behandlas initialt av miljöprövningsdelegationer (MPD) och kan sedan överklagas till högre instanser, se figur B3-6. En övergripande analys visar att 72 procent av ansökta vindkraftverken får tillstånd, räknat som antal turbiner (se bilaga 2: *Hur många får lov?*, avsnitt B2.4.2). Främsta grunden till avslag är kommunalt veto (12,6 procent av alla ansökta verk) medan artskydd och naturvård är skäl för avslag för 9,3 procent av kraftverken. Resterande avslag berodde på hänsyn till rennäringsen (2,9 procent) och försvaret (2,6 procent).

I denna studie fokuserar vi på artskyddet genom att detaljstudera ett urval av vindkraftsärenden där artskyddet spelar en central roll oberoende av ärendet tillåts eller avslås av myndighet. Fokus för studien har varit att närmare studera hur processen fungerar och hur information om arter kommer in i ärendena. Vidare vill vi belysa vilka brister som eventuellt finns i bedömningen av arterna såväl lokalt som sett i ett större landskapsperspektiv.

B3.2 Material och metoder

Vi har gjort en fördjupad granskning av 19 av de totalt 327 ärendena med vindkraftsanläggningar från perioden 2014–2018. Urvalet är fokuserat på landbaserad vindkraft då de havsbaserade vindkraftparkerna är få i Sverige; under tidsperioden 2014–18 enbart nio tillståndsärenden. Tidpunkten för ärendet avser det initiala beslutet i beslutsprocessen från miljöprövningsdelegation (MPD). Vissa ärenden har en längre historik då de är reviderade, förnyade ansökningar eller återremitterade ärenden. Urvalet av de 19 ärendena är baserat på ett antal kriterier: ärendena ska beakta artskyddsfrågor i besluten, de ska ha en representativ fördelning geografiskt och de ska vara slutgiltiga – d.v.s. lagakraftvunna. Vi har valt 1–3 ärenden från var och en av de tolv länsstyrelser som är värddar för en miljöprövningsdelegation (MPD). Antalet i urvalet står i relation till hur många ärenden de hanterat under perioden. Slutgiltigt beslut/dom är i tidspannet 2015–2020 med en topp år 2018.

¹ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/sv/sheet/70/fornybar-energi>, se även inledningen i EU-kommissionens Vägledning om vindkraft och naturvård; https://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/wind_farms_sv.pdf

Den geografiska fördelningen av de utvalda 19 ärendena visas i figur B3-1. Ärenden från östra Svealand saknas vilket beror på att det förekom väldigt få ansökningar i detta område under perioden. Vi har inte utrett orsaken till detta, men troligen spelar markkonkurrensen i det tätbebyggda Mälardalsområdet in. En jämförelse med installerad effekt av vindkraft i Sveriges kommuner visar en liknande bild (Energimyndigheten, 2018).

Underlag från dessa 19 ärenden består av diariet förda handlingar som begärts ut från MPD och berörda domstolar. Det är handlingar som berör miljökonsekvensbeskrivningar med tillhörande ansökan samt kompletteringar. Dessutom dialogen mellan sökande och MPD och parter som yttrar sig i ärendet. Planeringsunderlag från sökande har inte ingått i underlaget. Den processen framgår i varierande grad i materialet. Materialet är i regel mycket omfattande, i synnerhet de inventeringar som ingår i utredningar och kompletteringar. Inventeringarna kan i vissa fall beröra sekretessbelagda uppgifter om skyddsklassade arter². Materialet berör även andra frågor som flygplan, buller, friluftsliv, rennäring mm. Här har endast de delar som berör arter och naturvård beaktats.

Varje ärende är unikt utifrån berörda arter och förutsättningar på platsen. Innehållet har därför kategoriserats för att underlätta objektiva jämförelser.

Miljökonsekvensbeskrivningen bedömdes utifrån två huvudkriterier. Dels omfattningen av de artgrupper som beaktats, har man bara berört vissa nyckelgrupper eller gjort en bredare inventering av artgrupper som kan påverkas. Dels objektiviteten i bedömningarna, har man gjort subjektiva värderingar eller har man på ett objektivt, och transparent, sätt vägt eventuell påverkan på arter. Detta resulterade i tre klasser. 1. Summarisk, med begränsad omfattning av artgrupper och låg objektivitet i värderingarna. 2. God, med begränsad omfattning av artgrupper och objektiva värderingar. 3. Detaljerad, med relativt omfattande beaktande av artgrupper och objektiva bedömningar av påverkan.

Kompletteringar bedöms utifrån hur stora behov som beslutsmyndigheterna ser. 1. Liten, avser smärre kompletteringar av redan gjorda inventeringar och bedömningar. 2. Måttlig, avser enstaka inventeringar i grupper lyfts i MKB mm. 3. Omfattande, avser flertal inventeringar i grupper tidigare beaktats översiktligt eller helt förbisetts.

Yttrandes påverkan på komplettering avser om yttrandes resultat i att beslutsmyndigheten kräver in kompletteringar. 1. Liten, avser att det inte resulterar i någon annan komplettering än bemötande från sökande. 2. Måttlig, avser komplettering av redan befintliga inventeringar. 3. Betydande, avser nya inventeringar av förbisedda arter.

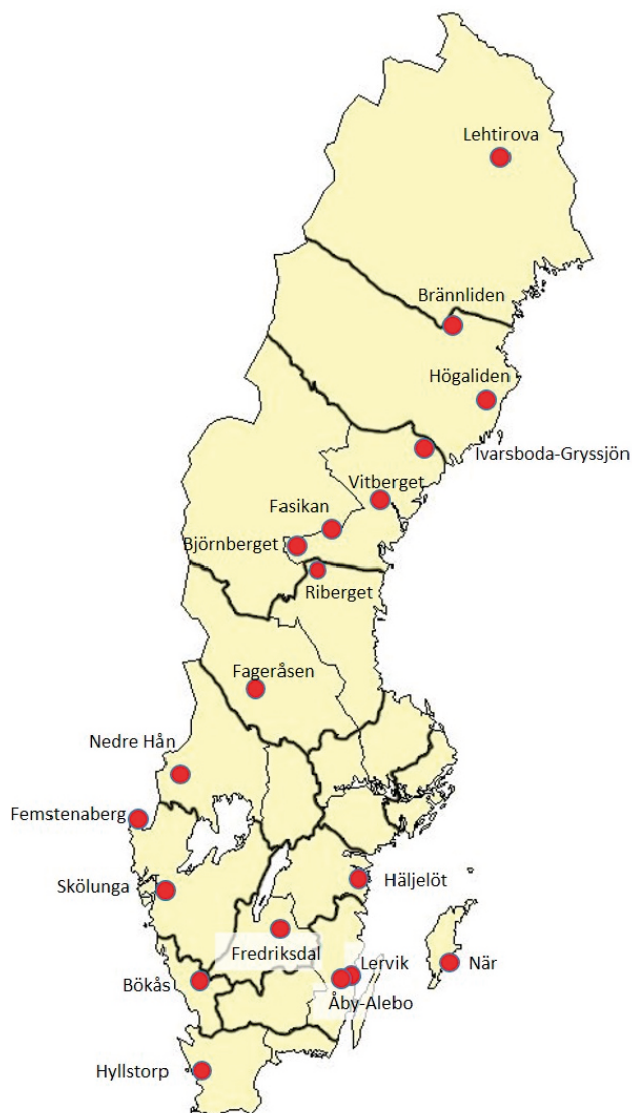
Yttrandes påverkan på beslut avser om yttrandet nämns, eller påtagligt påverkar, beslut av myndigheten. 1. Liten, avser att det inte resulterar i någon betydande påverkan på beslutet. 2. Måttlig, ger mindre justeringar av exempelvis skyddsavstånd. 3. Betydande, avser större förändringar genom att nya skyddsåtgärder beslutas eller att enskilda vindkraftverk exkluderas.

² <https://www.artdatabanken.se/var-verksamhet/fynddata/skyddsklassade-arter/>

B3.3 Resultat och diskussion

B3.3.1 Övergripande

De studerade ärendena omfattar 17 slutliga bifall och två avslag (tabell B3-1). Av de 17 bifallen är två prövotidsutredningar, ytterligare en gäller förlängd igångsättning. Två ärenden gäller förändring av tidigare beviljat projekt, en redan uppförd och en planlagd vindkraftpark.

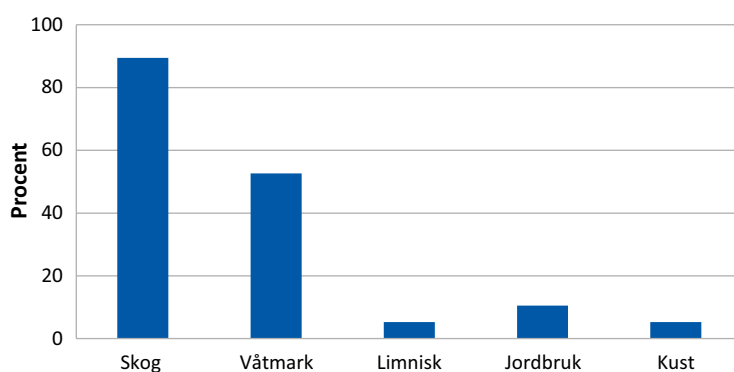


Figur B3-1. Geografisk fördelning av urvalet av vindkraftärenden. Tjockare linjer anger MPD:s ansvarsgränser medans tunnare linjer visar länsgränser inom MPD. Gotland hör till MPD, Stockholm. n=19.

Tabell B3-1. Urvalet av 19 ärenden för detaljstudier av artskydd

Vindpark	MPD	Bolag	År (första MPD-slut)	Antal verk (ursprungligt/slutgiltigt)	Ärendetyp
Lehtirova	Norrboten	O2 Vindkompaniet	2014–2015	65/52/47	Ansökan
Brännliden	Västerbotten	OX2 Wind	2017	10/10	Ansökan
Högaliden	Västerbotten	Fred Olsen Renewables	2015–2016	34/25	Ansökan
Ivarsboda-Gryssjön	Västernorrland	Vindlin AB	2014–2018	45/45	Förlängd igångsättningsstid
Fasikan	Västernorrland	Arise Wind	2018	35/15	Ansökan
Björnberget	Västernorrland	E.on/Nordic Wind	2017–2018	93/60	Ansökan
Vitberget	Västernorrland	Vitberget Vindkraft AB	2016–2018	45/35	Ansökan
Fageråsen	Dalarna	Dala Vind AB/Eolus Vind AB	2016–2017	34	Ansökan
Riberget	Dalarna	Nordex Sverige	2014	19/14	Ansökan
När	Stockholm	Vindbolaget i När	2017–2018	1/1	Ansökan, ersättning av tidigare verk
Nedre Hån	Örebro	Hån Vindpark	2010–2017	7/7	Ansökan
Häljelöt	Östergötland	Söderköping Vind AB	2014–2018	24/11/10/0	Ansökan
Fredriksdal	Östergötland	Bixia Pro Vind	2017	16/5	Prövotidsutredning
Skölunga	Västra Götaland	Rabbalshede	2015–2018	9/3	Ansökan
Femstenaberg	Västra Götaland	Rabbalshede Kraft	2012–2018	15/8	Ansökan, förändring
Åby-Alebo	Kalmar	Statkraft Södra Vindkraft AB	2016–2017	58/58	Ansökan
Lervik	Kalmar	Gothia/Eurowind	2015–2019	9/8	Ansökan
Bökås	Halland	Arise Wind/KumBro Vind	2017–2020	6/6	Prövotidsutredning
Hyllstorp	Skåne	GiroVind Energi	2012–2017	2/0	Ansökan

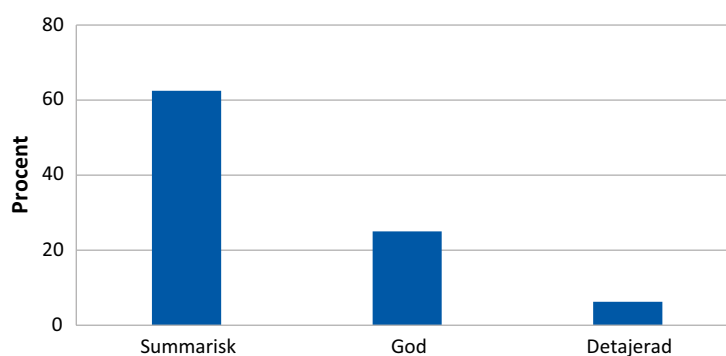
Det är ofta svårt att göra en uppdelning mellan hänsyn till arter och deras habitat, vi har därför inkluderat habitaterna i bedömningen där de är av intresse. Exempelvis när man kräver hänsyn till nyckelbiotoper, som ofta utpekade utifrån signalarter, skulle en mer artfokuserad bedömning kunna motiveras. Limniska arter beaktas ofta indirekt genom påverkan på hydrologin i vattendrag och sjöar. Den dominerande landskapstypen som berörs i urvalet är skogen, ofta i kombination med våtmarker (Figur B3-2, Tabell B3-2). Jordbrukslandskap, kuster och limniska miljöer dyker mer sällan upp men kan förekomma i mindre omfattning i de studerade ärendena. Fördelningen är inte särskilt förvånande då man ofta placerar vindparker i områden som ligger långt från bebyggelsen, ofta i höjdlägen i skogslandskapet. Sådana lokaliseringar har också blivit vanligare genom teknikutvecklingen mot allt högre vindkraftverk med större rotordiameterar, då träden får mindre inverkan på vindhastighet och turbulens när turbinerna är placerade högre över marken.



Figur B3-2. Urvalets fördelning på landskapstyper som beaktas särskilt i bedömningarna av artskyddet. En vindkraftspark kan ha flera landskapstyper.

B3.3.2 Ansökan med miljökonsekvensbeskrivning (MKB)

Miljökonsekvensbeskrivning (MKB) varierar stort i kvalitet rörande påverkan på arter och habitat i de olika ansökningarna. Vi har försökt kategorisera kvalitén i tre klasser utifrån objektivitet och omfattning (summarisk, god, detaljerad) som redovisas i figur B3-3. Många MKB är relativt subjektiva och generella, ett fåtal har mer detaljerade presentationer. Därför dominerar de mer summariska beskrivningarna i vår klassning. Detta är en uppenbar brist då det är verksamhetsutövaren som ansvarar för att de uppgifter som lämnas är korrekta, och inte missvisande eller utelämnande.



Figur B3-3. Kvalitén på miljökonsekvensbeskrivningen (MKB) i de 16 ärendena som omfattas av MKB. Summarisk (låg objektivitet och begränsad omfattning), god (objektiv men begränsad omfattning), detaljerad (objektiv och relativt omfattande).

Fokus är i regel på habitat, fåglar och fladdermöss. Växter och ryggradslösa djur nämns ofta bara i förbigående. Det finns dock exempel på ansökningar som har en mer allsidig sammanställning. Ett gott exempel är ansökan avseende Björnberget (Västernorrland) som innehåller en god presentation av naturvärden, med en tydlig redovisning som upptar större bredd av arter.

I flera fall är ansökan, inklusive MKB:n, svepande och bortser bort kritiska frågor rörande arter och habitat, exempelvis Riberget (Dalarna) och Fasikan (Västernorrland). Beskrivningen är subjektiv och ofta bortförklaras naturvärden eller så beskrivs hur ointressant området är ur naturvärdessynpunkt, exempelvis 'Det finns inte mycket död ved (i området) och vedsvampar är därför ovanliga.' Ofta pekar man ut skogsbruket som den dominerande faktorn för tillståndet i naturen och vill på så sätt tona ned behovet av hänsyn från vindkraften, exempelvis 'utredningsområdet är sedan tidigare redan kraftigt fragmenterat på grund av det moderna skogsbruket, där kvarvarande naturvärden som t.ex. äldre skogsbestånd utgör öar i produktionslandskapet.'

Avsaknaden av information om andra organismer än fåglar och fladdermöss i ansökningarna är förvånande med tanke på att naturvärden i skogen ofta handlar om dokumenterade nyckelbiotoper. Nyckelbiotoper kan pekas ut från signalarter som inte sällan omfattar kärlväxter, svampar, lavar och ryggradslösa djur. Det vore därför önskvärt att dessa signalarter fick större utrymme i redovisning och bedömning av konsekvenser.

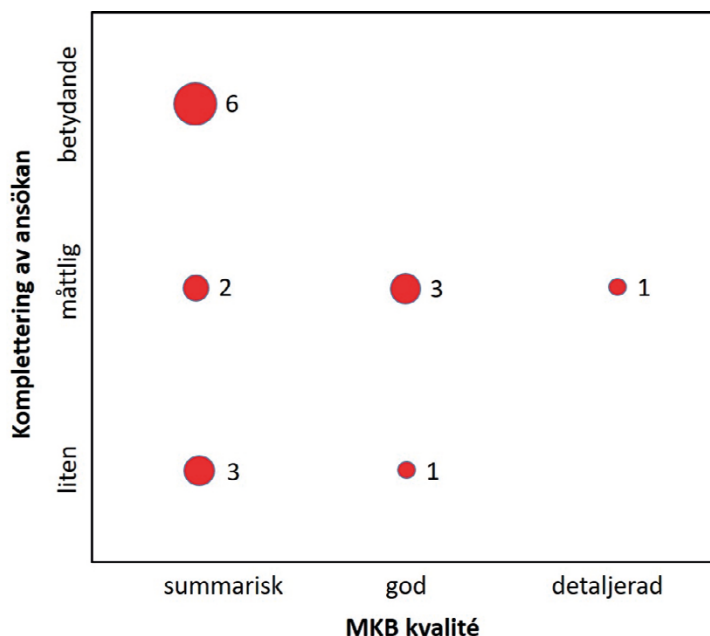
I inget av de 16 ärendena som har en MKB underkänns den av miljöprövningsdelegationen (MPD) eller högre instanser trots uttalad kritik i yttranden. Vanligare är att man begär in kompletteringar i form av inventeringar, förtydligande av konsekvensbeskrivningar eller tydligare definierade skyddsåtgärder. Det bör nämnas att ett underkännande av MKB:n skulle medföra att ansökan avvisas, vilket är ytterst sällsynt. I den övergripande sammanställningen var det 8 ärenden av totalt 211 som MPD avvisade på grund av bristfällig utredning eller MKB (Darpö, 2020). Denna kategori ingår som nämns ovan inte i vår fördjupade undersökning.

Det är i flera fall en relativt stor kontrast mellan informationen som kommer fram i de enskilda inventeringarna och slutsatserna i MKB. Man förväntar sig i dessa fall en mer objektiv bedömning av inventeringsresultaten som ju är en del av MKB:n. Detta gäller exempelvis i Riberget (Dalarna) där det i rapporten från naturvärdesinventeringen påpekas möjliga negativa konsekvenser som sedan inte får något större utrymme i de konsekvenser som beskrivs i MKB:n. I detta ärende lyfts inkonsekvensen av MPD i en kompletteringsbegäran.

Inventeringar som ingår i MKB borde kunna leda till förändringar i vindparksplanen, vilket dock är svårt att se i dokumentationen. Det är därför svårt att uttala sig om i vilken utsträckning som inventeringsresultaten leder till justeringar innan ansökan är färdigskriven, men det är sannolikt att så sker. Ett dokumenterat exempel är emellertid Lehtirova (Norrbotten) där man i MKB redovisar att två vindkraftverk tas bort efter att en inventering av rovfåglar.

I alla de studerade ärendena kräver MPD in kompletteringar rörande arter. I de ärenden där kvalitén på MKB är hög skulle man förvänta sig mindre kompletteringar och vice versa. Sambandet är inte helt tydligt som ses i figur B3-4, men summariska MKB får i regel göra mer omfattande kompletteringar. Risken finns dock att en mer genomarbetad MKB som omfattar flera organismgrupper resulterar i fler följdfrågor från MPD om kompletteringar, se exempelvis Björnberget (Västernorrland). En vanlig orsak till kompletteringar är att man i MKB:n är försiktig med att specificera vilken

hänsyn man tänker ta, vanligtvis skyddsavstånd. Ett skäl kan vara att man vill överlåta denna bedömning på myndigheterna. Detta gör att en mer omfattande beskrivning kan genererar mer synpunkter och därmed fler kompletteringar.



Figur B3-4. Kvaliteten på MKB i relation till kompletteringar begärda. Antal ärenden angivet till höger om de fyllda cirkelnas, vars storlek relaterar till antalet ärenden. n=16

Det förekommer att konsulter som gör inventeringar beskylls för att vara partiska, eller stå i stark beroendeställning till bolaget som kontrakterar dem, och därför misstänks presentera vinklad information. Kritiken kommer främst från miljöorganisationer och privatpersoner. Om myndigheterna har synpunkter på MKB:n så gäller det oftast kvalitén och inte objektiviteten. Vi kan inte uttala oss om det förekommer att konsulterna är subjektiva i sina bedömningar, men ibland står oberoende inventeringar i stark kontrast till de av sökanden anlitate konsulternas resultat (till exempel med avseende på rovfåglar i Småland och Östergötland och naturvärden i Norrbotten). Bedömningen av naturvärden kan också vara godtycklig, vilket MKB från Högaliden (Västerbotten) visar. En i MKB beskriven "äldre, ca 140-årig granskog utan högre naturvärden" visade sig efter inventering vara en nyckelbiotop. Även i ärendet Lehtirova (Norrbotten) bedömde mark- och miljödomstolen (MMD) att Naturskyddsföreningens beskrivning och bedömning av höga naturvärdena på berget Kolju var korrekt och en placering av ett vindkraftverk på berget var olämplig. Uppgifterna om höga naturvärden hade tidigare ifrågasatts av bolaget.

I ett av de utvalda ärendena agerade en myndighet (Skogsstyrelsen) konsult och stod då för naturvärdesinventeringen, se Fageråsen (Dalarna). Myndigheten besitter goda kunskaper om naturvärdena i skogslandskapet och är ur den synvinkeln lämpad. Detta kan dock göra att myndigheten kan hamna på dubbla stolar när de uppmanas yttra sig i ärendet, vilket skadar trovärdigheten.

B3.3.3 Dataunderlag – databaser

För arter är det Artportalen som är den främsta datakällan till historiska data (Artportalen, 2020).³ Ibland hänvisas även till Observationsdatabasen, vilket är en databas som SLU Artdatabanken håller för äldre data som inte har rapporterats till Artportalen. Data kan även hämtas från portaler som samlar data från fler datakällor, främst länsstyrelsens 'Artsök' (tidigare "Artportalskopplingen")⁴, mer sällan SLU Artdatabankens 'Analysportal' (Leidenberger et al, 2016)⁵ som dock utnyttjar samma nod för datasammanställning. Dessa samlade portaler nämns dock oftast bara indirekt utan tydlig källangivelse. Andra dataunderlag som figurerar är Skogsstyrelsens signalarter från nyckelbiotopsinventering och provfiske i sjöar (Nationellt Register över Sjöprovfisken – NORS, 2020).⁶ I vissa fall anges att endast vissa specifika organismgrupper söks ut i Artportalen, vanligtvis fåglar. I alla detalj-studerade fall verkar Artportalen ha använts. Det som ofta brister är redovisningen av dessa historiska data i MKB:n, önskvärt vore någon form av tabeller eller kartor med kända fynd. Ett positivt undantag är Björnberget (Västernorrland) där data för rödlistade lavar och svampar redovisas. I detta fall signalarter för utpekande av nyckelbiotoper som härstammar från större skogsbolags inventeringar.

Artportalen är en datakälla som främst samlar data från amatörbiologer och ideella personer. Det är ingen fullständig inventering av landskapet utan styrs till stor del av rapportörernas intresse. För otillgängliga skogsområden som inte besökts saknas ofta data, vilket inte ska tolkas som att naturvårdsintressanta arter inte förekommer. Tilltron till databasens fullständiga redovisning kan i vissa sammanhang vara alltför hög. Exempelvis fastslås det i en MKB att då det inte finns några data i Artportalen är projekteringsområdet naturvårdsmässigt ointressant. Dessutom kan man konstatera att fynddata som inte finns lagrat i Artportalen, utan måste sökas i andra källor, ofta förbises. En annan aspekt som berör fynddata gäller sekretessen kring arter. Arter som är hotade av insamling och illegal jakt omfattas av sekretess i databaserna och endast personer med behörighet, eller signerat avtal, kan se dessa data⁷. Detta gäller i stor utsträckning rovfåglar som ofta berörs vid etablering av vindkraft, i synnerhet kungs- och havsörn. Trots försiktighetsåtgärder med skyddsklassning finns det observatörer som inte vill att data om känsliga arter rapporteras till databaser i rädsla för att de ska hamna i orätta händer, vilket är olyckligt då det riskerar att värdefull information inte beaktas i beslutsprocessen.

Datakällor för habitat, eller naturvärden, har ett mer diverst ursprung. Genomgående söks data ut för skyddade områden ifrån Naturvårdsverkets databaser eller från länsstyrelser (Skyddad natur, 2020).⁸ Samma databaser ger även information om riksintressen, Natura 2000 m.m. Skogsstyrelsens databas för nyckelbiotoper och sumpskogsinventering förekommer ofta (Skogsstyrelsens geodata, 2020).⁹ Dessa data kompletteras ofta med våtmarksinventeringens data (VMI, 2020).¹⁰ För sjöar och vattendrag används VISS databas (VISS VattenInformationssystem Sverige,

³ <https://www.artportalen.se/>

⁴ <https://www.artkoll.se/artsok/>

⁵ <https://www.analysisportal.se/>

⁶ <https://www.slu.se/institutioner/akvatiska-resurser/databaser/databas-for-sjoprovfiske-nors/>

⁷ <https://www.artdatabanken.se/var-verksamhet/fynddata/skyddsklassade-arter/>

⁸ <https://skyddadnatur.naturvardsverket.se/>

⁹ <https://www.skogsstyrelsen.se/sjalvservice/karttjanster/skogsstyrelsens-geodata/>

¹⁰ <http://gpt.vic-metria.nu/vmi/>

2020).¹¹ I de fall jordbruksmark ingår används Jordbruksverkets ängs- och betesmarksinventeringens data (TUVA, 2020). I några fall redovisas data från naturvärdeskarteringar som görs av större markägare, i regel skogsbolag.

B3.3.4 Dataunderlag – inventeringar

Historiska data behöver i regel kompletteras, eller följas upp, med aktuella inventeringar. Dessa består i regel av naturvärdesinventeringar som ibland även fångar upp kärlväxter, lavar, svamp och insekter. Inventering av fåglar är i regel gjorda i samband med MKB:n, i synnerhet rovfåglar. Ofta begärs kompletterande inventeringar av MPD och länsstyrelser m.fl. i yttranden under ansökningsprocessen men även vid senare överklagan till domstolar. Dessa inventeringar är ofta mer detaljerade inventeringar av enskilda fågelarter som ofta är i fokus för bedömningen, främst: kungs- och havsörn, fiskgjuse, bivråk, ugglor, tjäder, orre, lommar och nattskärna. Även detaljerad inventering av fladdermöss är vanlig i kompletteringen. Någon fördjupad inventering av kärlväxter, lavar, svampar eller andra djur förekommer inte i urvalet. Det finns dock sådana önskemål i yttranden men de brukar i bemötanden anses redan utredda av sökande bolag.

Det vore även önskvärt att fynddata som tas fram i inventeringar inför MKB, eller kompletteringar, rapporteras till Artportalen eller i andra offentliga databaser. En stickprovskontroll visar att detta sker sporadiskt. Inte heller nämns det i inventeringarna om data har rapporterats till offentliga databaser. För att öka transparensen vore det önskvärt att data gjordes tillgängligt digitalt så att alla parter kan ta del av den.

Se vidare i stycken nedan som berör bedömning av artgrupperna.

B3.3.5 Dataunderlag – expertis

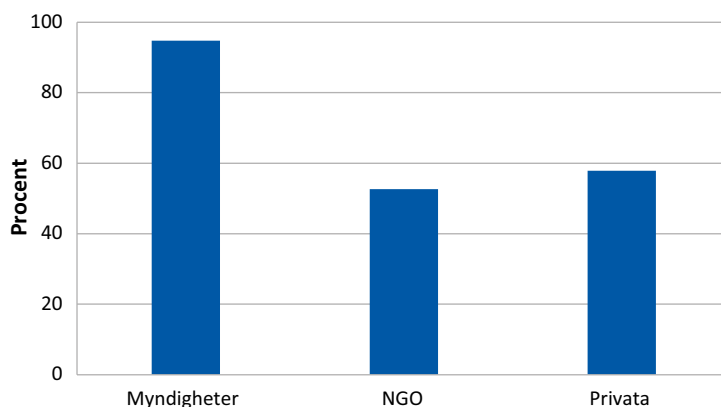
I de 19 utvalda ärendena är det regel att MPD/domstolar inhämtar synpunkter från olika myndigheter och miljöorganisationer. Dessa organisationer besitter ofta expertis på särskilda frågor som rör arter. Mer sällan begär MPD/domstolar in synpunkter från forskare eller annan expertis med mer specifika kunskaper om aktuella artfrågor. I vårt urval sker detta vid ett tillfälle som rör fladdermöss och konsekvenser av långsamt roterade rotorblad. Här tillfrågas forskare som arbetar med frågor om vindkraft och artskydd inom forskningsprogrammet Vindval, se MMD Bökås (Halland). I några fall tar även bolagen hjälp av experter för att förtydliga sina ståndpunkter, exempelvis skydds zoner för tjäder likt ovan, se mark- och miljööverdomstolen (MÖD), Lervik (Kalmar). I några fall finns det dokumenterat att myndigheter i yttranden haft hjälp av externa experter med referens till samtal eller liknande. I yttranden från miljöorganisationer och privatpersoner hänvisas vid flertal tillfällen till forskningsrapporter och utredningar, men man har sällan extern expertis involverad i sina yttranden. När det gäller miljöorganisationerna kan det bero på att de förlitar de sig på egna experter.

B3.3.6 Synpunkter och yttranden – betydelse för utfallet

Yttranden som rör arter inkommer från myndigheter, och organisationer utanför myndighetssfären såsom miljöorganisationer och privatpersoner (se figur B3-5).

¹¹ <https://viss.lansstyrelsen.se/>

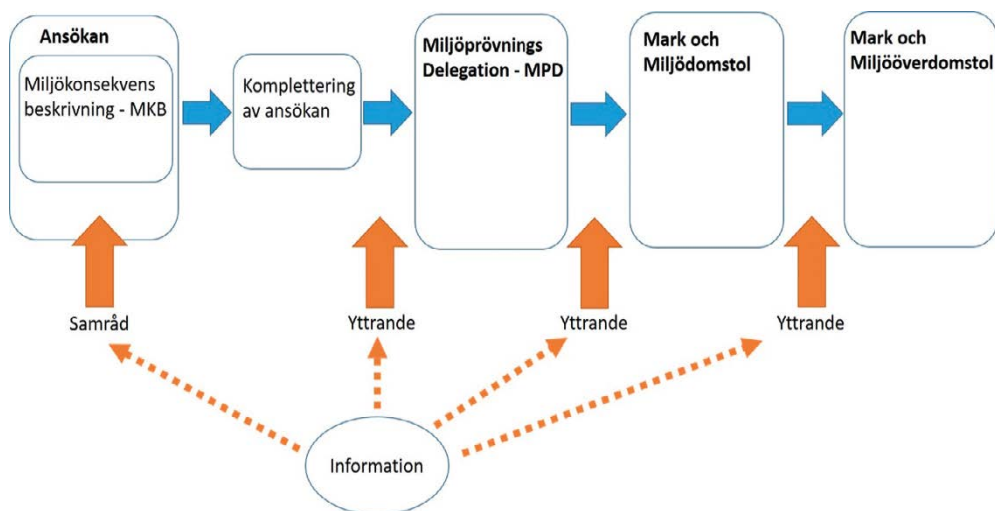
Yttrandena kan komma in vid samråd i MKB, inför beslut i MPD eller i högre instanser (Figur B3-6). Myndigheter yttrar sig nästan alltid men vilka som gör det i artfrågor varierar mellan ärendena. Mest frekventa yttranden kommer från länsstyrelse, kommun, Skogsstyrelse och Naturvårdsverk, i nämnd ordning. Yttranden från miljöorganisationer (NGO) är inte lika frekvent, och här är det Sveriges Ornitologiska Förening/BirdLife Sverige och Svenska Naturskyddsföreningen som förekommer oftast. Det är främst myndigheters och miljöorganisationers synpunkter som beaktas i beslut och domar. Även om privatpersoner yttrar sig relativt ofta rörande arter och natur så synliggörs deras synpunkter inte alltid i domskälen om de inte har roll som betrodda inventerare eller konsulter. Privatpersoners information och argument får större tyngd om de förmedlas via myndigheter eller miljöorganisationer vilket sker relativt ofta (streckade linjer i figur B3-6). Det kan handla om egna observationer av arter eller historiska inventeringsresultat. Privatpersoner som anför övergripande argument om arter utan dokumenterade observationer beaktas nästan aldrig, sannolikt misstänks de ta naturen som 'gisslan' i sin argumentering. Det är därför viktigt att informationen är objektiv och har någon form av kvalitetssäkring i form av inventeringsrapport eller exempelvis en rapport i Artportalen. Vaga privata uppgifter står sig annars slätt mot en mer vederhäftig utredning som gjorts av bolagets konsulter. Större möjlighet att påverka ges också om informationen kommer in tidigt i processen, medan det går att påverka vilka inventeringar som behöver utföras.



Figur B3-5. Vilka som gör yttranden rörande arter som har stor vikt för ansökan eller beslut/dom. Gäller yttrande från samråd till slutgiltigt beslut/dom.

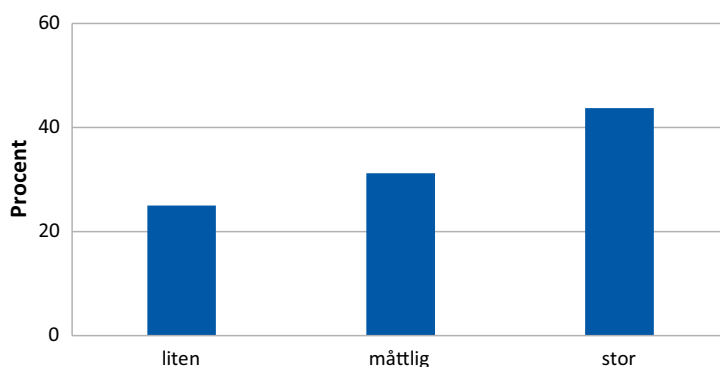
Yttranden i samråd eller yttranden inför MPD:s beslut är det som oftast resulterar i justeringar av ansökan från bolagets sida, exempelvis antal verk. Synpunkterna kan även påverka villkoren i tillståndet. Även överklagande med följande yttranden till domstolar senare i processen kan på liknande sätt resultera i ändringar (se figur B3-6). Det är inte ovanligt att en reviderad ansökan inkommer precis innan beslut tas. Det ger anledning att tro att bolaget avvaktar med förändringar i ansökan tills de kunnat 'pejla' vilken väg som beslutet kommer att gå. Se exempelvis MMD:s beslut om Häljelöt (Östergötland) och Fasikan (Västernorrland).

Synpunkter i yttrandena påverkar även vilka kompletteringar som krävs av bolaget. Exempelvis så tar MPD i flera fall intryck av argument som rör arter i samrådet varefter man begär kompletteringar av den färdiga MKB:n. Kompletteringarna kan sedan resultera i ändringar av ansökan från bolagets sida, exempelvis fastställande av skyddsavstånd.

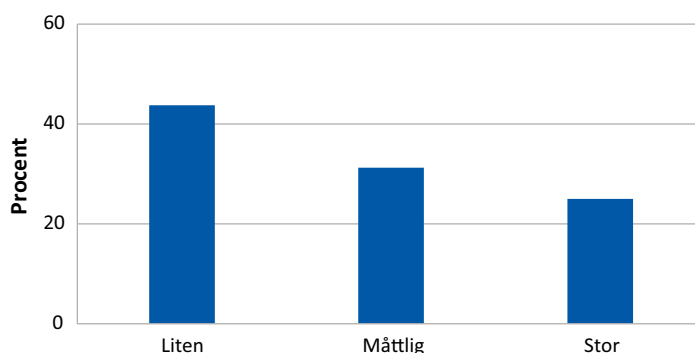


Figur B3-6. Beslutsprocessen och möjliga vägar in för information och argumentation som rör artskydd i processen.

Ser man mera ingående på om yttrandena påverkar ansökan eller beslut/dom tenderar de ha störst effekt på beslutsunderlaget, dvs omfattningen av inventeringar och ansökans innehåll. Antingen ursprunglig ansökan eller i senare skede reviderad ansökan (figur B3-7). Yttranden har mindre effekt på domstolarnas beslut/domar (figur B3-8). Det är positivt att yttrande och synpunkterna resulterar i ett bättre beslutsunderlag, men i många fall är det dock frågan om reviderade ansökningar som kommit in sent i processen. Hur stor effekt samrådet har på den tidiga utvecklingen av ansökan och MKB är dock svår att bedöma då den typen av dokumentation ofta saknas, varför effekten av samrådet på hur ansökan utformas kan vara undervärderad. I en studie av MKB och vindkraft framkom att väldigt få ansökningar avslås utan istället tar bolaget själva tillbaka ansökan i ett tidigt stadium och ärendet avskrivs (Franssons, 2013).



Figur B3-7. Yttrande rörande artskydd, deras betydelse/påverkan på ansökan, presenterat som andel (%). n=19



Figur B3-8. Yttrande rörande artskydd, deras betydelse/påverkan i beslut/dom, presenterat som andel (%). n=19

B3.3.7 Vindkraft vs skogsbruk

Vindkraftparker förläggs gärna till landskap präglade av intensivt skogsbruk. Samtidigt är projektören ofta intresserad av höjdlägen som varit svårtillgängliga för skogsbruket. Det är därför inte ovanligt att områden med de högsta naturvärdena i skogslandskapet också är attraktivast för vindkraften.

I vårt urval var 17 av de 19 ärendena i skogslandskapet (se figur B3-2 och tabell B3-2). Nästan lika stor dominans av skog ses i Vindvals sammanställning av ärenden med uppföljning, men där är urvalet mer sydligt med nästan bara ärenden från Götaland vilket förklarar fler ärenden från kust och jordbrukslandskap (Rydell et al, 2017).

Påverkan på skogslandskapets arter som exempelvis tjäder är otvivelaktigt större från skogsbruket. Detta är emellertid inte skäl att förminska effekten av vindkraften inverkan på arter. Utifrån biologisk synvinkel skulle man dock önska ett större grepp om problematiken. Man skulle kunna tänka sig att vindkraften agerar naturvårdare i skogen. Men vi ser sällan förslag eller krav på åtgärder i omgivande skogslandskap som skulle kunna fungera som kompensationsåtgärder, exempelvis att sökanden åtar sig eller åläggs att höja, eller bevara, naturvärden i omgivande skog.

Skogsbruket utför inventeringar av värdekärnor, nyckelbiotoper m.m. vilket är en viktigt för utvärdering av naturvärden. Nyckelbiotoper och andra naturvärden i skogen leder ofta till skyddszoner och begränsningar för vindkraften. Samtidigt har dessa värden inget starkt skydd i produktionsskog, där en stor del av hänsynen är frivillig eller en del av certifieringen enligt FSC (Forest Stewardship Council) eller PEFC (Programme for the Endorsement of Forest Certification).¹² Det bör påpekas att det är endast i produktionsskog som nyckelbiotoper identifieras, vilket lämnar skogliga impediment utanför.

Den lägre ambitionsnivån i skogsbruket jämfört med hänsynen till arterna vid bedömning av vindkraften kan t.o.m. användas för att 'kratta manegen' för "vindbruket". Exempelvis anförs av bolag och konsulter att måttliga naturvärden kommer att undanröjas av planerad avverkning och därför utgör de inget hinder för vindkraften (Fageråsen, Dalarna). I andra fall meddelas att befintlig markanvändning redan undanröjt tidigare dokumenterade naturvärden, exempelvis en biotop som avverkats och förlorat naturvärde (Åby-Alebo, Kalmar). Det vore som redan

¹² <https://www.skogsstyrelsen.se/aga-skog/du-och-din-skog/certifiering/>

nämnts önskvärt med ett omvänt synsätt där vindkraften genom samarbete med skogsbruket bidrar till att förhöja naturvärdena i landskapet.

B3.3.8 Förlust av habitat

Direkt dödlighet genom kollisioner är den effekt som uppmärksammas mest i vindkraftsärendena, se följande rubriker om fåglar och fladdermöss. Habitatförluster kan långsiktigt utgöra ett större problem då livsmiljöer förstörs av vindkraftens infrastruktur i form av vägar och fundament. Detta uppmärksammas i viss mån, men löses ofta med skyddsåtgärder såsom ändrad dragning av vägar etc.

Habitatförlust kan också vara mer diffust i form av sekundära effekter. Utbyggnad av vägar vid etablering av vindkraftsparker innebär ökad tillgänglighet och uppmuntrar till vidare utveckling och exploatering. Tillgängligheten ökar också möjligheten att bedriva ett mer rationellt skogsbruk på platser där vägdragning tidigare inte varit ekonomiskt motiverat. Sådana farhågor har i vissa ärenden framförts i yttranden av miljöorganisationer och privatpersoner, exempelvis i Fageråsen (Dalarna). Annars diskuteras sällan den här typen av negativa sekundära effekter i MKB eller beslut. Bolag och även myndigheter ser ofta frågan ur en annan vinkel och framför ofta den förbättrade tillgängligheten som en positiv effekt som främjar skogsbruket. I ärendet Brännliden (Västernorrland) finns dock ett annat resonemang. Där betraktas området som redan hårt exploaterat med fullt utbyggt skogsbilvägnät och att projektet därför inte bidrar till att ytterligare öppna upp för möjligheterna för trakthyggesbruk. Annars skulle detta kunna vara negativt för de markbundna naturvärdena, konstaterar man.

B3.3.9 Lokal påverkan eller påverkan på population

Påverkan på populationen i stort brukar gå under benämningen kumulativ påverkan. Frågan ökar i aktualitet ju fler vindkraftparker som etableras. Till en början är det ett relativt litet problem när vindparkerna är utspridda, men ökar när nätverket av parkerna förtätas. Kunskapen om kumulativa effekter av vindkraft på arter är fortfarande begränsad. Frågan diskuteras sällan i handlingarna, men om de berörs är det fåglars migrationsvägar som diskuteras. De kumulativa effekterna var även den aspekt som MPD bedömde att ansökningar och MKB var sämst på att belysa (Fransson, 2013). Frågan är ofta svår att besvara för en enskild vindkraftspark, och kräver sannolikt övergripande analyser av påverkan på populationer som sträcker sig över längre tid.

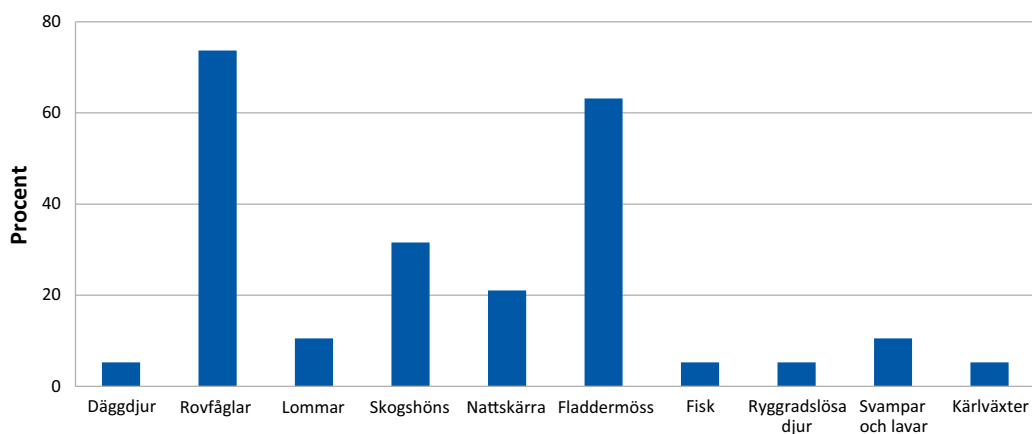
Bedömningen av fåglar visar ofta på problemet med lokal påverkan gentemot att väga in landskapet och arternas biologi. I beslut och resonemang kring rovfåglar och skyddsavstånd använder man ofta häckningsplatsen som fix punkt att relatera till. Detta resonemang medför problem när arter alternerar mellan olika häckningsplatser. Likaså uppstår svårigheter i tolkningen om häckning inte lyckas eller det är ett uppehåll i häckningen. Det finns flera exempel på beslut som stödjer sig på resultat från inventeringar gjorda under en relativt kort period och då diskvalificerar misslyckade häckningar eller häckning ett antal år tillbaka i tiden. I ärendet från Skölunga (Västra Götaland) meddelar en representant i MMD skiljaktig åsikt i en sådan fråga, vilket visar på delade meningar om tolkningar. I detta fall gällde det lokalens framtida potential som häckningslokal för fiskgjuse baserat på historisk förekomst i området. Ett annat tydligt resonemang kring artens biologi finns i

beslutet från Häljelöt (Östergötland) rörande havsörn. Här beaktar MPD områdets betydelse för återhämtning av regionens havsörnsbestånd. Likaså gör MÖD efter överklagan en tydlig bedömning av dynamik och landskapets betydelse ”Vid bedömningen av om platsen är en lämplig lokalisering för vindkraft bör dock hänsyn tas till, inte bara kända häckningsplatser, utan också till att dessa kan variera över tid bland annat med hänsyn till örnarnas beteende att använda alternativa häckningsplatser.” Det är relativt unikt att man blickar framåt och ser landskapets framtida potential som häckningsområde utifrån historisk utbredning, som borde vara prejudicerande i andra beslut/domar. För arter vars populationer har minskat är det viktigt att vi inte bara bevarar de kända förekomsterna utan avsätter framtida utvecklingsytor, gärna inom tidigare känd utbredning. Detta för att vi ska kunna nå mål om arters bevarandestatus.

B3.3.10 Bedömning av arter generellt

Fåglar och fladdermöss dominerar i bedömningarna, se figur B3-9 och tabell B3-1. Det är oftast inventeringar av dessa artgrupper som efterfrågas av myndigheter i yttranden eller kompletteringar. I sista hand dyker bedömningar av kärlväxter, lavar, mossor, svampar och insekter upp, och då nämns de ofta i förbigående i naturvärdesinventeringar. Hänsyn och skyddszoner mot höga naturvärden som nyckelbiotoper bedöms ofta skydda dessa grupper indirekt.

Limniska arter beaktas sällan, om så är det alltid indirekt då de ofta beaktas som en del av habitatet, till exempel genom påverkan av förändringar i hydrologin vid etablering av vägar och annan infrastruktur.



Figur B3-9. Nyckelarter i artskyddsbedömning inom vindkraftsärenden

B3.3.11 Fåglar

I Sverige kom den första syntesrapporten om vindkraftens effekter på arter 2011 (Rydell et al, 2011), vilken fungerat som vägledning vid beslut. Rapporten beaktade främst fåglar och fladdermöss. Efter den kom ny kunskap fram internationellt och i Sverige. En ny syntesrapport publicerades 2017 där ny kunskap inklusive data från de svenska kontroll- och uppföljningsprogram som genomförts fram till 2015/2016 sammanställdes.

Enligt dessa rapporter är det mest småfåglar som dödas av vindkraftverk (5–10/verk och år), samtidigt bedöms stora tröga fåglar som rovfåglar mest utsatta. Rovfåglar,

hönsfåglar, måsar, trutar och tärnor är de grupper som förolyckades oftare än vad man kunde förvänta med utgångspunkt från deras antal. De allra högsta olycksfrekvenserna för fågel hade konstaterats i anslutning till våtmarker och andra miljöer nära stränder. Även höjdlägen såsom åsryggar och krön med stora höjdskillnader på liten yta är förknippade med större olycksrisker, medan öppen slättbygd och andra miljöer oftast innebar låg fågeldödlighet i samband med vindkraftverk. Dödligheten är generellt högre för fåglar som vistas i ett område under längre tid såsom under häckning, övervintring eller rastning under flyttningstid. Relativt få fåglar förolyckas under själva flyttningen.

Enligt ovan nämnda syntesrapporter förekommer konflikter med kungsörn främst i Norrland, vilket vi även ser i de utvalda ärendena. Det gäller sex av ärendena från Dalarna, Västerbotten, Västernorrland och norrut i Norrbotten. Arten nyttjar samma habitat som vindkraften, dvs. höjder med bra vindlägen. Syntesrapporterna från Vindval ger rekommendationer avseende skydds-zoner till bon som har stort genomslag i alla de ärenden som vi studerat. Skyddszonerna för kungsörnar är baserade på resultat från studier av svenska kungsörnar med GPS-sändare som skulle motivera 1,3–9,4 km avstånd (Singh et al, 2016; Singh et al., 2017), att jämföra med 2–3 km i syntesrapportens slutsatser (Rydell et al., 2017). I syntesrapporten påpekar man att detta är ett rimligt avstånd men inte hugget i sten.

Havsörn förekommer i tre av de ärenden vi detaljstuderat. Enligt den europeiska fyndstatistiken har betydligt fler havsörnar än kungsörnar påträffats döda vid vindkraftverk (Dürr 2020).¹³ Svenska data pekar i samma riktning (Ahlén, 2010), dock visar den svenska statistiken på större dödlighet för havsörn p.g.a. trafik (bil och tåg) än vindkraft (Green & Ottvall, 2017).

Tornfalk hamnar högt upp i statistiken över funna döda rovfåglar under vindkraftverk. Efter ormvråk, röd glada och havsörn är det den rovfågelart som hittats förolyckad i högst antal vid vindkraftverk i Nordeuropa (Dürr 2020). Tornfalk förekommer bara i ett av de utvalda ärendena, detta främst beroende på att urvalet av ärenden främst omfattar skog och tornfalken är inte en utpräglad skogsfågel. I ärendet från Brännliden (Västernorrland) intar arten en mer central roll i bedömningen (se vidare under rubriken *Avvärja* nedan).

Andra rovfåglar som förekommer i åtminstone två av de ärenden vi studerat är fiskgjuse, bivråk och pilgrimsfalk.

För ugglor och nattskärror finns mycket begränsad information om dödlighet. Båda grupperna är sådana arter där farhågor om hög dödlighet nämns allt oftare (Rydell et al., 2017). Nattskärror förekommer i tre av ärendena vi studerat. Nattskärror bedöms dock bli störda av ljud från av vindkraftverk baserat på tyska studier som visar på att arten undviker att häcka i närhet av vindkraftparker (Langgemach & Dürr 2016). Ugglor lyfts i flera ärenden där kompletterande inventeringar krävs efter anmälda observationer. Dock spelar ugglorna sällan någon större roll i dessa beslut.

Skogshöns, det vill säga tjäder och orre, uppträder som en viktig bedömningsgrund i sex av ärendena. Vindvals syntesrapport rekommenderar skyddsavstånd till spelplatser med ett tröskelvärde för antalet spelande tuppar. Detta medför

¹³ <https://lfu.brandenburg.de/lfu/de/aufgaben/natur/artenschutz/vogelschutzwarte/arbeitsschwerpunkt-entwicklung-und-umsetzung-von-schutzstrategien/auswirkungen-von-windenergieanlagen-auf-voegel-und-fledermaeuse/>

mycket diskussion i ärendena då antalet tuppar är svårbedömt och varierar mellan tidpunkter. Avgränsningen av spelplatser är dessutom problematisk. Fokuseringen på just spelplatserna och att inte artens hela livsmiljö, kritiserar vid flera tillfällen.

Rapporterna från Vindval med rekommenderade skyddsavstånd till fåglar har fått ett mycket stort genomslag i besluten. Dessa skyddsavstånd används i domar och får prejudicerande verkan. Det finns invändningar från vindkraftens branschorganisation om att de baseras på ett litet underlag.

B3.3.12 Fladdermöss

Vindkraft är generellt sett ett större problem för fladdermöss än för fåglar. En förklaring är att kraftverken lockar till sig insekter som utgör fladdermössens föda. Det är främst arter som jagar insekter på högre höjd, över trädtoppar, som drabbas, såsom stor brunfladdermus, gråskimlig fladdermus, och nordfladdermus, vilka står för > 90 procent av dödsfallen. Även flera rödlistade och sällsynta arter betraktas som högriskarter. Kunskapen om vindkraftens påverkan på fladdermöss har ökat sedan Vindvals första syntesrapport 2011 (Rydell et al., 2011), en betydande uppdatering av effekterna på fladdermöss gjordes i rapporten från 2017 (Rydell et al., 2017). Även EU:s förnyade riktlinjer från 2020 innehåller betydligt mer information om påverkan på fladdermöss (European Commission, 2020) än den tidigare.

När det finns förekomst av högriskarter i ett område föranleder detta ofta till beslut om skyddsåtgärder, se stycke om *Anpassad drift* nedan. Bedömningen av effekter på fladdermöss försvåras av att det inte alltid finnas ett starkt samband mellan aktivitet i ett område innan vindkraftverken byggs, och senare dödlighet. När det gäller fladdermöss är det därför även viktigt att följa upp vad som händer efter en vindkraftutbyggnad, och inte enbart förlita bedömningen på en inventering av området i förväg i syfte att försöka bedöma kommande påverkan. Detta resulterar i att man i flera fall tar beslut om prövotidsutredning, då effekterna på fladdermössen utreds under en period varefter man beslutar om skyddsåtgärder. I vårt urval finns två sådana ärenden, som båda resulterar i att villkor ställs om anpassad drift, BAT-mode. Villkor om anpassad drift förekommer i nästa alla ärenden med fladdermöss klassificerade som högriskarter. I vårt urval av ärenden är fladdermöss centrala arter i 2/3 av ärendena (figur B3-8) och omfattas av villkor rörande anpassad drift – ”BAT-mode” – i drygt 1/3 av ärendena (tabell B3-2, se även vidare under rubriken anpassad drift). Slutsatsen är att anpassad drift, som anses vara relativt effektiv åtgärd till låg kostnad, i de flesta fall skulle kunna beslutas direkt, utan föregående prövotidsutredning.

B3.3.13 Skyddsavstånd

Skyddsavstånd till arter och skyddsvärda habitat är den absolut vanligaste åtgärden i de studerade ärendena. Skyddszoner förekommer i flertalet ärenden som resulterat i tillstånd (Tabell B3-2). Då hänsyn tas i form av skyddszoner kan man undvika situationer där dispensprövning krävs. Då skyddszoner tillämpas eller utvidgas under handläggningen av ärendet leder det i sin tur till att enskilda verk måste flyttas eller tas bort från planen. Det är inte ovanligt att vindkraftparkerna reduceras i olika omfattningar till följd av artskydd (Tabell B3-1 och B3-2).

Det som leder till kontroverser är vad man ska ta hänsyn till och hur stor hänsynen ska vara. Det finns en praxis i beslutsprocessen som grundar sig på rekommendationer i Vindvals syntesrapporter där olika skyddsavstånd till fåglar presenteras (Rydell

et al, 2017). Vad som skapar problem är vilken typ av observation man ska relatera till. I regel är det bo med aktiv häckning som används. Detta medför problem när arter alternerar mellan olika häckningsplatser. Likaså uppstår problem i tolkningen om häckning inte lyckas eller det är ett uppehåll under en period. Som nämnts ovan, finns det flera exempel på beslut som stödjer sig på inventeringar under kort period och samtidigt diskvalificerar en misslyckad häckning eller häckning ett antal år tillbaka i tiden. Ett avvikande resonemang finns i beslutet från om Häljelöt (Östergötland) gällande havsörn. Här beaktade man havsörnens återhämtning och undantog ytor för framtida häckning, se även stycke ovan *Lokal påverkan eller påverkan på population*.

I Vindvals syntesrapport påpekas att skyddszonerna inte innebär att risken är mycket stor inom skyddszonen räknat från boet, och mycket liten utanför den zonen. Det föreslagna avståndet är en rimlig generell försiktighetsåtgärd för arten. Varje lokal bör därför bedömas utifrån de förutsättningar som finns på platsen.

Tabell B3-2. Urval av ärenden för detaljstudier av artskydd. Landskap och arter i fokus och åtgärder/hänsyn i slutgiltigt beslut.

Vindpark	Landskapstyp	Nyckelarter i beslut och villkor	Reducering av antal verk som arthänsyn	Skyddszoner till arter i villkor	Anpassad drift arter
Lehtirova	Skog, Våtmark	Rovfåglar, Signalarter: svamp, lavar	Reducering	Ja	
Brännliden	Skog, Våtmark	Rovfåglar, Skogsfågel, Nordfladdermus	Nej	Ja	
Högaliden	Skog, Våtmark, Limnisk	Nordfladdermus, Rovfåglar, Storspigg, Målarussla	Nej	Ja	BAT-mode
Ivarsboda-Gryssjön	Skog, Våtmark	Rovfåglar, Smålom, Frans-, Nord-, Gråskimlig-, Trollfladdermus	Nej	Ja	BAT-mode
Fasikan	Skog, Våtmark	Rovfåglar, Fladdermöss	Reducering	.	
Björnberget	Skog, Våtmark	Däggdjur, Rovfåglar, Smålom	Reducering	Ja	
Vitberget	Skog, Våtmark	Rovfåglar, Tjäder	Nej	Ja	
Fageråsen	Skog, Våtmark	Tjäder, Orre	Nej	Ja	
Riberget	Skog	Rovfåglar	Reducering	Ja	
När	Jordbruk, Kust	Flyttfåglar, Fladdermöss	Nej	Ja	BAT-mode
Nedre Hån	Skog	Nord-, Brandts fladdermus, Rovfåglar, Tjäder	Nej	Ja	
Häljelöt	Skog	Rovfåglar, Tjäder, Nattskärta, Sydfladdermus	Avslag	-	
Fredriksdal	Skog, Våtmark	Större brun-, Gråskimlig fladdermus, Troll-, Dvärgpipistrell, Barbastell, Brunlångöra	Nej	.	BAT-mode
Skölunga	Skog, Våtmark	Rovfåglar, Nattskärta	Reducering	Ja	Ja
Femstenaberg	Skog, Våtmark	Rovfåglar, Fladdermöss	Nej	.	BAT-mode
Åby-Alebo	Skog	Nattskärta, Rovfåglar, Fladdermöss	Nej	Ja	BAT-mode
Lervik	Skog, Våtmark	Tjäder, Nattskärta, Barbastell	Reducering	Ja	
Bökås	Skog	Nordfladdermus, Dvärgpipistrell	Nej	.	BAT-mode
Hyllstorp	Jordbruk	Rovfåglar, Syd-, Nord-, Större brun-, Gråskimlig fladdermus, Dvärgpipistrell	Avslag	-	

B3.3.14 Anpassad drift

Anpassad drift – 'adaptive management' – används främst som en åtgärd för att skydda fladdermöss och benämns ofta BAT-mode. Metoden är den vanligaste och viktigaste åtgärden för skydd av fladdermöss vid vindkraftverk. Den innebär att verken stängs av under vissa tider och förhållanden; sensommaren (juli-september), nattetid, varmt väder, lite vind och ingen nederbörd. Åtgärden passar främst där det finns rik förekomst av fladdermöss i riskgrupper, det vill säga de som jagar på hög höjd eller är hotade. Åtgärden är enligt beräkningar effektiv när den utförs på rätt sätt, då minskas dödligheten med 60–90 procent (Arnett et al., 2008; Rydell et al., 2017). Mer ingående studier visar dock att gränsvärden, främst temperaturen och vindstyrkan, kan behöva justeras då olika arter har olika tröskelvärden för aktivitet vid rotorn (De Jong et al., 2019). En anpassning till arterna på en lokal kan därför vara nödvändig.

Anpassad drift är en relativt billig skyddsåtgärd som införs som villkor dels när det finns dokumenterade fladdermusarter i riskgrupper, dels när underlaget från inventeringar och MKB anses vara för bristfälligt för bedömning. Av de 19 djup-studerade fallen infördes BAT-mode som villkor i sju av de beviljade tillstånden, i flera fall som en rent preventiv åtgärd (tabell B3-2). I ytterligare ärenden framfördes krav på BAT-mode som villkor men ansökan avsågs i högre instans. I tidiga domar ansågs effekten vara oklar, men senare har metoden fått ökad acceptans som ett resultat av ökad kunskap om dess tillförlitlighet och utformning.

Tillfällig avstängning i riskabla situationer har använts på några platser i världen även för fåglar, men anses inte direkt användbar för svenska förhållanden. En utveckling sker på detta område, men det finns idag inga färdiga och fullt ut fungerande system som visats kunna uppnå det som eftersträvas (Rydell et al., 2017). I vår undersökning antogs metoden som villkor i Sköllunga (Västra Götaland) av MMD för att skydda nattskärna som antas jaga insekter vid vindkraftverk likt fladdermöss. Den föreslogs även som villkor av länsstyrelsen i ärendet vid När (Stockholm) för att skydda främst rovfåglar. MPD ansåg emellertid att metoden där var oprövad och avsåg kravet.

B3.3.15 Avskräcka/varna

Möjligheten att avskräcka arter från vindkraftverken har främst diskuterats för fåglar. Det är en metod där ett detekteringssystem kombineras med varnings- eller undanväjningssignaler, främst ljud. I de studerade ärendena har systemet var föreslagits av bolag men funnits olämpligt av Länsstyrelse och andra intressenter då det anses göra mer skada än nytta, exempelvis vid När (Stockholm). Problemet med systemen är att de kan medföra utestängningseffekter och habitatfragmentering, främst avseende örnar i förhållande till deras revir.

B3.3.16 Avvärja/Avstyra

Denna typ av åtgärd syftar till att locka arter bort från turbiner genom att ändra livsmiljön eller födotillgången och har prövats främst på fåglar. Ett tillvägagångsätt är att göra livsmiljöer oattraktiva i närheten av turbiner i kombination med, eller, att skapa attraktiva livsmiljöer utanför "riskzonen" i syfte att locka individer bort från turbinerna. En variant av denna åtgärd finner man i ärendet Brännliden (Västernorrland) där bolaget har ett åtagande att öka antalet potentiella boplatser

för tornfalk genom att sätta upp tornfalksholkar på behörigt avstånd från vindkraftsanläggningen. På detta sätt bedöms det möjligt att tornfalkar attraheras bort från området, vilket då minskar kollisionrisken.

B3.3.17 Kompensation

I flera fall finns i ansökningar och yttranden från myndigheter önskan om någon form av kompensation för negativ påverkan på arter eller habitat. Juridiskt sett anser Naturvårdsverket, utifrån en tolkning av miljöbalken och med stöd i MÖD:s uttalanden, att kompensationsåtgärder inte ska vägas in i tillåtlighetsprövningen av en verksamhet (Aldén et al., 2017). Prövningen av kompensationsåtgärderna ska komma efter tillåtlighetsprövningen. Kompensationsåtgärder kan emellertid benämnas skyddsåtgärder och därmed bli en del av tillåtlighetsbedömningen – en hantering som är omdiskuterad (Naturvårdsverket, 2016). Även EU påpekar att man ska hålla isär lindrande (mitigating) och kompenserande åtgärder då kompensationsåtgärder endast kan övervägas om planen eller projektet har godkänts som nödvändig av särskilda skäl och där inga alternativ finns (European Commission, 2020).

Det närmaste man kommer en kompensationsåtgärd i vår undersökning gäller ansökan vid När (Stockholm). Här gällde ansökan en generationsväxling och MMD ställde som villkor att sökande tog ner tre äldre vindkraftverk i utbyte mot ett större. Sökande planerar att ta ner totalt fem mindre vindkraftverk men två av dessa inkluderades inte av MPD. Resonemanget i MKB och beslutet utgår från att ett större verk utgör ett mindre hot och skulle orsaka mindre skada än tre mindre. Den typen av ändring betraktas i EU:s guidelines som en lindrande åtgärd (mitigating – repowering) och är inte kompenserande (European Commission, 2020).

B3.3.18 Regionala skillnader

Det är svårt att se några större regionala skillnader i hanteringen av artskyddsfrågorna även om stora skillnader finns i förutsättningarna. Främst gäller detta förekomsten av arter som exempelvis kungsörnar (nordliga) och fladdermöss (sydliga). Liknande resultat framkom i en studie av miljökonsekvensutredningar (Fransson, 2013). Olika instanser hos myndigheterna kan dock betrakta samma vindkraftpark med olika glasögon. Ett exempel från vår studie gäller ärendet Fasikan (Västerbotten), där hamnar vindparken på gränsen mellan Jämtland och Västerbottens län. De båda länen har väldigt olika syn på vindkraftparkens effekter på naturvärden på respektive sida om länsgränsen vilket slutligen resulterar att bolaget drar bort ansökan om vindkraftpark i Västerbotten. En ny ansökan inlämnas med halverat antal vindkraftverk på den jämtländska sidan, som senare ges tillstånd.

B3.3.19 Uppföljning – kontrollprogram

Vi ser sällan att det beslutas om uppföljning av arter eller naturvärden. När det förekommer är det tydligast i prøvotidsutredningar, och gäller i vårt urval två ärenden som rör uppföljning av fladdermöss. Utöver dessa omnämns uppföljning av arter i villkoren i ytterligare två ärenden, Ivarsboda-Gryssjön (Västerbotten) där MPD beslutar att påverkan på rovfåglar, smålom och fladdermöss ska följas upp. Även i MPD:s beslut för Häljelöt (Östergötaland) nämns uppföljning av fladdermöss och nattskärria i villkoren. Vidare i ärendet När (Stockholm), där fladdermöss ska följas upp som en del av bolagets egenkontroll. Att uppföljningen av arter nämns som en del av egenkontrollen i beslutet är emellertid ovanligt och sker då på sökandens initiativ. Bolagen gör ibland åtaganden i ansökan som rör artskydd. Problemet med dessa konstruktioner är att det blir otydligt vad som gäller och om ytterligare krav kan ställas om otillåten påverkan på arterna uppkommer. Till detta kommer frågan om tillsynsmyndigheten besitter tillräcklig kompetens i specifika artfrågor.

Genomförda kontroll- och uppföljningsprogram i Sverige har endast i begränsad omfattning lett fram till ny kunskap hur vindkraften påverkar fåglar (Rydell et al., 2017). Det finns således ett stort behov av att se över hela systemet med kontroll- och uppföljningsprogram så att de bättre kan bidra till kunskapsutvecklingen. Bra utformade kontrollprogram kan vara mycket användbara om de kombineras med adaptiva villkor som kan ändras efter resultat från uppföljningen. För fladdermöss är det dessutom viktigt att följa upp vad som händer efter en vindkraftutbyggnad då en inventering av området i förväg inte alltid kan ge ett fullständigt svar på senare påverkan.

Det finns framtagna handledningar för hur ett egenkontrollprogram ska upprättas specifikt för vindkraft, exempelvis (Miljösamverkan sydost, 2013),¹⁴ med exempel på uppföljning av påverkan på fåglar och fladdermöss. EU:s vägledning för vindkraft i relation till EU:s naturvårdslagstiftning fågel- och habitatdirektiven går ett steg ytterligare och föreslår en väl utformad modell för före-efter-kontroll-påverkan (BACI, before-after-control-impact) (GP Wind, 2012).¹⁵ Slutligen bör nämnas att Energimyndigheten har uppmärksammat att det finns brister i kontroll- och uppföljningsprogrammen i tillstånd till vindkraft, varför den frågan kom att omfattas av en utlysning av forskningsanslag inom Vindval 2020. Genom denna satsning har projektet *Vindkraft och oförutsedd påverkan på arter och deras livsmiljöer* (VIPA) fått finansiering under tre år.¹⁶ Projektet genomförs av Jonas Sandström vid SLU Artdatabanken och Jan Darpö, Juridicum vid Uppsala universitet.

¹⁴ <http://extra.lansstyrelsen.se/miljosamverkan/SiteCollectionDocuments/Publikationer/2013/2013-egenkontroll-vindkraft.pdf>

¹⁵ https://ec.europa.eu/energy/intelligent/projects/sites/ieeprojects/files/projects/documents/gpwind_good_practice_guide_gp_wind_en.pdf

¹⁶ <https://www.naturvardsverket.se/Miljoarbete-i-samhallet/Miljoarbete-i-Sverige/Forskning/Vindval/Vindkraften-i-samhallet/>

B3.4 Källförteckning

- Ahlén, I. 2010. Fågelarter funna under vindkraftverk i Sverige. *Vår Fågelvärld* 69(4):8–11.
- Aldén, L., Ottvall, R., Da Silva Soares, J.P., Klein, J. & Liljenfeldt, J. 2017. Samexistens örnar och vindkraft på Gotland. Rapport. Vindenergi Campus Gotland, Institutionen för geovetenskaper Uppsala Universitet.
- Arnett, E.B., Brown, W.K., Erickson, W.P., Fiedler, J.K., Hamilton, B.L., Henry, T.H. et al. 2008. Patterns of bat fatalities at wind energy facilities in North America. *Journal of Wildlife Management* 72:61–78
- Artportalen. 2020. SLU Sveriges lantbruksuniversitet (SLU) Artdatabanken. <https://www.artportalen.se/>
- De Jong, J., Håstad, O., Victorsson, J. & Ödeen, A. 2019. Aktivitet av fladdermöss och insekter vid ett vindkraftverk. Vindval. Rapport 6902. Naturvårdsverket, Stockholm.
- Dürr, T. 2020. Bird fatalities at windturbines in Europe. <https://lfu.brandenburg.de/lfu/de/aufgaben/natur/artenschutz/vogelschutzswarte/arbeitsschwerpunkt-entwicklung-und-umsetzung-von-schutzstrategien/auswirkungen-von-windenergieanlagen-auf-voegel-und-fledermaeuse/>
- Energimyndigheten. 2019. Vindkraftsstatistik 2018. Nationell-, länsvis- och kommunal statistik. ER 2019:10. Energimyndigheten, Eskilstuna.
- European Commission. 2011. EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation. European Commission
- European Commission. 2020. Guidance document on wind energy developments and EU nature legislation. European Commission
- Fransson, L. 2013. MKB i samband med tillstånd för vindkraft – En studie av länsstyrelsernas krav på miljökonsekvensbeskrivningar för landbaserade vindkraftverk i Sverige. Examensarbete. LTH, Lunds universitet.
- FSC Sweden. 2020. FSC-standard för skogsbruk i Sverige
- Green, M & Ottvall, R. 2017. Fakta om fåglar och vindkraft – om avstånd. Faktablad. Vindval
- Green, M & Ottvall, R. 2017. Fakta om fåglar och vindkraft – olika arter olika risker. Faktablad. Vindval.
- GP Wind, (2012). GP WIND – Good Practice Guide. [pdf] Good Practice WiND. Available at: https://ec.europa.eu/energy/intelligent/projects/sites/ieeprojects/files/projects/documents/gpwind_good_practice_guide_gp_wind_en.pdf
- Langgemach, T. & Dürr, T. 2016. Informationen über Einflüsse der Windenergienutzung auf Vögel.- Stand 20. September 2016, Aktualisierungen außer Fundzahlen hervorgehoben -Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz. Staatliche Vogelschutzwarte. Brandenburg. http://www.lugv.brandenburg.de/media_fast/4055/vsw_dokwind_voegel.pdf

Leidenberger, S., Käck M, Karlsson, B. & Kindvall, O. 2016. The Analysis Portal and the Swedish LifeWatch e-infrastructure for biodiversity research. *Biodiversity Data Journal* 4: e7644. doi: 10.3897/BDJ.4.e7644

Miljösamverkan Sydost. 2013. *Stöd för egenkontroll för vindkraft*. Miljötillsynsmyndigheterna i Gotlands och Kalmar län. <http://extra.lansstyrelsen.se/miljosamverkan/SiteCollectionDocuments/Publikationer/2013/2013-egenkontroll-vindkraft.pdf>

Nationellt Register över Sjöprovfisken – NORS. 2020. Sveriges lantbruksuniversitet (SLU), Institutionen för akvatiska resurser. <http://www.slu.se/sjoprovfiskedatabasen>

Naturvårdsverket, 2016, Fortsatt drift och utvidgad täkt i Klinthagen, <http://www.naturvardsverket.se/Stod-imiiljoarbetet/Rattsinformation/Rattsfall/Takter/Fortsatt-drift-och-utvidgad-takt-iKlinthagen/>

Rydell, J., Ottvall, R., Engström, H., Hedenström, A., Larsen, J.K., Pettersson, S. & Green, M. 2011. Vindkraftens effekter på Fåglar och fladdermöss. Vindval. Rapport 6467. Naturvårdsverket, Stockholm.

Rydell, J., Ottvall, R., Engström, H., Hedenström, A., Larsen, J.K., Pettersson, S. & Green, M. 2011. Vindkraftens effekter på Fåglar och fladdermöss. Vindval. Rapport 6467. Naturvårdsverket, Stockholm.

Rydell, J & Pettersson, S. 2017. Fakta om fladdermöss och vindkraft. Faktablad. Vindval.

Rydell, J., Ottvall, R., Pettersson, S. & Green, M. 2017. Vindkraftens påverkan på fåglar och fladdermöss. Uppdaterad syntesrapport 2017. Rapport 6740. Naturvårdsverket.

Singh, N.J., Moss, E., Hipkiss, T., Ecke, F., Dettki, H., Sandström, P., Bloom, P., Kidd, J., Thomas, S. & Hörnfeldt, B. 2016. Habitat selection by adult Golden Eagles *Aquila chrysaetos* during the breeding season and implications for wind farm establishment. *Bird Study* 63:2, 233–240.

Singh, N.J., Hipkiss, T., Ecke, F. & Hörnfeldt, B. 2017. Betydelsen av kungsörnars hemområden, biotopval och rörelser för vindkraftsetablering – del 2.

Skogsstyrelsens geodata, 2020. Skogsstyrelsen. <https://www.skogsstyrelsen.se/sjalvservice/karttjanster/skogsstyrelsens-geodata/>

Skyddad natur, 2020. Naturvårdsverket. <https://skyddadnatur.naturvardsverket.se/>

Smokorowski, K.E. & Randall, R.G., (2017). Cautions on using the Before-After-Control-Impact design in environmental effects monitoring programs. *FACETS* 2. [e-journal] pp. 212–232. <https://doi.org/10.1139/facets-2016-0058>

TUVA ängs- och betesmarksinventeringen. 2020. Jordbruksverket. <https://jordbruksverket.se/e-tjanster-databaser-och-appar/e-tjanster-och-databaser-stod/tuva>

VISS, VattenInformationssystem Sverige. 2020. Vattenmyndigheterna. <https://viss.lansstyrelsen.se/>

Våtmarksinventeringen, VMI. 2020. Naturvårdsverket. <http://gpt.vic-metria.nu/vmi/>

Bilaga 4: Hitta vilse i skogen

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

B4.1 Inledning av 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 – 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.

B4.2 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 fågellokal, närheten till bon och födosöksområden, flygvägar, m.m. Om det trots möjliga försiktighetsmått och skyddsåtgärder fortfarande finns en förhöjd risk för

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*.

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 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 uppfödningstidperioder – 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 flyttningstidperioder 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 flyttningstidperioder 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.

B4.3 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

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

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 art-

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.

skyddet. 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.

B4.4 Tjäderna i Bollebygden

Samtliga avgöranden som gällt artskydd och skogsbruk som kommit från andra mark- och miljödomstolar under sommaren och hösten har gällt tjäderna 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/Vänerns borg 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 Vänerns borg 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 12:6 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 tjäderna, 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 områdeskydd 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

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

⁷ Mark- och miljödomstolen i Vänerns borg, 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.

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

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 §§ 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 12:6 MB för åtta listade arbetsföretag i skogen, bl.a. 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 8:1 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 8:1 MB. Markägaren hävdade även att föreläggandet gått utöver 4 § 4 p. 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 för 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

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

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 försiktighetsmåttan 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”

B4.5 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.

B4.6 Inledning av 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 8:1 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.

B4.7 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 miljö tillstånd till torvproduktion på fyra skiften som låg i närheten av en fiskgjuses häckningsplats; 9.1.2015/31 HFD:29015:3.

B4.8 Artskyddsmyndighet

MMD/Östersund underkände SKS 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 SKS behörighet att

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+samr%C3%A5d>

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 SKS 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.

B4.9 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 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 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

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

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).

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 ensamman 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 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.

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

B4.10 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 kvalifikations-tröskel 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 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 artskydds krav 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 procent 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.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.

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.

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.

B4.11 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 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, dvs. 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 12:6 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).

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.

Bilaga 5: Konsumenten och knäroten

Om Skogsstyrelsens handläggning av artskyddsärenden

Sammanfattning

I artikeln behandlas handläggningen hos Skogsstyrelsen av ärenden om skogsbruk och artskydd med utgångspunkt i en undersökning i fyra distrikt under perioden 2018–19. Jag inleder med att redogöra för regleringen och tillsynsansvaret på området där en traditionell förvaltningsmodell möter moderna miljökrav och principen om god förvaltning. Därefter diskuteras vilka slutsatser som kan dras från undersökningen ur ett bredare miljörättsligt perspektiv mot bakgrund av kraven på rättssäkerhet och tydlighet för de inblandade, principen om EU-rättens effektiva genomslag och idéerna om transparens, deltagande och tillgång till rättslig prövning. Här lyfter jag också fram och kritiserar några av de förslag som presenteras av den nyligen avslutade Skogsutredningen (SOU 2020:73). Diskussionen i artikeln gäller främst Skogsstyrelsens handläggning och här ingår även en analys av konsekvenserna av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2020 ref. 12. Slutsatsen är att artskyddet i skogsbruket riskerar att försvagas genom förändringar i handläggning av dessa ärenden, vilket kan medföra problem för Sverige i mötet med EU-rätten.

B5.1 Inledning

Forskningsprojektet PROSPEC är ett av Naturvårdsverket finansierat samarbete mellan Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet och ArtDatabanken vid Sveriges lantbruksuniversitet (SLU) i Uppsala.¹ Vi har tidigare tittat på hur skyddet av djur- och växtarter hanteras inom ramen för tillståndprocesser under miljöbalken (1998:808, MB) för vindkraftverk.² Den processen är formaliserad och genomsyrad av EU-rättens krav på utredning genom s.k. miljökonsekvensbeskrivningar (MKB). I tillståndprocessen får också de EU-rättsliga kraven på skydd av arter och andra intressen tydligt genomslag, liksom de internationella förpliktelserna gentemot samerna som ursprungsbefolkning. Vidare är de berörda intressena och allmänheten garanterade insyn, deltagande och tillgång till rättslig prövning. Tillståndsbesluten för vindkraft fattas av de miljöprövningsdelegationer som finns vid 12 av landets länsstyrelser och överklagas i stort sett alltid av sökanden eller de motstående intressena i en ganska jämn fördelning. Den slutliga bedömningen görs av mark-

¹ <https://jur.uu.se/forskning/forskningsamnen/miljoratt/prospec/>

² *Hur många fick lov? Och varför fick de andra nobben? – Statistik och betraktelser över tillstånd till vindkraft på land och till havs.* Uppsala Faculty of Law. Working paper 2020:1; https://www.jur.uu.se/digitalAssets/563/c_563862-1_3-k_wps-2020_1.pdf

och miljödomstolarna.³ Rättspraxis är i stort sett enhetlig och samtliga beslut och domar lättillgängliga på olika nätsidor.

Som kontrast till denna formaliserade process har vi valt att studera ärendehantering hos Skogsstyrelsen med avseende på avverkningar och andra skogsbruksåtgärder som berör skyddsvärda arter. Utgångspunkten är här ganska annorlunda, även om artskyddsreglerna är desamma; reglerna återfinns främst i skogsvårdslagen (1979:429, SVL), men också MB tillämpas i dessa situationer. Vid sidan om hänsynsreglerna i SVL måste artskyddsförordningen (2007:845, AF) beaktas, för vilken länsstyrelsen är huvudman. Ansvarsfördelningen mellan Skogsstyrelsen och länsstyrelsen är emellertid inte tydlig. Ärendehandläggningen är inte formaliserad utöver vad som gäller enligt förvaltningslagen (2017:900, FL) och insynen från den berörda allmänheten liten eller obefintlig. Det är förhållandevis sällan som ett ärende avslutas med ett formellt beslut. I kontroversiella situationer är rådgivning den förhärskande metoden, emellanåt dokumenterad i vägledningar, råd, protokoll eller skrivelser av annat slag. Etablerade miljöorganisationer kan överklaga beslut enligt SVL till förvaltningsdomstol, men det sker nästan aldrig. I några fall fattas beslut om artskydd under MB och då är överklagandefrekvensen något högre, om än på en väldigt låg nivå.

I den här artikeln redogör jag för vår undersökning av ärenden som rör naturvård och artskydd i fyra distrikt inom Skogsstyrelsen under perioden 2018–19. Därefter diskuterar jag de slutsatser som kan dras från undersökningen ur ett bredare miljörettsligt perspektiv mot bakgrund av principerna om god förvaltning och EU-rättens effektiva genomslag. Här lyfter jag också fram och kritiserar några av de förslag som tagits fram av den nyligen avslutade Skogsutredningen. Diskussionen i artikeln gäller främst *handläggningen* av artskyddsärenden och här ingår även en analys av konsekvenserna av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2020 ref. 12 *Föreningen Skydda skogen*. Jag inleder med en kort introduktion av själva scenen, dvs. reglerna och myndigheterna på området.

B5.2 Regleringen

B5.2.1 Skogsvårdslagen

SVL har sedan tidigt 1990-tal en dubbel målsättning, nämligen att naturresursen skogen ska ge god avkastning, samtidigt som den biologiska mångfalden sköts (1 § SVL). Dessa mål brukar betecknas som ”jämförbara”,⁴ även om det inte uttrycks riktigt så på Skogsstyrelsens hemsida:⁵

Skogsvårdslagen uttrycker vilka krav samhället har på dig som skogsägare. I lagen anges att skogen är en förnybar resurs som ska skötas så att den uthålligt ger en god avkastning. Samtidigt ska du ta hänsyn till naturen, kulturmiljön, rennäringen och andra intressen.

³ Det finns fem mark- och miljödomstolar i landet vid tingsrätterna i Umeå, Östersund, Nacka, Växjö och Vänersborg. Slutinstans i dessa mål är Mark- och miljööverdomstolen (avdelning 6) vid Svea hovrätt i Stockholm.

⁴ *Skogsvårdslagstiftningen. Gällande regler 1 april 2020*, sid. 5; https://www.skogsstyrelsen.se/globalassets/lag-och-tillsyn/skogsvardslagen/skogsvardslagstiftningen_2020_1_april.pdf

⁵ <https://www.skogsstyrelsen.se/lag-och-tillsyn/skogsvardslagen/>

Det är Skogsstyrelsen som har ansvaret för att regelverket följs av markägare och andra som utför skogsbruksåtgärder på skogsmark. SVL innehåller en katalog med krav som gäller i skogsbruket, t.ex. med avseende på avverkning och anläggning av skog (5–14 §§), tillstånd och samråd för avverkning i fjällnära områden (15–20 §§), bevarandet av ädellövskog (22–28 §§), skogshygien (29 §), hänsyn till naturvården och kulturmiljövården (30 §), hänsyn till rennäringen (31 §), miljöanalys i samband med introduktionen av nya metoder eller skogsodlingsmaterial samt tillsyn och sanktioner (32 a–41 §§).

Den grundläggande regeln om naturvårdshänsyn ges i 30 §. Bestämmelsen är egentligen bara ett bemyndigande som säger att den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om de hänsyn som ska tas till naturvårdens och kulturmiljövårdens intressen vid skötseln av skog, exempelvis om hyggesstorlek, beståndsanläggning, kvarlämnande av träd och trädsamlingar, dikning och utläggning av skogsbilvägar. Enligt 30 § skogsvårdsförordningen (1993:1096, SVF) ska sådana föreskrifter meddelas av Skogsstyrelsen efter samråd med bl.a. Naturvårdsverket och Riksantikvarieämbetet. I de underliggande föreskrifterna och allmänna råden (SKSFS 2011:7, kapitel 7) ges en omfattande uppräkningslista av de hänsyn som ska tas till naturvårdens och kulturmiljövårdens intressen fördelade på olika rubriker; trädslagsblandning (7:7), träd, trädsamlingar och döda träd (7:8–7:9), hyggen (7:10), skogsbilvägar och traktorvägar (7:11–7:16), hänsynskrävande biotoper, kulturmiljöer och kulturlämningar (7:17–7:18), hänsyn till arter (7:19), skydds-zoner (7:20–7:22), mark och vatten (7:23–7:25), kvävegödsling (7:26), skogsbränsleuttag och näringskompensation (7:27), terrängkörning och markberedning (7:28–7:30), diken (7:31–7:33) samt prioritering av hänsyn (7:33 a).

Genomdrivandet av kraven regleras i 32 a–41 §§ SVL. Här finns regler om register, tillsynsmyndigheten och dess befogenheter, säkerhet för vissa återväxtåtgärder, avgifter, påföljder och överklagande. Följande bestämmelser är intressanta för diskussionen i den här artikeln. I 33 § anges att Skogsstyrelsen utövar tillsyn över efterlevnaden av lagen och i 34 § att myndigheten kan begära ut de upplysningar och handlingar som behövs för tillsynen. Enligt 35 § kan de förelägganden som behövs meddelas för att reglerna ska efterlevas, vilka kan förenas med vite. Ett föreläggande för att genomdriva kraven i 30 § får dock inte medföra att den så kallade toleranströskeln överskrids, dvs. att pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten.⁶ Ett föreläggande kan förses med ett verkställighetsförordnande, det vill säga att beslutet ska gälla omedelbart även om det överklagas (41 §). När det gäller sanktioner är det endast två gärningar av intresse här som är belagda med straff; dels att avverka utan att göra en anmälan enligt 14 §, dels att bryta mot ett föreläggande enligt 30 § (38 a § 1 st. 3–4 pp.). En avverkningsanmälan ska göras vid slutavverkningar som överskrider 0,5 hektar,⁷ skydds-dikning och visst uttag av skogsbränsle (15 § SVF). Den görs via en elektronisk blankett med tillhörande karta och här ska markägaren även ange vilka hänsyn som hen tänker ta till naturvårdens, kulturmiljövårdens och rennäringens intressen. Avverkningen får påbörjas tidigast sex veckor efter anmälan om inte Skogsstyrelsen medger annat (15 b § SVF). Slutligen regleras överklagande av Skogsstyrelsens beslut

⁶ Det framgår inte av 35 §, utan av 30 § där det står att *föreskrifterna* inte får medföra att toleranströskeln överskrids. Lagstiftningen är på så vis lite märklig, men myndighets- och rättspraxis är entydig: det är förelägganden i det enskilda fallet som inte får medföra en sådan effekt.

⁷ 5 000 m², ungefär storleken på en fotbollsplan.

i 40 § SVL. Bestämmelsen är främst en forumregel som anger att överprövningen ska ske i förvaltningsdomstol. Det innebär att klagorätten regleras genom den allmänna regeln i 42 § FL med den sedvanliga skrivningen om att beslutet ”får överklagas av den som beslutet angår, om det har gått honom eller henne emot”.

B5.2.2 Samråd enligt miljöbalken

SVL och MB är parallellt tillämpliga, även om Skogsstyrelsen oftast börjar handlägga ett ärende enligt den förra lagen. När det gäller MB har myndigheten det skogliga ansvaret för biotopskyddsområden (7 kap. 11 § MB), samrådsbestämmelsen (12 kap. 6 § MB) och åtgärder som kan påverka miljön i s.k. Natura 2000-områden (7 kap. 27 § MB). Samrådsbestämmelsen i 12 kap. 6 § MB har många år på nacken och kom till 1975 i sin nuvarande utformning i 20 § naturvårdslagen (1964:822). Ordalydelsen har i stort sett varit oförändrad sedan dess och innebär att den som avser att utföra en åtgärd som kan komma ”att väsentligt ändra naturmiljön” ska göra en anmälan om samråd till tillsynsmyndigheten. Verksamheten eller åtgärden får påbörjas tidigast sex veckor efter anmälan, om inte myndigheten bestämmer annat. Rättspraxis kring vad som utlöser samrådsplikten har alltid varit sträng, både när det gäller typen av åtgärder som omfattas och vad som utgör en väsentlig ändring av miljön.⁸ På så vis ansluter praxisen till den allmänna trenden inom miljörätten att tolka upplysningsskyldigheter vidsträckt för att göra det möjligt för tillsynsmyndigheterna att ingripa om det behövs.

Enligt 2 kap. 10 § miljötillsynsförordningen (2011:13, MTF) är Skogsstyrelsen tillsynsmyndighet för sådana skogsbruksåtgärder som avses i 12 kap. 6 § MB, dvs. kan medföra väsentlig ändring av naturmiljön. Av 7 § i den s.k. samrådsförordningen (1998:904) får Skogsstyrelsen meddela föreskrifter om samråd för avverkning, hyggesbehandling, beståndsanläggning, beståndsvård, uttag av skogsbränsle, skogsbilvägar, skogsgödsling, skogsmarkskalkning eller andra skogsbruksåtgärder på skogsmark, vilket har gjorts genom Skogsstyrelsens föreskrifter och allmänna råd SKSFS 2013:3. Här anges först att de åtgärder som räknas upp i 4–10 §§ är sådana att de riskerar att väsentligt ändra naturmiljön och därför alltid är samrådpliktiga, men också att andra åtgärder kan omfattas av 12 kap. 6 § (1 §).⁹ I 5–10 §§ anges att dikesrensning, anläggande av skogsbilvägar och större traktorvägar, basvägar över värdefulla våtmarker eller vattendrag, maskinell skogsgödsling, askåterföring och stubbskörd är typiska sådana åtgärder. I 4 § sägs sedan:

Skogsbruksåtgärder i ett skogsområde som från en samlad bedömning av biotopens struktur, artinnehåll, historik och fysiska miljö har mycket höga naturvärden och har mycket stor betydelse för skogens flora och fauna och utgör eller kan förväntas utgöra livsmiljö för akut hotade, starkt hotade, sårbara eller nära hotade arter ska anmälas för samråd.

Skrivningen motsvarar Skogsstyrelsens definition av så kallade nyckelbiotoper,¹⁰ men den avser naturkvaliteten som sådan och alltså inte bara registrerade objekt.

⁸ Se Bengtsson, B & Delin, L & Jonzon, Lg: *Naturvårdslagen – en kommentar*. Norstedts, 3:e uppl. 1988, sid. 176–182.

⁹ Det senare påminns också om i 15 a § SVF.

¹⁰ <https://www.skogsstyrelsen.se/miljo-och-klimat/biologisk-mangfald/nyckelbiotoper/>

Den här tekniken att ange att vissa typiska åtgärder som kan påverka skyddsvärda områden är tillstånds- eller samrådspfiktiga är grundläggande inom miljörätten. Då dessa områden ofta är kända för markägaren kan man se skrivningen som ett klargörande av vad som gäller. Samrådspfiktigheten – som är straffsanktionerad (29 kap. 4 § MB) – ligger på den som ska utföra åtgärden. Det finns emellertid en lätttnadsregel i 6 § samrådsförordningen som säger att den som fullgjort en avverkningsanmälan enligt 14 § SVL inte därutöver behöver anmäla till samråd enligt MB. Den bestämmelsen styr dock inte ärendehantering hos Skogsstyrelsen då det är myndigheten som avgör om en avverkningsanmälan ska ”tas upp till samråd” eller fortsätta att handläggas enligt SVL. På samma sätt är det Skogsstyrelsen som bedömer om ett samråd verkligen ska ske när en anmälan om ett sådant görs av en verksamhetsutövare, precis som när myndigheten på eget initiativ anser att en åtgärd föranleder samråd.¹¹ Efter samrådet kan myndigheten meddela de förelägganden som behövs till skydd för miljön, även om ingripandet går utöver tolerans-tröskeln för ersättning (31 kap. 4 § 1 st. 7 p. MB).¹² Att bryta mot ett föreläggande enligt 12:6 MB är straffsanktionerat (29:8 MB).

B5.2.3 Artskyddet

Genomförandet av artskyddet i skogen är komplicerat, både med avseende på vilka regler som gäller och fördelningen av tillsynsansvaret. Inledningsvis gäller givetvis AF även i skogsbruket och SVL får inte tillämpas i strid emot dess regler (4 § SVL). Förordningen ingår i miljöbalkssystemet och där finns fridlysningsbestämmelser till skydd för EU-rättsligt och nationellt skyddade arter. För EU-rättsligt skyddade fåglar och djurarter i bilaga 1 till förordningen gäller att de inte får avsiktligt fångas, dödas eller störas, och inte heller får deras fortplantningsområden utsättas för skada (4 § AF). Motsvarande växtarter får inte avsiktligt plockas eller förstöras i sina naturliga utbredningsområde (7 § AF). För de nationellt fridlysta arterna gäller att de inte får plockas, grävas upp eller på annat sätt skadas (8–9 §§ AF). Dispensmöjligheterna finns i 14 § med en uppräkningslista av situationer som passar illa för skogsbruksåtgärder. Möjligheten att få dispens för vissa arter som enbart åtnjuter nationellt skydd är något vidare formulerad i 15 § AF, där det framgår att så kan ske om det inte finns någon annan lämplig lösning och dispensen inte försvårar upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus hos artens bestånd i dess naturliga utbredningsområde.

Även 30 § SVL och dess föreskrifter och allmänna råd innehåller hänsynsregler som direkt eller indirekt avser artskydd. Främst gäller det 7:19 i SKSFS 2011:7 om att skogsbruksåtgärder ska förhindras eller begränsas i livsmiljöer där det förekommer prioriterade fåglar, skyddade arter eller arter som är upptagna på den s.k. rödlistan.¹³ Skogsstyrelsen har också utarbetat vägledning för hänsyn till fåglar i skogen.¹⁴

¹¹ Se *Gemensamma riktlinjer för handläggning av artskyddsärenden i skogsbruket*. Skogsstyrelsen & Naturvårdsverket 21 juni 2016 (ver. 1.1 2016-07-05); <https://www.naturvardsverket.se/upload/stod-i-miljoarbetet/vagledning/artskydd/riktlinjer-hantering-artskydd-skogsbruket-2016-07-05.pdf>

¹² Myndigheten kan i och för sig välja att stödja ett sådant föreläggande på antingen 12:6 eller 26:9 MB (MÖD 2013-01-23; M 4980-12), men det finns knappast någon anledning av att använda sig av den senare paragrafen.

¹³ De skyddade arterna anges vara prioriterade fågelarter enligt bilaga 4 till föreskrifterna, sådana som är markerade med ”n” eller ”N” i bilaga 1 till AF eller som betraktas som akut hotade, starkt hotade, sårbara eller nära hotade i IUCNs rödlista som finns på Artportalen; <https://www.artdatabanken.se/var-verksamhet/rodlisning/>

¹⁴ https://www.skogsstyrelsen.se/lag-och-tillsyn/artskydd/Vagledning_for_hansyn_till_faglar.

Men det är också så att det är svårt att göra en tydlig avgränsning mellan naturvård och artskydd, då många skyddsvärda biotoper även är miljöer för arter och alltså omfattas av artskyddsreglerna. Därför återfinns artskyddsregler här och var i andra bestämmelser, till exempel om hänsyn vid passage av vattendrag (7:14), i definitionen av hänsynskrävande biotoper (7:17), skyddszoner (7:20–7:21), regleringen av kvävegödsling (7:26) samt vid prioriteringen av hänsyn (7:33 a).¹⁵

När det gäller tillsynen har Skogsstyrelsen ansvaret för artskyddet så länge som de skogliga hänsynen kan säkerställa att det inte uppstår ett avsiktligt dödande eller störande av arterna eller förstörande av deras fortplantningsområden eller viloplats. Det innebär att myndigheten kan ställa krav på artskyddshänsyn med stöd av 30 § SVL på ett sådant sätt att dispensplikten enligt AF inte utlöses. Om det däremot inte går att skydda arterna genom ett sådant föreläggande, krävs dispens av länsstyrelsen. På så vis är även ansvaret för reglernas genomdrivande uppdelat mellan myndigheterna, vilka dock är ålagda att samordna sina åtgärder ”om det är ändamålsenligt och möjligt” (2:10 resp. 2:28 MTF).¹⁶ De kan också ingå en överenskommelse om hur ansvaret ska fördelas (2:2 MTF). Enligt de riktlinjer som Skogsstyrelsen och Naturvårdsverket gett ut gemensamt ska myndigheterna föra en dialog i avsikt att finna en gemensam uppfattning när en artskyddsfråga dyker upp och ingen av dem har tolkningsföreträde.¹⁷

Skogsstyrelsen kan givetvis även använda 12:6 MB för att ställa krav på artskyddshänsyn, även om den uppdelade lagstiftningen och ansvaret för tillsynen gör att gränsdragningen kan vara svår förstå. Det kan illustreras med målen om lavskrikorna i Hälsingeskogen (MÖD 2018:18 *Lavskrikan*), där mark- och miljödomstolen menade att Skogsstyrelsen inte kunde förbjuda en avverkning genom ett 12:6-föreläggande till skydd av fåglar med hänvisning till att åtgärden krävde dispens enligt AF. Domstolen menade att det var länsstyrelsens sak att bedöma den frågan och att Skogsstyrelsen vare sig är dispens- eller tillsynsmyndighet för artskyddet och därför hade gått utöver sin befogenhet. Avgörandet väckte uppmärksamhet då andra mark- och miljödomstolar inte hade haft formella problem med sådana förelägganden utan bedömt dem i sak. Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) var heller inte imponerad av underrättens resonemang. Man pekade på Skogsstyrelsens tillsynsansvar enligt 2:10 MTF och att artskyddsreglerna utgör preciseringsregler av de allmänna hänsynsreglerna, varför de ingår i den bedömning som ska göras vid samråd. Även om länsstyrelsen har det primära ansvaret för artskyddet under MB är det tydligt att Skogsstyrelsen inom ramen för sitt tillsynsuppdrag måste bevaka fridlysningsbestämmelserna enligt AF. Att länsstyrelsen är ensam behörig att pröva dispenser kan enligt MÖD inte leda till slutsatsen att Skogsstyrelsen är förhindrad att förbjuda en åtgärd om det behövs för att leva upp till artskyddsreglerna. Ett sådant beslut är heller inte slutgiltigt med avseende på

¹⁵ Bestämmelsen kan möjligen läsas som att det EU-rättsliga artskyddet inte ingår i de intressen som kan prioriteras bort av hänsyn till annan naturvård, men det är inte tydligt.

¹⁶ Jfr. med 6 § FL, 26:6 MB och 1:17 1 st. MTF.

¹⁷ Se *Gemensamma riktlinjer för handläggning av artskyddsärenden i skogsbruket*. Skogsstyrelsen & Naturvårdsverket 21 juni 2016 (ver. 1.1 2016-07-05), sid. 11; <https://www.naturvardsverket.se/upload/stod-i-miljoarbetet/vagledning/artskydd/riktlinjer-hantering-artskydd-skogsbruket-2016-07-05.pdf>

möjligheten att få dispens, då mark- och miljödomstolen kan bedöma samtliga dessa frågor vid en överprövning.¹⁸

B5.2.4 Rättspraxis kring artskyddet i skogen

Även om diskussionen i denna artikel främst är inriktad på handläggningen av artskyddsärenden hos Skogsstyrelsen, bör en kortfattad beskrivning av rättspraxis ges då de materiella reglerna inverkar på ärendehantering. Praxisen är inte särskilt omfattande, vilket har olika förklaringar. Till att börja med är det först på senare år som Skogsstyrelsen meddelat förelägganden om artskydd enligt 30 § SVL eller 12:6 MB. Frivillighet och rådgivning har genom åren varit den förhärskade filosofin inom myndigheten.¹⁹ Traditionellt kunde dessutom bara den som beslutet riktade sig direkt mot – dvs. markägaren eller verksamhetsutövaren – överklaga sådana beslut. Sverige ratificerade visserligen Århuskonventionen redan 2005, men det tog tid innan kraven fick genomslag i skogen, och då under inverkan av EU-rätten. Förändringen kom efter att EU-domstolen i C-240/09 *Den slovakiska brunbjörnen* (2011) uttalade att det är en skyldighet för de nationella domstolarna att om möjligt tolka de processuella reglerna så att miljöorganisationerna får klagorätt. Utvecklingen blev först tydlig i mark- och miljödomstolarna och Högsta domstolen, men småningom kom Högsta förvaltningsdomstolen efter. HFDs första avgöranden i den här riktningen kom – inte så förvånande – genom att tillåta miljöföreningar som möter kriterierna i 16 kap. 13 § MB att överklaga jaktbeslut på varg.²⁰ När det gäller skogliga beslut bekräftades föreningarnas klagorätt under SVL genom HFD 2014 ref. 8 *Änok*.

Det är emellertid främst besluten under MB som gett domstolarna tillfälle att diskutera artskyddet i skogen. Ingången har varit fridlysningsreglerna och möjligheterna till dispens enligt 4–15 §§ AF. Den rättspraxis som utvecklats kring dessa regler kan kortfattat beskrivas som följer. Till att börja med är artskyddsreglerna en del av de allmänna hänsynsreglerna under 2 kap. MB (*MÖD 2013:13 Holmsjöåsen*). I uttrycket ”avsiktligt” ingår även förväntade effekter av en åtgärd, även om den inte syftar till att döda eller störa arten (så kallat indirekt dödande/störande).²¹ I en serie av avgöranden har MÖD 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

¹⁸ Då MÖD återförvisade målet till underrätten var man också tvungen att bedöma forumfrågan, dvs. vilken domstol som ska pröva ett överklagande av Skogsstyrelsens beslut. Här hänvisade man till RÅ 1995 ref. 20 och att Skogsstyrelsen själva har en praxis där myndigheten överlämnar överklagade beslut till den domstol som den beslutande enheten inom myndigheten tillhör, i det här fallet Östersund (beslutet hade tagits av Skogsstyrelsen/Gävleborgs distrikt). Ett annat synsätt som också ligger i linje med rättspraxis skulle vara att återförvisa målet till den mark- och miljödomstol inom vars domsaga Skogsstyrelsens huvudkontor i Jönköping ligger, dvs. till den i Växjö (RÅ 2006 ref. 40). Man kan diskutera för- och nackdelar med de olika synsätten, men MÖD valde alltså att utgå från den beslutande enhetens placering.

¹⁹ Ett ämne som diskuterades redan 1973 i den klassiska avhandlingen i rättssociolog av Per Stjernquist: *Laws in the Forests: A study of public direction of Swedish private forestry*. Lunds universitet, CWK Gleerup (1973), och därefter har vidareutvecklats av flera författare, främst Katarina Eckerberg i hennes avhandling *Environmental Protection in Swedish Forestry – a study of the implementation process* (Umeå universitet 1987).

²⁰ Först genom tydliga skrivningar i ett återförvisningsbeslut (HFD 2012-06-28 i mål nr 2687-12), därefter i HFD 2015 ref. 79 *Överklagandeförbudet* och HFD 2018 ref. 18.

²¹ Se Darpö, J: *Hitta vilse i skogen. Reflektioner kring höstens underrättsavgöranden om det EU-rättsliga artskyddet vid skogsbruk*. Nättidningen JPMiljönet 2017-11-21 (del 1) och 2017-11-23 (del 2), se [www.jandarp.se/Artiklar & Rapporter](http://www.jandarp.se/Artiklar%20och%20rapporter). För rättsutvecklingen inom EU därefter, se C-441/17 *Białowieża* (2018) och generaladvokat Julianne Kokotts yttrande 2020-09-10 i C-473/19 och C-474/19 *Rädda skogen*.

bedrivs så betraktas de negativa konsekvenserna som avsiktliga. Utgångspunkten för bedömningen är vidare att det är effekten på populationen som är av betydelse (MÖD 2015:3 *Örndalen*). Det är fråga om en konkret riskbedömning av områdets betydelse för arten och dess livsmiljö.²² Om det trots möjliga försiktighetsmått och skyddsåtgärder fortfarande finns en förhöjd risk för dödande eller skada är åtgärden inte godtagbar. I dessa situationer krävs alltså dispens enligt 14 § AF.

När det sedan gäller artskyddet i skogsbruket har frågan hettat till de senaste åren. Först ut var målet om *Bombmurklan* (MÖD 2017:7), där MÖD uttalade att de nationella fridlysningsbestämmelserna alltid ska tillämpas proportionerligt, vilket tolkades som att förbudet inte får medföra att toleranströskeln överskrids. Ett avverkningsförbud är därför alltid oproportionerligt i avsaknad av ersättning. Efter *Bombmurklan* kom en rad ”tjäderavgöranden” från underrätterna. Inledningsvis godtog Mark- och miljödomstolen i Växjö ett föreläggande av Skogsstyrelsen enligt 12:6 MB om försiktighetsåtgärder till skydd för en spelplats för en population i Härryda.²³ Därefter kom Mark- och miljödomstolen i 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.²⁴ I den domen uttalade domstolen att om de försiktighetsåtgärder som markägaren måste tåla skulle medföra att den pågående markanvändningen avsevärt försvåras är hen oförhindrad att väcka talan om ersättning enligt MB. Mot denna bakgrund ansåg domstolen att en nekad dispens inte kan anses vara så oproportionerlig ”att det i strid med AFs ordalydelse finns skäl att överväga huruvida åtgärden ska bedömas som tillåten på den grunden”. Slutligen kom Växjö tillbaka med ett avgörande där domstolen tydligt adresserar alla de frågor som varit uppe i de tidigare målen.²⁵ Här pekade man på att de marker som berördes av det överklagade beslutet utgjorde sådana fortplantningsområden för tjädern som avses i 4 § AF, då de behövdes för att föda upp kycklingarna. Därefter bedömde Mark- och miljödomstolen om avverkningsförbudet var nödvändigt för att upprätthålla den ”kontinuerliga ekologiska funktionen” i området, vilket var det skäl som Skogsstyrelsen hade angett. Här gjorde domstolen samma bedömning som myndigheten, varvid man också beaktade möjligheten till ersättning. Avgörandet överklagades till Mark- och miljööverdomstolen som i allt väsentligt höll med underrätten.²⁶

Målen om lavskrikan i Hälsingeskogarna nämndes i föregående avsnitt. Efter återförvisningen 2018 underkände Mark- och miljödomstolen i Östersund återigen Skogsstyrelsens förelägganden, den här gången med hänvisning till undermålig utredning av avverkningens påverkan på arten. Föreningarna överklagade till MÖD vars avgörande kom i slutet av förra året.²⁷ Här gör domstolen vägledande uttalanden i två frågor, dels om den rättsliga grunden för förbudet i AF, dels om kunskapsunderlaget i artskyddsärenden. Till börja med konstaterade man – med hänvisning till bl.a. C-441/17 *Białowieża* (2018) – att 4 § 1 st. 4 p. AF har stöd i fågel-direktivet (2009/147) och bemyndigandet i 8:1 MB. Sedan pekade MÖD på att

²² Se även MÖD 2016-02-03; M 2114-15 *Norrvikens trädgårdar*.

²³ MMD/Växjö 2017-07-13; M 514-17, MÖD meddelade inte prövningstillstånd.

²⁴ MMD/Vänersborg 2017-09-06; M 4856-16, domen överklagades inte.

²⁵ MMD/Växjö 2017-10-17; M 5370-16.

²⁶ MÖD 2018-12-20; M 10104-17 *Tjädern i Bollebygd*.

²⁷ MÖD 2020-12-09; M 9838-19 *Lavskrikan*. Målet dömdes av samtidigt som tre andra som rörde samma art och trakt och utgången blev densamma (M M 9836-19, M 9837-19 och M 9839-19).

lavskrikan anges som prioriterad av både Skogsstyrelsen och Länsstyrelsen i Gävleborg. Mot den bakgrunden konstaterade domstolen att skogsbruksåtgärder som kan skada artens fortplantningsområden och viloplatsen omfattas av förbudet i AF och uttalade att även om lavskrikan är livskraftig nationellt måste hänsyn tas till den regionala och lokala bevarandestatusen. När det sedan gällde utredningsfrågan hade Mark- och miljödomstolen underkänt uppgifter från ”privatpersoner” och menat att sådana inte kan läggas grund för ett så pass ingripande beslut som att förbjuda en avverkning. Här gjorde MÖD en viktig markering genom att uttala att man ”*inte finner skäl att ifrågasätta*” de inventeringar som gjorts de ornitologiska föreningarna. Däremot menade MÖD att Skogsstyrelsen använt sig av flera begrepp i beslutet – revir, hemområde och kärnområde – varför det var oklart vad som är artens egentliga fortplantningsområde. Mot bakgrund av detta återförvisades återigen, denna gång till Skogsstyrelsen.

Det bör observeras att målen om artskydd i skogen enbart rör giltigheten i de 12:6-föreläggande som Skogsstyrelsen meddelat. Frågan om ersättningen är föremål för en egen och efterkommande process och här finns ännu bara underrättspraxis. Mark- och miljödomstolen i Nacka var först ut och tillerkände ersättning för ett avverkningsförbud av hänsyn till en tjäderpopulation. Domstolen menade att avverkningar är en del i skogsbruket och att ingripandet innebar att pågående markanvändning försvåras, varför fastighetsägaren hade rätt till intrångsersättning.²⁸ I ett annat mål uttalade Mark- och miljödomstolen i Vänersborg däremot att det EU-rättsliga artskyddet ingår i laglig markanvändning och att ersättning därför inte kan dömas ut.²⁹ Slutligen ansåg Mark- och miljödomstolen i Växjö att ett avverkningsförbud till förmån för den nationellt skyddade orkidén knärot var ersättningsgrundande.³⁰ MÖD har meddelat prövningstillstånd i samtliga dessa mål, men de är i skrivande stund inte avgjorda.

Sammantaget medför dessa avgöranden en tydlig uppdelning av artskyddet. MÖDs ”lagstiftning genom domstolsaktivism” i *Bombmurklan* väckte uppmärksamhet.³¹ Dess förståelse av dispensmöjligheterna under AF finns ju inte beskriven i förordningstexten, vilket flera av underrätterna noterat. Till det kommer att tillämpningen av bestämmelsen var kontroversiell i sig, då den medför att de areella näringarnas ansvar för utarmningen av arter kopplas ur. Att tillämpa det resonemanget på EU-rättsligt skyddade arter bör därför som utgångspunkt vara uteslutet, då det klart skulle strida mot våra internationella förpliktelser. Inriktningen i de fallen är istället den som angavs i MÖDs avgörande i *Tjädern i Bollebygd*, det vill säga att ett artskyddsföreläggande kan utlösa rätt till ersättning, men att den frågan får prövas separat i en senare process.

Slutligen bör nämnas att Mark- och miljödomstolen i Vänersborg har begärt förhandsavgörande av EU-domstolen i två mål som kan få betydelse för tillämpningen av artskyddet i de areella näringarna (C-473/19 och C-474/19 *Rädda skogen*). EU-kommissionens och generaladvokaten Kokotts yttranden har redan kommit och domen förväntas inom kort. Kokott börjar sitt yttrande med att konstatera att

²⁸ MMD/Nacka 2019-07-04; M 5949-18, MÖD mål M 7888-19.

²⁹ MMD/Vänersborg 2020-06-05; M 3433-19, MÖDs mål M 7293-20.

³⁰ MMD/Växjö 2020-06-24; M 6160-18, MÖDs mål M 7824-20.

³¹ Till det bidrog att sitsen i MÖD leddes av dåvarande hovrättspresidenten Fredrik Wersäll, som i andra sammanhang har gjort sig känd som motståndare till just sådan aktivism, se *Ökad domarmakt och makten över domstolarna*, Svensk Juristtidning 2017, sid. 1.

alla fåglar omfattas av fågeldirektivet (2009/147), medan art- och habitatdirektivet (92/43) enbart täcker listade arter. Förbudet i de båda direktiven gäller i princip enskilda exemplar av arterna och förutsätter inte en risk för negativ påverkan på bevarandestatusen. Vidare omfattar förbudet mot dödande enligt det senare direktivet tveklöst även indirekt dödande, medan en sådan tillämpning på alla slags fåglar skulle medföra oacceptabla konsekvenser för mänskliga verksamheter. Förbudet i artikel 5 i fågeldirektivet ska därför tolkas så att det omfattar sådana indirekta konsekvenser enbart i den utsträckning ”*det är nödvändigt för att bibehålla eller återupprätta dessa arter på en nivå som särskilt svarar mot ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov, med hänsyn till ekonomiska behov och fritidsbehov*”.³² Som jag uppfattar yttrandet innebär det ingen större förändring av det materiella rättsläget som det tillämpas i svensk rättspraxis med avseende på hotade fågelarter. Däremot kan resonemanget – om det accepteras av EU-domstolen – medföra krav på en ändring av handläggningen av dispenser, till vilket jag återkommer till i diskussionen nedan.

B5.3 PROSPECs undersökning av artskyddet i skogsbruket

B5.3.1 Den stora bilden

Innan jag går in närmare på vår undersökning, kan det vara lämpligt att ge den större bilden av Skogsstyrelsen och dess ärendehantering. Skogsstyrelsen är sedan 2005 en enda myndighet med huvudkontor i Jönköping. Administrativt är myndigheten indelad i tre regioner och 22 distrikt med personal placerade på sammanlagt 75 kontor.³³ Varje år inkommer det cirka 65 000 avverkningsanmälningar enligt 14 § SVL till myndigheten, s.k. A-ärenden.³⁴ Sedan några år tillbaka är den geografiska anvisningen (polygonen) och ärendebeteckningen tillgängliga på nätet.³⁵ När en anmälan kommer in till myndigheten ”automatgranskas” den i ett system med ett tjugotal kartsikt, där olika intressen uppmärksammas genom ”flaggning”. Sådana kartsiktsträffar kan vara befintliga biotopskyddsområden eller naturvårdsavtal, Natura 2000-områden, nyckelbiotoper eller andra objekt med naturvärden, bäckar och vattendrag, tips om naturvärden/flora-fauna, sump- eller våtmark samt skoglig historia. Därutöver finns ytterligare skikt som är specifika för varje distrikt; det kan exempelvis röra sig om lokala artinventeringar, kommunala naturvårdsplaner och liknande. När en anmälan flaggas blir det skogskonsulentens uppgift att göra en kontroll och se om avverkningen behöver anpassas för att uppfylla lagkraven. I endast ett litet antal fall dokumenteras ställningstagandet, varav det vanligaste är att meddela en vägledning under SVL. Under 2018–19 skedde det i drygt 2 000 fall årligen av de omkring 65 000 anmälningarna. Till denna siffra kan

³² GA Kokotts yttrande i C-473/19 och C-474/19 *Rädda skogen*, paras 92 och 93.

³³ Region Nord som består av sju distrikt: Norra Västerbotten, Södra Västerbotten, Västernorrland, Södra Jämtland, Södra Norrbotten, Norra Jämtland och Norra Norrbotten. Region Mitt består av sex distrikt: Dalarna, Värmland, Gävleborg, Uppsala-Västmanland, Sörmland-Örebro och Stockholm-Gotland. Region Syd består av nio distrikt: Skaraborg-Fyrbodalen, Göteborg, Jönköping, Halland, Skåne, Blekinge, Kronoberg, Kalmar och Östergötland.

³⁴ 2018: 65 891 st., 2019: 64 017 st.

³⁵ Skogsstyrelsen/Skogliga grunddata; <https://kartor.skogsstyrelsen.se/kartor/?startapp=skogligagrunddata>

läggas ca 550 ”bedömningar” per år om anpassning av skogsbruksåtgärder så att tillståndsplikt enligt Natura 2000-reglerna inte utlöses. I 68 respektive 44 fall per år har bedömningen istället varit att tillstånd enligt 7 kap. 28 a § MB måste sökas hos länsstyrelsen. Därutöver fattades under samma period 412 respektive 361 regelrätta beslut under 30 § SVL, varav de vanligaste kategorierna avsåg skyddszoner, hänsynskrävande biotoper, artskydd eller åtgärder för att undvika körskador.

Som redan nämnts, behöver den som gör en avverkningsanmälan enligt SVL inte samtidigt bedöma om åtgärden kan medföra ”väsentlig ändring av naturmiljön” och därmed är samrådspiktig under 12:6 MB. Det är myndighetens uppgift att utifrån informationen i anmälan och karts kikten bedöma om ärendet ska tas upp för samråd enligt MB. Av de 65 000 avverkningsanmälningarna sker detta i 1–2 procent, vilket gör att omkring 1 000 A-ärenden blir föremål för samråd mellan Skogsstyrelsen och markägaren/verksamhetsutövaren. Den vanligaste orsaken till varför en avverkningsanmälan lyfts av Skogsstyrelsen till samråd under 12:6 MB är att åtgärden berör en nyckelbiotop eller ett område som har ”mycket stor betydelse för flora och fauna”. Därutöver kommer knappt 6 000 anmälningar per år om samråd från markägare och verksamhetsutövare, så kallade lagärenden som diarieförs under beteckningen ”L”. Sådana 12:6-anmälningar görs alltså för åtgärder som inte ingår i avverkningsanmälningar under SVL. De vanligaste situationerna är när markägaren vill bygga skogsvägar, genomföra dikesrensningar eller vidta skogsbruksåtgärder i en nyckelbiotop. Även här är det emellertid myndigheten som avgör om samråd faktiskt ska genomföras, vilket sker i en dryg tredjedel av fallen. En ytterligare kategori av samråd sker när markägaren vill ha ett så kallat rådgivningskvitto som diarieförs och används för att ansöka om bidrag genom Skogens miljövården.³⁶

Vid samråd enligt 12:6 MB tas i stort sett alltid en muntlig kontakt med markägaren, ofta vid fältbesök. Samrådet avslutas med att ett protokoll upprättas som kommuniceras med markägaren där det framgår vad som överenskommit. I de fall man inte kommit överens avslutas ärendet vanligen med en notering om detta, samt besked om att markägaren är oförhindrad att göra vad hen finner bäst, samtidigt som myndigheten påminner om att naturvårdshänsyn enligt 30 § SVL bör iakttas. I ett litet antal fall avslutas ärendet med ett formellt beslut. Enligt de rutiner som utvecklats vid Skogsstyrelsen tas beslut enligt 30 § SVL när de försiktighetsmått som krävs ryms under toleranströskeln för ersättning. Om de däremot ligger över denna tröskel meddelas beslutet istället enligt 12:6 MB.³⁷ När det gäller artskyddsrelaterade beslut under 2018–19 i hela landet var fördelningen 187 beslut enligt 30 § SVL (121 resp. 66) och 45 beslut enligt 12:6 MB (30 resp. 15).

B5.3.2 Undersökningen

Vår undersökning omfattar fyra distrikt med kontor på 12 platser; Norra Jämtland (Järpen, Strömsund, Östersund), Södra Jämtland (Gällö, Hammarstrand, Svenstavik, Svege), Skaraborg-Fyrbodalen (Bäckefors, Skövde, Uddevalla) och Göteborg (Göteborg, Borås). Vi har fått tillgång till alla beslut enligt 30 § SVL som rör artskyddsfrågor och samtliga protokoll och beslut vid samråd enligt 12:6 MB som rör 4 § i föreskrifterna

³⁶ <https://www.skogsstyrelsen.se/aga-skog/stod-och-bidrag/skogens-miljovarden/>

³⁷ Se *Gemensamma riktlinjer* (2016), sid. 15 m.fl. ställen.

(SKSFS 2013:3), dvs. skogsbruksåtgärder i områden som har mycket höga naturvärden av stor betydelse för skogens flora och fauna. För att göra undersökningen hanterbar och aktuell har vi valt en tvåårsperiod, nämligen 2018–19.³⁸ Efter läsningen av besluten har vi genomfört intervjuer med skogskonsulenter och distriktschefer (beslutsfattare) i de fyra distrikten och på Skogsstyrelsen centralt. Sammanlagt rör det sig om närmare 300 beslut, med följande fördelning:

Distrikt	Beslut enl 30 § SVL	Samråd enl 12:6 MB	Beslut enl 12:6 MB
Norra Jämtland: 2018/19	5 + 7 = 12	37 + 42 = 79	0 + 0
Södra Jämtland: 2018/19	2 + 2 = 4	4 + 20 = 24	0 + 0
Skaraborg-Fyrbodal: 2018/19	16 + 7 = 23	20 + 41 = 61	8 + 1 = 9
Göteborg: 2018/19	12 + 2 = 14	24 + 34 = 58	13 + 0 = 13
Summa 2018/2019	34 + 18 = 53	85 + 137 = 222	21 + 1 = 22

Undersökningen omfattar alltså 53 beslut enligt 30 § SVL samt 222 samrådsprotokoll och 22 beslut under 12:6 MB. Av dessa 297 dokumentationer är 223 A-ärenden och 74 L-ärenden, dvs. en fjärdedel har initierats genom en samrådsanmälan av markägare/verksamhetsutövare. De övriga 75 procent har alltså börjat som en avverkningsanmälan. Med ett par undantag återfinns samtliga L-ärenden i kategorierna samråd eller beslut enligt 12:6 MB. För att sätta siffrorna i ett sammanhang, kan de jämföras med antalet avverkningsanmälningar som ligger på knappt 2 000 i Norra och Södra Jämtland årligen, drygt 4 000 i Skaraborg-Fyrbodal och ca 2 500 i Göteborg. Antalet ”automatgranskade” – dvs. anmälningar som rinner igenom systemet utan att flaggas – ligger under eller omkring 10 procent, med undantag för Södra Jämtland som har den högsta andelen i Sverige med 15–20 procent.

B5.3.3 Observationer om handläggningen av artskyddsärenden

Inledningsvis bör sägas att det säkerligen saknas en eller annan dokumentation om beslut eller samråd kring artskydd i vårt undersökningsmaterial från de fyra distrikten under 2018–19. Jag tror dock inte att slutsatserna förändras särskilt mycket av enstaka beslut eller samrådsprotokoll. En större brist är att vi inte har tagit del av de vägledningar om artskydd som getts under SVL, men det bör kompenseras av samrådsprotokollen som åtminstone delvis rör denna fråga. Trots dessa brister tror jag att de huvudsakliga observationerna från de 297 dokumentationerna är riktiga och kan fungera som en utgångspunkt för diskussionen.

Till att börja med är de geografiska skillnaderna mellan de fyra distrikten påtagliga – eller närmare bestämt – skillnaden mellan de norra och de södra distrikten. Skaraborg-Fyrbodal och Göteborg har flera artskyddsbeslut enligt såväl 30 § SVL (sammanlagt 37; 23 resp. 14) som 12:6 MB (sammanlagt 22; 9 resp. 13). Norra Jämtland har visserligen 12 artskyddsbeslut enligt 30 § SVL, men inga enligt 12:6 MB. Å andra sidan rör sju av de 79 protokollen som gäller samråd utan beslut från Norra Jämtland artskyddsfrågor, bl.a. förbudstider för sparvuggla. Det distrikt

³⁸ Hela undersökningsmaterialet med anteckningar finns utlagt på PROSPECs hemsida, se fotnot 1. Ärendenas identifikationsuppgifter är emellertid maskerade av hänsyn till artskyddssekretessen (20 kap. 1 § OSL).

som emellertid sticker ut mest är Södra Jämtland med enbart fyra artskyddsbeslut enligt 30 § SVL och inga under 12:6 MB under perioden 2018–19. Det är också så att fåglarna dominerar stort i artskyddsbesluten i de två södra distrikten, medan lavar dominerar i Norra Jämtlands statistik (8 av 12). Det finns ingen anledning att tro att förklaringen till dessa skillnader ligger i skilda ambitioner eller olika personella och finansiella resurser hos distrikten, även om faktorer som kortare fältsäsong och längre farvägar spelar in. Istället står nog orsaken att finna i en av de viktigaste svagheter i systemet, nämligen kunskapsförsörjningen när det gäller skyddade arter. Det finns helt enkelt betydligt fler observationer av prioriterade fågelarter och andra naturvärden i den södra delen av landet, där såväl Göteborg som Skaraborg-Fyrbodalen har skogsområden som är ivrigt frekventerade av ornitologer, biologer och andra intresserade. Observationer från dessa rapporteras sedan in till Artportalen, varefter de blir tillgängliga för länsstyrelsen och Skogsstyrelsen. Utan sådana observationer blir det alltså inga flaggor för prioriterade fågelarter hos Skogsstyrelsen genom att kunskapen saknas. Det här blir också tydligt om man studerar den tidsmässiga fördelningen av artskyddsbesluten i de södra distrikten. Antal beslut går ned radikalt efter det att Artportalen införde avgifter under 2019, vilket gjorde att Skogsstyrelsen klev av systemet.³⁹ Sammanfattningsvis illustrerar detta att kunskapsförsörjningen är avgörande för artskyddet.

En annan notering är att relativt få samråd utlöses av artskydd, trots att skogsbruksåtgärder som kan påverka skyddade arter uttryckligen nämns i 4 § i föreskrifterna (SKSFS 2013:3). Den helt dominerande orsaken är istället att Skogsstyrelsen har lyft en avverkningsanmälan till samråd för att den berör en nyckelbiotop. Övriga fall gäller andra höga naturvärden, fornlämningar, kulturmiljöintressen eller närheten till skyddade områden och Natura 2000. Nästan alla sådana samråd avslutas med en skrivning om att man är överens om vilka åtgärder som kan eller inte kan vidtas. I ett litet antal fall anges i protokollet bara att man inte är överens, varefter ärendet avslutas utan åtgärd. I de fall som skyddade arter föranleder samråd, resulterar ärendet oftast i ett formellt beslut under SVL eller MB. Det händer emellertid också att ett sådant samråd resulterar i en allmän skrivning i ett protokoll, t.ex. om att förbudstider av hänsyn till häckande fåglar bör iakttas.

När det sedan gäller vad slags beslut som fattas i artskyddsärenden ansluter de fyra distrikten relativt konsekvent till de riktlinjer som Skogsstyrelsen och Naturvårdsverket utarbetat. En bidragande orsak till detta kan vara att sådana beslut tas av distriktschefen. Allmänt betraktat är artskyddsbesluten väldigt ensartade, variationen liten och informationen gles. Oftast nämns vilken art det är fråga om, men inte alltid. Innehållsmässigt rör det sig om förbudstider, anpassning av skogsbruksåtgärder, skyddszoner eller att hela områden ska sparas. För det mesta föregås besluten av fältbesök och muntlig kontakt med markägaren eller avverkningsföretaget, i vart fall om det inte rör sig om kända artlokaler eller generella förbudstider. Beslut fattas även om man är överens med markägaren vilket också ligger i linje med riktlinjerna.

I de fall som ”naturvårdsinrånget” ryms under den s.k. toleranströskeln fattar Skogsstyrelsen beslut enligt 30 § SVL, varvid en beräkning av intrångsvärdet görs

³⁹ Ordningen är nu återställd och Skogsstyrelsen har återigen tillgång till samtliga uppgifter i Artdataportalen.

i jämförelse med avverkningsvärdet.⁴⁰ Oftast rör det mindre anpassningar av avverkningen eller förbudstider av hänsyn till lek eller fortplantning hos arterna. När det gäller åtgärder till skydd för prioriterade arter händer det också att myndigheten inte uttalar sig om toleranströskeln eller ersättning. Om intrånget däremot ligger över toleranströskeln fattas beslutet enligt 12:6 MB. En beräkning görs också i dessa fall, men här avslutar Skogsstyrelsen med en upplysning om att ersättning kan sökas i domstol. Typiskt sett gäller dessa beslut skydd av levnadsmiljöer eller arternas fortplantningsområden eller lekplatser. Som framgick av praxisgenomgången ovan är det två arter som varit mest i elden, båda fåglar; tjäder och lavskrika. Annars förekommer lavar, mossor och svampar samt orkidén knärot som uppmärksammas allt oftare. Andra känsliga arter i skogen fladdermöss, järpe, norna samt större vattensalamander och tjockskalig målarmussla i vattenmiljöer.⁴¹ Då det är markägaren som styr vilket område som anmäls för avverkning och därmed indirekt intrångets värde, kan uppdelningen mellan SVL och MB bli beroende av subjektiva faktorer. Det illustreras av två tjäderärenden på en och samma fastighet i Skaraborg-Fyrbodals distrikt, där det ena avslutas med ett beslut enligt 30 § SVL och det andra enligt 12:6 MB.

Tillsynsansvaret för artskyddet är som nämnts delat mellan länsstyrelsen och Skogsstyrelsen. Den senare myndigheten har ansvaret på skogsmark så länge som det inte krävs dispens enligt AF för att utföra en skogsbruksåtgärd. Det innebär oftast att Skogsstyrelsen ställer krav på anpassning av åtgärden så att dispensplikten inte utlöses. Om det inte är möjligt meddelar man förbud mot åtgärden. Ansvarig för att meddela dispenser enligt AF är dock länsstyrelsen. Den här ordningen medför att Skogsstyrelsen initialt måste ta ställning till vad som krävs enligt AF, även om sista ordet när det gäller om att en sådan anpassning faktiskt fungerar ligger på länsstyrelsen.⁴² Om den myndigheten inte håller med om att de krävda försiktighetsmåttan är tillräckliga för att undvika dispensplikt, kan man använda 26 kap. 9 § MB gentemot markägaren för att genomdriva sin uppfattning i frågan.⁴³ Det delade tillsynsansvaret är inte konstigt i ett miljörättsligt sammanhang och precis detsamma gäller för skyddade områden och Natura 2000. Samtidigt betyder den här ordningen att ömsesidig kommunikation och samarbete mellan myndigheterna är helt nödvändiga för att reglerna ska fungera. Samråd ska därför ske mellan Skogsstyrelsen och länsstyrelsen, om än inte nödvändigtvis vid varje avverkningsanmälan eller samråd. Den här bilden bekräftas i de intervjuer som vi genomfört med personal vid Skogsstyrelsen och länsstyrelsen i Västra Götaland och Jämtland. Man håller årliga samrådsmöten och kommunicerar frekvent i olika artskyddsfrågor. Skogsstyrelsens beslut skickas regelmässigt för kännedom

⁴⁰ Skogsstyrelsens praxis är att toleranströskeln går vid 10 procent för de första 250 000kr av avverkningsvärdet, därefter 5 procent för intervallet 250 000kr–2Mkr och därefter 2 procent för värdet därutöver. Om alltså avverkningsvärdet är 150 000kr ligger tröskeln för vad markägaren får tåla vid 15 000kr, men om avverkningsvärdet är det tiodubbla (1,5 Mkr), ligger tröskeln på 87 500kr (25 000kr + 62 500kr), se även SOU 2020:73, sid. 194ff. På så vis får den lilla markägaren betala mer för naturvårdshänsynen i jämförelse med det stora skogsbolaget, något som diskuteras i Magnus Nilssons rapport *Skydda lagom – en ESA-rapport om miljömålet Levande skogar*. Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi. Rapport 2018:4; <https://eso.expertgrupp.se/rapporter/skydda-lagom/>

⁴¹ Se bilaga 20 till *Handbok för artskyddsförordningen. Del 1 – fridlysning och dispenser*. Handbok 2009:2, Naturvårdsverket april 2009; <https://www.naturvardsverket.se/Documents/publikationer/978-91-620-0160-5.pdf?pid=2587>

⁴² De *Gemensamma riktlinjerna* (2016) är inte helt konsekventa på den här punkten. På sid. 11 och 14 anges att myndigheterna ska vara överens, medan det framgår på sid. 24 att länsstyrelsen har sista ordet i fråga om dispensplikt enligt AF.

⁴³ Se MÖD 2014:32 som klargjorde att en tillsynsmyndighet kan använda 26:9 MB för att framtvunga samråd enligt 12:6 MB.

till länsstyrelsen. Man har också länsvisa listor över arter där samråd bör ske vid varje tillfälle. I listan för Jämtland ingår exempelvis taigafladdermus och lappmes, medan duvhök och berguv ingår i den för Västra Götaland. Ingen av de intervjuade kunde påminna sig en situation där de båda myndigheterna inte kommit överens i en artskyddsfråga, annat än undantagsvis.⁴⁴ Om det beror på att man har en gemensam syn eller på en medvetenhet om att det i slutändan är länsstyrelsen som bestämmer får vara osagt. Alldeles oavsett framstår samarbetet mellan myndigheterna som välfungerande. Men – som en av intervjupersonerna på länsnivå tillade – allt är beroende på vilket resurser som står till myndigheternas förfogande.

B5.4 Skogsutredningen

B5.4.1 Skogsutredningen (M 2019:02)

Flera av frågorna som diskuteras i denna artikel behandlas i Skogsutredningens nyligen avlämnade betänkande *Stärkt äganderätt, flexibla skyddsformer och naturvård* (SOU 2020:73). Det är därför på sin plats att kort redogöra för utredningens idéer och förslag i relevanta delar, särskilt som dess analys av regelverket skiljer sig i viktiga avseenden från den som görs här. Utredningen har tittat på en mängd frågor under kort tid, varför mycket överlämnas till regeringen för att utredas vidare. Förslagen som ges är ändå omfattande och avser bl.a. översyn och förenkling av reglerna för skogsbruket, kunskapskrav i SVL, ersättningsregler och skattelättnader, nyckelbiotoper och naturvårdsinventeringar, åtgärder för en tydligare politik för att bevara biologisk mångfald, nationella mål och samordning för cirkulär bioekonomi samt inventering och skydd av fjällnära skogar. En viktig utgångspunkt för utredningen har varit att bidra till ett sunt diskussionsklimat mellan de olika aktörerna i skogen. De delar som är intressanta för diskussionen i den här artikeln gäller främst nyckelbiotoper och naturvårdsinventeringar samt förhållandet mellan SVL och MB.

B5.4.2 Nyckelbiotoper och ”områden med höga naturvärden”

Nyckelbiotopsinventeringen påbörjades 1993 som ett stöd åt småskogsbruket att för bygga upp kunskap om naturvärden i skogen.⁴⁵ Efter inventering kommunicerades resultaten med markägaren, området registrerades hos Skogsstyrelsen och gjordes allmänt tillgängliga på myndighetens hemsida under fliken Skogens pärlor.⁴⁶ Nyckelbiotopsinventeringen pågick mer eller mindre intensivt i drygt tio års tid, men någon systematisk inventering av områden med mycket höga naturvärden

⁴⁴ I synen på anpassningsåtgärder i förhållande till tjäderpopulationer i Jämtland har myndigheterna haft något skilda uppfattningar, vilket framgick både i intervjuer av berörda tjänstemän och den artlista som utarbetats av Länsstyrelsen där.

⁴⁵ Som småskogsägare räknas markägare med mindre än 5 000 hektar produktiv skogsmark i en kommun. Till mellanskogsbruket räknas skogsägare med 5 000–20 000 hektar skog och omfattar kategori större enskilda skogsägare, allmänningar, aktiebolag, stiftelser, besparingsskogar och Svenska kyrkan. Till storskogsbruket räknas de fem största skogsbolagen Sveaskog, SCA Skog, Bergvik Skog AB, Holmen Skog och Statens fastighetsverk. Mellanskogsbruket och bolagen sköter inventering och skydd av nyckelbiotoper genom egna system och frivilliga naturvårdsavsättningar, se SOU 2020:73, sid. 855.

⁴⁶ <https://kartor.skogsstyrelsen.se/kartor>; Skogens pärlor.

har inte skett sedan 2006. Däremot har nyckelbiotoper och andra ”objekt med höga naturvärden” registrerats fortlöpande vid tillsyn och annan verksamhet hos Skogsstyrelsen. Idag finns 100 000 hektar registrerade nyckelbiotoper utanför kända naturvårdsavsättningar, vilket motsvarar ca 0,4 procent av den produktiva skogsmarken.⁴⁷ Nyckelbiotoperna har blivit kontroversiella under senare år efter att de båda certifieringssystemen FSC och PEFC anammat begreppet i sina regelverk för sådana områden som inte får avverkas av anslutna företag.⁴⁸ Genom att också de stora virkesuppköparna är anslutna till systemen har det därmed blivit svårt eller omöjligt att avyttra virke från sådana områden, även för de markägare som valt att stå utanför FSC eller PEFC. Särskilt det faktum att nyckelbiotoper identifieras i samband med avverkningsanmälningar är kontroversiellt, då det kan komma som en obehaglig överraskning för markägaren. En förbättrad metodik för inventering utvecklades under en försöksperiod 2018, men avslutades efter påtryckningar från småskogsbruket. Därefter beslutade Skogsstyrelsen att nyckelbiotoper inte längre ska registreras i samband med tillsyn efter utgången av 2020.⁴⁹ Skogsutredningen föreslår nu inte bara att nyckelbiotopsinventeringen ska avslutas, men också att alla delar som utgör en sammanvägning och klassificering av naturvärden ska utgå ur Skogsstyrelsens register. Bakgrunden är att utredningen efter en genomgång av författningar, förarbeten, regleringsbrev och uppdrag sedan början av 1990-talet inte har kunnat finna lagstöd för inventeringen. Man menar också att det sällan finns ett skäl för myndigheten att på förhand bygga upp kunskap eller att klassificera ett områdes sammanvägda naturvärden innan något ärende som berör dessa aktualiseras.⁵⁰ Utredningen föreslår därför att begreppen nyckelbiotop och objekt med naturvärde tillsammans med objektets namn ska gallras ur registret. Däremot bör de objektiva fynden som gjorts vid inventeringar kvarstå i register och kartsikt för att kunna användas av myndigheten.⁵¹ Dessutom bör Skogsstyrelsen få i uppdrag att utföra allmänna s.k. naturmiljöbeskrivningar, som dock inte ensamma ska kunna ligga till grund för tillsynsbeslut. Om Skogsstyrelsen vill uttala sig om ett områdes naturvärden måste det ske i ett överklagbart beslut.⁵² Utredningen bedömer slutligen att den kvarvarande informationen inte utgör information om ”skogsbiotoper med höga naturvärden” och därför inte omfattas av det s.k. Inspire-direktivet (2007/2).⁵³

B5.4.3 Ärendehandläggningen enligt SVL och MB

När det sedan gäller handläggningen vid Skogsstyrelsen föreslår Skogsutredningen att tiden för att bedöma en avverkningsanmälan bör minskas från dagens sex veckor till tre. Vid särskilda förhållanden ska tiden kunna förlängas till åtta veckor efter beslut av myndigheten. Ett kunskapskrav bör införas i SVL, motsvarande det som gäller enligt 2:2 MB. När en avverkningsanmälan görs, måste hänsynsredovisningen enligt 30 § SVL utgå från denna högre kunskapsnivå. Den ska

⁴⁷ SOU 2020:73, sid. 32.

⁴⁸ Forest Stewardship Council; <https://fsc.org/en> och Programme for the Endorsement of Forest Certification; <https://www.pefc.org/>

⁴⁹ PM från Skogsstyrelsens styrelsemöte 16/12-19, § 7: *Beslutsunderlag 2019-12-05 angående registrering av nyckelbiotoper vid inkommen avverkningsanmälan/ansökan.*

⁵⁰ SOU 2020:73, sid. 32, se även avsnitt 14 (bl.a. sid. 727).

⁵¹ SOU 2020:73, avsnitt 12; se bl.a. på sid. 739.

⁵² SOU 2020:73, sid. 851ff.

⁵³ SOU 2020:73, avsnitt 12.7.

emellertid inte vara bindande. Vidare föreslår utredningen att 6 § i samrådsförordningen (1998:904) om att den som gjort en avverkningsanmälan enligt SVL också anses ha gjort en anmälan om samråd enligt 12:6 MB upphävs. Skälet anges vara att bestämmelsen orsakat en ”*anmärkningsvärd otydlighet*” i förhållandet mellan de olika lagarna och ger alltför vittgående möjligheter för Skogsstyrelsen att tillämpa MB på avverkningsärenden. Den medför t.ex. att samtliga uppgifter i en avverkningsanmälan omfattas av straffstadgandet om försvårande av miljökontroll i 29:5 MB. Bestämmelsen fråntar också markägarna skyldigheten att på egen hand avgöra om åtgärden omfattas av samrådsplikt.⁵⁴ Även den obligatoriska samrådsskyldigheten enligt 12:6 som Skogsstyrelsen föreskrivit i 4 § i föreskrifterna SKSFS 2013:3 för skogsbruksåtgärder i områden med höga naturvärden ska upphävas eller åtminstone inte tillämpas.⁵⁵ Orsaken är enligt utredningen att föreskriften går utöver bemyndigandet i 7 § samrådsförordningen (1998:904) genom att samrådsskyldigheten täcker alla slags skogsbruksåtgärder och samtliga områden som har sådana kvaliteter, i praktiken nyckelbiotoper eller objekt med höga naturvärden. Det bör i fortsättningen vara markägaren eller verksamhetsutövaren som bedömer om samrådsskyldigheten enligt 12:6 MB föreligger. Om Skogsstyrelsen har en annan uppfattning bör myndigheten förelägga denne att inkomma med en samrådsanmälan. Samrådsskyldigheten bör emellertid inte vara straffsanktionerad. Därmed kommer MB att tillämpas i skogsbruket bara när det är befogat, vilket ökar tydligheten vid tillsyn. Enligt utredningen vore detta en ”*viktig rättssäkerhetsreform som stärker äganderätten*”.⁵⁶

B5.5 Diskussion

B5.5.1 Allmänt om de EU-rättsliga kraven genomförandet av artskyddet

En diskussion om artskydd i skogen måste utgå från de EU-rättsliga kraven om ett strikt skyddssystem.⁵⁷ En rimlig utgångspunkt är emellertid också att de areella näringarna arbetar under särskilda förhållanden. Det är fråga om pågående verksamheter som ofta ger förutsättningar för att arter ska fortleva, men som därtill utgör det största hotet mot flera av Europas djur- och växtarter. Det synsättet präglar också den vägledning som kommissionen gav ut i ämnet 2007. Här klargörs att det strikta artskyddet givetvis gäller i de areella näringarna, men att det vore oproportionerligt att införa krav på tillstånd eller samtycke i förhand.⁵⁸ Sedan pekar kommissionen på att medlemsstaterna använder sig av olika system för att skydda arterna i skogen, från skogsbruksplaner och tillståndsprövning till anmälningar och allmänna hänsynsregler. Man lyfter även fram skogsbrukscertifieringen som ett positivt exempel. De ”mjukare” styrmedlen ger dock inte någon garanti för ett effektivt genomförande av artskyddet utan måste stödjas av ett regelverk som säkerställer att den behöriga myndigheten ingriper vid överträdelser. I Naturvårdsverkets handbok från 2009 uttrycks det som

⁵⁴ SOU 2020:73, sid. 823.

⁵⁵ SOU 2020:73, sid. 727.

⁵⁶ SOU 2020:73, sid. 829.

⁵⁷ C-98/03 *Kom. v. Tyskland* (2006).

⁵⁸ *Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer*. Europeiska kommissionen 2007 (slutlig version, februari 2007), avsnitt 11.2.4; http://www.mkg.se/uploads/Bilaga1_Kommissionens_vagledning_artikel_12_habitatdirektivet.pdf

att det måste finnas tvingande krav med påföljder, särskilt som följsamheten med Skogsstyrelsens föreskrifter och råd är dålig. Det får bilda utgångspunkt för den fortsatta diskussionen.⁵⁹

Den första frågan blir då om vi har ett sådant tvingande system. Svaret blir jakande om man ser till förordet till Skogsstyrelsens *Skogsvårdslagstiftningen* (2020), där det på sidan 5 står att ”(l)ag, förordning och föreskrifter är bindande bestämmelser som reglerar enskildas och myndigheters handlande”. Det här är ett envist påstående som funnits i motsvarande föreskrifter åtminstone sedan 1993.⁶⁰ I normalspråklig mening är dock föreskrifterna inte bindande och jag har aldrig förstått varför man behöver hävda detta. Det är visserligen sant att det är straffsanktionerat att utföra en avverkning eller annan skogsbruksåtgärd utan att göra en anmälan enligt 14 § SVL eller 12:6 MB. Men naturvårdshänsynen under 30 § och de underliggande föreskrifterna är inte reglerade på det viset, då den som bryter emot dem inte kan drabbas av vare sig någon förvaltningsrättslig eller straffrättslig sanktion. Det är först när myndigheten meddelat ett föreläggande med stöd av 35 § som adressaten kan drabbas av sanktioner om hen bryter mot beslutet, antingen i form av ett utdömt vite eller ett straff (företagsbot).⁶¹ Det är alltså inte föreskrifterna i sig som gör systemet ”tvingande”, det är beslutet i det enskilda fallet. Det är också den slutsats som dras i de gemensamma riktlinjerna från Skogsstyrelsen och Naturvårdsverket om artskydd i skogen, där det förordas att beslut fattas.⁶²

Mot denna bakgrund är det förvånande att Skogsstyrelsen vägleder om såväl förbudstider som skyddszoner i samrådsprotokoll. Det förekommer visserligen undantagsvis i vår undersökning, men vi har som nämnts inte tittat på vägledningar under SVL eller ”rådgivningskvitton”. Ibland framgår det emellertid av samrådsprotokollen att ett beslut kommer att meddelas enligt 30 § SVL i ärendet. Det är också tydligt att myndigheten fattar beslut även i de fall som man är överens med markägaren om vad som behövs för att skydda arterna. Sammanfattningsvis menar jag därför att vi har ett regelverk som säkerställer det strikta artskyddet, även om ordningen mellan SVL och MB borde formaliseras och göras tydligare.

B5.5.2 Kunskapsförsörjningen i skogen

Såväl fågeldirektivet (2009/147) som art- och habitatdirektivet (92/43) bygger på att medlemsstaterna har koll på arterna och deras levnadsmiljöer. Ett sådant krav på kunskap om artpopulationerna är en förutsättning för att det strikta skyddet ska fungera.⁶³ Vår undersökning visar dock på att de regionala skillnaderna i artkännedomen hos Skogsstyrelsens distrikt är stora. Det här beror på olika faktorer som har att göra med både inflödet av observationer samt administrativa och geografiska faktorer hos myndigheterna, t.ex. möjligheterna till fältbesök. Allmänt sett genereras kunskap om arter och deras populationer hos myndigheten genom egna

⁵⁹ Se Forsberg, M: Landskapsplanering för naturvård och virkesproduktion – särskilt med koppling till ersättningsrätten. Nordisk Miljörättslig Tidskrift 2018:1, sid. 85f (vid fotnoterna 43–45).

⁶⁰ Även Skogsutredningen anger (sid. 766) att föreskrifterna om naturvårdshänsyn är ”bindande för markägaren”, men tillägger att överträdelse endast är sanktionerad om Skogsstyrelsen har meddelat ett föreläggande.

⁶¹ Om skadan är möjlig att återställa kan hen visserligen också åläggas att göra så enligt 30 § 2 st. SVL. Som framgår av 7:34 i föreskrifterna (SKSFS 2011:7) omfattar sådan återställning främst rensning av vattendrag och åtgärder vid allvarliga körskador, inte allmänna naturvärden i skogen eller artskydd.

⁶² *Gemensamma riktlinjer* (2016), sid. 43.

⁶³ Se t.ex. artikel 11 AHD, även artikel 12(4) med avseende på oavsiktligt dödande.

undersökningar, tips från allmänheten och lokala ornitologer eller andra naturkännare samt genom träffar i Artportalen. Givetvis bidrar även markägarna, men enligt våra intervjupersoner har de inte alltid vetskap om skyddsvärda arter på sina marker. När det gäller myndighetens egna översikter har budgeten för systematiska naturvårdsinventeringar ökat och minskat genom åren, men under senare tid har den i stort sett upphört. Däremot är den allmänna geografiska informationen så pass rikhaltig att en erfaren skogskonsulent ofta kan göra en bedömning av artförekomsten utifrån beskrivningen av trakten med hjälp av data om lutning, fuktiga miljöer, trädslagsblandning, luckighet, mm. Fältbesök är dock inte vanliga och görs mest i samband med samråd eller för att kontrollera uppgifterna i Artportalen. Göteborgs distrikt – som ju har förhållandevis många artskyddsärenden – uppgav till exempel att fältbesök görs i högst 5 procent av de fall som handläggs av en konsulent. Genomsnittet i samtliga distrikt är enligt uppgifter från Skogsstyrelsen 4 procent.⁶⁴ Det är också viktigt att förstå att Artportalen är mest riktad mot biologer och andra artintresserade och konstruerad utifrån den gruppens intressen. Därmed har portalen inte alla de funktioner som en skogskonsulent skulle önska sig vid ärendehantering. Man ser exempelvis inte skyddad mark, nyckelbiotoper, ägo gränser mm. Enligt uppgift kan mycket av denna information istället hämtas från Skogsstyrelsens egen databas i systemet för ärendehandläggning ("Navet"), men inte allt.⁶⁵ Till detta kommer att kvaliteten i observationerna i Artportalen kan variera, varför informationen alltid kontrolleras genom en kontakt med uppgiftslämnaren.

Situationen med kunskapsförsörjningen i skogen framstår mot denna bakgrund som problematisk ur ett artskyddsperspektiv. Till detta kommer nu förslag som kan leda till ytterligare försämringar, åtminstone på kort sikt. Registrering av nyckelbiotoper i samband med tillsyn upphörde vid årsskiftet. Skogsutredningen går nu ett – för att inte säga två – steg längre då man föreslår inte bara att nyckelbiotopsinventeringen ska avslutas, men också att begreppet ska gallras ur myndighetens register. Som nämnts ovan, menar utredningen att det saknas lagstöd för inventeringen. Resonemanget är luddigt och intrycket blir att man snarare velat nå ett visst resultat och låtit analysen bli därefter. I sitt sökande efter ett uttryckligt lagstöd för nyckelbiotopsinventeringen missar utredningen det självklara, nämligen att inventeringar är en given utgångspunkt för tillsynsansvaret för alla myndigheter som ansvarar för naturvård.⁶⁶ Att sedan denna inventering gått från att ha varit allmänt accepterad av aktörerna i skogen och betraktas som en service mot småskogsbruket till att bli kontroversiell de senaste åren beror istället på de radikalt försämrade möjligheterna att avyttra virke från nyckelbiotoper på marknaden. Definitionen av nyckelbiotop har vidare betydelse för artskyddet, även om det är indirekt. Skogsstyrelsens beskrivning av begreppet är ju att en *"nyckelbiotop är ett skogsområde*

⁶⁴ Se Skogsutredningen (SOU 2020:73, sid. 870).

⁶⁵ Ett varmt tack till Jonas Sandström vid ArtDatabanken för denna information. Han berättade också att länsstyrelsen bör ha god översikt genom portalen Artsök; <https://www.artkoll.se/artsok/>

⁶⁶ Utredningens resonemang påminner på så sätt om inställningen hos vissa tillsynsmyndigheter om att de inte kunde anmäla till åtal före 1982 då det infördes en uttrycklig sådan regel i 38 § miljöskyddslagen (1969:387). Justitieombudsmannen har emellertid vid upprepade tillfällen betonat att en sådan skyldighet ingår i tillsynsbegreppet och att de ansvariga myndigheterna är skyldiga att anmäla misstankar om brott mot de författningar de har tillsyn över, oavsett om det finns uttryckliga bestämmelser om det eller inte (se t.ex. JO 1988/89 s. 382). Det torde f.ö. finnas en mängd uppgifter hos olika tillsynsmyndigheternas över skyddsvärda miljöer, belastade områden och liknande för vilka lagstöd för insamling och dokumentation saknas på det sätt som Skogsutredningen efterlyser.

som från en samlad bedömning av biotopens struktur, artinnehåll, historik och fysiska miljö idag har mycket stor betydelse för skogens flora och fauna”, med tillägget att där ”finns eller kan förväntas finnas rödlistade arter”. Om alltså registret över nyckelbiotoper som byggts sedan 1993 skulle gallras, kan stora mängder uppgifter försvinna som har betydelse för artskyddet. Nu verkar det inte riktigt vara det som utredningen är ute efter, bara att själva begreppen ”nyckelbiotop” och ”objekt med höga naturvärden” ska utmönstras. De objektiva uppgifterna ska emellertid finnas kvar i register och kartsikt, samtidigt som inventeringarna ska upprätthållas genom s.k. ”naturmiljöbeskrivningar”. Dessa uppgifter får emellertid inte omfatta någon ”bedömning” av ett områdes naturvärden och de utgör heller inte information om ”skogsbiotoper med höga naturvärden”. Det är svårt att förstå hur en sådan åtskillnad kan göras t.ex. med avseende på en spelplats för tjäder eller andra fortplantningsområden och viloplats för skyddsvärda arter. Skogsutredningen har emellertid inte utvecklat resonemanget i dessa delar och förslagen i dessa delar framstår därför som motsägande och oklara. Samtidigt föreslår man att Skogsstyrelsens möjligheter att uttala sig om ett områdes naturvärden ska stramas åt. Frågan uppstår då om hur Skogsstyrelsen ska kunna upprätthålla sin roll som naturvårdsmyndighet i skogen om man måste vara tyst om sina kunskaper om naturvärden i skogen. Den reella konflikten mellan denna roll och det faktum att sådan kunskap kan ha marknadspåverkan kunde ha behandlats betydligt djupare av utredningen.

B5.5.3 Avverkningsanmälningar och samråd

Beskrivningen av Skogsstyrelsens ärendehantering i denna artikel delas inte av Skogsutredningen. Diskrepansen gäller två frågor, dels förhållandet mellan SVL och samråd under 12:6 MB, dels föreskriften om obligatoriskt samråd vid skogsbruksåtgärder i områden med höga naturvärden.

Till att börja med anser Skogsutredningen att 6 § samrådsförordningen (1998:904) medför att alla avverkningsanmälningar inleder ett ärende under 12:6 MB.⁶⁷ Varför det skulle vara så förklaras dock inte, vilket borde ha skett då det är en helt ny förståelse av reglerna. Som samrådsbestämmelsen har uppfattats hittills kan en samrådspliktig åtgärd komma till myndighetens kännedom på olika sätt; genom en anmälan från en verksamhetsutövare, uppgifter från andra berörda, myndighetens egen verksamhet eller från en annan myndighet. I samtliga fall är det tillsynsmyndigheten som avgör om åtgärden kan medföra en väsentlig ändring av naturmiljön och att det därför ska ske ett samråd under 12:6 MB. Det är alltså myndigheten som bestämmer om och när ärendet ska handläggas enligt 12:6 MB, vilket måste kommuniceras med verksamhetsutövaren. Denna ordning framgår också av de riktlinjer som Naturvårdsverket och Skogsstyrelsen har meddelat om samrådet i skogsbruket, vilken styr handläggningen ute i distrikten.⁶⁸ Jag känner inte heller till något exempel ur rättspraxis där förhållandet mellan sektorslagstiftning och samrådsbestämmelsen uppfattats på annat sätt. Vidare finns det knappast någon otydlighet med denna ordning som går ut på att myndigheten alltid handlägger avverkningsärendena enligt SVL fram till dess man fattar beslut om samråd

⁶⁷ SOU 2020:73, avsnitt 12, 13 och 14, se bl.a. på sid. 703, 792 och 818.

⁶⁸ Se särskilt den juridiska analysen för samspelet mellan SVL och MB finns i bilaga 1 till *Gemensamma riktlinjer för handläggning av artskyddsärenden i skogsbruket* (2016).

enligt 12:6 MB och kommunicerar detta med markägaren. De tveksamheter som finns gäller istället att myndigheten *därefter* kan välja att meddela råd eller fatta beslut under endera lagstiftningen, men det är en annan fråga som jag kommenterar nedan.

Jag menar vidare att Skogsutredningens resonemang om att alla avverkningsanmälningar inleder ett ärende enligt 12:6 MB leder till flera märkliga konsekvenser – bland annat om bevisbörd och straffansvar – som borde ha fungerat som varningsflaggor om att man var på fel spår. Så anser utredningen exempelvis att konstruktionen medför att oriktiga uppgifter i en avverkningsanmälan kan medföra ”en oavsiktlig straffsanktion enligt miljöbalken för en åtgärd som vidtas i annan lag”.⁶⁹ Det är visserligen sant på ett allmänt plan att det är straffbelagt enligt 29:5 MB att uppge felaktiga uppgifter i anmälan om samråd, även om det är svårt att se hur den bestämmelsen skulle kunna användas. Straffbestämmelsen har mig veterligen heller aldrig tillämpats på felaktig information i en samrådsanmälan. Vidare bygger Skogsutredningen resonemang på att den här konstruktionen medför att felaktiga uppgifter i en avverkningsanmälan enligt 14 § SVL skulle bli straffsanktionerade, nämligen om Skogsstyrelsen *i efterhand* skulle ta upp en sådan anmälan till samråd enligt 12:6 MB. En sådan förståelse av reglerna framstår dock som konstruerad och i all avsaknad av förankring i straffrättsliga grundprinciper.

Som redan nämnts, anser Skogsutredningen också att 4 § i Skogsstyrelsens föreskrifter (SKSFS 2013:3) går utöver bemyndigandet i 7 § samrådsförordningen (1998:904) då den anger att samråd alltid ska genomföras vid skogsbruksåtgärder som utförs i områden med höga naturvärden. Det bakomliggande resonemanget är inte klagörande. Det är ju fråga om en serviceåtgärd mot verksamhetsutövarna för att förtydliga och förenkla bedömningen av samrådsplikten. Syftet med föreskriften i 4 § är att närmare ange när en skyldighet enligt lag och förordning inträder, vilket samrådsplikten typiskt sett gör när åtgärderna ska utföras i närheten av en känslig miljö, t.ex. ett skyddsvärt vatten eller en naturmiljö. När det gäller nyckelbiotoper är det ju dessutom fråga om inventerade områden vars lokalisering och naturvärden redan är kommunicerade med markägaren. Utredningen verkar fästa särskilt vikt vid att det just är dessa som pekas ut, vilket får marknadseffekter. Varför har man annars inte resonerat på motsvarande sätt när det gäller vägdragningar över ”värdefulla våtmarker” i 10 § i föreskrifterna (SKSFS 2013:3), ett begrepp som också måste förstås utifrån förhållandena på marken. Sedan vidgår utredningen ändå att skogsbruksåtgärder i dessa naturvärda områden typiskt sett är sådana att de utlöser samrådsskyldigheten.⁷⁰ Man missar också att skrivningen om ”särskilda slag av verksamheter” i bemyndigandet i 7 § samrådsförordningen (1998:904) gäller länsstyrelsen. För Skogsstyrelsen gäller täcker bemyndigandet istället ”skogsbruksåtgärder”, vilka alltså utgör sådana ”särskilda åtgärder” som anges i bemyndigandet i 12:6 2 st. MB. Utredningen skriver visserligen i en fotnot att bestämmelsen ”bör tolkas” som att Skogsstyrelsen måste lista vilka slags skogsbruksåtgärder som omfattas av den obligatoriska samrådsskyldigheten, men inte varför den tolkningen är rimligare än bemyndigandet täcker alla slags skogsbruksåtgärder i särskilt utpekade

⁶⁹ SOU 2020:73, sid. 787f.

⁷⁰ SOU 2020:73, sid. 707.

naturvärda områden.⁷¹ Om det ändå skulle anses lämpligare att lista vilka åtgärder som ska täckas av den obligatoriska samrådsskyldigheten kan man ändra i 4 § i föreskrifterna och ange de vanligaste skogsbruksåtgärderna som inte omfattas av avverkningsanmälningarna, till exempel gallring, röjning, anläggande av skogsbilvägar, stubbskörd, askåterföring, dikesrensningar, mm. Då flera av dessa åtgärder redan är föremål för obligatorisk samrådsskyldighet enligt andra paragrafer i föreskrifterna kan det bli fråga om en konstig dubbelreglering. Däremot finns inte någon annan bestämmelse som täcker skyddet av arter och deras levnadsmiljöer, vilket gör att ett upphävande av 4 § leder till en försvagning av EU-rättens genomförande. En annan konsekvens av Skogsutredningens synsätt kan bli att det uppstår ytterligare förvirring om tillsynsansvaret i skogen. Till det kommer att en ordning där Skogsstyrelsen måste förelägga en verksamhetsutövare om att anmäla till samråd medför flera rättsprocesser med allt vad det innebär i tidsutdräkt och bristande effektivitet. En sådan utveckling skulle gå på tvärs mot lagstiftningens inriktning under de senaste 20 åren.

B5.5.4 Överklagande av vägledningar och beslut

Skogsstyrelsen kan alltså idag välja mellan att handlägga ett avverkningsärende som rör en artskyddsfråga enligt SVL eller lyfta det till samråd enligt MB. I båda fallen gäller givetvis förvaltningslagen men det skiljer något i handläggningen. När det gäller samråden sker kommunikation i stort sett alltid med markägaren eller någon annan på hans sida och fältbesök är vanligare. Materiellt är det också skillnad då ju toleranströskeln styr vad som kan komma ut av ärendet under SVL. I båda fallen kan ärendena sluta i antingen en vägledning av något slag eller ett formellt beslut. Om det förra blir resultatet – dvs. att Skogsstyrelsen meddelar en vägledning eller ett protokoll eller liknande – spelar det stor roll till vilken lagstiftning man hänvisar. Förklaringen ligger i att det har uppstått en dikotomi när det gäller överklagbarheten av sådana ställningstaganden under resp. lagstiftning genom att rättspraxis utvecklats i helt olika riktningar.

I förvaltningsdomstolarna – dit alltså beslut enligt SVL överklagas – är numera HFD 2020 ref. 12 vägledande. Målet gällde en avverkningsanmälan enligt 14 § SVL där Skogsstyrelsen meddelade en vägledning om skyddszoner och förröjning m.m. Föreningen Skydda skogen överklagade vägledningen och menade att myndighetens ställningstagande stred mot artskyddsreglerna samt att den var överklagbar enligt artikel 9.3 i Århuskonventionen och EU-rätten. Förvaltningsrätten i Göteborg avvisade överklagandet med hänvisning till att det inte var fråga om ett överklagbart beslut, vilket Kammarrätten i Göteborg ändrade och återförvisade målet för

⁷¹ Skogsutredningen säger att Skogsstyrelsens rättsenhet stödjer slutsatsen att samrådsbestämmelsen i 4 § i föreskrifterna (2013:3) går utöver regeringens bemyndigande (SOU 2020:73, sid. 707, fotnot 5). Någon rättsutredning om detta kunde dock inte presenteras av Skogsstyrelsen efter förfrågan i början av november. Tre dagar efter att utredningen lämnats till regeringen meddelades emellertid på Skogsstyrelsens hemsida att "Observera att föreskriften är under revidering. Skogsstyrelsen saknar mandat att utfärda bestämmelsen i 4 § SKSFS 2013:3. Därför får 4 § och tillhörande allmänt råd för närvarande inte tillämpas" (<https://www.skogsstyrelsen.se/lag-och-tillsyn/forfattningar/>; 2020-12-03 under föreskrift 2013:3). När frågan kom upp på styrelsemötet den 14 december presenterades ingen analys av rättsläget, varför frågan återremitterades till rättsenheten för fortsatt utredning. Vad som avses med att bestämmelsen "inte får tillämpas" framstår som oklart. Om en markägare anmäler en skogsbruksåtgärd i ett område med höga naturvärden enligt bestämmelsen är Skogsstyrelsen givetvis skyldig att bedöma om åtgärden är samrådspfiktig, något annat vore tjänstefel. Rättsbildningen är onekligen intressant, då utredningen och myndigheten tolkar en bestämmelse med hänvisning till varandra utan att någon av dem har presenterat en juridisk analys av frågan.

prövning av om föreningen hade klagorätt. Skogsstyrelsen överklagade beslutet till Högsta förvaltningsdomstolen, vars avgörande kom i mars 2020. Inledningsvis menade HFD att Århuskonventionen inte var tillämplig, då administrativa underlåtenheter enbart kan överklagas när det finns en skyldighet att agera på visst sätt enligt den nationella rätten eller EU-rätten. Någon sådan plikt att vidta en viss åtgärd finns i denna situation vare sig i skogsvårdslagstiftningen eller i dess föreskrifter, varför frågan om överklagbarhet ska bedömas enligt nationell rätt. Därefter gick domstolen in på frågan om vägledningen skulle betraktas som ett förvaltningsbeslut och – i så fall – om det var överklagbart. Här uttalade man att vägledningen i sig inte hade medfört någon rätt för markägaren att avverka då den bara uttryckte myndighetens bedömning om vilka skyddsåtgärder som lämpligen borde vidtas. Rubriceringen kunde dock inte vara avgörande för om vägledningen skulle anses vara ett förvaltningsbeslut, vilket istället ska bedömas utifrån uttalandets syfte och innehåll. Det faktum att vägledningen hade tillkommit inom ramen för myndighetens tillsyn och som en följd av ett författningsreglerat anmälningskrav gjorde att den var så pass handlingsdirigerande att den skulle betraktas som ett förvaltningsbeslut. Detta ställningstagande ska enligt HFD emellertid inte förväxlas med frågan om överklagbarhet, som istället måste avgöras utifrån vägledningens påvisbara effekt för dem som berörs. Då vägledningen bara gav uttryck för myndighetens uppfattning och markägaren därmed var oförhindrad att tillgodose naturvårdsintressena på andra sätt var det inte fråga om ett överklagbart beslut. Med denna motivering avvisades alltså föreningens överklagande.⁷²

B5.5.5 Rättspraxis i mark- och miljödomstolarna om möjligheten att överklaga ”nollbeslut”

Avgörandet väckte uppmärksamhet då det går på tvärs emot rättsutvecklingen inom miljörätten i övrigt. MÖD klagade redan genom MÖD 2012:47 och MÖD 2012:48 att miljöorganisationer kan överklaga tillsynsbeslut trots att denna beslutskategori inte nämns i 16 kap. 13 § MB.⁷³ Situationerna var liknande i de två målen; en tillsynsmyndighet hade godkänt en anmäld åtgärd och uttalat att den inte krävde dispens enligt artskyddsreglerna resp. tillstånd enligt Natura 2000-reglerna. När miljöorganisationerna överklagade blev de avvisade i underrätterna med hänvisning till tidigare rättspraxis. MÖD uttalade däremot att den nationella domstolen har ett eget ansvar för att de unionsrättsliga förpliktelseerna kan uppfyllas inom ramen för vad som är möjligt, vilket fick bilda utgångspunkten för tolkningen av 16:13 MB. Här pekade domstolen särskilt på C-240/09 *Den slovakiska brunbjörnen* (2011). Därefter uttalade MÖD att tillsynsbesluten – dvs. att inte ingripa – tveklöst är sådana som omfattas av artikel 9.3. Sådana beslut har också en nära koppling till dispens från AF och tillstånd enligt Natura 2000-reglerna, vilka båda är skyddssystem som omfattas av EU-rätten. Därmed finns inte bara en förpliktelse från Århuskonventionen, utan även en materiell EU-rättslig skyldighet som den natio-

⁷² HFD 2020 ref. 12 har fått ett omedelbart genomslag bland förvaltningsdomstolarna; se Kammarrätten i Göteborgs dom 2020-10-19; 5705-20 NSF/Nora ./ Skogsstyrelsen där domstolen undanröjde ett beslut av förvaltningsrätten att inhiibera Skogsstyrelsens ställningstagande om att inte vidta ytterligare åtgärder i ett ärende där Naturskyddsföreningen hävdade att avverkningen skulle skada ett område med skyddade arter (bl.a. knärot), se även Kammarrätten i Sundsvalls beslut 2020-10-13; 2222-20 NSF/Jämtland-Härjedalen ./ Skogsstyrelsen om Stor-Mullberget i Härjedalen. I det senare fallet meddelade HFD inte prövningstillstånd (HFD 2020-11-20; 6177-20).

⁷³ Se även MÖD 2014-03-18; M 11609-13.

nella domstolen ska säkerställa. Mot den bakgrunden fann MÖD att 16:13 MB ska tolkas i överensstämmelse med dessa förpliktelser och att besluten bör ses som ett ”beslut om dispens” resp. ”beslut om tillstånd”, vilka är kategorier som uttryckligen omfattas av klagorätten för miljöorganisationer. Detta ställningstagande upprepade sedan domstolen i MÖD 2014:30 – som rörde vattenverksamhet och art- och habitatdirektivet – och uttalade att även s.k. nollbeslut, dvs. när tillsynsmyndigheten uttalar att man inte har för avsikt att ingripa, är överklagbara enligt Århuskonventionen och EU-rätten.

Det första avgörandet från MÖD som gällde skogliga verksamheter kom 2017.⁷⁴ I målet ansåg en miljöförening att en avverkning stred mot SVL och AF, varför den borde ha anmälts för samråd till länsstyrelsen. Länsstyrelsen och Skogsstyrelsen var emellertid överens om att det saknades anledning att tro att det hade begåtts något artskyddsbrott, varför ärendet avslutades utan åtgärd. Mark- och miljödomstolen menade att ett beslut att inte åtalsanmäla en åtgärd saknar rättsverkan och därför inte går att överklaga. Mot detta konstaterade MÖD bara att länsstyrelsens beslut att inte vidta några åtgärder är ett överklagbart beslut, varför målet återförvisades för bedömning i sak.

Mot bakgrund av den här stabila rättspraxisen uppstod frågan om MÖD skulle ändra kurs när HFD 2020 ref. 12 meddelades i början av förra året. Svaret kom bara ett halvår senare i ett mål mellan Naturskyddsföreningen Sörmland och Skogsstyrelsen.⁷⁵ Upprinnelsen var densamma som i HFD 2020 ref. 12, dvs. en avverkningsanmälan enligt 14 § SVL. I det här fallet hade Skogsstyrelsen tagit upp ärendet till samråd enligt 12:6 MB och skrivit ett samrådsprotokoll över vad som överenskommits. Miljöorganisationen överklagade protokollet och menade att skogsbruksåtgärderna skulle utföras nära tre nyckelbiotoper med höga naturvärden – bl.a. den nationellt skyddade knäroten – varför det skulle uppkomma en risk för skada. Mark- och miljödomstolen menade att föreningen hade klagorätt och återförvisade ärendet till Skogsstyrelsen för ny handläggning. Domstolen förordnade dessutom att skogsbruksåtgärderna inte fick utföras under tiden (inhibition). Skogsstyrelsen överklagade med hänvisning till bl.a. HFD 2020 ref. 12 och menade att man inte varit förpliktad att fatta ett beslut och att protokollet därför inte var överklagbart. Naturskyddsföreningen å sin sida pekade på att ärendet inte hade behandlats som förvaltningsärende med information, kommunikation och besluts-motivering.

MÖD började med att hänvisa till sin egen praxis att även nollbeslut utgör överklagbara tillsynsbeslut. Därefter redogjorde domstolen för resonemanget i HFD 2020 ref. 12. Sedan konstaterade MÖD att ärendet rörde ett samråd under MB och att Skogsstyrelsen har möjlighet att ställa krav genom förelägganden för att ta tillvara artskyddet. Eftersom AF utgör en precisering av hänsynsreglerna i 2 kap. MB, måste alltså myndigheten ta ställning till om avverkningen kan medföra skada på den skyddade miljön och därmed utlösa dispensplikten. Under vissa förutsättningar är alltså Skogsstyrelsen skyldig att förelägga om åtgärder, varefter domstolen konstaterar att myndighetens underlåtenhet i detta avseende täcks av artikel 9.3 i Århuskonventionen. Vid en konventionskonform tolkning av 16 kap. 13 § MB ansågs därför föreningen ha rätt att överklaga Skogsstyrelsens beslut.

⁷⁴ MÖD 2017-10-11 i mål nr M 7306-17.

⁷⁵ MÖD 2020-10-28; M 13871-19 NSF/Sörmland ./ SKS.

Att referera en dom och därefter besluta tvärsenemot är väl det närmaste man kommer till att en domstol kritiserar en annan i Sverige. MÖD är emellertid väl insatta i Århuskonventionens genomförande i EU och Sverige och har starka skäl för sin inställning. Till det kommer att HFD helt kopplar ur möjligheterna att ifrågasätta myndigheternas icke-beslut i skogen, vilket jag utvecklar nedan.

B5.5.6 Administrativ passivitet och EU-rätten

Inledningsvis ställer jag mig frågande till hur HFD kunde behandla frågan om implementeringen av Århus och de EU-rättsliga reglerna om artskydd som en intern nationell fråga. Man kan också begära att HFD tittar på den rättspraxis som utvecklats på miljöområdet av de högsta instanserna inom den andra domstolslinjen, dvs. MÖD och Högsta domstolen. Här har som nämnts ovan utvecklingen gått entydigt i riktning mot allt större möjligheter för den berörda allmänheten att utmana miljöbeslut i domstol. Som framgått har dessa domstolar heller inte tvekat om att även icke-beslut måste kunna överklagas, annars kan ju hela systemet för tillgången till rättslig prövning undermineras genom en nationell ordning där formella beslut aldrig fattas. Och det är här som HFD går fel. Om domstolen istället hade formulerat en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen – eftersom ärendet rörde EU-rättsligt skyddade arter – tror jag att svaret blivit uppenbart.⁷⁶ En sådan fråga hade kunnat formuleras enligt följande:

I Sverige har vi en ordning där myndigheternas ställningstagande till om det kan uppstå en skada eller störning enligt artikel 5 i fågeldirektivet (2009/147) eller artikel 12 i art- och habitatdirektivet (92/43) sker genom administrativa beslut som inte är överklagbara av den berörda allmänheten. Är en sådan ordning förenlig med doktrinen om bestämmelsernas direkta verkan, direktivens ändamålsenliga effekt och rättsskyddsprincipen enligt artikel 47 i EU-stadgan och artikel 19 i funktionsfördraget (FEUF)?

Nu var det kanske inte så förvånande att HFD lät bli att begära förhandsavgörande av EU-domstolen i ett mål som detta, då så sker främst i klassiska mål om den fria rörligheten inom Unionen.⁷⁷ Men det är fortfarande märkligt mot bakgrund av domstolens starka ställningstagande för rättsskyddsprincipen i andra miljömål – här tänker jag främst på HFD 2015 ref. 79 om överklagandeförbudet i jaktförordningen (1987:905)⁷⁸ – att man inte behandlade frågan om Århuskonventionens och EU-rättens genomförande djupare än att bara hänvisa till vad den nationella rätten föreskriver. Det är som att domstolen hade glömt att det finns flera parter än bara två i miljömålen och att myndigheternas ställningstaganden har betydelse för miljön i stort. Det är också svårt att förstå behovet att definiera en rådgivande

⁷⁶ Som framgår av C-240/09 *Den slovakiska brunbjörnen* (2011) omfattar EU-domstolens kompetens att svara på frågor om Århuskonventionens genomförande i medlemsstaterna, men jag utelämnar den frågan här.

⁷⁷ Högsta förvaltningsdomstolen – som har ett antal viktiga kategorier av miljömål om infrastruktur, gruvor, regeringsbeslut om Natura 2000 och tillstånd till stora anläggningar m.m. – har aldrig har begärt förhandsavgörande i ett sådant. Istället har domstolen fokuserat på följande rättsområden i de 19 mål sedan 1999 där man ställt frågor till EU-domstolen: Mervärdesskatt/skatte rätt: 8 (C-540/09, C-91/12, C-686/13, C-264/14, C-647/17, C-787/18, C-812/19, C-248/20), etableringsfrihet: 6 (C-200/98, C-388/17, C-607/17, C-608/17, C-484/19C-461/20), social trygghet: 2 (C-257/10, C-189/16), fri rörlighet för kapital/arbetstagare/varor: 3 (C-15/01, C-632/13, C-252/14).

⁷⁸ Se Darpö, J: *Klaga inte på vargen...! Om överklagandeförbudet i jaktförordningen och EU-rätten – Rättsfalls-kommentar till HFD 2015 ref. 79*. Europarättslig tidskrift (ERT) 2017 s. 111.

dokumentation av en myndighet som ett förvaltningsbeslut, samtidigt som det inte är överklagbart. Hur det än är med den saken medför den rättsliga konstruktionen problem i skogen.

B5.6 Vägen framåt

B5.6.1 Ett svagare artskydd i skogen?

Mycket av det som skett under senare tid inger farhågor om Sveriges förmåga att möta kraven på ett effektivt genomförande av artskyddet i skogen, något som också inverkar på möjligheterna att upprätthålla ett hållbart skogsbruk. Till att börja med ser vi en allt tydligare uppdelning av artskyddet i ett inhemskt och ett EU-rättsligt. Anpassningar av skogsbruket i förhållande till de nationella fridlysningsbestämmelserna behöver bara göras så länge som åtgärderna inte överskrider den toleranströskel som beräknas utifrån den berörda delen. Mot detta står att det EU-rättsliga artskyddet ska upprätthållas även om det kan utlösa rätt till ersättning. Frågan är om den här situationen är hållbar i längden, då vi har fått ett system där artskyddet tillämpas olika beroende på om arten är EU-rättsligt skyddad eller enbart nationellt fridlyst. Om denna dubbelhet spiller över till samtliga delar av AF kan vi få närmast absurda skillnader i skyddet i samma ärende, t.ex. när det gäller en skogsbruksåtgärds påverkan på en orkidé respektive en fladdermus. Det tror jag inte är en ordning som någon av de inblandade är betjänta av.

Till det kommer en konsekvens av HFD 2020 ref. 12 som knappast var väntad. När nu Högsta förvaltningsdomstolen slagit fast att en vägledning under SVL ska betraktas som ett förvaltningsbeslut kommer handläggningen av dessa ärenden att omfattas av förvaltningslagens samtliga regler. Ärendena blir därmed betydligt mer tungrodda med krav på kommunikation, förslag till beslut, osv. Genom denna formalisering av rådgivning i det enskilda fallet – som skedde med hänvisning till förutsebarhet och rättssäkerhet – kommer beslutsfiguren att försvinna ur den skogliga rättstillämpningen. Tanken har nämligen varit att relativt enkelt kommunicera myndighetens uppfattning kring en anmäld avverkning utan att formellt meddela ett beslut, dvs. att använda sig av ett mjukt styrmedel i förhållande till markägaren. När den möjligheten stängdes av Högsta förvaltningsdomstolen gick det följaktligen ut en intern skrivelse inom Skogsstyrelsen om att upphöra med vägledningar under SVL.⁷⁹ Om vi utgår från dagens fördelning mellan antalet vägledningar (ca 2 000) resp. beslut (ca 400), kommer rimligen de senare att öka, men knappast i en sådan omfattning att det motsvarar antalet vägledningar. En uppskattning som har gjorts i ett distrikt i Skogsstyrelsen pekar på att beslut kommer att meddelas i kanske 1 procent av fallen, vilket översatt till riksnivå blir ca 650 per år. Den siffran kan alltså jämföras med dagens 2 400 dokumentationer. Därmed kan man gott säga att det blir tystare i skogen, åtminstone från Skogsstyrelsens sida. En sådan utveckling blir än tydligare om samma synsätt tillämpas på samrådsprotokollen och de bedömningar som görs i förhållande till Natura 2000-intressen, men hur det blir med den saken återstår att se.

⁷⁹ Intern skrivelse från tillsynsenheten vid Skogsstyrelsen till distrikten 2020-08-04 (utan diarienummer).

Det bör vidare observeras att HFDs resonemang gäller alla slags förvaltningsbeslut oavsett rubricering. Det betyder att även om Skogsstyrelsen går över till att fatta flera vägledande beslut under SVL, återstår frågan om överklagbarheten. Den ska alltså avgöras utifrån hur ingripande beslutet är, vilket i sin tur enligt HFD ska ses ur markägarens synvinkel. Om hen är fri att nå samma resultat – som kan ha ingripande påverkan på naturmiljön och arterna – kan varken markägaren eller de motstående intressena överklaga myndighetens ställningstagande. I konsekvens med detta synsätt kan andra intressen än naturvården förlora sina möjligheter att överklaga, däribland samerna och rennäringen.⁸⁰ Då Skogsstyrelsen dessutom vidhåller sin rätt att slippa synpunkter på sin rådgivning – myndigheten överklagade underrätternas beslut i såväl *Skydda skogen* som *NSF/Sörmland* – kan vi nog förvänta oss propåer från den centrala nivån till distrikten om att hålla inne med beslut under 12:6 MB. Det kan också bli så att det från skogsbrukets organisationer kommer krav på att samtliga skogliga beslut ska fattas under SVL eftersom man anser att överklaganden till domstol utgör ett ingrepp i äganderätten.⁸¹

Den här utvecklingen förstärks av Skogsutredningens förslag. Förutom att registret över nyckelbiotoper ska gallras, verkar utredningen mena att Skogsstyrelsen inte bör upplysa om naturvärden i sina dokumentationer i ett ärende, om myndigheten inte beslutar att ingripa. Den bakomliggande tanken ser ut att vara att det är informationen om naturvärdena i trakten – oavsett om de kallas nyckelbiotop, område av stor betydelse för flora och fauna eller något annat – som utlöser de effekter som utredningen vill undvika, nämligen att icke certifierade skogsägare får svårt att avyttra virke från dessa områden. Lägg därtill att obligatorisk samrådsplikt inte ska gälla för skogsbruksåtgärder i dessa områden och sanktionsmöjligheterna för den markägare som anmäler till samråd tas bort. De sammantagna effekterna av en reform i den här riktningen kan bli en kraftig försvagning av artskyddet i skogen.

B5.6.2 En rättssäker ordning för både skogsbrukare och arter

Jag har i texten argumenterat för att den rättsliga grunden för ett effektivt genomförande av det EU-rättsliga artskyddet i skogen redan finns på plats. Som nämnts, finns emellertid också utrymme för förbättringar och förtydliganden. Systemet bygger på att när Skogsstyrelsen får kännedom om en skogsbruksåtgärd som kan medföra en påverkan av betydelse på en art eller dess livsmiljö så lyfter man frågan till samråd med skogsägaren och andra berörda enligt 12:6 MB. Hur myndigheten får denna kännedom spelar mindre roll; det kan vara en avverkningsanmälan, en anmälan om samråd eller en bidragsansökan från en skogsägare, inspel från andra myndigheter eller allmänheten eller genom myndighetens egen verksamhet. Systemet utgår från att kunskap om arterna och populationerna är väl utredda,

⁸⁰ Detta skulle emellertid strida mot EKMR och här verkar underrätternas försvar av klagorätten vara tydligare, se t.ex. Förvaltningsrätten i Luleå 2020-10-21; 1326-20 om avverkningar av Sveaskog på marker som hör till Luakta Mavas Sameby där Skogsstyrelsen beslutat att inte föreskriva hänsyn till rennäringen.

⁸¹ Se t.ex. Kungliga Skogs- och Lantbruksakademins (KSLA) tidskrift nr 5/2020 *Äganderätten och de gröna näringarna*, där man på sid. 60 skriver: "Från äganderättssynpunkt medför den utvidgade klagorätten för utomstående en reducerad beslutsförhet för ägaren över sin egendom och sitt brukande. För markägare och andra företag inom de areella näringarna medför den snabba rättsbildning som sker i domstolarna en osäkerhet gällande även normala driftsåtgärder."

vilket bl.a. förutsätter allmänna inventeringar av hög kvalitet. När väl ett ärende tagits upp till samråd av Skogsstyrelsen kan ytterligare information begäras av verksamhetsutövaren eller inhämtas genom remisser till andra myndigheter och organ. I mera komplicerade fall kan verksamhetsutövaren åläggas att upprätta en miljökonsekvensbeskrivning (8 § samrådsförordningen (1998:904)). Men för att leva upp till kraven på förutsebarhet och rättssäkerhet måste samrådsprocessen regleras tydligare med regler om kommunikation med markägare, hörande med andra myndigheter och den berörda allmänheten – inklusive de miljöorganisationer som anmält intresse – och beslut som tillkännages till en vid krets, t.ex. genom att läggas ut på Skogsstyrelsens hemsida.

Förhållandet mellan SVL och MB borde alltså klargöras och formaliseras. Processuellt präglas fortfarande SVL av synsättet att beslutsfattandet i skogen enbart är en fråga mellan myndigheterna och verksamhetsutövaren, vilket kan medföra märkliga konsekvenser. Exempel på detta är att miljöorganisationer inte får besked om beslut i ärenden där de anmält intresse, eller att de får betala avgift för att få del av dokumentationer. Sådana anomalier bör vara enkla att åtgärda. Nyckeln till att kunna hantera artskyddet tror jag emellertid ligger i att sälla bland de 65 000 avverkningsanmälningarna som görs årligen för att behandla dem som är intressanta i samråd under 12:6 MB. Även om det kan finnas skäl att rättsligt utmana beslut och andra ställningstaganden under SVL, bör förbättringsarbetet fokuseras på MB. Därför måste förslag till förenklingar i ärendehantering under SVL vägas upp med en effektivare ”lyftningsventil” för samråd under balken. Detta kan ske genom en utveckling av Skogsstyrelsens system med automatgranskning mot olika kartskikt, vilka dock måste innehålla tillräckligt med information. Då en sådan ordning enbart fungerar för avverkningsanmälningar enligt SVL måste den också kompletteras med en vitt formulerad samrådsskyldighet i naturvärda miljöer för andra slags skogsbruksåtgärder. Givetvis är det rättssäkrare för markägaren och andra berörda om myndigheten i förväg anger vilka områden och intressen som utlöser samrådsplikt. Det underlättar också för planmässig avverkning av områden med höga naturvärden och artförekomster för att säkerställa att den kontinuerliga ekologiska funktionen kan upprätthållas.⁸² Att de viktigaste ärendena hanteras under MB för också med sig en enhetlighet i tillämpningen av artskyddsreglerna i förhållande till länsstyrelsens dispensgivning och den rättspraxis som utvecklats av mark- och miljödomstolarna i dessa frågor. Jag menar dock att dagens ordning där Skogsstyrelsen kan välja att fatta beslut under 30 § SVL även efter att ett ärende lyfts till samråd enligt 12:6 MB är en inbjudan till missförstånd. Det finns inga skäl för varför myndigheten ”går tillbaka till” SVL vid beslut när man väl har inlett samråd. Beslut om anpassningar av skogsbruksåtgärder som ryms inom toleranströskeln kan lika gärna tas enligt 12:6 MB, varvid hänvisning till 30 § SVL kan göras efter vad som är lämpligt.

Avslutningsvis bör det observeras att den här diskussionen kring hänsynsregler och dispenskrav är avhängig av hur EU-domstolens svarar på frågorna i de båda målen C-473/19 och C-474/19 *Föreningen Skydda skogen*. Om domstolen går på kommissionens eller generaladvokatens linje kan det komma att krävas formella

⁸² Om planläggning som instrument för hållbart skogsbruk, se Forsberg, M: *Landskapsplanering för naturvård och virkesproduktion – särskilt med koppling till ersättningsrätten*. Nordisk Miljörättslig Tidskrift 2018:1, sid. 81-100.

dispensbeslut enligt AF i betydligt större utsträckning än idag. Därmed kan det också bli aktuellt att diskutera förutsättningarna för att låta Skogsstyrelsen ta över dispensgivningen enligt AF för åtgärder på skogsmark. Den frågan är emellertid mera komplicerad och bör därför diskuteras i en vidare krets, för vilket den pågående Artskyddsutredningen kan vara ett lämpligt forum.⁸³

B5.7 Slutord

Jag har i artikeln redogjort för den undersökning som skett i forskningsprojektet PROSPEC av Skogsstyrelsens handläggning av artskyddsärenden i fyra distrikt under två år. Med utgångspunkt från observationerna från vår undersökning har en diskussion förts om tillämpningen av artskyddsreglerna i ljuset av kraven från EU-rätten. Det finns dock en elefant i rummet vars närvaro bara noterats i förbigående, nämligen den svenska ersättningsrätten. Den är i sig värd ett par artiklar för att inte säga en hel utredning, då det finns en mängd frågor att ta ställning till. En inledande fråga är om försiktighetsåtgärder till skydd för arter bör räknas som ”laglig markanvändning” och alltså inte ge rätt till ersättning.⁸⁴ 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.⁸⁵ Från skogsägarens synpunkt är ett sådant tillvägagångssätt enbart sund ekonomisk politik, vilket knappast är något att uppröras över. Enligt rättspraxis får markägaren dessutom fullt betalt även om det anmälda området är en nyckelbiotop, vars virke normalt sett är svårt att avyttra.⁸⁶ Man bör heller inte glömma att de svenska ersättningsreglerna är ytterst gynnsamma för markägarna också på andra sätt; de har rätt till 125 procent av ett marknadsvärde som varierar starkt i de beräkningar 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 ett artskyddsåtgärdande 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.⁸⁷ Sammantaget ger de svenska ersättningsreglerna effekter som kan vara 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 någon uppmärksamhet från kommissionens sida. I den här delen tycker jag att Skogsutredningen har flera intressanta resonemang, men diskussionen bör

⁸³ Artskyddsutredningen 2020; M 2020:03, direktiv 2020: 58 *Översyn av artskyddsförordningen*.

⁸⁴ Se Forsberg, M: *Skogen som livsmiljö: En rättsvetenskaplig studie om skyddet för biologisk mångfald*. Akademisk avhandling (Juridicum/Uppsala universitet 2012), avsnitt 4.5.4.

⁸⁵ I MÖD 2017:7 *Bombmurklan* utgjordes den anmälda behandlingsenheten (”berörd del”) av ett 1,5 hektar stort område i ett fastighetsinnehav på flera hundra hektar, se även Bengtsson, B: *Om bombmurklor och egenomskydd*. Ur Festskrift till Fredrik Wersäll. Iustus förlag 2018, sid. 105–116.

⁸⁶ Se MÖD 2020-05-12; M 1732-19. Den kraftiga ökningen av ansökningar av tillstånd för avverkning av fjällnära skog som skett det senaste året i Norra Jämtlands distrikt har enligt uppgift till stor del gällt nyckelbiotoper där markägarna utgår från att tillstånd enligt 18§ SVL inte kommer att medges.

⁸⁷ 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.

utvecklas.⁸⁸ En självklar utgångspunkt om man vill uppnå ”ett sundare debattklimat” bör då vara att de markägare som aktivt arbetar med planering av avverkningar och andra skogsbruksåtgärder för att bibehålla naturvärda miljöer och uppnå ekologisk kontinuitet i sina skogar premieras. En sådan lösning kan vara att skogsbruket tar ansvar för detta genom en fondlösning liknande den som utvecklats på vattenområdet.⁸⁹

⁸⁸ SOU 2020:73 kapitel 10.

⁸⁹ En intressant fondlösning diskuteras i Michanek, G & Bostedt, G & Ekvall, H & Forsberg, M & Hof, AR & de Jong, J & Zabel, A: *Landscape planning – Paving the way for effective conservation of forest biodiversity and a diverse forestry?* Forests 2018:9, p. 523.

Bilaga 6: Soppa eller soppar i skogen?

Om EU-rätten och artskyddet i skogsbruket – Del 1

I början av mars 2021 meddelade EU-domstolen (EUD) dom i målet C-473/19 och C-474/19 Skydda skogen. Det är ett förhandsavgörande med svar på frågor i två mål vid Mark- och miljödomstolen i Vänersborg om tillämpningen av EUs två ”naturvårdsdirektiv”, det vill säga fågeldirektivet och livsmiljödirektivet (art- och habitatdirektivet). I sitt svar berör EUD flera rättsliga spörsmål som har stor betydelse för Sveriges genomförande av artskyddskraven i skogen, bl.a. om avsiktsbegreppet, skyddets omfattning och förhållandet mellan de två direktiven. I denna tvådelade artikel ger Jan Darpö, professor emeritus i miljö rätt vid Uppsala universitet, en redogörelse för avgörandet (del 1) och diskuterar dess betydelse i ljuset av det senaste årets utveckling av naturskyddet i skogsbruket (del 2). Hans slutsats är att den rättsliga regleringen måste klargöras och skärpas för att Sverige ska kunna hävda att skogsbruket är hållbart. Dessutom måste tillgången till rättslig prövning för de motstående intressena i skogen säkerställas i enlighet med rättsskyddsprincip inom EU-rätten.

B6.1 Målet i Mark- och miljödomstolen

B6.1.1 Avverkningarna och besluten

Målet inleddes med två anmälningar enligt 14 § skogsvårdslagen (1979:429, SVL) om slutavverkningar i Härryda. I det berörda området finns livsmiljöer för arterna mindre hackspett, tjäder, talltita, kungsfågel, svartmes och åkergröda. Avverkningarna skulle medföra att exemplar av arterna dödades eller stördes, att bon och ägg gick förlorade samt att arternas fortplantningsområden påverkades. I båda fallen meddelade Skogsstyrelsen vägledning om den hänsyn som borde tas enligt 30 § SVL, väsentligen att en kantzon skulle bibehållas och ett antal träd sparas.¹ Om dessa försiktighetsåtgärder vidtogs skulle avverkningen enligt myndigheten inte strida mot förbuden i artskydds-förordningen (2007:845, AF). Miljöorganisationerna Skydda skogen, Göteborgs ornitologiska förening och Naturskyddsföreningen Härryda begärde ingripande av Länsstyrelsen i Västra Götaland, då de menade att avverkningarna stred mot förbuden och att det därför behövdes en dispens enligt AF. Länsstyrelsen ansåg emellertid att det inte behövdes någon sådan och avslog föreningarnas begäran.² Föreningarna överklagade då Länsstyrelsens beslut till Mark- och miljödomstolen i Vänersborg.³ Mot bakgrund av hur artskyddsreglerna är utformade i Sverige och den utveckling

¹ Skogsstyrelsen/Göteborgs distrikt 2016-12-22; A 52535-2016 *Bårekulla* resp. 2017-10-04; A 27265-2017 *Långenäs*.

² Länsstyrelsen i Västra Götaland 2018-12-30; 522-43432-2016 resp. 2018-02-28; 522-2136-2018.

³ Mark- och miljödomstolen i Vänersborg mål nr M 258-17 resp. M 11547-18

av rättspraxis som skett i frågan under senare år, tog Vänersborg det ovanliga initiativet att begära förhandsavgörande av EU-domstolen (EUD) kring genomförande av EU-rätten på området. Innan jag går in på mark- och miljödomstolens frågor och EUDs svar kan det därför vara på plats med en kort redogörelse för dessa regler, det svenska genomförandet i AF och rättspraxisen på området.⁴

B6.1.2 Regleringen av artskyddet i EU-rätt och nationell lagstiftning

Den EU-rättsliga regleringen finns i de två s.k. naturvårdsdirektiven, dvs. fågel-direktivet (2009/147, FD) resp. art- och habitatdirektivet (92/43, AHD). Direktiven utgör EUs genomförande av Europarådets konvention om skyddet av europeiska djur och växter samt deras naturliga livsmiljöer, den s.k. Bernkonventionen.⁵ Fågel-direktivet omfattar samtliga fågelarter som förekommer naturligt inom medlemsstaternas europeiska territorium (artikel 1). I artikel 2 anges att bestämmelserna syftar till att med beaktande av ekonomiska krav och rekreationsbehov behålla eller återskapa fåglars populationer till en nivå som svarar mot ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov. Ett grundläggande krav ställs på medlemsstaterna i artikel 3 att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att skydda, bevara och återställa tillräckligt varierande och stora livsmiljöer för samtliga fåglar. För vissa arter som anges i bilaga 1 ska särskilda åtgärder för bevarandet av deras livsmiljöer vidtas i syfte att säkerställa överlevnad och fortplantning. Liknande åtgärder ska vidtas för regelbundet förekommande flyttfåglar för att skydda deras häcknings-, ruggnings- och övervintringsområden samt rastplatser längs deras färdväg. Det viktigaste instrumentet i detta avseende är att inrätta särskilda skyddsområden för fåglarna och deras livsmiljöer. Medlemsstaterna ska emellertid även utanför dessa skyddsområden sträva efter att undvika förorening och försämring av livsmiljöer för fåglar i allmänhet (artikel 4). Vidare är det enligt artikel 5 förbjudet att avsiktligt döda eller fånga fåglar, avsiktligt förstöra eller skada deras bon samt att avsiktligt störa fåglarna – särskilt under deras häcknings- och uppfödningstider – i den mån störningarna inte saknar betydelse för att uppnå syftet med direktivet. Dispens från förbudet kan ges under strängt formulerade villkor enligt artikel 9.

I likhet med fågeldirektivet bygger art- och habitatdirektivet på både områdes-skydd och artskydd. Det är här vi finner stödet för det europeiska nätverket Natura 2000 som består av områden som utses för skyddet av olika livsmiljöer och arter (artiklarna 3–6). I Natura 2000 ingår även de särskilda skyddsområdena under FD som därmed får ett motsvarande skydd (artikel 7 AHD). Till detta kommer ett allmänt artskydd som gäller för arter som är listade i bilagor till direktivet (artikel 12). I bestämmelsen uttrycks 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. Dispensgrunderna – som är vidare formulerade än motsvarande i artikel 9 FD – återfinns i artikel 16 AHD.

Det EU-rättsliga artskyddet har smälts samman till en allmän fridlysningsbestämmelse i 4 § AF – som alltså gäller för alla slags EU-rättsligt skyddade djur-

⁴ För en utförligare redogörelse, se Darpö: Hitta vilse i skogen. Reflektioner kring höstens underrättsavgöranden om det EU-rättsliga artskyddet vid skogsbruk. Nättidningen JP Miljönet 2017-11-21 (Del 1) och 2017-11-23 (Del 2), tillgängliga på forskningssidan; <https://jur.uu.se/forskning/forskningsammen/miljoratt/prospec/publikationer/>

⁵ SÖ 1983:30.

arter – mot att avsiktligt döda eller störa djur, särskilt under deras parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttperioder, avsiktligt förstöra eller samla in ägg i naturen, samt mot att skada deras fortplantningsområden eller viloplats. Denna skrivning ger ett något starkare skydd åt fåglarna jämfört med FD, men det har inte betraktats som problematiskt i praxis då den EU-rättsliga regleringen utgörs av ett minimidirektiv som kan skärpas genom nationell lagstiftning. Dispens från fridlysningsreglerna kan sökas hos länsstyrelsen enligt reglerna i 10–15 §§ AF. I den situation som är aktuell i målen tillämpas 14 §, där en inledande förutsättning för dispens är att det inte finns någon annan lämplig lösning och att den inte försvårar upprätthållandet av ”gynnsam bevarandestatus hos artens bestånd i dess naturliga utbredningsområde”. Dessutom ska beslutet kunna motiveras med något av de fem skäl som är angivna i punkterna 3a–3f till bestämmelsen. De grunder som ligger närmast i ärenden som dessa är att dispensen behövs för att skydda vilda djur eller växter eller bevara deras livsmiljöer (a), för att undvika allvarlig skada (b) eller av hänsyn till allmän hälsa och säkerhet eller av andra tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse (c).

Den rättspraxis som har utvecklats under dessa regler innebär att AFs regler ses som preciseringar av de allmänna hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken (1998:808, MB). Fridlysningsreglerna i AF är följaktligen tillämpliga på alla slags verksamheter och åtgärder som kan påverka arterna och deras livsmiljöer. Inte bara avsiktliga handlingar omfattas utan varje aktivitet där en viss påverkan kan förväntas eller accepteras, så kallad indirekt avsikt eller accepterad konsekvens. När en myndighet prövar en verksamhet – oavsett om det är fråga om en ansökan om tillstånd eller tillsyn – måste man därför först undersöka om det är möjligt att ställa krav på sådana försiktighetsåtgärder så att otillåten påverkan på arterna inte uppkommer. Om verksamheten kan anpassas så att arternas bevarandestatus inte påverkas har man på så vis kunnat undvika att hamna i en dispensprövning under 14 § AF. I skogliga sammanhang har avgörande vikt lagts vid att den så kallade kontinuerliga ekologiska funktionaliteten (KEF) som området har för arterna har kunnat upprätthållas.⁶

B6.1.3 Frågorna från Mark- och miljödomstolen i Vänersborg

I målet ställdes fem frågor till EUD, varav de viktigaste avsåg i korthet:

1. Ska artikel 5 FD tolkas så att förbudet enbart omfattar fåglar i bilaga 1 eller som är hotade på någon nivå eller har en långsiktigt vikande populationstrend?
2. Ska begreppen ’avsiktligt döda/störa/förstöra’ i artikel 5 FD och artikel 12 AHD tolkas så att de utesluter en nationell praxis som innebär att när en aktivitet syftar till något annat än att avsiktligt döda eller störa arter – till exempel skogsbruksåtgärder eller markexploatering – så måste det finnas en risk för att arternas bevarandestatus påverkas negativt för att förbuden ska aktualiseras?
3. På vilken nivå bör bedömningen av artens bevarandestatus göras?

⁶ Se Naturvårdsverkets *Handbok för artskyddsförordningen. Del 1 – Fridlystning och dispenser* (NV 2009), sid. 24 med hänvisning till kommissionens artskyddsvägledning från 2007, dvs. Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer. Europeiska kommissionen, Bryssel 2007, sid. 29–33 och 41–47; https://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance_en.pdf.

4. Ska begreppet 'förstöra/försämra' när det gäller djurens fortplantningsområde i artikel 12 AHD tolkas på så sätt att det utesluter en nationell praxis som innebär att om kontinuerlig ekologisk funktionalitet i den berörda artens livsmiljö går förlorad trots försiktighetsåtgärder så aktualiseras förbudet först om den berörda artens bevarandestatus riskerar att försämrats?

B6.2 Målen i EU-domstolen (C-473/19 och C-474/19)

B6.2.1 Generaladvokatens yttrande

Generaladvokats Julianne Kokotts yttrande kom september förra året. Inledningsvis menade hon att förbuden i artikel 5 FD respektive artikel 12 AHD omfattar enstaka exemplar av alla fåglar och listade arter, samt att de gäller oavsett arternas bevarandestatus. När det sedan gäller avsiktsbegreppet under artikel 12 AHD pekade hon på att det framgår av fast rättspraxis att det omfattar även "indirekt avsikt", det vill säga att vidta en åtgärd som i och för sig inte syftar till att döda/störa en art, men att en sådan effekt accepteras. Här hänvisade Kokott till rättsfallen C-103/00 *Caretta caretta* (2002), C-221/04 *Spansk utter* (2006), C-504/14 *Kyparissia* (2016) och C-441/17 *Białowieża* (2018). En sådan tillämpning skulle emellertid enligt Kokott leda till orimliga konsekvenser om det tillämpades på förbudet i artikel 5 FD, då ju den regleringen omfattar alla fåglar. Här pekade hon också på att FD syftar till att etablera ett *generellt skyddssystem*, vilket skiljer från det *strikt skyddssystemet* som gäller för de särskilt listade arterna under AHD. Mot den bakgrunden argumenterade Kokott att det utökade avsiktsbegreppet bara kan tillämpas på sådana arter som är sällsynta eller starkt hotade. Hon menade därför att om påverkan på fåglar enbart är en accepterad konsekvens så gäller förbuden enligt artikel 5 FD mot att döda/förstöra enbart i den utsträckning som det är nödvändigt för att bibehålla eller återupprätta dessa arter på en nivå som särskilt svarar mot målen i artikel 2. När det slutligen gällde förbudet mot avsiktlig störning av fåglar, menade hon att åtgärderna enbart är förbjudna om de har väsentlig betydelse för att uppnå syftet att upprätthålla eller återupprätta fågelarters population på en tillfredsställande nivå. Detta gäller särskilt om störningarna påverkar sällsynta fåglar vid häckning och uppfödning.

B6.2.2 Domstolens svar

På fråga 1 svarade EUD att FD avser att införa ett generellt skyddssystem som omfattar alla fåglar. I likhet med vad som föreskrivs i artikel 12 AHD, krävs därför att medlemsstaterna har ett heltäckande och effektivt regelverk. Detta måste omfatta konkreta och specifika skyddsåtgärder som gör det möjligt att säkerställa att förbuden i artikel 5 FD efterlevs, vilka främst syftar till att skydda fåglarnas häcknings- och rastplatser. Här höll domstolen med generaladvokat om att det saknar betydelse om fåglarna ingår i bilaga 1, är hotade eller har en vikande populationstrend. Med andra ord, artikel 5 FD utesluter en nationell ordning där förbuden inte är tillämpligt på alla fåglar.

När det sedan gällde den andra frågan, konstateras att Sverige genom sin nationella lagstiftning jämför fåglarna med de arter som skyddas i AHD, varför domstolen begränsar frågan till att avse förståelsen av artikel 12 AHD. Sedan uttalar man att det framgår av stabil rättspraxis att kravet på avsiktlighet anses uppfyllt om den som vidtar en åtgärd godtagit risken att en art dödas, vilket även ska gälla när det är fråga om avsiktligt störa den eller förstöra dess ägg. Man pekar på att detta har ansetts gälla då någon trots förbudsskyltar kört moped eller trampbåt i ett område där den skyddade havssköldpaddan byggt bon. Medlemsstaterna är i sådana situationer skyldiga att vidta alla nödvändiga åtgärder för att förhindra att den berörda arten avsiktligt störs under parningsperioden. Enligt EUD kan därmed förbuden i artikel 12 AHD omfatta åtgärder som skogsavverkning och markexploatering.⁷ Vidare omfattar förbuden enstaka exemplar av arten. Detta gäller särskilt under perioder då arten är känslig som exempelvis parningstiden, men utesluter inte andra situationer. Av detta följer att artens bevarandestatus inte har betydelse för tillämpningen av bestämmelsen, vilken däremot kan få betydelse vid tillämpningen av undantagsreglerna i artikel 16 AHD. Skyddet upphör inte heller att gälla när arten har gynnsam bevarandestatus.⁸

Därefter konstaterar EUD att det ankommer på den nationella domstolen att *kontrollera förekomsten av skyddade arter* i avverkningstrakten, varvid man särskilt pekar på åkergroda, tjäder, duvhök (upptagna i bilaga 1 till FD). Vidare är det den nationella domstolens ansvar att *pröva om slutavverkningen kan ske på ett förebyggande och hållbart sätt som är förenligt med bevarandekraven i AHD*. Detta görs genom en bedömning av om de rekommendationer som Skogsstyrelsen gett är tillräckliga för att minska skaderisken till en sådan nivå att förbuden i 4 § AF inte längre är tillämpliga.⁹ Sedan påpekar EUD att det inte finns någon skogsbruksplan för området och att det har påståtts att Skogsstyrelsen inte har kontrollerat om avverkningen kan ske i enlighet med artskyddsreglerna. Man noterar också att Skogsstyrelsens vägledningar inte bindande och att det inte finns något straffansvar för det fall de inte följs. Enligt miljöorganisationerna innehåller vägledningarna inte heller några uppgifter om de arter som förekommer i området eller någon tidpunkt för när under året avverkningen kan ske. Klagandena menar också att åtgärderna kommer att medföra att skogsmiljön försvinner, vilket betyder att delar av arternas livsmiljö försvinner och att deras överlevnad därmed på sikt hotas.¹⁰ Mot den bakgrunden erinrar EUD att för att leva upp till skyddsreglerna i artikel 12 AHD åligger det medlemsstaterna inte enbart att de inför ett heltäckande regelverk, utan även vidtar *konkreta och specifika skyddsåtgärder*. Ett sådant system förutsätter i sin tur att de förebyggande åtgärderna vidtas *sammanhängande och samordnat* så att det är möjligt att effektivt förhindra att skyddade arter skadas.¹¹ För att uppnå målen med AHD krävs nämligen att de *nationella myndigheterna har möjlighet att förebygga verksamhet som kan vara skadlig för de skyddade arterna*,

⁷ Domen pp. 51–53.

⁸ Domen pp. 54–66.

⁹ Domen pp. 67–71.

¹⁰ Domen pp. 72–74.

¹¹ Här (p. 75) refererar EUD till C-88/19 *Alianța pentru* (2020) p. 23, vilken hänvisar till C-441/17 *Białowieża* (2018) p. 231 och C-674/17 *Tapiola* (2019) p. 27.

oavsett avsikten med aktiviteten.¹² Förbuden kan heller inte begränsas till situationer då en risk för att arternas bevarandestatus påverkas negativt. Sammanfattningsvis uttalar sedan EUD:

77. Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida skogsbruksåtgärder, såsom dem som är aktuella i de nationella målen, grundar sig på en förebyggande strategi som tar i beaktande behovet att bevara de berörda arterna och huruvida åtgärderna planerats och kommer att utföras på ett sätt som inte åsidosätter förbuden i artikel 12.1 a–c i livsmiljödirektivet, med hänsyn till ekonomiska, sociala och kulturella behov och till regionala och lokala särdrag i enlighet med vad som framgår av artikel 2.3 i samma direktiv.

Fråga 4 syftar till att få klarhet om förbudet mot att skada eller förstöra parningsplatser eller rastningsplatser slår till först om arternas bevarandestatus riskerar att påverkas negativt. Här konstaterar EUD bara att förbudet i artikel 12.1.d är formulerat utan ett avsiktskriterium, vilket markerar ett förstärkt skydd.¹³ Förbudet gäller också oberoende av det antal exemplar av den berörda arten som förekommer i området.¹⁴ I den här frågan delar man alltså generaladvokatens inställning att förbudet gäller oavsett om bevarandestatusen riskerar att försämrats. Domstolen avslutar med att säga att övervägandena kring de övriga förbuden i artikel 12 är tillämpliga även på skrivningen om skada på platser för parning och rastning.

B6.2.3 Vad uttalade sig domstolen egentligen om?

En första observation gäller förhållandet mellan generaladvokatens yttrande och domstolens ställningstaganden. Från tid till annan läser man olika prognoser som förutsäger hur EUD kommer att döma efter att generaladvokatens yttrande kommit. Det här målet visar att det är en gissningslek, åtminstone på miljöområdet. Julianne Kokott är efter Eleanor Sharpstons avgång den mest erfarna av de generaladvokater som haft miljömål och har yttrat sig i sådana klassiker som *Waddensee* (C-127/02) och *Alto Sil* (C-404/09). Hon anses mycket meriterad och bör alltså ha hög status inom domstolen. I många mål ansluter domstolen också till hennes resonemang. I andra mål går domstolen på en annan linje – helt eller delvis – vilket *Skydda skogen* är ett exempel på. Ett annat är det likaledes färskaste C-900/19 *One voice* (2021) om fransk fågeljakt med limstickor. Sådan traditionsenlig jakt kunde enligt Kokott godtas under undantagsreglerna i artikel 9 FD, ett resonemang som domstolen underkänner. Den slutsats som kan dras av detta är helt enkelt att vi inte bör dra några slutsatser av generaladvokaternas yttranden. De bör istället betraktas för vad de är, nämligen utlåtanden av – i bästa fall – erfarna och mycket kunniga rättsvetare om hur EU-rätten kan förstås, men inte mer.

Den andra observationen är att Mark- och miljödomstolen i Vänersborg och EUD verkar tala förbi varandra i några viktiga avseenden. Som domstolen i Luxemburg tolkade den första frågan, tillämpas i Sverige förbuden enligt artikel 5 FD bara på fåglar som ingår i bilaga 1, är hotade eller har vikande trend. Så är ju inte fallet, vilket framgår av att såväl jaktlagstiftningen som artskyddsregleringen och den

¹² Domen p. 76.

¹³ Varvid man i p. 82 refererar till C-477/19 *Europeisk hamster* (2020) p. 27 och där angiven rättspraxis.

¹⁴ Här (p. 83) hänvisade man till *Białowieża* p. 237.

rättspraxis som bildats under den omfattar också relativt ordinära fåglar. Vad Vänersborg beskriver är snarast vårt system för att undvika att komma in i dispensprövning under 14 § AF, nämligen att myndigheterna i den konkreta situationen föreskriver begränsningar och försiktighetsåtgärder så att förbuden i 4 § inte slår till. Därför menar jag att EUDs svar på den första frågan inte går att tolka längre än att det *här ställs ett krav på att vi har ett effektivt system med konkreta och specifika skyddsåtgärder för att säkerställa att förbudet i artikel 5 FD respekteras*, särskilt med inriktning på fåglarnas häcknings- och rastplatser. Förbudet ska dessutom tillämpas utan några begränsningar i tiden.¹⁵ *Utöver detta uttalar sig EU-domstolen inte närmare om vad ett sådant skyddssystem ska innehålla.* I det svenska genomförandet ingår som sagt jaktlagstiftningen och dess undantag som en del av detta system, medan AF och dess dispensordning är en annan. Jag menar alltså att vi även fortsättningsvis bör kunna ha ett system där allmänna skyddsregler kombineras med generella strategier, och att enskilda bedömningar görs enbart i särskilda situationer. På så vis liknar vårt system det som tillämpas i Tyskland, där förbuden i den federala Bundesnaturschutzgesetz är objektivt formulerade, men det alltid görs en bedömning av om den planerade verksamheten kan medföra en ”signifikant ökning av risken” (”Signifikant erhöhtes Risiko”) för att döda/störa/förstöra för arterna. Till ledning för denna bedömning utgår man från den naturliga situationen för arten, dess känslighet för viss verksamhet och dess reproduktion. Därtill kommer en proportionalitetsbedömning. Olika krav på utredning och beviskrav ställs på verksamhetsutövaren utifrån artens skyddsvärde. Det bör dock observeras att den tyska regleringen inte omfattar jord- och skogsbruk, vilket man alltså nu måste ändra på.¹⁶ Sammanfattningsvis menar jag alltså att domen inte bör tolkas som att vi i varje läge måste genomföra en dispensprövning av planerade verksamheter. Skrivningarna om förhindrande och förebyggande strategier i punkterna 75–77 talar för en sådan slutsats. I samma riktning talar hänvisningarna till *Białowieża* där ju prövningen av om Polen hade brutit mot artikel 5b och 5d FD avsåg om det hade föreskrivits tillräckliga försiktighetsåtgärder för att förhindra att de berörda fåglarnas häcknings- och rastplatser försämras eller förstörs, se särskilt punkterna 256 och 259. Man kan givetvis tolka EUs resonemang i *Skydda skogen* i motsatt riktning – dvs. att man måste dispenspröva varje skada/störande av en fågelart – men jag delar inte den uppfattningen.

Även när det gäller fråga 4 upplever jag det som att domstolarna talar förbi varandra, något som formuleringen av frågan kan ha bidragit till. Begreppet ”kontinuerlig ekologisk funktionalitet” (KEF) används för att beskriva den kvalitet som ett område har för arterna i ett större sammanhang. Uttrycket är hämtat från kommissionens artskyddsvägledning från 2007, där man öppnar för en mera ”pragmatisk” tillämpning av artskyddsreglerna i de areella näringarna.¹⁷ En skogsavverkning kan tillåtas utan dispens enligt artskyddsreglerna om den större livsmiljön kan behålla sin ekologiska kontinuerliga funktion för den berörda arten. KEF-åtgärder kan exempelvis vara inriktade på att undvika fragmentisering av ett område genom

¹⁵ C-441/17 *Białowieża* (2018) p. 252.

¹⁶ Wolfgang Köck: *Keine Erleichterungen im besonderen Artenschutz. Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 4. März 2021, Rs. C-473/19 und C-474/19.* Zeitschrift für Umweltrecht 2021:5, även zoom-intervju 2021-03-21.

¹⁷ Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer. Europeiska kommissionen, Bryssel 2007, sid. 29–33 och 41–47; https://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidance_en.pdf

att bibehålla ett nätverk av lämpliga habitat. Mot den bakgrunden hade det varit intressant att höra EU-domstolens uppfattning om KEF och den pragmatiska tillämpningen av förbuden i artikel 5 FD resp. artikel 12 AHD. Så blev det nu inte, utan EUD svarade på något betydligt snävare, nämligen om förbuden i situationer när KEF gått förlorad slår till först när också bevarandestatusen riskerar att försämrats. Att det blev nej på den frågan var inte förvånande.

De nyskapande delarna av domen ligger istället i svaren på fråga 2, särskilt under punkterna 67–77. Dessa gäller som nämnts enbart artikel 12 AHD, men är allmän-giltiga för båda direktiven, vilket framgår bl.a. genom att domstolen här nämner livsmiljöerna för de skyddsvärda fågelarterna tjäder och duvhök. Först konstaterar emellertid EUD att förbudet gäller oavsett påverkan på arternas bevarandestatus och oavsett om en gynnsam sådan uppnåtts. Sedan tillägger man att den nationella domstolen måste kontrollera om de arter som påstås förekomma i avverkningsområdet faktiskt finns där och att slutavverkningen kan genomföras på ett sätt som är förenligt med bevarandemålen i AHD. Det är alltså mot den bakgrunden som EUD sedan gör uttalandet om att det måste finnas ett heltäckande skyddssystem som på ett effektivt sätt säkerställer att arterna inte skadas eller störs eller deras livsmiljöer förstörs, vilket alltså ska kontrolleras av den nationella domstolen. Sammantaget medför dessa uttalanden alltså *krav på kunskapsunderlag, tillräckliga skyddsåtgärder och domstolskontroll* av myndigheternas beslutsfattande. Samtliga dessa krav kommer att utgöra en utmaning för svenskt skogsbruk och går på tvärs mot de senaste årens utveckling av tillsynen över svensk skogsvård, vilket jag utvecklar i del 2 av artikeln.

Rapporten uttrycker nödvändigtvis inte Naturvårdsverkets ställningstagande. Författaren svarar själv för innehållet och anges vid referens till rapporten.

Artskydd och beslutsprocesser

Ett interdisciplinärt forskningsprogram om integreringen av naturvetenskaplig kunskap och riskvärdering i förvaltning och domstolsprövning – Slutrapport

Rapporten analyserar hur skyddet av djur- och växtarter hanteras inom två olika beslutsprocesser: tillståndprocesser under miljöbalken för vindkraftverk, samt beslut under skogsvårdslagen. Projektet är ett samarbete mellan rättsvetare och ekologer.

Författarnas slutsats är att prövningssystemet för vindkraft är en effektiv och rättssäker miljöprocess. Artskyddet är inget stort hinder för utbyggnaden av vindkraft, då det endast stoppar ca 10 procent av de verk som ingår i forskningsmaterialet (2014–2018).

För beslut under skogsvårdslagen visar analysen att den nuvarande utformningen av artskyddet inom skogsbruket är otillräcklig för att leva upp till EU-rätten. För att uppfylla kraven på ett fullgott kunskapsunderlag vid beslutsfattandet, liksom transparens och möjlighet för den berörda allmänheten att komma till tals, presenterar författarna en rad rekommendationer.

Projektet har finansierats med medel från Naturvårdsverkets miljöforskningsanslag vilket syftar till att finansiera forskning till stöd för Naturvårdsverkets och Havs- och vattenmyndighetens kunskapsbehov.