

YTTRANDE

2020-05-25

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 i Gotlands kommun

Med anledning av domstolens föreläggande, aktilaga 70, anför Naturvårdsverket följande.

Naturvårdsverket har tagit del av aktilagorna 16, 28 och 60.

1. Inställning och yrkanden

Naturvårdsverket bestrider bolagets yrkande om ändring av villkor 19 och 20.

2. Grunder för bestridande

2.1. Villkor 19 och 20

Naturvårdsverket delar förvisso bolagets inställning att frågan om åtgärder för de skyddade fjärilarna inte kan delegeras till tillsynsmyndigheten att besluta om på det sätt som mark- och miljödomstolen gjort. Bolagets förslag till villkor löser dock inte det grundläggande problemet att mark med betydande förekomster av apollofjäril, svartfläckig blåvinge och vädnnätfjäril, försvinner för evärdlig tid. Det är med andra ord inte säkerställt att det inte uppstår en betydande nettoförlust av habitat för de nämnda fjärilsarterna. Enligt Naturvårdsverket kan verksamheten i sin helhet inte tillåtas. Naturvårdsverket har utvecklat grunderna för detta i det kompletterande överklagandet där även Naturvårdsverkets invändningar mot villkor 19 och 20 framgår.

2.2. Kommentar till PM "Kriterier för funktionellt habitat för vädnnätfjäril, svartfläckig blåvinge och apollofjäril" (aktilaga 16)

Gränsvärdet för när en yta enligt PM utgör en funktionell livsmiljö för vädnnätfjäril redovisas baserat på en undersökning av sambandet mellan förekomst av fjärilsindivider och av ängsvädd. Den för vädnnätfjäril funktionella livsmiljön beskrivs som ett "index" baserat på kvaliteten och kvantiteten av

värdväxten ängsvädd. Huruvida det finns ytor utanför undersökningsområdet som uppfyller detta ”index” utan förekomst av väddnätfjäril omnämns eller redovisas inte. Det finns sannolikt betydande arealer med ängsvädd som matchar ”indexet” utan att härbärgera några individer av väddnätfjäril. Förklaringen till detta är bland annat att ängsvädd har mindre specifika krav på sin livsmiljö än fjärilen. Exempelvis kan nämnas att ängsvädd är helt indifferent till växtplatsens pH, och vad gäller markens beskaffenhet i övrigt finns också en spännvidd.¹ Ängsvädd är en ”halvljusväxt” innebärande att den förekommer både på platser helt utan skugga och på skuggande platser med en relativ beskuggning. Det är förvånande att PM inte beaktar miljöer som idag uppfyller ”ängsväddindexets” definition på funktionell livsmiljö men som ändå inte hyser väddnätfjäril.

På motsvarande sätt förbises komplexiteten i vad en funktionell livsmiljö innebär för de andra två fjärilsarterna genom att reducera definition på funktionell livsmiljö till ett fåtal variabler.

I PM hävdas att ”Ytorna kan därför inte betas om de långsiktigt ska fungera som fortplantningsmiljöer”. Frågan är vad som händer med miljöerna om det inte förekommer bete överhuvudtaget på lång sikt. Extensivt bete är ur ett evolutionärt perspektiv en integrerad del av ekosystemen och det som händer när den dynamik som bete innebär förhindras på lång sikt är problematisk för de aktuella vegetationstypernas fortbestånd. Frånvaro av bete kommer innebära igenväxning och ökande täckningsgrad av träd- och buskskiktet vilket inte gynnar de aktuella fjärilsarterna.

Det är Naturvårdsverket uppfattning att det inte är möjligt att definiera funktionell livsmiljö för de aktuella arterna enbart baserat på några få variabler. Livsbetingelserna för arterna är komplexa och låter sig inte reduceras på det beskrivna sättet.²

3. Tillämpningen av 4 § 4 artskyddsförordningen

Bolaget menar, som det får förstås, att det krävs påverkan på bevarandestatusen för en art för att förbudet i 4 § 4 p artskyddsförordningen (2007:845) ska aktualiseras. Enligt Naturvårdsverket finns det inte stöd för en sådan tolkning varken enligt artskyddsförordningen eller art- och habitatdirektivet³. Mark- och miljööverdomstolen gör i MÖD 2016:1, Klinthagen, en genomgång av 4 § artskyddsförordningen i förhållande till de båda fjärilsarterna svartfläckig blåvinge och apollofjäril. Först bedömer domstolen att de individer av arten som riskerar att dödas som en följd av en exploatering av området inte kan antas medföra någon beaktansvärd risk för påverkan på fjärilsarternas bevarandestatus inom populationen eller inom boreal region. Därmed, enligt domstolen, är verksamheten inte förbjuden enligt 4 § 1 eller 2 artskyddsförordningen. Domstolen konstaterar därefter att en exploatering av området skulle innebära att fjärilsarternas tillgång till platser för fortplantning inom kärnområdet minskar och är därmed att anse som en sådan skada på fortplantningsområden som är

¹ Se även H. Ellenberg, H.E. Weber, R. Düll, V. Wirth, W. Werner, D. Paulßen. 1992. Zeigerwerte von Pflanzen in Mitteleuropa. Scripta Geobotanica 18, 2. Auflage, sidan 145.

² Ellenberg et al, 1992, sidan 145.

³ Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter, senast ändrat genom rådets direktiv 2006/105/EG

förbjuden enligt 4 § 4 artskyddsförordningen. Detta utan att nämna något om bevarandestatusen.

I Mark- och miljööverdomstolens dom den 17 november 2016 mål nr 3129–16 (Skövdedomen) hänvisar Mark- och miljööverdomstolen till MÖD 2016:1 utan att ange att domstolen gör en annan bedömning än i Klinthagen. Som ovan beskrivits gör inte Mark- och miljööverdomstolen en bevarandestatusbedömning avseende fortplantningsområdena. Det som bedöms är påverkan på den kontinuerliga ekologiska funktionen. Vid prövningen av omständigheterna i sak framgår att Mark- och miljööverdomstolen har gjort två olika prövningar. Först prövar domstolen utifrån ett bevarandestatusperspektiv påverkan på exemplar:

”De individer av arten åkergröda som riskerar att dödas eller störas till följd av en exploatering av området kan inte antas medföra någon beaktansvärd risk för påverkan på bevarandestatus inom populationen lokalt eller inom boreal region.”

Därefter prövar domstolen påverkan på fortplantningsområdena på ett sätt som Naturvårdsverket bedömer är fristående från bevarandestatusbedömningen:

”En exploatering av området skulle inte heller innebära att artens tillgång till platser för fortplantning i närområdet påverkas annat än marginellt.”

Om Mark- och miljööverdomstolen hade velat markera ett avsteg från MÖD 2016:1 hade domstolen rimligen inte beskrivit prövningen på detta tvådelade sätt. Vad som följer av Klinthagen om påverkan på fortplantningsområden ska därför fortfarande anses gälla enligt Skövde-domen.

Fortplantningsområden kräver strikt skydd enligt EU-rätten. Det skydd som krävs för områdena kopplar till bevarandestatusen. Båda dessa saker tas upp i Mark- och miljööverdomstolens dom den 20 december 2018 i mål nr M 10104-17. Orsaken till att åtgärderna är förbjudna är att åtgärdernas påverkan på det berörda området innebär att kontinuerlig ekologisk funktion för tjäderpopulationen i området inte bedömdes kunna upprätthållas. Denna skada kopplar i sin tur till tjäderns bevarandestatus. Om fortplantningsområden för tjäder skadas av de sökta åtgärderna finns nämligen en risk för att tjäderns bevarandestatus i Västra Götalands län påverkas negativt. Detta är dock en följd av skadan som domstolen konstaterar. Orsaken till att förbudet i 4 § 4 p. artskyddsförordningen inträder är vad domstolen har konstaterat innan detta, nämligen att åtgärderna innebär skada på området.

Det finns också skäl att titta på vad underinstansen anfört i tjädermålet. I mark- och miljödomstolens domskäl sid 48 f. konstateras bl.a. att:

”Den aktuella förbudsregeln (artskyddsförordningen 4 § 4 p) avser skydd mot åtgärder som kan medföra skada eller förstörelse av fortplantnings- och viloplatser. Förbudsregeln ger vid handen att förbudet för nämnda arter gäller oavsett dess bevarandestatus. Skyddet i 4 § 4 gäller oavsett om åtgärden skett med avsikt eller inte (jfr. 4 § 1–3 vilka kräver avsikt). Frågan om tjäderns bevarandestatus saknar betydelse vid bedömning av om fortplantningsområden

eller viloplatser skadas eller förstörs. Det har inte heller någon självständig betydelse hur många tjädrar som finns i landet eller i Västra Götalands län eller hur många tjädrar som skjuts varje år. Skyddet för fortplantningsområdena är direkt reglerat i 4 § 4 artskyddsförordningen oberoende av dessa faktorer. Regeln är tydlig och klar och kan inte tolkas på något annat sätt.”

Eftersom detta är en central del av Mark- och miljööverdomstolens bedömning, borde Mark- och miljööverdomstolen ha markerat avsteg från mark- och miljödomstolens bedömning om domstolen hade haft en annan åsikt i frågan. Det har Mark- och miljööverdomstolen inte gjort.

Den svenska rätten måste förstås också tolkas mot bakgrund av EU-rätten. Både mark- och miljödomstolens och Mark- och miljööverdomstolens avgöranden i Tjädermålet följer den av EU-domstolen meddelade domen om den Polska skogen, Puszcza Białowieska (C-441/17). EU-domstolen uttrycker sig tydligt om artikel 12 art- och habitatdirektivet i domen, framför allt i punkterna 231 och 237.

Punkt 237 ”Såsom framgår av punkt 231 ovan inför nämligen artikel 12.1 d ett system för strikt skydd av parningsplatser och rastplatser för de arter som är förtecknade i bilaga 4a till livsmiljödirektivet, oberoende av antalet exemplar av dessa arter.”

Därtill bedömer Naturvårdsverket till skillnad från bolaget att verksamheten sannolikt kommer att leda till att bevarandestatusen för de aktuella arterna försämras.

Beslut om detta yttrande har fattats av avdelningschef Maria Ohlman.

Vid den slutliga handläggningen av ärendet har i övrigt deltagit miljöjurist Torunn Hofset, föredragande, samt tekniska handläggare Maria Ed och biolog Björn-Axel Beier.

För Naturvårdsverket

Maria Ohlman

Torunn Hofset

Detta beslut har fattats digitalt och saknar därför namnunderskrifter.