



2020-06-16

Mark- och miljööverdomstolen

Svea hovrätt

Box 2290

103 17 Stockholm

Yttrande i mål M 13636-19 angående föreläggande enligt 12 kap 6 § miljöbalken i samband med anläggandet av ny väg 940 i Kungsbacka kommun

Naturskyddsföreningen i Kungsbackas och föreningen Värna Onsalas (nedan kallade föreningarna) har av domstolen förelagts att yttra sig över Trafikverkets överklagande i mål M 13636-19. Som juridiskt ombud för föreningarna inkommer jag härmed med följande yttrande.

Föreningarna bestrider Trafikverkets yrkanden om ändring och yrkar att Mark- och miljööverdomstolen istället fastställer Mark- och miljödomstolens dom i mål M 5154-18.

Utveckling av talan

Bakgrund

2016-02-05 fastställde Trafikverket (TRV) arbetsplan för anläggning av väg 940, delen Rösan-Forsbäck inom Kungsbacka kommun, Hallands län.

Den nya väg 940 planeras att byggas i en mycket värdefull miljö. I den miljökonsekvensbeskrivning (MKB) Trafikverket har presenterat redovisas 29 områden med värdefull naturmiljö samt ett antal områden med värdefull kulturmiljö. Natura 2000-området Kungsbackafjorden, SE0510058, är ett stort område som bland annat inkluderar de tre naturreservaten Malön, Hållsundsudde-Sönnerbergen samt

Kungsbackafjorden. Området är växtgeografiskt intressant och fågellivet på de flacka strandängarna är rikt och det häckar täta bestånd av tofsvipor, rödbenor, och större strandpipare.

Enligt MKB:n för vägplanen förekommer inom vägkorridoren eller i kringlandskapet ett fyrtiotal arter som är upptagna i artskyddsförordningen, många är fåglar. Några av arterna häckar inom vägkorridoren. Det gäller t ex den ovanliga mindre hackspetten och gröngöling. Ett stort antal arter påträffas i landskapet omkring vägkorridoren (uppgifter från Artportalen/Svalan). För 18 av de 24 fågelarter som förekommer i området kan gynnsam bevarandestatus (GYBS) lokalt påverkas negativt, främst genom att marker för födosök försvinner eller avskärs av vägen. De alkärr och lövskogar som återfinns i eller i anslutning till vägkorridoren utgör dessutom ett kärnområde för den mindre hackspetten inte bara i Kungsbacka kommun utan i hela regionen. Mindre hackspett förekommer med flera par. Förekomsten av hackspetten bedöms påverkas negativt, särskilt om äldre lövskogsområden avverkas eller dräneras i samband med vägbygget men även av bullerstörningar när vägen är byggd. Områdena kring Staragården, Björsmosse och Norrelund är de mest värdefulla för arten. Bland annat i området N1, N2, även kallat "Paradiset", har flera personer sett mindre hackspett så gott som årligen sedan mitten av 60-talet, senast för någon vecka sedan. Samma resonemang gäller för arten gröngöling. I området finns även andra mer ovanliga arter såsom örslav, guldsandbi, vädssandbi, korallorangelav, större vattensalamander och backsippa. För samtliga av de påträffade groddjursarterna (samtliga ingår i artskyddsförordningen) kan gynnsam bevarandestatus komma att påverkas negativt lokalt.

Länsstyrelsen i Hallands län beslutade 2018-11-22 i ärende 525-7052-17 om att inom 12:5 samråd förelägga TRV ett antal åtgärder för att minska risk för påverkan på arter skyddade enligt artskyddsförordningen i samband med anläggandet av ny väg 940 i Kungsbacka kommun. Föreläggandet gällde bl a arterna större vattensalamander, åkergroda, flera fladdermusarter samt fågelarter som tornseglare, buskskvätta, stare, sävsparv och gulsparv.

Beslutet överklagades både av TRV och av ett antal andra parter, varav föreningarna var några. Mark- och miljödomstolen undanröjde 2019-11-28 Länsstyrelsens beslut och återförvisade målet till Länsstyrelsen för fortsatt handläggning.

Artskydd, allmänt

Vägområdet för ny väg 940 Rösan-Forsbäck utgör således en livsmiljö för ett stort antal arter av gemenskapsintresse. Detta område finns kvar i naturligt skick eftersom det sedan flera decennier har varit skyddat som ett vägreservat i Kungsbacka kommuns långtidsplanering. Den naturtyp med dess stora artrikedom och biologiska mångfald det här är frågan om har minskat kraftigt i omfattning i såväl hela södra Sverige som i Onsala och närliggande områden. Minskningen i Onsala beror på den stora

exploatering som ägt rum där. Onsala församlings befolkning har ökat från under 2 000 personer på 60-talet till över 14 000 personer idag.

I 4 § artskyddsförordningen (AF) föreskrivs med stöd av 8 kap 1 § MB att i fråga om vilda fåglar och i fråga om sådana vilt levande djurarter som i bilaga 1 till förordningen har markerats med N eller n, är det förbjudet att avsiktligt fånga eller döda djur, avsiktligt förstöra eller samla in ägg i naturen, avsiktligt störa djur, särskilt under djurens parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttperioder och skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplats. Enligt 14 § AF får länsstyrelsen i enskilda fall ge dispens från förbuden. Bestämmelserna om fridlysning och dispens i 4, 8 och 14 §§ AF innebär en ren implementering av artiklarna 12, 13 och 16 i art- och habitatdirektivet¹ och 9.1 fågeldirektivet².

För att vägprojektet inte ska träffas av förbud enligt 4 och 6 §§ AF krävs att åtgärder som är tillräckliga för att populationen av de aktuella skyddade arterna inte ska drabbas av försämring eller förstörelse vidtas. Sådana åtgärder måste fullt under och under relevanta tidsperioder erbjuda de funktioner som en population av en berörd art behöver för sin både fortplantning och vila. Om detta inte är möjligt får den skadliga effekten godtas först efter tillämpning av artskyddets undantagsregler i 14 § AF. Både i kommissionens vägledningsdokument³ och i Naturvårdsverkets handbok för artskyddsförordningen⁴ betonas vikten av att minimera störningar på känsliga arter genom att från början välja en lämplig plats för störande verksamheter.

Föreningarna vidhåller att den av TRV planerade åtgärden byggnation och drift av ny väg 940 Rösan-Forsbäck skulle leda till att livsmiljön för ett stort antal arter i vägområdet skulle bli kraftigt försämrade. Åtgärden att bygga och driva den planerade vägen strider mot syftet med EU:s art och habitatdirektiv, att säkra den biologiska mångfalden genom bevarandet av naturligt förekommande livsmiljöer samt den vilda floran och faunan inom EU:s medlemsländer. Det finns stor risk att flera skyddade arter störs i den mening som avses i 4 § p 2 AF. Det finns även stor risk att skyddade arters fortplantningsområden eller viloplats skadas eller förstörs enligt 4 § p 4 AF.

Prövning enligt artskyddsförordningen

Artskyddsförordningens bestämmelser är som nämnts ovan en del av implementeringen av EU:s naturvårdsdirektiv. Enligt art 12 i art- och habitatdirektivet ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för införande av ett strikt skyddssystem i det naturliga utbredningsområdet för de djurarter som finns

¹ Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter

² Rådets direktiv 79/409/EEG av den 2 april 1979 om bevarande av vilda fåglar

³ Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the habitats Directive 92/43/EEC

⁴ Handbok för artskyddsförordningen, Del 1 – fridlysning och dispenser, 2009:2 • UTGÅVA 1 • april 2009

förtecknade i direktivets bilaga 4 a. Enligt art 13 ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att införa ett strikt skyddssystem för de växtarter som finns förtecknade i bilaga 4 b. Artikel 16 anger de fall när undantag från detta strikta skydd kan medges. Möjligheterna att medge undantag är begränsade eftersom en dispens inte får innebära att syftet med artskyddet som beskrivs i habitatdirektivets artikel 2 äventyras. Tolkningen av direktivets krav görs ytterst genom EU-domstolens praxis. Domstolen har i sina avgöranden C-10/96, C-6/04 samt C-60/05 tydligt slagit fast att de villkor för undantag som anges i art 16 ska tolkas restriktivt. Att nationella genomförandeåtgärder ska garantera tillämpningen av direktivet i dess helhet utan att selektivt tillämpa bestämmelserna framgår av avgörande i mål C-118/94. Av dessa domar följer att möjligheten för en svensk myndighet att meddela beslut om artskyddsdispens är begränsad och bör tillämpas restriktivt. Myndigheterna ska särskilt bevaka att gynnsam bevarandestatus bibehålls eller återställs för skyddade arter och dess livsmiljöer.

Ett myndighetsbeslut får inte försämra artens bevarandestatus eller möjlighet att nå gynnsam bevarandestatus på någon nivå. I art- och habitatdirektivet art 1 (i) anges en arts bevarandestatus som summan av de faktorer som påverkar den berörda arten och som på lång sikt kan påverka den naturliga utbredningen och mängden hos dess populationer inom det territorium som anges i artikel 2.

Härtill kommer att det inte är möjligt att "kompensera" med skydds- och försiktighetsåtgärder beträffande vidtagande av åtgärder som strider mot 4 § 2 punkten AF.

Utgångspunkten i 4 § p 4 AF är att en arts fortplantningsområde och viloplats inte får skadas eller förstöras. Enligt EU-kommissionens vägledningsdokument och även Naturvårdsverkets handbok måste även fortplantningsområden och viloplats skyddas när de inte används. Det är vidare viktigt att platsens ekologiska funktion bibehålls. Gemensamt för åtgärder rörande djurens olika uppehållsplatser är att dessa inte får påverkas av mänskliga aktiviteter på ett sådant sätt att platserna förlorar sin kontinuerliga ekologiska funktion för den berörda arten. Med detta avses att ingreppet inte får vara så omfattande att området tappar de egenskaper som gör det betydelsefullt för arten i fråga. Platserna behöver skyddas även när de inte används så att funktionen finns kvar när arten återvänder för att lägga ägg eller föda ungar. Detta gäller sådana områden som används regelbundet, men inte nödvändigtvis varje år. Om platserna bara används någon enstaka gång omfattas de bara av skyddet när arten i fråga uppehåller sig där. En fysisk degradering kan påverka en livsmiljöes funktionalitet. Inte enbart en förstörelse av en livsmiljö omfattas utan även försämring av densamma. En sådan försämring kan ske gradvis. Det kan vara så att en försämring inte omedelbart leder till förlust av ett fortplantningsområde eller viloplats, men får till följd att platsens funktion successivt försämras i kvalitet.

Ska naturvårdsdirektiven följas måste varje avsteg från förbuden ske på grundval av relevanta och vetenskapliga grunder. Ett undantag är enbart berättigat om det objektivt kan styrkas att det inte finns någon annan tillfredsställande lösning. Bedömningen om

en sådan annan lösning måste baseras på objektivt verifierbara faktorer som vetenskapliga och tekniska analyser (se bl a C-10/96). Medlemsländernas handlingsfrihet är begränsad och varje argument för att det inte skulle finnas någon annan lämplig lösning eller att denna inte skulle vara tillfredställande måste vara väl underbyggda. EU- domstolen har i mål C-60/05 uttalat att den myndighet som fattar ett beslut grundat på en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att nödvändiga förutsättningar föreligger för varje undantag och medlemsstaterna ska säkerställa att varje åtgärd som påverkar skyddade arter endast tillåts i beslut som är noggrant och tillräckligt motiverade och som hänvisar till skäl och krav som anges i art 9.1 och 9.2 (motsvarande art 16 art- och habitatdirektivet) i direktivet.

Föreningarna vill här hänvisa till EU-domstolens dom C 182/02, där domstolen pekade på vikten av att kunna visa på tvingande skäl för att rättfärdiga ett undantag. Av Kommissionens vägledning framgår tydligt att undantag ska vara den sista utvägen och att varje system för undantag måste vara underordnat art- och habitatdirektivets bevarandeintressen.

I mål C-441-17 slår EU-domstolen fast att:

”För de fågelarter som anges i bilaga I till fågeldirektivet måste dessa åtgärder bland annat vara ägnade att säkerställa arternas överlevnad och fortplantning, samt fortplantning, ruggning och övervintring för de regelbundet förekommande flyttfågelarter som inte är angivna i bilagan. Dessa åtgärder kan inte begränsas till att förebygga externa skador och störningar som orsakats av människan, utan de måste beroende på de faktiska förhållandena även omfatta positiva åtgärder för att bevara eller förbättra områdets status (dom av den 13 december 2007, kommissionen/Irland, C-418/04, EU:C:2007:780, punkterna 153 och 154).”

Domstolen uttalade i samma mål att de förbud som ställs i art 12 art- och habitatdirektivet, motsvarande 4 § AF, är absoluta och oberoende av antalet exemplar och förekomsten av de arter som omfattas av ett strikt skydd för bevarande. Den allmänt utbredda förekomsten av en art kan således inte motivera en intensifiering av åtgärder som kan medföra att dessa förbud överträds.

För att möjliggöra en bedömning av om tillstånd kan ges med hänsyn till påverkan på skyddade arter krävs ett fullgott beslutsunderlag där det tydlig framgår hur fridlysta arter och deras fortplantnings/reproduktionsområden och viloplatsen kan komma att påverkas och huruvida föreslagna skyddsåtgärder är tillräckliga för att verksamheten/åtgärden inte ska medföra krav på artskyddsdispens enligt artskyddsförordningen. Detta framgår bl a praxis från Mark- och miljööverdomstolen och av Naturvårdsverkets handbok för artskyddsförordningen 2009:2 Del 1. Sådant beslutsunderlag saknas i föreliggande mål. Föreningarna delar här Mark- och miljödomstolens bedömning.

Arturval vid infrastrukturprojekt

TRV anför att det faktum att Mark- och miljödomstolen i det överklagade målet bli underkänt det urval av arter som utretts särskilt skulle medföra stor betydelse för mer eller mindre samtliga bygg- och exploateringsprojekt i Sverige och att detta skulle leda till att en stor osäkerhet nu råder kring hur artskyddsbestämmelserna ska tillämpas.

Av naturvårdsverkets handbok framkommer dock vad gäller denna fråga:

*"I fall där flera arter berörs av en åtgärd, till exempel vid ett infrastrukturprojekt, kan det normalt räcka med en dispensansökan. Själva bedömningsproceduren bör dock göras art för art. Det bör undersökas om lämpliga skyddsåtgärder finns för att undvika att åtminstone en del av arterna störs eller deras livsmiljöer skadas av åtgärden."*⁵

Enligt Naturvårdsverket krävs när det är frågan om dispens från artskyddsförordningen således att en bedömning görs art för art. Detta innebär rimligtvis att alla relevanta arter ska bedömas. En följd av detta är att man även när det gäller eventuella skyddsåtgärder måste behandla varje relevant art för sig. Någon osäkerhet om hur artskyddsbestämmelserna ska tillämpas i detta sammanhang föreligger inte.

Föreningarna vill i sammanhanget även hänvisa till EU-domstolens dom i mål c-441/17 artskydd där domstolen uttalade följande:

"Den omständigheten att dessa arter är vanligt förekommande inom Natura 2000-området Puszca Białowieska saknar betydelse i detta avseende. Såsom framgår av punkt 231 ovan inför nämligen artikel 12.1 d i livsmiljödirektivet ett system för strikt skydd av parningsplatser och rastplatser för de arter som är förtecknade i bilaga IV a i livsmiljödirektivet, oberoende av antalet exemplar av dessa arter."

EU:s miljölagstiftning måste följas av svenska myndigheter oavsett om detta skulle komma att påverka ett antal bygg- och exploateringsprojekt.

Anläggande av ersättningsdamm för område N31

TRV föreslår att en ny damm, vilken ska ersätta dammen vid område N31, ska anläggas intill den nya vägen närmare Fjordskolan. TRV redovisar inte om man har träffat avtal med markägaren om anläggning av denna damm. TRV redovisar inte heller hur denna damm ska skötas så att igenväxning förhindras. Den befintliga dammen ligger i en hästhage. Denna damm torkar ut varje sommar och slås då av markägaren varför dess höga standard för fortplantning av grodor och paddor bevaras. Inga grodmurar eller grodtunnlar planeras i anslutning till den planerade dammen. Om dammen skulle komma att bli en bra miljö för groddjur kan man befara att många groddjur kommer att köras ihjäl på aktuell vägsträcka.

⁵ Naturvårdsverket, Handbok för artskyddsförordningen Del 1 – Fridlysning och dispenser, sid 40.

Veteranisering m m

Vad beträffar skyddsåtgärder för fladdermöss hänvisar vi till vårt yttrande över M 13672-19 vad det gäller effekt av veteranisering av träd i olika områden.

TRV har nu i detalj redogjort för veteraniseringsåtgärder men har fortfarande inte presenterat något bevis för att dessa åtgärder skulle kunna ha någon positiv effekt. TRV har själva medgivit att sådana bevis saknas då verket anger att effektbaserade studier verkar saknas i detta fall. Inte heller har verket givit något exempel på att åtgärder av de slag TRV föreslår har haft goda resultat. TRV:s diskussion av effekterna av de föreslagna åtgärderna mynnar ut i att dessa skapar potentiellt lämpliga häckningsträd för de aktuella arterna. TRV tar inte upp vilka övriga krav ett område måste uppfylla för att det ska vara ett lämpligt habitat för fåglar. TRV redovisar heller inte i vilken utsträckning de aktuella områdena kommer att bli strukturellt komplexa skogar, skogar som berörda arter är knutna till. TRV har inte redovisat vilken ekologisk kvalitet områdena kommer att få efter det att de föreslagna åtgärderna har genomförts.

Avtalstiden för avtalen med markägarna är endast ca 11 år. Föreningarna delar inte det resonemang TRV för om lämpligheten denna avtalstid. När avtalen upphört att gälla kommer ytterligare veteraniseringsåtgärder m m inte att ske. Områdenas eventuellt höjda ekologiska kvalitet kommer därmed att avta. TRV skriver att syftet med avtalen inte är att skapa naturreservat eller liknande formellt skyddade naturområden. För att områdena skulle kunna tänkas få en långsiktig positiv effekt är dock ett formellt skydd det enda som kan säkerställa detta.

Naturvårdsverket skriver om skyddsåtgärder i sin handbok:

”Den eller de aktuella arternas bevarandestatus måste vara en del av bedömningen av vilka skyddsåtgärder som behöver vidtas. Det bör ställas hårdare krav på skyddsåtgärderna för mindre vanliga arter. Bedömningen av vilka skyddsåtgärder som behöver vidtas bör ske i form av minst ett samråd enligt 12 kap 6 § miljöbalken, där verksamhetsutövaren bör kunna visa att skyddsåtgärderna kommer att fungera. Försiktighetsprincipen bör tillämpas. Hänvisning kan göras till exempel som tidigare genomförts och fått goda resultat. Att använda ovan beskrivna arbetssätt ihop med ett samråd enligt 12 kap 6 § kan vara lämpligt i fall där endast en del av ett fortplantningsområde eller viloplats kan påverkas negativt av en åtgärd. Endast undantagsvis bör det handla om att hela artens fortplantningsområde eller viloplats ersätts på ovan beskrivna sätt eftersom det är svårare att lyckas med en återställning av ett helt område än med en del. För rödlistade arter bör arbetssättet aldrig innebära att ett helt område ersätts. Områdets kontinuerliga ekologiska funktion bör vara likvärdig eller bättre än innan skyddsåtgärden gjordes. I samband med ett samrådsärende bör en uppföljning ske som visar att skyddsåtgärden fungerat. Kravet på uppföljning kan skrivas in som ett föreläggande eller villkor enligt 12 kap 6 § miljöbalken. Observera att detta arbetssätt endast gäller förbudet enligt 4 § 4 punkten

i artskyddsförordningen. Uppföljning av skyddsåtgärdernas effekt bör i detta fall vara gjord innan vägen börjar byggas.”⁶

Vägområdet har unikt höga kvaliteter jämfört med andra eventuella områden där mindre hackspett finns i Onsala eller norr därom, Vallda. För att områdets kontinuerliga ekologiska funktion ska vara likvärdig eller bättre än innan skyddsåtgärden gjordes måste vägområdets eller ett utökat vägområdes ekologiska funktion vara likvärdig eller bättre för mindre hackspett när de tänkta skyddsåtgärderna genomförts.

Lövgroda

TRV anför att förekomsten av lövgroda i Onsala med största sannolikhet skulle vara resultatet av en icke tillståndsgiven utplantering. Dessutom påstås att utplanteringsplatsen sannolikt är vid Råö på Onsalahalvöns västsida. TRV:s påståenden om att det i detta fall inte skulle vara frågan om en naturlig förekomst bygger på overifierade antaganden. Onsala tycks erbjuda en mycket lämplig miljö för lövgroda. Det är naturligt att en djurart ibland på etablerar sig i för arten nya lämpliga miljöer. Arten kan mycket väl ha kommit till Onsala utan att den för den skull har blivit inplanterad.

Buskskvätta, stare, sävsparv och gulspurv

TRV behandlar speciellt arterna buskskvätta, stare, sävsparv och gulspurv, arter som påträffats i vägområdet. TRV påstår att dessa är så allmänt förekommande i på Onsalahalvön att den påverkan ny väg 940 skulle ha på dem är försumbar. Detta påstående stöds inte av hänvisningar till inventering, observationer i artportalen eller på något annat sätt. I aktbilaga 45 presenteras en karta som uppges visa lämpliga områden för de nämnda arterna. Kartan visar dock inga sådana områden.

TRV:s påstående att de nämnda fyra fågelarterna är väl utbredda på Onsalahalvön saknar stöd. De fåtal rapporter som finns på artportalen talar istället för att det förhåller sig tvärt om. Därmed faller TRV:s argumentation för att det planerade vägbygget inte skulle vara negativt för gynnsam bevarandestatus för dessa arter.

Slutord

Trafikverket har inte visat om det är möjligt, och i så fall hur, åtgärder ska vidtas för att säkerställa full och kontinuerlig tillgång till de funktioner som berörda populationer av arterna behöver.

⁶ Naturvårdsverket, Handbok för artskyddsförordningen, Del 1 – Fridlysning och dispenser, sid 26.

Exempelvis har Trafikverket inte visat att det finns vetenskapligt stöd för att trädveteranisering vare sig på kort sikt eller på lång sikt skulle vara en skyddsåtgärd för fåglar och fladdermöss i det aktuella vägområdet. Ett område med veteraniserade träd kan endast under en begränsad period ha en ekologisk funktion, då de veteraniserade träden efter en tid inte längre finns kvar. Veteranisering av träd i ett område kan därmed tänkas på lång sikt vara en fullgod skyddsåtgärd/kompensationsåtgärd endast om man under lika lång tid kontinuerligt veteraniserar träd i tillräcklig omfattning. Att detta skulle kunna ske synes inte realistiskt.

Föreningarna anser sammantaget att det står klart att byggande av vägen innebär risk för skada eller försämring enligt artskyddsförordningen. Det är vidare tydligt att de skyddsåtgärder Trafikverket föreslår, både veteranisering av träd och övriga åtgärder, inte medför att kravet på artskyddsdispens upphör i nu aktuellt mål. Utförda undersökningar, inventeringar och utredningar är inte tillräckliga för att möjliggöra en bedömning som säkerställer EU-lagstiftningens stränga artskydd.

I övrigt hänvisas till föreningarnas samtliga tidigare inlagor i ärendet.

Dag som ovan


Gunilla Högberg Björck

Observera att GBH Miljörätts kontor får ny adress fr o m 2020-07-17. Den nya adressen blir då:

GBH Miljörätt

Natt och Dags Allé 41

745 93 Enköping