

YTTRANDE

2021-04-26

Ärendenr:

NV-00889-20

Mark- och miljööverdomstolen

Svea.avd6@dom.se

Yttrande i mål nr M 1579–20, angående ansökan om tillstånd till fortsatt och utökad täktverksamhet samt vattenverksamhet vid Slite, Gotlands kommun

Med anledning av domstolens föreläggande, aktbilaga 339, anför Naturvårdsverket följande.

Naturvårdsverket har tagit del av aktbilagorna 337 och 338.

1. Inställning

Naturvårdsverkets bedömning är alltså att den ansökta täktverksamheten kräver dispens enligt 14 och 15 §§ artskyddsförordningen.

2. Utveckling av talan

EU-domstolen har i förenade målen C-473/19 och C-474/19 besvarat frågor om hur artikel 5 i fågeldirektivet samt artikel 12 art- och habitatdirektivet ska tolkas. Naturvårdsverket anför med anledning av EU-domstolens avgörande samt bolagets inställning till detsamma följande.

2.1. Avsiktighet

EU-domstolen har slagit fast att för att kravet på avsiktighet i artikel 12.1 a i livsmiljödirektivet ska anses vara uppfyllt krävs det att personen i fråga har velat fånga eller döda ett exemplar av en skyddad djurart, eller åtminstone godtagit risken för en sådan fångst eller ett sådant dödande (mål C-221/04, punkt 71). Detsamma gäller för förbuden i artikel 12.1 b och c i direktivet. I mål C-473/19 och C-474/19 konstaterar EU-domstolen att därmed kan bestämmelserna således vara tillämpliga på åtgärder, såsom skogsbruksåtgärder eller markexploatering, vilkas syfte uppenbart är ett annat än avsiktlig fångst, dödande eller störning av djurarter eller avsiktlig förstörelse och insamling av ägg (punkt 51–53).

Cementa har anfört att det krävs uppenbar likgiltighet för att avsiktlighet ska föreligga och hänvisar till kommissionens vägledning¹ samt MÖD 2014:48. Naturvårdsverket konstaterar att kommissionens vägledning inte är bindande och att det inte i någon av de domar² från EU-domstolen som hanterar begreppet ”avsiktlighet” anges att uppenbar likgiltighet för förbuden krävs för att avsiktlighet ska anses vara för handen. Efter MÖD 2014:48 har, såvitt Naturvårdsverket kan bedöma, Mark- och miljööverdomstolens fasta praxis³ istället utgått ifrån den definition som följer av EU-domstolens avgöranden. Mark- och miljööverdomstolens praxis gällande avsiktlighet är således i överensstämmelse med EU-rättens slutsatser.

Naturvårdsverket konstaterar att flertalet fjärilsindivider och larver kommer att dödas och att ägg kommer att förstöras genom täktverksamheten. Det finns inte några skyddsåtgärder som förhindrar detta. Bolaget avser ändå att bedriva täktverksamheten och har därmed accepterat inte bara risken utan även den faktiska konsekvensen att fjärilsindivider och larver dödas samt att ägg förstörs. Det rör sig således om avsiktliga handlingar.

2.2. Påverkan på bevarandestatus

EU-domstolen slår i de förenade målen C-473/19 och C-474/19 fast att direktivet ska tolkas så att den utgör hinder för en nationell praxis enligt vilken förbuden i artikel 12.1 a-c art- och habitatdirektivet, för det fall mänsklig verksamhet såsom skogsbruksåtgärder eller markexploatering uppenbart har ett annat syfte än att döda eller störa djurarter, endast är tillämpliga om det finns en risk för att berörda arters bevarandestatus påverkas negativt (punkt 54–61). EU-domstolen slår också fast att bestämmelserna inte upphör att gälla för arter som har uppnått gynnsam bevarandestatus (punkt 66).

EU-domstolen konstaterar att beträffande vilken betydelse en djurarts bevarandestatus har för tillämpningen av förbuden i artikel 12.1 a och c i livsmiljödirektivet, framgår kravet att göra en bedömning på individnivå av lydelsen i den bestämmelsen. Medlemsstaterna är nämligen skyldiga att förbjuda vissa handlingar som skadar ”exemplar” av eller ”ägg” från djurarter (punkt 54). Den praxis som hittills rått i svensk rätt och som förutsätter en påverkan på aktuell arts bevarandestatus för verksamheter där syftet uppenbart är ett annat är därmed inte förenlig med EU-rätten.

I Cementas fall innebär detta att eftersom dödande av individer av de båda fjärilsarterna samt skada på ägg och larver inte kan undvikas om täktverksamheten genomförs krävs det en dispens från förbudet i 4 § 1–3 artskyddsförordningen. Även om skötselåtgärderna för att bilda nya bestående fortplantningsområden och viloplatser för fjärilarna skulle lyckas motverka dessa inte förlusten av fjärilsindivider i alla levnadsstadier på det område som

¹ Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer.

² Se EU-domstolens mål C-103/00, och C-221/04, samt nu avgjorda mål i Skydda skogen

³ Se t ex MÖD 2015:3, MÖD 2016:1 samt Mark- och miljööverdomstolens avgörande den 3 februari 2016 i mål M 2114-15.

oundvikligen bryts bort genom täktverksamheten. Det är därför inte fråga om förebyggande åtgärder när det gäller skydd för fjärilsindivider.

2.3. Fortplantningsområden och viloplatser

EU-domstolen slår i aktuellt förhandsavgörande fast att artikel 12.1 d ska tolkas så att den utgör hinder för en nationell praxis som innebär att om kontinuerlig ekologisk funktionalitet i den berörda artens livsmiljö i ett enskilt område – trots försiktighetsåtgärder – direkt eller indirekt går förlorad genom skada, förstörelse eller försämring, orsakad av den aktuella åtgärden separat eller i kombination med andra åtgärder, så aktualiseras förbudet i den bestämmelsen först om den berörda artens bevarandestatus riskerar att försämrats (punkt 86).

Som Naturvårdsverket tidigare anfört i målet stämmer detta med hur bestämmelsen tillämpats i svensk rätt.⁴ Påverkan på en arts bevarandestatus har inte varit en kvalifikationströskel för att förbudet ska aktualiseras. Naturvårdsverket vidhåller att bolaget inte visat att kontinuerlig ekologisk funktion kommer att bibehållas för de aktuella fjärilsarterna. Bolaget har visserligen genomfört omfattande studier och även genomfört praktiska försök och åtgärder för att dels få mer kunskap om de fridlysta fjärilsarternas ekologi, dels klarlägga effekterna av den planerade markexploateringen. Kunskapen om de fridlysta fjärilsarterna har också ökat väsentligt tack vare de genomförda studierna. De praktiska försöken och åtgärderna som bolaget genomfört i syfte att visa att det är möjligt att tillskapa kontinuerlig ekologisk funktion har dock varit väsentligt mindre omfattande än studierna av fjärilsarternas ekologi vilket bland annat tydligt framkom under synen den 8 oktober 2020. På synelokalen, punkten 1A, aktbilaga 247, där bolaget försökt tillskapa fungerade livsmiljöer för den fridlysta väddnätfjärilen hade försöken misslyckats bland annat eftersom tillskapandet av de växtsamhällen som fjärilarna är beroende av inte alls lyckats. Svårigheterna med att skapa fungerande livsmiljöer framgår även av bolagets rapport om resultat från fjärilsstudier 2020, aktbilaga 174. Fjärilarnas livsmiljökrav är komplexa och även om flera viktiga variabler kan identifieras förblir många för arterna nödvändiga variabler okända. Det är därför svårt eller ibland inte möjligt att lyckas med att tillskapa nya livsmiljöer. Mot bakgrund av de resultat som bolaget hittills presenterat är det inte visat att det är möjligt att uppnå bibehållen kontinuerlig ekologisk funktion för de aktuella fjärilsarterna.

2.4. Fåglar

Naturvårdsverket konstaterar att EU-domstolen valt att inte besvara den hänskjutande domstolens frågor gällande artikel 5 fågeldirektivet annat än att alla vilt förekommande fåglar omfattas av direktivet. EU-domstolen konstaterar att det framgår av begäran om förhandsavgörande att det i artskyddsförordningen, med avseende på förbuden i förordningens 4 § mot avsiktlig fångst, störning och dödande av djurarter samt avsiktlig förstörelse och insamling av ägg inte görs någon åtskillnad mellan de arter som omfattas av livsmiljödirektivet och de arter som omfattas av fågeldirektivet. EU-domstolen konstaterar vidare att den hänskjutande domstolen särskilt har betonat att de

⁴ Se Naturvårdsverkets yttrande den 25 maj 2020.

avsiktliga handlingar som är förbjudna enligt artikel 5 a–d i fågeldirektivet och artikel 12.1 a–c i livsmiljödirektivet har införlivats genom 4 § första stycket punkterna 1–3 i artskyddsförordningen. EU-domstolen erinrar om att enligt artikel 14 i fågeldirektivet får medlemsstaterna införa strängare skyddsåtgärder än de som föreskrivs i direktivet och inskränker därför prövningen av fråga 2 i begäran om förhandsavgörande till artikel 12.1 a–c i livsmiljödirektivet.

EU-domstolen gör därmed inte något uttalande gällande huruvida det enligt fågeldirektivet krävs en påverkan på bevarandestatusen för att förbudet att döda eller störa fåglar samt skada bon och ägg ska aktualiseras. Det finns ett behov av att Mark- och miljööverdomstolen klargör hur bestämmelsen i 4 § 1–3 artskyddsförordningen ska tillämpas för fåglar. I nu aktuellt mål aktualiseras framför allt frågan om störande och förstörande av ägg samt förstörande av fortplantningsområden och viloplatser.

Enligt 4 § 4 artskyddsförordningen är det förbjudet att skada eller förstöra fortplantningsområden eller viloplatser för fåglar. Det krävs varken avsiktlighet eller påverkan på bevarandestatusen för att förbudet ska aktualiseras. Mark- och miljööverdomstolen har i två mål om skogsbruk uttalat sig om implementeringen av fågeldirektivet i 4 § 4 artskyddsförordningen och slagit fast att bestämmelsen har stöd i fågeldirektivet och i 8 kap. 1 § miljöbalken.⁵ Naturvårdsverket konstaterar att det inom det sökta brytområdet finns nattskärar och trädlärika. Det kan enligt Naturvårdsverket inte uteslutas att dispens krävs för nattskärar och trädlärika när det gäller skada eller förstörande av fortplantningsområden och viloplatser.

2.4.1. Tvingande allt överskuggande allmänintresse

Av praxis följer att kriteriet ”andra tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse” ska ges en restriktiv tolkning och att kraven på det överskuggande allmänintresset måste sättas högt (MÖD 2015:3).

Vidare anges i EU-kommissionens dokument ”Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer” (slutlig version, februari 2007) bl.a., när det gäller allmänintresse, att projekt som enbart ligger i ett företags eller en individs intresse normalt inte omfattas samt, när det gäller överskuggande, att en noggrann avvägning av intressen måste göras och att allmänintresset normalt bara är överskuggande om det utgör ett långsiktigt intresse, dvs. kortsiktiga intressen som bara ger fördelar på kort sikt är inte tillräckliga för att uppväga förlusten av en långsiktig förlust av bevarandet av arter.⁶

För att ge en tydligare bild av vad som kan anses vara potentiellt tvingande orsaker som har ett väsentligt allmänintresse, har kommissionen i ”Vägledning om artikel 6.4 i habitatdirektivet 92/43/EEG” redogjort för exempel som har

⁵Mark- och miljööverdomstolens dom den 9 dec 2020 i mål M 9836–19 samt dom den 20 december 2018 i mål M 10104-17. Jfr även Mark- och miljööverdomstolens dom den 27 november 2019 i mål M 11916-17 som gällde havsörn och där ett skyddsavstånd på 400 meter inte ansetts tillräckligt för att förhindra en otillåten påverkan från täktverksamhet på havsörnarnas boplatser.

⁶ Se särskilt sida 54.

hämtats från de yttranden som kommissionen, som svar till medlemsstaterna, har avgett inom ramen för artikel 6.4. En närmare redogörelse för dessa återfinns i MÖD 2015:3. Därutöver har Mark- och miljööverdomstolen den 30 april 2019 i mål nr M 10717-17 (Billinge Fälad) anfört att ett tillgodogörande av en kaolinfyndighet inte kan anses utgöra ett sådant tvingande skäl som har ett allt överskuggande samhällsintresse. Det kan noteras att kaolinfyndigheten i Billinge Fälad var utpekad som riksintresse.

Naturvårdsverket anser att det inte är visat att den sökta verksamheten är jämförbar med de projekt som nämns i kommissionens vägledning. Bolaget har åberopat omständigheter som är hänförliga såväl till täkten som till Slitefabriken. Naturvårdsverket anser att det som utgångspunkt är den sökta verksamheten, det vill säga täktverksamheten, som ska bedömas (jfr Billinge Fälad). I Cementas senaste yttrande redogörs för såväl konsekvenser av en nedläggning av Slitefabriken som storskalig import av råvara. I avsnitt 4.5 i MKB:n redogörs för det sistnämnda, d.v.s. att alternativet skulle vara att importera kalksten och att det inte är försvarbart ur bl.a. ett ekonomiskt perspektiv. Som ovan nämnts anges i kommissionens vägledning att verksamheter som enbart ligger i ett företags intresse normalt inte kan komma i fråga.

Enligt Naturvårdsverket har bolaget inte visat att den ansökta täktverksamheten utgör skäl av tvingande orsaker som har ett allt överskuggande allmänintresse.

2.4.2. Avsaknad av annan lämplig lösning

I EU-domstolens dom i mål C-674/17 (Tapiola) går domstolen igenom kriterierna för att kunna erhålla en dispens enligt art. 16 art- och habitatdirektivet. EU-domstolen slår fast att medlemsstaterna enligt artikel 16.1 i art- och habitatdirektivet är skyldiga att lämna en noggrann och tillräcklig motivering beträffande avsaknaden av andra lämpliga lösningar som gör det möjligt att nå de mål som åberopas till stöd för det aktuella undantaget. Denna motiveringsskyldighet är inte uppfylld när undantagsbeslutet varken innehåller någon uppgift om att det inte finns någon annan lämplig lösning eller hänvisning till de tekniska, rättsliga och vetenskapliga rapporter som är relevanta i detta avseende. EU-domstolen slår mot bakgrund av det ovan anförda fast att det ankommer på behöriga nationella myndigheter att, i samband med beviljandet av undantag (dispens) fastställa att det inte finns någon annan lämplig lösning för att uppnå det eftersträlvade målet med iakttagande av de förbud som uppställs i livsmiljödirektivet. Fastställandet ska göras bland annat med hänsyn till de mest tillförlitliga och relevanta vetenskapliga och tekniska rönen och mot bakgrund av omständigheterna i det specifika fallet (punkt 49–51).⁷

Vidare framgår av kommissionens vägledning att medlemsstaternas handlingsfrihet är begränsad och om det finns någon annan lösning måste varje argument som säger att denna inte är ”tillfredsställande” vara väl underbyggd. I vägledningen understryks att en annan lösning inte kan bedömas som

⁷ Se även dom i mål C-342/05, punkt 31.

otillfredsställande bara därför att den skulle orsaka mer besvär för, eller kräva ett annat tillvägagångssätt hos, de parter som skulle gynnas av undantaget.⁸

Cementa har uppgett att det inte finns andra alternativ än storskalig import om tillstånd inte ges för den sökta verksamheten. Detta alternativ är dock enligt Naturvårdsverket inte redogjort för på ett sådant sätt att det går att bedöma med hänsyn till de mest tillförlitliga och relevanta vetenskapliga och tekniska rönen i enlighet med vad EU-domstolen uttalat.

2.4.3. *Upprätthållande av gynnsam bevarandestatus*

I Tapiola-domen slår EU-domstolen fast att det ska säkerställas att det aktuella undantaget inte strider mot det villkor som anges i artikel 16.1 i livsmiljödirektivet, enligt vilket undantaget inte får försvåra upprätthållandet av en gynnsam bevarandestatus hos bestånden av de berörda arterna i deras naturliga utbredningsområde. Den gynnsamma bevarandestatusen hos bestånden av de berörda arterna i deras naturliga utbredningsområde är nämligen ett nödvändigt förhandsvillkor som ska vara uppfyllt för beviljande av de undantag som föreskrivs i artikel 16.1 (punkt 54–55).

EU-domstolen erinrar i punkt 56 om att enligt artikel 1 i) i livsmiljödirektivet ska bevarandestatusen anses gynnsam när, för det första, uppgifter om den berörda artens populationsutveckling visar att arten på lång sikt kommer att förbli en livskraftig del av sin livsmiljö, för det andra, artens naturliga utbredningsområde varken minskar eller sannolikt kommer att minska inom en överskådlig framtid, och, för det tredje, att det finns, och sannolikt kommer att fortsätta att finnas, en tillräckligt stor livsmiljö för att artens populationer ska bibehållas på lång sikt. Ett undantag enligt artikel 16.1 i livsmiljödirektivet ska således grundas på kriterier som fastställts för att säkerställa bevarandet på lång sikt av utvecklingen och den sociala stabiliteten hos den berörda arten.

Vid beviljandet av ett undantag enligt artikel 16 ankommer det på den behöriga nationella myndigheten att i ett första skede fastställa bevarandestatusen hos bestånden av de berörda arterna och, i ett andra skede, fastställa den geografiska och demografiska inverkan som de planerade undantagen kan ha på denna bevarandestatus. Det är dessutom som huvudregel nödvändigt att bedöma vilken inverkan ett undantag får på ett lokalt bestånd för att kunna bedöma vilken inverkan ett undantag får för bevarandestatusen för hela det aktuella beståndet. I den mån ett sådant undantag måste uppfylla klart definierade krav och motsvara specifika situationer, kommer konsekvenserna av ett sådant undantag vanligtvis bli mest påtagliga i det lokala område som omfattas av undantaget. Bevarandestatusen hos ett bestånd på nationell eller biogeografisk nivå påverkas dessutom av de sammanlagda konsekvenserna av de olika undantag som påverkar lokalområdena (punkt 58–59).

EU-domstolen har i mål C-342/05 punkt 29, Tapiola-domen punkt 68–69 samt mål C-217/19 punkt 84 angett att det är möjligt att bevilja sådana undantag även i fall då bevarandestatusen inte är gynnsam, men att sådana undantag endast kan beviljas i särskilda fall och att ett sådant beviljande även ska bedömas mot

⁸ Se ”Vägledning om artikel 6.4 i habitatdirektivet 92/43/EEG”, sida 58.

bakgrund av försiktighetsprincipen. Det ska också vederbörligen ha konstaterats att detta inte kan förvärpa den ogynnsamma bevarandestatusen hos de aktuella bestånden eller förhindra återställandet av en gynnsam bevarandestatus hos dessa. Vad som kan utgöra särskilda fall framgår inte av domarna.

Enligt Sveriges senaste rapportering till EU enligt artikel 17 i art- och habitatdirektivet 2019 och de gemensamt beslutade bedömningsgrunderna för rapporteringen inom EU, hade de två fjärilsarterna en dålig bevarandestatus med en negativ trend i boreal region. Naturvårdsverket bedömer att en dispens skulle förvärpa den ogynnsamma bevarandestatusen för de båda arterna och försvåra återställandet ytterligare av en gynnsam bevarandestatus. Skälet till denna bedömning är bland annat att fjärilarnas livsmiljökrav är komplexa och även om flera viktiga variabler kan identifieras så förblir nödvändiga variabler okända. Även i det fall samtliga nödvändiga variabler skulle vara kända återstår svårigheten med att tillskapa livsmiljöerna. Konsekvensen av detta är att det är mycket svårt eller omöjligt att ersätta välfungerande livsmiljöer som förstörs irreversibelt. Denna bedömning delas även av bland annat SLU Artdatabanken, aktbilaga 194 och 227.

Beslut om detta yttrande har fattats av enhetschef Karolina Ardesjö Lundén.

Vid den slutliga handläggningen har i övrigt deltagit biologen Björn-Axel Beier samt miljöjuristerna Caroline Appelberg och Torunn Hofset, den sistnämnde föredragande.

För Naturvårdsverket

Karolina Ardesjö Lundén

Enhetschef

Torunn Hofset

Detta beslut har fattats digitalt och saknar därför namnunderskrifter.