Vikten av miljörätten & vikten av att vikta rätt



FESTSKRIFT TILL

Charlotta Zetterberg

Festskrift till Charlotta Zetterberg

Vikten av miljörätten och vikten av att vikta rätt

IUSTUS FÖRLAG

Redaktörer
Maria Forsberg
Yaffa Epstein
Henrik Josefsson

Redaktörerna framför sitt tack till *Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning* för ekonomiskt stöd som möjliggjort utgivningen av denna festskrift.

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2025
Upplaga 1:1
ISBN 978-91-7737-300-1
Produktion: eddy.se ab, Visby 2025
Omslag: John Persson
Foto: Johnny Zetterberg
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Telefon: 018-65 03 30
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Dimograf, Poland 2025

Innehåll

Förord 7

Bertil Bengtsson
Strandskydd och allemansrätt – mot ett systemskifte? 11

Carl Dalhammar, Magdolna Molnár, Eléonore Maitre-Ekern
From "working with the market" to "challenging the market" in EU product law? Ethical aspects of right-to-repair 23

Jan Darpö
Miljörättens vandringssägner. Om alternativa fakta och behovet av tillämpad miljörättsforskning 43

Bruno Debaenst
Renhållningen av stadsmiljön i det gamla Brygge och Stockholm, med några reflektioner över miljörättens historia 67

Caroline Gardelli
Protection of nature for its own sake – meanings and outcomes of legally stated value, rights, and personhood 89

Torbjörn Ingvarsson
Försäkring av miljösanktionsavgifter 105

Henrik Josefsson
Biodiversity Offsetting and Conservation Easements – Challenges and Prospects in a Swedish Context 131

Jonas Kyrönviita
Den svenska offentliga upphandlingens särskilda gynnande av vissa samhälleliga syften genom åren – från nationalism till miljö 151

Marc Landeman
Hästfastigheter och fastighetsbildning 163

David Langlet
Nordisk Miljörättslig Tidskrift – ett porträtt 189

Marie Linton
Miljöskador och internationell privat- och processrätt 203

Christina Lundh
Varde mörker. Om ljusa föroreningar och mörka resurser 219

Melina Malafry
Solcellsanläggningar i jordbrukslandskapet. En rättslig studie om avvägning mellan livsmedelsproduktion och förnybar elproduktion 239

Jan Darpö

Miljörättens vandringssägner

Om alternativa fakta och behovet av tillämpad miljörättsforskning

Mitt bidrag till Charlotta

Inledning

I en skrift som denna vill man gärna författa något som ligger festföremålets hjärta nära, helst ett ämne som ansluter till hennes forskningsfält. Nu är det emellertid så med Charlotta och mig att vi genom åren har intresserat oss för ganska olika saker inom miljörätten. Medan Charlotta har skrivit mest om GMO, giftfri miljö och kemikalier, riskvärderingar, den s.k. miljögarantin inom EU-rätten samt miljöskydd inom jordbruket, har jag sysslat med efterbehandling, miljöprocess, naturvård och artskydd. Även om hon under senare år har behandlat biotopskydd och dispenser är det fortfarande inte enkelt att hitta ett riktigt passande ämne. Vad vi emellertid har haft gemensamt i vår rättsvetenskapliga gärning är intresset för tillämpad forskning, dvs. att undersöka och analysera hur miljöreglerna på ett visst område fungerar i praktiken. Utifrån denna kunskap har vi sedan kunnat föreslå förändringar i lagstiftning som syftar till ett samhälle byggt på uthållig utveckling, vilket ju är miljöbalkens målsättning. Charlotta har också suttit i Naturvårdsverkets forskningsråd för att främja sådan forskning och vi har båda blivit finansierade därifrån under olika perioder. Jag vill därför gärna spinna på den tråden och skriva några rader om behovet av rättsvetenskaplig forskning på ett område där den allmänna debatten i

stor utsträckning påverkas av alternativa fakta och vandringssägner.[1] Till stor del bygger min argumentation på den kunskap som producerats i olika projekt som byggt på tillämpad miljörättsforskning i ett samarbete mellan rättsvetare och biologer. Utifrån den forskningen kritiserar jag den verklighetsbild – eller ”diskurs” som man säger inom akademin – som har utgjort bakgrund till flera lagstiftningsinitiativ under senare år.

Självklart präglas den som är engagerad i miljöfrågor och miljörätt av sitt intresse. Detta gäller givetvis även de som närmar sig dessa frågor med verksamhetsutövarens eller markägarens perspektiv. Att det på så vis utvecklas olika synsätt är inget konstigt och gäller väl alla samhällsområden. På miljöområdet har emellertid under de senaste åren utvecklats en verklighetsbild i delar av näringslivet som bygger på uppfattningar och påståenden som inte låter sig verifieras, inte påverkas av fakta och som i sin tur kan leda politiken fel i en tro på enkla lösningar. Därtill har miljödebatten förråats och lett till övertramp som vi inte sett tidigare. Under senare år har flera sådana exempel getts inte minst i den kontroversiella vargfrågan och i debatten kring den nationella planen för omprövningen av vattenkraft. Den här artikeln fokuserar istället på två andra frågor, nämligen påståendena om långa handläggningstider för miljötillstånd och om det stelbenta artskyddet. Genomgående för den kritik mot miljöreglerna som torgförs på detta sätt är att den genomsyras av uppfattningen att Sverige har ”överimplementerat” EU-rätten, vilket beror främst på ”aktivistiska tjänstemän”.[2] Därtill präglas diskursen av skepsis mot domstolarna då vissa av dessa dömer ”fel”, varför ”politikerna måste ta tillbaka styret”.[3] Dessutom påstås den svenska miljöprocessen vara extremt långsam och betydligt sämre än i andra EU-länder, vilket gör att den samhällsviktiga gröna industrin flyr landet.

[1] Uttrycket – som jag tror myntades av etnologen Bengt af Klintberg (därav det alternativa uttrycket ”klintbergare”, t.ex. om råttan i pizzan) – avser ogrundade rykten och påståenden som blir ”sanningar” genom att de upprepas tillräckligt många gånger.

[2] Se Fokus nr 17/2022: Byråkrater – de nya aktivisterna.

[3] När det blev tydligt att mark- och miljödomstolarna i stor utsträckning började underkänna Skogsstyrelsens artskyddsbedömningar vände sig generaldirektören till regeringen med en skrivelse med en begäran om ”*politiskt förtydligande av regelverket*”. I en anslutande intervju hävdade han att ”*det är just nu inte politiken, utan domstolarna som styr utvecklingen*” och att ”*det var inte så här det var tänkt*” (Altinget 2023-12-21).

Långa handläggningstider vid tillståndsprövningar?

Påståendet

Det första exemplet rör handläggningstiderna för tillståndsprövningar under miljöbalken. Frågan har varit aktuell under flera år och föremål för en rad utredningar med förslag om förbättringar. Miljöprövningsutredningen (M 2020:06) ägnade åtskilligt arbete åt att försöka reda ut de rätta förhållandena.[4] Under rubriken *Bakgrund och problembild – vad är myt och vad är sanning?* redogjorde utredningen för dels tillståndstider vid miljöprövningsdelegationerna respektive mark- och miljödomstolarna, dels vad som betraktades som de viktigaste faktorerna som påverkar handläggningstiderna. Beskrivningen grundades på tidigare utredningars arbete, den probleminventering som föregick utredningsdirektiven, omvärldsbevakning och utredningens egen kunskapsinhämtning i dialog med berörda aktörer. När det gäller de faktorer som bedömdes ha störst påverkan på handläggningstiderna pekade man på 1) samrådets ändamålsenlighet och dialogen mellan sökanden och myndigheterna, 2) kvaliteten i ansökningarna och miljökonsekvensbeskrivningarna, 3) prövningsmyndigheternas processledning, 4) miljöprövningens komplexitet i sak, samt 5) resurser, kompetens och prioriteringar. Även Miljötillståndsutredningen (KN 2023:02) ägnade frågan om handläggningstiderna uppmärksamhet i delbetänkande *En ny samordnad miljöbedömnings- och tillståndsprövningsprocess* (SOU 2024:98). Här kompletteras bilden genom att statistiken utökas och finfördelas.

Statistiken

I redovisningen av handläggningstiderna för tillståndsprövningar under miljöbalken utgick båda utredningarna från uppgifter som presenterats av Naturvårdsverket på basis av rapportering från Domstolsverket och länsstyrelserna. Statistiken som Miljöprövningsutredningen använde sig av var från 2021 och 2022 och skiljde på miljöprövningsdelegationerna (MPD) respektive mark- och miljödomstolarna (MMD). För MPD angavs ett medianvärde på 237 respektive 221 dagar från ansökan till beslut vid prövning av miljöfarlig verksamhet (75-percentil 407 respektive 365 dagar och 90-percentil 643 respektive 575 dagar[5]). Här bör man observera att statistiken

[4] SOU 2022:33 *Om prövning och omprövning*, kapitel 3.

[5] Percentil är en procentuell fördelning där olika värden rangordnas från låg till hög. Den 75:e percentilen betyder att 75 procent av gruppen ligger under och övriga 25 procent ligger över. I det här sammanhanget betyder alltså 75-percentilen att tre fjärdedelar av en viss mål- eller ärendetyp är färdigbehandlade inom den angivna tiden. På motsvarande sätt illustrerar 90-per-

gäller alla slags tillståndsbeslut, alltså även ändringstillstånd och begäran om ändring av villkor. För MMD låg medianvärdena för förstainstansprövningen av miljöfarlig verksamhet på 420 respektive 489 dagar (75-percentil 566 respektive 694 dagar och 90-percentil 738 respektive 907 dagar), för vattenverksamhet på 379 respektive 329 dagar (75-percentil 571 respektive 461 dagar och 90-percentil 781 respektive 735 dagar). Utredningen pekade även på att 76 % av ansökningarna resulterade i att tillstånd meddelades och att enbart 3 % ogillades. I 4 % av fallen avvisades ansökan då det inte var möjligt att pröva den pga. formella brister.[6] En annan intressant siffra som utredningen redovisade var att av landets 6 000 tillståndspliktiga verksamheter har hela 850 grundtillstånd som meddelats med stöd av 1969 års miljöskyddslag, dvs. från tiden före miljöbalken. Utredningen presenterade en rad förslag som bedömdes kunna resultera i kortare handläggningstider, varav några tog sikte på att kapa topparna. Avslutningsvis uttalade man att den mediala mytbildning som utgått från några uppmärksammade fall under sommaren 2021 (Cementa på Gotland och LKAB i Kiruna) inte gjorde prövningssystemet rättvisa. Påståendet från Svenskt Näringslivs sida att allting går så mycket fortare i övriga nordiska länder hade heller inte kunnat verifieras.[7]

Miljötillståndsutredningen inkluderade även 2023 års siffror och finfördelade beräkningarna.[8] Av redovisningen framgår att medianvärdet i MPD för 2023 för en fullständig tillståndsprövning låg på 335 dagar och omkring 60 % av ärendena beslutades inom ett år (75-percentil 459 dagar). Inom 2 år hade beslut fattats i 90 % av ärendena. Motsvarande siffor för MMD låg på 407 dagar för miljöfarlig verksamhet (75-percentil 568 dagar) och för vattenverksamhet 330 dagar (75-percentil 485 dagar). Miljötillståndsutredningen ger också en tydligare bild av tidsåtgången för handläggningen av en ny tillståndsansökan eftersom man redovisar tiden från när ansökan gjordes till att ärendet kungjordes, respektive från kungörelse till beslut. Här blir det tydligt att tidsåtgången mellan ansökan och kungörelsen – som alltså sker när ansökan inte har så stora brister i formellt avseende att den inte kan prövas – utgör en avsevärd del av handläggningstiden. För tillståndsprövningarna i MPD under 2022 var fördelningen sex månader från ansökan till kungörelsen respektive fem månader från kungörelsen till beslut, för miljö-

centilen att 90 % av målen eller ärendena har haft en handläggningstid som är kortare än den aktuella gränsen och att 10 procent ligger över.

[6] Övriga 17 % avser bl.a. fall där verksamhetsutövaren har återkallat sin ansökan eller den har skickats till fel forum.

[7] SOU 2022:33 sid. 103f.

[8] SOU 2024:98 *En ny samordnad miljöbedömnings- och tillståndsprövningsprocess*, avsnitt 8.

farlig verksamhet i MMD på motsvarande sätt fem respektive nio månader och för vattenverksamhet i MMD tre respektive åtta månader.

Näringslivets siffror

Från näringslivets sida presenteras helt andra siffror, vilka ackompanjeras av en mycket kritisk attityd. När frågan om handläggningstider diskuterades på Almedalen i somras, redogjorde Naturvårdsverkets generaldirektör Björn Risinger för den officiella statistiken som alltså härrör från Domstolsverket och landets länsstyrelser. Inte desto mindre avfärdades han enligt uppgift av en av näringslivets representanter med hänvisning till att han inte visste vad han pratade om.[9] I slutet av 2024 presenterade organisationen Svenskt Näringsliv en rapport där man skriver att ”*(i) genomsnitt torde det ta fyra år från start till dess en verksamhet kan startas eller en åtgärd är genomförd*”.[10] Vid en närmare läsning framgår emellertid att man använder sig av ett helt annat sätt att räkna på än den officiella statistiken. Medan Naturvårdsverkets siffror gäller tiden från när ansökan mottogs till meddelat beslut, tar Svenskt Näringsliv sikte på hela processen för projektets genomförande, dvs. från förstudie och kontakt med markägare till att verksamheten satts igång. I den vidare texten hävdas också att det kan ta upp till ett decennium för stora eller kontroversiella projekt, vilket kan medföra problem med att uppnå uppsatta klimatmål inom 20 år. Därefter görs en internationell jämförelse där organisationen framhåller att Sverige inte är något föregångsland. När det gäller handläggningstider för tillstånd till vindkraft hänvisar man till en internationell rapport av konsultföretaget Ember där det framgår att Sverige är näst sämst i Europa.[11] Av den rapporten framgår i sin tur att den genomsnittliga tiden för tillståndsprocessen för vindkraft är 110 månader – dvs. drygt nio år – vilket Svenskt Näringsliv[12] påpekar är hela 86 månader längre än den maxgräns på 24 månader som EU satt upp i förnybarhetsdirektivet, det s.k. RED III.[13]

[9] Skogsindustrierna, seminarium 2024-06-26: *Kan bättre miljötillståndsprocesser mjuka upp målkonflikterna?*; https://almedalsveckan.info/program/71509. Inspelning av seminariet saknas, men uppgiften kommer från en närvarande journalist.

[10] Svenskt näringsliv, december 2024: *Uppdrag 2045. Tillstånd till utveckling*, sid. 37; https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/rapporter/efiq0e_rapport_tillstand_till_utveckling_webbpdf_1224835.html/Rapport_Tillstand_till_utveckling_webb.pdf.

[11] *Ready, Set, Go – Europe's Race for Wind and Solar*. Ember 2022-07-27); https://ember-energy.org/app/uploads/2024/10/Report_-Ready-Set-Go_-Europes-Race-for-Wind-and-Solar-2.pdf.

[12] A.a. sid. 53.

[13] Direktiv 2018/2001, ändrat genom EU-förordning 2022/759 och direktiv 2023/2413.

Även Tillväxtanalys publicerade i slutet av 2024 en studie som innehöll slutsatser om miljöprocessens handläggningstider, *Effektivare nationell planering och tillståndsprocess – Lärdomar från vindkraft*.[14] Rapporten är skriven av en ”senior analytiker” vid myndigheten som har haft hjälp av en referensgrupp. Här upprepas hänvisningen till Ember-rapporten där det påstås att den genomsnittliga tiden för att få tillstånd för landbaserad vindkraft i Sverige är 110 månader, vilket gör oss näst sämst i Europa.[15] I rapporten görs även vissa jämförelser med Danmark och Finland, men där finns också en halv sida om Norge. Vad författaren inte nämner är att på grund av det starka motståndet från lokalbefolkning och kommuner mot vindkraft gick man där tillbaka till dubbelprövning lik den vi hade före 2009, dvs. att det krävs dels en reguleringsplan enligt plan- og bygningsloven (2008-06-27-71), dels koncession enligt energiloven (1990-06-29-50).[16]

Stämmer bilden av den långsamma tillståndsprocessen i Sverige?

Till att börja med bör det observeras att man räknar på olika saker. Naturvårdsverkets statistik utgår från tiden från att en ansökan lämnas in till dess att beslut om tillstånd meddelas, dvs. själva tillståndsprocessen i första instans. De två rapporterna från Svenskt Näringsliv och Tillväxtanalys diskuterar istället den tid det tar från att ett projekt planeras tills att det börjar byggas och inkluderar därmed markägarkontakter, samråd med myndigheter och berörda, osv. Handläggningstiden för att pröva tillståndsansökan kallar Tillväxtanalys för ”miljöprövningen”. Redan här blir det alltså svårt att göra jämförelser av siffrorna mellan utredningarna och övriga rapporter.

Även om alltså utgångspunkterna varit så olika är det ändå anmärkningsvärt att ingen av dem som varit inblandade i de två rapporterna från Svenskt Näringsliv och Tillväxtanalys – den senare är alltså en myndighet – har reagerat på uppgifterna från Ember-rapporten. Redan med en ytlig kännedom om sakernas tillstånd borde man ha frågat om påståendena är förenliga med utvecklingen av den landbaserade vindkraften i vårt land. När man ser till vad som hänt de senaste 10–12 åren kan den ju knappast beskrivas

[14] *Effektivare nationell planering och tillståndsprocess – Lärdomar från vindkraft*. Tillväxtanalys rapport 2024:14, december 2024 (dnr 2023/123); https://www.tillvaxtanalys.se/download/18.20f98ac71936e21b43e2043c/1732888065609/Rapport_2024_14%20Effektivare%20nationell%20planering%20och%20tillst%C3%A5ndsprocess%20%20l%C3%A4rdomar%20fr%C3%A5n%20vindkraft.pdf.

[15] A.a. sid. 19 med hänvisning till Ember-rapporten sid. 11–12.

[16] Se Fauchald, OK: *Nye regler om vindkraft på land – hvor går veien videre?* Ur *Klimarett. Internasjonal, europeisk og norsk klimarett mot 2050* (red. Bugge & Voigt), Universitetsforlaget, 2:a uppl. 2024 sid. 709–738.

som något annat än en veritabel framgångssaga, även i jämförelse med våra grannländer:

- Produktionen av vindgenererad el under 2024 var 40 TWh, vilket vida överskrider alla förväntningar och planeringsmål.[17]
- Den installerade effekten – som ju är mest intressant för diskussionen här – har gått från 7,300 MW år 2015 till 16,223 MW år 2023.[18]
- Ökningen har varit mellan 14–20 % varje år sedan 2015.
- Sverige har länge haft en installerad effekt vindkraft som varit i paritet med de övriga nordiska länderna *tillsammans* och vi ligger fortfarande bara något under deras sammanlagda nivå (19,300 MW för övriga nordiska länder 2023).[19]
- Med en elexport på nästan 36 TWh (2023) är vi det medlemsland inom EU som exporterar överlägset mest el inom EU.[20]

Det var mot den här bakgrunden som en av företrädarna för ett företag i branschen på Vindvalskonferensen i november 2023 uttalade entusiastiskt att det går alldeles lysande för svensk landbaserad vindkraft och att man därför har slutat investera i de övriga nordiska länderna. Som stöd för sina påståenden pekade han särskilt på det faktum att Sverige för andra året i följd står för 1,5–2 % av den vindkraftsgenererade elproduktionen i världen.

Redan dessa grundläggande fakta borde ha gjort författarna skeptiska mot uppgifterna i Ember-rapporten. Man borde också ha frågat sig om det verkligen kan stämma att handläggningstiden för tillståndsprocessen i Sverige är nio år, vilket gör oss näst sämst i Europa. Enbart Kroatien med en ytterst liten mängd installerad effekt vindkraft (2023: 1,296 GW) skulle alltså vara sämre. Det visar sig emellertid vid en hastig kontroll att det inte ligger någon självständig undersökning bakom dessa siffror. Redan av Ember-rapporten framgår att uppgifterna bakom statistiken kommer från

[17] Energiföretagen Pressmeddelande 2024-12-31 *Elåret 2024: lägre priser, som vände uppåt – vindkraften över 40 TWh*: *Vindkraften producerade för första gången över 40 TWh el under ett år. Från 34 TWh 2023 till 40,3 TWh 2024, en ökning med 6 TWh eller 18 procent. Det gav en ökad procentandel på tre procent av den totala elproduktionen i Sverige där vindkraften år 2024 stod för 24 procent*; https://www.energiforetagen.se/pressrum/pressmeddelanden/2024/elaret-2024-lagre-priser-som-vande-uppat--vindkraften-over-40-twh/.

[18] https://www.statistikdatabasen.scb.se/pxweb/sv/ssd/START__EN__EN0105__EN0105A/AnlInstEffBrProd/.

[19] https://www.statista.com/statistics/814212/cumulative-wind-power-capacity-european-union-eu-28/ resp. https://energifaktanorge.no/en/norsk-energiforsyning/kraftproduksjon/#wind-power.

[20] Energimyndigheten 2024-10-10 *Slutgiltig statistik för el och fjärrvärme 2023; https://www.statista.com/statistics/1405405/net-electricity-exports-europe-by-country/.*

de nationella branschorganisationerna.[21] Den är inte heller möjlig att kontrollera då uppgifterna inte är tillgängliga för utomstående. Jag kan givetvis inte uttala mig om kvaliteten i övriga nationella rapporter, men branschorganisationen Svensk Vindenergi är välkänd för sin innovativa användning av siffror.[22] Till saken hör också att man i likhet med Energimyndigheten i hög utsträckning anlitar ett konsultföretag som inte delar med sig av underlagen då de betraktas som affärshemligheter. Det är alltså inte möjligt att kontrollera hur man kommit fram till dessa siffror. Alldeles oavsett kan vi nog konstatera att de inte stämmer med verkligheten utan är framtagna för att illustrera extrema exempel.

Sammanblandningar

Riktigt dåligt blir det emellertid när man som Svenskt Näringsliv – med bortseende av sin egen statistik – kombinerar påståendena om långa handläggningstider med tidsfristerna i det reformerade förnybarhetsdirektivet (RED III). De tidsfrister som anges här avser tiden från det att en ansökan är bekräftad som fullständig till att beslut meddelas i första instans. Någon annan ordning är knappast möjlig att genomföra, bl.a. för att många ansökningar är av en sådan kvalitet att det krävs upprepade klargöranden och kompletteringar innan de kan läggas till grund för prövning.[23] Mot den här bakgrunden blir det troligen inte så svårt för Sverige att följa tidskraven för

[21] Vilket också bekräftades av den ansvariga vid Ember i mejl 2023-06-27.

[22] I forskningsprojektet PROSPEC studerade vi alla ansökningar om tillstånd till vindkraft under åren 2014–2018 (211 ärenden om 4 535 vindkraftverk). När vi publicerade statistiken över avslagsgrunderna för landbaserad vindkraft – dvs. att mellan 75 % och 85 % av de ansökta verken fick tillstånd beroende på om man räknade in vetona från kommuner och Försvarsmakten – protesterade Svensk Vindkraft i ett brev till generaldirektören för Naturvårdsverket och hävdade att våra siffror var missvisande då ”*…59% av vindkraftverken får avslag*”. När vi kontrollerade vad påståendet grundades på visade det sig att man hade kommit fram till denna höga siffra genom att räkna in havsbaserad vindkraft (som vi hade redovisat separat i egen statistik), räkna in ansökningar som avvisats pga. undermålig utredning eller felaktigt upplägg (vilket egentligen bara innebär att sökanden kan återkomma med en ny ansökan, vilket också skett i flera fall) samt ett antal återkallade ansökningar som berodde på försämrad ekonomi i projektet, att nätanslutningen skulle bli för dyr eller för att markägarförhandlingarna hade strandat. Därutöver hade Svensk Vindenergi inte utgått från antalet ansökta verk utan ett betydligt större antal som projektören hade velat få till innan samråd med myndigheter och berörda hade skett, dvs. ett slags önskelista. För den intresserade finns hela debatten redovisad i Darpö, J: *Vem kan man lita på? Om den kontroversiella vindkraftstatistiken*, se http://jandarpo.se/rapporter/ Artikel 2021.

[23] Se Miljöprövningsutredningen (SOU 2022:33), avsnitt 3, särskilt sid. 98 och 102.

tillståndsprövningen av förnybar energi enligt RED III under förutsättning att vi kan kapa topparna genom de förslag som lades av Miljöprövningsutredningen.

Problem och lösningar

Vad som ytterligare talar emot den torgförda uppfattningen att Sverige har så stora problem med långa tillståndsprocesser är det faktum att vi åtminstone för några år sedan hade lika mycket tillståndsgiven vindenergi ”i byrålådorna” som vi hade på backen i drift.[24] Vi har med andra ord lika mycket vindenergi i tillståndsbeslut som aldrig utnyttjats som vi har i sådan som genereras av vindparker i drift! Detta är emellertid något som man från näringslivet inte vill kännas vid när man blanda ihop icke verifierbar statistik med felaktiga påståenden om innehållet i EU-rätten. På så sätt förstärker man vandringssägnen om tillståndssystemet som det viktigaste hindret för den gröna omställningen.

Detta sagt betyder dock inte att vi saknar behov av att öka på takten i utvecklingen av förnybar energi, t.ex. genom en sådan nationell planering som Tillväxtanalys förespråkar i sin rapport.[25] Debatten är emellertid i stor utsträckning inriktad på att kritisera själva tillståndsprövningen som långsam, oförutsägbar och sämre än i andra länder. Utan att gå djupare in i diskussionen av vilka faktorer som hindrar utbyggnaden av grön energi under de senaste åren kan vi nog lugnt sluta oss till att de avgörande faktorerna för vindkraften ligger i motståndet från två håll – dels den lokala opinionen och kommunerna (främst med avseende på vindparker på land), dels Försvaret (främst till havs). Att kommunerna har varit avvisande de senaste åren kan nog i sin tur förklaras av att man väntar på vad som ska komma i form av ekonomiska incitament. Då inget av de här intressena påverkas av genomförandet av tidsfrister enligt RED III måste politiken hitta lösningar som ligger utanför själva tillståndsprövningen, vilket nog kan vara en utmaning.

[24] Enligt rapporten *Nulägesbeskrivning – Vindkraftens förutsättningar. Underlag till Nationell strategi för en hållbar vindkraftsutbyggnad* (Energimyndigheten/Naturvårdsverket 2021-01-27, avsnitt 2.3.2) fanns i oktober 2020 inte mindre än 138 tillstånd till vindkraft som av olika skäl inte utnyttjats. Dessa motsvarande en årsproduktion på 34 TWh, att jämföras med de 27,5 TWh vindkraftsel som faktiskt producerades 2020. Av dessa beräknades att 44 % skulle realiseras.

[25] Se avsnitt 5.4 i rapporten.

Stelbent naturskydd?

Inledning

Nästa exempel gäller tillämpningen av artskyddet som sägs vara för stelbent och ”överimplementerat”, vilket utgör ett hinder för den gröna utvecklingen. Diskussionen har främst rört implementeringen av EU:s två naturvårdsdirektiv, dvs. art- och habitatdirektivet (92/43) samt fågeldirektivet (2009/147). Reglerna om artskydd i det förstnämnda direktivet täcker enbart sådana som är upptagna i bilagor, i fortsättningen ”AHD-arter”. Fågeldirektivet däremot gäller ”samtliga fågelarter som naturligt förekommer inom medlemsstaternas europeiska territorium”. Till direktivet hör en bilaga I med särskilt skyddsvärda fågelarter. Båda direktiven innehåller förbud mot att avsiktligt döda, förstöra eller störa de skyddsvärda arterna och deras livsmiljöer, liksom snävt formulerade möjligheter till undantag (artikel 12 och 16 i art- och habitatdirektivet (92/43) respektive artikel 5 och 9 i fågeldirektivet (2009/147). Genom åren har EU-domstolen utvecklat en mycket rik rättspraxis om förståelsen av båda direktiven. EU-reglerna är i svensk rätt genomförda i artskyddsförordningen (2007:845, AF). Där var förbuden i naturvårdsdirektiven fram till slutet av oktober 2022 genomförda i 4 § i en gemensam skrivning för samtliga djurarter, liksom en gemensam bestämmelse om dispens i 14 §.[26]

Påståenden om det stelbenta och ”överimplementerade” artskyddet förekommer i de mest skilda situationer. I den ovan nämnda debatten om avslagsgrunder för tillstånd till vindkraft var det ett av huvudtemana.[27] Artskyddet har också varit i fokus vid prövningen av flera stora mål under senare år, t.ex. av de kontroversiella kalktäkterna på Gotland (SMA i *Klinthagen* och Nordkalk i *Bunge*). Ett senare exempel gavs på Försvarsföretagsdagarna i Stockholm i december 2024 där en representant för Försvarets materielverk (FMV) menade att en enstaka blomma eller groda kunde hindra utbyggnaden av samhällsviktiga projekt som elnät och vägar. En del av den här kritiken riktas mot domstolarna som sägs vara ”aktivistiska”, varför det nu är dags för ”politikerna att återta makten”. Ett initiativ som spelade i denna tonart var det utspel som Skogsstyrelsen gjorde i början av 2022

[26] För en god överblick av det EU-rättsliga artskyddet och det svenska genomförandet, se Michanek, G & Zetterberg, C: *Den svenska miljörätten* (Iustus, 6:e uppl. 2025), avsnitt 12.3. För en närmare diskussion om juridiska och ekologiska frågor kring artskyddet i EU och Sverige, se Marklund, Å & Schultz, M: *Artskydd – Grunder och tillämpningar*. Norstedts Juridik/JUNO, 2:a uppl. 2023 (digital publicering).

[27] Se t.ex. Sundelin, I: *Blåser det motvind eller medvind för vindkraften*. JP Miljönet 2020-07-03.

när man påstod att den svenska ”överimplementeringen” av fågeldirektivet (2009/147) medförde att triviala arter som bofinkar satte stopp för avverkningar i skogen. Enligt myndighetens generaldirektör var detta en slutsats som man kommit fram till efter en analys av EU-domstolens avgörande i ett mål som kallas *Skydda skogen* (C-473/19 och C-474/19) från mars 2021.[28] Därför begärde nu Skogsstyrelsen att regeringen skulle ingripa genom att skriva om reglerna i AF i syfte att skilja på skyddet av fåglar från skyddet av listade arter under art- och habitatdirektivet (92/43). Genom att separera genomförandet av direktiven skulle man ”lätta på trycket” för skogsnäringen. Regeringen – som tydligen ansåg att tillräckligt beredningsunderlag till en sådan reform redan fanns genom att Artskyddsutredningen[29] hade lagt ett förslag i den riktningen, vilket hade remitterats – reagerade snabbt och genomförde ändringar i AF som trädde i kraft i oktober samma år. Den viktigaste skillnaden blev nu att fridlysningen för fåglar inte längre omfattar ett förbud mot att skada eller förstöra arternas fortplantningsområden eller viloplatser. Istället gäller förbudet enligt den nya lydelsen av 4 § 4 p. AF att ”*avsiktligt störa vilda fåglar, särskilt under deras häcknings- och uppfödningsperiod, om inte störningen saknar betydelse för att bibehålla populationen av fågelarten på en tillfredsställande nivå, särskilt utifrån ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov, eller återupprätta populationen till den nivån*”. Därutöver gäller ett förbud mot att avsiktligt förstöra eller skada vilda fåglars bon (4 § 2 p. AF). För både fåglar och listade arter gäller fortfarande ett i stort sett likalydande förbud mot att avsiktligt fånga eller döda de skyddade arterna samt förstöra eller samla in deras ägg (4 § 1–3 p. AF respektive 4 a § 1 och 3 p. AF). Ambitionen att undanröja ”överimplementeringen” av fågeldirektivet genomfördes emellertid inte konsekvent, då de mera generösa möjligheterna att medge undantag från artskyddet enligt art- och habitatdirektivet lämnades orörda. Det betyder att möjligheten att frångå fridlysningen av fåglar enligt 14 § AF är vidare än vad som medges i artikel 9 fågeldirektivet (2009/147). Här frångick regeringen alltså Artskyddsutredningens förslag som anslöt ordagrant till undantagsbestämmelsen i fågeldirektivet. Inte heller accepterades utredningens förslag om att anpassa ”avsiktskriteriet” i 4 § AF till den rättspraxis som EU-domstolen har utvecklat i frågan (se nedan).

[28] Skogsstyrelsen pressmeddelande 2022-02-10, även debattartikel i SvD 2022-02-17; *Skogsstyrelsen: Orimligt att skydda varenda fågel*; https://www.svd.se/a/34wMEv/herman-sundqvist-skogsstyrelsen-orimligt-skydda-varenda-fagel.

[29] SOU 2021:51 *Skydd av arter – vårt gemensamma ansvar*.

Artskydd enligt EU-rätten

Debatten om genomförandet av naturvårdsdirektiven har mest handlat om vad som menas med uttrycket ”avsiktligt” dödande/störande och hur hänsyn ska tas till fåglar respektive AHD-arter. Dessutom påstås ofta rent allmänt att den svenska implementeringen av naturvårdsdirektiven är ”överdriven” i förhållande till hur reglerna förstås i andra länder, vilket ger svensk industri en konkurrensnackdel. Det är givetvis svårt att bemöta så allmänna påståenden, men jag ska i alla fall göra ett försök genom att kort beskriva den EU-rättsliga praxisen och jämföra med hur de svenska domstolarna har behandlat frågorna.

För att förstå påståendet om ”överimplementering” av EU:s artskydd behöver vi jämföra vad EU-domstolen kom fram till i avgörandet i det ovan nämnda *Skydda skogen*. Det var mark- och miljödomstolen i Vänersborg som initierade målet genom att begära förhandsavgörande om tillämpningen av naturvårdsdirektiven. Målet där hade väckts genom att miljöföreningen *Skydda skogen* hade överklagat ett beslut av länsstyrelsen att inte kräva att en avverkning – som var godkänd av Skogsstyrelsen med vissa försiktighetsmått – skulle dispensprövas enligt 14 § AF.[30] Även om EU-domstolen valde att inte besvara alla frågor från Vänersborg kan följande huvudsakliga slutsatser dras av avgörandet:

- Att förbudsregeln i artikel 5 fågeldirektivet (2009/147) omfattar *alla fågelarter* och därför inte kan begränsas till enbart sådana som är förtecknade i bilaga I till direktivet eller som annars är hotade eller har en vikande populationstrend.
- Att skyddet av listade arter under art- och habitatdirektivet (92/43) täcker även *enskilda exemplar* av arten, men att det är möjligt att undvika förbuden i artikel 12 genom att *vidta tillräckliga försiktighetsåtgärder*.
- Att avsiktskriteriet i artikel 12 art- och habitatdirektivet (92/43) även *gäller för ”indirekta” handlingar*, dvs. att en åtgärd utförs trots vetskap om att skadan kan uppstå eller medvetet risktagande därom.
- Förbudet mot att fånga/döda/störa listade arter enligt artikel 12 art- och habitatdirektivet (92/43) gäller *oavsett hur artens bevarandestatus påverkas*.

[30] Mark- och miljödomstolen i Vänersborgs mål nr M 258-17 resp. M 11547-18.

- Det strikta och heltäckande nationella regelverket förutsätter därför att den behöriga myndigheten försäkrar sig om *tillräckligt kunskapsunderlag* för att fastställa *vilka arter* som kan beröras av en åtgärd och *hur åtgärden* kommer att påverka dem.

Med undantag för den första punkten avsåg alltså EU-domstolens bedömning enbart tillämpningen av förbudsregeln i art- och habitatdirektivet (92/43). Vi kan nog ändå vara överens om att när det gäller avsiktskriteriet, kravet på kunskap och den behöriga myndighetens möjligheter att ingripa är domstolens slutsatser analogt tillämpliga för fågeldirektivet. Vad som talar för en sådan förståelse är domstolens hänvisning till tidigare rättspraxis, särskilt C-441/17 *Białowieża* (2018).

Svensk rättspraxis före Skydda skogen

Inledningsvis bör man observera att långt före *Skydda skogen* hade MÖD anslutit sig nära till den rättspraxis som EU-domstolen utvecklat på artskyddsområdet. Det gäller till att börja med uppfattningen att artskyddsreglerna ska beaktas som en del av de allmänna hänsynsreglerna under MB.[31] Den svenska domstolen accepterade även tidigt EU-domstolens uppfattning om avsiktskriteriet.[32] När det sedan gällde skyddet av fåglar har de mål som nått MÖD uteslutande fokuserat på särskilt skyddsvärda eller hotade arter som stora rovfåglar och andra som anses prioriterade för skydd. Det har rört sig om sådana som är upptagna i bilaga 1 till fågeldirektivet (2009/147), är nära hotade respektive starkt hotade eller annars prioriterade för skydd i skogsbruket.[33] Det gäller exempelvis den fågelart som var uppe för prövning i *Lavskrikan i Arbrå*.[34] Här konstaterade domstolen att skogsbruksåtgärderna kunde skada fågelns fortplantningsområden och viloplatser, vilka omfattas av förbudet i 4 § AF. Man menade också att även om lavskrikan är livskraftig nationellt måste hänsyn tas till den regionala och lokala bevarandestatusen.

[31] MÖD 2013:13 *Holmsjöåsen*.
[32] MÖD 2015:3 *Örndalen*.
[33] Skogsstyrelsen 2023-09-21 (dnr 2022/1756): *Sammanställning av fågelarter där bedömning av tillfredsställande nivå behöver göras inför skogsbruksåtgärd*; https://www.skogsstyrelsen.se/globalassets/lag-och-tillsyn/artskydd/bedomning-av-tillfredstallande-niva-pa-fagelpopulation.pdf.
[34] MÖD 2020-12-19; M 9838-19 *Lavskrikan i Arbrå*.

Rättspraxisen efter Skydda skogen

Redan innan EU-domstolens avgörande i *Skydda skogen* skedde en anpassning till EU-rätten genom *Klinthagen II*.[35] I avgörandet ändrade MÖD sin artskyddspraxis under intryck av generaladvokatens yttrande i *Skydda skogen*.[36] I det tidigare målet om täkten vid Klinthagen[37] hade MÖD uttalat att i fråga om verksamheter som inte hade syftet att döda eller störa AHD-arter (apollofjäril och svartfläckig blåvinge) var det rimligt att utgå från att förbudet i 4 § 1 och 2 AF slog till först när artens bevarandestatus riskerade att påverkas. Nu ifrågasatte man det synsättet, varefter ansökan om tillstånd avslogs för delar av täktområdet med hänvisning till att de föreslagna skyddsåtgärderna inte var tillräckliga för att undvika att fjärilarnas livsmiljöer förstördes (4 § 4 p. AF) och att förutsättningar för dispens saknas.

Efter *Skydda skogen* har MÖD meddelat ungefär 40 avgöranden som berört artskyddet enligt AF. Lite översiktligt gäller en tredjedel detaljplaner enligt plan- och bygglagen (2010:900, PBL), en tredjedel avverkningar i skogsbruket och resten är fördelade mellan tillstånd och tillsyn. Här finns också enstaka mål om fastighetsbildning och några om artskyddsdispenser. Jag ger här några exempel som är illustrativa för rättsutvecklingen.

Ett sådant är *Bergtäkten i Kimsta*[38], ett tillståndsmål som gällde påverkan på ett tjäderspel. Här uttalade MÖD att en tillfredsställande nivå enligt den nya lydelsen i 4 § 4 p. AF är sådan att en fågelart långsiktigt kan finnas kvar inom sitt naturliga utbredningsområde. Bedömningen ska göras från fall till fall, varvid fågelartens klassning som rödlistad bör beaktas. Mot denna bakgrund kan en negativ påverkan på en livsmiljö för en fågelart vara förbjuden. Även det färska avgörandet om *Gåsgruvan*[39] som gällde tillstånd till en täkt i Filipstad bör nämnas. Verksamheten skulle omfatta torrläggningen av ett rikkärr som medförde att ägg och larver av AHD-arten bred kärrtrollslända dödades samt att dess livsmiljö gick förlorad. Här pekade MÖD på att förbuden i 4 a § AF utlöses så snart det finns en risk för skada för enskilda exemplar och att det gäller oavsett påverkan på bevarandestatusen. Sedan uttalade man att förutsättningen för att en verksamhet inte ska vara förbjuden är att det är möjligt att vidta tillräckliga försiktighetsåtgärder.

[35] MÖD 2021-02-26; M 7168-19 *Klinthagen II* där domstolen tog intryck av generaladvokatens yttrande från september 2020.
[36] Detta bekräftades också av EUD:s avgörande i *Skydda skogen*, se Marklund & Andersson i kommentar till den domen (oklar paginering), även sid. 83 och kommentaren till *Klinthagen II* (oklar paginering).
[37] MÖD 2016:1 *Klinthagen I*.
[38] MÖD 2023-02-09; M 11988-21 *Bergtäkten i Kimsta*.
[39] MÖD 2025-01-07; M 7868-23 *Gåsgruvan*.

Ett fungerande ersättningshabitat bör kunna fungera som en sådan, men kraven är högt ställda då habitatet måste vara etablerat och fungera redan då störningen på arten uppstår. Slutligen bedömde domstolen att förutsättningar för att meddela dispens enligt 14 § AF saknades, då undantagen ska tillämpas restriktivt och torrläggningen av kärret inte utgör ett ”tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse”.

När det sedan gäller beslut enligt PBL har MÖD:s avgöranden nästan uteslutande handlat om kommunala detaljplaner. Vid dessa överprövningar enligt 13 kap. 17 § PBL har MÖD undanröjt de flesta planerna med hänvisning till undermåliga utredningar om arter i de berörda områdena eller deras närhet. I dessa mål har det rört sig om skyddsvärda fåglar, sällsynta växter och AHD-arter som större vattensalamander och fladdermöss. Avgörandena ansluter också till det etablerade synsättet att artskyddsfrågan måste vara utredd redan i planskedet för att kunna avgöra om det är möjligt att vidta åtgärder för att förhindra att förbuden slår till, eller om förutsättningar finns för att meddela en dispens. Illustrativa för det här synsättet är *Detaljplan Solberga* i Stockholm och *Detaljplan Vassabacksområdet* i Sölvesborg.[40]

”Avverkningsmål” kallar jag sådana som börjar med en anmälan om slutavverkning av skogsmark enligt 14 § skogsvårdslagen (1979:429, SVL). En sådan anmälan anses också som en anmälan om samråd enligt 12:6 MB. De flesta av dessa mål gäller hänsyn till skyddsvärda fåglar – prioriterade arter inom skogsbruket som mindre hackspett, tretåig hackspett, berguv m.fl. – och AHD-arter som t.ex. åkergroda.[41] Avgörandena följer ett tydligt mönster då Skogsstyrelsens beslut eller underlåtenhet att fatta beslut överklagas av en miljöförening: Både underrätterna och MÖD slår ned på den bristande utredningen om arter och påverkan på livsmiljöer, vilket resulterar i att målet återförvisas till myndigheten för förnyad prövning. Ofta meddelar domstolen samtidigt ett interimistiskt avverkningsförbud. En vägledande skrivning om Skogsstyrelsens ansvar för utredning och försiktighetsåtgärder i dessa situationer finns i målet *Getingstabodum* i Örnsköldsvik.[42] Det här mönstret med återförvisningar stämmer dock inte för de avverkningsmål som gäller hänsyn till den nationellt fridlysta orkidén knärot. I majoriteten

[40] MÖD 2022-12-20; P 10706-21 *Detaljplan Solberga* respektive MÖD 2023-10-10; P 15357-21 *Detaljplan Vassabacksområdet*.

[41] För en noggrannare redogörelse för rättspraxisen på detta område, se Darpö, J: *Koll på arterna? Om Skogsstyrelsens granskningssystem för skogsbruksåtgärder*. InfoTorg Juridik-Rättsbanken, 2025-04-10.

[42] MÖD 2023-08-18; M 9596-22 *Getingstabodum*, citatet på sid. 5.

av dessa fall har MÖD i stort sett accepterat Skogsstyrelsens ställningstaganden. Belysande för dessa är *Marktjärn* i Ånge[43] och *Kallbäck* i Hedemora.[44]

I den fortsatta diskussionen om Sverige och EU-rätten på detta område använder jag mig av denna rättspraxis som illustration av hur de svenska domstolarna bedömer artskyddet. Det bör vara den måttstock som kan användas för att bedöma hur vi lever upp till EU-kraven eller om tillämpningen är stelbent och ”överimplementerad”.

Har Sverige ”överimplementerat” det EU-rättsliga artskyddet?

Uttrycket ”överimplementering” av EU-rätten är ett centralt element i kritiken mot den nationella miljörätten. Det är inte något svenskt fenomen utan förekommer som en del av industrins klagomål över ”administrativa bördor” i alla medlemsstater sedan åtminstone 20 år. Frågan är bara vad som avses med uttrycket, särskilt på ett område som domineras av minimidirektiv som tillåter att medlemsstaterna har strängare regler. På naturvårdsområdet är den dominerande bilden inom EU att medlemsstaterna anpassar sin lagstiftning till EU-reglerna, men också att de bibehåller strängare krav. Överlag kompletterar man skyddet av fåglar och AHD-arter med nationell fridlysning av skyddsvärda växt- och djurarter. Likaså genomför man fågeldirektivet (2009/147) och art- och habitatdirektivet (92/43) i den existerande nationella lagstiftningen för att förenkla förståelsen och beslutsfattandet. Precis som i Sverige varierar tillämpningen beroende på vad slags påverkan det är fråga om och arternas skyddsvärde. Påståendet i den svenska debatten att Sverige skulle vara ensamt med att ha ett gemensamt skyddssystem för fåglar och listade arter är inte sant. Det är tvärtom så att många stora länder har genomfört de EU-rättsliga förbudsreglerna på det viset. Så är fallet i vårt grannland Finland där artskyddsreglerna i 8 kap. *Luonnonsuojelulaki* i princip är gemensamma för fåglar och AHD-arter. Tyskland har en liknande reglering genom att förbuden i den federala *Bundesnaturschutzgesetz* är gemensamma och objektivt formulerade. Här görs alltid en bedömning av om den planerade verksamheten kan medföra en ”signifikant ökning av risken” för att döda/störa/förstöra för arterna. Till ledning för denna bedömning utgår man från den naturliga situationen för arten, dess känslighet för viss verksamhet och dess reproduktion. Därtill kommer en proportionalitetsbedömning. Även i Frankrike är regleringen gemensam för

[43] MÖD 2023-08-31; M 9695-22 *Marktjärn*.
[44] MÖD 2025-02-18; M 690-24 *Kallbäck*.

fåglar och listade arter i *Code de l'environnement (Livre IV)*. I *LESPRE*,[45] den spanska lagen om naturarv och biodiversitet, täcker bestämmelserna de arter som är upptagna på en lista som innehåller dels nationellt skyddsvärda arter, dels ”bilagorna till naturvårdsdirektiven”. Det innebär att de gemensamma förbuden täcker även arter som är upptagna i bilaga 1 till fågeldirektivet (2009/147), dvs. särskilt skyddsvärda arter.

Det är klart att man kan använda uttrycket ”överimplementering” av artskyddet för allting som går utöver EU:s tvingande regler och givetvis är medlemsstaterna fria att öka eller minska fridlysningen av de arter och naturmiljöer som inte är reglerade inom EU-rätten. Om vi i Sverige bestämmer oss för att undanta de areella näringarna från skyddet av knärot och brunkulla så är det ett val som varken Bryssel eller Luxemburg kommer att lägga sig i.[46] Konsekvenserna av en sådan reform blir nog främst politiska, men det är en annan diskussion än den som förs i den här artikeln. Här koncentrerar jag mig istället på de tre frågor som nämnts ovan, nämligen om *Skydda skogen* skulle medföra att vi tvingas skydda bofinkar i skogen, om enstaka exemplar av en skyddad art skulle hindra samhällsviktiga projekt och om den svenska tillämpningen av reglerna beror på ”domstolsaktivism”.

Vad betyder Skydda skogen?

Skogsstyrelsen gjorde gällande i sitt utspel efter *Skydda skogen* att den gemensamma regleringen för fåglar och AHD-arter i AF medförde att vi måste skydda även triviala fåglar i skogsbruket. Här vill jag inledningsvis peka på att en sådan tolkning utgår från en grundläggande missuppfattning om EU-rätten, nämligen att EU-domstolen skulle kunna uttala sig om hur Sverige ska tillämpa de delar av vårt artskydd som *går utöver* vad som följer av de två naturvårdsdirektiven. Så är det givetvis inte då domstolen i Luxemburg bara kan uttala sig om förståelsen av de EU-rättsliga reglerna och inget annat. Dess uttalande om enskilda exemplar av AHD-arter kan alltså inte sträckas ut till att gälla för fåglar bara för att en medlemsstat har gemensamma regler för alla arter som täcks av de båda naturvårdsdirektiven. När

[45] Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

[46] Bernkonventionen – dvs. Europarådets konvention om skyddet av europeiska djur och växter samt deras naturliga livsmiljöer (SÖ 1983:30) – kan dock sätta upp vissa spärrar. Här är t.ex. järven listad som strikt skyddad, medan arten inte är upptagen i bilaga 4 till art- och habitatdirektivet (92/43). Det strikta skyddet av järven uppnås istället genom den EU-rättsliga principen om den tvingande effekten av ”blandade avtal ” genom att både Sverige och EU har skrivit under konventionen, se Ebbesson, J: *Miljörätt* (Iustus, 5:e uppl. 2023), sid. 47f med hänvisning till rättsfallet C-293/03 *Étang de Berre* (2004).

det sedan gällde fågeldirektivet (2009/147) sade EU-domstolen bara att det gäller för alla fågelarter, oavsett skyddsstatus. Att alla fågelarter ska *omfattas* av ett heltäckande system innebär emellertid inte att förbudsreglerna ska *tillämpas lika* för alla fåglar, från triviala generalister till hotade specialister och rovfåglar. Även med den äldre lydelsen av 4 § AF hade vi alltså kunnat fortsätta att beakta artens känslighet för vissa verksamheter, deras bevarandestatus osv. i enlighet med den rättspraxis som hade utvecklats av MÖD. Här bör också betonas att den praxisen enbart hade gällt särskilt skyddsvärda fåglar. Vad som också tydliggörs genom MÖD:s avgöranden är att de skyddsåtgärder som behöver vidtas för att undvika att komma i en förbudssituation varierar för olika fåglar. När det exempelvis gäller skogsbruk är vissa arter inte känsliga för avverkningar, andra kräver holkar eller att man sparar boträd, medan känsliga arter kan kräva anpassning av metoder, skyddszoner eller t.o.m. förbudstider. Men något bofinksskydd kom alltså inte till med *Skydda skogen*. Däremot kan man utläsa av skrivningarna om skogsbruk att EU-domstolen ställer höga krav på skyddet av känsliga och hotade fågelarter. Det hade visserligen varit värdefullt om domstolen hade utvecklat ytterligare om vad det innebär, men nu valde man att i huvudsaken enbart uttala sig om tillämpningen av art- och habitatdirektivet (92/43).[47] Det gör emellertid inte att vi kan utläsa mera av domen än vad som står där och vad som faktiskt ingår i domstolens behörighet att uttala sig om. Det borde Skogsstyrelsen ha tänkt på, särskilt som man var helt ensam bland oberoende instanser i sin tolkning av *Skydda skogen*.

Stoppar enskilda exemplar av en skyddad art samhällsviktiga projekt?

När det sedan gäller påståendet att enstaka exemplar av en skyddad art kan stoppa samhällsviktiga projekt är det svårt att bemöta då det inte ges något exempel på en sådan händelse. Vi kan emellertid utgå från att initiativtagare till samhällsviktiga verksamheter knappast skulle nöja sig med att en enstaka växt eller groda stoppar projektet utan att vända sig till domstol. Därmed kommer vi in på ett område där det faktiskt går att kontrollera fakta genom att studera rättspraxis och då blir det enkelt att konstatera att här saknas

[47] Det ligger f.n. ett mål från Polen i EUD som kan ge närmare svar på frågan om tillämpningen av förbudsregeln och undantagsmöjligheterna i 5 resp. 9 §§ FD, se C-784/23 *Voore Mets och Lemeks Põlva*. Generaladvokatens (Kokott) yttrande kom 2025-02-06. Här argumenterar hon för att skyddet för arterna i förhållande till ”indirekt dödande/störande” gäller enbart för särskilt skyddsvärda fågelarter. Den minnesgoda kommer ihåg att hon yttrade sig efter samma linje i *Skydda skogen*, vilket emellertid EUD bortsåg från. Det är följaktligen omöjligt att uttala sig om var domstolen kommer att landa i frågan i detta mål.

stöd för påståendet.[48] Det är nu inte konstigt, för vad EU-domstolen slog fast var bara att förbudsreglerna i art- och habitatdirektivet (92/43) gäller även på individnivå, dvs. att *skyddet även omfattar enstaka exemplar*. Förekomsten av sådana *utlöser alltså skyddssystemet*, men det leder inte automatiskt till ett förbud mot den störande verksamheten. Detsamma gäller för konstaterandet att bevarandestatusen inte spelar någon roll i det här skedet. Det här leder nämligen fram till nästa fråga, dvs. om det är möjligt att föreskriva effektiva skyddsåtgärder. Som framgår av MÖD:s praxis kan sådana vara av väldigt olika slag, men så länge som de bedöms vara effektiva undviker man förbudet i 4 a § AF. När det gäller störningar av livsmiljöer som orsakas av skogsbruk talar man om att t.ex. ett fortplantningsområde för en art måste kunna bibehålla sin ”kontinuerliga ekologiska funktion” (KEF). Uttrycket kommer från EU-kommissionens Vägledning om artskydd från 2021, där följande beskrivning ges:[49]

> Åtgärder som används för att säkerställa kontinuerlig ekologisk funktion (härefter benämnda ”KEF-åtgärder”) är förebyggande åtgärder som syftar till att minimera eller till och med eliminera en verksamhets negativa inverkan på parningsplatser eller rastplatser för skyddade arter. De kan emellertid också gå längre än så och innefatta åtgärder som aktivt förbättrar en viss parningsplats eller rastplats så att den inte – vid något tillfälle – drabbas av minskad eller förlorad ekologisk funktion. Detta kan exempelvis innefatta att utöka området eller inrätta nya livsmiljöer i, eller i direkt funktionell förbindelse med, en parningsplats eller rastplats för att bibehålla dess funktion. Självklart måste det kunna påvisas att sådana åtgärder för en viss art har koppling till att bibehålla eller förbättra dess ekologiska funktion.

KEF-åtgärder kan användas allmänt för alla slags verksamheter, även för andra än AHD-arter. När det gäller skyddet av fåglar enligt 4 § AF kan synsättet exempelvis tillämpas för att säkra den ekologiska funktionen hos ett tjäderspel.

En annan slutsats som kan dras från rättspraxis är att inte ens nationellt skyddade arter som knärot hindrar utvecklingen av samhällsviktiga projekt. Däremot utlöser de idag en *prövning* av artskyddet, och här visar statistiken att man oftast kan undvika förbuden genom att vidta försiktighetsåtgärder.

[48] Marklund & Schultz drar samma slutsats, se s. 169.

[49] Kommissionens tillkännagivande 9.12.21: *Vägledning om strikt skydd för djurarter av gemenskapsintresse enligt habitatdirektivet* (2021/C 496/01), citatet från avsnitt (2-67). Se även Förordningsmotiv (Fm 2022:5) till förordning om ändring i artskyddsförordningen (2007:845) och Skogsstyrelsen/Naturvårdsverket: *Gemensamma riktlinjer för handläggning av artskyddsärenden i skogsbruket*. Skogsstyrelsen dnr 2022/1756, Naturvårdsverket dnr Nv-04718-22; Version 2.0. 2023-12-01, avsnitt 3.6.1.

Trots detta verkar rättspraxis inte sitta väl hos företrädarna för de areella näringarna.

Präglas tillämpningen av artskyddsreglerna av ”domstolsaktivism”?

Ett annat påstående som bör skärskådas är det om “domstolsaktivism”. Sådana uttalanden dyker upp lite varstans och var temat på det brev som LRF/Region Nord skickade till Tidö-partiernas riksdagsledamöter i slutet av 2024.[50] Här ville man ”lyfta den oro som finns hos oss och våra medlemmar” över ledamöterna i den s.k. bokstavsutredningen som regeringen hade tillsatt för att se över artskyddsreglerna. Som bekant lägger en bokstavsutredning inte fram en egen text som publiceras utan ger bara ett underlag som sedan bearbetas inom Regeringskansliet. I brevet sägs att en av utredarna – en chefsrådman från mark- och miljödomstolen i Vänersborg – ”känns igen från arbetet som ledde fram till tolkningen av att skogsbruk inte får störa fåglar, ens på individnivå”. Hon påstods vara grundaren av detta synsätt genom att ha deltagit i flertalet av de underrättsavgöranden med den innebörden. En annan person som LRF-regionen ”kände oro för” var ett f.d. tekniskt råd vid MÖD som i avgörandet om *Bombmurklan*[51] hade motsatt sig att ”ge den enskilda skogsägaren generellt företräde framför det allmänna intresset att skydda fridlysta arter”. Förutom att brevet var ett lågvattenmärke som organisationen sedan tvingas göra avbön för,[52] var påståendena direkt felaktiga. En underrätt skapar ingen rättspraxis, vilket däremot MÖD gör (oavsett om den accepterar underrättens tankegångar eller inte). När det gäller det f.d. tekniska rådet tillhörde han den minoritet (två ledamöter) som ville att ersättningsfrågan inte skulle behandlas inom ramen för dispensprövningen i målet, vilket däremot majoriteten (två ledamöter) ansåg. Minoriteten menade bara att ersättningsfrågan fick prövas i en särskild process. Den inställningen bekräftades f.ö. tre år senare när MÖD ändrade sin praxis med hänvisning till Högsta domstolens avgörande i ersättningsmålet *Tjädrarna i Malsättra*.[53] På så vis kan man alltså säga att de ledamöter som hade ”fel” i *Bombmurklan* slutligen fick ”rätt”. Det finns

[50] Se Dagens Nyheter 2024-12-04 under rubriken *Domare pekas ut i brev till Tidöpartierna: ”Trump-inspirerad retorik”*.

[51] MÖD 2017:7 *Bombmurklan*.

[52] Avbönen framgår av artikeln i Dagens Nyheter, men skedde redan dagen före i ett mejl från LRF Skogsägarna till de namngivna personerna.

[53] MÖD 2024-02-28; M 11525-22 *Altsarbyn* i Rättvik med hänvisning till NJA 2023 s. 291 *Tjädrarna i Malsättra*, se Darpö, J: *Artskydd och ersättning i skogsbruket. Rättsläget efter Tjäderspelet i Malsättra och några olösta frågor*. JT 2023–24 s. 4.

heller inget stöd för de mera allmänna påståendena om ”domstolsaktivism”. En studie av rättspraxis visar tydligt att MÖD gör precis det som krävs av en domstol i en medlemsstat i Unionen, nämligen dömer i enlighet med EU-direktiven och den rättspraxis som skapats av EU-domstolen. Det är knappast förvånande då det är en skyldighet som följer av lojalitetsplikten och doktrinen om direkt effekt. Som jag utvecklar i det avslutande avsnittet är det möjligen här som skon klämmer hos kritikerna.

Gjorde ”bofinksreformen” någon skillnad?

En sista fråga är om reformen av AF gjorde någon skillnad i skogsbruket. Det är svårt att se det utifrån den hittillsvarande rättspraxisen, även om svaret på frågan är beroende av ekologiska bedömningar. Skillnaden ligger ju i dels hur man ska se på dödandet av ”enskilda exemplar” av listade arter i förhållande till skyddsvärda ”fågelarter”, dels om effekten av en störning ska bedömas mot artens bevarandestatus. Det senare gäller ju inte för AHD-arter. Eftersom MÖD gör en sträng tolkning av vad som kan sakna betydelse för att upprätthålla en fågelpopulation på en ”tillfredsställande nivå” utifrån ”ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov” blir skillnaden inte märkbar jämfört med det mera absoluta förbudet i 4 a § AF.[54] Allt beror ju på vad slags art det är fråga om, dess skyddsvärde och behov. När det gäller skogsbruket bör man *i båda fallen* kunna utgå från att anpassningar, förbudstider och åtgärder för att säkra KEF för den skyddsvärda arten och dess livsmiljö är tillräckligt för att möta EU-rättens krav. Dessutom kräver båda naturvårdsdirektiven att de befarade effekterna av en viss åtgärd eller exploatering undersöks genom inventeringar och andra undersökningar av det berörda området och en bedömning av projektets befarade effekter på de skyddade intressena. Först när detta är klart kan myndigheten eller domstolen avgöra om projektet kan godkännas eller om det behövs dispens enligt 14 § AF.

Möjligen har alltså regeringen genomfört en reform för att stilla skogsägaropinionen som mest kommer att synas på pappret. Frågan är bara hur reaktionen blir när det börjar att märkas att effekten på marken blir liten eller ingen. Till det kommer att de nya reglerna tydliggör att Sverige tänker tillämpa undantagsregeln i 14 § AF även på fågelskyddet på ett sätt som

[54] En intressant jämförelse kan göras av bedömningarna av fågelskyddet i två mål som MÖD avgjorde 2025-02-18, nämligen M 690-24 om talltitorna i *Kallbäck* (avverkningsmål i Hedemora) och M 8767-21 om tjäderspelet vid *Deponin vid Hjälmsta* (tillstånd till deponi i Knivsta).

bryter mot EU-rätten. Risken är att domstolarna ser sig förhindrade att tillämpa den delen, vilket givetvis kommer att öka pratet om ”domstolsaktivism”. En sådan utveckling vore olycklig då den skulle öka antagonismen i miljödebatten.

Till försvar för rättsvetenskapen

Jag har i detta bidrag pekat på några exempel på alternativa sanningar om tillståndet inom den svenska miljörätten och försökt att utifrån tillgänglig kunskap visa varför de är felaktiga. På så vis kan artikeln ses som ett brandtal om varför tillämpad forskning är så viktigt just nu i denna tid av faktaresistens på miljöområdet. Mot den här bakgrunden är det givetvis olyckligt – och motsägande – att kritiken mot sådan forskning blir allt starkare, vilket har resulterat i minskade anslag till såväl Naturvårdsverket som Energimyndigheten (Vindlov). Många av de stora forskningsfinansiärerna är heller inte så trakterade av den här typen av ”tråkig” rättsvetenskap utan satsar hellre på mer spektakulära frågor som ligger i tiden alldeles oavsett dess samhällsnytta. Jag tror tvärtom att i tider då miljöskyddet och naturvården är under stark press är det viktigt att miljörättsforskarna ställer sig frågan: Vill jag spela en roll i samhällsutvecklingen och på vilket sätt gör jag det bäst?

Som visats i mina exempel ger de olika verklighetsbeskrivningarna i debatten helt olika problembeskrivningar och förslag om vad som behöver göras för att nå våra klimatmål och samtidigt behålla biodiversiteten. Vissa av våra myndigheter verkar dessutom ha glömt sin roll som oberoende och opartiskt organ och förvandlats till ensidiga påtryckare eller förespråkare av regeringens kortsiktiga politik. Jag har visat på några sådana exempel i artikeln, tydligast i fallet med Skogsstyrelsens ”bofinksutspel”. Men även Energimyndighetens och Tillväxtanalys användning av information som inte är verifierbar kan knappast höra till vad vi menar med ”god förvaltning”. Någon kan tycka att det hör till spelets regler inom myndighetsvärlden, men när centrala aktörer agerar på det viset skyms onekligen sikten och förhindrar att det görs riktig beskrivning av problemen. Utan en sådan beskrivning kan politiken inte göra de rätta valen för att lösa knutarna utan det hela förvandlas till enkla lösningar och populism. Det bör också vara okontroversiellt att peka på att ytterlighetsexempel om olika sakförhållanden ger ett dåligt underlag för reformer. Låt mig avslutningsvis visa på detta genom att ta upp några förslag som förekommit i den politiska debatten och som jag tror leder fel, eller rent av skulle bli kontraproduktiva:

- Att inte tidigt samråda med den berörda allmänheten i tillståndsärenden kan leda till sämre beslutsunderlag, men också till att grannar och närboende känner sig överkörda. Detta gäller givetvis särskilt om en sådan idé kombineras med korta tidsfrister för handläggningen av miljöprövningar av olika slag. I förlängningen kan ett slopande av det tidiga samrådet få problem med andra EU-rättsliga krav och därmed leda till ett ökat antal överklaganden och undanröjda beslut och därmed förlängda handläggningstider.
- Att en verksamhetsutövare får tillstånd genom ”tyst medgivande” strider mot grundläggande principer om rättssäkerhet då det blir omöjligt att veta vad som gäller för verksamheten; att en sådan konstruktion också i många situationer kommer i konflikt med EU-rätten är uppenbart.
- Att minska på grannars och miljöorganisationers möjlighet att utmana myndighetsbeslut i domstol är problematiskt både i förhållande till internationell rätt (Europakonventionen och Århuskonventionen) och EU-rätten; att lagstifta bort möjligheten att överklaga en myndighets passivitet bryter mot den EU-rättsliga rättsskyddsprincipen; att införa avgifter för överklaganden till domstol är ineffektivt (jfr Danmark) och påverkar inte andelen beslut som överklagas. Dessutom kan det uppstå administrativt krångel med återbetalningar.

Sedan finns en annan aspekt som alla som deltar i miljörättsdebatten bör ha i åtanke. Diskussionen om långa handläggningstider, krångliga regler och överdrivet artskydd har – precis som den infekterade vargdebatten och den om omprövning av vattenkraften enligt den nationella planen – en tydlig underton av avståndstagande gentemot EU och ”byråkratin i Bryssel”. Att kritisera byråkrati är i sig en självklarhet i en demokrati, men i Sverige kan man emellanåt få intrycket att stora samhällsgrupper gärna tar det goda med den gemensamma marknaden, men förstår inte att med den följer också gemensamma krav och regler.