



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
060203

DOM
2021-07-12
Stockholm

Mål nr
M 3276-20

Sid 1 (11)

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Vänersborgs tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2020-03-02 i mål nr M 139-19, se bilaga A

PARTER

Klagande

Göteborgs Stad, Kretslopp och vatten

Ombud: Advokaten T.W.

Motpart

Naturskyddsföreningen i Göteborg

SAKEN

Föreläggande om skyddsåtgärder i samband med avverkning inom fastigheten A i Göteborgs kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

Mark- och miljööverdomstolen avslår överklagandet.

Dok.Id 1706725

Postadress
Box 2290
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 16

Telefon
08-561 670 00
08-561 675 50

E-post: svea.hovratt@dom.se
www.svea.se

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00–16:30

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Göteborgs Stad, Kretslopp och vatten (staden) har yrkat att Mark- och miljööverdomstolen i första hand ska fastställa länsstyrelsens beslut och i andra hand föreskriva de ytterligare skyddsåtgärder som kan anses påkallade för att avverkning ska kunna ske.

Naturskyddsföreningen i Göteborg (Naturskyddsföreningen) har motsatt sig ändring av mark- och miljödomstolens dom.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Staden har utöver vad som tidigare har anförts gjort i huvudsak följande tillägg och förtydliganden.

De skyddsåtgärder och försiktighetsmått som länsstyrelsen har föreskrivit i sitt beslut samt de ytterligare åtgärder som föreslås av staden är att betrakta som skyddsåtgärder/KEF-åtgärder och är tillräckliga för att säkerställa områdets kontinuerliga goda funktion vad gäller de berörda och identifierade fågelarternas fortplantningsområden och viloplats. Gränsen för förbudet enligt 4 § första stycket 4 artskyddsförordningen (2007:845) nås inte. Avverkningsåtgärderna för dagvattendammen är därmed tillåtna och det krävs inte dispens från artskyddet för att utföra åtgärderna. Dagvattendammen kommer att medföra positiva effekter för ett flertal fågel- och andra djurarter i området.

Kompletterande inventering av fåglar

Utredningen har kompletterats med en inventering av fridlysta arter samt en bedömning av områdets betydelse som fortplantningsområde och viloplats för identifierade arter. Inventeringen har utförts under relevanta tidpunkter på året och har omfattat bl.a. samtliga vilda fågelarter som omfattas av 4 § artskyddsförordningen, groddjur samt hasselmus. Observationer av prioriterade fågelarter som noterats i Artdatabanken har beaktats. Inventering av fladdermöss har också utförts.

Mindre hackspett och andra fågelarter

Utredningen i målet visar att mindre hackspett inte kontinuerligt häckar i det av avverkningen berörda området utan väljer olika potentiella häckningsplatser i området under olika år. En avverkning av den relativt begräsande ytan med träd behöver således inte innebära en direkt påverkan på häckningen för något exemplar av mindre hackspett. I vart fall medför avverkningen, med föreslagna skyddsåtgärder, inte att den kontinuerliga ekologiska statusen/KEF för mindre hackspett kommer att äventyras då det finns möjlighet för mindre hackspett att välja olika häckningsplatser i området, vilket den redan gör idag.

Samtliga berörda fågelarter har inventerats, oavsett bevarandestatus. Inventeringen, s.k. förenklad revirkartering, är vedertagen och har haft fokus på samtliga arter/individer. Underlaget styrker att det berörda området endast har reell betydelse för mindre hackspett och entita, det är således endast dessa fågelarter som har faktisk och reell betydelse för bedömningen.

Övriga fågelarter för vilka området kan ha betydelse som fortplantningsområde och viloplats kommer alltså påverkas endast försumbart. I vart fall kan arternas kontinuerliga ekologiska funktion genom aktuella försiktighetsåtgärder upprätthållas. Detta gäller bl.a. för fågelarterna stare, svartvit flugsnappare, grönfink och björktrast. För buskskvätta, entita, grå flugsnappare, gråkråka, näktergal, rosenfink, rödstjärt, rödvingetrast, rörsångare och ärtsångare får det genom den utförda inventeringen anses utrett att arterna inte nyttjar området som fortplantningsområde och viloplats då inga observationer har gjorts av arterna i inventeringsområdet. Att fynd rapporterats in till Artportalen ska under dessa förhållanden inte tillmätas någon betydelse vid bedömningen om arten förekommer i området eller inte.

EU-domstolens förhandsavgörande i de förenade målen C-473/19 och C-474/19 påverkar inte den i målet relevanta rättsliga prövningen och bedömningen eftersom alla fågelarter inom det berörda området, oavsett bevarandestatus, har inventerats och beaktats.

Skyddsåtgärder – veteranisering

Veteranisering är en sådan vedertagen metod som ska jämföras med andra förebyggande skyddsåtgärder och försiktighetsmått. Av EU-kommissionens vägledningsdokument framgår att KEF-åtgärder kan utgöra åtgärder som utökar platsen eller nya habitat på eller i direkt funktionellt samband med platsen för fortplantning och vila, som en motvikt mot den potentiella förlusten av eller del av funktionalitet hos platsen. De förslagna skyddsåtgärderna, bl.a. veteranisering, innebär att nya habitat kan skapas för arterna i närområdet och i ett direkt funktionellt samband med det område som potentiellt kan drabbas av förlust av funktionalitet för berörda arter. Skyddsåtgärderna kommer tidsmässigt att utföras i samband med de anmälda åtgärderna. Den aktuella lövskogen är inte äldre än 40–45 år.

Förslag till ytterligare skyddsåtgärder

Eftersom området visat sig potentiellt ha betydelse som fortplantningsområde även för ytterligare arter (stare, björktrast, näktergal, ärtsångare, grönfink, rödstjärt och svartvit flugsnappare) åtar sig staden att vidta följande ytterligare skyddsåtgärder.

- Att med hänsyn till stare sätta upp 5 holkar med 50 mm ingångshål i närområdet.
- Att med hänsyn till svartvit flugsnappare sätta upp 8 holkar med 30–35 mm ingångshål i närområdet.
- Att med hänsyn till grönfink öppethålla kantzoner och spara bärande buskar och småträd såsom rosor och hagtorn, väster om dammen.
- Att med hänsyn till näktergal tillskapa halvöppna träd- och buskmarker med högrter i öster, runt telemasten, med en areal motsvarande halva dammens storlek. Asfalten kommer att tas bort, så att området kan utvecklas fritt de första 10 åren, och sedan skötas med regelbunden gallring. För att säkra att den ekologiska funktionen är kontinuerlig, kommer de befintliga delarna bredvid asfaltsytan gallras lätt för att skapa halvöppna miljöer för näktergalen, i samband med att arbetena med att anlägga dammen påbörjas.

- Att med hänsyn till ärtsångare bevara/utveckla brynzoner och buskmosaik väster om dammen, med en areal motsvarande halva dammen.
- Att med hänsyn till björktrast och rödstjärt gallra återstående lövskog genom att glesa ut och skapa luckor, spara bärande buskar och småträäd, väster om dammen på en areal som motsvarar dammens storlek.

För det fall att Mark- och miljööverdomstolen med hänsyn till 4 § första stycket 1–3 artskyddsförordningen finner det påkallat medger staden även att domstolen begränsar tiden för anläggningsarbetenas utförande tidsmässigt, vad gäller den tidsperiod på året då arbetena får utföras, för att eliminera risk för påverkan på skyddade fågelarter.

Dammanläggningens funktion och den stora dammens utförande

Dammarna måste dimensioneras utifrån storleken på avvattningsområdet, varför det är svårt att hitta lämpliga platser i stadsmiljö. Därtill måste avvattningsområdets lokalisering beaktas och det är därför inte möjligt att flytta dammarna till en annan plats. Samhällsnyttan är betydande och åtgärderna är ett direkt led i att kunna uppfylla gällande miljö kvalitetsnormer. Anläggandet av den stora dammen har avgörande betydelse för dammanläggningens funktion. Området drabbas i dagsläget vid kraftiga regn av översvämningar. Det finns stor osäkerhet kring hur mycket, om ens något, vatten som kan avledas till den lilla dammen om den stora dammen inte får anläggas. Den stora dammen kommer inte att ta upp näringsämnen och någon gummimatta kommer således inte att användas i dammen. Dammen kommer att utföras med en naturlig växtmiljö. Förekomster av föroreningar och deponi i andra delar av Välenområdet ska inte prövas inom ramen för detta mål.

Naturskyddsföreningen har utöver vad som tidigare har anförts gjort i huvudsak följande tillägg och förtydliganden.

EU-domstolens förhandsavgörande i de förenade målen C-473/19 och C-474/19 ger stöd för föreningens synpunkter, tidigare praxis från Mark- och miljööverdomstolen och det nu överklagade beslutet att förbjuda den anmälda verksamheten. Enligt

avgörandet ska skyddade arters bevarandestatus eller påverkan på denna inte ha någon betydelse vid bedömningen av om skyddet är aktualiserat.

Häckningsplats för mindre hackspett och andra fågelarter

Det är konstaterat att mindre hackspett vistas och födosöker i det av avverkningen berörda området sedan flera år tillbaka. Under mitten/senare delen av april 2020 har en hackspettshona använt det tidigare häckningshålet som övernattningshål. Dessförinnan har, i mars 2020, en hackspettshona dokumenterats när hon födosökte i en björk intill häckningshålet som berörs av avverkningen. Reviraktivitet har förekommit även om det inte direkt har använts för häckning. På många av träden syns spår efter hackspettar. Avverkningen skulle få negativ påverkan även på enstaka exemplar av arten, som är stationär i området.

Den artinventering som staden har gjort är bristfällig och innehåller felaktigheter vad gäller förekomsten av rödlistade arter, häckning m.m. Flera andra fågelarter använder området som fortplantnings- och viloplats, bl.a. näktergal, rödvingetrast, rörsångare och entita. Detta styrks bl.a. av observationer av områdets ornitologer samt rapporter till Artportalen.

Veteranisering

Vid en granskning av konceptet veteranisering som skyddsåtgärd framgår att det handlar om ett experimentellt och tidigare oprövat förfarande. Det saknas i dagsläget vetenskaplig grund för att veteranisering av träd gynnar arter i ekosystemet.

Dammygget

Miljönyttan för vattenkvalitén i Stora ån är inte utredd. Det ligger en stor deponi i anslutning till dammområdet som bör utredas. En alternativ placering av dammen är möjlig och skulle bevara häckningsplatsen. Anläggandet av en våtmark i området med naturlig reningsfunktion föreslås. Historiska ortofoton från 1960 visar pågående åkerbruk i området varför stadens uppgifter om skogens ålder är felaktiga.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Inledande utgångspunkter för Mark- och miljööverdomstolens prövning

Mark- och miljööverdomstolen har i detta mål att pröva om förbudet i 4 § artskyddsförordningen aktualiseras för den avverkning som staden inför anläggandet av ett dammsystem anmält till länsstyrelsen. Vid denna prövning behöver domstolen göra en bedömning av skyddade arters förekomst i området samt om dessa arter påverkas av avverkningen och, om så är fallet, det är möjligt att föreskriva skyddsåtgärder, så att skada inte uppstår. För detta ändamål måste det finnas underlag som medger en tillräckligt säker bedömning av risken för påverkan på skyddade arter (MÖD 2013:13).

Tolkningen av artskyddsförordningen ska ske i ljuset av EU-domstolens praxis. EU-domstolen har nyligen klargjort att fågeldirektivet gäller samtliga fågelarter som naturligt förekommer inom medlemsstaternas europeiska territorium, och således inte endast de fågelarter som är särskilt hotade och därmed upptagna i bilaga 1 till artskyddsförordningen (domstolens dom den 4 mars 2021 i de förenade målen C-473/19 och C-474/19). I förhandsavgörandet, som avsåg skogsbruksåtgärder, uttalar EU-domstolen att de förbud som anges i artikel 12.1 a-c i art- och habitatdirektivet även omfattar arter vars bevarandestatus inte riskerar att påverkas negativt samt att skyddet inte upphör att gälla för arter som uppnått en gynnsam bevarandestatus. Vidare uttalar EU-domstolen att förbudet i artikel 12.1 d i art- och habitatdirektivet, när artens kontinuerliga ekologiska funktionalitet förstörs eller försämras, inte är beroende av om artens bevarandestatus riskerar att försämras eller inte.

Utredningen i målet

Staden har i Mark- och miljööverdomstolen gett in en kompletterande utredning som avser inventering av fåglar och fladdermöss i området. I samband med fågelinventeringen har även några andra arter som också har skydd enligt artskyddsförordningen inventerats översiktligt. Utredningen avseende fåglar bygger på metoden förenklad revirkartering. Av de 29 fågelarter som noterades i aktuellt område och i

närområdet under fältinventeringarna har utredningen analyserat de arter som bedöms vara prioriterade i enlighet med artskyddsförordningens handbok. Vidare har observationer som gjorts i Artportalen beaktats i utredningen. I likhet med den utredning som fanns i mark- och miljödomstolen har den kompletterande utredningen, avseende den skada som uppkommer på skyddade arter, bedömts med utgångspunkt från dess effekter på respektive arts bevarandestatus. Utgående från det synsätt som EU-domstolen tillämpat i ovan nämnda förhandsavgörande kan, precis som mark- och miljödomstolen anfört, inverkan på skyddade arters bevarandestatus vägas in först vid bedömningen av om dispens kan medges enligt artskyddsförordningen.

Naturskyddsföreningen har invänt att artinventeringen är bristfällig och innehåller felaktigheter vad gäller förekomsten av rödlistade arter och häckning. Mark- och miljööverdomstolen anser dock att den utredning som har presenterats här, tillsammans med tidigare utredning utgör tillräckligt underlag för att bedöma vilka skyddade arter som finns i området, risken för påverkan på dessa samt vilka eventuella skyddsåtgärder som kan behöva vidtas för att undvika påverkan.

Skyddade arters förekomst i området och påverkan på dessa arter

Utredningen som staden låtit genomföra visar att området regelbundet nyttjas för fortplantning eller som viloplats för ett antal fågelarter och att avverkningen på olika sätt riskerar att påverka dessa arter. Mot bakgrund av områdets betydelse som fortplantningsområde för skyddade arter blir 4 § första stycket 4 artskyddsförordningen, som innebär ett förbud mot att skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplats av störst betydelse för den prövning som domstolen nu har att göra. Enligt Mark- och miljööverdomstolen skulle avverkningen eventuellt även kunna aktualisera en – i förordningens mening – avsiktlig störning enligt punkten 2 i bestämmelsen.

Förbudet i 4 § första stycket 4 artskyddsförordningen avser endast artens fortplantningsområden och viloplats, inte dess livsmiljö i sin helhet och inte heller miljöer som är lämpliga biotoper för arten. Det krävs således att en skyddad art regelbundet använder området för fortplantning eller som viloplats för att avverkning

ska vara förbjuden. När det gäller skyddade arter har särskilt risken för skador på mindre hackspett och dess livsmiljö i form av fortplantningsområde uppmärksammats i utredningarna. Detta eftersom ett anläggande av dammen medför att andelen levande björk och asp i området kommer att minska. Det framgår att artens kontinuerliga ekologiska funktion kommer att påverkas negativt om avverkningen genomförs.

Som domstolen inledningsvis redogjort för tar utredningen även upp förekomsten av andra fågelarter i området. Området har i utredningen bedömts helt eller delvis kunna utgöra fortplantningsområde och viloplats för bl.a. entita, stare, svartvit flugsnappare, grönfink och björktrast. Det framgår av utredningen att arternas kontinuerliga ekologiska funktion kommer att minska till följd av avverkningen. Mark- och miljööverdomstolen saknar skäl att ifrågasätta utredningens slutsatser i denna del. För andra fågelarter, exempelvis näktergal, är det enligt Mark- och miljööverdomstolen svårare att uttala sig om områdets nuvarande betydelse och avverkningens påverkan på artens kontinuerliga ekologiska funktion. Utredningen har landat i bedömningen att det tidigare funnits ett permanent revir utanför inventeringsområdet som sannolikt sträckte sig in i området och att området potentiellt har betydelse som fortplantningsområde och att den kontinuerliga ekologiska funktionen för fortplantning riskerar att minska till följd av att detta område minskar. Domstolen har inte grund att göra någon annan bedömning.

Sammantaget bedömer Mark- och miljööverdomstolen det som klarlagt att avverkningen kommer att leda till att det berörda områdets kontinuerliga ekologiska funktion för mindre hackspett kommer att skadas eller förstöras och att det därutöver finns mycket som talar för att angiven funktion kan påverkas även för andra arter, bl.a. entita.

Är det möjligt att föreskriva skyddsåtgärder?

För att förhindra att ett fortplantningsområde eller en viloplats påverkas på ett sätt som gör att en dispens krävs kan i vissa fall förebyggande skyddsåtgärder föreskrivas. Denna prövning kräver en bedömning av om det är möjligt att vidta åtgärder som säkerställer kontinuerlig ekologisk funktion för arten ifråga.

Mark- och miljödomstolen har, utifrån Kommissionens vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG (avsnitt ii.3.4.d) om bevarande av livsmiljöer, bedömt att de åtgärder som förelagts staden och som staden därutöver åtagit sig att utföra är att se som kompensationsåtgärder. Tillvägagångssättet gav enligt mark- och miljödomstolen inte den säkerhet som bör krävas för att bedöma om arternas kontinuerliga ekologiska funktion upprätthålls. Detta gällde enligt mark- och miljödomstolen i synnerhet för mindre hackspett.

Vilka ekologiska krav som ställs och därmed vilka skyddsåtgärder som krävs för att en art ska klara sig i området beror på vilken fågelart det gäller och vad den behöver för att fortplanta sig och överleva. Utredningen som staden låtit utföra har bedömt att avverkningen inte kommer att medföra sådan påverkan på de skyddade fågelarternas fortplantningsområde att arternas kontinuerliga ekologiska funktion inte kan upprätthållas med hjälp av föreslagna skyddsåtgärder. Vad gäller mindre hackspett och entita har utredningen föreslagit skyddsåtgärder i form av utveckling av död och rötad ved i stående träd, vilket kan tillskapas genom s.k. veteranisering. För entita har även uppsättning av holkar föreslagits. Detta är också åtgärder som länsstyrelsen förelade staden att utföra.

Veteranisering är, som Naturskyddsföreningen framhållit, en ny och relativt oprövad metod. I den mån metoden alls har avsedd effekt står det klart att det tar många år innan denna effekt inträder. Det innebär att veteranisering inte kan bedömas som en effektiv skyddsåtgärd i detta fall. Den kontinuerliga ekologiska funktion som krävs för att tillgodose den mindre hackspettens behov trots att det berörda området förstörs kan alltså enligt domstolen inte säkerställas genom veteranisering. Vad gäller föreslagna

åtgärder för andra fågelarter, som utredningen har bedömt att området har betydelse för, anser Mark- och miljööverdomstolen att uppsättning av holkar samt gallring av återstående lövskog i och för sig kan vara effektivt som skyddsåtgärder och bidra till att t.ex. entitans, den svartvita flugsnapparens och grönfinkens kontinuerliga ekologiska funktion kan upprätthållas. Mark- och miljööverdomstolen anser alltså att vissa – men inte alla – åtgärder kan fungera som skyddsåtgärder för vissa arter, men att det inte har visats att den kontinuerliga ekologiska funktionen för framförallt mindre hackspett kan upprätthållas.

Sammanfattning

Mark- och miljööverdomstolen anser att avverkningen träffas av förbudet i 4 § första stycket 4 artskyddsförordningen och att det inte är möjligt att föreskriva skyddsåtgärder som säkerställer att skada inte uppstår. Den anmälda åtgärden är, i avsaknad av dispens, därför förbjuden. Mot denna bakgrund ska överklagandet avslås.

Domen får enligt 5 kap. 5 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Claes-Göran Sundberg, tekniska rådet Mikael Schultz, hovrättsrådet Ralf Järtelius och tf. hovrättsassessorn Sanna Pember, referent.

Föredragande har varit hovrättsfiskalen Kine Karlstedt Ek.



VÄNERSBORGS TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2020-03-02
meddelad i
Vänerns borg

Mål nr M 139-19

PARTER

Klagande

Naturskyddsföreningen i Göteborg

Motpart

Göteborgs Stad, Kretslopp och vatten

Ombud: Advokat T.W. och biträdande jurist Y.J.

ÖVERKLAGAT BESLUT

Länsstyrelsens i Västra Götalands län beslut den 20 december 2018 i ärende nr 527-36650-2018, se bilaga 1

SAKEN

Föreläggande om skyddsåtgärder i samband med avverkning inom fastigheten A i Göteborgs kommun

DOMSLUT

Mark- och miljödomstolen upphäver länsstyrelsens beslut och förbjuder anmäld verksamhet.

BAKGRUND

Göteborgs Stad, Kretslopp och vatten (nämnden) gjorde den 21 april 2017 en anmälan om vattenverksamhet till länsstyrelsen för grävning och schaktning i samband med anläggande av dammsystem inom fastigheten A i Göteborgs kommun. Länsstyrelsen förelade i beslut den 25 april 2018 nämnden att vidta vissa försiktighetsåtgärder.

Länsstyrelsen fick den 9 oktober 2018 uppgifter om att duvhök, fjällvråk, pilgrimsfalk, storspov, silltrut, gråtrut, tornseglare, gröngöling, spillkråka, mindre hackspett, sånglärka, hussvala, ängspiplärka, kungsfågel, buskskvätta, svarthakad buskskvätta, stare, rosenfink, gulsparv, sävsparv och fladdermöss förekommer i eller i anslutning till det aktuella området.

Den 11 oktober 2018 förelade länsstyrelsen nämnden att avbryta avverkningen och att utreda hur avverkningen påverkade fåglar i området. Utredningen skulle innehålla vissa, i bilaga till beslutet, närmare angivna uppgifter.

Den 12 november 2018 kom nämnden in med den begärda utredningen varefter länsstyrelsen meddelade det nu överklagade beslutet.

YRKANDEN M.M.

Naturskyddsföreningen i Göteborg (föreningen) har yrkat att länsstyrelsens beslut upphävs och att åtgärden i avsaknad av dispens från artskyddsbestämmelserna inte ska anses tillåten. Föreningen har som grund för yrkandena anfört i huvudsak följande.

Den utredning som Göteborgs stad låtit ta fram ”Utredning med anläggande av dagvattendamm i Välen, Göteborg” (2018-11-12) brister i många avseenden. Länsstyrelsens beslut vilar även på i huvudsak felaktiga grunder då det är omöjligt att göra en inventering under den tid på året som den gjordes. Processen runt dammarna i Välen skulle kräva mer samråd mellan kommunens olika organ, både politiska och förvaltningsmässiga. Det finns fortfarande möjligheter och kanske

vilja och ekonomi att optimera möjligheterna till ännu bättre reningsdammar, utökat kommunalt naturreservat för rödlistade arter och ett bättre rekreationsområde.

Av nämnda utredning framgår bl.a. att det förekommer mindre hackspett i området. Det bedöms att arten häckar här och att området som planeras att avverkas ingår i ett hackspettrevir. Det framgår också att reviret innehåller ca 40 hektar lövskog vilket är minimigränsen för att mindre hackspett ska kunna häcka framgångsrikt. I utredningen görs bedömningen att om en avverkning sker så innebär det ”en risk för arten”. Man skriver att ”Värsta scenariot ur kommunalt perspektiv är att kommunen förlorar ett häckande par”. Omgivningarna kring Välen är också starkt fragmenterade vilket missgynnar mindre hackspett och gör området värdefullt för dess förekomst. Länsstyrelsen godkänner i sitt beslut utredningen och instämmer i att det finns risk att avverkningen kan innebära att häckningsmiljön för ett par mindre hackspett kan försvinna.

Eftersom mindre hackspett är en skyddad art som är rödlistad och inte har en gynnsam bevarandestatus så är åtgärder som innebär att dess fortplantningsområden eller viloplatser förstörs (artskyddsförordningens 4§, p 4) förbjudna. Normalt sett skulle det för att genomföra de planerade åtgärderna krävas en dispens enligt artskyddsförordningen. Länsstyrelsen hävdar dock i sitt beslut att det är tillåtet att förstöra ”enstaka fortplantningsområden” för mindre hackspett och menar att det ”inte i det enskilda fallet” innebär risk för försämring av mindre hackspetts bevarandestatus. Enligt länsstyrelsen är det enbart ”Större sammanhängande skogsområden med möjlighet att hålla flera par som bör åtnjuta strikt skydd mot exploateringar som innebär att miljöerna försämras.”

Ur ett artskyddsperspektiv kan man ha starka invändningar mot länsstyrelsens bedömning. Detta då mindre hackspett saknar gynnsam bevarandestatus. För att arten ska kunna uppnå en gynnsam bevarandestatus, vilket är målet med artskyddet, krävs att arten ökar till en långsiktigt hållbar population. Förstörelsen och försämringar av dess häckningsmiljöer kan därför inte anses vara tillåtna utan att dispens beviljas. Vid bedömningar ska dessutom ”försiktighetsprincipen” användas.

Finns alternativa lösningar måste dessa utredas och väljas. Se vidare i Naturvårdverkets handbok för artskyddsförordningen – Del 1.

Som stöd för uppfattningen att mindre fortplantningsområden som det vid Välen är tillåtna att förstöras anger länsstyrelsen bland annat att mindre hackspett från mitten av 1980-talet fram till 2007 bedöms ha ”ökat sin utbredning i Göteborgsregionen med 50 %”. Källan till detta är boken ”Fågelatlas över Göteborgsregionen med kranskommuner. Göteborgs Ornitologiska förening 2009. I denna bok redovisas resultatet av en ”atlasinventering” som genomfördes mellan åren 2004-2007. Inventeringen genomfördes genom att Göteborgsregionen delades in i rutor på 2,5 x 2,5 km. Dessa rutor delades ut till olika ornitologer som registrerade fåglar och fågelhäckningar inom rutorna. Resultatet av inventeringen visar enbart om en art häckar eller troligen/möjligen häckar inom en ruta och man kan av inventeringen inte utläsa något om totala antalet häckningar. Det finns också risker att vissa rutor blir sämre undersökta, samtidigt som vissa rutor kan bli mycket väl undersökta. Det kan därför finnas stor ojämnheter i resultatet.

Eftersom undersökningen sträcker sig under flera år kan samma fågel även häcka i flera rutor. Det finns därför risk för flera felkällor och det kan vara svårt att göra jämförelser, så som länsstyrelsen redovisar i sitt beslut, mellan två olika atlasinventeringar. I detta fall görs dessutom jämförelser mellan två olika atlasinventeringar som utförs med olika metodik. Atlasinventeringen som utfördes 1973 – 1984 gjordes i rutor som var 5 x 5 km stora medan inventeringens som utfördes 2004 – 2007 gjordes i rutor som var 2,5 x 2,5 km stora. Den sistnämnda inventeringen gjordes alltså med större noggrannhet än den tidigare. Skillnaden i metodik kan göra det svårt att göra jämförelser mellan inventeringarna. Detta framkommer även av atlasinventeringen där det anges ”Även jämförelser över tiden kan innebära svårigheter. I den första inventeringen som genomfördes i Göteborgsområdet i början av sjuttioalet användes rutor som var 5 x 5 kilometer stora, alltså betydligt större rutor än vid den nya inventeringen. Anledningen till att mindre rutor används denna gång är att man får mer detaljerade utbredningskartor och följaktligen bättre information om arternas förekomst i området.” Man bör

därför använda jämförelser mellan de båda atlasinventeringarna med mycket stor försiktighet. Särskilt när dessa används i samband med myndighetsbeslut och juridiska prövningar.

Oberoende hur man ser på den undersökning länsstyrelsen refererar till och som man menar visar på att mindre hackspetts utbredning har ökat i regionen så bör det noteras att den är över tio år gammal. Detta då den är från åren 2004-2007. Utredningen säger ingenting om utbredningen för mindre hackspett idag. Enligt ArtDatabankens hemsida har mindre hackspett minskat med 10-20 procent i Sverige de senaste 15 åren. Man bedömer att den minskar 5 procent per år. Länsstyrelsen verkar inte ha något underlag för mindre hackspettens status i regionen efter år 2007. Rimligen bör man då använda de aktuella bedömningarna som har sin grund i de nationella årliga linjetaxeringar av fåglar som genomförs och inte en lokal undersökning med många felkällor som är 10-15 år gammal.

Den rimliga tolkningen av artskyddsförordningens bestämmelser i detta fallet borde vara att avverkningen och exploateringen inte är tillåten. För att genomföra detta krävs en dispens.

Länsstyrelsen har bestritt bifall till överklagandet och anfört i huvudsak följande. Aktbilaga 1 utgörs av en lista i 8 punkter med klagandens synpunkter över länsstyrelsens agerande och bedömningar, samt material som länsstyrelsen redan mottagit och bemött i det överklagade beslutet.

Länsstyrelsen vidhåller att det finns erforderliga underlag för att bedöma påverkan på skyddade arter i området och motsätter sig uppgifterna om att myndigheten negligerar uppgifter om förekommande arter i området.

Det framförs kritik mot att länsstyrelsen använt sig av osäkra underlag för att uppskatta den mindre hackspettens regionala populationstrend. En arts regionala populationstrend är bara en av flera grunder på vilka länsstyrelsen bedömer en åtgärds påverkan på en arts bevarandestatus. Detta framgår också tydligt av det

överklagade beslutet. Trendanalyser är alltid behäftade med vissa osäkerheter, varför grunden i länsstyrelsens sammanvägning väger lättare än andra mer statiska grunder som ekologiska krav och livsmiljöns utbredning och återhämtningsförmåga.

Länsstyrelsen finner ändå att de tecken på ökad utbredning i Göteborgsregionen och Bohuslän som presenteras i den angivna källan är relevanta att beakta. Viktigt att notera är också att länsstyrelsen inte gjort några egna analyser av trenddata, utan bara återgett de slutsatser som presenteras i klartext i källan i fråga. Länsstyrelsen har inte funnit några nyare utredningar av artens regionala status.

Sammantaget bedömer alltså länsstyrelsen att det i det aktuella fallet inte finns skäl att anta att åtgärden försämrar skyddade arters bevarandestatus eller försvårar arbetet med att nå gynnsam bevarandestatus för arterna.

Göteborgs Stad, Kretslopp och vatten, nedan staden, har i första hand bestritt bifall till överklagandet. I andra hand yrkat att mark- och miljödomstolen beslutar om de ytterligare skyddsåtgärder som domstolen finner nödvändiga för att säkerställa att områdets kontinuerliga ekologiska funktion som fortplantningsområde och viloplats för de skyddade arterna entita, mindre hackspett och fladdermöss upprätthålls.

Staden bestrider Naturskyddsföreningens talan på följande grunder.

1. De skyddsåtgärder och försiktighetsmått som Länsstyrelsen i Västra Götalands län (nedan "länsstyrelsen") har föreskrivit för verksamheten är tillräckliga för att säkerställa att områdets kontinuerliga ekologiska funktion upprätthålls vad gäller entitas och mindre hackspetts fortplantningsområden och viloplats. Gränsen för vad som är förbjudet enligt 4 § 4 punkten artskyddsförordningen nås således inte. Avverkningsåtgärderna är därmed tillåtna och det krävs inte dispens från artskyddet för att utföra åtgärderna.

För det fall domstolen skulle finna att nu föreskrivna skyddsåtgärder är otillräckliga åtar sig staden att vidta de ytterligare skyddsåtgärder som föreslås nedan, för att ytterligare säkerställa att områdets kontinuerliga ekologiska funktion upprätthålls.

2. Avverkningsåtgärderna innebär inte något avsiktligt dödande eller störande på så sätt som avses i 4 § 1-2 punkterna artskyddsförordningen. Av praxis följer att det i fråga om verksamhet där syftet uppenbart är något annat än att döda eller skada de skyddade djurarterna rimligen krävs en risk för en påverkan på den skyddade artens bevarandestatus inom området för att utlösa förbudet i 4 § 1-2 p. artskyddsförordningen. Bevarandestatusen för de skyddade arterna är god inom området och avverkningen påverkar inte denna bevarandestatus.

Prövningsramen

Det mark- och miljödomstolen har att pröva i målet är om de skyddsåtgärder som länsstyrelsen har föreskrivit, med anledning av tillsynsanhållningen om att det förekommer skyddade fågelarter i området, är tillräckliga med avseende på det skydd som föreskrivs i artskyddsförordningen. Domstolens prövning får inte gå utöver det som länsstyrelsen har prövat, vilket innebär att domstolen, såsom första instans, inte i detta mål har att pröva de nya invändningarna om dagvattendammarnas påverkan på naturreservatet Välen. Motpartens argumentation i dessa delar - bland annat vad avser mängden föroreningar i det avledda vattnet - är således inte föremål för prövning i målet. Det ska ändå framhållas att de åtgärder som staden planerar genom anläggandet av dagvattendammarna avsevärt kommer att förbättra den situation som råder i dagsläget, då orenat dagvatten avleds direkt till recipienten Stora Ån samt att reningseffekten i anläggningen beräknas till 80%.

Förekomst av skyddade fåglar och fladdermöss

Det är i målet ostridigt att följande fågelarter har observerats i eller i närheten av området enligt artportalen, nämligen duvhök, fjällvråk, pilgrimsfalk, storspov, silltrut, gråtrut, tornseglare, gröngöling, spillkråka, mindre hackspett, sånglärka, hussvala, ängspioplärka, kungsfågel, buskskvätta, svarthakad buskskvätta, stare, rosenfink, gulspurv och sävsparv.

Nämnda arter omfattas av det skydd som föreskrivs genom 4 § artskyddsförordningen, vilket innebär att det bland annat är förbjudet att skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplats, se 4 § 4 punkten artskyddsförordningen.

Arternas fortplantningsområden och viloplats ska skyddas även om arten inte befinner sig i området då åtgärden utförs om det finns en rimlig sannolikhet för att arten i fråga kommer att fortsätta använda dessa platser. Det räcker emellertid inte med att konstatera att området och platsen i sig är lämpliga utan det krävs att arten regelbundet använder området. För att förbudet ska aktualiseras för de angivna arterna krävs således att arten finns eller har funnits i det berörda området och att den med en rimlig sannolikhet kommer att återkolonisera det. Kan inte ett regelbundet användande fastställas är fortplantningsområdet eller viloplatsen inte skyddad enligt denna bestämmelse, se Mark- och miljööverdomstolens dom den 3 februari 2016 i mål nr. M 2114-15.

Av utredningen som staden låtit genomföra inför länsstyrelsens beslut framgår att avverkningsområdet enbart har betydelse som fortplantningsområde och viloplats för mindre hackspett och entita och att området saknar betydelse för övriga observerade fågelarter i detta avseende. Vad gäller fladdermöss konstateras att området främst har betydelse som skydd och ledlinje vid förflyttning eftersom skogsområdet är för tätt för att direkt gynna fladdermössen.

Naturskyddsföreningen har bland annat invänt att utredningens slutsatser är baserade på felaktiga uppgifter om vegetationen inom området och att områdets betydelse för flertalet av de observerade arterna har avfärdats på felaktig grund. Till bemötande av detta påstående får staden anföra följande.

Utredningen har utförts helt i enlighet med de krav som länsstyrelsen har ställt och inkluderar en bedömning av samtliga fågelarter - bland de arter som markerats med B i bilaga 1 till artskyddsförordningen, rödlistade arter samt arter som minskat med mer än 50 % de senaste 30 åren (eller tre generationer) som häckar, rastar eller

söker föda i avverkningsområdet eller närområdet - med undantag för sådana arter för vilka avverkningsområdet uppenbart saknar betydelse. Utredningen har utförts av sakkunniga som har god ornitologisk och biologisk kompetens och tillräcklig kunskap för att fastställa områdets förutsättningar. Att områdets förutsättningar är förenliga med vad som konstateras i utredningen styrks dessutom av att länsstyrelsen den 21 november 2018 har gjort ett platsbesök i området och själva bildat sig en uppfattning om förutsättningarna och miljön i området. Mot bakgrund av detta platsbesök och underlaget i ärendet har länsstyrelsen delat utredningens slutsatser vad gäller områdets betydelse för de arter som har observerats inom området. Om området hade hyst potential som fortplantningsområde och viloplats även för de fågelarter som Naturskyddsföreningen menar förekommer inom området, hade detta fångats upp inom ramen för utredningen och de platsbesök som länsstyrelsen genomfört.

Med anledning av Naturskyddsföreningens överklagande har staden låtit ta fram en kompletterande utredning av den sakkunniga miljökonsulten Melica. Av utredningen framgår att området saknar betydelse som fortplantningsområde och viloplats för de ytterligare arter av fåglar (enkelbeckasin, törnskata, sidenssvans och fasan) som Naturskyddsföreningen menar förekommer inom området. Enligt stadens uppfattning ska den underliggande utredningen/underlaget i målet sammantaget betraktas som mycket tillförlitlig, med anledning av den sakkunskap som såväl representanter för Melica som länsstyrelsen besitter.

Av det ovan sagda följer att utredningen i målet visar att området enbart hyser lämpliga miljöer som fortplantningsområde och viloplats för entita och mindre hackspett. Det är således endast i förhållande till dessa fågelarter som förbudet i 4 § 4 punkten artskyddsförordningen skulle kunna aktualiseras.

Innebörden av artskyddet enligt 4 § 4 p. artskyddsförordningen

Syftet med skyddet i 4 § 4 punkten artskyddsförordningen är att upprätthålla fortplantningsområdenas och viloplatsernas kontinuerliga ekologiska funktion, dvs. den funktion de har för de skyddade arterna när de t.ex. ska reproducera sig eller

vila. Det är alltså inte miljöerna i sig som skyddas. Detta innebär att det är tillåtet att utnyttja miljöerna på ett sådant sätt att deras ekologiska funktion för de skyddade arterna fortfarande upprätthålls. De planerade åtgärderna kan således falla utanför det som är förbjudet enligt nämnda bestämmelse om de utförs på ett sådant sätt att områdets kontinuerliga ekologiska funktion (KEF) vad avser fortplantningsområde och viloplats för mindre hackspett och entita upprätthålls. Enligt praxis gäller att KEF upprätthålls om området kontinuerligt kan erbjuda det som krävs för en viss djurart när den ska vila eller fortplanta sig med framgång, se bl.a. avgörandet MÖD 2114-15. Genom att föreskriva försiktighetsmått och skyddsåtgärder för avverkningen kan den planerade avverkningen och övriga åtgärder därmed utföras utan att de kommer i konflikt med bestämmelserna i artskyddsförordningen, se bl.a. avgörandet MÖD 2013:13.

Kontinuerlig ekologisk funktion för mindre hackspett och entita

Mindre hackspett

Utredningen i målet visar att mindre hackspett troligtvis använder avverkningsområdet i huvudsak för födosök. Vidare är området ett potentiellt häckningsområde för arten.

Utgångspunkten är att ett mindre hackspettspår behöver cirka 40 ha lövdominerad skog inom ett område på upp till 200 ha för att kunna häcka framgångsrikt. Detta beror bland annat på att olika trädslag är värdefulla som födokälla under olika år varför de mest gynnsamma reviren består av en mosaik av olika lövträd. Den kartanalys som genomförts inom ramen för utredningen visar att arealen lövskog inom ett 200 ha stort område i detta fall ligger på cirka 40 ha, vilket är på gränsen till den totala yta som ett mindre hackspettspår kräver för en lyckad häckning. En avverkning skulle således kunna medföra att områdets KEF som födosöksområde påverkas negativt, om inte tillräckliga skyddsåtgärder vidtas för verksamheten. En begränsande faktor för ett områdes lämplighet för arten tycks dock vara tillgången på föda under våren och senvintern snarare än tillgången på boträd. Om födosöksområdets areal minskar kan det således finnas risk för att revirets KEF minskar.

De skyddsåtgärder som länsstyrelsen har föreskrivit säkerställer att mångfalden i träden bibehålls och att området fortsatt kan erbjuda tillräcklig föda åt arten. Genom att vidta de skyddsåtgärder som föreskrivits av länsstyrelsen - med beaktande av rekommendationen i den utredning som staden låtit genomföra - kommer området fortsatt att erbjuda det som krävs för att mindre hackspett ska fortplanta sig och vila med framgång inom området. Gränsen för vad som är förbjudet enligt 4 § 4 punkten artskyddsförordningen nås därmed inte, varför åtgärden ska betraktas som tillåtlig med beaktande av artskyddsförordningens bestämmelser.

Påpekas kan att frågan om att omforma eller flytta dammen har utretts och är inte ett alternativ i detta fall då dammanläggningens önskade funktion då inte skulle uppnås.

Entita

Entitan utnyttjar sannolikt avverkningsområdet för födosök och eventuell häckning. Ingen häckning har kunnat säkerställas inom området men arten häckar sannolikt i närområdet. Om avverkningen genomförs finns det fortsatt gott om skogsdungar och lövskogspartier i närområdet, vilka entitan kan nyttja som sitt revir. Detta innebär att planerade arbeten inte bedöms utgöra något hot mot entitan. Med hänsyn till att viss osäkerhet föreligger beträffande en eventuell påverkan på arten, kommer därför skyddsåtgärder att vidtas i förebyggande syfte, vilket följer av stadens utredning i målet.

Genom det beslutade föreläggandet har länsstyrelsen följaktligen föreskrivit en skyldighet för staden att sätta upp fågelholkar, på det sätt som utredningen föreslår. Staden har redan genomfört åtgärden i enlighet med de krav som ställs i föreläggandet och området kommer således även fortsatt att erbjuda det som krävs för entitans fortplantning inom området. Gränsen för vad som är förbjudet enligt 4 § 4 punkten artskyddsförordningen uppnås således inte heller i förhållande till denna art.

Sammanfattningsvis gör staden gällande att verksamheten inte strider mot 4 § 4 punkten artskyddsförordningen och det saknas saklig grund för Naturskyddsföreningens talan i denna del om att upphäva länsstyrelsens beslut.

Förslag till ytterligare skyddsåtgärder

För det fall att mark- och miljödomstolen skulle finna att ytterligare skyddsåtgärder skulle vara påkallade, utöver de som länsstyrelsen beslutat, åtar sig staden att härutöver vidta de skyddsåtgärder som föreslås nedan, vilka baseras på rekommendationerna i den kompletterande utredning av Melica, vilken staden låtit ta fram.

- Att med hänsyn till mindre hackspett och entita "veteranisera" minst 10 medelålders lövträd inom området genom lämpliga åtgärder, såsom stam- och barkskador,
- Att med hänsyn till mindre hackspett och entita säkerställa att minst 10 medelålders lövträd inom området får utvecklas fritt,
- Att med hänsyn till fladdermöss bibehålla/tillskapa en bård av lövträd och buskar utmed befintlig gc-bana mot ån, invid berört område, genom att spara och vid behov plantera buskar (t.ex. viden) och glest ställda träd (t.ex. sälg och pil).

Avverkningens förenlighet med 4 § p. 1-2 artskyddsförordningen

Den bestämmelse som staden bedömer som relevant för prövningen i aktuellt fall är ovan angivna bestämmelsen i 4 kap. 4 punkten artskyddsförordningen.

Det ska vad gäller 4 § 1-2 punkterna artskyddsförordningen dock framhållas att det i detta fall är uppenbart att stadens avsikt med avverkningen inte är att döda eller störa de skyddade arter som förekommer inom området. Enligt praxis gäller att det krävs risk för påverkan på de skyddade arternas bevarandestatus i området för att förbuden i 4 § 1-2 punkterna i artskyddsförordningen ska utlösas, se bl.a. avgörandet MÖD 2016:1. Av utredningen i målet samt länsstyrelsens beslut och yttrande i målet framgår att avverkningsåtgärden inte kommer att påverka de

skyddade arternas bevarandestatus, varför förbudet i ovan angivna bestämmelser inte utlöses. Planerade åtgärder strider därför inte mot förbudet i artskyddsförordningen.

Förekomst av andra skyddade arter än fåglar

Genom den kompletterad utredning som staden låtit genomföra konstateras att ingen av de arter av trollsländor, tickor eller övriga arter - utöver fåglar - som Naturskyddsföreningen menar förekommer inom området, omfattas av artskydd. Förekomsten av nämnda arter saknar därmed betydelse för de planerade åtgärdernas tillåtlighet med hänsyn till de skydd som föreskrivs genom artskyddsförordningen. Inte heller i övrigt har förekomsten av nämnda arter betydelse för åtgärdernas tillåtlighet enligt miljöbalken. Det saknas därför skäl för mark- och miljödomstolen att upphäva länsstyrelsens beslut och återförvisa ärendet på den grunden att angivna arter skulle förekomma inom området. Det ska dessutom tilläggas att anläggandet av dammarna snarare kan gynna vissa av de arter som förekommer på platsen, t.ex. trollsländor och fladdermöss, vilket innebär att planerade åtgärder bedöms komma att få en positiv betydelse för nämnda arter.

Miljönyttan av dammarna m.m.

Såsom va-huvudman och verksamhetsutövare har staden ett ansvar för att i möjligaste mån minimera den miljöpåverkan som utsläpp av orenat dagvatten har på recipienten och naturmiljön. Det mest effektiva sättet att rena dagvattnet är att leda vattnet till dammanläggning, bestående av en sedimentationsdamm, där vattnet kan sedimentera innan vattnet leds vidare till ytterligare en damm, där kvarvarande näringsämnen kan tas upp innan vattnet avleds till recipient. Reningseffekten i en dagvattenanläggning bestäms bl.a. av vattnets uppehållstid, vilken innebär att dammarna måste vara dimensionerade utifrån storleken på det område som ska avvattnas. Det är av denna anledning svårt att hitta lämpliga platser i stadsmiljö där dammar med tillräcklig storlek och reningseffekt kan lokaliseras. Utöver dammens storlek har även bl.a. avvattningsområdets lokalisering, befintliga ledningar, tekniska lösningar, avstånd till recipient samt naturvärden betydelse för var

dammanläggningen kan lokaliseras. Av angivna skäl är urvalet av lämpliga lokaliseringar av dylika dagvattendammar begränsat.

Syftet med de nu planerade dagvattendammarna är att rena dagvattnet från avrinningsområdet vid Frölunda Torg, vilket bl.a. inkluderar förorenat vatten från Söderleden, innan utsläppet av dagvattnet sker till recipienten Stora Ån.

Lokaliseringen av dammarna är noga utvald mot bakgrund av de förhållanden som råder på platsen, bl.a. befintliga markförhållanden, kända föroreningar, befintliga vattenledningar och kända naturvärden. Det är av dessa skäl inte möjligt att flytta dammarna till annan plats och samtidigt uppnå avsedd reningseffekt. Dagvattnet från nämnda område leds i dagsläget, utan förgående rening, via en separat dagvattenledning direkt till Stora Ån. Stora Ån är i dagsläget hårt belastad av tillkommande näringsämnen och det är angeläget att minimera denna påverkan. Genom att bygga den planerade dagvattenanläggningen - vilken kommer att bestå av en sedimentationsdamm och en efterföljande damm för reduktion av näringsämnen - kommer reningseffekten i anläggningen att uppgå till ca 80%, vilket avsevärt förbättrar rådande föroreningssituation.

Hittills har staden enbart anlagt den ena av de två planerade dammarna (sedimentationsdammen). Efter att länsstyrelsens beslut överklagades av Naturskyddsföreningen har staden stoppat samtliga arbeten på fastigheten i avvaktan på mark-och miljödomstolens dom. Om staden skulle hindras från att anlägga den andra, planerade dammen - som är avsedd att reducera kvarvarande näringsämnen - kommer reningseffekten i anläggningen att i genomsnitt vara 43 % sämre, än om hela den planerade anläggningen byggs. En anläggning med så låg reningseffekt är långt ifrån vad som krävs för att uppnå syftet med planerade åtgärder. Effektiviteten i och nyttan av en sådan anläggning skulle då inte heller stå i rimlig proportion till kostnaden för åtgärden. Med anledning av detta är det av synnerligen stor vikt att även den andra planerade anläggningen/dammen kan utföras på platsen.

DOMSKÄL

Enligt 4 § artskyddsförordningen (2007:845) är det fråga om vilda fåglar och om sådana vilt levande djurarter som i bilaga 1 till förordningen betecknats med N eller n förbjudet att bl.a. skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplats. Av 14 § samma förordning framgår att länsstyrelsen i enskilda fall får ge dispens från förbudet.

Vid prövning av frågor enligt miljöbalken har en verksamhetsutövare att visa att de förpliktelser som följer av hänsynsreglerna i 2 kap. miljöbalken iakttas. Mark- och miljööverdomstolen har i ett flertal domar konstaterat att artskyddsförordningen är att se som en precisering av vad som kan följa av de allmänna hänsynsreglerna när det gäller skydd av arter. En del i prövningen blir då att med tillämning av relevanta fridlysningsbestämmelser i miljöbalken bedöma hur de skyddade arterna påverkas av den planerade verksamheten. Genom att föreskriva villkor om försiktighetsmåt och skyddsåtgärder kan prövningen leda fram till att verksamheten inte kommer i konflikt med fridlysningsbestämmelserna och att det därför inte blir aktuellt med en dispensprövning.

Frågan i målet är om de av länsstyrelsen föreskrivna försiktighetsmått och skyddsåtgärderna utgör ett tillräckligt skydd för att de berörda djurarternas fortplantnings- eller viloplats inte ska skadas (*försämras*) eller förstöras eller om den i målet aktuella avverkningen av träd är förbjuden enligt 4 § artskyddsförordningen.

Av utredningen som Göteborgs stad låtit genomföra framgår att det aktuella avverkningsområdet har betydelse som fortplantningsområde och viloplats för mindre hackspett och entita och att området saknar betydelse för övriga observerade fågelarter i detta avseende såvitt avser de arter som enligt länsstyrelsens anvisningar ska anses omfattas av skyddet. Vad gäller fladdermöss konstateras att området främst har betydelse som skydd och ledlinje vid förflyttning, eftersom skogsområdet är för tätt för att direkt gynna fladdermössen.

Utredningen i målet har endast fokuserat på de arter som länsstyrelsen anvisat, vilket innebär en bedömning av samtliga de fågelarter som markerats med B i bilaga 1 till artskyddsförordningen, rödlistade arter samt arter som minskat med mer än 50 % de senaste 30 åren (eller tre generationer) som häckar, rastar eller söker föda i avverkningsområdet eller närområdet - med undantag för sådana arter för vilka avverkningsområdet uppenbart saknar betydelse. Domstolen konstaterar att det begränsade urval av arter som härigenom kommit att bedömas i relation till artskyddet har lett till att bedömningen inte kommit att utföras för alla arter som kan förekomma i området och som omfattas av 4 § artskyddsförordningen.

Vidare bygger utredningen endast på en kartanalys av i området förekommande miljöer och dess förutsättning att hysa de arter som registrerats i artportalen under viss tid. Någon systematisk inventering av faktisk förekomst av skyddade arter och av miljöer som kan nyttjas av dessa har inte presenterats i målet. Mot bakgrund av att det konstaterats att det finns finnas flera skyddade arter i området vilka för sin existens drar nytta av områdets särdrag är det, enligt domstolens bedömning, inte möjligt att med tillräcklig säkerhet bedöma påverkan på skyddade arter utan ett mer områdesspecifikt underlag. Detta i synnerhet när området kan antas ha höga naturvärden, vilket i detta fall indikeras av att det ingår i eller åtminstone tangerar ett större område avsatt som naturreservat för sina värden för rekreation och biologisk mångfald.

Enligt domstolens uppfattning kan man inte utan närmare inventering, utförd under relevanta tider för aktuella arter, dra slutsatsen att området inte regelbundet nyttjas för fortplantning eller som viloplats av skyddade arter; inte ens om bedömningen skulle inskränkas till de arter som rapporterats i artportalen. För ett antal av de rapporterade arterna kan dock generell kunskap om arternas biotopval m.m. ligga till grund för bedömning på det sätt kommunen har gjort. Trots att utredning saknas som beskriver dessa arters förutsättningar att tillgodose sina behov av lämpliga habitat inom för arterna relevant närområde kan antas att kontinuerlig ekologisk funktionalitet kan vara för handen för dessa arter. För några av arterna bl.a.

gröngöling, järnsparv, näktergal och rosenfink fordras dock en mer ingående analys av områdets och omgivningens kvaliteter än vad som kan göras genom en flygbildsanalys. Därtill finns skäl att befara att alla skyddade arter som kan vara aktuella i området av olika anledningar inte rapporterats i artportalen under de år som genomgången omfattar.

Frågan är då om åtgärden trots ovan nämnda brister kan godtas med de försiktighetsmått som meddelats av länsstyrelsen och med de åtaganden som staden gjort eller om åtgärden kräver dispens enligt 14 § artskyddsförordningen.

Förutom att urvalet av arter för vilka bedömningar kan komma i fråga har begränsats på ett sätt som inte svarar mot gällande lagstiftning konstaterar domstolen att den skada som uppkommer har bedömts med utgångspunkt från dess effekter på respektive arts bevarandestatus. Inverkan på skyddade arters bevarandestatus kan vägas in först vid bedömningen av huruvida dispens kan medges enligt 14 § 2. artskyddsförordningen.

Länsstyrelsen har i fråga om förbudet enligt 4 § 4 p artskyddsförordningen bedömt att aktuella åtgärder medför en uppenbar risk att det revir för det par av mindre hackspett som finns i området kommer att försvinna. Detta bl.a. som ett resultat av att anläggandet av dammen medför att andelen levande björk och asp i området kommer att minska drastiskt. Genom de förelagda skyddsåtgärderna eftersträvas minimerad påverkan på arterna entita och mindre hackspett. Kommunen har därutöver åtagit sig att vidta ytterligare åtgärder, om domstolen finner det nödvändigt, för att säkerställa bibehållen kontinuerlig ekologisk funktionalitet för de båda arterna så att dessa också på längre sikt och varaktigt kan utnyttja området.

Av Kommissionens vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG (avsnitt ii.3.4.d) om bevarande av livsmiljöer framgår bl.a. följande.

(72) I sådana fall där projekt eller aktiviteter kan påverka platser för fortplantning/vila ska skillnaden mellan åtgärder enligt artikel 12(1)(d) och åtgärder enligt artikel 16 analyseras; särskilt i vilken

utsträckning åtgärder är möjliga som säkerställer fortsatt ekologisk funktionalitet hos en viss plats för fortplantning/vila, och därigenom åstadkommer efterlevnad av artikel 12 (utan att kräva undantag enligt artikel 16). Den avgörande frågan är: ”Kommer en plats för fortplantning/vila att drabbas av försämring eller förstörelse (även om det bara är tillfälligt) till följd av ett visst projekt/aktivitet?” Om svaret är ”ja” ska artikel 16 tillämpas; om svaret är ”nej” är det rimligt att anta att artikel 12 efterlevs.

(73) Vilka åtgärder är sådana att de ”säkerställer kontinuerlig ekologisk funktionalitet hos en plats för fortplantning/vila” (kallas nedan KEF-åtgärder)?

(74) För det första måste de vara motverkande åtgärder. Motverkande åtgärder är avsedda att minimera eller rentav eliminera de negativa effekterna av en verksamhet med hjälp av olika preventiva insatser. Men de kan också gå längre än så, och innefatta insatser som aktivt förbättrar eller vårdar en viss plats för fortplantning/vila, så att denna inte - ens kortvarigt - drabbas av försämrade eller förlorade ekologiska funktionalitet. Det kan exempelvis vara att utöka platsen eller att skapa nya habitat på eller i direkt funktionellt samband med en plats för fortplantning eller vila, som en motvikt mot den potentiella förlusten av delar av eller funktionalitet hos platsen. Det ekologiska värdet för den berörda arten av sådana åtgärder skulle naturligtvis behöva styrkas tydligt.

(75) KEF-åtgärder kan vara ett alternativ när en verksamhet kan påverka delar av en plats för fortplantning eller vila. Om platsen för fortplantning eller vila till följd av dessa åtgärder förblir av minst samma storlek och behåller minst samma kvalitet för den berörda arten, så drabbas inte platsen av någon försämring i fråga om funktion, kvalitet eller storlek, varför verksamheten kan genomföras utan krav på något undantag enligt artikel 16. Det är absolut nödvändigt att platsens kontinuerliga ekologiska funktionalitet upprätthålls eller förbättras. Därför är det viktigt med uppföljning i samband med KEF-åtgärder. Ett intressant tillvägagångssätt i sammanhanget presenteras i en holländsk publikation med titeln ”Effektivt skydd av bilaga 4-arter enligt EU:s habitatdirektiv: landskapsmetoden”.

(76) Enligt försiktighetsprincipen ska föreslagna åtgärder inte komma i fråga enligt artikel 12(1)(d) om de inte garanterar en kontinuerlig ekologisk funktionalitet hos platsen. Det måste föreligga en hög grad av sannolikhet för att åtgärderna är tillräckliga för att förhindra försämring eller förstörelse. Bedömningen av sannolikheten för framgång måste göras på grundval av objektiv information, och med hänsyn till de kännetecken och särskilda miljöförhållanden som utmärker den aktuella platsen. Dessutom ska KEF-åtgärderna beakta den aktuella artens bevarandestatus. Om det till exempel gäller en sällsynt art med ogynnsam bevarandestatus måste det föreligga en högre grad av sannolikhet att åtgärderna kommer att ha avsedd effekt än om det gäller en vanligare art med gynnsammare bevarandestatus.

Kommissionen gör i vägledningen en tydlig distinktion mellan åtgärder för att bibehålla KEF och kompensationsåtgärder. De senare syftar till att kompensera för den skada som ett ingrepp eller en åtgärd kan orsaka för en art medan de förstnämnda syftar till att helt undvika skada.

En tillämpning av vägledningens principer på det nu aktuella fallet leder enligt domstolens bedömning till att de åtgärder som förelagts kommunen och som kommunen därutöver åtagit sig att utföra är att se som kompensationsåtgärder. Åtgärderna är avsedda att genomföras i samband med eller efter avverkningen i förhoppningen att de, trots förlorad habitatareal (under kritisk nivå för ett revir för

mindre hackspett), ska bibehålla områdets förmåga att erbjuda arterna mindre hackspett och entita tillräcklig födotillgång.

Tillvägagångssättet ger enligt domstolens bedömning inte den säkerhet som bör krävas för att bedöma om KEF vidmakthålls. Detta i synnerhet inte för den i ärendet bedömda arten mindre hackspett vars revir genom åtgärden minskar till under angiven kritisk areal för ett häckande par och vars bevarandestatus inte är gynnsam.

Domstolen finner således att det är sannolikt att de åtgärder som är aktuella i det överklagade beslutet strider mot förbudet i 4 § 4 p artskyddsförordningen för den skyddade arten mindre hackspett samt att det för övriga skyddade arter som kan använda området för fortplantning och vila typiskt sett kan antas uppkomma en förbjuden skada men att det saknas underlag för att ta ställning härtill.

När det gäller risk för skada eller störning som är förbjuden enligt 4 § punkterna 1-3 i artskyddsförordningen kan konstateras att föreläggandet, trots att skyddade arter riskerar att påverkas, saknar reglering som syftar till att eliminera eller minimera sådan risk; t.ex. reglering av tid på året inom vilken avverkning och anläggningsarbeten får ske.

I fråga om övriga arter (utöver mindre hackspett och entita) som omfattas av skyddet och som inte alls, eller endast helt översiktligt, bedömts finner domstolen att utredningen i målet inte ger stöd för en slutsats att ingen otillåten skada på dessa kan uppkomma.

Sammanfattande bedömning

Av det ovan sagda framkommer att utredningen i målet inte ger stöd för bedömningen att aktuell avverkning och anläggande av dammar m.m. är förenligt med artskyddsbestämmelserna i 4 § artskyddsförordningen. Snarare får det anses klarlagt att åtgärderna har en sådan inverkan på skyddade arter att de träffas av nämnda förbud och att åtgärderna får komma till stånd först om en dispens enligt

14 § artskyddsförordningen meddelats för dem. I avsaknad av sådan dispens är sökt åtgärd förbjuden.

Mot bakgrund av det anförda ska länsstyrelsens beslut upphävas och anmäld verksamhet förbjudas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (MMD-02)

Överklagande senast den 23 mars 2020.

Titti Heina

Joen Morales

I domstolens avgörande har deltagit rådmannen Titti Heina, ordförande, och tekniska rådet Joen Morales. Föredragande har varit beredningsjuristen Eva Högmark.



Hur man överklagar

MMD-02

Vill du att domen ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Ditt överklagande ska ha kommit in till domstolen inom 3 veckor från domens datum. Sista datum för överklagande finns på sista sidan i domen.

Så här gör du

1. Skriv mark- och miljödomstolens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att Mark- och miljööverdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn samt aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till mark- och miljödomstolen. Du hittar adressen i domen.

Vad händer sedan?

Mark- och miljödomstolen kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att domen gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar mark- och miljödomstolen överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Mark- och miljööverdomstolen.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning, kan även Mark- och miljööverdomstolen skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i Mark- och miljööverdomstolen

När överklagandet kommer in till Mark- och miljööverdomstolen tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Mark- och miljööverdomstolen ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att mark- och miljödomstolen dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om mark- och miljödomstolen har dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller den överklagade domen. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med mark- och miljödomstolen om du har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i domen.

Mer information finns på www.domstol.se.