

2020-06-16

Mark- och miljööverdomstolen
Svea hovrätt
Box 2290
103 17 Stockholm

Yttrande i mål M 13672-19 angående föreläggande att söka dispens från 4 § artskyddsförordningen avseende arterna mindre hackspett och grüngöling, inför byggande av väg 940 Rösan – Forsbäck i Kungsbacka kommun

Som juridiskt ombud för Naturskyddsföreningen i Kungsbackas och föreningen Värna Onsalas (nedan kallade föreningarna) inkommer jag härmed med följande yttrande i målet.

Föreningarna bestrider Trafikverkets yrkanden om ändring och yrkar att Mark- och miljööverdomstolen istället fastställer Mark- och miljödomstolens dom i mål M 1952-18.

Det framgår att de åtgärder som Trafikverket avser att utföra för anläggande av ny väg skulle förstöra områden som utgör fortplantningsområden för mindre hackspett och grüngöling och som enligt 4 § 4 p artskyddsförordningen (AF) inte får skadas eller förstöras. Vidare medför vägplanerna sådan otillåten avsiktlig störning som avses i 4 § p 2 AF.

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. Nu aktuell arbetsplan för väg 940 Rösan – Forsbäck föregicks av en vägutredning¹. I den miljökonsekvensbeskrivning (MKB) Trafikverket har presenterat till denna 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-Sönerbergen samt Kungsbackafjorden. Området är växtgeografiskt intressant och fågellivet på de flacka strandängarna är rikt.

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.

Av MKB framgår dock även att vilt och djurliv i samband med vägutredningen endast studerats översiktligt eftersom frågan inte bedömdes vara alternativskiljande². Därmed togs beslutet att välja nu aktuellt alternativ i 2008 års vägutredning av TRV 2009, utan att man bedömt den planerade vägens påverkan på skyddade djurarter. TRV har vid val av alternativ för ny väg 940 Rösan - Forsbäck därmed inte behandlat frågan om artskydd av djur i enlighet med Naturvårdsverket allmänna råd. Av dessa

¹ VÄGUTREDNING Väg 940, delen Rösan – Forsbäck Objekt nummer 320913, 2008-05-21

²

https://www.trafikverket.se/contentassets/0b9910407c9844f7adddeb9fef376e4e/vagutredning/mkb_s31-50_vag940_rosan_forsback.pdf sid 44

framgår att artskyddet bör komma in tidigt i infrastruktur- och andra större projekt som vägar samt att påverkan på skyddade arter i beslutsunderlaget bör anges även för alternativa lokaliseringar eller andra metoder och för andra tidpunkter för genomförandet. Dispens bör sökas tidigt, innan andra alternativ är bortvalda.³

Det skäl som TRV vid den tiden angavs för valet av nu aktuellt alternativ var att detta i förhållande till alternativet upprustning av befintlig väg skulle ha mycket hög samhällsekonomisk lönsamhet. TRV har sedan justerat ner denna påstått höga samhällsekonomiska lönsamhet för valt alternativ kraftigt. Ett av alternativen i 2008 års vägutredning, upprustning av befintlig väg, hade kunnat genomföras utan att frågan om skyddade arter hade behövt aktualiseras.

Länsstyrelsen förelade 2018-04-25 TRV att ansöka om dispens enligt 14 § AF vad avser mindre hackspett och gröngöling. Länsstyrelsen har tydligt visat att Trafikverkets planer på ny väg 940 Rösan-Forsbäck innebär att man kommer i konflikt med förbuden i 4 § p 2 och 4 AF. Den av Trafikverket planerade åtgärden kommer att leda till mycket allvarliga konsekvenser för den hackspettspopulation, sex revir, som finns i det tänkta vägområdet. Inom detta område, 2 km² finns sex par innehållande 3 par/ km². Området är därför ett för mindre hackspett optimalt⁴ område.

Beslutet överklagades av TRV. Mark- och miljödomstolen avlog 2019-11-28 verkets överklagande. Denna dom, M 1952-18, är nu föremål för överprövning.

Förekomst av och bevarandestatus för arterna mindre hackspett och gröngöling i de berörda områdena

Föreningarna samt Göteborgs ornitologiska förening har i inlagor till Mark- och miljödomstolen påtalat den höga kvalitet som de nu gällande reviren för mindre hackspett och gröngöling har och varför det är av stor vikt för arternas bevarandestatus att dessa bevaras. Föreningarna vidhåller vad de tidigare anför.

Artskydd, allmänt

Fågeldirektivet omfattar alla vilda fågelarter som förekommer naturligt inom EU:s medlemsländers territorier och gäller för fåglar samt deras ägg, bon och livsmiljöer. Det övergripande syftet enligt artikel 2 är att bibehålla eller återskapa arternas populationer på en nivå "som svarar mot ekologiska, vetenskapliga och kulturella behov⁵.

³ Naturvårdsverket, Handbok för artskyddsförordningen, Del 1 – Fridlysning och dispenser, sid 45

⁴ Ottoson m.fl. Fåglarna i Sverige, sid 324

⁵ Rådets direktiv 79/409/EEG av den 2 april 1979 om bevarande av vilda fåglar

Vägområdet för ny väg 940 Rösan-Forsbäck utgör således en livsmiljö för ett stort antal arter av gemenskapsintresse, bl a mindre hackspett och gröngöling. 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.

Onsala socken är ett område med en speciell natur och kultur. En av Sveriges absolut äldsta vägar, Norrelundsvägen, går i direkt anslutning till området för ny väg 940. Att de fågelarter som lever i detta område bevaras och skyddas är ett starkt kulturellt behov för den gamla kulturbygd som Onsala socken utgör. Detta kan inte uppnås genom att på något sätt skydda dessa arter med åtgärder i en annan socken, Vallda socken.

I 4 § 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 habitatdirektivet⁶ och 9.1 fågeldirektivet.

I målet är det fråga om att bygga en fyrfilig väg genom ett område, som är mycket värdefullt för de i målet aktuella fågelarterna. TRV tillstår att den tänkta vägen innebär så stora negativa konsekvenser för de aktuella fågelarterna att skyddsåtgärder måste vidtas för att inte dispens från artskyddsförordningen ska krävas. För att vägprojektet inte ska träffas av förbud enligt 4 § 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.

⁶ Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter

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 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 som frångår artskyddet 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.

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 tillfredsställande 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 också 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 således 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 även bl a praxis från Mark- och miljööverdomstolen och av Naturvårdsverkets handbok för artskyddsförordningen 2009:2 Del 1. Sådant beslutsunderlag saknas i föreliggande mål.

Trots det undermåliga beslutsunderlaget vidhåller föreningarna att den av TRV planerade åtgärden byggnation och drift av ny väg 940 Rösan-Forsbäck skulle leda till att livsmiljön för arterna mindre hackspett samt gröngöling 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, trots föreslagna skyddsåtgärder, stor risk att arterna mindre hackspett och gröngöling störs i den mening som avses i 4 § p 2 AF. Det finns även stor risk att fortplantningsområden eller viloplatsen för arterna mindre hackspett och gröngöling skadas eller förstörs enligt 4 § p 4 AF. Artskyddsdispens krävs således.

Förbudet enligt 4 § p 2 artskyddsförordningen

Det är enligt 4 § första st p 2 AF förbjudet att avsiktligt störa dessa arter, särskilt under djurens parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttperioder. Ordet störa definieras varken i artskyddsförordningen eller i de två naturvårdsdirektiven. Stöd för tolkningen av begreppet finns emellertid i EU-kommissionens

vägledningsdokument⁷. Där anges att störning kan förekomma till exempel i form av ljud eller ljus, men den behöver inte fysiskt påverka arten direkt utan även indirekta effekter innefattas. Det kan handla om att arten flyr och därmed utsätts för omständigheter som gör att den lättare blir till byte för andra djur, förlorar stora mängder energi eller att deras ungar utsätts för fara genom att de förflyttas eller att de svälter ihjäl. Intensitet, tidsperiod och frekvens har betydelse för vilken påverkan störningen har. En störning som påverkar artens överlevnadschanser, reproduktion eller utbredning är otillåten. En åtgärd som påverkar exempelvis en fågelarts häckningsframgång genom att boplatsen överges eller att färre antal ungar än annars blir flygfärdiga är inte tillåten om detta leder till att artens population minskar i området, särskilt om arten har en ogynnsam bevarandestatus.

Det framstår som oklart om TRV menar att vägprojektet inte kan anses vara en sådan avsiktlig störning som omfattas av 4 § p 2 AF. Föreningarna hävdar att så är fallet.

Avsiktlig betyder i sammanhanget att den som utför åtgärden förstår den förutsägbara konsekvensen av sitt handlande och ändå genomför den, det vill säga är medveten om att ett skyddat djur sannolikt störs, även om störningen inte var syftet med åtgärden. När det gäller tolkningen av begreppet avsiktligt har detta begrepp när det gäller art- och habitatdirektivet tolkats av EU-domstolen i åtminstone två fall (mål C-103/00 och C-221/04).

EU-kommissionens vägledningsdokument har också betydelse för tolkningen av begreppet. Kommissionen uttalar där bland annat följande (s. 35):

”Utgående från det synsätt som domstolen tillämpat i målen C-103/00 och C-221/04 skulle följande definition kunna framläggas: ”Avsiktliga” gärningar är gärningar som utförs av en person som vet, i ljuset av gällande lagstiftning för den aktuella arten, och den allmänna information som riktats till allmänheten, att hans gärning sannolikt kommer att orsaka skada för en djurart, men strävar efter att åstadkomma denna skada, eller åtminstone medvetet accepterar det förutsägbara resultatet av gärningen.”

EU-domstolens praxis har även följts av Mark- och miljööverdomstolen i bl a målen MÖD 2014:47, 2014:48 samt 2015:3.

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

Det är idag känt att buller har en större inverkan på fåglar i deras rast- och övervintringslokaler än vad som tidigare har antagits. Ett flertal vetenskapliga studier visar att antalet fåglar minskar i bullerstörda miljöer jämfört med ostörda referensområden och att störningen minskar med avståndet från bullerkällan. Påverkan på populationstätheten bland fåglar har observerats redan vid bullernivåer

⁷ Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the habitats Directive 92/43/EEC

kring 45 dB(A). Höga bullernivåer på grund av mänsklig störning, såsom bilar i rörelse, kan ge kumulativa störningseffekter. För att bedöma den eventuella störningen på fåglarna måste kommande bullernivåer inklusive förekomsten av impuls ljud jämföras med hur det sett ut det senaste decenniet. Sådana bullerstudier saknas i målet. Det kan varken uteslutas att fågelfaunan i påverkas negativt av den sökta verksamheten eller att en sådan negativ påverkan skulle kunna utgöra en betydande störning på områdets fågelfauna. Försiktighetsprincipen bör få genomslag i prövningen när det råder stor osäkerhet om skaderisken och är en viktig utgångspunkt i fallet.

TRV hänvisar till en rapport angående förekomst av mindre hackspett i vissa områden i centrala Göteborg⁸. TRV påstår att bullernivån i de områden där mindre hackspett förekommer torde överstiga 50 dB(A). TRV redovisar dock inga beräkningar eller mätning av buller i de nämnda områdena. Den nämnda rapporten innehåller heller inga uppgifter om bullernivåer. Nämnda förekomster av mindre hackspett visar inte att mindre hackspett inte skulle störas av det trafikbuller som skulle uppstå under drift av ny väg 940 Rösan-Forsbäck. Redan befintliga störningskällor får vidare inte tas till intäkt för att tillåta ytterligare störningar. Om området redan idag är utsatt för störningar på nivåer där påverkan på populationstäthet hos fåglar kan förekomma påvisats, innebär detta att även om det planerade vägprojektet enbart skulle tillföra en marginell ökning av bullret i området kan det inte uteslutas att bullret från vägprojektet tillsammans med bullret från redan pågående verksamheter kan medföra att fåglarna störs och att deras utbredningsområde minskar.

Det är enligt föreningarna uppenbart att det nu planerade vägprojektet kommer att medföra otillåten avsiktlig störning av de två arter målet berör.

Förbudet enligt 4 § p 4 artskyddsförordningen

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 fortplantningsområden och viloplats skyddas även 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

⁸ "Inventering av biotoper för mindre hackspett kring Guldhedsdalen, Göteborgs kommun 2011".

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.

Föreningarna vidhåller att de åtgärder TRV planerar i samband med vägprojektet innebär risk för otillåten skada enligt 4 § p 4 AF på ett sådant sätt att de berörda arternas bevarandestatus påverkas negativt. Hänsyn måste tas till storleken på och förutsättningarna för fågelbestånden på både lokal och regional nivå.

Föreslagna försiktighetsmått, veteranisering m m

I sitt överklagande yttrar TRV att en verksamhet som påverkar fridlysta arter inte automatiskt innebär att ett krav på dispens från förbudet i 4 § artskyddsförordningen aktualiseras. Verket hänvisar till en passus i MÖD 2016:1.

”Av betydelse för bedömningen av om en verksamhet eller åtgärd aktualiserar förbuden i 4 § artskyddsförordningen är därmed om verksamheten eller åtgärden innebär en negativ effekt på förutsättningarna att bibehålla eller återställa den gynnsamma bevarandestatusen för arten. Vid bedömningen av vilken effekt en verksamhet har på en art finns anledning att se till verksamhetens påverkan inte bara inom relevant biogeografisk region utan även lokalt. Hur avgränsningen ska göras måste anpassas till den aktuella arten.”

Det är visserligen riktigt att förekomst av skyddade arter på en plats inte alltid medför krav på artskyddsdispens. Det behöver dock utredas dels huruvida skyddade arter förekommer i det aktuella området, dels om det är möjligt att vidta sådana skyddsåtgärder som hindrar att verksamheten eller åtgärden kommer i konflikt med förbuden i 4 § AF.

Av kommissionens vägledningsdokument framgår att det kan vara möjligt att vidta åtgärder som säkerställer kontinuerlig ekologisk funktionalitet hos platser för fortplantning och som därigenom åstadkommer efterlevnad av artikel 12. En sådan skyddsåtgärd kan vara att utöka platsen eller skapa nya habitat på eller i direkt funktionellt samband med en plats för fortplantning och vila som motvikt mot förlust av delar av platsen. Det ekologiska värdet för den berörda arten av åtgärden ska styrkas tydligt. Skyddsåtgärder kan vara ett alternativ när en verksamhet påverkar delar av en plats för fortplantning. Platsen bör till följd av vidtagna skyddsåtgärder förbli av minst samma storlek och behålla minst samma kvalitet för den berörda arten.

Den dom Trafikverket hänvisar till ger inget stöd för att artskyddsdispens inte skulle krävas i nu aktuellt mål.

TRV föreslår att veteranisering av träd ska genomföras som skyddsåtgärd.

Vad som krävs i detta fall skulle vara att man nyskapar för de aktuella fågelarterna mycket gynnsamma områden eller kraftigt utökar befintliga områden. Inte i någon av

de referenser TRV har angivit i ärendet finns något stöd för att något sådant skulle vara möjligt genom att genomföra veteranisering.

TRV tidigare inte har kunnat ange någon enda studie enligt vilken de av TRV föreslagna skyddsåtgärderna skulle ha någon positiv effekt för gynnsam bevarandestatus för de i detta mål aktuella arterna, mindre hackspett och gröngöling. TRV har nu i detalj redogjort för veteraniseringsåtgärder i åtta olika områden för mindre hackspett, 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. TRV skriver att effektbaserade studier verkar saknas i detta fall. Inte heller har verket givit något exempel på att åtgärder av de slag de föreslår har haft goda resultat i liknande ärenden. TRV:s diskussion kring effekterna av de föreslagna åtgärderna mynnar ut i att dessa skapar potentiellt lämpliga häckningsträd för de aktuella arterna. TRV tar dock inte upp vilka övriga krav ett område måste uppfylla för att det ska anses vara ett lämpligt habitat för mindre hackspett. Verket redovisar heller inte i vilken utsträckning de åtta områdena kommer att bli strukturellt komplexa skogar, skogar som mindre hackspett är knutna till. TRV har vidare inte redovisat vilken ekologisk kvalitet de åtta områdena kommer att få efter det att de föreslagna åtgärderna har genomförts.

Avtalstiden för avtalen med markägarna till de åtta områdena är endast ca 11 år. Föreningarna godtar inte det resonemang TRV för om lämpligheten med 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.

I en inventeringsrapport står att läsa:

”Det visade sig vara svårt under inventeringen att hitta områden som kunde bedömas ha hög potential och gränsdragningen mellan de olika bedömningskategorierna är inte alltid given.

Områden med bedömd hög potential utgör cirka 15% av den yta som besöktes och bedömdes i fält. Svårigheten att hitta områden med hög potential låg främst i att delområdena antingen bestod av olämplig mark eller trädartsammansättning med exempelvis hög andel barrträd. Delområden med lämplig lövskog hyste i flera fall redan förekomst av gröngöling och/eller mindre hackspett. Revirindikering av dessa hackspettar har lett till att delområden fått låg potential.”

Det finns stor anledning att anta att de åtta för mindre hackspett av TRV föreslagna områdena inte har en sådan komplex struktur, som krävs för att de efter de av TRV föreslagna åtgärderna ska kunna bli habitat för mindre hackspett.

Av de åtta föreslagna områden för mindre hackspett ligger sex inte i anslutning till vägområdet. Dessa sex områden varken utökar eller kommer att få ett funktionellt samband med det område, område för ny väg 940 Rösan-Forsbäck, vilket kommer

att påverkas negativt av den planerade vägen. De två övriga områdena är mycket små, är bullerutsatta, ligger nära bebyggelse och saknar därför skyddseffekt.

Av Naturvårdsverkets handbok framgår att:

”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 arbetsätt 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 arbetsättet 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 arbetsätt endast gäller förbudet enligt 4 § 4 punkten i artskyddsförordningen. Uppföljning av skyddsåtgärdernas effekt bör i detta fall vara gjord innan vägen börjar byggas.”⁹

Det aktuella 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 vägområdet eller ett utökat vägområdes ekologiska funktion vara likvärdig eller bättre för mindre hackspett när de tänkta skyddsåtgärderna genomförts. Sex av de områden TRV presenterat ligger som nämnts ovan inte i anslutning till vägområdet. Åtgärder i dessa sex områden kan därför inte uppfylla de i nämnda handbok uppställda kraven på skyddsåtgärder.

Slutord

I EU:s fågeldirektiv (2009/147/EG) anges att många arter minskar snabbt och att detta utgör ett allvarligt hot mot den biologiska mångfalden inom Unionen. Flyttfåglarna är medlemsstaternas gemensamma arv och att erbjuda dem ett effektivt skydd är en miljöfråga som alla har ett ansvar för. Åtgärder måste vidtas mot sådana aktiviteter som kan påverka fågelarterna, särskilt förstörelse och förorening av deras livsmiljö samt dödande, fångst och handel. Skyddsåtgärderna bör anpassas till de särskilda förhållanden som gäller för de olika arterna. Alla naturligt förekommande

⁹ Naturvårdsverket, Handbok för artskyddsförordningen, Del 1 – Fridlysning och dispenser, sid 26.

fågelarter inom EU är därför skyddade genom att åtgärder som fångst, dödande och störning av fåglarna är förbjudna (artikel 5).

Föreningarna vidhåller att det av handlingarna i målet tydligt framgår att både den mindre hackspetten och gröngölingen kommer att störas på ett sådant sätt som omfattas av 4 § p 2 AF. Vidare kommer arternas fortplantningsområden att utsättas för en sådan fysisk degradering som medför att livsmiljöns funktionalitet förstörs eller i vart fall försämras så att platsen förlorar sin ekologiska funktion, i strid med 4 § p 4 AF.

Trafikverket har inte visat om det är möjligt, och i så fall hur, att åtgärder vidtas för att säkerställa full och kontinuerlig tillgång till de funktioner som berörda populationer av fågelarterna behöver. Trafikverket har inte lyckats visa att det finns vetenskapligt stöd för att trädveteranisering vare sig på kort sikt eller på lång sikt skulle vara en skyddsåtgärd för de aktuella fågelarterna. 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. Utförda undersökningar, inventeringar och utredningar är inte tillräckliga för att möjliggöra en bedömning som säkerställer EU-lagstiftningens stränga artskydd.

Föreningarna anser att det är tydligt att de skyddsåtgärder TRV föreslår, inte medför att kravet på artskyddsdispens enligt 14 § AF upphör i nu aktuellt mål. TRV har heller inte på vetenskapliga grunder visat att så skulle vara fallet. Föreningarna delar Länsstyrelsens och Mark- och miljödomstolens bedömning i frågan.

Föreningarna vidhåller således att kravet på artskyddsdispens ska kvarstå. Förutsättningar för att meddela sådan dispens saknas.

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