



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Vårterminen 2013

Examensarbete i miljö rätt
30 högskolepoäng

”Det enda vi vet säkert är att allt är osäkert”¹

- Om riskbedömningar i Natura 2000-ärenden

Författare: Lena Lidmark
Handledare: Professor Jan Darpö

¹ Voltaire



Innehåll

1.	Inledning.....	7
1.1	Syfte och frågeställning.....	7
1.2	Avgränsningar.....	8
1.3	Metod och källor.....	8
1.4	Disposition.....	9
2	Introduktion till Natura 2000.....	10
2.1	Natura 2000.....	10
2.2	Riskbedömning och försiktighetsprincipen.....	12
3	EU- rättsfall och riskbedömningar i Natura 2000-ärenden.....	15
3.1	”Waddensee”.....	15
3.2	”Kornknarren”.....	18
3.3	”Alto Sil”.....	19
3.4	”Lough Corrib”.....	20
4	Implementeringen i Sverige.....	23
4.1	Förvaltningsplaner och försiktighetsprincipen.....	23
4.2	Utredningskrav.....	24
4.3	Riskbedömning.....	25
5	Riskbedömningar i svenska rättsfall.....	28
5.1	”Hägerums Kvarn II”.....	28
5.2	”Sandudden i Mälaren”.....	29
5.3	”Tännforsen”.....	31
5.4	”Myggbekämpningen”.....	31
5.5	”Bunge”.....	33
5.6	”Muddermassorna i Karlshamn”.....	40
5.7	”Ekbockarna”.....	41
5.8	”Tätningen av dammen”.....	43
5.9	”Kungsörnen och vindkraften”.....	44
5.10	”Fröplantagen”.....	46
6	Slutsatser.....	47

Sammanfattning

Uppsatsens syfte är att utreda om Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) tillgodoser försiktighetsprincipen och EU-rättens krav vid riskbedömningar i Natura 2000-ärenden. Elva svenska rättsfall har analyserats och fyra fall från EU-domstolen. Följande frågor besvaras;

- hänvisar domstolen till begreppet gynnsam bevarandestatus?
- går det att utläsa ur MÖD:s domskäl om försiktighetsprincipen har tillämpats?

Natura 2000-regleringen baseras på två EU-direktiv och syftar till att bevara och skydda den biologiska mångfalden inom unionen. Medlemsstaterna åläggs därför att upprätta skyddsområden för de arter och livsmiljöer som är listade i bilagor till direktiven. Medlemsstaterna är skyldiga att inrätta ett förfarande för att pröva verksamheters tillåtlighet inom skyddsområdena. Genom detta förfarande ska de nationella myndigheterna inte tillåta verksamheter som kan skada områdets integritet. Av EU-domstolens rättsfall framgår att tillståndsförfarandet ska tillämpas i ljuset av försiktighetsprincipen.

Min analys av rättsfallen visar att MÖD fram till 2011 inte tillgodosatt försiktighetsprincipen på ett tillfredställande sätt. Osäkerheter i utredningar angående potentiella skador har förbisetts och i något fall har det inte gått att utläsa om försiktighetsprincipen tillämpats.

De två senaste åren har en positiv förändring skett. Domskälen har blivit tydligare, hänvisningar till lagstiftningen har gjorts mer tillfredställande och osäkerheter i utredningarna har lett till att tillstånd inte meddelats. Fortfarande finns dock möjlighet att förtydliga domskälen genom hänvisningar till gynnsam bevarandestatus och bevarandeplaner i aktuella områden.

Förkortningar

AHD	Art-och habitatdirektivet (92/43)
HD	Högsta Domstolen
MB	Miljöbalk (1998:811)
Miljödomstol	Mark-och miljödomstol
MKB	Miljökonsekvensbeskrivning
MÖD	Mark-och miljööverdomstolen
Natura 2000-område	Skyddsområde enligt art-och habitatdirektivet eller fågeldirektivet
OF	Områdesskyddsförordningen (1998:1252)
SGU	Sverige Geologiska Undersökning
Skyddsområde	Skyddsområde enligt art- och habitatdirektivet eller fågeldirektivet.

1. Inledning

”Det enda vi vet säkert är att allt är osäkert”. Voltaires ord är aktuella än idag, fast de sades för århundranden sen. För hur säkra kan vi vara på slutsatsen i en miljöutredning? Kan vi självklart säga att nej, här finns ingen risk – det här är inte farligt! Kanske är det svårare än vi tror att bevisa att någon risk inte föreligger. Men hur fungerar det i så fall när lagen kräver att en domstol ska vara säker på att någon skada inte kommer att uppstå?

Natura 2000 är ett viktigt EU-rättsligt instrument för att skydda växter och djur samt deras livsmiljöer. Inom sådana områden kräver EU-rätten att tillståndsmyndigheten, innan tillstånd meddelas för en verksamhet, ska ha förvissat sig om att skada på skyddsobjekten inte kommer att uppstå.

Genom att granska Mark- och miljööverdomstolens domar angående riskbedömningar i Natura 2000-frågor ska jag försöka utröna hur och om en domstol kan vara säker på att skada inte uppstår.

1.1 Syfte och frågeställning

Eftersom djur, natur och miljö är komplicerade att värdera kan tillståndsbedömningar i Natura 2000-fall antas vara svåra att utföra. Trots detta ställer EU-rätten krav på hur medlemsstaterna ska granska Natura 2000-fall och att områdena ska bevaras. Därför är det viktigt att fastställa hur svenska domstolar gör prövningar i Natura 2000-områden. Syftet med denna uppsats är därför att utreda *om den svenska rättstillämpningen uppfyller EU-rättsliga krav gällande försiktighetsprincipen vid riskbedömning av åtgärder och verksamheter i Natura 2000-områden.*

För att besvara syftet kommer följande frågeställningar att utredas:

- Tillämpar svenska domstolar försiktighetsprincipen i Natura 2000-fall?
- Hänvisar domstolarna till gynnsam bevarandestatus?
- Framgår av domstolarnas domskäl att försiktighetsprincipen tillämpats?

1.2 Avgränsningar

På grund av tidsramen för arbetet kommer endast försiktighetsprincipens tillämpning vid riskbedömningen vid tillståndsförfarandet att analyseras. Således kommer exempelvis undantag inte att beaktas och huvudsakligen inte heller kravet på att utredning ska föregå en tillståndsbedömning.

1.3 Metod och källor

Den rättsdogmatiska metoden kommer att användas. Eftersom ämnet avser miljö kommer ett miljörättsligt perspektiv att användas, där rätten förutsätts sträva efter att uppnå hållbar utveckling. Uppsatsen baseras på en analys av elva rättsfall från MÖD och fyra från EU-domstolen.

Riskbedömningar i Natura 2000-ärenden är delvis naturvetenskapliga eftersom riskanalysen grundas på vetenskapliga fakta. Dock bör inte den rättsliga bedömningen överlämnas till vetenskapsmän utan göras av jurister.²

Huvudsakligen har juridiska källor använts såsom svensk och EU-rättslig lagtext, vilka är primärkällor. Svenska förarbeten har också använts. Dessa anses normalt ha ett högt källvärde. Det bör dock påpekas att den svenska propositionen (proposition 2000/2001:111, om skyddet för vissa djur – och växtarter samt deras livsmiljöer) till Natura 2000-regleringen innehåller vissa felaktigheter. Exempelvis hävdas i propositionen att de svenska skyddsområdena är så väl tilltagna i storlek att de bara i undantagsfall kan komma på fråga att verksamheter utanför ett skyddsområde kan komma att påverkas av regleringen. EU-kommissionen och EU-domstolen har dock uttalat att det enda som är avgörande för om regleringen blir tillämplig är om skyddsobjekten påverkas eller inte. Propositionen har därför ett något lägre källvärde än normalt.

Jag har valt rättsfall som jag betraktar som representativa för Natura 2000-riskbedömningar. Bara vissa av rättsfallen är refererade av MÖD. Åsa Talvik vid MÖD anger att domstolen refererar fall när den anser att detta bidrar till något principiellt nytt, som inte framgår av tidigare praxis. Bunge refererades inte på grund av att Högsta domstolen lämnat prövningstillstånd i frågan.

² Koll på kemikalier, s 27.

Av valda fall är varken Bunge, Småsvaltingen i Mälaren, Muddermassorna i Karlshamn, Kungsörnen och vindkraften eller Fröplantagen refererade.³ Således är endast hälften av valda fall refererade av MÖD. Därmed anser domstolen att endast hälften av fallen är av principiell betydelse för rättsutvecklingen.

En sökning på 7:28 b MB⁴ ger få sökträffar. MÖD har således avgjort få fall rörande riskbedömning i Natura 2000-frågor, vilket kan jämföras med tillståndsprövningar för vattenverksamheter som får betydligt fler sökträffar i samma databas.⁵ Jag har tagit med en majoritet av de avgjorda fallen i min analys. Fallen är få och därför har jag även tagit upp de icke refererade målen för att få en så fullständig analys som möjligt av rättsutvecklingen av Natura 2000-riskbedömningar.

MÖD är prejudikatinstans för mål angående Natura 2000.⁶ MÖD dömer normalt med tre lagfarana domare men får inte döma med fler än fem ledamöter.⁷ Något plenumförfarande finns inte för domstolen. Detta resulterar i att MÖD kan döma ”mot sig själv” beroende på vilken sammansättning domstolen har i olika mål.

Utöver rättsfall har även Naturvårdsverkets Handbok angående förvaltning av Natura 2000-områden, EU-kommissionens tolkningsguide av artikel 6 AHD och skrifter från kommissionen använts som källor. De två handböckerna bör anses ha ett källvärde, dock inte lika högt som exempelvis rättsfallen. Båda handböckerna är skrivna av myndigheter och ska verka som tolkningsledning för myndigheter och domstolar. Skrivelserna är inte bindande eftersom det är upp till domstolarna att avgöra om råden är godtagbara eller inte. Uppgifterna från handböckerna är vägledande men bör ändå läsas med kritiska ögon.

1.4 Disposition

I uppsatsen ges först att en allmän introduktion till den svenska och europeiska miljörätten med fokus på regleringar som rör Natura 2000-områden. Sedan presenteras utvalda svenska rättsfall och analyseras mot försiktighetsprincipen, därpå följer en samlad bedömning.

³ Beskrivning av fallen finns under avsnitt fyra.

⁴ För beskrivning av paragrafen se avsnitt 2.

⁵ www.infotorg.se (gamla rättsbanken)

⁶ Men Högsta domstolen (HD) kan ta upp saken till prövning.

⁷ lagen om miljödomstolar (2010:921) 10§.

2 Introduktion till Natura 2000

Medvetenheten om miljöproblem och biologisk mångfald har ökat under senare delen av 1900-talet genom att hoten mot natur och miljö blivit allt större. För att förhindra försämringar av unionens biologiska mångfald antog EU två centrala direktiv för att bevara artrikedomen. Fågeldirektivet⁸ trädde i kraft 1979 och art- och habitatdirektivet⁹ (AHD) 1992.¹⁰¹¹ Direktiven ålägger medlemsstaterna att inrätta skyddsområden för fåglar och djur samt deras livsmiljöer.

2.1 Natura 2000

Natura 2000 är ett nätverk av skyddsvärda områden instiftat av EU genom fågeldirektivet respektive art- och habitatdirektivet.¹² Syftet med regleringen är att ”säkerhetsställa den biologiska mångfalden genom bevarandet av livsmiljöer samt vilda djur och växter”¹³. Därför åläggs medlemstaterna att upprätta speciella områden för listade arter, livsmiljöer och fåglar.¹⁴ Med hjälp av dessa bevarandeområden, hänvisade till som skyddsområden eller Natura 2000-områden, ska medlemsstaterna bibehålla eller återskapa en för de listade arterna och livsmiljöerna ”gynnsam bevarandestatus”.¹⁵

Art- och habitatdirektivet fastslår vilka parametrar som ska vara uppfyllda för att en livsmiljö eller en art ska anses ha en gynnsam bevarandestatus. För en livsmiljö gäller detta när det ”naturliga utbredningsområdet” för livsmiljön är tillräckligt stort och de komponenter som gör livsmiljön livskraftigt kan bibehållas över tid.¹⁶ Dessutom krävs att de arter som typiskt lever i miljön har en gynnsam bevarandestatus.¹⁷

För att en art ska anses ha en gynnsam bevarandestatus krävs att ”populationsutvecklingen” anses vara god över tid, att det ”naturliga

⁸ Direktiv 09/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar.

⁹ Direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarandet av livsmiljöer samt vilda djur och växter.

¹⁰ Direktiven sammankopplas genom art. 3.1 AHD.

¹¹ de Sadeleer, How to save Noahs ark, s 176.

¹² Direktiven sammankopplas genom art. 3.1 AHD.

¹³ Art. 2 AHD.

¹⁴ Art. 3 AHD, art. 3.2 fågeldirektivet, art. 7 AHD

¹⁵ Art. 2.2 ADH.

¹⁶ Art. 1.e AHD.

¹⁷ Art. 1.e AHD.

utbredningsområdet” inte reduceras samt att den naturliga livsmiljön för arten kommer att förbli tillräckligt stor så att populationen kan fortsätta att vara livskraftig.¹⁸

Således får åtgärder inte vidtas som resulterar i att ett skyddsområdes yta reduceras och därmed påverkar den gynnsamma bevarandestatusen negativt. De Sadeleer, professor vid Saint Louis universitetet i Bryssel och ledande expert inom europeisk miljö rätt och Natura 2000-frågor, menar att även om en minskning av 10 hektar i ett område inte är avgörande för Natura 2000-nätverket i stort kan det ändå leda till att en gynnsam bevarandestatus äventyras.¹⁹ Följaktligen måste hänsyn tas till varje område för säkerställa en god status för Natura 2000-nätverket i sin helhet.

Huvudregeln är att tillstånd endast kan ges i Natura 2000-ärenden om skada på den skyddade miljön inte anses uppkomma. Det finns dock ett viktigt undantag som gör det möjligt för de nationella regeringarna att, trots påverkan på miljön, godkänna en verksamhet om den berör viktiga allmänna intressen.²⁰ Medlemsstaten måste dock i sådana fall alltid genomföra kompensationsåtgärder för att söka vidmakthålla områdets skydd.

I bilagor till direktiven anges vilka arter och livsmiljöer som är skyddade, varav några är prioriterade. De prioriterade arterna ska åtnjuta större hänsyn på grund av att de är hotade i högre grad än de övriga.²¹ Ett hundratal av de skyddade arterna och livsmiljöerna samt ca 60 av fågelarterna finns idag i Sverige.²² Art- och habitatdirektivet och fågeldirektivet överlappar varandra gällande skyddet för Natura 2000-områdena. En viktig skillnad är dock att fågeldirektivet ställer krav på bevarande och skyddade av *alla* fågelarter som lever och passerar medlemsstatens territorium, medan endast de listade arterna är skyddade enligt art – och habitatdirektivet.²³

Eftersom Natura 2000-regleringen är baserad på EU-direktiv måste medlemsstaterna vidta implementeringsåtgärder för att uppfylla EU-rätten. I Sverige är regleringen av Natura 2000 implementerad huvudsakligen i kapitel 7 i miljöbalken (1998:808, MB)

¹⁸ Art.1.i AHD.

¹⁹ de Sadeleer, Habitat conservation in EC-law, s 234.

²⁰ Art.6.4 AHD.

²¹ Art. 11 AHD.

²² Darpö Natura 2000 del I, s 4.

²³ Art. 2.2 AHD, de Sadeleer, How to save Noahs ark, s 176.

och i förordningen om områdesskydd (1998:1252, OF). Regleringen är också delvis implementerad i annan lagstiftning, vilket dock faller utanför ramen för den här uppsatsen.

2.2 Riskbedömning och försiktighetsprincipen

Försiktighetsprincipen är betydelsefull för miljöskyddet eftersom många av de skador som kan uppstå på miljön är irreversibla. Om ett våtmarksområde blir uttorkat eller gifter förstör en sjö är det mycket svårt och i många fall omöjligt för naturen att läka skadan. Därför är det av stor vikt att det finns ett skyddssystem med förebyggande åtgärder för att hindra skador innan de uppstått. Försiktighetsprincipen är en viktig del av detta system.

Försiktighetsprincipen återfinns både i den svenska miljöbalken och i EU-fördragen och formulerades för första gången under slutet av 1900-talet.²⁴ Det finns olika definitioner av principen i internationell rätt men gemensamt för alla är att det finns ett rekvisit för osäkerhet i beskrivningen.²⁵ Försiktighetsprincipen innebär att åtgärder inte ska vidtas om det råder vetenskaplig osäkerhet om miljöskador kan uppkomma till följd av en verksamhet. En verksamhet får således stoppas utan att det finns vetenskapligt säkra belegg för att den är farlig för människor eller miljö. Det måste dock finnas en reell risk för skada. Risker som endast är hypotetiska leder till att försiktighetsprincipen inte ska tillämpas.²⁶ Följaktligen blir försiktighetsprincipen endast tillämpbar i fall då vetenskapliga fakta saknas för att kunna fastställa exempelvis hur stor risken för miljöförstöring är.²⁷

Åtgärderna som normalt stoppas genom tillämpning av försiktighetsprincipen i EU-rättsliga sammanhang måste vara proportionerliga och endast vidmakthållas så länge den vetenskapliga osäkerheten kvarstår.²⁸ Det bör dock påpekas att osäkerheten ibland inte går att undranröja eftersom forskning tar lång tid och det inte alltid ges resurser till forskning inom det aktuella området.²⁹

²⁴ Se 2:3 MB & art. 191.2 FEUF. de Sadeleer, *The precautionary principle in EU law*, s 173.

²⁵ de Sadeleer, *The precautionary principle in EU law*, s 173.

²⁶ de Sadeleer, *The effect of uncertainty*, s 464ff.

²⁷ KOM (2000)1, sid 12. Jfr. Langlet & Mahmoudi s 74f.

²⁸ KOM (2000) 1, sid 17 och 19. Jfr. Langlet & Mahmoudi s 75.

²⁹ de Sadeleer, *The precautionary principle in EU law*, s 182f.

Enligt svensk rätt ska försiktighetsprincipen i 2:3 MB tillämpas innan skälighetsbedömning gjorts enligt 2:7 MB. Enligt 2:7 MB får inte försiktighetsmått vara ekonomiskt orimliga.

Försiktighetsprincipen tolkas på olika sätt beroende på inom vilket område den används och vilka krav som framgår av lagtexten. Försiktighetsprincipen är också en av grundvalarna för skyddet av den biologiska mångfalden i art- och habitatdirektivet.³⁰ Riskbedömning och således även tillämpning av försiktighetsprincipen ska enligt direktivet syfta till att gynnsam bevarandestatus för arterna och deras livsmiljöer uppnås. I fall då utredningen i målet innehåller brister eller om vetenskaplig osäkerhet angående konsekvenserna föreligger ska verksamheten inte tillåtas om detta kan inverka på den gynnsamma bevarandestatusen.

Försiktighetsprincipen i Natura 2000-fall ska således tillämpas utan att något ytterligare proportionalitetstest utförs, utöver vad som stadgas i direktivet.

Vad är då en risk i dessa sammanhang, vad är skada och vem ska bevisa att en verksamhet är säker? Det ekologiska systemet är mycket komplicerat och det är svårt att förutse exempelvis kumulativa verkningar av olika utsläpp eller hur utsläppen påverkar miljön i ett långsiktigt perspektiv. Enligt vetenskapliga kriterier är det därmed omöjligt för verksamhetsutövaren att fullständigt bevisa att verksamheten eller produkten är ofarlig för människor och miljö.³¹ Därför måste riskbedömningar utifrån försiktighetsprincipen göras med hänsyn till den vetenskapliga osäkerheten och sannolik risk för relevant skada.

En viktig fråga som måste ställas är om all vetenskaplig osäkerhet medför att en verksamhet inte får tillstånd. Svaret på detta bör vara nej, eftersom den vetenskapliga osäkerheten i Natura 2000-fall alltid måste kopplas till gynnsam bevarandestatus hos arten eller livsmiljön.

Direktivet anger vilka faktorer som kan komma att medverka till att en gynnsam bevarandestatus försämras. Exempel på detta är minskad yta eller åtgärder som gör att livskraften hos populationen försämras. Den vetenskapliga osäkerheten bör således vara korrelerad till typen av skada eller negativa resultat av åtgärden. Om osäkerheten endast

³⁰ de Sadeleer, Vänbok till Jan Darpö och Gabriel Michanek, s 461.

³¹ Koll på kemikalier, s 31.

gäller inverkan på en art som inte skyddas eller på faktorer som inte påverkar de skyddade arternas eller livsmiljöns bevarandestatus bör detta inte inverka på tillståndsbedömningen. Om bortledande av vatten sker i skyddade områden som är känsliga för torka bör detta dock påverka bedömningen om vetenskaplig osäkerhet föreligger om hur området kommer att reagera.

Således måste en individuell bedömning göras i varje enskilt fall om det 1) föreligger vetenskaplig osäkerhet och 2) om osäkerheten leder till att en gynnsam bevarandestatus för arterna eller livsmiljöerna kan bibehållas eller inte. För en mycket känslig art eller livsmiljö bör således en lägre grad av vetenskaplig osäkerhet tolereras, eftersom mycket små förändringar i miljön kan påverka dem negativt.

Utgångspunkten är alltså att de svenska myndigheterna och domstolarna endast ska meddela tillstånd för en verksamhet när de försäkrat sig om att relevant skada inte kommer att uppstå. Vetenskapliga tvivel medför att myndigheten inte kan förvissa sig om att ingen skada kommer att uppstå.

Det är dock inte tillståndsmyndigheten i första hand som ska bevisa att skada inte kommer att uppstå. Bevisbördan ligger på verksamhetsutövaren och det är således upp till denne att presentera en tillräckligt välgrundad utredning för att myndigheten ska kunna ta beslut om att någon skada inte kommer att uppstå av verksamheten.³²

Sammanfattningsvis måste verksamhetsutövaren i Natura 2000-ärenden presentera en utredning som är tillräcklig för att bevisa att verksamheten eller åtgärden inte kommer att skada den skyddade miljön. Utredningen ska ligga till grund för myndigheternas och domstolarnas tillståndsbeslut.

³² Koll på kemikalier, s 30.

3 EU- rättsfall och riskbedömningar i Natura 2000-ärenden

Framsteg har sedan 1990-talet gjorts för att rädda den biologiska mångfalden inom EU. De Sadeleer, professor vid Saint Louis universitetet i Bryssel, anser dock att regleringen av Natura 2000-nätverket är komplicerad och många medlemsstater implementerade inte direktiven i tid. Det största problemet är dock, enligt de Sadeleer, avsaknad av politisk vilja och ekonomiska resurser. Detta kan tydligt ses på den stora mängd fördragsbrottsmål inför EU-domstolen gällande fågel-, art- och habitatdirektiven.³³ Nya och starkare krafttag behövs således fortfarande för att bevara mångfalden inom EU.³⁴

Nedan kommer de viktigaste rättsfallen från EU-domstolen angående försiktighetsprincipen och Natura 2000-områden att presenteras.

3.1 "Waddenzee"³⁵

Målet Waddenzee är ett förhandsavgörande om det var tillåtet att bedriva mekaniskt hjärtmusselfiske med tidsbegränsad licens som årligen förnyades i ett Natura 2000-område i Nederländerna. Hjärtmusselfisket ansågs av klagande minska födan för vissa listade fågelarter och fisket var på så sätt ett hot mot fåglarna.

Planer och projekt

EU-domstolen pekade på att art- och habitatdirektivet saknar en definition vad en plan eller ett projekt är.³⁶ Vägledning för detta skulle istället tas från ett annat EU-direktiv³⁷ där det stadgas att planer och projekt som kan antas ha "betydande påverkan på miljön" ska tillståndsprövas. Exempelvis ska "utförande av byggnads- eller anläggningsarbeten" samt "andra ingrepp i den naturliga omgivningen och landskapet" anses falla in under en plan eller projekt.³⁸ Varje ny licens för hjärtmusselfiske skulle, enligt domstolen,

³³ de Sadeleer, How to save Noah's ark, s 179.

³⁴ de Sadeleer, How to save Noah's ark, s 176.

³⁵ Mål C-127/02.

³⁶ I svensk rätt verksamhet eller åtgärd.

³⁷ Direktiv 85/337 om bedömningen av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt. Se para. 26 i domskälen.

³⁸ Waddenzee, para. 23-26.

bedömas som ett sådant ingrepp och därför omfattas av tillåtlighetsbedömningen i art. 6.3 AHD.³⁹

Relationen mellan art. 6.2 och 6.3

En viktig fråga som den nationella domstolen ställde var vilket förhållande som råder mellan art.6.2 och 6.3 AHD. EU-domstolen uttalade sig i saken och fastslog att art. 6.3 AHD syftar till ett system för förhandskontroller av om en plan eller ett projekt kommer att skada skyddsvärdet i ett Natura 2000-område eller ej.⁴⁰ Om någon risk för skada på området inte anses uppkomma kan således projektet eller planen tillåtas i enlighet med art. 6.3 AHD. Art. 6.2 AHD stadgar däremot ”en allmän skyddsnorm, i form av en skyldighet att förhindra försämringar och störningar som kan ha betydande konsekvenser för målen med direktiven”⁴¹. Således menade domstolen att art. 6.3 och art. 6.2 inte är konstruerade för att tillämpas samtidigt, eftersom den allmänna skyddsnormen inte längre behövs om det redan är fastställt att åtgärden inte kommer att påverka området negativt.⁴²

Art. 6.3 1:a mening

Art. 6.3 stadgar att alla planer och projekt som kan påverka ett område på ett betydande sätt ska bedömas avseende konsekvenserna av verksamheten. EU-domstolen fastslog att det inte behöver vara ”klarlagt” att verksamheten har en sådan effekt, utan det endast krävs att det ”är troligt att planen eller projektet har en sådan påverkan”.⁴³ Domstolen pekade sedan på att ”en sådan risk (anses) föreligga när det på grundval av objektiva kriterier inte kan uteslutas att nämnda plan eller projekt har en betydande påverkan på det berörda området.”⁴⁴

EU-domstolen konstaterade sedan att art. 6.3 1:a mening är ett uttryck av försiktighetsprincipen genom att en utredning i art. 6.3 1:a mening ”skall göras när det föreligger tvivel om att ett visst agerande inte kan ha betydande påverkan på

³⁹ Waddenzee, para. 28-29.

⁴⁰ Waddenzee, para. 34.

⁴¹ Waddenzee, para. 38.

⁴² Waddenzee, para. 35-38.

⁴³ Waddenzee, para. 41.

⁴⁴ Waddenzee, para. 44.

området” och att ”tolkningen gör det möjligt att på ett effektivt sätt förhindra att planer eller projekt som skadar det berörda området godkänns”.⁴⁵

Domstolen fastslog vidare att art- och habitatdirektivet i sin helhet ska tolkas i ljuset av försiktighetsprincipen genom att anse att en risk föreligger ”när objektiva kriterier inte kan utesluta en betydande påverkan⁴⁶ på det berörda området.”⁴⁷

För att bedöma om en plan eller projekt har en betydande påverkan på området och en utredning av miljökonsekvenserna av verksamheten krävs ska, enligt domstolen, projektets ”framtida effekter” bedömas ”mot bakgrund av det berörda områdets särart och miljömässiga förhållanden”.⁴⁸

Art. 6.3 2:a meningen

Domstolen fastslog också att medlemsstaterna är fria att välja bedömningssätt enligt art. 6.3 2:a meningen, men att ”kumulativa effekter” som kan skada områdets integritet ska vägas in vid bedömningen.⁴⁹ Denna bedömning ska grundas på att ”alla aspekter av planen eller projektet som (...) kan påverka nämnda mål identifieras med hjälp av bästa vetenskapliga kunskaper på området”.⁵⁰

Därefter uttalade domstolen att de nationella myndigheterna kan ”godkänna planen eller projektet först efter att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada.”⁵¹ Därför fastställde domstolen att de nationella myndigheterna ”ska avslå ansökan om godkännande när det råder osäkerhet om att planen eller projektet kommer att ha en skadlig inverkan på det område som berörs”.⁵²

EU-domstolen drog därmed slutsatsen att ”godkännandekriteriet i artikel 6.3, andra meningen i livsmiljödirektivet inbegriper försiktighetsprincipen (...). Ett mindre strängt godkännandekriterium skulle inte lika effektivt säkerhetsställa att bestämmelsens mål,

⁴⁵ Waddenzee, para. 44.

⁴⁶ På engelska ”significant impact”.

⁴⁷ Waddenzee, para. 44.

⁴⁸ Waddenzee, para. 48.

⁴⁹ Waddenzee, para. 53.

⁵⁰ Waddenzee, para. 54.

⁵¹ Waddenzee, para. 55.

⁵² Waddenzee, para. 57.

nämligen att skydda området, förverkligas.”⁵³ Tillståndsbedömningskriteriet ska således användas i ljuset av försiktighetsprincipen.

Slutligen tog EU-domstolen det principiellt viktiga ställningstagandet att de nationella myndigheterna endast får ”godkänna denna verksamhet först efter att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada av den. Så är fallet när det ur ett vetenskapligt perspektiv inte föreligger några rimliga tvivel om att verksamheten inte kan ha en skadlig inverkan.”⁵⁴

Sammanfattningsvis ska således art- och habitatdirektivet i sin helhet ses i ljuset av försiktighetsprincipen. Därmed åläggs myndigheterna att inte meddela tillstånd om vetenskaplig osäkerhet råder om de miljömässiga konsekvenserna av verksamheten. Dessutom ska både art. 6.2 och art. 6.3 AHD självständigt vara uttryck för försiktighetsprincipen.

3.2 "Kornknarren"⁵⁵

Målet är en fördragsbrottstalan mot Österrike gällande om det var tillåtet att utvidga en golfbana så att det påverkade fågelarten kornknarrens fortplantningsmöjligheter. Området där de två nya golfbanehålen anlades är en del av skyddsområdet Wörschacher Moos. EU-kommissionen menade att kornknarren enligt expertutlåtanden skulle påverkas negativt om golfhålen fick anläggas, medan Österrike påstod att skada inte skulle uppstå eftersom villkor hade föreskrivits som skulle minska påverkan på området. Av ett expertutlåtande i målet framgick att det fanns en population av kornknarren på den berörda marken och att utbyggnaden skulle resultera i att en del av kornknarrens livsområden skulle försvinna.⁵⁶

Domstolen ansåg vidare att villkoren var otillräckliga för att stoppa skadan och att det var osäkert hur effektiva de skulle vara i ett långsiktigt perspektiv.⁵⁷ Området som skulle hysa de planerade golfhålen var också det enda som den specifika kornknarrepopulationen kunde föröka sig på, vilket innebär att arten var extra

⁵³ Waddenzee, para. 58.

⁵⁴ Waddenzee, para. 59.

⁵⁵ Mål C-209/02.

⁵⁶ Kornknarren, para. 24.

⁵⁷ Kornknarren, para. 24.

skyddsvärd. Därför drog domstolen slutsatsen att den österrikiska myndigheten inte kunde ha förvissat sig om att kornknarren inte skulle ta skada av byggnationen.⁵⁸

Fallet om kornknarrarna i Österrike är belysande genom att EU-domstolen beskriver hur man bör gå tillväga för att se om skada på en art eller livsmiljö kan uppstå. Följande schema kan utläsas ur fallet:⁵⁹

1. Finns arten eller livsmiljön i området?
2. Hur kan arten/livsmiljöns gynnsamma bevarandestatus påverkas negativt?
Ex: förminskad yta eller att dess levnadsstruktur förstörs
3. Innebär exempelvis den förminskade ytan en risk för att den gynnsamma bevarandestatusen hos skyddsobjekten försämras?
4. Om bevarandestatusen försämras ska verksamheten inte godkännas.

3.3 "Alto Sil"⁶⁰

Alto Sil är ett skyddsområde i regionen Castilla y León, Spanien. Området utsågs till fågelskyddsområde 2000 eftersom det inhyste den skyddade fågelarten tjäder. Vidare utsågs samma område 2004 till skyddsområde enligt art- och habitatdirektivet på grund av vissa livsmiljöer för tjäder och brunbjörn samt att ett brunbjörnsbestånd fanns i området. Enligt kommissionens informationsformulär var den största skaderisken för populationerna "gruvdrift i dagbrott". Två geografiska grupper av gruvor fanns i området; de nordliga gruvorna, som samtliga fanns inom skyddsområdet och de sydliga gruvorna. I de sydliga gruvorna ingick bland annat gruvorna Nueva Julia och Ladrones som inte låg i själva skyddsområdet men gränsade till det och därför kunde påverka arterna och livsmiljöerna. Kommissionen ansåg att gruvdriften i vissa av gruvorna påverkade brunbjörnen och tjädern negativt och därför stred mot art- och habitatdirektivet.

Kommissionen menade att en fullständig MKB i enlighet med direktiv 85/337 inte hade gjorts gällande gruvorna Nueva Julia och Ladrones. Kommissionen pekade på att direktivet kräver en beskrivning av samtliga miljöeffekter av en verksamhet, däribland även kumulativa effekter av verksamheter i närområdet. Varken i Nueva Julia eller

⁵⁸ Kornknarren, para. 26.

⁵⁹ Se Kornknarren, para. 24ff.

⁶⁰ Mål C-404/09.

Ladrones fanns hänvisning till utredning angående tjäder, trots att myndigheterna pekat ut området för att skydda just denna art.⁶¹ Domstolen konstaterade att Spanien åsidosatt sina förpliktelser genom att inte kräva en utredning av konsekvenserna för tjäder för båda gruvorna samt för brunbjörn i Nueva Julia.⁶²

Domstolen fastslog vidare att tillstånd endast får lämnas efter att myndigheten försäkrat sig om att någon skada på skyddsobjekten inte förekommer.⁶³

*”En bedömning enligt artikel 6.3 i livsmiljödirektivet kan inte anses som lämplig om den innehåller brister och saknar fullständiga, exakta och slutliga bedömningar och slutsatser, på grundval av vilka varje rimligt vetenskapligt tvivel kan skingras vad beträffar de planerade arbetenas påverkan på det berörda särskilda skyddsområdet.”*⁶⁴

Domstolen konstaterade sedan att utredningen angående hur tjädern skulle påverkas var ofullständig.⁶⁵ Därför kunde, enligt domstolen, inte heller de nationella myndigheterna ha förvissat sig om att skada inte skulle uppstå på tjäderbeståndet som följd av verksamheterna.⁶⁶

3.4 ”Lough Corrib”⁶⁷

Målet gällde ett förhandsavgörande från Irland gällande hur art. 6.3 AHD skulle tolkas. En motorled planerades och godkändes kring Galway och en del av vägen skulle ledas genom ett särskilt bevarandeområde. Skyddsområdet Lough Corrib hade genom en anmälan till kommissionen utvidgats. Något formellt beslut från kommissionen hade dock inte tagits när den irländska myndigheten meddelade tillstånd för motorleden. Området (i sitt utvidgade tillstånd) inhyste 14 skyddade livsmiljöer varav sex var prioriterade. Vägens dragning skulle påverka en av dessa, uppspruckna kalkstenshällmarker. Den irländska myndigheten ansåg att ”även om projektet lokalt har

⁶¹ Alto Sil, para. 84ff.

⁶² Alto Sil, para. 93f.

⁶³ Alto Sil, para. 99.

⁶⁴ Alto Sil, para. 100.

⁶⁵ Alto Sil, para. 103.

⁶⁶ Alto Sil, para. 105ff.

⁶⁷ C-258/11.

en allvarlig inverkan på det tilltänkta särskilda bevarandeområdet Lough Corrib kommer områdets integritet inte att ta skada”.⁶⁸

Domstolen började med att konstatera att det var klarlagt att motorvägen skulle förstöra den prioriterade livsmiljön, uppspruckna kalkstenschällmarker, och att dessa skador är irreversibla.⁶⁹ Prövningen av om områdets integritet kan komma att skadas skulle enligt domstolen göras i en helhetsbedömning med grund i ”bevarandemålsättningarna i direktivet.⁷⁰ Med detta menade domstolen ”att inte skada ett områdes integritet i egenskap av livsmiljö (...) betyder således att bibehålla en gynnsam bevarandestatus inom detta område. Detta förutsätter (...) ett bibehållande på långsikt av områdets grundläggande särdrag, vilka har samband med den livsmiljötyp vars bevarande har motiverat att detta område har angetts vara av gemenskapsintresse.”⁷¹

Således ska myndigheten försäkra sig om att någon skada i ett *långsiktigt perspektiv* inte föreligger på områdets integritet genom att inte godkänna verksamheter om vetenskaplig osäkerhet eller tvivel om skada på områdets skyddsobjekt föreligger.⁷² På grund av detta förfarande ”får försiktighetsprincipen anses vara integrerad” i riskbedömningen i art. 6.3 AHD.⁷³ I detta fall ansåg domstolen att bedömningen av risken var av särskild betydelse eftersom det gällde en prioriterad livsmiljö som ”riskerar att försvinna”.⁷⁴

Domstolen konstaterade sedan att skyddsobjektet och målsättningen med Lough Corrib var att skydda och bibehålla den gynnsamma bevarandestatusen för just de uppspruckna kalkstenschällmarkerna som skulle förstöras vid motorvägens byggande.⁷⁵ EU-domstolen avslutade målet med att uttala att:

”om nationella myndigheter (...) konstaterar att en sådan plan eller ett sådant projekt skulle medföra en permanent förlust av hela eller delar av en prioriterad livsmiljötyp, som inte kan återbildas och vars bevarande har motiverat att det berörda området har

⁶⁸ Lough Corrib, para. 15.

⁶⁹ Lough Corrib, para. 27.

⁷⁰ Lough Corrib, para. 32.

⁷¹ Lough Corrib, para. 40.

⁷² Lough Corrib, para. 41-42.

⁷³ Lough Corrib, para. 42.

⁷⁴ Lough Corrib, para. 43.

⁷⁵ Lough Corrib, para. 46.

utsetts till område av gemenskapsintresse, ska det berörda områdets integritet anses ta skada av sådana planer eller projekt.”⁷⁶

EU-domstolen förtydligar i Lough Corrib att det är de speciella ekologiska egenskaper som gör området skyddsvärt som ska beaktas vid riskbedömningen. Domstolen fastslår vidare att det främst är hur områdets integritet påverkas i ett *långsiktigt perspektiv* som ska vara avgörande för när skada ska anses uppstå på området. Således bör kortvariga störningar som naturen själv kan läka inte anses som skada, medan verksamheter och åtgärder som leder till långsiktiga skador eller störningar inte ska tillåtas.

⁷⁶ Lough Corrib, para .47.

4 Implementeringen i Sverige

4.1 Förvaltningsplaner och försiktighetsprincipen

Art. 6.1 art- och habitatdirektivet (AHD) stadgar att medlemsstaterna bland annat kan upprätta skötsel- och förvaltningsplaner för Natura 2000-områden. Artikeln fastslår att medlemsstaterna ska utföra bevarandeåtgärder för de särskilda områdena.⁷⁷

I Sverige finns de särskilda bevarandeyrådena⁷⁸ och särskilda skyddsområdena,⁷⁹ listade på Naturvårdsverkets hemsida. Sverige har valt att upprätta ett samlingsdokument för varje enskilt område med information om och en redogörelse för varför det klassats som Natura 2000 och vilka skyddsintressen som det har.⁸⁰

Utöver denna grundläggande information ska alla sådana områden i Sverige ha en egen bevarandeplan som ett led i att uppfylla kraven om att skydda de ekologiska behoven enligt artikel 6.1 AHD. Bevarandeplanerna ska redogöra för skyddsintressena inom det aktuella området, de åtgärder som krävs för att uppnå skyddssyftet samt de förutsättningar i övrigt som krävs för att målet ska uppnås.⁸¹ I Sverige har detta implementerats genom förordningen om områdesskydd (OF) som i 17 § stadgar att länsstyrelserna ska upprätta bevarandeplaner och att dessa ska underlätta prövningar i Natura 2000-ärenden. Naturvårdsverket anger att de bevarandeåtgärder som planeras att vidtas bör listas i planerna liksom ”vilken reell och potentiell hotbild” som talar för att de bör utföras.⁸² I 19 § OF återges kravet på att gynnsam bevarandestatus ska beaktas vid tillståndsprövningar. Planerna syftar således till att underlätta att uppnå eller bibehålla gynnsam bevarandestatus för de listade arterna och livsmiljöerna. De är följaktligen ett viktigt instrument för att förstå och kartlägga ett Natura 2000-områdes speciella egenskaper och vilka verksamheter eller åtgärder som kan utgöra hot mot områdets karaktär och dess skyddsobjekt.

⁷⁷ Kommissionens tolkningsguide, s 17.

⁷⁸ Se art. 3 AHD.

⁷⁹ Se art. 4 fågeldirektivet.

⁸⁰ NV:s Handbok, s 12.

⁸¹ NV:s Handbok, s 18.

⁸² NV:s Handbok, s 18.

4.2 Utredningskrav

Art. 6.3 AHD 1:a meningen stadgar att ”alla planer eller projekt (...) som enskilt eller i kombination med andra planer och projekt kan påverka området på ett betydande sätt, skall på lämpligt sätt bedömas med avseende på konsekvenserna för målsättningen vad gäller bevarandet av området.”

Någon definition av projekt eller plan finns inte i direktivet, men vägledning ska enligt Waddenzeemålet tas från direktiv 85/337/EEG⁸³ och enligt kommissionen ska både ”plan” och ”projekt” tolkas extensivt.⁸⁴

I Sverige har detta implementeras i 7:28 a MB där det stadgas att ”alla åtgärder och verksamheter som kan påverka ett område på ett betydande sätt ska tillståndsprövas”.⁸⁵ Det ska inledningsvis göras en bred och generell prövning av vilka av de planerade åtgärderna som normalt sett resulterar i en betydande miljöpåverkan på ett visst område.⁸⁶ Denna prövning ska göras utan hänsyn till villkorsskrivning.⁸⁷ Först ska således verksamhetsutövaren utreda om betydande påverkan på den skyddade miljön kan⁸⁸ uppkomma av den planerade verksamheten. En absolut kunskap om att miljön kommer att ta skada av verksamheten krävs inte utan det räcker med att sannolikhet för skada kan komma att föreligga.⁸⁹ Försiktighetprincipen ska således ligga till grund för bedömningen om en risk anses föreligga i det specifika fallet eller inte.⁹⁰

Om verksamheten riskerar att skada området måste verksamhetsutövaren söka tillstånd för åtgärden.⁹¹ Om verksamhetsutövaren anser att en sådan risk föreligger ska denne upprätta en utredning eller en miljökonsekvensbeskrivning (MKB) som ska innehålla alla de uppgifter som krävs för att en tillståndsprövning i frågan ska kunna göras.⁹²

⁸³ Rådets direktiv 85/337/EEG om bedömningen av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt.

⁸⁴ Kommissionens tolkningsguide, s 32f. Jfr. de Sadeleer, Habitat Conservation in EC law, s 243.

⁸⁵ Nedan kommer ”åtgärd” och ”verksamhet” att behandlas synonymt eftersom någon skillnad mellan begreppen inte föreligger i Natura 2000-ärenden.

⁸⁶ Darpö, Natura 2000 del II, s 299 och NV:s Handbok, s 41f. För rättspraxis se Hallandsåsen.

⁸⁷ Darpö, Natura 2000 del II, s 301f.

⁸⁸ ”Likely to affect” i den engelska variationen.

⁸⁹ Kommissionens tolkningsguide, s 34. Jfr. de Sadeleer Habitat Conservation in EC law, s 243.

⁹⁰ Waddenzee, para. 44 & Langlet & Mahmoudi, s 365.

⁹¹ 7:28 a MB. Prop. 2000/2001:111 s 62.

⁹² 6:1 1st MB & 6:7 4st.

4.3 Riskbedömning

Riskbedömningen enligt art. 6.3 2:a meningen AHD ska göras i samband med tillståndsprövningen. ”Med ledning av slutsatserna från bedömningen av konsekvenserna för målsättningen för området (...) skall de behöriga nationella myndigheterna godkänna planen eller projektet först efter att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada.”

Detta har implementerats i den svenska lagstiftningen genom 7:28 b MB. I paragrafen stadgas det att:

”tillstånd enligt 28 a § får lämnas *endast* om verksamheten eller åtgärden ensam eller tillsammans med andra pågående eller planerade verksamheter eller åtgärder *inte*

1. kan skada den livsmiljö eller de livsmiljöer i området som avses att skyddas,
2. medför att den art eller de arter som avses att skyddas utsätts för en störning som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet i området av arten eller arterna.”⁹³⁹⁴

Tillstånd enligt balken och direktivet får inte ges om *verksamheten ensam eller tillsammans med andra* verksamheter skadar miljön i området.⁹⁵ Viktigt är därför att understryka att det inte endast är den planerande verksamheten utan *alla* pågående och planerade verksamheter som ska bedömas och vilken påverkan den nya verksamheten tillsammans med andra kan medföra i området.⁹⁶

Riskbedömningen av verksamheten ska relateras till att en gynnsam bevarandestatus kan upprätthållas om verksamheten eller åtgärden tillåts.⁹⁷ Domstolen eller tillståndsmyndigheten ska följaktligen utföra en ”konsekvensbedömning” av de specifika verkningarna av den planerande verksamheten för att kontrollera om otillåtna skador kan komma att uppstå på den skyddade miljön.⁹⁸ Eftersom biologiska

⁹³ Min kursivering.

⁹⁴ Detta kan vid första anblick tydas så att arter och livsmiljöer har olika skydd. Så är dock inte fallet enligt Darpö som menar att OF 16 & 19 §§ måste läsas ihop med 7:28 b MB. Se Darpö, Natura 2000 del II, s 307f.

⁹⁵ 7:28 b MB & art. 6.3 AHD.

⁹⁶ NV:s Handbok, s 51, Michanek & Zetterberg, s 229 och Kommissionens tolkningsguide, s 35f.

⁹⁷ Art. 2.2 AHD och OF 19 & 16 §§. Jfr. Darpö, Natura 2000 del II, s 307f.

⁹⁸ Prop. 2000/2001:111, s 42f.

konsekvenser är svårbedömda menar Darpö och de Sadeleer att någon ”absolut vetenskap” är omöjlig, men att ”några rimliga tvivel från vetenskapligt perspektiv” om konsekvenserna för miljön inte ska föreligga.⁹⁹

Tillståndsmyndigheterna bör vidare visa flexibilitet i bedömningarna eftersom hänsyn alltid måste tas till de olika kvaliteterna och karaktärerna hos områdena. Riskbedömningen ska dock endast gälla för de skyddade objekten och således är det exempelvis inte av vikt om kulturmiljön skadas.¹⁰⁰ I propositionen till de svenska reglerna (prop. 2000/2001:111)¹⁰¹ uttalas att vissa temporära störningar måste kunna tillåtas.¹⁰² Detta går dock emot vad EU-kommissionen och EU-domstolen har uttalat eftersom även temporära störningar kan leda till långsiktig skada på området.

För att kunna fastställa om området i dess helhet (på engelska ”the integrity of the site”) kan påverkas ska ekologiska faktorer analyseras och bedömningar göras gällande hur gynnsam bevarandestatus kan uppnås för skyddsobjekten i området.¹⁰³ Var verksamheten bedrivs är inte det väsentliga utan bedömningen gäller hur den påverkar själva skyddsobjektet i området.¹⁰⁴ Därför kan verksamheter som ska bedrivas utanför ett Natura 2000-område också omfattas av regleringen om de riskerar att skada området.¹⁰⁵ Propositionen anger dock att detta bara i undantagsfall kan komma att bli aktuellt i Sverige, eftersom de svenska områdena har en ”buffertzoon” till skydd för de listade arterna och livsmiljöerna.¹⁰⁶ Regeringen menar således att buffertzonen medför att området i de flesta fall redan är skyddat från omkringliggande verksamheter.¹⁰⁷ EU-kommissionen och EU-domstolen har dock uttryckt att det endast är skadan av verksamheten på området som ska avgöra om regleringen blir tillämbbar eller inte.

Tillståndsmyndigheterna har informationskällor som de bör ta i beaktande vid riskbedömningen i Natura 2000-fall. De av länsstyrelserna upprättade bevarandeplanerna bör utnyttjas, eftersom de ger vägledning om områdets karaktär.

⁹⁹ Darpö, Natura 2000 del II, s 307 Jfr. de Sadeleer, Habitat Conservation, s 247.

¹⁰⁰ de Sadeleer, Habitat conservation, s 244.

¹⁰¹ Prop. 2000/2001:111 om skyddet för vissa djur- och växtarter och deras livsmiljöer.

¹⁰² Prop. 2000/2001:111, s 69.

¹⁰³ Kommissionens tolkningsguide, s 40.

¹⁰⁴ NV:s Handbok, s 42. Jfr. de Sadeleer, Habitat conservation in EC law, s 244.

¹⁰⁵ Prop. 2000/2001: 111 s 43. Jfr. Darpö, Natura 2000 del I, s 6.

¹⁰⁶ En zon som går utanför kärnområdet med de skyddade arterna.

¹⁰⁷ Prop. 2000/200 1:111 s 63.

Vidare är en utförlig MKB en bra grund för bedömning av vilken påverkan som ett område kan anses tåla utan att riskera att förlora gynnsam bevarandestatus. Samtidigt bör yttranden från remissinstanser och berörda myndigheter inhämtas för att kontrollera uppgifterna i MKB:n.

När tillståndsmyndigheten har bildat sig en uppfattning om hur mycket påverkan ett område kan klara av kan myndigheten utnyttja möjligheten att förena ett tillstånd med villkor enligt 16:2 MB.¹⁰⁸¹⁰⁹ Så länge som villkoren i tillståndet ”läker” eller kraftigt reducerar hotet om skada på miljön kan en verksamhet eller åtgärd godkännas. Exempel på villkor kan vara när, var och hur verksamheten får bedrivas liksom under vilken del av året en viss åtgärd får ske.¹¹⁰

Avslutningsvis kan nämnas att det är straffbelagt enligt balken att utan tillstånd påbörja en verksamhet eller åtgärd som är tillståndspliktig enligt Natura 2000-bestämmelserna.¹¹¹ Dessutom måste alla upprättade skyddsområden också utnämnas till riksintressen för naturvård.¹¹² Natura 2000-områden har således ett starkt skydd även i svenska planärenden.

¹⁰⁸ Tillskillnad från bedömningen enligt 7:28 a MB som ska göras utan hänsyn till villkor.

¹⁰⁹ Se också NV:s Handbok, s 60.

¹¹⁰ NV:s Handbok, s 60.

¹¹¹ 29:4.1 a MB Jfr. Prop. 2000/2001:11 s 61.

¹¹² 4:1 MB & 4:8 MB.

5 Riskbedömningar i svenska rättsfall

Nedan kommer en sammanställning av de valda svenska rättsfallen för riskbedömningen i Natura 2000-ärenden att presenteras följt av en diskussion om varje rättsfall om hur MÖD förhållit sig till försiktighetsprincipen.

5.1 "Hägerums Kvarn II"¹¹³

Hägerums Kvarn Handelsbolag sökte i mark- och miljödomstolen (miljödomstolen) tillstånd att uppföra ett mindre kraftverk i Virån. Miljödomstolen ansåg att verksamheten skulle godkännas och ärendet överklagades därefter till mark- och miljööverdomstolen (MÖD). MÖD ansåg inte att MKB:n uppfyllde kraven eftersom den inte var tillräckligt utförlig och att det så kallade 0-alternativet saknades.¹¹⁴ Efter att ha återförvisat ärendet till miljödomstolen överklagades ärendet angående Hägerums Kvarn än en gång till MÖD.

Domstolen påpekade att trots att den planerade verksamheten ligger utanför själva Natura 2000-området kan en tillståndsprövning bli aktuell, eftersom alla verksamheter som har en betydande påverkan på området ska tillståndsprövas. I detta fall ansågs verksamheten kunna påverka Natura 2000-området på ett betydande sätt, framförallt genom regleringen av vattenflödet i huvudfåran.

Det krävdes därför en riskbedömning enligt 7:28 b MB. MÖD klargjorde att det som ska beaktas vid riskbedömningen är om skada på de skyddade arterna och livsmiljöerna kan uppkomma som resultat av verksamheten. Bedömningen ska grundas på att arterna och livsmiljöerna ska uppnå eller bibehålla gynnsam bevarandestatus. Detta genom att se till att populationer bland annat har "tillräckliga utberedningsområden och fortplantningsmöjligheter".

Verksamheten utgjorde inte någon väsentlig störning för de skyddade arterna i området och tillstånd behövdes därför inte i denna del. Däremot krävdes tillstånd på grund av påverkan på den skyddade livsmiljön vattendrag med flytvegetation eller akvatiska mossor. Domstolen ansåg att livsmiljön skulle kunna påverkas främst på grund av att huvudfårans vattenmängd skulle minska i variation samt att dess yta skulle förminska. MÖD ansåg dock att tillstånd kunde meddelas om det förenades med villkor om bland

¹¹³ MÖD 2004:68.

¹¹⁴ 0-alternativet ska beskriva rådande förhållanden på platsen om verksamheten inte blir av.

annat minimiflöde och genomspolning av fåran. Således ansåg MÖD att om dessa villkor meddelades skulle inte någon betydande skada på livsmiljön uppkomma eftersom endast en ”begränsad del” skulle påverkas av verksamheten.

Diskussion

Fallet var ett av de första i Sverige som behandlade riskbedömningen i Natura 2000-ärenden och får ses som ett exempel på hur MÖD gått tillväga i själva tillståndsprocessen. Hägerums Kvarn II är därför utgångspunkten för utvecklingen av MÖD:s riskbedömningar i Natura 2000-frågor. MÖD förklarar exempelvis att villkoren om minimumflöde måste vara stränga eftersom mängden vatten och därmed också livsmiljöns utbredning minskas genom att tillstånd meddelas. På så sätt kopplar MÖD också riskbedömningen till att gynnsam bevarandestatus ska upprättas.

5.2 ”Sandudden i Mälaren”¹¹⁵

Målet gällde anläggandet av en kanal samt kanalens mynning i Mälaren. I det intilliggande Natura 2000-området finns småsvaltingen, Sveriges enda prioriterade växtart.

MÖD ansåg att tillstånd enligt 7:28 a MB krävdes. Domstolen konstaterade först att när det gäller riskbedömning enligt 7:28 b MB ”är det nödvändigt att ta i beaktande också annan påverkan på området och på arten” på det sätt länsstyrelsen anfört i sitt yttrande. Därför ansåg MÖD det var av vikt att göra en samlad bedömning av både kanalmyningen (vilket ansökan gällde) och själva kanalen samt en tillhörande damm. Domstolen redovisade sedan att det redan fanns en hamn för fritidsbåtar längre in i viken som låg närmare Natura 2000-området än den nya verksamheten som skulle prövas. MÖD slog fast att det var av vikt att inte öka trycket på småsvaltingen ännu mer. Domstolen påpekade att kanalmyningen skulle få en ”marginell” och ”obetydlig” effekt på området jämfört med befintlig verksamhet. Länsstyrelsen menade dock att det var av stor vikt att småsvaltingen inte utsattes för en större störning än vad som redan var fallet. Trots detta meddelade MÖD tillstånd enligt 7:28 a MB.

¹¹⁵ MÖD 2005-01-13; M 4878-04.

Diskussion

Inledningsvis kan noteras att fallet inte är refererat i MÖD, trots att målet handlar om Sveriges enda prioriterade växtart.

En viktig del i art-och habitatdirektivet är att alla verksamheter, både befintliga och planerade, ska bedömas tillsammans. Således ska försiktighetsprincipen göras gällande i en samlad bedömning av verksamheter och åtgärder. MÖD gör här en samlad bedömning av kanalen, dammen, kanalmyningen samt den befintliga marinan utan att verksamhetsutövaren har sökt tillstånd för samtliga åtgärder. Det anförs att mynningen i Mälaren enbart skulle få en marginell och obetydlig effekt på området tillsammans med den redan befintliga småbåtshamnen. Detta understöddes av påpekandet att dammen sannolikt skulle komma att avlasta stranden och på så sätt underlätta för småsvaltingen.

Det kan dock ifrågasättas om någon samlad bedömning av samtliga verksamheters påverkan i området gjorts. Länsstyrelsen ansåg att småsvaltingen är så sårbar att verksamheter eller åtgärder som endast hade marginell påverkan kan utgöra ett hot mot artens överlevnad. Riskbedömningen ska alltid utföras så att en gynnsam bevarandestatus bibehålls och Natura 2000-nätverket hålls intakt. Småsvaltingen är mycket ovanlig och känslig för störningar. Området intill Sandudden inhyste dessutom en av de största populationerna av arten i sötvatten. Därför bör frågan ställas om arten tål ytterligare påverkan hur liten den än må vara.

Om området inhyst en annan listad art med lägre känslighet för förändringar hade sannolikt den marginella betydelsen av kanalmyningen inte varit till skada för artens gynnsamma bevarandestatus. I Alto Sil fastslår EU-domstolen att de nationella myndigheterna måste ta hänsyn till vilken slags art som skyddas och hur pass känslig den är för störningar när riskbedömningen ska göras.¹¹⁶ I det fallet gällde det skyddet för tjäder som precis som småsvaltingen, är en art som är mycket känslig för störningar.¹¹⁷ Genom att ta försiktighetsprincipen i beaktande borde en liten skaderisk på grund av artens känslighet ha resulterat i att tillstånd inte borde ha meddelats.

¹¹⁶ Se Alto Sil.

¹¹⁷ Se Alto Sil.

5.3 "Tännforsen"¹¹⁸

Fallet gällde om tillstånd enligt Natura 2000-bestämmelserna skulle krävas för att upprätta en isigloo som uppförts varje år sedan 1998. Isigloon byggdes nära ett vattenfall med stor betydelse för vissa arter i området.¹¹⁹ MÖD ansåg att tillstånd krävdes enligt 7:28 b MB, eftersom det är fråga om en ny verksamhet för varje år.¹²⁰

Diskussion

Domskälen i fallet är ytterst kortfattade och det är svårt att utläsa något av det. MÖD har också valt att inte referera fallet. MÖD motiverar inte tillståndsbeslutet annat än genom att hålla med länsstyrelsen om att platsen för verksamheten borde minska något. Om försiktighetsprincipen har tillämpats kan inte utrönas ur domskälen och om några vetenskapliga osäkerheter eller en otillräcklig utredning förelåg går inte heller att utläsa. MÖD för inte heller något tydligt resonemang om verksamhetens tillåtlighet. Tännforsen bör ses som ett tydligt exempel på ett domskäl som inte är tillfredställande motiverat.

5.4 "Myggbekämpningen"¹²¹

Ett bolag ville sprida ut bekämpningsmedel med helikopter för att döda mygg i ett område som är klassificerat som Natura 2000-område för bland annat skydd av fiskgjuse och häger samt vissa livsmiljöer. Området i Nedre Dalvälven är mycket ansatt av mygg, vilka är en plåga för lokalbefolkningen. Även om skyddsvärda arter såsom fiskljuse och häger finns i området menade domstolen att den kortvariga besprutningen och förhållandet att tillstånd endast gavs till tre besprutningstillfällen gjorde att verksamheten inte skulle ses som betydande påverkan. Inte heller helikopterns närvaro ansågs tillräckligt störande för att bedömas ge betydande påverkan. Därför konstaterade MÖD att tillstånd för verksamheten inte behövdes enligt 7:28 a MB.

Diskussion

MÖD har tidigare fastslagit att prövningen enligt 7:28 a MB ska vara generell i den bemärkelsen att bedömningen ska grundas på de typiska effekterna verksamheten har på

¹¹⁸ MÖD 2007-10-10; M 723-07.

¹¹⁹ Således innan de nya reglerna om Natura 2000-tillstånd träde ikraft.

¹²⁰ Sannolikt med grund i Waddenzeemålet. Jfr. Darpö, Natura 2000 del II, s 309.

¹²¹ MÖD 2009:1.

området.¹²² I detta fall verkar det dock som om MÖD redan i bedömningen av 7:28 a MB gjort en individuell bedömning. Att spruta bekämpningsmedel över ett Natura 2000-område bör generellt sett innebära just betydande påverkan på området. Frågan är om MÖD i detta fall istället borde ha åberopat 7:28 b MB. Om fel paragraf används kan detta leda till att art- och habitatdirektivet inte blir korrekt tillämpat. Fallet har också tagits med i analysen för att belysa hur ”fel” paragraf kan påverka domstolens riskbedömning.¹²³

Länsstyrelsen tar i sitt yttrande upp både helikopterns närvaro och bekämpningsmedlets påverkan på arterna och livsmiljöerna. Naturvårdsverket tar också upp bekämpningsmedlets verkan och påpekar att försiktighetsprincipen ska gälla samt att ”det är olämpligt och inte långsiktigt hållbart att med hjälp av bekämpningsmedel förändra denna fauna”. MÖD nämner dock inte bekämpningsmedlets verkan i ett långsiktigt perspektiv på livsmiljöerna och arterna i sitt domskäl. Det enda som MÖD konkret tar upp som en konsekvens av besprutningen är helikopterns närvaro och dess inverkan på fågelarterna häger och fiskgjuse. Det kan i och för sig vara så att MÖD har tagit aspekten i beaktande, men den nämner inte detta i motiveringen av sitt beslut. MÖD:s domskäl är på ca en sida och anledningen till att tillståndsplikt inte anses behövas motiveras knapphändigt genom att fastslå att helikoptern sannolikt inte är störande på grund av den korta tidperioden. Detta trots att både Naturvårdsverket och länsstyrelsen anförde att osäkerheter förelåg i utredningen angående hur området och arterna skulle reagera långsiktigt på bekämpning av en del av faunan.

EU-domstolen fastslog först i Kornknarren och senare i Lough Corrib att skaderekvisitet i art. 6.3 2:a meningen ska bedömas i ett långsiktigt perspektiv. MÖD anser att tre besprutningstillfällen är så lite att det inte kan påverka arterna och livsmiljöerna i området. Detta måste ses som ett kortsiktigt perspektiv. MÖD:s agerande kan därför ifrågasättas och det är osäkert om domstolen har beaktat försiktighetsprincipen i detta fall. Någon tillförlitlig redovisning av hur områdena och arterna långsiktigt kan påverkas av besprutningen av bekämpningsmedel har inte gjorts och därmed inte heller beaktats i bedömningen.

¹²² Se MÖD 2003:100, Hallandsåsfallet.

¹²³ Se också Darpö, Natura 2000, del II, sid 297.

5.5 "Bunge"

Ett täktföretag, Nordkalk AB, ansökte om tillstånd att bedriva en kalktäkt på Gotland. Den tilltänkta täkten låg i anslutning till två Natura 2000-områden. De två områdena Bästeträsk och Bräntings Haid omfattar flera olika viktiga livsmiljöer som listas i art- och habitatdirektivet såsom nordiskt alvar. Täktområdet är utmärkt som riksintresse för både naturvård och för landets materialförsörjning. Dessutom finns den skyddsvärda gaffelfibblan i området.

Twisten om Bungetäkten påbörjades 2005 när Nordkalk sökte tillstånd till två provtäkter i området. Tillstånd fastställdes av MÖD 2006. Nordkalk lämnade in en ansökan om tillstånd för den faktiska täktverksamheten samma år. Miljödombstolen avslog ansökan 2008 eftersom domstolen ansåg att skadorna på Natura 2000-områdena skulle bli allt för stora och att tillstånd skulle strida mot de allmänna hänsynsreglerna i balken.

Nordkalk överklagade domen och MÖD publicerade dom i målet 2009 (Bunge I).¹²⁴ Mark- och miljööverdomstolen fastslog att tillstånd enligt 7:28 a MB krävdes och att det därför skulle göras en tillståndsbedömning enligt 7:28 b MB.

MÖD angav att verksamheten ska bedömas tillsammans med planerade och pågående verksamheter för att se till att livsmiljöerna inte skadas och att arterna inte utsätts för väsentlig störning. I samma område som det tilltänkta täktområdet återfanns två andra verksamheter, ett vattenuttag ur en sjö och ytterligare en kalktäkt i Stucks. Båda verksamheterna hade samma påverkansområde som Nordkalks täkt. På grund av processuella skäl drog domstolen slutsatsen att Nordkalks verksamhet inte skulle prövas tillsammans med de andra två verksamheterna, ett synsätt som MÖD har hållit fast vid under hela processen. Således har de tre verksamheternas miljömässiga konsekvenser aldrig prövats tillsammans.

Domstolen konstaterade att täktområdet och omkringliggande Natura 2000-områden enligt bevarandeplanerna innehöll stora naturvärden som måste balanseras mot det betydande täktintresset och redovisade vad bland annat Naturvårdsverket, bolaget och Sveriges Geologiska Undersökning (SGU) framfört. MÖD drog slutsatsen att regeringen inte upplåtit täktområdet som Natura 2000 eftersom täktintresset hade stor betydelse och det att skulle vara möjligt att bedriva verksamhet i området.

¹²⁴ MÖD 2009-10-09; M 350-09.

MÖD bedömde att de hydrologiska undersökningarna var välgjorda och utförda med en teknik som både Naturvårdsverket och SGU godkände. Dock fann domstolen att viss osäkerhet ansågs föreligga och att det därför var viktigt med ett välutvecklat kontrollprogram och att tillståndet skulle förenas med villkor.

Domstolen pekade på att det var osäkert om vissa av skyddsåtgärderna som föreslagits av bolaget skulle kunna hindra skada på områdena, men ansåg samtidigt att ett kontrollprogram medförde att någon allvarlig skada inte skulle inträffa. Eftersom täktverksamheten inte skulle påbörjas i de ömtåligaste delarna av området förrän efter tio år ansåg MÖD vidare att bolaget hade tid att utveckla de säkerhetsåtgärder som i framtiden skulle vidtas.

MÖD pekade även på att endast en mindre del av Natura 2000-områdena kommer att påverkas negativt och inte helheten. ”Domstolen gör (...) bedömningen att, trots de osäkerheter som föreligger vad avser bedömningen av de hydrologiska förhållandena, de planerade skydds- och kontrollåtgärderna bör leda till att effekterna inte påverkar de skyddade livsmiljöerna i området som helhet.”

Verksamheten ansågs tillåtlig men återförvisades till miljödomstolen för villkorsskrivning samt för att underätten skulle meddela tillstånd för kalktekten.

Miljödomstolen i Nackas dom kom 2011. Miljödomstolen ställde sig frågande till hur långt rättsverkningarna av MÖD:s dom från 2009 nådde och kritiserade några av de förslag till villkor som Nordkalk framlade för tillståndet. Man var även kritisk till att det inte fanns något förslag till kontrollprogram. Miljödomstolen ansåg att för att kunna meddela tillstånd i ett Natura 2000-ärende måste riskbedömning vara fullständig. Eftersom domstolen fann att MÖD:s dom var mycket allmänt hållen gällande villkoren för verksamheten ansåg sig miljödomstolen skyldig att pröva hela målet. Eftersom förutsättningar saknades för att meddela kalktekten tillstånd ogillade därefter miljödomstolen ansökan. Målet överklagades därefter återigen till MÖD.

MÖD:s andra avgörande i Bunge (Bunge II) kom 2012.¹²⁵ I domen utgår MÖD från att tillåtligheten för kalktekten redan fastställts i den första domen från 2009 och att miljödomstolen på grund av prövningsordningen borde ha följt den.

¹²⁵ Bunge II, MÖD 2012-07-07; M 10582-11.

MÖD hänvisade till bevarandeplanerna i området och konstaterade att några av de listade livsmiljöerna ansågs känsliga för förändringar i hydrologin, men ansåg att villkoren gav Natura 2000-områdena det skydd som behövdes.

Nordkalk ändrade sin ansökan under processen genom att bland annat dra transportvägen annorlunda och filtrera ut vattnet i en annan del av området. MÖD ansåg att ändringarna inte var av betydelse med hänvisning till MKB:n och meddelade tillstånd för kalktäkten med huvudsakligen de villkor som Nordkalk föreslagit.

Efterbehandlingen skulle enligt MÖD bestämmas i framtiden på grund av att det var viktigt att anpassa åtgärderna efter rådande förhållande. Kontrollprogramet kunde också fastställas och godkännas av tillsynsmyndigheten innan brytningen började medan villkor om vattenfiltrering inte kunde sättas på provotid eftersom filtreringen direkt påverkade Natura 2000-områdena.

Många trodde att Bungefallet hade kommit till vägs ände, men det överklagades till Högsta Domstolen (HD). Innan HD kungjorde beslut i målet påbörjade Nordkalk dock avverkning i området för den framtida täkten. Länsstyrelsen ingrep och stoppade avverkningen på grund av meningsskiljaktigheter angående bland annat avverkningsområdet och vissa andra frågor.¹²⁶ HD förordnade emellertid att tillståndet inte fick tas i anspråk och meddelade partiellt prövningstillstånd i frågan om MÖD:s uppdelning av bedömningen i en tillåtlighetsdom och i en tillståndsdom var förenligt med EU-rätten.¹²⁷

HD:s avgörande i sak kom i juni 2013.¹²⁸ HD:s redogjorde utförligt för EU-rätten på området och hänvisade exempelvis till hur försiktighetprincipen ska utläsas ur Waddensee och Alto Sil. HD uttalade först att ”tillståndsprovningen ska sålunda omfatta alla de effekter som den sökta verksamheten kan få på Natura 2000-området. Detta måste i sin tur anses innebära att en samlad bedömning ska göras i något skede av provningen, och att denna bedömning ska vara fullständig, exakt och slutlig.”

HD tog sedan upp hur långt rättskraften av en tillåtlighetsförklaring går i Natura 2000-frågor och pekade på att ”rättskraften sträcker sig inte längre än till sådant som har prövats i tillåtlighetsdomen. Det är därför angeläget att domstolen i det enskilda fallet

¹²⁶ Dnr. 526-2320-12, Föreläggande angående täktverksamhet.

¹²⁷ Högsta Domstolens beslut 2012-10-17, mål T 3158-12.

¹²⁸ Högsta Domstolens beslut 2013-06-18, mål T 3158-12.

klargör vilka frågor som bedöms. (...) Om det görs en mer allmän bedömning av villkoren, kan bedömningen inte anses bindande vid den närmare villkorbestämningen i den efterföljande tillståndsprövningen. ”

Att dela upp prövningen i två delar ska inte enligt domstolen få till resultat att någon aspekt i frågan förblir oprövad. HD fastslog att ”vid tillståndsprövningen ska därför domstolen först ta ställning till om en bedömning som uppfyller unionsrättens krav har skett i tillåtlighetsdomen. Det torde mera sällan vara fallet, med hänsyn till att det närmare innehållet i tillståndet och villkoren för detta återstår att fastställa. Därmed ska den samlade bedömningen göras vid tillståndsprövningen. Tillåtlighetsdomens rättskraft hindrar inte detta. ”

Enligt HD hade dock en relativt utförlig bedömning gjorts av MÖD, men på grund av att domstolen redan ansåg verksamheten som tillätlig begränsade MÖD ”sin prövning till de återstående tillståndsfrågorna”.

På grund av att någon fullständig bedömning inte gjorts undanröjdes MÖD:s dom och målet återförvisades till miljödomstolen för en fullständig tillståndsprövning enligt Natura 2000-regleringen.

Diskussion

Medan målet var uppe i MÖD hade EU-kommissionen en kommunikation med den svenska regeringen angående Bungetäkten.¹²⁹ Kommissionen frågade regeringen på vilken grund som täktområdet inte blivit utpekade som skyddsområde tidigare och om slutsatserna i Waddenzeemålet fullt ut hade följts. Först kan det konstateras att enligt EU-rättsfallet *Santoña Marshes* ska endast vetenskapliga kriterier användas vid utpekande av ett skyddsområde och ekonomiska intressen får inte tas i beaktande.¹³⁰ Den sällsynta gaffelfibblan och liknande livsmiljöer som bedömts skyddsvärda i de kringliggande Natura 2000-områdena fanns även i täktområdet.

¹²⁹ EU Pilot 2958/2012/ENVI – Kalkbrott i Bunge Ducker 1:64 (Gotland).

¹³⁰ *Santoña Marshes*, par. 26.

Även det EU-rättsliga fallet Lappel Banks tar upp frågan. Storbritannien hade utsett ett fågelskyddsområde, men undantagit området Lappel Banks trots att området enligt ornitologiska kriterier var lika skyddsvärt som området runtomkring. Lappel Banks hade undantagits på grund av att en hamn planerades att utvidgas just i detta område. EU-domstolen fastslog att ekonomiska intressen inte fick avgöra vilka områden som skyddades.¹³¹ I Bunge gällde frågan en kalktäkt, men slutsatsen bör bli densamma; att ekonomiska intressen inte får inverka på vilka skyddsområden som bildas. Således kan det ifrågasättas om regeringen har handlat i enlighet med den EU-rättsliga regleringen, eftersom det kan betvivlas att Sverige endast använde sig av vetenskapliga kriterier när täktområdet inte definierades som skyddsområde.

Förutom kommissionens kritik mot Sverige har också Bungefallet varit mycket omtalat i media. Fallet förtjänar dock sin uppmärksamhet eftersom målet är intressant från i huvudsak tre perspektiv.

Kan prövningen delas upp i en tillåtlighetsprövning och en tillståndsprövning?

MÖD har genom sina domslut i Bunge ansett att det är förenligt med gällande rätt att dela upp en prövning i Natura 2000-ärenden i två delar, en gällande tillåtlighetsprövningen och en gällande själva tillståndsprövningen. Någon argumentation varför så är fallet har inte förts, utan den svenska modellen har använts rakt av. HD:s bedömning pekar dock på att det inte är förenligt med EU-rätten att dela upp ett tillståndsförfarande i två delar om detta gör det omöjligt att utföra en fullständig prövning av verksamheten. Innan HD tog beslut i frågan var det osäkert hur tillåtlighetsbesluts rättsverkan skulle påverka kommande tillståndsbeslut.¹³² Många ansåg att rättskraften stod över EU-rätten eftersom principen är viktig även inom unionsrätten.

Det kan dock konstateras att HD, i linje med Alto Sil-avgörandet, fastslagit att rättskraften i en tillåtlighetsdom inte täcker fall där någon samlad bedömning inte kan utföras på grund av att tillståndsförfarandet delats upp. Detta görs särskilt gällande i fall när tillåtlighetsförklaringen är allmänt hållen och endast fastställer exempelvis

¹³¹ Lappel Banks, par. 31.

¹³² Darpö, Bunge-täkten i Högsta domstolen, s 2.

lokalisering av verksamheten. Det kan alltså konstateras att en uppdelning av prövningen som leder till att någon fullständig prövning inte sker går emot EU-rätten.

Kan vissa villkor bestämmas i framtiden?

Enligt svensk rätt kan domstolen delegera bestämmandet av villkor ”av mindre betydelse” till tillsynsmyndigheten.¹³³ I *Alto Sil* slår EU-domstolen dock fast att ”en bedömning enligt artikel 6.3 i livsmiljödirektivet kan inte anses som lämplig om den innehåller brister och saknar fullständiga, exakta och slutliga bedömningar och slutsatser”.¹³⁴

MÖD ansåg dock i sin första dom i målet att eftersom verksamheten först efter tio år kommer att närma sig de känsliga områdena kunde vissa villkor så som efterbehandling och kontrollprogram preciseras i framtiden. Enligt *Lough Corrib* ska riskbedömningen göras i ett långsiktigt perspektiv. Därför bör efterbehandling av kalktäckten ingå i riskbedömningen och inte bestämmas i framtiden. Utan vetskap om hur efterbehandlingen kommer att påverka området och om hur kalktäckten ska återställas kan en sådan slutlig bedömning avseende verksamhetens långsiktiga påverkan knappast göras.

Vissa av de mest betydelsefulla villkoren var således inte preciserade när MÖD meddelade tillstånd för verksamheten. Bedömningen i *Bungemålet* kan följaktligen inte anses vara lämplig enligt *Alto Sil* eftersom den saknar ”fullständiga och slutliga bedömningar”. Om villkor av betydelse inte har fastställts vid bedömningen kan inte heller domstolen hävda att någon fullständig riskanalys av potentiella framtida skador på området gjorts.

Att villkor av betydelse bestäms i efterhand av tillsynsmyndigheten, såsom gjorts i *Bungefallet*, bör alltså vara i strid med försiktighetsprincipen.¹³⁵ Villkor av mindre betydelse och villkor som inte kan påverka områdets gynnsamma bevarandestatus kan dock bestämmas i efterhand av tillsynsmyndigheten i linje med både svensk lagstiftning och EU-rätten.

¹³³ 22:25 4st. MB

¹³⁴ *Alto Sil*.

¹³⁵ Exempelvis följande villkor i *Bunge II* skulle fastställas i framtiden; villkor 18 angående kontrollprogram och villkor 22 angående kontrollprogram för vattenkvalitetet. Både villkor 18 & 19 delegerades till tillsynsmyndigheten att precisera i ett senare skede.

Vad leder vetenskaplig osäkerhet till?

MÖD fastslog i första målet att ”av utredningen i målet framgår att hydrologin i täktområdet och dess omgivning uppvisar stora heterogena förhållanden. Resultatet av beräkningarna innehåller därför osäkerheter.” Både länsstyrelsen och Naturvårdsverket hade påpekat att osäkerhet förelåg. Detta medan SGU ansåg att utredningen var trovärdig och att tillstånd kunde meddelas. Eftersom många av livsmiljöerna och arterna är känsliga för förändringar i hydrologin bör osäkerheten innebära en risk för skada på livsmiljöernas utbredning.¹³⁶ Dessutom var det också klarlagt att den förändrade hydrologin delvis skulle minska livsmiljöerna, vilket måste anses som skada på området.

MÖD uttryckte i Bunge I att villkoren ”*bör leda till att effekterna inte påverkar de skyddade livsmiljöerna*”. MÖD var således osäker på om områdena skulle skadas eller inte av verksamheten. Att inte ta hänsyn till osäkerheten går emot försiktighetsprincipen såsom den kan utläsas ur Waddenzeemålet och Lough Corrib.

I detta fall ansåg därtill flera fackmyndigheter att risk för skada på Natura 2000-områdena förelåg. Detta ska, enligt mig, tolkas som att det finns en risk att verksamheten kommer att skada områdena. En intressant fråga som kan ställas är om MÖD överhuvudtaget kan bortse från Naturvårdsverkets och länsstyrelsens uppgifter om att stor skada kan åsamkas området?

MÖD nämner i andra domen i målet bevarandeplanerna för områdena och hänvisar till att ”kalkkärr med gotlandsag och rikkärr är känsliga för förändringar i hydrologin”. Känsligheten hos dessa livsmiljöer verkar återigen ha varit klarlagt. Däremot nämner MÖD inget om de osäkerheter som av samma domstol ansågs föreligga i första domen i målet om hur livsmiljöerna skulle reagera på förändringarna i hydrologin. Detta kan i och för sig ha att göra med att MÖD i Bunge I redan prövat just dessa infallsvinklar och därmed ansåg sig bunden av den tidigare domen. Om så är fallet är det tveksamt om domstolen överhuvud taget gjorde en riskbedömning eftersom det i Bunge I, som konstaterats ovan, aldrig gjordes någon fullständig riskbedömning då viktiga uppgifter saknades.

¹³⁶ Något som MÖD också uttalade i Bunge I.

Att någon diskussion om den vetenskapliga osäkerheten inte förs av MÖD i Bunge II är intressant i synnerhet då Nordkalk delvis ändrade ansökan i andra målet. Företaget flyttade bland annat en väg och filtrerade ut vatten i en annan del av området, detta trots att det under inga omständigheter kunde träffas av rättskraften från den första domen. Som framhålls i målet borde detta leda till att MKB:n måste kompletteras eftersom de nya planerade åtgärderna inte täcktes av det gamla scenariot. MÖD utvecklar inte detta utan kommer endast till slutsatsen att tillståndsansökan ska bifallas, eftersom ingen skadlig påverkan kommer att uppkomma på Natura 2000-intressena.

EU-kommissionen ställde frågan till regeringen i kommunikationen angående Bungetakten om försiktighetsprincipen hade blivit tillgodosedd i målet. Jag har samma fråga som kommissionen, men vågar påstå att MÖD *inte* tillämpade försiktighetsprincipen i Bungefallet. MÖD:s agerande i Bunge bör ifrågasättas ur ett EU-rättsligt perspektiv.

5.6 "Muddermassorna i Karlshamn"¹³⁷

Karlshamns Hamn AB ansökte om att få dumpa muddermassor i en havsvik, Pukaviksbukten. Området är ett Natura 2000-område och MÖD ansåg att den stora mängden muddermassor som tillståndet gällde kvalificerade verksamheten som tillståndspliktig enligt 7:28 a MB. Den totala mängden som skulle dumpas i havet var 150 000 m³ vilket skulle täcka en yta av 75 000 m². MÖD noterade att klagande främst var oroliga över sedimentspridning, gifturlakning och påverkan på bottenmiljön samt påverkan på fiskarter såsom vildlax.

Domstolen hänvisade sedan till Waddenzeemålet och konstaterade att de kunskapsluckor som finns om Natura 2000-områdets skyddade arter och livsmiljöer samt deras bevarandestatus inte får leda till en försämring av områdets skydd utan istället "bör drabba den störande verksamheten". Domstolen fastslog vidare att endast "när det ur ett vetenskapligt perspektiv inte föreligger några rimliga tvivel om att verksamheten inte kan ha en skadlig inverkan" får tillstånd meddelas.

Domstolen konstaterade att de utredningar som presenterats i målet innehåller stora osäkerheter om hur muddermassorna kommer att reagera och hur detta kommer att

¹³⁷MÖD 2011-02-22; M 3488-10.

påverka området. Dumpningen ansågs inte vara ”optimal” då det inte var visat att ackumulering av gifter inte kommer att ske och att livsmiljöerna kunde ta skada av ”även en liten pålagring” på havsbotten. Dessutom ansåg domstolen att den stora areal dumpningen avsåg skulle leda till att den naturliga miljön helt kommer att försvinna under en period. På dessa grunder ansåg domstolen att tillstånd enligt 7:28 a MB inte kunde meddelas.

Diskussion

Inledningsvis kan konstateras att fallet inte refererats av MÖD. Domstolen för i detta fall en bra diskussion om vilka parametrar som är av vikt vid en riskbedömning enligt Natura 2000-regleringen. Domstolen refererar till Waddenzeemålet och gör ett tydligt ställningstagande om att osäkerhet i utredningarna angående hur området kommer att påverkas inte får gå ut över de skyddade objekten.

Domstolen konstaterar också att en stor del av den skyddade miljön helt kommer slås ut under en period, även om MÖD inte uttryckligen skriver det. Detta innebär att livsmiljöns yta kommer att reduceras, vilket också är ett av de förhållanden som ska analyseras för att kunna avgöra om en försämring av den gynnsamma bevarandestatusen föreligger eller inte.

MÖD ansåg dessutom att utredningen visade osäkerhet i frågan om påverkan på områdets gynnsamma bevarandestatus och meddelade därför inte tillstånd. Att MÖD både tar hänsyn till osäkerheterna i utredningen och till en potentiell långvarig reduktion av livsmiljöernas yta är positivt. Domen bör ses som ett tydligt utslag av försiktighetsprincipen.

5.7 ”Ekbockarna”¹³⁸

En kommun ville bebygga ett område med bostäder intill ett Natura 2000-område där det bland annat finns en hotad skalbaggeart, ekbocken, som är beroende av solbelysta lövträd såsom ekar.

MÖD ansåg att verksamheten var tillståndspliktig enligt 7:28 a MB och gick därför direkt över till riskbedömningen i 7:28 b MB. Domstolen hänvisade tillbaka till

¹³⁸ MÖD 2012:34.

underinstansernas ekologiska utredningar. MÖD pekade på att prövningen, enligt art- och habitatdirektivet, måste syfta till att bibehålla en gynnsam bevarandestatus och att arterna därför måste ha tillräckliga utbredningsområden och fortplantningsmöjligheter. MÖD fastslog vidare att bevarandeplanen för området ska beaktas vid tillståndsbedömningen. Därtill ansåg den att bedömningen förutsätter att alla aspekter av planen eller projekt som, enskilt eller i kombination med andra planer och projekt, identifieras med hjälp av det bästa vetenskapliga kunnandet på området. MÖD ansåg vidare att alla störningar, både temporära och stationära ska tas med i bedömningen för att främja syftet med direktivet.¹³⁹ Domstolen underströk också att försiktighetsprincipen ska tillämpas vid riskbedömning i enlighet med Waddenzeemålet.

När de äldre träden dör behöver trädskalbagarna nya träd och trädkorridorer utan avbrott för att överleva. Därför ansåg MÖD att de nya bostäderna i ett långsiktigt perspektiv sannolikt skulle äventyra skalbaggens överlevnad genom att skära av dessa korridorer.

MÖD konstaterade avslutningsvis att artens tillstånd ”måste beskrivas som mycket kritiskt”. Om verksamheten meddelades tillstånd ansåg domstolen med beaktande av försiktighetsprincipen att stor risk för en försämring av skalbaggnas gynnsamma bevarandestatus förelåg. Tillstånd medgavs följaktligen inte till verksamheten.

Diskussion

Skalbaggefallet är från 2012 och belyser en utveckling i rätt riktning av MÖD:s riskbedömningar i Natura 2000-frågor. Istället för att fåordigt och kortfattat meddela ett tillståndsbeslut för domstolen ett välutvecklat resonemang om vilka bedömningsgrunder som varit av vikt och på vilka grunder tillstånd nekats. I MÖD:s argumentation återfinns referenser till gynnsam bevarandestatus för skalbaggen och hur statusen ska kunna upprätthållas. I bedömningen visar domstolen att det är de långsiktiga skadorna på skalbaggnas livsmiljö som är oroväckande, vilket gör att tillstånd inte kan meddelas. Detta är i linje med de EU-rättsliga domarna Kornknarren, Alto Sil och Lough Corrib. Domstolen refererar också direkt till hur försiktighetsprincipen ska läsas i ljuset av Waddenzeefallet samt tydliga referenser till bevarandeplanen för området.

¹³⁹ Så länge som dessa var ”kvalificerade”.

MÖD har i detta fall använt sig av alla tillgängliga hjälpmedel för att kunna avgöra om tillstånd kan meddelas eller inte. Domstolarna har också bra förutsättningar genom utredningskravet och bevarandeplanerna för att göra tydliga riskbedömningar och det är glädjande att notera att MÖD använder dessa fullt ut.

5.8 "Tätningen av dammen"¹⁴⁰

Ett bolag, Fortum AB, hade sökt tillstånd för att utföra dammsäkerhetskänsliga åtgärder på en befintlig damm. Det läckande vattnet hade skapat en "ny miljö" för de hotade arterna flodpärlmussla och tjockskalig målarmussla. Av MKB:n framgick att det under rådande förhållanden läckte ca 200 liter vatten per sekund. Efter syn på platsen bedömde MÖD uppgiften som tillförlitlig. MKB:n, länsstyrelsen, kammarkollegiet samt remissinstanserna Naturvårdsverket och Havs- och vattenmyndigheten var alla överens om att de planerade åtgärderna skulle få till resultat att fårans egenskaper skulle förändras och i stort sett torrläggas. Det skulle innebära ett hot mot musselarterna och det Natura 2000-område som låg nedströms dammen.

MÖD konstaterade därefter att risken för skada på arterna innebar att tillstånd inte skulle meddelas utan villkor som kunde förhindra den framtida skadan. Därför meddelades villkor till det befintliga tillståndet att tappa lika mycket vatten i fåran som den icke-tätade dammen släppte igenom. Därmed skulle fårans karaktär inte komma att ändras.

Diskussion

Domen resulterade i att någon förändring i vattenflödet i fåran inte skedde och därmed påverkades inte de skyddade arterna överhuvudtaget. Fallet har tagits med för att ge ett klart och tydligt exempel på när försiktighetsprincipen *inte behöver tillämpas* eftersom skada inte kan uppkomma. Genom att sätta villkor för tillståndet som resulterar i att 0-alternativet bibehålls kan det med säkerhet konstateras att någon skada på de skyddade arterna inte kommer att uppstå. MÖD grundar också sitt beslut på uppgifter som framkommit i MKB:n såsom torrläggandet av fåran och hur mycket vatten som läckte vid bedömningen. MÖD hänvisar i målet till MKB:n och jämför dessa uppgifter mot vad remissinstanserna, länsstyrelsen och kammarkollegiet har hävdats i frågan. Några

¹⁴⁰ MÖD 2012:56.

vetenskapliga osäkerheter som kan påverka området negativt förelåg inte och någon skada på miljön kunde således inte uppkomma om villkoren efterlevdes.

5.9 "Kungsörnen och vindkraften"¹⁴¹

Fallet gällde en tillståndsprövning av tio vindkraftverk. Vattenfall Vindkraft Sverige AB ansökte om att placera verken på Mästermyr på Gotland. MÖD började med att konstatera att vindkraft såsom energikälla rimmar väl med miljöbalkens mål om hållbar utveckling. Det tilltänkta området för verken är också utpekade som riksintresse för vindkraft men ligger i närheten av ett Natura 2000-område.

Av den upprättade MKB:n konstaterades att Mästermyr är en viktig "fågellokal" för ett flertal fågelarter. Myren är en rastplats för många fåglar däribland vitkindade gäss och många rovfåglar såsom kungsörn, havsörn, duvhök och pilgrimsfalk.

Kungsörn och havsörn återfinns i fågeldirektivets bilaga I. Enligt Naturvårdsverket kan örnar drabbas av skador vid kollision med vindkraftverk och därmed lida potentiell skada eftersom arten är känslig. Dessutom menade Naturvårdsverket att det är osäkert om villkor för vindkraftverks användning kan minska skadan på örnarna.

Enligt undersökningen i målet observerades att båda örnarterna häckar på och i närheten av myren samt att de frekvent använder sig av marken för jakt. I samma studie går att läsa att det är oklart "hur örnarna jagar efter gäss och i vilken utsträckning örnarna gör det".

Därmed ansåg domstolen att det var svårt att överblicka konsekvenserna av skadorna på örnarna om vindkraftsparken etablerades. På grund av risken för skada på örnen samt att Mästermyr har stor betydelse som fågellokal ansåg MÖD att tillstånd inte kunde meddelas.

Diskussion

MÖD har valt att inte referera fallet. Domstolen för i målet ett resonemang om Mästermyrs stora betydelse som fågellokal. MÖD baserar tankegången på två undersökningar angående myrens fågelbestånd samt hur örn- och rovfåglar påverkas av vindkraftverk.

¹⁴¹ MÖD 2012-07-04; M 8344-11.

Domstolen framhåller två osäkerheter som utredningarna pekar på. Den första tveksamheten gör gällande att det inte finns någon vetenskaplig kunskap om hur och i vilken utsträckning örnar jagar vitkindade gäss i området. Detta resulterade enligt undersökningen i att det var svårare att förutse riskerna för örnen om vindkraften etablerades. Naturvårdsverkets rapport pekade dessutom på att kungsörnen är en art som sannolikt är känslig för vindkraftverk och på så sätt troligtvis påverkas i högre grad än andra rovfåglar.

Det verkar som att MÖD ansåg att osäkerheterna i utredningarna gjorde att domstolen inte kunde försäkra sig om att örnarna inte skulle ta skada av verksamheten. Ytterligare en faktor som bidrog till detta var att Naturvårdsverket ansåg det som ”tveksamt” om det finns några åtgärder eller villkor som kan minska risken för skada på örnen. Att domstolen på dessa grunder inte meddelade tillstånd till verksamheten ska ses som ett välgrundat utslag av försiktighetsprincipen eftersom domstolen under rådande förutsättningar inte kunde fastställa en tydlig skadebild. MÖD:s resonemang är också i linje med Alto Sil där det fastslås att känsligheten hos den skyddade arten är en viktig faktor i riskbedömningen.

Domstolen nämner varken försiktighetsprincipen, gynnsam bevarandestatus eller den svenska Natura 2000-regleringen, vilket är noterbart. Gotlands ornitologiska förening påpekar också att miljödomstolen i sin dom inte beaktat Sveriges internationella åtaganden och konstaterar att ”en viktig rast- och födosökslokal” för fåglarna reduceras om tillstånd meddelas. Sannolikt tog MÖD också detta i beaktande när de utförde bedömningen av hur örnarna skulle komma att skadas av kraftparksetableringen. Det hade dock varit intressant med en diskussion om hur örnarnas gynnsamma bevarandestatus skulle ha påverkats och varför risk för försämring fanns.¹⁴²

¹⁴² Genom exempelvis reducerat häckningsområde eller genom skaderisken vid kollision med verken.

5.10 "Fröplantagen"¹⁴³

Bergvik Skog Plantor AB ansökte om tillstånd för fröplantering i ett område i Älvkarleby kommun i Uppland. En del av detta område används som häckningsplats för fågeln kornknarren.

MÖD konstaterade att området inte är utsett till ett skyddsområde, men att medlemsstaterna ändå åläggs att skydda samtliga fågelarter enligt fågeldirektivet. Kornknarren är listad i bilaga 1. Domstolen menade att bedömningen måste göras med beaktande av kornknarrens gynnsamma bevarandestatus, men att prövningen också måste ta hänsyn till bolagets intressen.

Av undersökningen i fallet kan läsas att området för fröplantagen inhyste flera kornknarrar. Vidare ansåg Naturvårdsverket i en rapport att kornknarren är en skyddsvärd fågelart och att "reproduktionen av kornknarr med största sannolikhet är så låg att den svenska stammen inte är självbärande."

Kornknarren parar sig och häckar i områden med gräsmark och hög vegetation. Då dessa marker har minskat ansåg MÖD att tillstånd inte kunde meddelas för att plantera granfrö i det aktuella området. MÖD fastslog också att det inte var av vikt att kornknarren var relativt vanlig i Uppland, eftersom det i Sverige finns för få häckningslokaler för fåglarna. Domstolen konstaterade avslutningsvis att villkorsskrivning inte kan läka den skada som kan uppkomma på kornknarren utan ett förbud ansågs ändamålsenligt.

Diskussion

Fallet är intressant, trots att det inte refererats av MÖD, eftersom domstolen visar hur skaderekvisitet även kan tillämpas i områden som inte är utsedda till Natura 2000-områden.¹⁴⁴ MÖD ansåg att kornknarrens gynnsamma bevarandestatus skulle vara i fara om tillstånd meddelades till fröplantagen eftersom ytterligare en häckningsplats för kornknarren skulle försvinna. Eftersom en risk fanns för att kornknarrens reproduktion skulle äventyras meddelades inte heller tillstånd. Genom att beakta risken för potentiell skada, i ett långsiktigt perspektiv, på kornknarrens gynnsamma bevarandestatus tillämpade domstolen också försiktighetsprincipen.

¹⁴³ MÖD 2013-01-23, M 4980-12.

¹⁴⁴ Gällande fåglar.

6 Slutsatser

Av de studerade fallen kan följande slutsatser angående försiktighetsprincipen vid riskbedömningen i Natura 2000-ärenden dras:

Kortfattade och dåligt motiverade domskäl

Myndigheter och domstolar åläggs både enligt förvaltningslagen och enligt EU-rätten att motivera alla beslut. Illa motiverade beslut i Natura 2000-frågor leder till att förutsägbarheten riskerar att åsidosättas i en del av MÖD:s fall. Domskälen gällande riskbedömningen är ofta så kortfattade att det inte är möjligt för varken verksamhetsutövare eller underätter att utläsa vad MÖD egentligen syftar på. Verksamhetsutövaren har i och för sig fått ett tydligt utlåtande i det enskilda fallet om verksamheten tillåts eller inte. Problemet ligger istället i att det är svårt för framtida tillståndssökanden att veta vad som krävs för att tillstånd ska meddelas för en verksamhet.

Tännforsfallet är ett belysande exempel på en mycket kortfattad dom, där det inte går att följa MÖD:s tillvägagångsätt eller utröna om försiktighetsprincipen följts. Bunge I är ett exempel på en illa motiverad dom där miljödomstolen i ett senare skede inte ens ansåg sig ha tillräcklig vägledning från MÖD:s dom för att kunna fastställa villkor. EU-kommissionen påpekar också att det är viktigt att tillståndsmyndigheterna motiverar sina beslut. ”Om skälen till beslutet inte anges (...) uppfyller inte bedömningen sitt syfte och kan inte betraktas som gjord på lämpligt sätt.”¹⁴⁵

Hänvisningar till ” gynnsam bevarandestatus”

Det är fastställt på EU-nivå att skada uppstår enligt art. 6.3 2:a meningen art- och habitatdirektivet om en arts eller livsmiljös bevarandestatus riskerar att försämrats. Trots detta är det få av de studerade svenska domarna som nämner begreppet. Ekbocksfallet, Muddermassorna och Fröplantagen är exempel där begreppet använts aktivt, vilket även var fallet i Hägerums Kvarn II. I Bunge refereras också till begreppet, men det tolkas inte i ljuset av försiktighetsprincipen.

Att inte referera till gynnsam bevarandestatus leder till att riskbedömningen inte klargörs på ett tydligt sätt i domskälen. Eftersom skadebegreppet är relaterat till om en

¹⁴⁵ Kommissionens tolkningsguide, s 36f.

gynnsam bevarandestatus kan uppnås eller bibehållas bör alla domar i Natura 2000-ärenden ta upp begreppet.

Hänvisningar till förvaltningsplaner

Gemensamt för en majoritet av de studerande fallen från MÖD är att domstolen inte tydligt refererar till de förvaltningsplaner, som enligt svensk rätt måste upprättas för varje skyddsområde. Detta gäller även för den grundläggande MKB-utredningen i målet, där få mål ger någon sammanfattande bild av vad som framkommit av utredningen. Genom att hänvisa till dessa dokument skulle domarna få en tydligare motivering och bakgrund. På så sätt skulle det tydligare framgå om försiktighetsprincipen tillämpats eller ej. Domarna från EU-domstolen och HD:s dom från 2013 bör ses som förebilder, eftersom de ger en tydlig bild av de berörda områdenas speciella egenskaper och verksamhetens hotbild mot en gynnsam bevarandestatus.

Har försiktighetsprincipen tillämpats?

Av art – och habitatdirektivet framgår tydligt att skada på de skyddade områdena inte får ske på grund av en verksamhet. I Waddensee fastställs att tveksamhet om huruvida en skada på ett område kan uppstå av en verksamhet ska leda till nekat tillstånd. Detta har också fastställts av EU-domstolen i senare domar såsom Alto Sil och Lough Corrib. Enligt Alto Sil måste utredningen vara fullständig för att kunna tjäna som underlag för en riskbedömning och enligt Lough Corrib ska riskbedömningen göras i ett långsiktigt perspektiv.

Utredningarna i Bungemålen var spretiga och MÖD ställde SGU:s bedömning mot Naturvårdsverkets och länsstyrelsens. Liknade förhållanden rådde i både Småsaltningen och i Myggbeskämningen där flera myndigheter ifrågasatte att verksamheterna ansågs som säkra och att de inte skulle innebära en skada för Natura 2000-områdena. I alla tre fallen ansåg MÖD ändå att verksamheterna var ofarliga för Natura 2000-områdena.

Frågan bör åter igen ställas, kan MÖD bortse från sakliga uppgifter från myndigheterna? Bör inte deras uppgifter istället tala för att en risk för skada föreligger? Oavsett om osäkerhet förelåg eller om en stor skaderisk ansågs föreligga borde

slutsatsen, i enlighet med Waddensee, ha varit att inte meddela tillstånd för verksamheterna i ovan nämnda fall.

I Bunge I, drog MÖD slutsatsen att vetenskaplig osäkerhet förelåg gällande vilka konsekvenser verksamheten kommer ha på den skyddade miljön genom att fastslå att villkoren ”borde” leda till att skada inte uppstår. MÖD var således i dessa fall medveten om att den inte kunde säkerställa att relevant skada inte kunde uppstå på det skyddade området, men meddelade ändå tillstånd för verksamheten. Detta går tydligt emot Waddenzeedomen.

Bungemålet komplicerades av att MÖD valde att dela upp tillåtlighetsprövningen och tillståndsprövning, vilket ledde till att någon fullständig bedömning sannolikt aldrig gjordes. Därför kan det ifrågasättas om MÖD gjorde en självständig riskbedömning i Bunge II, eftersom domen baserades på Bunge I där inga villkor hade fastställts.

Således kan slutsatsen dras, i linje med HD:s uttalande i målet, att MÖD inte beaktade försiktighetsprincipen i Bunge eftersom någon slutlig och fullständig bedömning sannolikt inte gjordes.

Ett närliggande problem är att MÖD i några fall inte bestämt alla villkor i domen utan beslutat att dessa skulle bestämmas i framtiden av tillsynsmyndigheten. Att inte bestämma alla villkor av betydelse (även om någon uppdelning av tillåtelse- och tillståndsbesluten inte görs) leder till att någon fullständig bedömning inte kan göras, eftersom domstolen inte har all fakta som krävs för beslutet. Följaktligen bör MÖD inte sätta viktiga villkor efter provotid eller delegera detta till tillsynsmyndigheten då detta strider mot EU-rätten.

Ytterligare ett problem är att vissa domar, såsom Bunge, Myggbekämpningen och Tännforsen, motiverats så dåligt att det är svårt att utröna om MÖD har tagit försiktighetsprincipen i beaktande eller inte.

Som tidigare klargjorts beaktades inte försiktighetsprincipen i Bunge, men inte heller i Tännforsen, Myggbekämpningen eller Sandudden är det klarlagt att MÖD har följt försiktighetsprincipen.

Positiv utveckling

Trots de kritiska synpunkter som jag framfört är dock den allmänna tendensen positiv. MÖD:s domskäl har utvecklats positivt över tid och det är viktigt att komma ihåg att institutet om Natura 2000 är relativt nytt för domstolarna. Förutom Bunge, är alla domar som meddelats från 2011 och framåt väl motiverade. Ekbocksfallet ett är bra exempel på hur en dom angående Natura 2000-intressen bör skrivas. Domstolen hänvisar här till att gynnsam bevarandestatus ska bibehållas, till försiktighetsprincipen enligt Waddenzeemålet, MKB:n och förvaltningsplanen för området på ett tydligt och strukturerat sätt.

I Muddermassorna och Kungsörenen och vindkraften togs stor hänsyn till att det förelåg osäkerheter i hur områdena och arterna skulle reagera om verksamheterna tilläts, vilket är i enlighet med EU-rättslig praxis såsom Alto Sil och Kornknarrsfallen. I tätningen av dammen blev verksamheten oförändrad, eftersom villkorskraven resulterade i att fårans karaktär inte förändrades och någon vetenskaplig osäkerhet gällande konsekvenserna kan därför inte anses föreligga. Detta måste ses som ett bra exempel på ett mål som leder till att ingen skada åsamkas.

Fröplantagen och Ekbockarna är bra exempel på att MÖD har börjat tänka i ett långsiktigt perspektiv då domstolen såg både uppväxande granar och nedhuggna ekar som fara för de skyddade arternas gynnsamma bevarandestatus. Detta är i enlighet med Lough Corrib som kräver att bedömningar ska göras i ett långsiktigt perspektiv.

En intressant iakttagelse som framkommit är att MÖD utvecklat sitt tillvägagångssätt gällande riskbedömningar i Natura 2000-ärenden efter 2011. I exempelvis Ekbocksfallet och Muddermassorna har MÖD varit både noggrann i sin bedömning och utförligt motiverat domarna. Min förhoppning är att MÖD även fortsättningsvis kommer att göra lika tydliga och noggranna riskbedömningar som i dessa fall. Vad utvecklingen beror på kan jag endast spekulera om. Kanske har förändringen att göra med Alto Sil-målet som EU-domstolen publicerade 2011. Ytterligare en intressant fråga är varför några av de senare, väl underbyggda, domarna inte är refererade? Anser MÖD att de äldre domarna har större principiell relevans? Något svar på detta kan jag inte ge,

men det är anmärkningsvärt att MÖD inte själv verkar ha uppmärksammat den positiva utvecklingen.

Referenslista

EU-rättsliga fall och beslut

Mål C-44/95, 1996-07-11, ”Lappel Banks”

Mål C-127/02, 2004-09-07, ”Waddenzee”

Mål C-209/09, 2004-01-24, ”Kornknarren”

Mål C-258/11, 2013-04-11, ”Lough Corrib”

Mål C-404/09, 2011-11-24, ”Alto Sil”

Mål C-355/90, 1993-08-02, ”Santoña Marshes”

Beslut från EU-kommissionen

EU Pilot 2958/2012/ENVI – Kalkbrott i Bunge Ducker 1:64 (Gotland).

Rättsfall från Mark- och miljööverdomstolen

MÖD 2003:100 ”Hallandsåsen”

MÖD 2004:68 ”Hägerums Kvarn II”

MÖD 2005-01-13; M 4878-04 ”Sandudden i Mälaren”

MÖD 2007-10-10; M 723-07 ”Tännforsen”

MÖD 2009:1 ”Myggbekämpningen”

MÖD 2009-10-09; M 350-09 ”Bunge I”

MÖD 2012-07-05; M 10582- 11 ”Bunge II”

MÖD 2011-02-22; M 3488-10. ”Muddermassorna i Karlshamn”

MÖD 2012:34 ”Ekbockarna”

MÖD 2012:56 ”Tätningen av dammen”

MÖD 2012-07-04; M 8344-11 ”Kungsörnen och vindkraften”

MÖD 2013-01-23, M 4980-12. ”Fröplantagen”

Övriga svenska beslut

Beslut av länsstyrelsen i Gotland, Dnr. 526-2320-12, Föreläggande angående täktverksamhet.

Högsta Domstolens beslut 2013-06-18, mål nummer T 3158-12.

Övriga svenska rättsfall

RÅ 2004 ref. 109.

Litteratur

Ebbeson, J & Langlet, D, (red.), Koll på kemikalier- rättsliga förändringar, möjligheter och begränsningar, Iustus Förlag AB, 2010.

Langlet, D & Mahmoudi, S, EU:s miljö rätt, 3:e uppl., Norstedts Juridik AB, 2011.

Michanek, G & Zetterberg, C, Den svenska miljö rätten, 2:a uppl., Iustus Förlag AB, 2008.

Artiklar

Darpö, J, Natura 2000 i Sverige, del I: om rättstillämpningen i miljödomstolarna, Juridisk tidskrift, 2007-08 NR 1.

Darpö, J, Natura 2000 i Sverige, del II, Om processuella problem i tillämpningen av EG-reglerna, Juridisk tidskrift, 2007-08 NR 2.

Darpö, J, Bunge-takten och EU-rätten, Om mötet mellan tillåthetsförklaringar och art- och habitatdirektivet, JP Miljönet, 2012-10-14.

Darpö, J, Bunge-takten i Högsta Domstolen, Miljöaktuellt 2013-06-20.

de Sadeeler, The effect of uncertainty on the threshold levels to which the precautionary principle appears to be subject, Environmental risk, vol 3, Dartmouth, Ashgate, 2004.

de Sadeeler, N, The birds, habitats and environmental liability directives to the rescue of wildlife and threat, The yearbook of European environmental law, vol. 7, Oxford university press, 2007, s 26-75.

de Sadeeler, EC law and bioersity. How to save Noah's ark, Journal of European environmental and planning law, 2007/3, s 168-280.

de Sadeeler, N, The precautionary principle in EU law, AV & S, 2010, s 173-184.

de Sadeeler, N, The principle of high level of environmental protection in EU law: policy principle or general principle of law?, ur Miljö rättsliga perspektiv och tankevänder -Vänbok till Jan Darpö och Gaabriel Michanek, Iustus Förlag AB, 2013.

Offentligt tryck

Prop. 2000/2001:111, Skyddet för vissa djur- och växtarter och deras livsmiljöer.

KOM (2000) 1 slutlig, meddelande från kommissionen om försiktighetsprincipen.

Natura 2000 i Sverige- handbok med allmänna råd, Handbok 2003, 9 december.
”Naturvårdsverkets Handbok”

Skötsel och förvaltning av Natura 2000-områden artikel 6 i art-och habitatdirektivet 92/43/EEG. ”EU-kommissionens tolkningsguide”.